

## Presentación

### Presentación

#### Introduction

RIVERO ORTEGA, RICARDO / RASTROLLO SUÁREZ, JUAN JOSÉ ..... 6-7

## Artículos

El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio  
*Teaching and research staff in the Organic Law of the University System: continuity and change*

ANDRÉS LLAMAS, MIGUEL ÁNGEL ..... 8-23

La Administración como generadora de evidencias para la calidad normativa

*The public administration as a generator of evidence for regulatory quality*

AYMERICH OJEA, IGNACIO ..... 24-39

Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital

*New bureaucratic barriers: defensive digital Administration*

BOTO ÁLVAREZ, ALEJANDRA ..... 40-58

Algunas consideraciones sobre la reforma del delito de malversación y la protección penal del patrimonio público

*Some comments on the reform of the crime of embezzlement and criminal protection of public funds*

GARCÍA GONZÁLEZ, JAVIER ..... 59-72

Redefinición de las competencias de los empleados y empleadas públicas ante el uso de la Inteligencia Artificial por la Administración Pública

*Redefining the competencies of public employees in the face of the use of Artificial Intelligence by the Public Administration*

MENDILIBAR NAVARRO, PATRICIA ..... 73-87

Análisis del estatus y de la organización administrativa de los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación

*Analysis of the status and administrative organization of the bodies in charge of resolving special procurement appeals*

RÍOS MARÍN, ESPERANZA ..... 88-102

El abuso de la discrecionalidad en el empleo público de las Administraciones locales: una praxis negativa para una Administración moderna

*The abuse of discretion in public employment of local administrations: a negative praxis for a modern administration*

RODRÍGUEZ-BLANCO, VICTORIA / DíEZ MACHÍN, VICENTE ..... 103-118

## Crónicas

Síntesis de la jurisprudencia casacional sobre empleo público más significativa del primer período del año 2023

*Summary of the cassation jurisprudence on Public Employment with higher significance in the first period of the year 2023*

CHAVES GARCÍA, JOSÉ RAMÓN / RASTROLLO SUÁREZ, JUAN JOSÉ ..... 119-136



# da

Número **10**  
Nueva época  
Enero-Junio, **2023**

## Documentación Administrativa



ISSN: 1989-8983  
[www.inap.es](http://www.inap.es)  
<https://documentacionadministrativa.inap.es>

**Directora del INAP:** Consuelo Sánchez Naranjo  
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

**Director de la Revista:** Ricardo Rivero Ortega  
Catedrático de Derecho Administrativo  
(Universidad de Salamanca)

**Secretario:** Juan José Rastrollo Suárez  
(Universidad de Salamanca)

**Coordinación:**  
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

**Redacción y administración:**  
Atocha, 106, 28012 Madrid  
Tel.: 91 273 13 20  
correo electrónico: [da@inap.es](mailto:da@inap.es)

**Edita:** Instituto Nacional de Administración Pública  
ISSN: 1989-8983  
NIPO: 100-22-011-9  
Depósito legal: M-581-1958

Catálogo general de publicaciones oficiales:  
<http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

**AVISO:** Desde el día 15 de noviembre de 2021 la revista *Documentación Administrativa* está abierta a la recepción de envíos y admite aquellos trabajos conformes a las directrices para autores que pueden consultarse en la dirección: <https://revis-tasonline.inap.es/index.php/DA/about/submissions>. Animamos a nuestros lectores a enviar sus trabajos. En el presente número, los trabajos publicados en la sección Artículos han superado el proceso de evaluación por pares doble ciego.

## EQUIPO EDITORIAL

### EDITOR JEFE

Ricardo Rivero Ortega, Universidad de Salamanca (España).

### COMITÉ EDITORIAL

**Secretario:** Juan José Rastrollo Suárez. Universidad de Salamanca (España).

**Secretario (Gestión editorial):** Miguel Ángel de Andrés Llamas.  
Universidad de Salamanca (España).

**Vocales:** María Esther del Campo García, Universidad Complutense de Madrid (España). José Ramón Chaves García, Tribunal Superior de Justicia de Asturias (España). María Jesús Gallardo Castillo, Universidad de Jaén (España). Rafael Jiménez Asensio, Consultor de Administraciones Públicas (España). Carles Ramió Matas, Universidad Pompeu Fabra (España). Mercedes Fuertes López González, Universidad de León (España). Helena Villarejo Galende, Universidad de Valladolid (España). Santiago Bello Paredes, Universidad de Burgos (España). Javier Pinazo Hernandis, Universidad Cardenal Herrera CEU (España).

**Comité asesor:** María Josefa Cantero Martínez. Universidad de Castilla-La Mancha (España). José María de Luxán Melendez. Universidad Complutense de Madrid (España). María Luz Rodríguez Fernández. Universidad de Castilla-La Mancha (España). Manuel Villoria Mendieta. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (España).

**Editor técnico:** Roberto Tomé, INAP (España).

La Revista **Documentación Administrativa** es, dentro de las publicaciones periódicas de la especialidad, una referencia insoslayable en la construcción doctrinal del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración españolas. Nacida en 1958, acumula ya más de medio siglo de vida en el que su principal signo de identidad ha consistido en ser una publicación volcada a la reflexión, desde el derecho y las ciencias de la administración, sobre la reforma administrativa, la organización administrativa y la función pública.

En 2020 se inicia una nueva época, orientada al tratamiento del régimen jurídico y las cuestiones del personal al servicio del Estado. La contribución proyectada es ofrecer reflexiones sobre el presente y el futuro del empleo público, institución clave de la buena administración. Al fin, las personas somos responsables del correcto cumplimiento de los cometidos en las organizaciones, de manera que cada uno de los elementos del estatuto de los servidores públicos importa a la ciudadanía.



**Documentación Administrativa** se publica bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

## Sumario

### *Table of contents*

## Presentación

### Presentación

#### *Introduction*

RIVERO ORTEGA, RICARDO / RASTROLLO SUÁREZ, JUAN JOSÉ .....	6
--	---

## Artículos

### El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio

#### *Teaching and research staff in the Organic Law of the University System: continuity and change*

ANDRÉS LLAMAS, MIGUEL ÁNGEL .....	8
-----------------------------------	---

### La Administración como generadora de evidencias para la calidad normativa

#### *The public administration as a generator of evidence for regulatory quality*

AYMERICH OJEA, IGNACIO .....	24
------------------------------	----

### Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital

#### *New bureaucratic barriers: defensive digital Administration*

BOTO ÁLVAREZ, ALEJANDRA .....	40
-------------------------------	----

### Algunas consideraciones sobre la reforma del delito de malversación y la protección penal del patrimonio público

#### *Some comments on the reform of the crime of embezzlement and criminal protection of public funds*

GARCÍA GONZÁLEZ, JAVIER .....	59
-------------------------------	----

### Redefinición de las competencias de los empleados y empleadas públicas ante el uso de la Inteligencia Artificial por la Administración Pública

#### *Redefining the competencies of public employees in the face of the use of Artificial Intelligence by the Public Administration*

MENDILIBAR NAVARRO, PATRICIA .....	73
------------------------------------	----

### Análisis del estatus y de la organización administrativa de los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación

#### *Analysis of the status and administrative organization of the bodies in charge of resolving special procurement appeals*

RÍOS MARÍN, ESPERANZA .....	88
-----------------------------	----

El abuso de la discrecionalidad en el empleo público de las Administraciones locales: una praxis negativa para una Administración moderna

*The abuse of discretion in public employment of local administrations: a negative praxis for a modern administration*

RODRÍGUEZ-BLANCO, VICTORIA / Díez Machín, VICENTE ..... 103

## Crónicas

Síntesis de la jurisprudencia casacional sobre empleo público más significativa del primer período del año 2023

*Summary of the cassation jurisprudence on Public Employment with higher significance in the first period of the year 2023*

CHAVES GARCÍA, JOSÉ RAMÓN / RASTROLLO SUÁREZ, JUAN JOSÉ ..... 119

Documentación Administrativa, número 10, Junio de 2023  
Sección: PRESENTACIÓN  
Recibido: 20-06-2023  
Aceptado: 20-06-2023  
Publicado: 26-06-2023  
ISSN: 1989-8983 – DOI: <https://doi.org/10.24965/da.11238>  
Páginas: 6-7



Referencia: Rivero Ortega, R., Rastrollo Suárez, J. J. (2023). Presentación. *Documentación Administrativa*, 10, 6-7.  
<https://doi.org/10.24965/da.11238>

## Presentación

### Introduction

Rivero Ortega, Ricardo

Universidad de Salamanca (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0593-3470>

[ricriv@usal.es](mailto:ricriv@usal.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo y Rector de la Universidad de Salamanca. Doctor en Derecho con Premio Extraordinario de Doctorado. Director del Grupo de investigación en Reforma y modernización de las Administraciones públicas. Profesor en las Universidades de París X, James Madison (Virginia), La Plata (Argentina) y Javeriana de Bogotá. Autor de 20 libros y 200 trabajos publicados en revistas y obras de Derecho público. Director de 40 tesis doctorales. Coautor de la monografía *Innovación en los gobiernos locales. Estrategias innovadoras de municipios y diputaciones en un escenario de crisis* (INAP, 2014). Autor de los libros *La necesaria innovación en las instituciones administrativas* (INAP, 2013); *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad* (Lustel, 2020).

Rastrollo Suárez, Juan José

Universidad de Salamanca (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0521-1045>

[rastrollo@usal.es](mailto:rastrollo@usal.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Doctor *Europeus* en Derecho (Universidad de Salamanca/Universidad de Coimbra) y Premio extraordinario de Grado y Doctorado. Secretario de la Revista *Documentación Administrativa*, del Instituto Nacional de Administración Pública de España y del Centro de Investigación para la Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca. Ha sido profesor invitado, entre otras, en las Universidades de los Andes y Nariño (Colombia), Andina Simón Bolívar (Ecuador) o James Madison de Virginia (Estados Unidos). Consultor y docente para servidores públicos en distintas instituciones de América Latina (Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, Contraloría de Costa Rica, Procuraduría de Paraguay). Miembro de los grupos de investigación *State and Nation Making in Latin America and Spain* (Universidad de Princeton, Estados Unidos), *Sustainable cities and communities* (Universidades de Coimbra, Ioan Cuza, Jena, Pavia, Poitiers, Salamanca y Turku) y *Next Generation EU* (Universidad de Salamanca) e investigador de la Unidad de Investigación Consolidada de la Junta de Castilla y León (núm. 302). Autor de cuatro monografías, más de 30 artículos y más de 20 capítulos de libro en revistas y obras colectivas de Europa y América. Sus principales líneas de investigación son el urbanismo, la contratación pública y la función pública y, en general, la reforma y modernización de la administración pública en Europa y América Latina. Sus últimas obras son "Crisis, acción y reacción: el teletrabajo en el sector público", Aranzadi, 2021 y "Guía para la planificación gestión y ejecución de los fondos del Plan para la Recuperación Transformación y Resiliencia", Aranzadi, 2021.

Este es el segundo número de la sexagenaria historia de Documentación Administrativa revisado por pares, pero el primero que, cumpliendo esta condición, no tiene un carácter monográfico. Por eso, queremos agradecer especialmente a quienes nos han remitido su trabajo el hacerlo, ya que sin su interés en participar no podríamos cumplir con el compromiso de hacer de esta revista –referencia indiscutible del Derecho administrativo y la Ciencia de la administración en España durante más de seis décadas– una publicación más transparente.

Más allá de abrir Documentación Administrativa a cualquier envío –en clara conexión con la línea seguida por la publicación durante sus primeros años de existencia– y convertir la publicación en un espacio de encuentro entre académicos y gestores públicos que sirva para retroalimentar en los dos ámbitos el interés por el análisis sobre la materia, nuestro ánimo está en fomentar que el estudio de la función pública no tenga un carácter monolítico. Por esta razón, queremos significarnos en el panorama de las revistas científicas españolas como un instrumento al servicio del estudio multidisciplinar del empleo público.

Por suerte, hemos podido empezar a cumplir con este fin desde los primeros números de esta etapa. De ello da cuenta la heterogeneidad y calidad de los trabajos contenidos en este número.

En primer término, Miguel Ángel Andrés, de la Universidad de Salamanca, analiza las principales características del régimen jurídico del personal docente e investigador presente en la recientemente aprobada Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario.

En segundo término, Ignacio Aymerich, de la Universidad Jaime I, estudia la evolución de la Dirección general de tráfico, como caso paradigmático en el que se reflejan, a nivel estatal, las últimas tendencias internacionales sobre mejora regulatoria.

En tercer término, Alejandra Boto, de la Universidad de Oviedo, reflexiona en torno a un fenómeno que ha alcanzado una relevante significación en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno: el de la burocracia defensiva.

En cuarto término, Javier García, de la Universidad CEU-Cardenal Herrera de Valencia, realiza algunas consideraciones desde la perspectiva penal sobre la reforma del delito de malversación y la protección del patrimonio público.

En quinto término, Patricia Mendilibar, abogada y experta en Derecho público y regulatorio, aborda el estudio de las competencias del personal al servicio de la administración ante el uso de la Inteligencia Artificial por parte de la Administración.

En sexto término, Esperanza Ríos, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, analiza el estatus con el que cuentan los miembros los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación en nuestro país.

En el último de los estudios, Victoria Rodríguez Blanco, de la Universidad Miguel Hernández y Vicente Díez, del Ayuntamiento de Elche, ahondan en las relaciones entre el abuso de la discrecionalidad política y la corrupción.

Finalmente, volvemos a poner a disposición de nuestros lectores la tradicional sección de «síntesis de la jurisprudencia casacional sobre empleo público más significativa», en la que José Ramón Chaves, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y Juan José Rastrollo, de la Universidad de Salamanca, revisan algunas de las sentencias más relevantes en materia de función pública emanadas del Tribunal Supremo de enero a abril de 2023.

Documentación Administrativa, número 10, Junio de 2023  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 15-05-2023  
Modificado: 01-06-2023  
Aceptado: 01-06-2023  
Publicado: 26-06-2023  
ISSN: 1989-8983 – DOI: <https://doi.org/10.24965/da.11223>  
Páginas: 8-23



Referencia: Andrés Llamas, M. Á. (2023). El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio. *Documentación Administrativa*, 10, 8-23. <https://doi.org/10.24965/da.11223>

## El personal docente e investigador en la Ley Orgánica del Sistema Universitario: continuidad y cambio

### *Teaching and research staff in the Organic Law of the University System: continuity and change*

Andrés Llamas, Miguel Ángel  
Universidad de Salamanca (España – Spain)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8824-2917>  
mllamas@usal.es

#### NOTA BIOGRÁFICA

Miguel Ángel Andrés Llamas es doctor por la Universidad de Salamanca, donde se licenció en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración y se halla vinculado como investigador Margarita Salas. Sus investigaciones abordan diversos campos del Derecho administrativo relativos a la actividad de la Administración.

---

#### RESUMEN

La reciente Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU) ha establecido un nuevo régimen jurídico para el personal docente e investigador de las universidades públicas. Este trabajo tiene como objetivo desentrañar los ejes vertebradores de la reforma. Para ello se han examinado los antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales que permiten comprender el alcance de la nueva regulación. Asimismo, se ha optado por contrastar el contenido del preámbulo con el articulado de la LOSU y se han planteado algunos problemas interpretativos. Como principales hallazgos, se sostiene que la LOSU incentiva un desarrollo de la carrera académica mediante contratos laborales, de forma paralela a la vía funcionarial, y que el anuncio de la disminución del porcentaje de contratos de carácter temporal no se corresponde con la realidad del texto aprobado. En el presente trabajo se concluye que la reforma universitaria de 2023 consagra el proceso de laboralización del personal docente e investigador y que los cambios en el ámbito de los contratos temporales y de los procesos selectivos tendrán un impacto limitado.

#### PALABRAS CLAVE

Universidad; empleo público; carrera académica; temporalidad laboral; procesos de selección.

---

#### ABSTRACT

The recent Organic Law of the University System (LOSU) has established a new legal regime for the teaching and research staff of public universities. This paper aims to unravel the backbone of the reform. For this, the legislative, jurisprudential and doctrinal background that allows us to understand the scope of the new regulation has been examined. Likewise, it has been decided to contrast the content of the preamble with the articles of the LOSU and some interpretative problems have been raised. As main findings, it is argued that the LOSU encourages the development of the academic career through employment contracts, in parallel to the statutory civil servant, and that the announcement of the decrease in the percentage of temporary contracts does not correspond to the reality of the approved text. In the present work it is concluded that the university reform of 2023 consecrates the process of converting statutory civil servants



to types of contracts such as the private sector labour law, and that the changes in the field of temporary contracts and selection processes will have a limited impact.

## KEYWORDS

University; public employment; academic career; temporary employment; selection processes.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA CONSAGRACIÓN DE LA DUALIDAD FUNCIONARIO-LABORAL. 1.1. EL PROCESO DE LABORALIZACIÓN DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR. 1.2. LOS RÉGIMENES FUNCIONARIAL Y LABORAL EN LA LOSU. 1.3. LA DUALIDAD FUNCIONARIO-LABORAL EN EL DISEÑO DE LA CARRERA ACADÉMICA. 2. LOS CONTRATOS DE CARÁCTER TEMPORAL EN LA LOSU. 2.1. LA PRETENDIDA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD. 2.2. EL PROFESORADO ASOCIADO EN LA LOSU. 2.3. MODIFICACIONES EN LA FIGURA DEL PROFESORADO AYUDANTE DOCTOR. 2.4. OTRAS FIGURAS TEMPORALES. 3. MODIFICACIONES EN LA SELECCIÓN DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (en adelante, LOSU, siglas ya muy extendidas en el debate público) tiene por objeto, según su artículo 1.1, «la regulación del sistema universitario, así como de los mecanismos de coordinación, cooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas con competencias en materia universitaria». Por tanto, los aspectos relativos al personal docente e investigador de las universidades públicas no son los únicos que se regulan en la LOSU, ni siquiera los que aportan novedades más relevantes, y se encuentran comprendidos en el capítulo IV del título IX.

El presente artículo analiza los cambios normativos que atañen al personal docente e investigador de las universidades públicas, si bien no puede obviarse que LOSU también se ocupa, como su ley predecesora, del régimen jurídico del personal técnico, de gestión y de administración y servicios de las universidades públicas. El objetivo de este trabajo no es realizar un estudio exhaustivo de la totalidad de los preceptos que afectan al personal docente e investigador de las universidades públicas, a modo de comentario normativo, sino identificar los ejes vertebradores de la nueva ley y otear los problemas aplicativos e interpretativos más destacados.

Como punto de partida, se advierte necesario explorar los orígenes contextuales de esta norma a fin de facilitar la comprensión de su contenido. Aun cuando no se trata de un instrumento jurídico, sino de carácter meramente político, cabe destacar que en el documento *Coalición progresista: Un nuevo acuerdo para España*, el acuerdo programático del Gobierno de coalición (para la XIV legislatura), se incluyeron diversas medidas en el ámbito universitario que ponían énfasis en las cuestiones de personal. Así, en el punto 2.1.13 se abogaba por «un pacto por la universidad con el máximo consenso de los agentes políticos y sociales, que garantice (...) la efectividad de los derechos del personal docente, fomentando su estabilización, investigador y de administración y servicios a través de una nueva Ley Orgánica de Universidades», mientras que en el punto 2.1.15 se reforzó este compromiso con el siguiente enunciado: «Avanzaremos en la reducción de la precariedad y en la progresiva estabilización del profesorado universitario».

La gestión de la Gran Recesión de 2008, entre otras muchas consecuencias, había provocado un problema de insuficiencia de financiación en las universidades públicas que se traducía en el deterioro inexorable de las plantillas y en la merma de las condiciones de trabajo del profesorado. En efecto, un diagnóstico muy extendido, previo a la aprobación de la LOSU, era el de que el personal docente e investigador de las universidades públicas se hallaba en una situación de precariedad (Dueñas Castrillo et al., 2022; López Anierte et al., 2020).

Este estado de cosas también es recogido por la LOSU en su preámbulo, al constatar «las disfunciones en la configuración de su profesorado debido a las bajas tasas de reposición, la precarización de parte del

<sup>1</sup> El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto estatal de investigación *Los límites de la autonomía de las universidades públicas*, con referencia PID2020-113929GB-I00.

profesorado asociado, interino, sustituto o visitante y el envejecimiento de las plantillas universitarias», y que las universidades públicas «han sufrido de manera persistente una insuficiente financiación pública en el último decenio, y una gran precarización y deterioro de las condiciones de trabajo».

Como precedente de la LOSU, el Plan Anual Normativo 2020, aprobado por el Gobierno de España el 8 de septiembre de 2020<sup>2</sup>, incluyó la previsión de aprobar una «Ley de mejora de las condiciones para el desempeño de la docencia e investigación universitaria», contemplando como objetivo la modificación de «algunos de los aspectos de la actual regulación del sistema universitario que generan disfunciones en la configuración de su personal docente e investigador con el fin de propiciar una mejora de su situación, así como potenciar la transferencia del conocimiento». Además, en el Plan Anual Normativo 2020 se concretaba la necesidad de «garantizar la carrera académica progresiva y predecible, tanto funcional como laboral en igualdad de derechos y deberes», persiguiendo «eliminar la precariedad hoy existente mediante la creación de determinadas figuras contractuales encaminadas a la dignificación de las condiciones de trabajo».

La primera opción parecía, por tanto, abordar la situación del profesorado en una ley específica, en buena medida debido a la urgencia que planteaba la realidad de la precariedad del profesorado universitario. Sin embargo, con posterioridad, el planteamiento normativo se reorientó hacia la aprobación de una ley general en la cual las cuestiones de personal pasarían a ser una parte del todo. En este sentido, la idea de impulsar una Ley Orgánica del Sistema Universitario se previó en el Plan Anual Normativo 2021, aprobado el 31 de agosto de 2021<sup>3</sup>, y en el Plan Anual Normativo 2022, aprobado el 11 de enero de 2022<sup>4</sup>. En ambos documentos se apuntaba que la Ley Orgánica del Sistema Universitario establecería «una carrera académica del profesorado estable, transparente y progresiva» y fijaría «los requisitos mínimos de calidad, de profesorado y de equipamientos que deben cumplir todas las instituciones universitarias», pudiendo constatarse una menor ambición de la reforma en cuanto al personal docente e investigador.

Sin perjuicio de la concurrencia de otros avatares políticos, la alteración del planteamiento inicial guarda relación con el contexto de la pandemia y, más propiamente, con la puesta en marcha del Instrumento Europeo de Recuperación (Next Generation EU) y de los consecuentes planes de recuperación y resiliencia<sup>5</sup>. Estos planes tienen una naturaleza ciertamente consensual, ya que funcionan «a modo de compromiso entre dos partes, como una suerte de convenio o acuerdo» (Salvador Armendáriz, 2021, p. 74), de resultas que los Estados miembros están recibiendo fondos europeos conforme a una rígida condicionalidad. Este nuevo escenario permite arrojar luz al enfoque final de la LOSU. Así, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia prevé en la Reforma 3 del Componente 21 una reforma integral del sistema universitario español «que promueva el acceso a la Educación Superior, para adecuar la organización de las enseñanzas universitarias y la buena gobernanza de las instituciones universitarias, así como fomentar la investigación, la transferencia y la movilidad del personal docente e investigador».

En consecuencia, en la Propuesta de Decisión de ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de España, de 16 de junio de 2021, se establece como hito la aprobación de la LOSU «a más tardar, el 30 de junio de 2023». En este documento se incluyen como «objetivos clave», respecto del personal docente e investigador, los de «fomentar la investigación, la transferencia y la movilidad del personal docente e investigador» y garantizar «que las universidades cuenten con un profesorado altamente cualificado, que la carrera docente tenga mayor previsibilidad y que se refuerce el vínculo entre docencia e investigación», sin que se mencione la necesidad de erradicar la precariedad del profesorado.

De manera paralela, la Unión Europea ha venido reprobando la elevada temporalidad del empleo público en España, tal y como se recoge en la exposición de motivos de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre,

<sup>2</sup> El Plan Anual Normativo 2020 puede consultarse en el siguiente enlace: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:7df7e523-7a89-47b2-8428-71e6fa878f8f/PAN-2020.pdf>

<sup>3</sup> El Plan Anual Normativo 2021 se encuentra accesible en el siguiente enlace: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:01fc2866-a9d8-4010-8354-c56676f9dbdb/PAN-2021.pdf>

<sup>4</sup> El Plan Anual Normativo 2022 se halla publicado en el siguiente enlace: [https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:47700d80-0a2f-456f-a36c-299d1be7fe6e/PAN\\_2022.pdf](https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:47700d80-0a2f-456f-a36c-299d1be7fe6e/PAN_2022.pdf)

<sup>5</sup> El Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia contempla los llamados planes de recuperación y resiliencia que pueden optar a la financiación con arreglo al citado Mecanismo. En España, el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia concreta el régimen jurídico de este plan (artículos 12 y 13). De conformidad con este marco regulador, España aprobó el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia el 29 de abril de 2021. *Vid.* la Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021.

de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, norma que pretende dar cumplimiento a lo previsto en este sentido en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y que se ha marcado como objetivo lograr una tasa de temporalidad estructural inferior al ocho por ciento en las Administraciones públicas españolas.

En este contexto, la LOSU también asume como objetivos en su exposición de motivos «la eliminación de la precariedad en el empleo universitario y la implantación de una carrera académica estable y predecible» y, más concretamente, «poner fin a la precariedad asociada a determinadas figuras del profesorado laboral», afirmando al respecto que «se reduce del 40 al 8 por ciento el máximo de contratos de carácter temporal del personal docente e investigador que pueden estar vigentes en las universidades públicas». A continuación, entre otros aspectos, se explorará el alcance real de estos objetivos.

## 1. LA CONSAGRACIÓN DE LA DUALIDAD FUNCIONARIO-LABORAL

### 1.1. El proceso de laboralización del personal docente e investigador

Con carácter general, el empleo público en España ha experimentado en las últimas décadas un proceso de laboralización, entendiéndose por esta no la conversión de la relación jurídica funcionarial en otra regida por el Derecho del trabajo en un concreto sector del empleo público (Izquierdo Hernández y Molina García, 1996), sino el aumento progresivo del porcentaje de personal laboral en detrimento del personal funcionario. La tendencia laboralizadora no solo tiene lugar en España, sino que también puede detectarse en países de nuestro entorno como Italia (Cantero Martínez, 2001, p. 378) o, más recientemente, Francia, otrora referente del sistema estatutario (Boto Álvarez, 2020).

El proceso de laboralización se enmarca en el más amplio fenómeno de la huida del Derecho administrativo (Sánchez Rodríguez, 2020), que en el ámbito del empleo público se traduce en la tendencia a sustituir, desde hace varias décadas, la relación estatutaria de Derecho administrativo por un vínculo propio del Derecho del trabajo (Desdentado Daroca, 1999, p. 120).

Las causas del proceso de laboralización son complejas y diversas. Quintanilla Navarro (2014, p. 47) sostiene que con este proceso se pretende como principal objetivo mejorar la eficacia de la gestión pública, añadiendo factores como la obstaculización que el carácter vitalicio del régimen funcionarial provoca a la adaptación al continuo desarrollo de la Administración, las necesidades derivadas de la ampliación de sus competencias, el «fracaso del sistema de Cuerpos funcionariales, en cuya selección se olvidaban las tareas y habilidades requeridas para un puesto de trabajo determinado», así como otras razones de política presupuestaria.

Cabe sostener que la laboralización pretendería, entre otros fines, incrementar la flexibilidad en la gestión pública, poner en cuestión la inamovilidad del empleo público, ora por razones ideológicas (Beltrán Villalva, 1977), ora por inconfesable pragmatismo –piénsese en actores políticos que tratarían de eludir el control material inherente a la independencia del personal funcionario–, así como reducir, en sentido amplio, los costes laborales de la Administración. La laboralización es el producto de decisiones y disfunciones de las propias Administraciones públicas, pero también de concretos diseños legislativos.

De manera destacada, las universidades públicas han experimentado un intenso proceso de laboralización de su profesorado como consecuencia del impulso legislativo, si bien la primera ley universitaria de nuestra democracia, la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (en adelante, LRU), estableció un sistema marcadamente funcionarial.

Así, conforme al artículo 33.1 de la LRU, el profesorado universitario estaba constituido por funcionarios docentes de distintos cuerpos (catedráticos y profesores titulares tanto de universidad como de escuelas universitarias). Solo de forma excepcional, el artículo 33.3 de la LRU facultaba a las universidades a contratar, temporalmente, profesores asociados y profesores visitantes, con un límite del 20 por ciento de los catedráticos y profesores titulares en cada universidad (un 30 por ciento en las Universidades Politécnicas). Además, el artículo 34 de la LRU permitía contratar a ayudantes (no doctores), sin que hubiera un porcentaje máximo legal, por dos años (contratos solo renovables una vez por tres años más si se obtenía el doctorado). Estas excepciones al régimen funcionarial se articulaban bajo la hoy sepultada fórmula de la contratación administrativa.

La vertebración funcionarial de la LRU contrastó con la desviación de su aplicación. En palabras de Boltaina Bosch (2006):

«El sistema, fundamentalmente funcionarial, pero con una amplia apertura a fórmulas de contratación administrativa, no permitía prácticamente el vínculo laboral, con la única excepción mencionada de profesores extranjeros. Sin embargo, la perversión en el funcionamiento de la gestión de los recursos humanos llevó, a lo largo de casi dieciocho años, no sólo a la adulteración de las figuras contractuales sino al flagrante incumplimiento de los límites establecidos y de la lógica derivada de la LRU.» (p. 190).

Pareciera esta la constante del régimen jurídico del profesorado universitario: aplicaciones desviadas dan lugar a nuevas reformas normativas en lugar de a decisiones administrativas orientadas a corregir esas aplicaciones disfuncionales. Ahora bien, es la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante, LOU) la norma jurídica que configura una *doble vía* funcionarial-laboral para el personal docente e investigador. En cierto modo, la LOU fue una respuesta a las disfunciones de la LRU (Nogueira López, 2004, p. 23), en buena medida por los abusos de la contratación administrativa, lo que permitió presentar la laboralización como una alternativa deseable para los sectores afectados. No obstante, también se ha negado la problemática de la contratación administrativa: «Con independencia de que la contratación administrativa de personal es un vestigio que puede tildarse de anacrónico, lo cierto es que ese ha sido uno de los aspectos que menores problemas ha suscitado en la aplicación de la LRU» (Romero Burillo, 2011, p. 15).

Lo que es innegable es que LOU promovió la laboralización del profesorado al contemplar la dualidad funcionario-laboral en su artículo 47: «El personal docente e investigador de las Universidades públicas estará compuesto de funcionarios de los cuerpos docentes universitarios y de personal contratado». Además, la LOU previó diversas figuras de régimen laboral (ayudante, profesor ayudante doctor, profesor colaborador, profesor contratado doctor, profesor asociado y profesor visitante) y cifró en un 49 por ciento el porcentaje máximo de profesorado laboral.

La laboralización trajo consigo el derecho a la negociación colectiva, que aportaba una percepción de legitimidad idónea para superar los problemas que planteaba la contratación administrativa, aunque pronto se revelaron las insuficiencias de la negociación colectiva para el nuevo personal docente e investigador laboral (Caro Muñoz, 2010, p. 37).

La ruptura del modelo funcionarial que supuso la LOU llegó a ser tildada, con argumentos consistentes, de «grave deficiencia, cuando no abierta inconstitucionalidad, al fijar un sistema en donde la preferencia funcionarial no viene establecida por ningún criterio material sino únicamente numérico o porcentual» (Boltaina Bosch, 2006, p. 191), si bien la laboralización terminó siendo normalizada por todos los actores universitarios y operadores jurídicos.

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la LOU introdujo algunas modificaciones en las figuras de régimen laboral e incluso flexibilizó aún más los requisitos del porcentaje máximo de personal laboral, siendo la principal novedad la facultad añadida de contratar personal investigador a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado para el desarrollo de proyectos. En esta misma dirección laboralizadora, la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación explicitó la posibilidad de que las universidades contratasen personal investigador conforme a las figuras de la propia Ley 14/2011.

## 1.2. Los regímenes funcionarial y laboral en la LOSU

Se defiende aquí que el régimen funcionarial –la relación estatutaria de Derecho administrativo– está especialmente justificado en el ámbito universitario. El vínculo funcionarial comporta un plus de garantía de independencia, ligado a la nota de la inamovilidad, que resulta idóneo para tutelar la posición de quien desempeña unas funciones públicas que, a su vez, vehiculan el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de cátedra. No en vano, esas funciones públicas se desarrollan en el seno de unas instituciones constitucionalmente blindadas frente a las intromisiones del poder (autonomía universitaria).

Ahora bien, no es este un sentir unánime. Sin ir más lejos, el propio ministro Subirats (2001), que dio el impulso definitivo a la LOSU, en su condición de experto académico puso en cuestión el sistema funcionarial en la universidad:

«Tampoco puede ser que a la organización le sea indiferente si trabajas o no, que no pueda premiar los esfuerzos ni castigar las negligencias, que nadie se dirija a uno, no ya sobre en mano, sino al menos con palabras de aliento o de recriminación. Son aspectos que aunque se expresen pocas veces, provocan que paulatinamente se vaya perdiendo el respeto hacia la

profesión docente. Alguien deberá algún día empezar a poner en duda la propia condición de funcionario de los profesores titulares y catedráticos como se ha hecho en otros países. Debería hacerse un debate sobre qué ventajas e inconvenientes tiene el mantenimiento de la condición de funcionarios públicos de los docentes en momentos que muchos elementos indican que ello conlleva multitud de disfunciones en la política de recursos humanos de las universidades españolas.» (p. 36).

Si la intensa laboralización del profesorado universitario puede considerarse la cristalización del modelo perfeccionado por la LOU, lo cierto es que la LOSU no ha supuesto un cambio sustancial de este modelo, sino que más bien ha venido a consagrarlo.

Si bien el anteproyecto de la LOSU incluía un incremento del porcentaje exigible de profesorado funcionario, fijándolo en un mínimo del 55 por ciento del total, esta previsión desapareció en el proyecto de ley remitido al Congreso de los Diputados y en el texto aprobado de la LOSU. Finalmente, el artículo 64.3 de la LOSU dispone que el profesorado universitario de régimen funcional «será mayoritario», lo que cabe considerar incluso como un aumento del personal laboral, que pasa del 49 por ciento a cualquier cifra inferior a la de personal funcionario.

Por otro lado, según su preámbulo, la LOSU «garantiza la equiparación de derechos y deberes académicos del profesorado funcionario y laboral permanente». La explícita pretensión de equiparar derechos —queda la duda interpretativa de si el legislador se refiere a la totalidad de los derechos o solo a los derechos académicos— no parece coherente con la decisión de mantener dos regímenes diferenciados: el profesorado funcionario y el laboral.

Finalmente, es necesario apuntar que en el ámbito del profesorado universitario concurren algunas razones específicas que cualifican el proceso de laboralización. Principalmente a partir de la LOU, la proliferación de figuras laborales se ha ideado como una fórmula propicia para maximizar el margen competencial de las comunidades autónomas en la regulación del profesorado universitario<sup>6</sup>. No en vano, en Cataluña<sup>7</sup> y Euskadi<sup>8</sup> se han desarrollado figuras laborales análogas o correspondientes a los cuerpos docentes. Esta opción se potencia, no siempre de manera explícita, en la LOSU, cuyo primer antecedente —el borrador para consulta sobre un Estatuto del Personal docente e investigador difundido en 2020— incluso contenía expresamente las figuras de «Profesor/a titular contratado/a de universidad» y «Catedrático/a contratado/a de universidad».

En apariencia, la LOSU prevé en su artículo 82 la figura del profesorado laboral permanente limitándose a alterar la denominación de la figura denominada en la LOU como profesor contratado doctor, con la introducción de modificaciones menores. Como principal novedad, amén de la posibilidad de ser candidato a rector (artículo 51.1), se añade la posibilidad de dedicación a tiempo parcial «a petición del interesado o interesada con los requisitos, condiciones y efectos establecidos reglamentariamente» (artículo 82 c). Con todo, la identidad entre el nuevo profesorado permanente laboral y el viejo profesorado contratado doctor es evidente. Así se desprende, por ejemplo, de la disposición transitoria tercera en materia de acreditaciones.

Ahora bien, un inciso contenido en el artículo 82 c) de la LOSU comporta una gran importancia, ya que, afirma el precepto, el contrato será de carácter fijo e indefinido «con derechos y deberes de carácter académico y categorías comparables a los del personal docente e investigador funcionario». El foco debe ponerse en la noción de «categorías comparables». El artículo 82 no parece que regule una sola figura equiparable al antiguo profesorado contratado doctor, sino que materialmente está creando más de una figura. Sin explicitarlas, en buena medida para sortear la controversia que generaron los primeros borradores, la LOSU está creando materialmente dos nuevas figuras laborales en correspondencia a los cuerpos docentes de profesorado titular y catedrático. No se nombran las figuras de profesor titular contratado y catedrático contratado, pero sí se prevén implícitamente.

Además de la literalidad del inciso del artículo 82 c), existen otros tres argumentos que sostienen esta tesis. En primer lugar, el artículo 71.2 de la LOSU hace referencia a programas de promoción desde la categoría de profesorado permanente laboral «a otra de superior categoría», lo que revela que se contempla

<sup>6</sup> A pesar de que la legislación laboral es competencia estatal (artículo 149.1.7.<sup>a</sup> de la Constitución), las comunidades autónomas pueden intervenir en materia de personal docente e investigador laboral con base en el título competencial de desarrollo del artículo 27 de la Constitución (artículo 149.1.30.<sup>a</sup>). Sobre estas vicisitudes competenciales, véase la clarificadora síntesis de Chaves García (2023, p. 191).

<sup>7</sup> Véase el artículo 46 de la Ley 1/2003, de 19 de febrero, de Universidades de Cataluña.

<sup>8</sup> Véase el artículo 14 de la Ley 3/2004, de 25 de febrero, del Sistema Universitario Vasco.

una pluralidad de categorías. En segundo lugar, el artículo 85.1 de la LOSU hace referencia a la exigencia de acreditación para acceder a las plazas de profesorado permanente laboral y para «en su caso, la promoción dentro de dicha modalidad contractual», lo que implícitamente viene a establecer la necesidad de acreditación previa para acceder a plazas de catedrático laboral, omitiendo solo la denominación. Finalmente, el tenor literal del artículo 64.1 del anteproyecto, que hacía referencia a figuras laborales «con niveles comparables a los del personal docente e investigador funcionario», constituye otro antecedente esclarecedor del espíritu de la LOSU.

Por tanto, la LOSU innova al habilitar a las comunidades autónomas la creación de una suerte de *carrera laboral* paralela a la funcional, sin que existan diferencias objetivas sobre las funciones que desempeña el profesorado perteneciente a cada una de esas dos vías o carreras paralelas.

### 1.3. La dualidad funcionario-laboral en el diseño de la carrera académica

El preámbulo de la LOSU contiene una ambiciosa declaración de intenciones en tanto que se propone desarrollar «como uno de sus objetivos prioritarios la eliminación de la precariedad en el empleo universitario y la implantación de una carrera académica estable y predecible». Además, en el preámbulo se plantea lo siguiente: «Se establecen tres niveles de progresión frente a los cuatro vigentes hasta ahora. Así, la carrera académica seguirá las etapas de incorporación, consolidación y promoción». Son dos los elementos novedosos referidos: (1) la implantación de una carrera estable y predecible y (2) la estructuración de la carrera académica en tres niveles o etapas. El primero de los elementos tiene que ver con la noción de temporalidad, que será analizada en el siguiente epígrafe. El segundo elemento se examina a continuación.

Ni la exposición de motivos ni el articulado de la LOSU hacen referencia a la correspondencia de los tres niveles de progresión en la carrera académica con las diversas figuras contractuales o funcionariales. En la memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de la LOSU sí se explicitan algunos detalles de este planteamiento. A pesar de que en este documento tampoco se concretan los supuestos cuatro niveles que precedían a la nueva carrera académica, sí se especifica que la figura de entrada sería la de profesor ayudante doctor, la consolidación se alcanzaría «con una plaza de Titular, que es de carácter indefinido» y, finalmente, «la fase de promoción se obtendría con la figura de Catedrático/a».

Lo cierto es que el planteamiento de estos tres niveles dista mucho de cómo se desarrolla la carrera académica y del contenido de la propia LOSU. La figura de entrada a la carrera académica no es, como se sostiene en la memoria del análisis del impacto normativo, la del profesorado ayudante doctor, sino el contrato predoctoral regulado en el artículo 21 de la Ley 14/2011, que cuenta incluso con un estatuto propio<sup>9</sup>. Más aún, no es infrecuente que la figura del contrato predoctoral se enlace, no con un contrato de ayudante doctor, sino con una etapa postdoctoral que se materializa en el contrato de acceso de personal investigador doctor (contrato postdoctoral), regulado en el artículo 22 de la Ley 14/2011. En puridad, los contratos predoctoral y postdoctoral se encuentran contemplados expresamente en la propia LOSU en su artículo 77.1, que remite a los términos previstos en la Ley 14/2011.

Asimismo, la etapa de consolidación no comprendería solo «una plaza de Titular», como se afirma en la referida memoria del anteproyecto. En el caso de las comunidades autónomas que no opten por desarrollar niveles comparables a los cuerpos docentes para el profesorado laboral, la etapa de consolidación se desarrollaría del siguiente modo. La figura de ayudante doctor, que sucede a los contratos predoctoral y postdoctoral, se enlazaría con otra figura laboral —el ahora llamado contrato de profesorado permanente laboral— y, en su caso, con posterioridad, esta última figura se encadenaría con una plaza de profesor titular (personal funcionario). Solo la etapa de promoción se relacionaría adecuadamente en la exposición de motivos, pues así se podría concebir el acceso al cuerpo de catedráticos, aunque el legislador también podría estar refiriéndose en este caso a la promoción dentro de las categorías laborales.

La LOSU parece disponer, en realidad, dos tipos de carrera académica. En relación con las comunidades autónomas que desarrollen para el profesorado laboral niveles comparables a los cuerpos docentes, la carrera académica constará a su vez de dos vías paralelas y escasamente conectadas entre sí. Y en relación con las comunidades autónomas que no desarrollen esos niveles comparables (se augura aquí que serán pocas), la carrera académica estará compuesta de una fase laboral seguida, en su caso, de una fase funcional.

<sup>9</sup> Véase el Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación.

La complejidad puede ser mayor aún si tenemos en cuenta que en las comunidades autónomas en las que se desarrolle la carrera académica laboral, esta podrá ser complementaria o sustitutiva de la carrera funcionarial. Así se prevé en el preámbulo de la Ley 1/2003, de 19 de febrero, de Universidades de Cataluña: «Uno de los aspectos más innovadores de la presente Ley es la regulación del profesorado contratado. Se abre una nueva vía de carrera académica, basada en la contratación laboral, que puede ser complementaria o sustitutiva de la funcionarial, pero no menos exigente que ésta».

Para las comunidades autónomas que no desarrollen la carrera académica laboral, el personal contratado se concibe en la LOSU, con carácter estructural, como una suerte de estadio previo a la posibilidad de obtener la condición de personal funcionario, lo que *de facto* ya venía sucediendo tras la aprobación de la LOU. Por tanto, en lugar de los tres niveles de progresión referidos en la exposición de motivos, la carrera académica estaría formada en estas comunidades autónomas por una primera etapa de régimen laboral y, en su caso, una segunda etapa de régimen funcionarial.

En cualquiera de los casos, tanto si las comunidades autónomas desarrollan niveles laborales comparables a los cuerpos docentes como si no lo hacen, la configuración que hace la LOSU del personal laboral carece de fundamento constitucional, como ya sucedía en la LOU. Así, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 (F. J. 3.º), el personal funcionario y el personal laboral son «régimenes jurídicos distintos, aplicables a situaciones diferentes». A pesar de que no es infrecuente que en el empleo público español converjan las funciones que desempeña el personal funcionario y laboral, la previsión de figuras laborales sin criterios objetivos o funcionales específicos que las diferencien del personal funcionarial en mi opinión no tiene encaje constitucional.

Por último, huelga decir que el concepto de carrera académica no se corresponde con el concepto de carrera administrativa, esto es, con el conjunto de oportunidades de ascenso, progresión profesional o promoción interna que tienen los funcionarios. El diseño de la carrera académica implica, *de iure* o *de facto*, la posibilidad reiterada de perder la condición de empleado público. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando quien finaliza un contrato de ayudante doctor no supera un concurso para el acceso a una plaza de profesorado permanente laboral. A todo ello hay que añadir que las personas que transitan en la carrera académica podrían encadenar otras figuras contractuales distintas de las principales, como un contrato de profesorado visitante o un contrato de actividades científico-técnicas, por poner solo dos ejemplos. En suma, la estabilidad de la carrera académica que predica la exposición de motivos de la LOSU no se ajusta a la realidad de su diseño.

## 2. LOS CONTRATOS DE CARÁCTER TEMPORAL EN LA LOSU

### 2.1. La pretendida reducción de la temporalidad

En la exposición de motivos de la LOSU se proclama solemnemente que «se reduce del 40 al 8 por ciento el máximo de contratos de carácter temporal del personal docente e investigador que pueden estar vigentes en las universidades públicas». Sin embargo, la realidad normativa dista mucho de tan rotunda afirmación.

Ciertamente, el artículo 48.5 de la LOU disponía que el personal docente e investigador «con contrato laboral temporal no podrá superar el 40 por ciento de la plantilla docente». Como novedad, el segundo párrafo del artículo 64.3 de la LOSU establece lo siguiente: «El profesorado con contrato laboral temporal no podrá superar el 8 por ciento en efectivos de la plantilla de personal docente e investigador. No se computará a tal efecto el profesorado asociado de Ciencias de la Salud y el profesorado ayudante doctor». Como puede advertirse fácilmente, el inciso final excluye del cálculo al profesorado asociado de Ciencias de la Salud y al profesorado ayudante doctor, algo que la LOU no hacía. Por tanto, la comparación queda del todo desvirtuada y, cuando menos, la LOSU debe ser criticada por incorporar información confusa o incluso engañosa en su exposición de motivos.

Además, para valorar la pretendida reducción del 40 al 8 por ciento, hay que tener en cuenta que el profesorado asociado pasa a tener un contrato de carácter indefinido (artículo 79.c de la LOSU). En puridad, es este cambio normativo el que permite al legislador de la LOSU consagrar un porcentaje de temporalidad inferior al de la LOU, sin perjuicio de que su impacto deba ser compensado con las exclusiones antedichas. A este respecto resulta esclarecedor que el anteproyecto de la LOSU cifrara en un 20 por ciento el porcentaje máximo de profesorado temporal en una redacción en la que no se excluía del cómputo al profesorado ayudante doctor y en la que el profesorado asociado se concebía todavía como modalidad temporal.

A lo anterior hay que añadir la probabilidad no pequeña de que la interpretación dominante del porcentaje de temporalidad establecido en la LOSU excluya otras figuras por hallarse reguladas en la Ley 14/2011, como son las modalidades de contrato predoctoral, contrato de acceso de personal investigador doctor, contrato de investigador distinguido y contrato de actividades científico-técnicas. La diferenciación que hace el artículo 77 entre contratos regulados en la LOSU y contratos previstos en la Ley 14/2011 abriría la puerta a una nueva exclusión en el cálculo del porcentaje de temporalidad. De hecho, en la memoria del anteproyecto se proporcionaba el dato de temporalidad (un 31 %) de la universidad española en el curso 2019-20, limitándose a incluir en el profesorado laboral temporal «las figuras de Ayudante, Asociado, Sustituto, Lector y Visitante».

Sin embargo, en mi opinión, existen dos argumentos sólidos que permiten sostener que el cálculo del porcentaje de temporalidad no debe excluir las modalidades previstas en la Ley de la Ciencia. De un lado, la LOSU faculta expresamente a las universidades públicas para utilizar estas modalidades contractuales (artículo 77.1). De otro, la LOSU hace una exclusión expresa de dos modalidades (profesorado asociado de Ciencias de la Salud y profesorado ayudante doctor), de tal forma que si el legislador hubiese pretendido excluir otras modalidades solo tendría que haber ampliado el listado de las excepciones. A tenor de los precedentes, no parece que una tesis garantista como la que defiende vaya a ser la acogida por quienes tienen la responsabilidad de gestionar la gobernanza universitaria.

Por último, en el cálculo del porcentaje de temporalidad también se suscita la duda de si debe considerarse incluida o no la nueva figura del profesorado sustituto. Aun cuando esta modalidad contractual se puede emplear para sustituir al profesorado funcionario en los supuestos legalmente previstos, al tratarse de personal temporal no cabe sino defender su inclusión a los efectos del mencionado cálculo, amén de que el citado artículo 64.3 no excluye expresamente esta modalidad.

Finalmente, la LOSU no acaba con el alcance estructural de la contratación temporal, sino que apunta las modalidades contractuales de carácter temporal, con la excepción del profesorado asociado.

## 2.2. El profesorado asociado en la LOSU

Como principal novedad, el contrato de profesor asociado pasa a ser en la LOSU, según su artículo 79 c), de carácter indefinido, manteniéndose su dedicación a tiempo parcial. La supresión del carácter temporal de los contratos de profesorado asociado es coherente con la finalidad anunciada por la LOSU de poner fin a la precariedad, si bien debe ser contextualizada.

Por un lado, desde hace décadas, el profesorado asociado renueva sus contratos anualmente en la gran mayoría de los casos, salvo problemáticas casuísticas y, también, con la excepción de los supuestos en los que esta figura se utilizaba de manera fraudulenta. Nos referimos en este último caso al problema de los «falsos asociados», que siempre han desempeñado estas plazas de manera provisional, hasta que pudieran encontrar una plaza propia de la carrera académica. El fenómeno de los «falsos asociados» se genera, precisamente, por la escasez de plazas de carrera académica, operando como un auténtico fraude de ley que simultáneamente provocaba una grave situación de precariedad (Andrés Llamas, 2022). Empero, insistimos, los «verdaderos asociados» renovaban anualmente con carácter general.

Por otro, la jurisprudencia venía cuestionando el carácter temporal de los contratos de profesor asociado. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha concluido que los contratos temporales como los de profesor asociado no pueden emplearse para cubrir necesidades permanentes y duraderas en relación con la docencia<sup>10</sup>. En consecuencia, el Tribunal Supremo ha abogado por convertir la relación laboral en indefinida siempre que no se acredite una identidad entre la actividad docente y la experiencia profesional del profesor asociado<sup>11</sup>. Recuérdese que la razón de ser del profesorado asociado no es otra que la de transferir sus conocimientos prácticos, adquiridos en su actividad profesional principal, a la docencia universitaria.

Por todo ello, la eliminación del carácter temporal de la figura del profesorado asociado se presentaba para el legislador como una oportunidad para reducir la cifra de temporalidad del profesorado universitario, soslayando que se trata de contratos a tiempo parcial que no forman parte de la carrera académica.

En cualquier caso, como consecuencia de este nuevo carácter indefinido, la LOSU añade un supuesto de extinción contractual (artículo 79 d): «Será causa objetiva de extinción del contrato la pérdida sobrevenida

<sup>10</sup> Vid. la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de marzo de 2014 (ECLI:EU:C:2014:146).

<sup>11</sup> Vid., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 6 octubre de 2021 (ECLI: ES:TS:2021:3792).



de cualquiera de los requisitos establecidos en el párrafo a)». La remisión al párrafo a) del artículo 79 resulta problemática. Los requisitos de este párrafo a) pueden deslindarse del siguiente modo: (1) tener la condición de especialista o profesional de reconocida competencia, (2) acreditar el ejercicio de una actividad principal fuera del ámbito universitario y (3) que exista necesidad docente específica relacionada con ese concreto ámbito profesional.

La apreciación de la pérdida del primero de los tres requisitos comporta un elevado grado de discrecionalidad. Por ejemplo, cabe preguntarse si un hecho sobrevenido como una mala praxis profesional podría poner en cuestión la reconocida competencia.

La pérdida sobrevenida del segundo de los requisitos es el que menos dudas suscita, pues está conectado con la propia naturaleza de la figura del profesorado asociado. Con todo, algunos supuestos pueden plantear dudas interpretativas. Piénsese en un profesional prestigioso que cuenta con una dilatada trayectoria y que, por razones coyunturales o ajenas a su pericia, como la desaparición de la empresa en la que trabajaba, cesa en su actividad principal. En algunos casos este requisito podría resultar excesivamente rígido.

Por último, la existencia o no de «necesidades docentes específicas relacionadas con su ámbito profesional» es un requisito que supone una garantía para el buen uso de la figura del profesorado asociado, ya que no todas las áreas de conocimiento precisan de una aportación docente práctica o profesionalizante, si bien la noción de necesidades docentes también parece atribuir al empleador universitario un excesivo grado de discrecionalidad para poner fin unilateralmente a la relación contractual.

Por otro lado, la mención a la «causa objetiva» del artículo 70 d) de la LOSU parece incorporar una remisión normativa a las consecuencias jurídicas que establece el artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para los supuestos de extinción del contrato por causas objetivas.

Otra novedad de relieve en el régimen jurídico del profesorado asociado es la limitación de sus tareas docentes a las 120 horas lectivas por curso académico (artículo 79 b) de la LOSU), cuando con anterioridad venía desarrollando hasta 180 horas. La reducción del máximo de horas parece adecuado a la naturaleza de esta figura, pues no hay que olvidar que el profesorado asociado, en todo caso, debe ejercer una actividad profesional ajena a la universitaria, y no resulta fácil compatibilizar esta con un número elevado de horas docentes.

Con todo, esta reducción tendrá algunos efectos que a primera vista podrían pasar desapercibidos. Así, la reducción de las horas lectivas conllevará una consecuente reducción de las retribuciones, como puede deducirse de lo dispuesto en el todavía vigente Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario, en cuyo artículo 7.a) se afirma que en los supuestos «de tiempos parciales inferiores a doce horas semanales se efectuará la correspondiente reducción proporcional». Además, la reducción del máximo de horas que imparte el profesorado asociado no necesariamente acrecería en la dotación de otras figuras funcionariales o laborales a tiempo completo, sino que en áreas de conocimiento con varios profesores asociados el resultado podría ser el incremento del número de profesores asociados contratados para hacer frente al total de las horas lectivas necesarias. Nótese que la LOSU no establece un límite máximo a la utilización de esta concreta figura, salvo la previsión general que mandata una mayoría funcional en el profesorado universitario.

Finalmente, el legislador ha incorporado en la disposición transitoria séptima un «proceso de estabilización» orientado, cabe entender, a regularizar las situaciones en las que el profesorado asociado venía renovando anualmente su contrato de carácter temporal, de ahí la expresa remisión a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. Destaca la previsión contenida en su apartado 3, destinada al profesorado asociado con dedicación superior a las 120 horas, que habilita la articulación de procesos de estabilización «a través de actuaciones específicas que favorezcan el paso de Profesorado Asociado con título de Doctor/a a la figura de Profesorado Ayudante Doctor/a». El legislador trata aquí de ofrecer una solución al problema de los «falsos asociados», pero no deja de ser una mala técnica legislativa que este apartado 3 se solape en su contenido con lo dispuesto en la disposición transitoria octava.

En efecto, en la disposición transitoria octava se regulan los llamados «mecanismos de adaptación» que se ocupan principalmente del profesorado asociado u otros contratos de duración igual o inferior a un año previstos en la LOU. Estos mecanismos se ligan al plan de incremento de gasto público previsto en el artículo 155.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, por lo que su ejecución se halla condicionada, en la práctica, a la siempre ambigua realidad de las disponibilidades presupuestarias. Como requisito añadido para implementar estos mecanismos se exige que la universidad en cuestión debe tener un 20 por ciento de su plantilla docente con contratos laborales de profesorado sustituto, visitante, distin-

guido y asociado, lo que supone añadir un nuevo indicador de temporalidad que puede plantear agravios comparativos, pues la solución a la precariedad del personal se vincula a una estadística de la universidad empleadora. En cambio, adviértase que la habilitación del apartado 3 de la disposición transitoria séptima se dirige a todas las universidades públicas, sin exigencia de porcentaje alguno.

El mecanismo más relevante de la disposición transitoria octava, cuantitativamente, es el contenido en su letra a), que prescribe tener en cuenta como mérito preferente en los concursos de profesorado ayudante doctor la experiencia de cinco cursos previos de los siete últimos años con contratos de profesorado asociado o análogos. Serán las universidades las que decidan el número de estas plazas.

Además, en la letra b) de la disposición transitoria octava se prevé un mecanismo para el profesorado asociado que ha desempeñado su puesto igualmente durante cinco años, pero que carece del título de doctor. En este caso, se genera la duda interpretativa de si relación laboral deviene *ope legis* en la modalidad de contrato predoctoral, sin necesidad de concurso alguno, o si esta transformación se enmarca en procesos de promoción. La redacción literal, probablemente de manera involuntaria, da cobijo a la primera tesis, y también permite interpretar que la transformación contractual beneficiaría incluso al profesorado asociado no doctor que se haya desvinculado de la universidad, pero que cumpla con la experiencia mencionada.

Finalmente, en la letra c) se incluye la obligación de establecer un programa de promoción interna a profesorado permanente laboral para el profesorado asociado de carácter indefinido –esto es, con arreglo al nuevo régimen de la LOSU– que acumule idéntica experiencia quinquenal y cuente con la acreditación correspondiente. Parece evidente que esta previsión no contiene un derecho subjetivo, sino que el programa consistirá en un proceso selectivo específico de promoción interna cuyo alcance dependerá de las universidades.

### 2.3. Modificaciones en la figura del profesorado ayudante doctor

La figura del profesorado ayudante doctor ha experimentado no pocas modificaciones. Como se verá, la novedad más controvertida ha sido la eliminación de la exigencia de acreditación, que venía operando a modo de control previo de adecuación de las personas aspirantes que participaban en los concursos. Además, la LOSU (artículo 78 c) también dispone que el profesorado ayudante doctor podrá impartir un máximo de 180 horas docentes por curso, lo que en la práctica supone una reducción.

Al mismo tiempo, la LOSU (artículo 78 a) ha optado por ampliar a seis años la duración máxima del contrato de ayudante doctor (anteriormente, en la LOU, este límite máximo era de cinco años). No resulta justificada la nueva duración del contrato de profesor ayudante doctor, que tendrá como efecto previsible la reducción de las retribuciones totales del profesorado universitario, pues es evidente que un profesor ayudante doctor tiene una remuneración inferior a la del profesorado permanente laboral.

Otra innovación en la figura del profesorado ayudante doctor es la evaluación del desempeño que llevará a cabo la universidad transcurridos los tres primeros años del contrato. Según el artículo 78 e) de la LOSU, el objetivo de esta evaluación orientativa es «valorar el progreso y la calidad de la actividad docente e investigadora y, en su caso, de transferencia e intercambio del conocimiento del profesorado, que deberán conducirlo a alcanzar los méritos requeridos para obtener la acreditación necesaria para concursar a una plaza de profesorado permanente una vez finalizado el contrato». En puridad, nos hallamos ante un sistema de evaluación del desempeño de los contemplados en el artículo 20 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, norma que habrá de completar el régimen jurídico de esta evaluación orientativa.

Se trata de una de las pocas figuras del profesorado universitario sometida a un sistema explícito de evaluación del desempeño, lo que contrasta con la naturaleza materialmente formativa de esta modalidad contractual. Los efectos de la evaluación carecen del más mínimo interés, pues los requisitos para acreditarse en la figura del profesorado permanente laboral son públicos, cualquiera puede contrastar si los cumple y, en todo caso, las universidades no son las instituciones encargadas de realizar la acreditación. Además, esta evaluación orientativa creará una carga añadida de gestión a las universidades con una finalidad de dudosa utilidad.

Es probable que los primeros impulsores de la LOSU abogasen por emular la figura del profesor *tenure track*, propia del modelo anglosajón, referencia ya utilizada en la exposición de motivos de la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011. De tal forma que el objetivo original consistiría en que la evaluación fuese determinante de la conversión del contrato de profesorado ayudante doctor en otro contrato de carácter permanente, lo que sí habría supuesto una novedad de gran alcance en la carrera académica. Este uso de la figura *tenure track* tiene difícil encaje en nuestro ordenamiento, pues la supuesta

evaluación podría ocultar un dilatado periodo de prueba. Abortada esta primera intención, la evaluación intermedia carece de sentido, salvo que se utilice como punta de lanza para sucesivas reformas.

Por último, es necesario apuntar, a pesar de que se trataba de una modalidad distinta, que la LOSU suprime la posibilidad de contratar ayudantes (figura anteriormente regulada en el artículo 49 de la LOU). Esta modalidad contractual ya se hallaba en desuso debido al auge de los contratos predoctorales y su mantenimiento carecía de sentido en la actual configuración de la carrera académica.

#### 2.4. Otras figuras temporales

La LOSU también crea dos nuevas figuras temporales (el profesorado sustituto y el profesorado distinguido) y añade novedades de interés en la modalidad ya conocida de profesorado visitante.

Por lo que respecta al profesorado sustituto, quizá pueda citarse como antecedente la posibilidad de acudir al contrato para sustituciones previsto en el Estatuto de los Trabajadores, que la LOU no prohibía (Molina Navarrete, Álvarez de la Rosa y Ojeda Avilés, 2003, p. 44), aun cuando también cabía rechazar esa opción precisamente por la falta de habilitación expresa. En todo caso, la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la LOU, alterando su artículo 48.1, sí facultó a las universidades a contratar «mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo».

La LOSU da un paso más y regula la nueva y específica figura del profesorado sustituto en su artículo 80 con garantías reforzadas, pero también con deficiente técnica jurídica. Así, el apartado 1 de este precepto acota el radio de acción de esta figura (la sustitución del personal docente e investigador con derecho a reserva de puesto de trabajo que suspenda temporalmente la prestación de sus servicios en supuestos tasados y con reglas específicas), mientras que el apartado 2, referido a la necesidad de cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, remite a la Ley 20/2021 sin aclarar si las reglas del apartado 1 son de aplicación en este caso.

El interrogante que plantea esta nueva figura, de carácter laboral, es si puede emplearse para sustituir a personal de los cuerpos docentes. Todo apunta a que así se ha concebido, lo que debe ser criticado por ahondar de manera subrepticia en la estrategia de laboralización del profesorado universitario.

Por otra parte, el artículo 84 de la LOSU crea la figura del profesorado distinguido para contratar a docentes o personal investigador, tanto españoles como extranjeros, que estén desarrollando su carrera en el extranjero, «y cuya excelencia y contribución científica, tecnológica, humanística o artística, sean significativas y reconocidas internacionalmente». La LOSU se remite a la Ley 14/2011 para determinar la duración y condiciones de estos contratos.

En efecto, la modalidad contractual del investigador distinguido ya estaba prevista en la Ley 14/2011, y ha sido modificada por la reciente Ley 17/2022, de 5 de septiembre, según su exposición de motivos, a fin de que el objeto contractual esté «dirigido exclusivamente a personas de reconocido prestigio que se encarguen de la dirección de centros e instalaciones y de equipos de investigación como investigador/a principal», pues con anterioridad también se permitía esta figura para la mera realización de actividades de investigación.

Asimismo, la Ley 17/2022 ha añadido una letra g) al artículo 23 de la Ley 14/2011 que faculta al investigador distinguido a realizar actividad docente hasta un máximo de cien horas anuales. Sin embargo, el artículo 84 b) de la LOSU establece un límite máximo para el profesorado distinguido de 180 horas lectivas por curso académico. Esta disparidad de criterios podría resolverse conforme al principio de especialidad normativa, pero no siempre será sencillo. Piénsese en supuestos híbridos como el de un instituto de investigación adscrito a una universidad pública u otros centros que colaboran con las universidades mediante una fórmula convencional.

El objeto contractual del profesorado distinguido no parece lo suficientemente específico como para justificar la creación de una nueva modalidad contractual a tenor de la preexistencia del profesorado visitante, figura ya arraigada en nuestro sistema universitario que la LOSU regula someramente en su artículo 83. Según el artículo 84 b) de la LOSU, el profesorado visitante tiene como finalidad la de «desarrollar tareas docentes, investigadoras, de transferencia e intercambio del conocimiento, de innovación o de dirección de grupos, centros de investigación y programas científicos y tecnológicos singulares», y según el artículo 83 b) de la LOSU, la finalidad del contrato de profesorado visitante es «desarrollar tareas docentes y/o investigadoras, así como, en su caso, de transferencia e intercambio del conocimiento e innovación, en la especialidad en la que la persona contratada haya destacado» (la cursiva es nuestra). Se advierte fácilmente que el objeto contractual es parcialmente coincidente.

En cuanto al profesorado visitante, la LOSU añade que el personal docente e investigador contratado bajo esta modalidad, ya sea español o extranjero, pueda contribuir significativamente al desempeño de los centros universitarios. Nótese, en cambio, que en la figura del profesorado distinguido se exige estar desarrollando la carrera en el extranjero.

La noción de contribución significativa que exige la figura del profesorado visitante, que sustituye a la de «reconocido prestigio» (artículo 54 de la LOU), constituye también un concepto jurídico indeterminado que no tiene visos de solucionar las interpretaciones arbitrarias que dar lugar a un uso abusivo de esta figura, como ha venido sucediendo (Moreno i Gené, 2022). Lo mismo sucede con la noción contribución significativa cualificada del profesorado distinguido.

En ambos casos la LOSU no establece parámetros objetivos que permitan advertir esa especial aportación del profesorado. Pero no hay que olvidar que nos hallamos en el ámbito del empleo público, en el que los procesos selectivos deben ajustarse a principios como los de publicidad, transparencia, imparcialidad u objetividad (por citar solo algunos de los contemplados en el artículo 55.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). De resultas que la noción de contribución significativa debería implicar un desempeño superior al del personal docente e investigador de la especificidad del área o ámbito de conocimiento en concreto de cada universidad contratante, en un contexto en el que existen mecanismos ya establecidos que facilitan su medición objetiva. Tampoco incluye la LOSU ningún sistema de evaluación del desempeño de estas figuras. La ausencia de concurso público en las figuras del profesorado distinguido y visitante aconsejaría, cuando menos, la implementación de un control *ex post* que pudiera analizar, con algún tipo de consecuencia, si los centros universitarios se han beneficiado de la contribución significativa que justificó la contratación.

La única novedad de relieve en cuanto a la figura del profesorado visitante se contiene en la letra c) del artículo 83 de la LOSU, que añade una garantía en relación con la duración máxima, cifrada en dos años, sin posibilidad de prórroga o renovación. Con anterioridad, la LOU remitía la duración del contrato al acuerdo entre las partes, propiciando un ámbito para la autonomía de la voluntad poco acorde con los principios que rigen el funcionamiento de las Administraciones públicas.

### 3. MODIFICACIONES EN LA SELECCIÓN DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR

La LOSU incorpora algunas novedades al régimen jurídico de los procesos selectivos del personal docente e investigador, pero no acomete un cambio sustancial de los mecanismos ya implementados en el sistema universitario. Con carácter general, las nuevas medidas normativas se orientan a maximizar la efectividad de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al personal docente e investigador.

Por un lado, la reforma universitaria ha reforzado los procesos de acreditación del personal funcionario y laboral permanente. La internacionalización y la movilidad del profesorado son dos de los criterios elegidos por el legislador para potenciar la mejora de la calidad del sistema universitario. En concreto, en cuanto al acceso al personal docente e investigador funcionario, de manera destacada, el segundo párrafo del artículo 69.1 de la LOSU incluye como requisito para obtener la acreditación «la realización de actividades de investigación o docencia en universidades y/o centros de investigación distintos de aquella institución en la que se presentó la tesis doctoral, de acuerdo con los criterios establecidos reglamentariamente». Aunque este precepto rige para los cuerpos de funcionarios, el párrafo tercero del artículo 85.3 mandata la aplicación del artículo 69.1 también a la acreditación del profesorado permanente laboral.

En contraste con este refuerzo del sistema de acreditación, la LOSU elimina la exigencia de acreditación (la otrora llamada «evaluación positiva») para el profesorado ayudante doctor. Esta novedad puede tener un impacto negativo en el conjunto del sistema desde la perspectiva de los principios de mérito y capacidad, ya que la figura del profesorado ayudante doctor constituye *de facto* una larga etapa intermedia en la carrera académica y suele preceder a la estabilización.

La eliminación de la exigencia de acreditación para el profesorado ayudante doctor se justifica en la memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de la LOSU «con el objetivo de rejuvenecer las plantillas», argumento que puede tildarse de poco realista. La LOSU no ofrece ninguna razón de este cambio en su exposición de motivos, aunque no puede obviarse que sus impulsores han venido justificándolo en la necesidad de acortar el tiempo de estabilización del personal docente e investigador. Se pretendería así que, tras la finalización del contrato predoctoral, se pudiera optar con mayor rapidez a la opción de participar en un concurso de profesor ayudante doctor, evitando la espera a obtener la acreditación. Sin embargo, nada

garantiza que los concursos de profesor ayudante doctor, ya sin exigencia de acreditación, vayan a convocarse en una fecha inmediatamente posterior a la obtención del título de doctor. La anterior acreditación (evaluación positiva) a lo sumo solía demorarse seis meses desde su solicitud. No parece que acortar los plazos de estabilización de la carrera académica sea la verdadera razón.

Para evitar situaciones de agravio comparativo, en el apartado 1 de la disposición transitoria tercera se prevé que la acreditación vigente de profesorado ayudante doctor será un mérito preferente durante los cuatro años posteriores a la aprobación de la LOSU en los concursos de acceso a plazas de esta figura. Una solución razonable desde la perspectiva del régimen transitorio y la necesaria salvaguarda de las legítimas expectativas, salvo los problemas interpretativos que puede generar el concepto no novedoso de «mérito preferente», cuyas consecuencias se dirimirán en el proceloso ámbito de la autonomía universitaria.

Por lo que respecta a los concursos para el acceso a las plazas de profesorado, la LOSU contiene un nuevo impulso a la igualdad de género y la equidad (artículo 65), así como algunas medidas encaminadas a luchar contra lo que en el ámbito discursivo de las universidades se conoce como *endogamia* (Rivero Ortega, 2021, p. 246). A mi entender, la endogamia consiste en la influencia que vendrían a ejercer las comisiones de selección en la elección de las personas candidatas que superan el proceso selectivo, entre otras razones, por su proximidad laboral o académica, generalmente todos ellos vinculados a una misma universidad o grupo afín.

Así, en el artículo 71.1 b) de la LOSU se prevé que en las comisiones de selección deberá existir «una mayoría de miembros externos a la universidad convocante elegidos por sorteo público entre el conjunto del profesorado y personal investigador de igual o superior categoría a la plaza convocada». Continúa el mencionado precepto imponiendo que el referido sorteo deberá realizarse «a partir de una lista cualificada de profesorado y personal investigador elaborada por la universidad, en los términos en los que se desarrolle en la normativa interna». Son dos los requisitos con los que el legislador busca *deslocalizar* las comisiones de selección: (1) una comisión selectiva formada por una mayoría de miembros externos a la universidad en la que se convoca el concurso y (2) una elección por sorteo de estos miembros externos. La forma en que se elabore la lista cualificada objeto del sorteo será determinante de la eficacia de una regulación con loable finalidad desde la perspectiva del principio de buena administración. Con todo, la elaboración de la lista por la propia universidad no resulta coherente con la finalidad original. En palabras de Rivero Ortega (2023):

«La referencia a un sorteo para elegir una mayoría de miembros ajenos a la universidad convocante se desactiva al permitir (tras enmienda) que las listas de sorteables sean elaboradas por las mismas universidades. Lo que se anuncia por un lado se anula en el detalle, en una manipulación típicamente lampedusiana o gatopardista (que todo cambie para que todo permanezca igual).» (p. 33).

Nuevamente, aunque el artículo 71.1 se ocupa del profesorado funcionario, el artículo 86.2 también dispone que aquel precepto se aplica a la selección de personal docente e investigador laboral, con la excepción del profesorado asociado, cuya selección correrá a cargo de una comisión compuesta por miembros de la universidad en cuestión. A tenor de los propios postulados del legislador, la selección del profesorado asociado permitiría una relajación de la arquitectura organizativa que vehicula los principios de imparcialidad y objetividad. Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 86.1 de la LOSU, la selección del profesorado visitante, distinguido y emérito queda exceptuada de la exigencia de concurso público, lo que no parece compatible con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público.

Por otro lado, el artículo 86.1 de la LOSU prescribe que la convocatoria de los concursos para el acceso a plazas de personal docente e investigador laboral deberá ser comunicada con antelación suficiente al «registro público de concursos de personal docente e investigador del Ministerio de Universidades». Llama la atención que la LOSU no disponga nada acerca de la creación y funcionamiento de este registro y tampoco se entiende la omisión de esta comunicación previa en los concursos propios del profesorado funcionario.

## CONCLUSIONES

Si en su preámbulo la LOSU afirmaba que tenía «como uno de sus objetivos prioritarios la eliminación de la precariedad en el empleo universitario y la implantación de una carrera académica estable y predecible»

ble», a tenor del análisis realizado en este trabajo cabe concluir que ese objetivo no se ha plasmado en el articulado. No parece un fenómeno aislado. Según sostiene críticamente Rivero Ortega (2023):

«La lectura de la Exposición de Motivos y su contraste con el articulado nos sitúa ante una experiencia de disonancia cognitiva. Lo real no coincide con el relato que se nos presenta. Tales incoherencias generarán perplejidad y frustración en los principales actores del sistema universitario.» (p. 33).

En materia de personal docente e investigador, la LOSU puede considerarse una norma continuista, sin perjuicio de la incorporación de algunas previsiones accesorias que abordan problemas en la gestión del profesorado acumulados durante los últimos años.

Uno de los ejes vertebradores de la LOSU es la consagración del modelo dual de profesorado (funcionario-laboral) que se implementó a partir de la LOU. Esta dualidad podrá traducirse en la coexistencia paralela de los regímenes funcional y laboral o bien en la configuración de una carrera académica dirigida a encadenar las etapas laboral y funcional. En todo caso, no se encuentra presente en la LOSU una justificación funcional de la diferenciación de regímenes.

Por otro lado, a pesar de que en el preámbulo de la LOSU se informa del establecimiento de una nueva carrera académica estructurada en tres niveles, en lugar de los cuatro anteriores, lo cierto es que el articulado de la ley no altera en su esencia las referidas etapas de incorporación, consolidación y promoción.

Las modificaciones en el ámbito de los procesos selectivos, incluyendo los aspectos relativos a la acreditación, tienen mayor calado, aunque no supongan una ruptura del modelo anterior. En particular, la exigencia de miembros externos a la universidad convocante y elegidos por sorteo público –aunque se trate de un sorteo restringido– en las comisiones de selección puede favorecer una mayor efectividad de los principios de imparcialidad, independencia y objetividad en los procesos selectivos. En cambio, la eliminación del requisito de acreditación para el profesorado ayudante doctor implica una merma de aquellos principios y de la calidad del sistema.

En cuanto a la reducción de la temporalidad, la principal novedad es la conversión del profesorado asociado en una figura contractual de carácter indefinido. Ahora bien, este cambio no afecta a la carrera académica, ya que la figura del profesor asociado constituye una modalidad contractual a tiempo parcial que exige ejercer una actividad principal fuera del ámbito universitario. El anuncio en la exposición de motivos de una reducción del porcentaje de profesorado temporal del 40 al 8 por ciento se explicaría exclusivamente por el nuevo carácter indefinido del profesorado asociado, pero no es posible hacer una comparación fidedigna de ambos porcentajes en tanto que la LOU y la LOSU contemplan diferentes formas de cómputo. Además, existe un riesgo notable de que en el cómputo previsto en la LOSU también queden excluidas las modalidades contractuales reguladas en la Ley 14/2011, amén de que la propia LOSU no ha reducido el elenco de figuras temporales.

Finalmente, en materia de personal docente e investigador, como en otras cuestiones, la LOSU abusa de los conceptos jurídicos indeterminados y de las remisiones reglamentarias y competenciales, generando una situación de gran incertidumbre sobre aspectos esenciales de la carrera académica y, en particular, en los programas de promoción interna y en los controvertidos procesos de estabilización. En este sentido, la disposición final décima de la LOSU, relativa al estatuto del personal docente e investigador, dispone que el Gobierno presentará un proyecto de Ley del estatuto del personal docente e investigador universitario en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la LOSU. A tenor del Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, la eventual aprobación de este estatuto previsiblemente se demorará en el tiempo, lo que contribuirá a agravar el clima de incertidumbre que padece el personal docente e investigador.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andrés Llamas, M. Á. (2022). El profesorado asociado: entre el fraude de ley y la precariedad más absoluta. En A. I. Dueñas Castrillo (dir.), M. Á. Andrés Llamas y A. Macho Carro (coords.), *La precariedad en la universidad española: un estudio en primera persona* (pp. 217-234). Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. Disponible en: [https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/oc23\\_14\\_miguel\\_angel\\_andres\\_profesor\\_asociado\\_entre\\_fraude\\_precariedad\\_es\\_o.pdf](https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/oc23_14_miguel_angel_andres_profesor_asociado_entre_fraude_precariedad_es_o.pdf)

- Beltrán Villalva, M. (1977). La política de empleo en la Administración: ideologías, intereses y participación. *Documentación administrativa*, (173), 5-29. <https://doi.org/10.24965/da.vi173.4200>
- Boltaina Bosch, X. (2006). *Los puestos de trabajo del personal laboral en las administraciones públicas*. Tirant lo Blanch.
- Boto Álvarez, A. (2020). La metamorfosis de la función pública francesa: laboralización y flexibilidad. *Revista General de Derecho Administrativo*, (53).
- Cantero Martínez, J. (2001). *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Marcial Pons.
- Caro Muñoz, A. I. (2010). *Los derechos de autotutela y representación del personal docente e investigador laboral*. Universidad de Oviedo.
- Chaves García, J. R. (2023). Personal docente e investigador de las universidades públicas. En R. Rivero Ortega (dir.), *La reforma universitaria de 2023. Comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario* (pp. 186-213). Aranzadi.
- Desdentado Daroca, E. (1999). *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Tirant lo Blanch.
- Dueñas Castrillo, A. I. (dir.), Andrés Llamas, M. A. y Macho Carro, A. (coords.) (2022). *La precariedad en la universidad española: un estudio en primera persona*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. Disponible en: <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/la-precariedad-en-la-universidad-espanola-un-estudio-en-primera-persona>
- Izquierdo Hernández, F. J. y Molina García, M. (1996). *La laboralización de los funcionarios públicos*. Tirant lo Blanch.
- López Anioarte, M. C. y Ferrando García, F. M. (dirs.), Rodríguez Egío, M. M. y Ortiz González-Conde, F. M. (coords.) (2020). *Precariedad laboral del Personal Docente e Investigador: una visión con perspectiva de género*. Laborum.
- Molina Navarrete, C., Álvarez de la Rosa, M. y Ojeda Avilés, A. (2003). *Ordenación y gestión del Personal Docente e Investigador contratado: problemas y soluciones*. Universidad de Jaén.
- Moreno i Gené, J. (2022). Usos y abusos del recurso a las figuras de Profesores Ayudantes y Visitantes por parte de las universidades públicas. En A. I. Dueñas Castrillo (dir.), M. Á. Andrés Llamas y A. Macho Carro (coords.), *La precariedad en la universidad española: un estudio en primera persona* (pp. 135-154). Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. Disponible en: [https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/oc23\\_10\\_josep\\_moreno\\_usos\\_abusos\\_profesores\\_ayudantes\\_es\\_o.pdf](https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/oc23_10_josep_moreno_usos_abusos_profesores_ayudantes_es_o.pdf)
- Nogueira López, A. (2004). *Régimen jurídico de la selección del profesorado universitario*. Atelier.
- Quintanilla Navarro, R. Y. (2014). *La flexibilidad interna en el empleo público laboral*. Aranzadi.
- Rivero Ortega, R. (2021). *El futuro de la Universidad*. Ediciones Universidad de Salamanca.
- Rivero Ortega, R. (dir.). (2023). *La reforma universitaria de 2023. Comentarios a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario*. Aranzadi.
- Romero Burillo, A. M. (2011). *El régimen retributivo del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas*. Atelier.
- Salvador Armendáriz, M. A. (2021). Reformas jurídicas estatales para la gestión de los fondos NGEU: análisis y reflexión desde el derecho administrativo. *Revista catalana de dret públic*, (63), 61-80. <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i63.2021.3711>
- Sánchez Rodríguez, A. J. (2020). *Introducción a la huida del derecho administrativo*. Aranzadi.
- Subirats, J. (2001). Universidad en España: ¿época de cambios o cambio de época? *Educación*, (28), 11-39. <https://educar.uab.cat/article/view/v28-subirats>

Documentación Administrativa, número 10, junio de 2023  
Sección: ARTICULOS  
Recibido: 30-03-2023  
Modificado: 16-06-2023  
Aceptado: 16-06-2023  
Publicado: 26-06-2023  
ISSN: 1989-8983 – DOI: <https://doi.org/10.24965/da.11213>  
Páginas: 24-39



Referencia: Aymerich Ojea, I. (2023). La Administración como generadora de evidencias para la calidad normativa. *Documentación Administrativa*, 10, 24-39. <https://doi.org/10.24965/da.11223>

## La Administración como generadora de evidencias para la calidad normativa<sup>1</sup>

### *The public administration as a generator of evidence for regulatory quality*

Aymerich Ojea, Ignacio

Universitat Jaume I – Instituto de Gobernanza Democrática (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7818-4872>

[ignacio.aymerich@uji.es](mailto:ignacio.aymerich@uji.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Filosofía, doctor en Derecho, profesor titular de Filosofía del Derecho (Universitat Jaume I), investigador del Instituto de Gobernanza Democrática (San Sebastián), fellow del Oñati International Institute for the Sociology of Law, consultor del PNUD (ONU) en materia de indicadores de derechos humanos. Profesor en 19 maestrías y doctorados de diferentes países, autor de varias decenas de publicaciones entre libros y artículos especializados, director de cuatro tesis doctorales. Ha participado en 13 proyectos de investigación competitivos. Estancias de investigación en Alemania, Gran Bretaña, Noruega, Estados Unidos, Italia y Japón.

---

#### RESUMEN

Las diferentes iniciativas emprendidas en el ámbito internacional sobre el análisis de impacto normativo, unidas a los cambios derivados del advenimiento de la sociedad de la información y el conocimiento, movilizan reformas en la Administración pública en las que la tradicional relación vertical de sometimiento de ésta a la ley y los reglamentos se reorienta hacia un sentido circular, donde la capacidad de reunir datos sobre la efectividad de la regulación retroalimentan el proceso de creación normativa. Se analiza la evolución de la Dirección general de tráfico como caso paradigmático de estos cambios.

#### PALABRAS CLAVE

Mejora regulatoria; sociedad de la información; reforma administrativa; evidencias; calidad.

---

#### ABSTRACT

The variety of proposals related to the regulatory impact analysis undertaken by states, together with the changes caused by the coming of the information and knowledge society, trigger reforms in the public administration in which the traditional vertical relationship of submission to the law is realigned towards a circular one, where the capacity to gather data on the effectiveness of the regulation feeds back the process of regulation. The evolution of the DGT (Traffic department) is analyzed as a paradigmatic case of these changes.

#### KEYWORDS

Better regulation; information society; administrative reform; evidences; quality.

---

<sup>1</sup> Los trabajos preparatorios para este artículo han sido posibles gracias al proyecto de investigación “Aportaciones metodológicas para la evaluación del proceso legislativo y la efectividad de la regulación” (DER2016-79506-R), financiado por el Ministerio de ciencia, innovación y universidades, y del que el autor ha sido investigador principal.



## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: LA PREOCUPACIÓN CONTEMPORÁNEA POR LA CALIDAD NORMATIVA. 2. COMPARATIVA DE INICIATIVAS INTERNACIONALES SOBRE ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO. 3. LA RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS Y LA ADMINISTRACIÓN. 4. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL CONOCIMIENTO Y REFORMA ADMINISTRATIVA. 5. LA EVOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO COMO MODELO. 6. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### 1. INTRODUCCIÓN: LA PREOCUPACIÓN CONTEMPORÁNEA POR LA CALIDAD NORMATIVA

La preocupación por la calidad normativa no es nueva, tanto si hablamos de la legislación como de la potestad reglamentaria de la Administración. El problema no requiere demasiada descripción pues viene siendo ya puesto de manifiesto reiteradamente hace tiempo por autores como García de Enterría (1999) o la memoria del Consejo de Estado de 1992, donde se afirmaba, ante la superabundancia e inestabilidad de las normas, que «alguna solución tendrá que haber o para remover las causas o para dominar la situación sin que padezca la seguridad jurídica» (Consejo de Estado, 1993, p. 112), y esas reflexiones continúan hasta hoy (Badules Iglesias, 2020 o el monográfico “La mejora de la regulación” de ICE, 2019, entre otros muchos). No creo necesario reproducir tantos argumentos, me centraré más bien en las tentativas recientes de poner solución a dicho problema. Resolver esta cuestión supone un verdadero reto para la capacidad de autorregulación de una sociedad democrática. Frente al modelo clásico que concebía el resultado de la legislación como un orden normativo estable, referencia segura para la interacción social, hemos evolucionado hacia la llamada «motorización legislativa».

Podría decirse que hay aquí varios factores a tener en cuenta: la aceleración de los procesos de cambio social lleva a que la calidad normativa ya no se conciba únicamente como la capacidad de identificar la solución correcta, justa y duradera que pueda aplicarse de manera constante a la diversidad de casos regulados por la norma sino que ahora su sentido ha evolucionado hacia la capacidad de adaptación ágil a la mutabilidad y multiplicidad de formas de las relaciones sociales, dando así a la calidad normativa un sentido dinámico. Por otra parte la metodología, las técnicas de investigación y la capacidad de análisis de las ciencias sociales ha transformado sustancialmente con su desarrollo la capacidad de decisión informada. Basta pensar en los datos estadísticos que tenía disponible el legislador en la época de la codificación (paradigma de una legislación concebida como referente estable) y la realidad contemporánea de los *big data* o la inteligencia artificial. En ausencia de datos la regulación pasa por concebir normas ideales en abstracto, normas que atendiendo a criterios compartidos de justicia se presentan como el patrón correcto para resolver casos... aun sin conocer con exactitud cuáles, cuántos y cómo son los casos. Jeffrey Rachlinski (2011) sostiene que muchos lugares comunes de la medicina o de la administración de empresas se han visto modificados tras haber sido sometidos a investigación empírica, lo que se suele denominar medicina (o administración de empresas) basadas en evidencias, y que esa transformación (también presente en el ámbito de las instituciones públicas bajo el nombre de «evidence-based management») llegará más pronto que tarde también a la legislación. Lo que puede parecer una solución normativa justa, diseñada en abstracción del conocimiento empírico de la realidad social en que ha de ser aplicada, con frecuencia conduce a una obligada reformulación cuando se observa el impacto real que se deriva de su entrada en vigor. Esto abre la vía, como sugiere Rachlinski, a una reformulación del proceso de elaboración normativa, una regulación (tanto legislación como potestad reglamentaria) en la que se integre desde el inicio la capacidad de describir el problema social que merece respuesta normativa, la ponderación de diferentes alternativas para elegir aquella que mejor pueda resolver el problema, el uso de metodología empírica para reunir información sobre las posibilidades de cambio social que la nueva ley pueda introducir y una evaluación final de los efectos realmente producidos por las normas.

Esta tendencia hacia una nueva forma de regulación ya ha comenzado a manifestarse en varios frentes, agrupados todos bajo el paraguas de la llamada «better regulation», pero de entre todos ellos destaca el análisis de impacto normativo. En palabras de Ulrich Karpen (2006, p. 57), el análisis de impacto normativo «Constituye un instrumento de evaluación sistemática de los efectos de las normas. Una evaluación es una consulta metodológica acerca del valor y el método de un objeto». O tal como lo define Susan Rose-Ackerman (2013, p. 125),

«en esencia, la evaluación de impacto resulta indicativa de la preocupación por la eficacia funcional del Derecho. El Estado debe evaluar las leyes y los reglamentos para determinar

qué efectos tendrán sobre el comportamiento humano y si lograrán beneficios públicos [...]. La evaluación de impacto no se concentra en las propiedades formales del Derecho sino en lo que éste hace, consigue, genera».

Es importante señalar el carácter circular, completo, del análisis de impacto normativo, pues se extiende desde el proceso previo de legislación hasta la evaluación de los resultados posteriores; el impacto social efectivo de cada nueva norma con objeto de lograr una regulación eficaz. La simple entrada en vigor de la norma no garantiza que se logren los fines para los que fue diseñada, y se producen además con frecuencia efectos no deseados. Se requiere, por tanto, un análisis previo y posterior sobre su necesidad, su impacto y para determinar su efectividad, contribuyendo a su adaptación en un entorno complejo y cambiante, del que surge y sobre el que pretende proyectarse. El análisis de impacto normativo también implica, en consecuencia, una mejora de la motivación y justificación de las normas.

Según Auby y Perroud (2013, p. 24), «El método de evaluación de impacto regulatorio» comprende las siguientes fases:

- «• La definición del problema (en términos de riesgo, de necesidades o de oportunidades para mejorar el statu quo).
- Una forma de gobernanza que se basa en un proceso de gestación de las normas que sea transparente y controlable, que ponga especial énfasis en las consultas, en el uso de las pruebas empíricas y contrastadas para la preparación de la legislación y que siga los estándares de validación propios de las ciencias sociales y naturales durante el proceso regulatorio.
- La expresa consideración de múltiples opciones, incluyendo la opción cero o la de no tomar ninguna medida, teniendo en cuenta alternativas que supongan una menor intervención pública en los mercados, medidas de derecho blando o soft-law, acuerdos voluntarios y, desde luego, los métodos tradicionales de «orden y mando» (command and control regulations).
- Metodologías específicas para el análisis de diferentes opciones regulatorias, como el análisis coste-beneficio, análisis de criterios múltiples y la evaluación comparativa de riesgos.
- Un compromiso de supervisión ex post y de revisión de las regulaciones.»

Aunque veremos unos primeros precedentes y el desarrollo posterior del análisis de impacto normativo resultaría injusto desconocer que los primeros trabajos consagrados al estudio sistemático de los efectos sociales de la regulación surgieron mucho antes en el ámbito de la sociología jurídica. En 1920 Geiger demostró en su tesis doctoral cómo el intento del legislador alemán de entreguerras de equiparar la situación de los hijos ilegítimos (según la terminología entonces vigente) con la de los legítimos condujo a un resultado contrario al deseado: la ley obligaba al padre a pagar a la madre del hijo ilegítimo una pensión que fuese suficiente para alimentarlo, vestirlo, alojarlo y educarlo conforme al nivel social medio en que ella vivía, prohibiendo así que se desentendiese de su hijo. Lo que ignoró la ley fueron las estadísticas que mostraban que en la gran mayoría de los casos los hijos ilegítimos tenían padres de extracción social media/alta y madres de extracción social baja, por lo que con esta solución normativa se garantizó a los padres que podían dedicar mucho menos gasto a sus hijos ilegítimos que a los legítimos, perpetuándose la discriminación. Concluyó Geiger (1920) que el legislador debe servirse de las ciencias sociales para conocer el ámbito de aplicación de la ley so pena de ser ineficaz o incluso de producir un efecto opuesto al previsto. Desde los tiempos de aquellas primeras investigaciones la sociología jurídica se ha ocupado de forma constante de prestar atención sobre este tipo de cuestiones. Así, por ejemplo, la actual distinción entre estudios *ex ante* y *ex post* a la regulación tiene un claro paralelo con la distinción hecha por Carbonnier (1982, p. 232) entre lo que él denominó sociología ante-legislativa y post-legislativa. Sea como fuere, las iniciativas contemporáneas relativas al análisis de impacto regulatorio han ignorado estos precedentes y han nacido desconectadas de la experiencia acumulada en la sociología jurídica, lo que indudablemente podría haber sido de ayuda.

## 2. COMPARATIVA DE INICIATIVAS INTERNACIONALES SOBRE ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO

Los inicios del análisis de impacto regulatorio suelen fecharse en los años 70 del pasado siglo en relación con algunas políticas públicas específicas, como los intentos de evaluar qué repercusión podrían tener las reformas legislativas o reglamentarias sobre la mejora o el daño al medio ambiente, especialmente en

Estados Unidos. Desde esas primeras experiencias se fue extendiendo a otros ámbitos. Metodológicamente operaba en estos inicios como un análisis coste-beneficio, si bien luego ha evolucionado hacia otras perspectivas. Esto no impide que haya autores que sigan priorizando esa forma de análisis, que tiene serias limitaciones. Las memorias de análisis de impacto normativo se convirtieron en obligatorias en EE.UU en 1981 por medio de la Orden ejecutiva 12.291<sup>2</sup> del presidente Reagan. En este momento el objetivo que orientaba esta medida era la reducción de gastos de la administración estatal y la desregulación, que supuestamente favorecerían un entorno más propicio para los negocios. Por medio de la Orden ejecutiva 12.866<sup>3</sup> el presidente Clinton amplió el sentido del análisis de impacto regulatorio para incluir no sólo el patrón coste-beneficio sino otros valores que la legislación debería considerar, como su efecto distributivo y en la equidad, la salud pública y la seguridad y el medio ambiente.

Es importante señalar que la introducción de las iniciativas relacionadas con el análisis de impacto normativo implicaron desde el primer momento reformas administrativas y creación de organismos especializados en esta forma de evaluación: en Estados Unidos se creó la *Government Accountability Office* (una agencia independiente que asesora al Congreso y que recibió el encargo en 1974 de evaluar y analizar los resultados de los programas y actividades del gobierno, incluyéndose aquí la evolución y eficacia de las leyes), la *Office of information and regulatory affairs* o el *Congressional research service*, responsables ante las cámaras del Congreso y que cuentan con responsabilidades en la evaluación de la legislación. En Gran Bretaña, como describe Colin Jacobs (2007) se inició un camino semejante en los años 80, también inicialmente ligado al objetivo de la desregulación y con idea de mejorar el entorno normativo para los negocios (Libro blanco "Lifting the burden", 1985<sup>4</sup>), pero en 1998 el gobierno de Tony Blair modificó la metodología del análisis de impacto normativo para que no sólo atendiese a aquella perspectiva inicial de la incidencia en el ámbito de los negocios sino ampliándola hacia otros objetivos sociales garantizados por el ordenamiento. Existe también en el Reino Unido un órgano independiente del Gobierno que presta su apoyo a la Cámara de los Comunes, la *National Audit Office*, de un modo parecido a lo ya dicho sobre EE.UU. Además, la *Unidad de escrutinio prelegislativo*, que revisa los proyectos de ley en el marco de la Dirección de comisiones de la Cámara de los comunes fue creada tras ponerse de manifiesto la baja calidad de la legislación puesta de manifiesto por el informe de la Hansard Society de 1992.

A partir de estos primeros ejemplos el análisis de impacto normativo se ha ido extendiendo, impulsado por diversas organizaciones internacionales. En la Unión Europea, los sucesivos tratados recogen de manera constante disposiciones que provienen, en última instancia, de la muy citada Resolución del Consejo de 8 de junio de 1993: necesidad de incrementar la transparencia en el proceso de elaboración legislativa, de mejorar la accesibilidad de las normas para sus destinatarios y para los operadores jurídicos y de mejorar igualmente la técnica legislativa en toda reforma que se emprenda del sistema vigente (Consejo de la Unión Europea, 1993). Una primera consecuencia es la política de mejora regulatoria, «better regulation», que surge en la UE a raíz del Informe Mandelkern en 2001, creando la Comisión en 2005 un modelo de evaluación de Impacto normativo para toda la legislación comunitaria, estando desde entonces ampliamente institucionalizado este análisis en la Unión Europea. Más tarde la Comisión Europea (2015) aprobó la *Agenda de mejora normativa* (Better regulation agenda), el 19 de mayo del 2015.

Desde la OCDE también se promueve el *Regulatory Impact Assessment and Analysis* como elemento para la mejora de la gobernanza desde la década de los 90 (OCDE, 2009). El 22 de marzo de 2012, el *Regulatory policy committee* de la OCDE (2012) adoptó la *Recomendación del consejo sobre política y gobernanza regulatoria*, que ha influido mucho en las iniciativas adoptadas por muchos estados. Ciertamente la OCDE tiende más al modelo del análisis coste-beneficio y a insistir en la creación de entornos normativos favorables a los negocios, pero la propia naturaleza de la organización explica en parte esta tendencia.

No hay espacio dentro de los márgenes que permite este artículo para hacer una revisión completa de todas las iniciativas emprendidas en los diferentes estados en relación con el análisis de impacto normativo tras los primeros ejemplos ya mencionados, pero sí deben destacarse algunos casos relevantes. Es necesario citar dos iniciativas en que al compromiso con este tipo de análisis se le ha dado rango constitucio-

<sup>2</sup> <https://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12291.html>

<sup>3</sup> <https://www.archives.gov/files/federal-register/executive-orders/pdf/12866.pdf>

<sup>4</sup> <https://hansard.parliament.uk/lords/1985-07-16/debates/f54ead01-d5d2-4386-a1ea-e81e8b7d9732/LordsChamber>. El texto del Libro blanco "Lifting the burden" puede consultarse en: <https://assets.grenfelltowerinquiry.org.uk/FBU00000034%20-%20Extract%20-%20Exhibit%20MW%2069%20-%20Graffham%20-%20Lifting%20the%20Burden%20-%20Cmnd%209571%20-%20July%201985%20-%20%28Matt%20Wrack%20-%20FBU%29.pdf>

nal. Suiza, en primer lugar, introdujo en 1999 una enmienda a su constitución, haciendo obligatorio desde entonces el análisis de impacto normativo. Así lo establece el art. 170: «Evaluación de la efectividad. La asamblea federal deberá asegurar que las medidas son evaluadas en relación a su efectividad». Con ese fin la evaluación *ex post* de la legislación lleva utilizándose bastante tiempo, frente a la relativamente débil institucionalización de la evaluación *ex ante*. A nivel federal se creó el *Control parlamentario de la administración*, un departamento independiente de evaluación, pero como expone Kellerhals (2006, p. 126) la evaluación legislativa suele encomendarse a consultores independientes o a expertos de las universidades. Existe una completa regulación jurídica del método conforme al cual debe llevarse a cabo esta evaluación, tanto a nivel nacional como cantonal.

En el caso francés, el impulso para emprender la reforma constitucional fue el informe del Conseil d'état (2006)<sup>5</sup>, donde se planteaba la necesidad de poner la exigencia del análisis de impacto normativo en el más alto nivel de la jerarquía jurídica como solución a la complejidad del derecho y la falta de seguridad jurídica. La reforma de la Constitución llevada a cabo en 2008 modificó así el art. 39, obligando a que los proyectos de ley tuviesen que presentarse conforme a un procedimiento que habría de ser desarrollado por ley orgánica. A continuación se aprobó la ley orgánica 2009/43, de 15 de abril de 2009, que en dicho procedimiento establecía la obligación de que todas las leyes fuesen acompañadas de un estudio de impacto normativo. Pero tal vez lo más interesante es que establecía también que la *Conferencia de los presidentes de la primera cámara* denegaría la inscripción en el orden del día de aquellos proyectos de ley que no fuesen acompañados de dicho informe de impacto normativo (art. 39), informe que además debía ser público. En concordancia con lo anterior se reformó también el reglamento de la Asamblea Nacional en 2009 y se reforzó la participación ciudadana para que se pudiesen hacer llegar a los diputados observaciones sobre los proyectos de ley pero también sobre los informes de impacto que habrán de acompañarlos.

La evaluación francesa no había contado hasta esta reforma con una base metodológica claramente definida, pero desde 2008 el cambio ha sido muy destacable. Desde el punto de vista organizativo, su institución más influyente es el *Conseil Scientifique de l'évaluation*. En el ámbito de la Asamblea Nacional destacan dos organismos de apoyo: la *Office Parlementaire de l'évaluation de la législation* y una *Office parlementaire de l'évaluation des politiques publiques*. En la comparativa entre estados, hay quienes sitúan estas oficinas de control de calidad de la regulación en el ámbito del Ejecutivo, como el *Consejo finlandés de análisis de impacto regulatorio*, dependiente de la oficina del primer ministro, o en el caso español la *Oficina de coordinación y calidad normativa*. El factor diferencial destacable de Francia es que con independencia de quién redacte el borrador de la ley (usualmente el ejecutivo), el debate se sustancia en el terreno parlamentario donde la publicidad es obligatoria, y por tanto la participación ciudadana no es un trámite formal de consulta a potenciales afectados sino una opción mucho más efectiva. Como afirma Rose-Ackerman (2013, p. 123), «la diferencia estriba en que el proyecto que se envía al Parlamento es susceptible de críticas más inteligentes, tanto dentro como fuera de las cámaras en virtud de la evaluación de impacto y de la información que proporcional el gobierno».

Austria aprobó en enero de 2013 su sistema de análisis de impacto normativo que obliga a que cada nuevo proyecto de ley deba especificar los objetivos principales, resultados e indicadores y cómo afectará a las diferentes áreas de las políticas públicas. Tras cinco años de vigencia de una ley debe hacerse una evaluación de todo ello. La memoria que acompaña el proyecto de ley debe indicar cuál es el problema y por qué requiere una intervención pública, qué alternativas hay antes de introducir nuevas regulaciones y qué grupo de indicadores (de uno a cinco) se van a utilizar para examinar si se han logrado los objetivos propuestos. Los análisis del impacto *ex post* deben revisar los efectos de la legislación en 9 áreas: en el sistema financiero, en el conjunto de la economía, en las empresas, en el medio ambiente, en los derechos de los consumidores, en el coste de los servicios administrativos para ciudadanos y empresas, impactos sociales, en la infancia y la juventud y en la igualdad entre hombres y mujeres. En los Países Bajos el Ministerio de Justicia creó un departamento de calidad legislativa, responsable global junto al Consejo de Estado de la calidad de las leyes. Recibe a su vez el apoyo de la Academia Holandesa de Legislación. En Bélgica como en muchos otros países la evolución se desarrolló a partir del proceso presupuestario: la evaluación recae sobre el parlamento y el gobierno, pero también se habla de un control de calidad externo por parte de organismos asesores. Polonia también puso en marcha un procedimiento semejante en 2011. Esto son

<sup>5</sup> Conseil d'État (2006). Sécurité juridique et complexité du droit [informe]. Disponible en <https://www.vie-publique.fr/rapport/28120-rapport-public-2006-securite-juridique-et-complexite-du-droit>

algunos ejemplos de iniciativas en el ámbito estatal pero igualmente las hay en el nivel de competencia de los gobiernos regionales o de estados federados, destacando Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg y Baja Sajonia en Alemania, Escocia (Scottish Government's Better Regulation agenda) o el Cantón de Ginebra.

En el ámbito español las iniciativas han sido, comparativamente, menos ambiciosas que las llevadas a cabo en otros países. Con fecha 26 de enero de 1990 el Consejo de Ministros aprobó un «Cuestionario de evaluación que deberá acompañar a los proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros» (siguiendo el modelo alemán contenido en la Resolución del gobierno federal de 11 de diciembre de 1984) según el cual debía indicarse la necesidad de la norma, sus repercusiones jurídicas e institucionales y sus efectos sociales y económicos. Posteriormente, por acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 se aprueban las *Directrices de técnica normativa* y, cuatro años después, por medio del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, se regula la memoria del análisis de impacto normativo y la guía metodológica para elaborarla, que constituyó un paso para la introducción del análisis de impacto normativo previo; pero este paso se muestra como parcial e inconcluso. En 2006 se creó la *Agencia estatal de evaluación de las políticas públicas y la calidad de los servicios*, un organismo que incluía entre sus amplias competencias la capacidad de evaluar la calidad de la regulación, pero fue suprimida por Real Decreto 769/2017, de 28 de julio e integró estas funciones en la Secretaría de Estado de función pública a través del Instituto para la evaluación de políticas públicas. A pesar de que en diciembre de 2022 se aprobó la Ley 27/2022, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración general del estado, esta ley ya no contiene previsiones específicas sobre impacto normativo, por más que las políticas públicas no pueden llevarse a cabo sin el amparo de normas jurídicas y que la efectividad de muchas normas jurídicas dependa del diseño de políticas públicas para su implementación. El cap. 1 del título primero de la Ley 2/2011, de *Economía sostenible* se refería a la mejora de la calidad regulatoria, pero este capítulo fue luego derogado al entrar en vigor las leyes 39/2015 y 3/2013.

La Ley 39/2015, de *Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas*, en la parte referida al análisis de impacto se hizo, como indica el propio preámbulo de la ley, para atender las recomendaciones incluidas en el informe de la OCDE *Spain: from administrative reform to continuous improvement*, de 2014, sobre mejoras en el ámbito de la *better regulation*. Introduce en su art. 129 unos principios de buena regulación (necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia), en virtud de los cuales se hace preciso identificar claramente los fines perseguidos y mostrar que la regulación es el instrumento más adecuado para garantizar su consecución, que la iniciativa regulatoria deberá ser la imprescindible para atender a la necesidad declarada y tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos o que impongan menos obligaciones. También posibilitará que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas, evitará las cargas administrativas innecesarias y racionalizará la gestión de los recursos públicos.

Finalmente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de *Régimen Jurídico del Sector Público*, en su disposición final tercera modifica la ley 50/1997, del Gobierno, e introduce reformas profundas en materia de justificación, evaluación, racionalidad y transparencia del proceso normativo. Se sigue centrando toda la iniciativa en el poder ejecutivo y menos en sede parlamentaria (por contraste al caso francés), se deberá aprobar un plan normativo con las iniciativas legislativas que vayan a ser elevadas para su aprobación (art. 25.1) y ahí se identificarán, con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente, las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos. Una vez más un análisis predominantemente económico y con poca atención a la efectividad real de la nueva legislación (evaluación ex post). El art. 26 establece que la redacción de los proyectos de ley estará precedida por cuantos estudios y consultas se estimen convenientes, una redacción que no añade nada a lo que ya había y que queda en la máxima indeterminación. También se cuenta con realizar consultas entre los ciudadanos, los destinatarios potencialmente afectados y las organizaciones más representativas.

La *Memoria de análisis de impacto normativo* deberá tratar una serie de cuestiones (oportunidad de la propuesta, alternativas estudiadas, análisis jurídico, adecuación de la norma a la distribución de competencias, impacto económico y presupuestario, impacto de género y cargas administrativas que conlleva), pero ni se mencionan medidas para evaluar la efectividad de la reforma una vez llevada a cabo. El art. 28, que regula el informe anual de evaluación, se refiere fundamentalmente al grado en que se ha llevado a cabo el plan normativo, es decir, si realmente se aprobaron al cabo del año las normas inicialmente propuestas. Únicamente en su apartado e habla de la necesidad de analizar «la eficacia de la norma, entendiendo por tal la medida en que ha conseguido los fines pretendidos con su aprobación», pero no concreta ninguna

resolución sobre qué metodología se habrá de utilizar para ello. En síntesis, un avance realmente pobre en la dirección de una mejora de la calidad del proceso legislativo y, en comparación con otros países desarrollados, poca determinación en la creación de agencias de evaluación independientes y que rindan cuentas directamente al Parlamento.

El Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria de análisis de impacto normativo afirma que durante los últimos años se han producido distintos cambios normativos que hacen necesaria la derogación de la anterior regulación y la aprobación de un nuevo real decreto adaptado a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que incluye una modificación *ad hoc* de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Pero se siguen detectando grandes carencias, entre otras en el plano de la evaluación posterior de los efectos de la norma. Se trata de un campo donde queda aún mucho recorrido y en el que el ejemplo de otros países podría ser seguido más decididamente. En síntesis, una introducción limitada del análisis de impacto regulatorio y que queda bastante restringida frente a las posibilidades que este tipo de análisis podría permitir.

Creo importante resaltar, como síntesis de esta comparativa, que el análisis de impacto regulatorio implica un cambio en el modo de concebir la función de la potestad normativa que es importante por su repercusión en la calidad democrática del procedimiento. Tradicionalmente el concepto de soberanía iba ligado a la potestad legislativa. Jean Bodin (1986, libro I, p. 179) definía la soberanía como el poder absoluto y perpetuo de una república y es soberano quien tiene el poder de dictar leyes sin recibirlas de otro. Dentro de esta potestad se incluye también el determinar cuál es el interés público, al cual habrán de someterse otros intereses privados. Por tanto, el soberano tiene el poder unilateral de establecer mediante la legislación y la potestad reglamentaria el interés público. Sin embargo, como señalan Aubry y Perroud (2013, p. 27), «la evaluación de impacto nos muestra un camino nuevo, una nueva forma de evaluar el interés público». Efectivamente, la declaración del interés público pierde aquel carácter unilateral y somete a debate público la cuestión como fase previa a su aprobación. La información con que el legislador cuenta para redactar el proyecto de ley puede ser solo una parte de la información relevante, de manera que otros interlocutores pueden aportar nuevos datos que modifiquen la concepción inicial del interés general, dentro del cambio de paradigma hacia el modelo de la gobernanza.

«La evaluación de impacto regulatorio demuestra que los intereses públicos ya no son producto de la exclusiva voluntad de la Administración, sino de la ponderación y equilibrio entre costes y beneficios. El interés público ya no es algo que la voluntad de la Administración pueda declarar unilateralmente, por puro decisionismo, sino que tiene que justificarse, que construirse» (Aubry y Perroud, 2013, p. 28).

Es preciso señalar que estos análisis se llevan a cabo de forma generalizada con carácter previo a la producción normativa, pero se ha avanzado menos en el campo del análisis de los efectos de las reformas legales (evaluación *ex post*). Está claro que el asesoramiento científico en la creación y evaluación normativa no puede nunca sustituir las decisiones políticas pero puede contribuir mucho a mejorarlas.

En la revisión de las diferentes iniciativas adoptadas en relación al análisis de impacto normativo hemos ido viendo el diferente modo en que se articula la responsabilidad gubernamental o parlamentaria en la calidad de la regulación. Hemos dejado de lado el papel que en todas estas iniciativas tiene la Administración, pero ahora es el momento de ocuparse de ello.

### 3. LA RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS Y LA ADMINISTRACIÓN

En 1978 quedó consagrado en el art. 103.1 de la CE que la administración actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho y, como comentaban pocos años después Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, la administración es «una organización íntegramente subordinada al Derecho, no señora del mismo, obligada a justificarse en la observancia estricta de las normas legales» (García de Enterría y Fernández, 1986, p. 472). Pero la forma de subordinación, como sostiene Javier Barnés, se modifica en función de la capacidad del legislador de prever la realidad social en que la norma ha de ser aplicada.

«Cuando la ley no puede anticiparse a la realidad, ni encerrar todo en sus palabras, no ha de abdicar por ello de su función de sometimiento o de dirección de la Administración, como si de una inevitable patología se tratara. Por el contrario, la ley puede vincular a la Administración

mediante *programaciones finalistas* (determinando objetivos generales y fines específicos, garantías de resultado, principios o pautas de actuación, criterios para orientar la discrecionalidad, etc.)» (Barnés, 2006, p. 270).

Que exista un eje vertical donde la norma siempre ocupa una posición superior respecto a la actividad administrativa no significa, por tanto, que entre ambos polos tenga que mantenerse una relación cerrada, como la que une la premisa mayor y la menor de un silogismo, donde todo acto de la Administración sería un caso particular subsumible en el supuesto de hecho de la norma. Una programación finalista como la que menciona Barnés deja margen para que entre todas las posibles alternativas de acción se pueda elegir aquella que mejor pueda lograr los objetivos que trata de conseguir la norma, pero siendo en cualquier caso todas esas alternativas legales, con garantía de sometimiento a la ley. Para que la opción entre esas alternativas no derive en abusos por discrecionalidad se requiere entonces una justificación, y ésta podría tener la forma del análisis de impacto normativo, una metodología diseñada precisamente para contrastar la correspondencia entre objetivos normativos y efectos sociales realmente alcanzados.

Pero tomar este tipo de análisis en serio abre la perspectiva de dar un paso más y replantearse ese eje vertical, considerando la relación entre normas y acción de la Administración como un proceso circular, sin que esto implique, naturalmente, poner en cuestión el principio de pleno sometimiento a la ley fijado en el art. 103.1 de la CE. Me refiero a que la evaluación del grado en que la acción de la Administración permite alcanzar los objetivos a los que se orienta la norma se convierte también en el «laboratorio» de la calidad normativa misma. Si se llega a desarrollar plenamente toda la potencialidad de la evaluación *ex post* del impacto de la regulación (lo que todavía no ocurre), ¿quién habrá de ocuparse de recabar y tratar sistemáticamente los datos necesarios para llevar a cabo tal evaluación? Cabe la posibilidad de externalizarlo, como hemos visto en el caso suizo, hacia expertos o investigadores universitarios, con las limitaciones que pueda tener. O, si se opta por una evaluación *ex post* radicada fundamentalmente en sede parlamentaria, se pueden crear oficinas que se ocupen de ello (como en parte hace el Congressional research service en Estados Unidos), pero podría resultar muy oneroso si se le encomienda de forma general todo el análisis de impacto normativo. Por lógica, esa función debería corresponder a la Administración, lo cual implica una reforma de ésta, como intentaré mostrar más adelante. Dicho esquemáticamente; las memorias de impacto deberían incluir el procedimiento de evaluación del impacto de toda reforma normativa, por ejemplo, señalando los indicadores con que habrá de cuantificarse el mayor o menor logro de los objetivos propuestos con la reforma. La Administración, con pleno sometimiento al derecho, deberá cumplir por supuesto con esas normas, pero a la vez debería estar diseñada para reunir todos los datos necesarios sobre el impacto real de la reforma. En tal caso, una vez que se lleve a cabo la evaluación *ex post* la Administración estaría en condiciones de ofrecer al legislador la información relevante, cerrando así el proceso circular por el cual está sometida al derecho y a la vez maneja la información necesaria para evaluarlo. Creo que el advenimiento de la sociedad de la información y el conocimiento está empujando, precisamente, en esa dirección y, como trataré de mostrar, no se trata de una mera hipótesis sino que hay secciones de la Administración que ya han comenzado a evolucionar siguiendo esas pautas. Pero previamente hay que comprender qué implica la sociedad de la información y el conocimiento para toda organización.

#### 4. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL CONOCIMIENTO Y REFORMA ADMINISTRATIVA

La administración pública surge históricamente vinculada a la capacidad de gestión de la información. Los primeros estados, tanto en Mesopotamia como en China o Egipto, fueron posibles por la creación de los censos (inéditos hasta entonces en la evolución humana), la invención de la escritura y la consiguiente capacidad de tramitación de documentos. Es decir, que la actividad estatal surge a la existencia ligada a la capacidad de gestionar la información básica relevante (junto con los medios humanos y materiales y los conocimientos requeridos para ello). De algún modo podría decirse que la información que cada persona, individualmente, no podría obtener y procesar por sí mismo no está disponible para la acción, es como si no existiese, y por tanto el número de cosas que pueden hacerse es limitado. Pero en la medida en que existe un sistema capaz de recoger y procesar información de interés común de forma sistemática (en el sentido de que el sistema añade algo que no vendría dado por la mera suma de las capacidades individuales), entonces las posibilidades de la acción se incrementan. Volviendo a las clásicas tesis de Marvin Harris sobre el origen de las organizaciones estatales, ningún individuo tiene la capacidad de establecer un sistema de regadío para sus tierras cuando los recursos hídricos son escasos y lejanos, porque el coste haría inviable

que cada uno se construyese canales y acequias de tal longitud para su uso particular, pero todos entienden que socializar la organización de unas obras públicas como esas revierte en beneficio de la generalidad. Ahora bien, esa utilidad común no llegaría a ser ni tan siquiera imaginable sin una organización que cuente con la información sobre el caudal de los ríos, las distancias y desniveles, los usos de la tierra, los títulos de propiedad sobre la misma, las exigencias tributarias derivadas de las obras públicas, etc. En el extremo contrario, cuando la Administración no puede confiar en la calidad de la información con la que opera, la capacidad estatal deriva hacia la ineficacia. Una razón de peso para la política de *glasnost* (transparencia) de Gorbachov fue que el sistema tendía al autoengaño en cuanto a los resultados de las políticas públicas (incluyendo aquí el control de la producción económica y el consumo), dado que exponer abiertamente las carencias era punible. Como destacan Heleniak y Motivans (1991) la prevalencia de las consignas y de la sumisión a la jerarquía política afectó incluso a la calidad de las estadísticas. La política de transparencia fue así un intento de recuperar la fiabilidad de la información, abriendo parcialmente la libertad de expresión.

Así pues, Administración pública y gestión de la información están recíprocamente implicadas. Los cambios en la organización administrativa (a estos efectos toda administración, tanto pública como privada) están por tanto muy vinculados a las transformaciones en el modo en que se gestiona la información. Por ejemplo, el desarrollo de la estadística (que no por casualidad tiene ese nombre) y su aplicación a la gestión de la información por parte de las organizaciones supuso un salto exponencial. Basta pensar en la capacidad de respuesta de la práctica médica antes y después del análisis estadístico sistemático de las enfermedades. Antiguamente el paciente llamaba al médico cuando se sentía enfermo y éste acudía a atenderlo. La función del médico era tratar, caso a caso, a los pacientes. Pero desde su capacidad individual el médico no es capaz de llevar la contabilidad de los casos, más allá de los que él trata y de los que conoce por colegas. Cuando existe un registro general de casos y a estos datos se le pueden aplicar análisis estadísticos multivariados se puede conocer la prevalencia de las enfermedades, los factores de riesgo a que van asociadas, las variaciones más efectivas de las terapias, etc. Si los protocolos de registro de enfermedades se generalizan es posible compartir información básica para que la respuesta de los poderes públicos a las pandemias (como acabamos de ver) sea eficaz, algo inimaginable en el pasado.

La estadística es sólo un ejemplo, pero a día de hoy la transformación en curso es la que trae consigo la sociedad de la información. El *Programa de conocimiento para el desarrollo* del Banco Mundial (2007) evalúa la capacidad de las economías de los diferentes estados para responder a las transformaciones que trae consigo la sociedad de la información por medio de la denominada *Knowledge assessment methodology* (KAM). A su vez, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2020) ha desarrollado el *Knowledge Index*. Estos cambios están llegando también a la gestión de la información específicamente jurídica. Rachlinski (2011, pp. 904-905) pone de relieve la aparición de nuevas tendencias en la investigación jurídica basadas en la investigación empírica y el tratamiento sistemático de datos estadísticos (como ejemplifica el *Journal of Empirical Legal Studies* o que la revista *Yale Law Journal* pida a quienes remiten artículos para su publicación que envíen también las series de datos en que se basan, o la creación de la *Society for empirical legal studies*). Existe también una tendencia creciente a la legislación apoyada en pruebas (Pew/MacArthur Foundation, 2015).

De la digitalización de los procesos de gestión de la información, que a fin de cuentas se desarrollaron aún bajo el paradigma de una gestión por seres humanos, se ha avanzado en la dirección de la transferencia de partes de ese control a la inteligencia artificial, lo que Erik Sadin (2018) llama en *La humanidad aumentada. La administración digital del mundo* una «antrobología», neologismo con el que intenta señalar la creciente hibridación del ser humano y la máquina en la dirección de un incremento de nuestras capacidades cognitivas. No creo necesario mencionar toda la serie de cambios que la digitalización de la Administración ha traído consigo y los que están por venir. El reto al que responden, como sostiene Ramió, es que la gestión del conocimiento pueda «contribuir a estrechar la brecha institucional entre lo que el Gobierno hace y logra empíricamente y lo que normativamente debería hacer y lograr» (Ramíó, 2022, p. 147).

¿Qué cambios implica la sociedad de la información? No se trata de que la generalidad de las personas maneje más información (a veces es al contrario), o de que el volumen de información disponible se incremente (aunque esto también ocurre, pero no es definitorio). Según Innerarity «no se caracteriza meramente ni por el incremento y la aplicación del saber ni porque aumente la importancia de la ciencia. Es más definitorio que todo esto la generalización del tipo de acción de la investigación científica en el sentido de una reflexión y revisión sistemáticas y controladas del saber» (Innerarity, 2011, p. 57). No se trata de la capacidad de aplicar un conocimiento ya existente sino de la capacidad de crear nuevo conocimiento, un conocimiento generado no a partir de la experiencia sino de procesos activos de aprendizaje (Innerarity, 2011, p. 58), en



una transformación de los procesos ocasionales de aprendizaje en una conquista organizada del conocimiento (Innerarity, 2011, p. 59). En este contexto «la principal función del gobierno en la sociedad del conocimiento consiste precisamente en establecer las condiciones de posibilidad de la inteligencia colectiva» (Innerarity, 2011, p. 102). Dicho en otras palabras, transformar la actividad administrativa hacia procesos de aprendizaje, políticas públicas basadas en evidencias, donde la capacidad de reflexión sobre los resultados obtenidos se pueda convertir en base para la redefinición de esas políticas, de tal manera que los procedimientos estén diseñados de forma abierta y que así el proceso de gestión de la información y la generación de nuevo conocimiento sirva como retroalimentación del sistema. En palabras de Ramió, «la gestión pública moderna es cada vez más compleja y requiere de sistemas sofisticados de información y de inteligencia institucional que actualmente no poseemos» (Ramió, 2017, p. 157).

En términos de Luhmann, se trata de una reorientación de las expectativas normativas hacia las cognitivas. En sus palabras «todavía es posible, en nuestros días, tener sistemas jurídicos nacionales [...]. Por el contrario, resulta casi imposible pensar en ciencias nacionales o en sistemas económicos nacionales. Allí donde las expectativas se señalan como sensibles al aprendizaje, resulta difícil sustraerse a las presiones internas de la sociedad» (Luhmann, 2005, p. 631). Las expectativas normativas ofrecen la seguridad de que exista un referente sobre la acción lícita, expectativa que no se ve defraudada porque haya casos de violación de la norma, que no deja por ello de ser válida. Por el contrario, las expectativas cognitivas anticipan un resultado y por tanto deben corregirse a sí mismas cuando éste no se produce. En otras palabras, una expectativa cognitiva «aprende» porque se ve obligada a reformularse en función de lo que realmente ocurre, pero las normas siguen vigentes aunque haya incumplimientos. Este ha sido siempre el patrón que guía la investigación científica, donde un caso de incumplimiento de la hipótesis explicativa la invalida, según la conocida formulación popperiana de la falsabilidad (Popper, 1980, pp. 39-42 y 75-89) y obliga a formular una más sólida. Por eso los sistemas jurídicos nacionales pueden subsistir, ya que están fundamentados en el principio de soberanía (que, como vimos citando a Bodin, va unido a la potestad legislativa). Sin embargo, las teorías científicas, sensibles al aprendizaje, no pueden cobijarse bajo argumentos de autoridad, y de nada sirven ahí soberanías nacionales.

Como decía más arriba, el advenimiento de la sociedad de la información y el conocimiento está ejerciendo de palanca de cambio de transformaciones en las organizaciones, tanto públicas como privadas, y en sectores específicos de la Administración. Un caso particular donde creo que se pone de manifiesto este tipo de transformaciones es el de la DGT, que utilizaré como modelo, no en el sentido del paradigma de lo que debe hacerse sino en el de un caso piloto o una muestra donde poner a prueba empíricamente la tendencia que he venido describiendo. De hecho, la DGT no describe sus procedimientos como casos de análisis de impacto normativo, más bien creo que ha evolucionado hacia ese tipo de relación dinámica entre conocimiento y regulación aún sin identificarla bajo ningún nombre, pero justamente esa evolución es lo que puede servir de modelo.

## 5. LA EVOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO COMO MODELO

Hay multitud de unidades orgánicas administrativas o agencias públicas que podrían servir de muestra representativa de los cambios que la sociedad de la información y el conocimiento traen consigo, pero el caso de la Dirección general de tráfico (DGT) creo que puede ser una buena piedra de toque por varias razones. En primer lugar, la normativa de tráfico es un sector relativamente «aislable» dentro del ordenamiento jurídico en el sentido de que, como conjunto de normas, forman un sistema fácilmente identificable, delimitable frente a otros sectores, no especialmente complejo y cuya efectividad puede ser analizada de forma relativamente autónoma. Responde además a unos objetivos claros, fácilmente comprensibles e indiscutibles y fácilmente cuantificables; fundamentalmente reducir la siniestralidad en carretera. En segundo lugar, a la implementación de esta normativa se consagra una administración especializada, habiendo bastante correspondencia entre el campo de actividad delimitado por sus competencias y el conjunto de hechos donde se manifiesta la efectividad de la normativa sobre seguridad vial. En tercer lugar, la potestad sancionadora de la Administración ejercida por la DGT (y, eventualmente, los Ayuntamientos) se compenetra bien con la sanción penal, ya que en el organigrama de la Fiscalía General del Estado existe un Fiscal de sala coordinador de seguridad vial, con dos fiscales más adscritos, y una red de fiscales delegados provinciales. Como expone la Memoria elevada al gobierno por la Fiscalía General del Estado (2022), todos estos fiscales se reúnen periódicamente en jornadas donde se intenta unificar criterios y analizar la evolución de los problemas de la

seguridad vial para darles adecuada respuesta, además de coordinarse con diversos cuerpos policiales. Se han elaborado, además, sucesivas Estrategias de seguridad vial (2005-08, 2011-20, 2021-30) que coordinan la acción de todos los actores implicados.

Tal vez se entienda mejor por contraste con otras normas. Tomemos como ejemplo un caso de legislación reciente, la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes. La consecución de los objetivos de esta ley probablemente dependerá de competencias repartidas entre ministerios responsables de la industria, el comercio, la hacienda pública, la política económica, además de las comunidades autónomas o las entidades locales, administraciones cuya coordinación no será tan fácil como la que pueda haber en el ámbito de la seguridad vial. Si se quiere hacer un análisis de impacto normativo de dicha ley habrá que diseñar indicadores que reúnan información dispersa por varios departamentos, posiblemente con metodologías estadísticas diferentes que habrá que unificar, etc. Frecuentemente la respuesta de las políticas públicas a retos como la reunión sistemática y ordenada de información para valorar la efectividad de ciertas normas es la creación de los llamados «observatorios», si es que la estructura administrativa existente no está diseñada como tal para llevar a cabo esa tarea de forma suficiente.

Junto al papel de la DGT existen además compañías de seguros que reúnen información estadística sobre siniestros de tráfico, centros de investigación (como el Instituto universitario de investigación en tráfico y seguridad vial de la Universidad de Valencia), asociaciones de fabricantes de vehículos, asociaciones de conductores, empresas concesionarias de inspección técnica de vehículos, etc., todos ellos con capacidad de procesamiento de información relevante para la evaluación de la efectividad de la regulación sobre seguridad vial desde su sector específico. Para posibilitar el intercambio de información entre todos los interlocutores competentes existe el *Consejo superior de tráfico, seguridad vial y movilidad sostenible*, órgano de consulta y participación dedicado a mejorar la seguridad vial y a fomentar acuerdos entre las diferentes administraciones y entidades que desarrollan actividades en ese ámbito. Este es otro ejemplo del modelo de la gobernanza, ya mencionado anteriormente. Hay además campañas informativas, tanto de las reformas normativas que se producen como de factores puntuales de riesgo. Un factor de efectividad de las normas es que estén interiorizadas por la ciudadanía, y aunque en términos jurídico-formales la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, en términos de efectividad es obvio que su conocimiento sí contribuye el logro de los fines para los que fueron concebidas. Todas estas razones justifican la idoneidad de la DGT como caso de estudio.

Comencemos por la evolución administrativa y de la regulación. El 25 de septiembre de 1934 se aprobó el primer Código de circulación, que sería la base sobre la que se irían introduciendo reformas hasta 2009, fecha en que quedaron derogados los últimos artículos que aun seguían en vigor. En 1959 se crea la Jefatura central de tráfico unificando las competencias de diferentes unidades administrativas dispersas entre varios ministerios. La exposición de motivos de la ley 47/1959, de 30 de julio, por la que se crea este órgano centralizado justifica su necesidad por la conveniencia de ubicar en un único organismo «la competencia en materia de vigilancia del tráfico, circulación y transporte por carretera y las facultades para sancionar las infracciones que en la misma materia se cometan<sup>6</sup>». Así, mediante una «más ordenada y sistemática regulación» se establecerán las medidas necesarias para lograr una mayor eficacia del personal responsable de velar por su observancia, dado que la ley reconoce que el problema de la seguridad del tráfico.

«es sustancialmente humano, puesto que en el volumen de las infracciones y en la magnitud de los daños que producen los accidentes la conducta de los hombres interviene en forma decisiva destacando la responsabilidad de quienes, sirviéndose de aquellos medios en forma antirreglamentaria o menospreciando su riesgo constituyen un peligro para la seguridad de las personas y de las cosas».

Una lógica punitiva donde el problema de la seguridad vial se singulariza en la conducta individual, por lo que es necesario un organismo de control y sanción, de «vigilancia y disciplina del tráfico» (art. 1). A pesar de que algunas competencias seguirán siendo ejercidas por otras unidades orgánicas de la administración (como las exigencias técnicas de los vehículos, que dependen de Industria), el art. 4.2 establece que «se reducirá a un solo expediente [...] la tramitación actualmente exigida», de manera que si la causa de un accidente es la deficiencia técnica del vehículo, el departamento correspondiente evacuará los oportunos trámites e incorporará dicha información al expediente tramitado por la Guardia civil adscrita a la Jefatura

<sup>6</sup> BOE n.º 182 (10.371). <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1959/182/A10371-10372.pdf>

central de tráfico. Este diseño organizativo con la tramitación de un único expediente permite desde el principio reunir la información en una única unidad administrativa.

Desde 1934 hasta la última modificación del Código de tráfico y seguridad vial (de 23 de enero de 2023) la evolución normativa es constante y crecientemente acelerada. Destacan, entre otras, la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, cuyo texto será modificado por la Ley 6/2014, de 7 de abril. En su disposición final segunda faculta al Gobierno a aprobar un texto refundido de dicha legislación, lo que se hizo mediante el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre. Ley 18/2021, de 20 de diciembre, que introduce reformas en la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Son reformas puntuales y, como se argumenta en su exposición de motivos, «Esta revisión se basa en datos estadísticos que se han venido consolidando en los últimos años». He aquí la clave. En la medida en que el creciente volumen de información procesada por la DGT permite identificar estadísticamente las causas más prevalentes de siniestralidad pueden reformularse las normas para incidir justamente en esos factores. Es público, por ejemplo, cómo la detección de que las distracciones causadas por atender al móvil mientras se conduce son una causa importante de siniestralidad han derivado en una reforma que sanciona tal conducta, lo que supone adaptar la normativa a la evolución de la realidad social en que ha de ser aplicada. La DGT, a lo largo del tiempo, ha ido mejorando su capacidad de reunir tal información estadística y de procesarla, y en esa medida ha ido mejorando la capacidad de respuesta normativa. La exposición de motivos con que se justifica la reforma legal de 2015 cita las investigaciones sobre la efectividad de la introducción del llamado «carnet por puntos» en la reducción de la siniestralidad. Hasta tal punto es importante garantizar la calidad de los datos estadísticos que fue objeto de regulación mediante la Orden del Ministerio de relaciones con las cortes y de la Secretaría del gobierno de 18 de febrero de 1993, donde se especifican las definiciones y procedimientos que se deben aplicar. Esta evolución de la DGT es un buen ejemplo ya logrado del modelo que Ramíó propone para la reforma administrativa: que cada Administración pública disponga de una unidad central de análisis de datos (Ramíó, 2022, p. 182).

Evidentemente, la mejora de las estadísticas sigue a la mejora de los medios técnicos de información, donde ha habido también una constante innovación. En esa línea, para la puesta en marcha de la próxima mejora técnica se ha adjudicado recientemente el contrato de servicios a una UTE compuesta por Vodafone, Pons Mobility, Kapsch TrafficCom e Inspide para desarrollar la plataforma DGT 3.0, que recabará datos en tiempo real de los vehículos en circulación (de forma anónima) para poder reunir más y mejor información sobre las causas de la siniestralidad.

¿Qué conclusiones cabe sacar del caso de la DGT analizado?. En primer lugar, hay una transición desde la lógica norma/caso a una perspectiva holística, no centrada únicamente en la conducta individual y su adecuación a la norma sino en el estudio de la seguridad vial como fenómeno global. En segundo lugar, existe una correspondencia entre la capacidad de tratamiento y análisis sistemático de grandes bases de datos y la celeridad y especialización de los cambios normativos. En tercer lugar, y ligado a lo anterior, la regulación evoluciona desde un modelo vertical y estático a un modelo dinámico y de flujo circular de la información: los datos sobre el grado en que la normativa sobre seguridad vial consigue reducir la siniestralidad son reintroducidos en el proceso regulatorio para mejorar la calidad de las normas.

En relación con lo primero, el tratamiento de la información recabada sobre siniestralidad permite identificar factores diferentes al mero incumplimiento de las normas de tráfico por parte de los individuos. El informe conjunto de la Fundación Mapfre y la Asociación española de la carretera (AEC) correspondiente a 2015 pone de relieve que el mal estado de conservación de las vías incide significativamente en la mortalidad/morbilidad vinculada al tráfico por carretera, y que una adecuada inversión en este capítulo podría llegar a salvar 752 vidas al año (Fundación Mapfre – AEC, 2015). Permite también identificar perfiles delictivos a partir del análisis de bases de datos (Pérez Díaz, 2022), no con objeto de sancionar sino de conocer mejor las causas de la siniestralidad. Permite también apreciar la diferencia entre la conducta definida como ilícita por la normativa y la realmente sancionada, lo que no incide en la responsabilidad individual del conductor sino más bien en la capacidad de respuesta de la DGT. Según el Real automóvil club de España (RACE), respetar la distancia de seguridad entre vehículos podría reducir en un 10% el número de muertes en carretera y en un 16% el número de accidentes con víctima. Sin embargo, no parece que la DGT sancione esta infracción en proporción a su peligrosidad. El 64% de las sanciones que se imponen son por rebasar la velocidad permitida, lo que plantea interrogantes sobre mejora de la efectividad del sistema: ¿se sanciona en proporción a las causas de siniestralidad o en proporción a los medios de que se dispone para detectar las infracciones? De hecho, según estudios de la Fundación Línea Directa junto con la Universidad de Valencia, los datos dicen que el exceso de velocidad sólo incide en la cuarta parte de los accidentes mortales.

Existe también el problema de los efectos secundarios de la regulación, uno de los cuales es la sobrecarga de la Administración de justicia para cursar todos los procedimientos derivados de la aplicación de la misma. La tipificación como delitos de muchas conductas que anteriormente sólo merecían sanción administrativa ha llevado a que casi un cuarto de las condenas lo sean por delitos contra la seguridad vial: un 23.7% en el año 2021, último con estadísticas disponibles (INE, 2021). Según la Memoria de la fiscalía general del estado, también indican los datos del mismo año 2021 que se incoaron 125.939 procedimientos penales relativos a delitos contra la seguridad vial, en una proporción muy alta sobre el total (Fiscalía General del Estado, 2021).

Naturalmente, la DGT publicitará los resultados de la política legislativa promovida a partir de sus análisis enfatizando la reducción de la siniestralidad, pero un análisis de impacto normativo completo tiene que prestar atención no sólo a los logros sino también a los efectos indeseados de la regulación. El problema de una adaptación aislada de organismos administrativos a las exigencias del procesamiento de datos es que las consecuencias sobre ámbitos que son competencia de otro organismo administrativo «no son de su negociado» y por tanto no merecen la misma atención. Pero junto al derecho a la vida, la integridad física y la seguridad (con que se legitiman las medidas normativas en el ámbito de la seguridad vial) existe también el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), y sobrecargar a la Administración de justicia con una proporción tan importante de causas no puede sino ir en perjuicio de la efectividad global de tal derecho. Alguna capacidad debe haber para que el análisis de los efectos sociales de las normas no se haga de forma parcelada, por administraciones, sino que obedezca a una perspectiva integral.

Con todo, en un balance global hecho con perspectiva histórica debe valorarse la transformación llevada a cabo en este particular ámbito de la administración pública y prestar atención a la dirección final hacia la que se orienta. El sentido que une los cambios normativos y los organizativos es la de una capacidad de procesar la información relevante que sirva para saber en qué medida las normas cumplen efectivamente el objetivo de resolver los problemas que motivan su aprobación, a la vez que esa recogida y análisis de datos constituye la base para la siguiente reforma normativa. De esta manera la mejor descripción que puede hacerse del proceso no es la de una autoridad con capacidad normativa y una organización que ejecuta dichas normas, sino más bien la de una relación circular entre regulación e implementación donde el centro lo constituye la capacidad de identificación de los datos significativos en relación al problema detectado, la capacidad de análisis de las causas del problema, la elaboración de normas encaminadas a incidir en dichas causas, etc.

## 6. CONCLUSIONES

Visto el caso de la evolución de la DGT, ¿es extrapolable a otras administraciones? Ya he mencionado, en primer lugar, que en el caso de la DGT confluyen una serie de circunstancias favorables que no es tan fácil que se den en todos los casos. Además, he tomado este caso como modelo, pero hay otros muchos ejemplos de reforma organizativa en funcionamiento: uno de los elementos constantes de los análisis de impacto normativo es la necesidad de evaluar el impacto presupuestario de la regulación, tarea para la que los técnicos de los ministerios de hacienda de los diferentes países suelen estar capacitados, también en España.

Pero en mi opinión hay dos limitaciones principales que impiden la generalización de este caso. En primer lugar, y como ya hace mucho Weber alertó, existe el peligro de la «jaula de hierro», de los excesos de la burocratización. A fin de cuentas, la adecuación medios-fines como forma de racionalidad es sólo una de las formas de racionalización de la acción social y extrapolarla a todo lo demás constituiría un error. La ciencia puede aportar pruebas de en qué medida, dado un objetivo considerado valioso, se está logrando alcanzarlo, pero no puede demostrar que un valor es preferible a otro. Ahí está la limitación entre la racionalidad administrativa, asistida por pruebas científicas, y la soberanía desde la que se adoptan decisiones políticas.

Parkhurst (2017, pp. 41 y ss.) aduce un buen ejemplo de los conflictos que pueden derivarse de la colisión entre estas dos exigencias. Obama estableció por norma un mínimo legal de 15 años para poder acceder a la píldora contraceptiva (píldora del día siguiente) pese a que la Food and drug administration (FDA) había probado que dicha píldora resultaba inocua para niñas de cualquier edad, lo que llevó a un tribunal a sentenciar que la administración debía hacer accesible la píldora a niñas menores de 15 años, ya que la decisión normativa estaba políticamente motivada pero era científicamente injustificable. Como bien argumenta Parkhurst, la cuestión es si las pruebas científicas deben ser la única base de la decisión normativa. Junto

a la información sobre los efectos perjudiciales de la medicación existen consideraciones sobre los límites de la capacidad del regulador para hacer accesible sin receta una píldora de estas características a menores sin que sean informados sus padres. Este otro debate puede sostenerse sobre argumentos políticos basados en diferentes escalas de valores, habiendo quien esté a favor y quien esté en contra sobre la base de dichos valores y conforme a las mayorías políticas requeridas para adoptar tal medida. Pero este debate se vuelve inviable si consideraciones de este tipo deben ceder ante los datos de la investigación científica, y sea cual sea la opinión que se pueda tener sobre esta controversia en concreto, lo que es evidente es que los límites que separan dónde acaba la responsabilidad de los padres y dónde comienza la del estado no es una cuestión «científica» ni decidible conforme a métodos empíricos de investigación como los que acreditan el valor de los datos de la ciencia. Así que no sólo existe el peligro de una politización de la ciencia cuando las evidencias científicas son ignoradas, manipuladas o malinterpretadas para servir a fines políticos sino que también, a la inversa, existe el peligro de una despolitización científica de la política, un proceso por el que las evidencias científicas pueden ser utilizadas como pantalla para impedir debates esencialmente políticos.

Volvamos sobre el caso de la DGT. Que se reduzca la tasa de mortalidad/morbilidad en carretera es un objetivo político al que nadie podría seriamente oponerse. De hecho, la Estrategia de seguridad vial 2011-2020<sup>7</sup> (aprobada por el Consejo de Ministros el 25 de febrero de 2011) fijó como objetivo reducir la tasa de 37 personas fallecidas por millón de habitantes en accidentes de carretera, y la nueva estrategia 2021-30<sup>8</sup> se propone reducir en un 50 % el número de fallecidos en carretera en 2019 (1.755), y nadie se opone a este tipo de logros.

La dificultad que se plantea es que la idoneidad de los medios precisos para alcanzar tales objetivos tiende entonces a ser interpretada como una mera cuestión de investigación científica y desarrollo técnico. Este punto ciego es una consecuencia de los cambios históricos producidos en la metodología científica, a partir de los cuales el conocimiento sistematizado por el método adoptó un sentido primordialmente técnico. En aquellos campos de la ciencia donde los juicios de valor son prácticamente irrelevantes (como la física o la química) no se plantean tales problemas. Pero precisamente estas ciencias operaron como modelo para el resto, y la generalización de una metodología puramente técnica condujo, en el caso de las ciencias con efecto directo sobre las relaciones sociales, a ignorar los presupuestos valorativos implícitos en su método.

«Las disciplinas de las ciencias de la naturaleza que se hallan ligadas a unos puntos de vista de valor, tales como la medicina clínica y más todavía la llamada “tecnología”, se convirtieron en puras “técnicas” prácticas. Desde un principio ya estaban fijados los valores a los cuales habían de servir: la salud del paciente, el perfeccionamiento técnico de un proceso concreto de producción, etc. Los medios a los cuales recurrieron eran, y sólo podían ser, la aplicación práctica de los conceptos de carácter legal hallados por las disciplinas teóricas. Todo progreso de principio en la formación de aquellos era y podía ser, también, un progreso de la disciplina práctica. Porque con un fin fijo, la reducción de cuestiones prácticas (un caso de enfermedad, un problema técnico) a unas leyes de validez general, esto es, la ampliación del conocimiento teórico estaba ligada y era idéntica con la ampliación de las posibilidades técnicas de la *praxis*.» (Weber, 1987, pp. 157-158).

El postulado de valor que prescribe que la salud debe ser preservada resulta tan obvio para la medicina que deja de ser objeto de atención directa de la terapéutica. Así, el único tipo de problemas que ésta debe resolver es el de los medios técnicos para lograr la salud. De esta manera, el campo de la ciencia y el de la praxis borran sus fronteras. El conocimiento científico se convierte en criterio para la toma de decisiones. En casos como el de la medicina no presenta mayor problema, puesto que nadie discutirá el postulado de valor («debe procurarse la salud»), pero no toda decisión responde a este paradigma, y la elección entre alternativas basadas en criterios de valor diferentes no puede hacerse por criterios científicos. Como ya argumentaron los autores de la Escuela de Frankfurt en relación a un caso extremo, los campos nazis eran «técnicamente» impecables, un diseño industrial del exterminio, pero la antítesis de toda forma de respeto por los valores.

Hay multitud de leyes y reglamentos que responden a preferencias valorativas cuya legitimación es el grado de respaldo político que merezcan, y por tanto nunca las posibilidades que permita el análisis de im-

<sup>7</sup> [https://www.dgt.es/export/sites/web-DGT/.galleries/downloads/conoce\\_la\\_dgt/que-hacemos/estrategias-y-planes/estrategia-co\\_2020\\_004.pdf](https://www.dgt.es/export/sites/web-DGT/.galleries/downloads/conoce_la_dgt/que-hacemos/estrategias-y-planes/estrategia-co_2020_004.pdf)

<sup>8</sup> <https://seguridadvial2030.dgt.es/inicio/>

pacto normativo basadas en pruebas científicas podrán anular el margen para ese tipo de decisiones, como en el caso citado por Parkhurst, y el hecho de que tal caso tuviese lugar (como otros que podrían citarse) es una prueba de que la amenaza es real.

La segunda limitación viene dada porque el análisis de impacto normativo no puede hacerse depender de unidades administrativas que funcionan con autonomía y, por tanto, tienen limitada su capacidad de observación de los impactos sociales de las normas conforme a su propia capacidad como organización. Desde la época de Bonnin (1809) hasta hoy se ha llegado a tomar conciencia de los límites que toda organización (particularmente la Administración pública) tiene para evaluar el grado de cumplimiento de los fines que justificaron su creación. En palabras de Luhmann, toda organización «tiene su propia clase de racionalidad sistémica en el hecho de que permite, donde sea necesario para las relaciones con el entorno, la racionalidad entre medio y fin. Pero no se puede conceptualizar ni poner en práctica el sistema organizacional mismo como medio para sus fines» (Luhmann, 1997, p. 22). O, como dice poco después, los sistemas organizacionales «verían sus fines sólo en sus medios y olvidarían el fin para el que fueron creados» (Luhmann, 1997, p. 25). He tratado de ponerlo de relieve en el caso de la saturación de la Administración de justicia derivado de la búsqueda de soluciones penales a los problemas de siniestralidad vial. No es competencia de la DGT evaluar la proporcionalidad de la carga de trabajo de la Administración de justicia, no puede hacerlo conforme a las limitaciones marcadas por sus competencias. Precisamente por ello el análisis de impacto normativo no puede hacerse depender de lo que cada órgano administrativo pueda o quiera hacer sino que debe ser un proyecto integral. España, como he tratado también de mostrar, no destaca entre los países más comprometidos con la política de mejora regulatoria llevada a cabo conforme a este paradigma. Una legislación más decidida, o incluso una reforma constitucional (como han hecho Suiza y Francia) permitiría establecer una metodología común de análisis de impacto normativo, una metodología donde estuviesen ponderados todos los valores consagrados en la Constitución (tanto el derecho a la vida y a la integridad como el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, como también he tratado de mostrar).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA CARRETERA – FUNDACIÓN MAPFRE (2015). *Contribución de la carretera a la mejora de la seguridad vial en España*. <https://www.aecarretera.com/estudios/2019/3%20-%20Contribucion%20carretera%20seguridad%20vial%20Mapfre.pdf>
- Auby, J. B. y Perroud, T. (eds.) (2013). *La evaluación de impacto regulatorio*. Global Law Press – INAP.
- Badules Iglesias, D. (2020). Reflexiones acerca de la mejora de la calidad del derecho: instrumentos y alternativas. *Revista General de Derecho Administrativo*, (54).
- BANCO MUNDIAL (2007). *Knowledge assessment methodology*. [https://estadisticas.pr/files/BibliotecaVirtual/estadisticas/biblioteca/BM/BM\\_KAM\\_2008.pdf](https://estadisticas.pr/files/BibliotecaVirtual/estadisticas/biblioteca/BM/BM_KAM_2008.pdf)
- Barnés, J. (2006). Observación previa: el procedimiento y la reforma del derecho administrativo. En J. Barnés (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Global Law Press.
- Bodin, J. (1986). *Les six livres de la république*. Fayard.
- Bonnin, Ch.-J. B. (1809). *Principes d'Administration Publique, por servir a l'Études des Lois Administratives, et Considérations sur l'Importance et la Nécessité d'un Code Administratif, suivies du Project de ce Code*. Clement Frères.
- Calviño, N., Álvarez Suárez, M., Domínguez Viera, J., Míguez Macho, L., Sánchez Puente, R., Bueno Rodríguez, F., García Vidal, A., Moral-Arce, I., Schultz, R., Arndt-Bascle, C., Davidson, P., Gerloff, B., López Vallés, J., Canals Ametller, D., Bishop, I., Román González, M. V., Riscos Gómez, J. F., Prieto Romero, C., Mora-Sanguinetti, J. S. y Arnal Martínez, J. (2019). *Revista de Economía ICE: Información Comercial Española* (número 907, monográfico sobre La mejora de la regulación). <https://doi.org/10.32796/lice.2019.907>
- Carbonnier, J. (1982). *Sociología jurídica*. Tecnos.
- COMISIÓN EUROPEA (2015, 19 de mayo). *Better Regulation Agenda: Enhancing transparency and scrutiny for better EU law-making*. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4988\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4988_en.htm)
- CONSEIL D'ÉTAT (2006). *Sécurité juridique et complexité du droit* [informe]. Disponible en <https://www.vie-publique.fr/rapport/28120-rapport-public-2006-securite-juridique-et-complexite-du-droit>
- CONSEJO DE ESTADO (1993). *Memoria del año 1992*. <https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/05/MEMORIA-1992.pdf>
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (1993). *Resolución del Consejo, de 8 de junio de 1993, relativa a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria*. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993Y0617\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993Y0617(01))

- DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO (2011). *Estrategia de seguridad vial 2011-2020*. [https://www.dgt.es/export/sites/web-DGT/galleries/downloads/conoce\\_la\\_dgt/que-hacemos/estrategias-y-planos/estrategico\\_2020\\_004.pdf](https://www.dgt.es/export/sites/web-DGT/galleries/downloads/conoce_la_dgt/que-hacemos/estrategias-y-planos/estrategico_2020_004.pdf)
- DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO (2022). *Estrategia de seguridad vial 2030*. <https://seguridadvial2030.dgt.es/inicio/>
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2021). *Memoria elevada al gobierno de S. M.* [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2022/FISCALIA_SITE/index.html)
- García de Enterría, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1986). *Curso de derecho administrativo*. Civitas.
- Geiger, T. (1920). *Das uneheliche Kind und seine Mutter im Recht des neuen Staates: Ein Versuch auf der Basis kritischer Rechtsvergleichung*. Schweitzer.
- Heleniak, T. y Motivans, A. (1991). A note on Glasnost' and the soviet statistical system. *Soviet Studies*, 43(3), 473-490.
- INE (2022). *Estadística de condenados: Adultos/Menores. Año 2021*. [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica\\_C&cid=1254736176793&menu=ultiDatos&idp=1254735573206](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176793&menu=ultiDatos&idp=1254735573206)
- Innerarity, D. (2011). *La democracia del conocimiento. Por una sociedad inteligente*. Paidós.
- Jacobs, C. (2007). The evolution and development of regulatory impact assessment in the UK. En C. Kirkpatrick y D. Parker (eds.), *Regulatory impact assessment. Towards better regulation?* Edward Elgar Publishing.
- Karpen, U. (2006). La implantación de la evaluación legislativa en Europa: modelos y tendencias actuales. En F. Pau i Vall y J. Pardo Falcón (coords.), *La Evaluación de las Leyes, XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos* (pp. 57-88). Tecnos.
- Kellerhals, C. (2006). La evaluación legislativa en el Cantón de Ginebra: el caso de la comisión externa de evaluación de las políticas públicas. En F. Pau i Vall y J. Pardo Falcón (coords.), *La Evaluación de las Leyes, XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos* (p. 123-134). Tecnos.
- Luhmann, N. (1997). *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Anthropos.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. Herder.
- OCDE (2009). *Regulatory impact analysis: a tool for policy coherence*. OECD iLibrary. <https://doi.org/10.1787/9789264067110-en>
- OCDE (2012). *Recomendación del consejo sobre política y gobernanza regulatoria*. OCDE iLibrary. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264209046-es>
- Parkhurst, J. (2017). *The politics of evidence. From evidence-based policy to the good governance of evidence*. Routledge.
- Pérez Díaz, D. (2022). Perfil criminal del delincuente vial en Navarra. *Tráfico y seguridad vial*, (277).
- PEW CHARITABLE TRUSTS – JOHN D. & CATHERINE T. MACARTHUR FOUNDATION (2015, 3 de marzo). *Legislating evidence-based policymaking. A look at state laws that support data-driven decision-making* [Issue brief Projects: Results First]. <https://www.pewtrusts.org/ru/research-and-analysis/issue-briefs/2015/03/legislating-evidence-based-policymaking>
- Popper, K. (1980). *La lógica de la investigación científica* (5.ª reimp.). Tecnos.
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO - PNUD (2020). *Global Knowledge Index 2020*. <https://www.undp.org/publications/global-knowledge-index-2020>
- Rachlinski, J. J. (2011). Evidence-based law. *Cornell Law Review*, 96(4), 901-924. <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol96/iss4/27>
- Ramió, C. (2017). *La administración pública del futuro (horizonte 2050). Instituciones, política, mercado y sociedad de la innovación*. Tecnos.
- Ramió, C. (2022). *Burocracia inteligente. Guía para transformar la Administración pública*. Catarata.
- Rose-Ackerman, S. (2013). Evaluación de impacto y análisis coste-beneficio: ¿qué es lo que implican para la formulación de políticas y reforma del derecho? En J. B. Auby y T. Perroud (eds.), *La evaluación de impacto regulatorio*. Global Law Press - INAP.
- Sadin, E. (2018). *La humanidad aumentada. La administración digital del mundo*. CajaNegra.
- Weber, M. (1987). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica (FCE).

Documentación Administrativa, número 10, Junio de 2023  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 08-03-2023  
Modificado: 28-04-2023  
Aceptado: 09-05-2023  
Publicado: 26-06-2023  
ISSN: 1989-8983 – DOI: <https://doi.org/10.24965/da.11200>  
Páginas: 40-58



Referencia: Boto Álvarez, A. (2023). Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital. *Documentación Administrativa*, 10, 40-58. <https://doi.org/10.24965/da.11200>

## Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital

### *New bureaucratic barriers: defensive digital Administration*

Boto Álvarez, Alejandra

Universidad de Oviedo (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7616-1236>

[botoalejandra@uniovi.es](mailto:botoalejandra@uniovi.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Profesora Titular de Universidad de Derecho Administrativo, es autora de cuatro monografías científicas y de múltiples artículos publicados en revistas de impacto, tanto en España como en el extranjero. Sus campos de especialización son la organización administrativa y el Derecho público comparado. En materia de empleo en el sector público y digitalización ha trabajado previamente sobre el impacto de las TIC en el control empresarial.

#### RESUMEN

El trabajo pretende llamar la atención sobre un fenómeno en auge en ordenamientos de nuestro entorno y que aún no ha recibido en España atención suficiente, la llamada burocracia defensiva. A partir de un análisis de *lege data* y de la revisión de literatura científica y jurisprudencia se presentan, con diversos antecedentes comparados, diferentes manifestaciones de la existencia de rutinas defensivas de autoprotección laboral en la Administración española y se analiza cómo la digitalización auspicia nuevos reductos de atrincheramiento frente a la ciudadanía. La perspectiva de análisis es esencialmente jurídica, aunque se concluye que abordar el síntoma de mala administración que supone un sector público a la defensiva requiere de enfoques interdisciplinares. En particular, es esencial tener en cuenta las percepciones de los empleados públicos, la motivación y la cultura de servicio público. Junto a ello, las cuestiones estrictamente legales, sobre todo las que tienen que ver con la tolerancia del sistema público al error no doloso, también juegan un papel determinante.

#### PALABRAS CLAVE

Burocracia defensiva; percepción de riesgos; responsabilidad; transformación digital; comportamiento en la Administración pública.

#### ABSTRACT

This paper draws attention to a phenomenon that has not yet received enough attention in Spain: the so-called defensive bureaucracy, very well known in other countries instead. Through a methodology based on a *lege data* analysis and literature and jurisprudence review, the paper presents different hints of defensive self-protection routines in the Spanish Administration, with various comparative precedents. It also analyses how digitalisation fosters new strongholds of entrenchment vis-à-vis the citizenry. The perspective is essentially juridical, although it concludes that tackling the maladministration symptom of a defensive public sector requires interdisciplinary approaches. It concludes that it is essential to take into account public employees' perceptions, motivation and public service culture. Alongside this, strictly legal issues, especially those related to the public system's tolerance to non-intentional error, play a decisive role.

#### KEYWORDS

Defensive bureaucracy; risk perception; liability; digital transition; behavioural public administration.



## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. EL FENÓMENO DE LA BUROCRACIA DEFENSIVA. 1.1. ITALIA: LA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD. 1.2. FRANCIA: LA PERSPECTIVA DE LA SOCIALIZACIÓN. 1.3. A LA BÚSQUEDA DE UNA PERSPECTIVA PARA ESPAÑA. 2. LA BARRERA TECNOLÓGICA. 2.1. BUROCRACIA DEFENSIVA A TRAVÉS DE TECNOLOGÍA DILETANTE. 2.2. BUROCRACIA DEFENSIVA A TRAVÉS DE TECNOLOGÍA LIMITADA U OPACA. 2.3. BUROCRACIA DEFENSIVA A TRAVÉS DE TECNOLOGÍA SUSTITUTIVA. 3. CONCLUSIONES: EL NECESARIO CARÁCTER INTERDISCIPLINAR DE LA CONSTRUCCIÓN DE REMEDIOS FRENTE A LA BUROCRACIA (DIGITAL) DEFENSIVA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Además de las conexiones tecnológicas, y quizás precisamente de su mano, el siglo XXI ha traído consigo una nueva frontera interdisciplinaria para el derecho público: la psicología (Kersten, 2022). En efecto, se está desarrollando un prolífico campo de estudio en relación con la regulación jurídica de los riesgos que la psicología cognitiva y conductual han identificado en torno a la inteligencia artificial, el *nudging*, la heurística y los sesgos (Sunstein, 2020; Ponce Solé, 2022a), al tiempo que desde posiciones doctrinales metodológicamente más ambiciosas incluso empiezan a estudiarse otras utilidades generales de la psicología para el derecho administrativo (Velasco Caballero, 2022).

La perspectiva es revolucionaria, porque el derecho administrativo español ha tendido a ignorar sistemáticamente a la psicología a pesar de la existencia de una asentada rama de esta última que presenta evidentes intereses concomitantes: la cultivada por la psicología del trabajo y las organizaciones. La explicación de este fenómeno es a mi juicio bifronte. Puede encontrarse, en primer lugar, en la escasa convicción de nuestra doctrina sobre el carácter verdaderamente jurídico de la disciplina de la organización administrativa, campo cedido mayoritariamente de forma gustosa al estudio de la politología, las ciencias de la Administración, la sociología e incluso el *management*. Y, sin embargo, la organización administrativa es también derecho (Gallego Anabitarte, 2001): principios, institutos generales, teoría y normas (Parejo Alfonso, 2009, pp. 24-30), siendo imposible desvincular la organización de otros aspectos como la posición ordinamental y la actividad de la Administración, así como su control judicial (Taccogna, 2014, pp. 1-12). También puede explicarse, en segundo término y haciendo referencia al primero en la especialización de la rama de la psicología citada (el trabajo), porque el sujeto personal que configura esa organización, los recursos humanos, presenta un régimen jurídico de frontera, que cabría decir que en este caso está incluso «demasiado jurificado». En efecto, es una materia que no acaba de ser integralmente abordada ni por laboristas ni por administrativistas pues, entre otras cosas, no pocas veces requiere también el manejo de categorías propias del derecho mercantil, al entrar en juego todo el entramado empresarial del sector público (Menéndez Sebastián y Boto Álvarez, en prensa).

Este trabajo aspira a aproximar esas orillas desde la óptica iuspublicista de la formación de su autora, en la seguridad de que existen fenómenos del funcionamiento administrativo de nuestra era que no pueden abordarse únicamente desde el derecho, pero tampoco de forma ajena a él. Ello no es algo novedoso, pero sí lo es aplicarlo a un sustrato concreto como el que aquí se propone y sobre el que se espera llamar la atención para el desarrollo de investigaciones futuras.

Así, se pone el foco en lo que ha venido en llamarse la burocracia defensiva, y en particular en las implicaciones que la sociedad digital pueda tener respecto a ella. Tras una aproximación a ese concepto considerando diversos precedentes (1), lo que se sostiene a partir de la revisión de la literatura es que los avances tecnológicos no son algo neutral para ese tipo de Administración, que se protege defensivamente con ellos frente a la ciudadanía (2), y que tanto el análisis de sus manifestaciones como la propuesta de remedios requieren manejarse en planos interdisciplinarios complejos, en torno a las percepciones de los empleados públicos (3).

En una línea similar, en el año 2020, el INAP concedía el primer accésit de su premio para tesis doctorales a un trabajo elaborado en el marco del programa de doctorado de educación y psicología de la Universidad de Oviedo que se centraba en cómo incrementar la justicia organizacional en los procesos de recursos

<sup>1</sup> El presente estudio ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación de referencia TED2021-129283B-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y la Unión Europea NextGenerationEU/PRTR.

humanos públicos contribuyendo también a potenciar los comportamientos éticos (Castaño Pérez, 2019). La monografía resultante se construyó sobre la idea de que la investigación sobre la justicia organizacional es útil tanto para los empleados públicos como para las instituciones públicas y la sociedad. Para los empleados, por la relación entre la idea de justicia, el bienestar, la satisfacción y el desempeño laboral; para el sector público y la sociedad, por la mejora del desempeño organizacional, la lucha contra la corrupción y la percepción de una inversión eficiente de los fondos públicos (Castaño Pérez, 2021, pp. 19-22).

Aquella investigación se centraba en el análisis de potenciales antecedentes de la justicia organizacional como el clima ético, la creencia en un mundo justo y los estereotipos de género, indagando en las razones que podían llevar a que los empleados públicos adoptaran comportamientos contraproducentes por sus percepciones sobre la justicia organizacional. Esos comportamientos contraproducentes se identificaban como conductas poco éticas, antisociales e incluso agresivas (Castaño Pérez, 2021, pp. 151-153). Lo que aquí se va a estudiar es sin embargo otro tipo de comportamiento, característicamente pasivo o de abstención y que se vincula a la autoprotección ante una alta percepción de riesgo, que puede llevar incluso a la parálisis. Además, a diferencia de los comportamientos contraproducentes estudiados por Castaño Pérez, las decisiones defensivas sobre las que este trabajo se ocupa no se toman nunca en interés de la organización, sino como forma de protección del empleado, y por ello pueden ocasionar más daño (Marx-Fleck et al., 2021, p. 617).

No se trata necesariamente de comportamientos directos o individualmente ilegales, ni siquiera son siempre poco éticos en sentido general, aunque sí pueden conducir en último término a situaciones contrarias a la integridad pública; y es que estas no solo nacen de la toma de decisiones intencionadamente fraudulentas, sino también de ciertas interacciones que no siempre son racionales (OECD, 2018). Es el resultado de una aversión al riesgo que cabría llegar a entender como un exacerbado envés del principio de precaución que ha de guiar la actuación administrativa. Sin embargo, es algo que puede resultar también adverso, tanto para el aparato público como para la ciudadanía, más allá de las connotaciones generales positivas de la prudencia (Gigerenzer, 2014). Y es que el límite entre comedimiento y cobardía es difícil de trazar. Con rutinas defensivas, para evitar el riesgo personal puede acabar exponiéndose a la organización a mayores riesgos globales.

La sanción jurídico-administrativa de encaje más plausible para estas prácticas viene de la mano de la institución de la desviación de poder, que se prevé en el artículo 48.1 de nuestra Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y en el 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, además de en el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea e incluso, bien que de una forma implícita, en el artículo 18 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Bustillo Bolado, 2012, p. 93). Como resulta de sobra conocido, se trata de un vicio de invalidez de los actos ligado al ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los previstos en las normas que las confieren, ya sean públicos o privados (Chinchilla, 1999, pp. 43-168). De ella se ha dicho que se trata de una figura con una mayúscula recepción legal pero minúscula recepción jurisprudencial (Chaves García, 2018) porque, aunque con idas y venidas (Pérez Moreno, 2013), los jueces y tribunales han sido poco propicios a su apreciación, principalmente por dificultades probatorias. No será por ello un elemento en que este trabajo se detenga en particular.

Sobre el peligro de las prácticas defensivas en la Administración se viene alertando con fruición en algunos países de nuestro entorno, acuñándose por similitud con el fenómeno más estudiado de la medicina defensiva la locución de burocracia (o Administración) defensiva. En el epígrafe siguiente se aborda una aproximación a sus perfiles desde una perspectiva comparada, para después analizar cómo las tecnologías y la digitalización pueden suponer una nueva forma de escudo defensivo, y acabar con una propuesta metodológica sobre qué puede hacerse frente a ello.

## 1. EL FENÓMENO DE LA BUROCRACIA DEFENSIVA

Tras todo lo expuesto no sorprenderá que el término burocracia, esencial en el estudio de la Administración pública, se emplee aquí en su connotación más peyorativa, explorando lo que Ramió (2020) ha identificado como el gran problema estructural del modelo weberiano: «un exagerado apego al reglamento utilizado como un sistema de protección y de privilegio en manos de los funcionarios» (p. 108). Su uso defensivo también ha sido puesto de manifiesto por el mismo autor, que destaca como una externalidad negativa su empleo en el marco de «mecanismos de autoprotección laboral» (p. 109). Una autoprotección, y no es cuestión baladí, que ni siquiera puede siempre explicarse en clave de precariedad o inseguridad laboral, dada la

inamovilidad propia del funcionariado, que tradicionalmente se ha identificado con una fuente de poder de los burócratas frente a los cargos electos (Panebianco, 1995).

Hace tiempo ya que diferentes estudios están llamando la atención sobre la necesidad de recabar evidencias respecto al comportamiento real en las Administraciones (Isett, Head y VanLandingham, 2015). En línea con las llamadas «disfunciones» de la burocracia estructuralista weberiana, apuntadas inicialmente por Merton (1949) y Selznick (1949) y de forma más rotunda posteriormente desde el enfoque neoestructuralista (Crozier, 1963; Mayntz, 1963), la virtualidad de la burocracia para cubrir las propias espaldas en el sector público es algo ampliamente estudiado en la literatura internacional (Hood, 2011). En la versión malsonante de la expresión en inglés (*cover your ass*) ha generado incluso aproximaciones irónicas muy conocidas (Ross, 1977). En general se ha relacionado con funciones públicas de riesgo elevado y en contacto directo con la ciudadanía, como las policiales (Van Maanen, 1973, p. 52) y las socio-sanitarias (Connelly, 2013, pp. 128-152). El interés actual por el tema estaría en cambio en su posible incremento en la toma de decisiones en los despachos, fuera por tanto de las calles e incluso de la actividad prestacional (Artinger et al., 2019). También puede abordarse no desde la perspectiva de la acción (la burocracia como escudo) sino del efecto (inactividad y retardo, básicamente; el llamado *chilling effect*), lo que puede relacionarse con regímenes muy severos de responsabilidad de los agentes públicos (De Mot y Faure, 2014). Es algo que ha preocupado sobre todo en Italia, como en seguida veremos (1.1).

La fácil conexión semántica de la burocracia defensiva con la práctica de la medicina defensiva ha sido frecuentemente objeto de atención. El Consejo de Estado francés, por ejemplo, señalaba en un informe de 2005 la necesidad de organizar el sector público para que no se hunda bajo el peso de sus responsabilidades y pueda tomar decisiones que no sean solo de «Administración defensiva, como se ha hablado de medicina defensiva» (p. 366). La forma en que en el país galo se configura ese referente resulta diferencial y de gran interés, como también se analizará seguidamente (1.2).

En España, donde los servicios sanitarios son mayoritariamente públicos, la vinculación entre las disciplinas que se defienden se hace aún más evidente y así se ha relacionado la medicina defensiva con la mala administración (Cruz-Valiño, 2021, p. 162). Pero por indiscutible que resulte el fenómeno con el que se traza el paralelismo (la «medicina defensiva», entendida como aquella práctica donde el objetivo principal ya no es del mejor interés del paciente, sino evitar demandas por negligencia; ya desde Tancredi y Barondess, 1978), es necesario analizar con detenimiento si realmente procede hablar de una burocracia defensiva en nuestro sistema administrativo, y en tal caso en qué sentido (1.3).

### 1.1. Italia: la perspectiva de la responsabilidad

Desde hace un tiempo, en Italia se viene alertando de manera intensa sobre un fenómeno de «miedo» o «huida» de la firma, también denominado burocracia defensiva, como causa de bloqueo del funcionamiento administrativo. Es un argumento de presencia recurrente en el debate público y académico transalpino, que ha sido incluso objeto de consideración por parte de su Corte Constitucional, en la sentencia 8/2022, de 25 de noviembre de 2021, publicada en el Diario Oficial del 19 de enero siguiente (ECLI:IT:COST:2022:8).

Las manifestaciones institucionales son constantes por parte de los sucesivos presidentes del Tribunal de Cuentas (Canale, 2021; Carlino, 2023) como también lo son las declaraciones políticas de los Presidentes del Consejo de Ministros (Draghi, 2021; Meloni, 2022) e incluso del anterior Presidente del Consejo de Estado (Frattini, 2022). La doctrina científica, a su vez, identifica la burocracia defensiva como una de las fuerzas transformadoras del empleo público italiano (Battini, 2022), e incluso de la misma Administración (Cassese, 2019, p. 8).

En realidad se trata de un problema antiguo, que en general se explica como un efecto colateral negativo de un sistema de responsabilidad que acaba desalentando y produciendo efectos disuasorios para la actuación debida (Battaglia et al., 2021). Sintéticamente, los empleados públicos se escudan en la burocracia para evitar tomar decisiones que pueden suponerles riesgos en materia de responsabilidad, y lo hacen porque se sienten más protegidos con esa actuación defensiva, que no es necesariamente ilegal aunque sí ineficiente (Battini y Decarolis, 2019, p. 317). Así las cosas, valorar la racionalidad de estas opciones requiere analizar cuál es el régimen jurídico aplicable a estos extremos y cómo influye en los valores éticos y psicológicos del empleado público.

No es algo sencillo de abordar, porque el régimen jurídico de la responsabilidad de los agentes de la Administración italiana es prolijo y además sujeto a importantes reformas en tiempos recientes. La primera fuente reguladora es el artículo 28 de la Constitución italiana de 1947, que dispone que los funcionarios

y los empleados del Estado y de los entes públicos serán directamente responsables, con arreglo a las leyes penales, civiles y administrativas, por los actos realizados en violación de cualesquiera derechos. La ubicación sistemática de ese artículo (Primera parte: Derechos y deberes de los ciudadanos; Título I: De las relaciones civiles) respalda la consideración del precepto como un derecho ciudadano y evoca ya una primera fuente de tensión entre la burocracia defensiva (para evitar esa responsabilidad directa) y la ciudadanía (Bottino, 2020, p. 120).

De acuerdo con Tramontano (2022, pp. 113-140), dentro del sistema de responsabilidad de los empleados públicos italianos hay que distinguir: la responsabilidad penal (por la comisión de delitos contra la Administración, conectados principalmente con actividades corruptas o de abuso de poder), la responsabilidad civil (por daños cometidos a terceros), la responsabilidad administrativa-contable (por daños infringidos a la Administración) y la responsabilidad disciplinaria (por, entre otras cosas, violaciones del código de conducta). A ello hay que unir la responsabilidad directiva, en su caso (solo para personal directivo, por incumplimiento de objetivos o de orientaciones políticas).

El desarrollo legislativo de este régimen ha sido variable, lo que tiene efecto inmediato en el juego de los incentivos entre acción/omisión por la responsabilidad (Albertini, 2022). Esto es particularmente evidente respecto al delito de abuso de poder (abuso d'*ufficio*) que se configura en el código penal como la categoría residual de los delitos especiales contra la Administración; la forma en que se redacte el tipo dejará más o menos campo al juez penal para el control de la actividad discrecional o la apreciación de desviación de poder (Battaglia et al., 2021, pp. 1313 y 1314). Volveremos seguidamente sobre ello, dado que la sentencia 8/2022 de la Corte Constitucional tenía precisamente como objeto una reforma de este delito.

Por su parte, la responsabilidad civil directa no opera respecto a determinados empleados públicos (como enseñantes, médicos y jueces), sustituyéndose por una responsabilidad patrimonial de la Administración, que después podrá repetir contra su personal. La responsabilidad contable, por su parte, se estructura sobre el elemento de la relación de servicio (de perímetro más amplio que la relación laboral), la conducta dañosa, el daño efectivo, el nexo causal y el elemento psicológico (que requiere al menos culpa grave). Las reformas que constriñen el juego de la responsabilidad contable, como las que temporalmente se han adoptado con ocasión de la pandemia, tratando de limitar los supuestos de responsabilidad contable a casos dolosos, son susceptibles de ampliar el campo de la responsabilidad civil de una forma que no es indiferente ni para la Administración ni para los propios empleados públicos, entre otras cosas por el sometimiento a jurisdicciones diversas, con sus propias reglas y privilegios procesales (La Rosa, 2021).

El importante y difuso impacto económico del «miedo a la firma» (Feliziani, 2019) preocupa especialmente ante la necesidad de la recuperación post-pandemia (Corte Constitucional, sentencia 8/2022, considerando 6.2). La urgencia de superar la burocracia defensiva no debería empero soslayar un análisis más profundo pues, más allá de las circunstancias extraordinarias, interesa saber por qué los empleados públicos se refugian en prácticas defensivas para poder articular después antídotos efectivos.

La Corte Constitucional, en la sentencia ya referida, analiza el mecanismo por el cual los funcionarios públicos se abstienen de tomar decisiones que consideran útiles para la búsqueda del interés público y en cambio toman otras menos exigentes (por estar avaladas por prácticas consolidadas y rígidas), o incluso permanecen inactivos por temor a exponerse a posibles responsabilidades penales. La sentencia estudiaba precisamente la aceptabilidad de una reforma sobre el régimen jurídico del abuso de poder y asume que el simple riesgo, aunque sea ubicuo, indefinido y estadísticamente débil, de verse inmerso en un proceso penal es capaz de suscitar ese «miedo a la firma». Ante ello, el empleado público, por razones que tienen que ver con el impacto mediático y social, y con sus costes materiales y humanos, se inclina por tomar el camino que percibe como más seguro, con importantes repercusiones negativas en términos de pérdida de eficiencia y de ralentización de la acción administrativa, especialmente en los procedimientos más delicados (considerando 2.4).

Esta construcción de la Corte Constitucional italiana se da, como es obvio, en el marco de una decisión jurídica en la forma (una sentencia) y en el fondo (el análisis de la reconfiguración legislativa de las sanciones penales por abuso de poder), pero acaba fundando la existencia de la burocracia defensiva en razones psicológicas, con explicaciones sobre la percepción del riesgo y sus efectos. Es posible, no obstante, ir jurídicamente un poco más lejos, planteando que la razón del «miedo a la firma» tiene que ver con un conflicto entre el marco legislativo y judicial (Bottino, 2022). Así las cosas, el miedo a la firma podría no ser siempre un efecto colateral problemático imprevisto, sino la solución inevitable ante la necesidad de aplicar marcos normativos complejos, ambiguos o inciertos (con referencia expresa a la contratación del sector público: Cafagno, 2020). Si esto es así, la burocracia defensiva solo se disfrazaría de opción para un poder ejecutivo que se ve tensionado entre esas dos fuerzas. Y en esa tesitura, ¿*quid* de la ciudadanía?

Trataremos este aspecto más adelante, teniendo en cuenta también la perspectiva digital. Baste ahora dejar apuntado que no es casualidad, en mi opinión, que esta crucial sentencia constitucional se diera precisamente respecto a una reforma canalizada en una norma en materia de simplificación e innovación digital (el Decreto-ley 76/2020, de 16 de julio, sobre misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, convertido después, con modificaciones, en la Ley 12/2020, de 11 de septiembre).

## 1.2. Francia: la perspectiva de la socialización

Ni los referentes hasta ahora manejados del miedo o la medicina defensiva son útiles a la hora de aproximarse a la eventual existencia de un fenómeno de burocracia defensiva en Francia, donde hasta se rehúye de la expresión. En efecto, el de *bureaucratie* no es un término neutro a pesar de su amplio recorrido en la literatura extranjera, sobre todo alemana, italiana y americana. Por sus connotaciones históricas se ha dicho que aún «duele» su empleo para referirse a la Administración francesa contemporánea (Legendre, 1975, pp. 7-8). Las aproximaciones weberianas no son desde luego desconocidas en Francia (Ferralazzo, 2022), pero en general el uso del vocablo es siempre despectivo (Ruiz, 2022).

A diferencia de lo que sucede en Italia, la aproximación al precedente de la «medicina defensiva» arroja más resultados transmitiendo desdén francés hacia el mismo concepto que fascinación por él. Así, no se niegan los riesgos e impactos de la judicialización sobre la práctica de la medicina, pero se critica el empleo inespecífico del paraguas terminológico de la «medicina defensiva». Barbot y Fillion (2006) consideran que el concepto es flojo, por basarse en la adición de un conjunto de elementos que cubren prácticas heterogéneas que sería más justo relacionar con tendencias diferentes del mundo médico en lugar de subsumirlas bajo una misma bandera; consideran también que la noción está vinculada a una concepción obsoleta del ejercicio de la medicina y sobre todo, y es lo que aquí me parece de mayor interés, entienden que las irreductibles diferencias nacionales generan una ruptura de orden teórico y metodológico que impide hablar en Francia, tan alegremente como en otros países, de una medicina defensiva. Otros estudios confirman la orientación hacia el servicio pues, cuando no se niega la modificación de las prácticas médicas como reacción a presiones externas, se identifica el principal foco de presión en los pacientes y no en los jueces (Grocq, 2020). Esto tiene seguro mucho que ver con el empoderamiento del paciente en la toma de decisiones médicas (Haute Autorité de Santé, 2013) y es relevante al pasar a hablar de la burocracia defensiva y las presiones añadidas que puede generar, para el empleado público, el aumento de las exigencias de transparencia, participación y rendición de cuentas. También tiene gran relación, como es evidente, con el sistema de responsabilidad médica (Lorphelin-Martel, 2014), en particular en establecimientos públicos (Elshoud, 2017).

Así las cosas, puede colegirse que, si el precedente más conocido de la burocracia defensiva es ya discutido en Francia, con mayor razón se cuestionará la pertinencia de su derivada. A ello seguramente contribuye también el tabú que rodea la misma evocación de una idea de «miedo» en la Administración (de Bèze, 2007). *Eppure*, el miedo existe, aunque se manifieste de una forma mucho más tímida que en otros contextos. Según la sistematización de de Bèze además de los «miedos tradicionales» (p. 268), sería posible hablar de «miedos nuevos», que incluirían el miedo ante los cambios estructurales, las mutaciones metodológicas y el miedo a la exposición, que conectaría más directamente con el uso defensivo del aparato burocrático (pp. 268-269), y unos miedos propios de «la década» (pp. 269-270) donde se incluirían la tensión entre mujeres y hombres, las patologías de la Administración y el miedo al futuro en sí. El Consejo de Estado (2005) reconocía por aquella época que, ante la aparición de nuevos supuestos de responsabilidad administrativa (por ejemplo, los vinculados al medio ambiente), el objetivo es evitar una Administración «pusilánime» y, en cambio, que pueda ser valiente, eficaz y responsable (p. 388). En el mismo sentido apuntaron casi una década más tarde las palabras de su Presidente, conminando a los gestores públicos a atreverse con el riesgo y apostando por la osadía (Sauvé y Eustache, 2014). El mismo Consejo de Estado acabaría subrayando posteriormente la necesidad de una Administración más «audaz» (Consejo de Estado, 2018).

Tal es la perspectiva preponderante que existe en la Administración francesa: un miedo que no se manifiesta y una actitud externa de seguridad, arrojo y confianza en lo que se hace (de Bèze, 2007, p. 268). El altísimo compromiso de los empleados públicos franceses para con la cultura del servicio público lleva a que lejos de «miedo a la firma» prime sobre todo un «orgullo del cuerpo», especialmente en lo que respecta a la alta función pública, sobre la que tanto se ha reflexionado en los últimos tiempos (Crespo, 2021). Este poder deviene incluso arrogante, al menos de puertas afuera, al abrigo de un fuerte sistema de protección funcional (Pauthe, 2018).

En ello tiene mucho que ver el sistema de responsabilidad. Por un lado, porque mientras que en Italia y España existen muchos instrumentos diversos para exigir la responsabilidad del funcionario, en Francia lo más importante es la responsabilidad disciplinaria, que en realidad tiene una virtualidad práctica real muy modesta (Auby et al., 2012, p. 88). Por otro lado, por el régimen privilegiado de las llamadas *fautes de service*, por las que el empleado no responde (Degoffe, 2020, pp. 467-480). Y es que el sistema de responsabilidad de los empleados públicos está en Francia construido abiertamente sobre un sistema de socialización del riesgo, lo que desde luego minimiza los riesgos percibidos (y reales) de actuar. El derecho administrativo galo conoce tanto la responsabilidad personal del funcionario (frente a terceros y frente a la propia organización) como la responsabilidad directa de Administración, pero la tendencia ha sido ampliar la segunda hasta cubrir cualquier daño causado por los empleados públicos, salvo que estos se hayan dado de forma totalmente desligada del servicio (Gaudemet, 2020, p. 186).

El código francés de la función pública establece, en los artículos L125-1 y siguientes una responsabilidad disciplinaria, penal (que exige intencionalidad en todo caso) y financiera (respecto a la gestión de fondos públicos, con un régimen renovado hace muy poco tiempo: Damarey, 2022). El sistema disciplinario se ha construido pretorianamente sobre la distinción entre la *faute personnelle*, desgajada del servicio y que genera responsabilidad del funcionario y la *faute de service*, que genera responsabilidad de la Administración. Los empleados públicos no responden *por fautes de service* y el ámbito propio de las *fautes personnelles* se ha entendido siempre de manera muy restringida (Bordier, 2008).

Además de socializar el riesgo y su respuesta responsable a él, el sistema francés se caracteriza por ser especialmente tolerante con el error. El gran hito en ese sentido se produjo con la Ley 727/2018, de 10 de agosto, para un *État au service d'une société de confiance*, cuya medida estrella fue la introducción del llamado derecho al error (*droit à l'erreur*) en el código de las relaciones entre público y Administraciones (art. L123-1). La consideración de un error del administrado de cuya sanción, salvo en casos de mala fe, deba quedar dispensado supone, entre otras cosas, reconocer los problemas de fragmentación e ininteligibilidad del derecho actual, susceptibles de conducir a incumplimientos involuntarios de los ciudadanos (Perrin y Vidal-Naquet, 2018, p. 1837). En realidad, la Ley no configura propiamente un «derecho al error» que la Administración deba proteger, sino que integra el error en la misma delimitación de la potestad sancionadora creando una «obligación de regularización» so pena de recibir una sanción. No hay pues un verdadero derecho subjetivo a equivocarse en todo caso, sino un derecho «a corregir el error» antes de recibir castigo (Plessix, 2018, p. 848). De todas formas, se trata de una concepción original, que ha sido incluso objeto de consideración en nuestro país para proponer reformas copernicanas en las relaciones entre la Administración Tributaria y la ciudadanía, por ejemplo (Secretaría de Estado de Hacienda Consejo para la defensa del contribuyente, 2022). La configuración de este régimen en el derecho francés deja muy claro que el derecho al error solo operará cuando se haya desobedecido una norma o se haya cometido un error material en la declaración responsable por vez primera, y que no tiene cabida en caso de mala fe o fraude. También excluye su aplicación en los procedimientos sancionadores por vulneración del derecho de la Unión; en materia de salud pública, seguridad de las personas y bienes o medioambiente; en el caso de sanciones previstas contractualmente y en los procedimientos sancionadores a cargo de las Autoridades de regulación (Boto Álvarez, 2019).

Volviendo ya a nuestro objeto de estudio, en la lógica descrita del sistema francés, no es de extrañar que la Administración sea entonces también benevolente con sus empleados. Así, cuando el funcionario se equivoca en una *faute de service*, las finanzas públicas asumen el cargo y la Administración no se plantea repetir contra el causante.

Hasta aquí puede verse como la configuración jurídica del sistema de responsabilidad de los empleados públicos en Francia está construida para hacer poco rentable la práctica defensiva ineficiente. Pero es que, a mayor abundamiento, el ordenamiento francés confiere a la Administración el deber de proteger funcionalmente a sus funcionarios, hasta el punto de que puede buscar el resarcimiento del daño, incluso moral, que le habrá causado una persecución insidiosa. Quizás sea algo puramente simbólico (Belrhali, 2022), pero evidencia una relevante preocupación por la imagen social de la Administración y también de sus empleados. Todo contribuye a minimizar los incentivos de la burocracia defensiva desde la perspectiva psicológica del individuo que puede servirse de ella.

Lo anterior no quiere decir que no existan dilaciones u otras prácticas defensivas en la Administración francesa. Ciertamente, allí como en todo el mundo, se sufre una constante motorización legislativa y marcos normativos inciertos; la regulación del derecho al error ya comentada es clara consecuencia de ello. El miedo inherente, que aunque no se confiesa también ya hemos dicho que existe, genera rigidez por amenaza y

riesgo de parálisis (Staw et al., 1981) y no es infrecuente que el «interés del servicio» acabe primando sobre la protección psicosocial de los empleados públicos (Baudel, 2022).

Además, las continuas reformas estructurales detraen proactividad y pueden producir lo que se conoce como silencio defensivo (Wynen et al., 2020). Un silencio que no necesariamente comparte perfiles con el silencio administrativo, aunque en Francia este ha sido objeto de una reforma legislativa reciente para que dejara de operar como un abrigo protector de la inactividad administrativa (Ribes, 2014).

Hace ya tiempo que se demanda en esos casos, un impulso directivo profesional decidido. Sin abrir ahora ese debate, que resulta muy actual en España (Mapelli Marchena, 2021, pp. 52-57; Sánchez Morón, 2022, pp. 18-19), la clave diferencial, en mi opinión, es que el funcionario francés se siente protegido, orgulloso del servicio público, amparado por el sistema de responsabilidad y respaldado en el cuerpo, por lo que tampoco existen razones que justifiquen evitar la toma de decisiones arriesgadas. Existirá miedo, pero no inseguridad ni desconfianza, y por ello no existen motivos que justifiquen evitar la toma de decisiones arriesgadas.

### 1.3. A la búsqueda de una perspectiva para España

En la aproximación a los vicios del funcionamiento administrativo en España, es habitual encontrar la reflexión de que sigue siendo necesario terminar con la pereza y la escasa diligencia del aparato burocrático que se identifican con la frase «vuelva usted mañana» (Catalá y Cortés, 2020, p. 28), hecha célebre por Mariano José de Larra en el siglo XIX (1833). En línea con lo que hasta ahora se viene exponiendo, no obstante, esa podría ser una visión simplista de la realidad que sigue perpetuando el cliché de unos privilegiados «malos empleados públicos», de la asimilación del binomio burócratas-poder (Baena del Alcázar, 2000, pp. 105-120), dejando al margen lo que podría ser un signo externo, en ocasiones coincidente, de la burocracia defensiva.

Entre nosotros ha sido el profesor Bueno Armijo (2022) el primer valiente, a la sazón también funcionario, además, en afrontar el reto de aproximarse monográficamente al fenómeno, analizando lo que podrían ser manifestaciones de la burocracia defensiva, sus posibles causas y sus posibles remedios. Su trabajo ha de ser referencia inexcusable de cabecera en cualquier estudio que se realice al tema desde nuestro contexto. No es este autor, sin embargo, el primero en haber apuntado de manera empática la posibilidad de generar parálisis por miedo ante los riesgos elevados de la actuación administrativa, debiendo destacarse las palabras precisamente de su maestro al analizar los posibles efectos perversos de una excesiva preponderancia del control de la Administración por la jurisdicción penal (Rebollo Puig, 2019, p. 181). Ambos trabajos tienen el mérito también de remontarse hasta un iuspublicista del siglo XIX que habría podido ver ya en su tiempo más allá del «vuelva usted mañana», vinculando, bien que hipotéticamente, el temor al proceso judicial con una Administración lenta por timidez y languidez en el desempeño de los deberes de sus miembros (Colmeiro, 1865, p. 69).

Ciertamente, los límites entre el derecho español administrativo y penal no son fáciles de trazar, y su intersección con el empleo público plantea problemas técnico-regulatorios importantes (Campos Acuña, 2017). Pero, más allá de esta tensión concreta, el campo para la burocracia defensiva en nuestro país parece bien abonado, de suerte que cabría decir que España se encuentra entonces en una posición intermedia respecto a Francia e Italia. El debate sobre la burocracia defensiva no es abierto, pero tampoco del todo desconocido.

Y es que, España se mueve en este ámbito entre fuerzas contrapuestas que inducen a la esquizofrenia general. Trataré de exponerlo únicamente con dos ejemplos, entre los muchos posibles. El primero tiene que ver con nuestro sistema de responsabilidad, caracterizado por un desorden y descoordinación regulatoria que acaban haciendo el modelo ineficaz; el segundo, con el marco jurídico de la integridad pública, que tampoco conduce a una realidad mucho más ilusionante. En ambos casos, aunque sin un reconocimiento expreso, sobrevuela la sombra de la burocracia defensiva.

En primer lugar, en efecto, tal como recientemente ha expuesto Rivero Ortega (2020), contamos con responsabilidades personales de las autoridades y empleados públicos que pueden ser penales, disciplinarias, contables y de gestión, directas o en vía de regreso; unos supuestos de responsabilidad *in crescendo* tanto en los elementos subjetivos como procesales. Lo anterior conduce a una situación de falta de seguridad que desde un punto de vista exclusivamente jurídico podría atenuarse por la vía de la codificación (pp. 205-217). Desde otras perspectivas este mismo autor apunta a la utilidad de la formación y la prevención (pp. 217-230). También baraja la posibilidad de mejorar la identificación y la personalización de las responsabilidades, aunque esto precisamente podría llevar, y así lo reconoce, a que autoridades y funcionarios se

sintieran «cohibidos ante un reforzamiento de los mecanismos de asignación de responsabilidad» (p. 232). El autor utiliza aquí como elemento comparativo la figura del responsable de la tramitación, especialmente robustecida en Italia. Las referencias a los efectos colaterales de la personalización de responsabilidades y al sistema italiano conectan de manera directa con el tema de la burocracia defensiva, y quizás no sea cuestión menor destacar que, en realidad, sobre la figura del responsable del procedimiento en Italia existen muchas incógnitas por resolver (Armenante, 2022, pp. 61-88), aunque desde luego tiene importancia en las relaciones entre el público y la Administración. Teóricamente es una figura que sirve para «coser» las distintas fases del procedimiento administrativo (Corso, 2017, p. 231) y ofrecer a la persona interesada una «cara humana» como interlocutora, sin forzarle a vagar por dependencias administrativas ocupadas por burócratas que dicen no saber nada de su expediente. La referencia literaria de Corso no es nuestro Larra, sino el praguense Kafka (p. 232); en todo caso los ecos comunes son evidentes. Además de su valor externo, la figura del responsable del procedimiento tiene también importancia interna u organizativa, como instituto garante, tanto de los intereses en juego como de la eficacia y eficiencia o la coordinación de la actuación administrativa (Ramajoli, 2022, p. 292). No obstante, el tema de la responsabilidad del responsable del procedimiento plantea no pocos interrogantes (Casetta, 2022, pp. 270-271), que se acrecientan ante la transición digital (Galetta, 2022).

El segundo lugar, España cuenta también con marcos normativos ambiciosos para luchar por la integridad pública, pero la realidad no es para felicitarse (Castillo Blanco, 2018, p. 283). También en Italia se ha detectado ya desde hace tiempo una cierta «fatiga» en ese tema, habiendo quedado claro que la corrupción no se combate aumentando sin más los organismos de control (Boto Álvarez, 2015, p. 55). Tampoco complejizando el derecho aplicable, porque ello podría tener precisamente efectos nocivos, aumentando la elusión de la toma de decisiones, y con ello la judicialización y la mediación, como se ha detectado que sucede por ejemplo en el ámbito de la contratación (Betetos Agrelo, 2022). Es necesario plantear las cosas de forma diferente; una buena ocasión podría ser el nuevo régimen de protección de las personas denunciantes. Sin embargo, ese nuevo contrapoder también puede generar temor y bloqueo en ciertos sectores del empleo público, que se sienten demasiado expuestos (Boto Álvarez, 2022). Quizás no sea casualidad que, mientras Francia y España han modificado recientemente su normativa para ajustarse a la Directiva 2019/1937 (whistleblowing), con la Ley francesa 401/2022, de 21 de marzo y la española 2/2023, de 20 de febrero, Italia vaya más rezagada, habiéndose apuntado con ocasión de la aprobación del proyecto de reforma que los canales de denuncia sirven más para verter envidias y victimismo, que para cumplir verdaderamente con deberes cívicos (Bonelli y Erede, 2023).

En esta tesitura, el gran reto pendiente es el de profundizar en la investigación sobre el fenómeno de la burocracia defensiva, y ello requiere el ataque en frentes yuxtapuestos. Uno teórico y otro aplicado pues, como parece que dijo en su momento Lord W. T. Kelvin, la definición es esencial para la medición, la mejora y la lucha contra la degradación.

El profesor Bueno Armijo (2022) propone como hipótesis de partida asumir que los empleados públicos adoptarán prácticas típicas de burocracia defensiva cuando los riesgos derivados de cumplir sus funciones sean mayores que los riesgos derivados de no hacerlo. Esta hipótesis, que se presta a rápidos análisis tanto de *lege data* como *ferenda* de una forma que no resulta nueva para el derecho administrativo y el análisis económico del derecho, podría servir de marco teórico para realizar estudios empíricos. No obstante, el mismo autor advierte de su insuficiencia explicativa de la realidad. Y es que una aproximación holística al fenómeno no puede hurtar la consideración de vectores como la motivación y la cultura del servicio público (Vandenabeele y Schott, 2020), la relación psico-afectiva con el riesgo (Schäfer, Hirsch, y Nitzl, 2022) y otras perspectivas del comportamiento (Gracia, Peiró y Mañas, 2007).

Las prácticas defensivas son, en el fondo, resultado de características personales y contextuales (Yang, Secchi y Homberg, 2018, p. 158). Y ese contexto hoy no puede entenderse al margen de la digitalización, de la que nos ocuparemos a continuación.

## 2. LA BARRERA TECNOLÓGICA

Hasta ahora se ha visto como la regulación jurídica, sobre todo de la responsabilidad de los empleados públicos, en distintos sistemas puede influir en el fenómeno de la burocracia defensiva. Procede ahora también tener en cuenta que la transición digital que caracteriza a la Administración 4.0 no es un factor inocuo para el fenómeno que aquí se está abordando. En primer lugar, porque la digitalización en un cuerpo de



trabajadores que en general no tiene ese tipo de competencias desarrolladas (Arenilla Sáez, 2021, pp. 293-299), ni cuenta con estrategias adecuadas para afrontar los nuevos retos, puede ser un nuevo factor de estrés, miedo y paralización (Dapena Gómez, 2021). Esto, aunque no sea consuelo, también tiene lugar también fuera de nuestras fronteras (Heirbaut, 2019). En segundo lugar, porque la tecnología ofrece en sí misma nuevos reductos en los que atrincherarse, en lo que puede verse como una faceta indeseable del escudo tecnológico. Se trata de una nueva arma que, aunque se emplee con vocación defensiva, corre el riesgo de convertirse en un instrumento de poder, dominación y control incompatible con los valores y principios superiores de nuestro ordenamiento (de la Quadra-Salcedo, 2018, p. 65), siendo necesario apostar frente a ello por la sostenibilidad social (Menéndez Sebastián y Ballina Díaz, 2022).

Una muestra de lo primero puede ser la pervivencia de los sistemas de cita previa obligatoria tras el fin de la pandemia, y el hecho de que la petición de esas citas se canalice (o, desde otra perspectiva, trate de evitarse) a través de ciertos medios tecnológicos, como aplicaciones, recursos *web* y *chatbots* (2.1). De lo segundo existen múltiples evidencias, relacionadas con la opacidad o las dificultades de navegación y comprensión de diferentes portales de transparencia (2.2). La última frontera cabría situarla en la inteligencia artificial como parapeto defensivo definitivo (2.3). Ello roza el oxímoron, pues si algo parece la inteligencia artificial es un modo de superar la burocracia (Menéndez Sebastián, en prensa); no es descabellado, sin embargo, pensar en un uso abusivo desde posiciones subjetivas defensivas de los empleados públicos, que se escudarían en la decisión de la máquina, según el caso, para retrasarla, para evitar justificarla, o para directamente no tomarla. Abordaremos brevemente estos aspectos a continuación.

## 2.1. Burocracia defensiva a través de tecnología diletante

Parece que el sistema de cita previa obligatoria al que nos acostumbraron las urgencias sanitarias de la pandemia ha venido para quedarse, por mucho que sea contraria a derecho en los casos en que carece de motivación (Gómez Fernández, 2022). La cita previa generalizada puede verse con facilidad como un signo patológico de mala administración y por tanto posible arma de la burocracia defensiva, si es que usa no para organizar mejor la atención al público sino como forma de retrasarla, disuadirla o incluso evitarla. En sí, la exigencia de cita previa para la realización de trámites administrativos no es un sistema reciente, pero su generalización con ocasión de la última crisis sanitaria fue posible gracias a la mejora de los medios de comunicación tecnológicos, telefónicos y de transmisión de datos en formato digital. Por eso sorprende que aún no haya sido objeto de regulación más precisa desde la perspectiva del procedimiento administrativo (Ruiz Cenicerros, 2022).

Con todo, y es la dimensión que ahora interesa, «no es que la Administración electrónica permita la cita previa, sino que la cita previa impone el uso de la Administración electrónica, que es algo muy distinto» (Chaves, 2020). Efectivamente, los sistemas de obtención de cita previa disponibles orbitan en general sobre medios electrónicos y, aunque suele seguir manteniéndose la posibilidad del contacto telefónico, este en muchas ocasiones está a su vez automatizado. Proliferan aplicaciones móviles, servicios de *webchat* y *chatbots* que emergen al navegar para ofrecer ayuda y soporte. Como en general sucede con los avances tecnológicos, ello tiene tanto lecturas positivas (eficiencia, proactividad) como negativas (brechas, discriminación), lo que ha sido ya magistralmente estudiado por, entre otros, Nogueira López (2020), Ranchordas (2020), o Martín Delgado (2022).

## 2.2. Burocracia defensiva a través de tecnología limitada u opaca

La transparencia es uno de los elementos constitutivos de la ciudadanía administrativa y, en sus múltiples facetas, entre las cuales el último avance ha sido el de los datos abiertos y reutilizables, resulta irrenunciable en una sociedad digital democrática (Menéndez Sebastián y Ballina Díaz, 2022, pp. 133-150). Sin embargo, en la práctica queda mucho camino por recorrer pues, por ejemplo, los análisis anuales del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno acreditan que, cada vez más, las reclamaciones que llegan a este órgano lo son por negativas que dan los órganos responsables de conceder el acceso a la información pública no tanto por razones sustanciales o materiales, sino formales (CTBG, 2020, pp. 156-158).

Respecto al acceso a la información, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que es la normativa básica transversal que regula esta materia creando un marco jurídico que complementa el resto de normativa autonómica, configura un régimen para la tramitación de solicitudes de acceso a la información pública que requiere tener en cuenta no solo cuestiones de fondo,

sino importantísimas cuestiones procedimentales. Hace ya tiempo que la doctrina puso de manifiesto que entre esas causas de inadmisión las hay que se invocan de forma claramente defensiva, lo que también sucede cuando el órgano responsable de decidir sobre el acceso se escuda simultáneamente en causas de inadmisión y de límites sustantivos al ejercicio del derecho (Fernández Salmerón y Sierra Rodríguez, 2019, pp. 66 y 72).

A mi juicio y por eso se trae aquí a colación, se pueden encontrar en esta materia importantes nichos defensivos relacionados con la tecnología, en concreto en relación con la causa de inadmisión del artículo 18.1 c) de la Ley que, como es sabido, permite inadmitir las solicitudes de acceso relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración.

Así pudo verlo tempranamente el CTBG que, en su criterio interpretativo 7/2015, se esforzó en vincular la causa de inadmisión a aquellos supuestos en que tuvieran que usarse diversas fuentes de información o se careciera de los medios técnicos necesarios para extraer y explotar la información concreta solicitada. Se trata de una causa de inadmisión lógica y razonable, pero es en los detalles de su delimitación y aplicación donde surgen los problemas (Barrero Rodríguez, 2017, pp. 20-33). Por tal razón, diversas leyes autonómicas han intentado proporcionar mayor concreción a su alcance, estableciendo por ejemplo que no concurriría la causa por el solo hecho de que para ofrecer la información fuera necesario hacer algún tipo de tratamiento informático. Aun así, la de reelaboración sigue siendo una de las causas de inadmisión más alegadas y de las que más litigiosidad ha provocado (por todos, Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2022). Esta causa de inadmisión cobija que en ocasiones no se ofrezca la información pública solicitada porque la información esté dispersa o diseminada (STS 810/2020, de 3 de marzo, recurso 600/2018, ECLI:ES:TS:2020:810, y resoluciones del CTBG 366/2015, de 22 de diciembre o 163/2021, de 26 de junio) y, aunque quien invoca tal causa de inadmisión debe justificar de manera clara y suficiente que resulta necesario ese complejo tratamiento previo o reelaboración de la información (algo por último reiterado en la STS 2272/2022, de 2 de junio, recurso 4116/2020, ECLI:ES:TS:2022:2272), se trata de «la excusa perfecta de una burocracia en ocasiones excesivamente dócil para denegar el acceso a la información pública» (Castillo Blanco, 2022).

Las limitaciones de la transparencia a solicitud de la persona interesada, y el eventual atrincheramiento en sus resquicios por el fenómeno de la burocracia defensiva, puede contrarrestarse por la vía de la publicidad activa y, sobre todo, los datos públicos abiertos y reutilizables (Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público). También aquí queda en el contexto español mucho por recorrer, como han puesto de manifiesto algunos análisis técnicos sobre avances tan aparentemente señeros como las plataformas de subvenciones o contratación (Gómez Obregón, 2022).

Veo en ello otro parapeto defensivo de la Administración temerosa, que cumple formalmente con las obligaciones legales de facilitar información, pero sin creer del todo en la cultura democrática, no facilitando proactivamente la exportabilidad y reutilización de los datos como la misma tecnología permite.

### 2.3. Burocracia defensiva a través de tecnología sustitutiva

Llegamos finalmente a lo que hace no mucho se habría visto como una distopía de ciencia ficción, donde los humanos comparten con las máquinas el servicio público (Ramió, 2019). Surge entonces la posibilidad de escudarse en el robot para dispersar responsabilidades, porque el empleado público se sustituye por inteligencia artificial en la toma de decisiones (Orofino y Orofino, 2005). Las posibilidades del empleo defensivo de esta tecnología no necesitan más explicación, aunque el funcionamiento de la misma es todo menos autoexplicativo.

El mismo concepto de inteligencia artificial es difícil de abordar por su carácter evolutivo (Menéndez Sebastián, en prensa), tampoco hay percepciones unívocas sobre su enfoque dentro del sector público (Criado Grande, 2021). Entre los muchos retos jurídicos que plantea está la opacidad, por su complejidad matemática, de los algoritmos con que funciona (Huergo Lora, 2020, pp. 81-83); es algo que ha dado lugar a una fecunda doctrina académica, que certeramente ha puesto sobre la mesa la necesidad de un funcionamiento ético y auditable (por todos, Vestri, 2021).

No menos importante es, empero, la responsabilidad por la gestión, que se manifiesta, entre otros mecanismos, a través de la indemnización de los daños causados en el uso de los algoritmos por las Administraciones públicas (Cerrillo i Martínez, 2019). Pero indefectiblemente esto último se planteará en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración pues, como es evidente, los sistemas de inteligencia artificial carecen de personalidad jurídica y por tanto no pueden responder por los daños que causen. En general, la irresponsabilidad de los robots que ha merecido mayor atención ha sido la civil, materia que incluso ha sido objeto de una reciente propuesta de Directiva en la Unión Europea (Comisión Europea, 2022), pero por

las mismas razones es notorio que tampoco tendrán, por lo menos por el momento, responsabilidad penal, contable o disciplinaria (Barrio Andrés, 2019). Se convierten por tanto en unos buenos «culpables» a quienes interesará derivar la responsabilidad en una Administración a la defensiva. Se produce con ello también una paradoja, pues con causa en una burocracia defensiva se acabaría confiando la decisión a una máquina, que en principio no tiene los miedos y recelos propios de un humano timorato.

Pero esto tampoco puede ser la solución, porque se perderían otros atributos esencialmente humanos como la empatía o la prudencia, que en sus justos términos es irrenunciable (Ponce Solé, 2019). En un contexto de regulación sobre la actividad administrativa automatizada débil, dispersa y con importantes lagunas (en materia de acceso a la información, procedimiento de creación de los algoritmos y explicación de las decisiones adoptadas por estos, sin ir más lejos), Ponce apunta a la necesidad de establecer una «reserva de humanidad», al menos para el ejercicio de potestades discrecionales. La idea ha encontrado eco fuera de nuestras fronteras y, no por casualidad en mi opinión, se ha relacionado en Italia el apoyo en los algoritmos con la burocracia defensiva (Gallone, 2023, pp. 201-202). Es, en cierta manera, el colmo de la burocracia, pues por razones defensivas se confía a la inteligencia artificial lo que ya no son meras rutinas.

### 3. CONCLUSIONES: EL NECESARIO CARÁCTER INTERDISCIPLINAR DE LA CONSTRUCCIÓN DE REMEDIOS FRENTE A LA BUROCRACIA (DIGITAL) DEFENSIVA

La aproximación hasta aquí realizada al fenómeno de la burocracia defensiva no se ha ocupado únicamente de su manifestación externa, como signo de una mala administración. Se ha buscado una visión poliédrica desde diferentes vertientes, con ejemplos de derecho comparado y prestando especial atención al contexto de transición digital que nos resulta común. Su conceptualización y sobre todo su análisis requieren de mayores esfuerzos a fin de poder determinar si estamos o no ante el riesgo de un fallo sistémico (Arenilla Sáez, 2021, p. 22).

Mi propuesta ambiciosa únicamente poner sobre la mesa distintas perspectivas con un tono especulativo, incidiendo en las dimensiones sociales y jurídicas, pero también psicológicas de un empleado público que acaba armando defensivamente una posición resistente, implícita o explícita, pero no porque realice conductas voluntariamente corruptas o antiéticas, sino como respuesta miedosa de autoprotección frente al riesgo. Un «burócrata», ahora en el buen sentido del término, víctima del sistema, que alimenta una Administración cobarde aprovechando los resquicios que el ordenamiento y la tecnología ponen a favor de una cautela personal extrema.

Esto se ve más o menos propiciado por el marco legal del ordenamiento correspondiente en varias dimensiones. Por un lado, por su carácter abierto y complejo, que puede ser consecuencia de una técnica legislativa defectuosa ante la sociedad del riesgo, o bien estar veladamente buscado. Por otro lado, por la configuración jurídica de la responsabilidad y la tolerancia del sistema al error, como se ha tratado de demostrar analizando los casos de Francia y de Italia. No es de extrañar, porque la tolerancia al error, en la conciencia de que este es a veces inevitable, estimula la innovación (Frese y Keith, 2015), lo que es útil para combatir heurísticos defensivos y rigideces institucionales (Hukkinen et al., 2022). A la inversa, las prácticas defensivas afectan negativamente a la capacidad de aprendizaje de la organización, sea esta del tipo que sea (Yang, Secchi y Homberg, 2022).

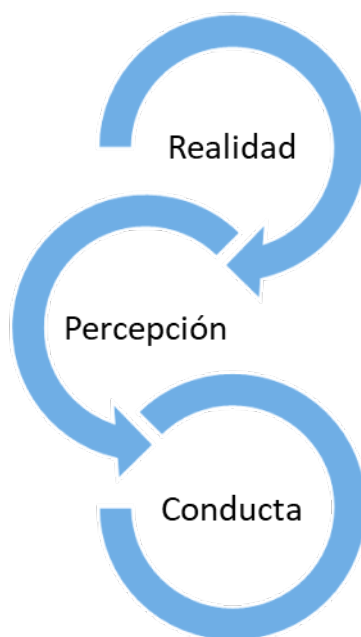
Pero que la organización sea pública no es algo baladí, porque esas prácticas defensivas, al darse en el marco de las Administraciones, producen efectos también perniciosos en la esfera de las personas interesadas y de la ciudadanía en general. Los individuos no solo sufren los efectos generales de pérdida de eficiencia y plasticidad de un sector público más inclinado hacia la resistencia que hacia la resiliencia, sino en particular en los intereses concretos que se dirimen en el procedimiento que genera el miedo. En un momento en que la relación entre Estado y sociedad está mutando hacia una mayor implicación y diálogo de la ciudadanía con los poderes públicos, el fenómeno resulta harto chocante.

La prevalencia de las rutinas defensivas es algo muy difícil de calcular, pero en general se ha dicho que se relaciona con cortoplacismo, problemas complejos, incentivos insuficientes para adoptar decisiones costosas e inclinación al *status quo* (Hukkinen et al., 2022). En su comprensión deben tenerse en cuenta perspectivas sociales, culturales y cognitivas también individuales, no únicamente organizativas (Yang, Secchi y Homberg, 2022, p. 261). La situación en Italia, donde el debate sobre la burocracia defensiva está omnipresente, se ha centrado en las primeras, aunque también se ha apuntado a razones sociológicas para explicar por ejemplo el recelo ante la delación anónima. Por su parte, el caso francés podría estar indicando

que no son menores las cuestiones de motivación y cultura del servicio público, aunque algunos estudios focalizados en las Administraciones de otras latitudes han apuntado la importancia diferencial del elemento de percepción individual del riesgo (Schäfer, Hirsch, y Nitzl, 2022). Entre nosotros, también se ha señalado ya que la lucha contra la corrupción, la desidia y la incompetencia, de la mano del principio de responsabilidad, debe abordar tanto al sujeto actuante como al contexto organizativo-institucional, y las interacciones entre ellos (Lifante Vidal, 2020, p. 44).

Lo anterior necesariamente nos pone en la pista de la transdisciplinariedad (Ponce, 2022b, p. 40). En síntesis, creo que el fenómeno de la burocracia defensiva podría representarse gráficamente sobre la base de un engranaje tridimensional similar al que trata de reflejar la siguiente figura:

**FIGURA 1. LA MECÁNICA DE LA BUROCRACIA DEFENSIVA**



*Fuente:* Elaboración propia.

El derecho tiene su juego natural en los dos extremos del mecanismo. Ciertamente, la finalidad de gran parte de los trabajos académicos es hacer propuestas para cambiar el marco jurídico de la realidad, informando políticas públicas en los sectores implicados. De forma evidente, también atribuir efectos jurídicos a las conductas activas o pasivas adoptadas es la finalidad propia de la ciencia jurídica. Su gran limitación aquí es que los efectos de la burocracia defensiva no pueden ser atacados directamente como tales porque las conductas son inespecíficas. Principalmente en su marco hay procrastinación y silencio, pero sería reduccionista atribuir esos resultados siempre a mecanismos defensivos. En ocasiones las prácticas defensivas encajarán en el tipo de la desviación de poder, cuyos orígenes en España conectan precisamente con precedentes franceses e italianos (Chinchilla, 1999, pp. 29-33), pero las dificultades probatorias son un gran escollo para la efectividad del control. El hecho además de que la desviación de poder no siempre esté bien delimitada frente a otras figuras con relevancia penal como la prevaricación (López Benítez, 2018, p. 175) no ayuda al desbroce conceptual de la burocracia defensiva.

En la situación de engranaje descrita cabrá, desde luego, trabajar en la primera de las ruedas, para minimizar los riesgos reales de actuar por parte de los empleados públicos. En manos del poder legislativo está, según se entienda más conveniente para el interés general, no solo reducir la complejidad del marco normativo en cuya causa está muchas veces el miedo del empleado público que ha de aplicarlo, sino también el diseño de una regulación de la responsabilidad más o menos personal o más o menos socializada que se derive de la conducta finalmente tomada. Pero ello no necesariamente conllevará una reducción de los riesgos percibidos, siendo sobre su base que se toman las decisiones.

De ahí el reto que plantea la burocracia defensiva. Es necesario no dejar de lado el codo central, para lo que va a ser necesario trabajar junto a la psicología, pero también la teoría de las organizaciones, la sociología e incluso la pedagogía. Solo así podrán conseguirse herramientas con las que el empleo público pueda abordar de manera más segura la sociedad del riesgo y que impere el orgullo por defender los valores públicos y por trabajar en el sector público, algo que Ramió (2019) ha identificado como uno de los principios sobre los que construir una nueva función pública. En estas páginas se han presentado modelos de sistemas de nuestro entorno muy diferentes entre sí respecto a este aspecto, que creo que corroboran esta idea, pues son distintos los regímenes jurídicos, pero también los factores culturales y éticos vinculados a la tradición del servicio público.

El trabajo que ahora concluyo es consciente de que no aporta ni una solución ni una teoría, solamente apunta a una metodología interdisciplinar para poder llegar a tener una visión completa sobre lo que se ha identificado como una posible nueva encrucijada de la burocracia administrativa, en particular en su dimensión digital. Se trata, ante todo, de una llamada de atención sobre el fenómeno para provocar investigaciones futuras. Estas habrán de tener en cuenta la conexión con algunas instituciones jurídico-administrativas clásicas, como el silencio administrativo, las funciones de los rangos de pre-dirección, de la instrucción del procedimiento o de la inspección de servicio, y los mismos principios de funcionamiento de las Administraciones y el sector público. Igualmente, el análisis comparativo habrá de abordar ejemplos de culturas administrativas más distantes, en particular la británica o la nórdica.

Además, son necesarios ulteriores estudios cualitativos, pero también cuantitativos sobre muestras amplias, que permitan desagregar datos en función de factores tan importantes en el tema de la percepción de riesgos como la edad, el género o el tipo de empleado público. Para ello serán sin duda de utilidad trabajos basados en redes neuronales, capaces de detectar relaciones no lineales y causas concomitantes del fenómeno. Esperando haber creado interés por este tema, el envite queda ahora encima de la mesa.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albertini, C. (2022, 3 de enero). *Il funzionario pubblico e la «paura della firma»*. L'art. 28 della Costituzione, la posizione della Corte dei Conti e le novità del Decreto Semplificazioni 2021. Altalex. Wolters Kluwer. <https://www.altalex.com/documents/news/2022/01/03/il-funzionario-pubblico-e-la-paura-della-firma#p2>
- Arenilla Sáez, M. (2021). *La Administración digital*. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Armenante, F. (2022). *I nuovi modelli dell'organizzazione e dell'azione amministrativa* (2.ª ed.). Giappichelli.
- Artinger, F. M., Artinger, S. y Gigerenzer, G. (2019). C. Y. A.: frequency and causes of defensive decisions in public administration. *Business Research*, (12), 9-25. <https://doi.org/10.1007/s40685-018-0074-2>
- Auby, J. M., Auby, J. B., Didier, J. P. y Taillefait, A. (2012). *Droit de la fonction publique* (7.ª ed.). Dalloz.
- Baena del Alcázar, M. (2000). *Curso de Ciencia de la Administración* (4.º ed.). Tecnos.
- Battaglia, A., Battini, S., Blasini, A., Bontempi, V., Chiti, M. P., Decarolis, F., Mento, S., Pincini, A., Pirri Valentini, A. y Sabato, G. (2021). «Burocrazia difensiva»: cause, indicatori e ridemi. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (4), 1295-1316.
- Barbot, J. y Fillion, E. (2006). La « médecine défensive »: critique d'un concept à succès. *Sciences sociales et santé*, 24(2), 5-33. <https://doi.org/10.3406/sosan.2006.1677>
- Barrero Rodríguez, C. (2017). Las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información; en particular, la doctrina de las autoridades independientes. *Revista General de Derecho Administrativo*, 46. [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=419188](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419188)
- Barrio Andrés, M. (dir.) (2019). *El derecho de los robots* (2.ª ed.). Wolters Kluwer.
- Battini, S. y Decarolis, F. (2019). L'Amministrazione si difende. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (1), 293-319.
- Battini, S. (2022, 16 de diciembre). The Transformation of Civil Service in Italy [ponencia]. *La Pubblica Amministrazione nel nuovo millennio, Incontro di studio a tre anni dalla nascita di CERIDAP CRC e Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, Università di Milano.
- Baudel, M. (2022). La santé mentale des agents publics face à l'intérêt du service. *Revue française des affaires sociales*, (4), 61-75. <https://doi.org/10.3917/rfas.224.0061>
- Belrhali, H. (2022). Le préjudice moral des personnes publiques. *Les Cahiers Portalis*, (9), 39-55. <https://doi.org/10.3917/capo.009.0039>
- Betetos Agrelo, N. (2022, 25 de noviembre). El blindaje judicial de decisiones administrativas informales [comunicación]. *XVIII Seminario de Teoría y Método (STEM)*, Universidad de Lleida.
- Bonelli, M. y Erede, M. (2023, 9 de febrero). Whistleblowing, molto rumore per nulla. Ecco la differenza fra noi e USA. *Econopoly – Res publica*. [https://www.econopoly.ilsole24ore.com/2023/02/09/whistleblowing-direttiva-recepimento-2/?refresh\\_ce=1](https://www.econopoly.ilsole24ore.com/2023/02/09/whistleblowing-direttiva-recepimento-2/?refresh_ce=1)

- Bordier, D. (2008). La faute personnelle, l'agent public et les finances publiques. *Actualité juridique. Droit administratif*, (42), 2319-2326.
- Boto Álvarez, A. (2022). Whistleblowing como contrapoder, también en el sector público francés. *Revista General de Derecho Administrativo*, (60). [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=424888](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=424888)
- Boto Álvarez, A. (2019). En pos de la confianza: derecho al error y derecho al control. *Revista General de Derecho Administrativo*, (50). [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=421114](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421114)
- Boto Álvarez, A. (2015). Modelos organizativos y corrupción contractual en Italia. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 52, 48-55.
- Bottino, G. (2020). La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici. *Analisi Giuridica dell'Economia*, (1), 117-146. <https://doi.org/10.1433/98447>
- Bottino, G. (2022). Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza come causa della «burocrazia difensiva»: la responsabilità penale per «abuso d'ufficio» come paradigma. *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, (2), 241-274.
- Bueno Armijo, A. (2022, 25 de noviembre). La «burocrazia defensiva» [ponencia de teoría]. *XVIII Seminario de Teoría y Método (STEM)*, Universidad de Lleida.
- Bustillo Bolado, R. O. (2012). La desviación de poder en el derecho comunitario y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Administración pública*, (188), 65-97. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40499>
- Cafagno, M. (2020). Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali. *Diritto amministrativo*, (1), 35-96.
- Campos Acuña, C. (2017). Derecho penal y empleo público. En F. J. Bauzá Martorell (dir.), *Derecho administrativo y derecho penal: reconstrucción de los límites* (pp. 281-310). Bosch: Wolters Kluwer.
- Canale, A. (2021, 2 de julio). Responsabilità amministrativa e paura della firma [ponencia]. *Pubblica amministrazione e impiego pubblico: prospettive di riforma nel quadro delle iniziative di ripresa del paese*, Corte dei Conti e Provincia Autonoma di Trento.
- Carlino, G. (2023, 9 de febrero). *Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2023* [discurso del Presidente del Tribunal de Cuentas]. Corte dei Conti. <https://www.corteconti.it/Download?id=28e9fdb0-915b-457d-a49d-d68f835c6401>
- Casetta, E., Fracchia, F. (a cura di) (2022). *Compendio di diritto amministrativo* (22.ª ed.). Giuffrè Francis Lefevre.
- Cassese, S. (2019). Che cosa resta dell'Amministrazione pubblica? *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (1), 1-11. <https://www.irpa.eu/articolo/che-cosa-resta-dellamministrazione-pubblica/>
- Castañó Pérez, A. M. (2021). *Desarrollo de un catálogo de competencias para el personal directivo español*. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Castañó Pérez, A. M. (2019). *Organizational justice and its relationship with human resources processes in Public Administrations: managerial competencies and job performance* [tesis doctoral no publicada]. Universidad de Oviedo. Facultad de Psicología.
- Castillo Blanco, F. A. (2022, 20 de septiembre). Criterios jurisprudenciales sobre la inadmisión por necesidad de reelaboración de la información: entre el abuso y las limitaciones torticeras a este derecho. *Acal!*. <https://www.acalsl.com/blog/2022/09/inadmisio-n-por-necesidad-de-reelaboracion-de-la-informacion>
- Castillo Blanco, F. A. (2018). El cumplimiento de la integridad pública: el sistema de infracciones y sanciones para prevenir la irregularidad y la falta de responsabilidad. En J. Ponce Solé (coord.), *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad* (pp. 233-288). Tirant lo Blanch.
- Catalá, R. y Cortés, O. (2020). *Administración 2030: una visión transformadora. Propuestas para la próxima década*. PWC-Esade. <https://www.pwc.es/es/publicaciones/sector-publico/assets/observatorio-pwc-esade-administracion-2030.pdf>
- Cerrillo i Martínez, A. (2019). El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas? *Revista General de Derecho Administrativo*, (50). [https://iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=421172](https://iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421172)
- Chaves García, J. R. (2020, 10 de julio). La cita previa ante la Administración: un virus jurídico que se extiende. *DelaJusticia.com*. <https://delajusticia.com/2020/07/10/la-cita-previa-ante-la-administracion-un-virus-juridico-que-se-extiende/>
- Chaves García, J. R. (2018). La desviación de poder: modelo para rearmar. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, (4), 127-138.
- Chinchilla Marín, C. (1999). *La desviación de poder* (2.ª ed.). Civitas.
- Colmeiro, M. (1865). *Derecho administrativo español* (3.ª ed.). Imprenta de José Rodríguez.
- COMISIÓN EUROPEA (2022, 28 de septiembre). *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA)*. COM(2022)496 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52022PC0496>
- Connolly, J. M. (2013). *The ways in which new public management ideas impact upon the administrative culture of «street-level» bureaucrats and professionals working within Irish social policy* [tesis doctoral no publicada]. University College Cork. Disponible en: <https://cora.ucc.ie/handle/10468/1423>

- CONSEIL D'ÉTAT (2005). *Responsabilité et socialisation du risque – Rapport public 2005*. La Documentation Française. <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/responsabilite-et-socialisation-du-risque-rapport-public-2005>
- CONSEIL D'ÉTAT (2018). *La prise en compte du risque dans la décision publique: pour une action publique plus audacieuse* [Étude adoptée par l'assemblée générale plénière le 26 avril 2018]. <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/la-prise-en-compte-du-risque-dans-la-decision-publique>
- Corso, G. (2017). *Manuale di diritto amministrativo* (8.ª ed.). Giappichelli.
- Crespo González, J. (2021). ¿Debe la alta función pública parecerse a la sociedad? Algunas enseñanzas de la reforma de la alta función pública en Francia. *Documentación Administrativa*, (8), 9-24. <https://doi.org/10.24965/da.i8.11022>
- Criado Grande, J. I. (2021). Inteligencia artificial (y Administración pública). *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, (20), 348-372. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6097>
- Crozier, M. (1963). *Le Phénomène bureaucratique*. Le Seuil.
- Cruz-Valiño, A. B. (2021). Medicina defensiva y derechos fundamentales. *Derecho y Salud*, 31(extra), 159-167. <https://www.ajs.es/es/index-revista-derecho-y-salud/volumen-31-extraordinario-2021/medicina-defensiva-y-derechos>
- CTBG (2020). *Memoria de actividades del año 2019*. [https://www.consejodetransparencia.es/ct\\_Home/Actividad/memorias\\_planes/memoria2019.html](https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/memorias_planes/memoria2019.html)
- Damarey, S. (2022). Réforme de la responsabilité des gestionnaires publics: les dés son jétés. *Actualité juridique. Droit administratif*, (16), 920-925.
- Dapena Gómez, M. (2021). Administración digital y necesidad de renovar la función pública. En C. Ramió (coord.), *Repensando la Administración digital y la innovación pública* (pp. 281-296). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- De Bèze, M. O. (2007). Pour une théorie générale de la peur dans l'administration. *La revue administrative*, (357), 268-270. <http://www.jstor.org/stable/41941802>
- Degoffe, M. (2020). *Droit administratif*. Ellipses.
- De la Quadra-Salcedo, T. (2018). Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital. En M. Barrio Andrés y J. Torregorsa Vázquez (coord.), *Sociedad digital y derecho* (pp. 21-85). BOE.
- De Larra, M. J. (firmando como el Bachiller don Juan Pérez de Munguía) (1833). Vuelva usted mañana. *El Pobrecito Hablador: revista satírica de costumbres*, (11) [facsimil]. Disponible en: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-pobrecito-hablador-revista-satirica-de-costumbres--5/>
- De Mot, J. y Faure, M. (2014). Public authority liability and the chilling effect. *Tort Law*, (22), 120-133. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3371819>
- Draghi, M. (2021, 19 de febrero). *Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2021* [discurso del Presidente del Consejo de Ministros]. Corte dei Conti. <https://www.youtube.com/watch?v=idNwwP-HOwY>
- Elshoud, S. (2017). La responsabilité médicale applicable aux praticiens exerçant en établissements de santé publics (ou hôpitaux publics). En S. Elshoud, *Fiches de Droit de la santé et de droit médical* (pp. 92-98). Ellipses.
- Feliziani, C. (2019). Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della pubblica amministrazione. *Il diritto dell'economia*, (1/2019), 155-192.
- Ferlazzo, E. (2022). La bureaucratie: hydre de l'État ? *Action publique. Recherche et pratiques*, 15(3), 16-27. [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/igpde-editions-publications/revueAPRP/APRP%20n%C2%B015/APRP\\_15\\_003\\_Etude1.pdf?v=1674025306](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/igpde-editions-publications/revueAPRP/APRP%20n%C2%B015/APRP_15_003_Etude1.pdf?v=1674025306)
- Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J. M. (2022). Transparencia y buen gobierno. *Revista General de Derecho Administrativo*, (59). [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=424641](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=424641)
- Fernández Salmerón, M. y Sierra Rodríguez, J. (2019). Inadmisión y necesidad de reelaboración ante el derecho de acceso a la información pública. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (11), 56-74. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i11.10581>
- Fratini, F. (2022, 22 de febrero). Un'amministrazione con troppe paure [discurso del Presidente del Consejo de Estado]. *Insediamiento del Presidente Frattini e Relazione sull'attività della Giustizia Amministrativa 2021*, Consiglio di Stato [https://www.youtube.com/watch?v=g2Fyvk\\_M2bA](https://www.youtube.com/watch?v=g2Fyvk_M2bA)
- Frese, M. y Keith, N. (2015). Action Errors, Error Management, and Learning in Organizations. *Annual Review of Psychology*, 66(1), 661-687. <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-010814-015205>
- Galetta, D. U. (2020). Digital transition of public Administration in Italy and the right to a good administration: problems and prospects, also in the perspective of the implementation of the National Recovery and Resilience Plan. *European Review of Digital Administration & Law*, 3(1).
- Gallego Anabitarte, A. (2001). *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*. Marcial Pons.
- Gallone, G. (2023). *Riserva di umanità e funzioni amministrative*. Cedam-Wolters Kluwer.
- Gaudemet, Y. (2020). *Droit administratif* (23.ª ed.). LGDJ-Lextenso.
- Gigerenzer, G. (2014). *Risk savvy: How to make good decisions*. Viking.
- Gómez Fernández, D. (2022, 8 de octubre). La cita previa obligatoria en las Administraciones públicas. *Es de justicia*. <https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/la-cita-previa-obligatoria-en-las-administraciones-p%C3%BAblicas>

- Gómez Obregón, J. (2002, 16 de julio). La chanchullopedia. *Blog de Jaime Gómez Obregón*. <https://jaime.gomezobregon.com/la-chanchullopedia>
- Gracia, F., Peiró, J. M. y Mañas, M. A. (2007). El contrato psicológico en la Administración pública: derechos y obligaciones del empleado público desde su propia perspectiva. *Revista de psicología del trabajo y las organizaciones*, 23(3), 389-418. <https://journals.copmadrid.org/jwop/art/8065d07da4a77621450aa84fee5656d9>
- Grocq, T. (2020). *La médecine défensive: perceptions et vécus par les médecins généralistes français, une étude qualitative en focus group* [tesis doctoral]. Université de Bourdeaux. Disponible en: <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02531693/document>
- HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ (2013). *Patient et professionnels de santé: décider ensemble. Concept, aides destinées aux patients et impact de la « décision médicale partagée »*. Haute Autorité de Santé – HAS. [https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2013-10/121ex04\\_decision\\_medicale\\_partagee\\_mel\\_vd.pdf](https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2013-10/121ex04_decision_medicale_partagee_mel_vd.pdf)
- Heirbaut, I. (2019). El empleado público frente a la máquina: ¿Está afectando la digitalización al bienestar de los empleados públicos? *Revista general de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, (54). [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=422037](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422037)
- Hood, C. (2011). *The Blame Game: Spin, Bureaucracy, and Self-Preservation in Government*. Princeton University Press.
- Hukkinen, J. I., Eronen, J. T., Janasik, N., Järvensivu, P. y Kaaronen, R. O. (2022). Coping with policy errors in an era of chronic socio-environmental crises. *Ecological Economics*, (199), article 107489. <https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2022.107489>
- Huergo Lora, A. (2020). Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo. En G. M. Díaz González (coord.) y A. Huergo Lora (dir.), *La regulación de los algoritmos* (pp. 23-87). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Isett, K. R., Head, B. W. y VanLandingham, G. (2015). Caveat Emptor: What Do We Know about Public Administration Evidence and How Do We Know It? *Public Administration Review*, 76(1), 20-23. <https://doi.org/10.1111/puar.12467>
- Kersten, J. (2022, 23 de junio). Wir müssen alle unser Leben ändern: Recht, Psychologie, Krise. *Verfassungsblog*. <https://verfassungsblog.de/wir-muessen-alle-unser-leben-andern/>
- La Rosa, G. (2021). La «paura della firma» e la pillola avvelenata del d.l. Semplificazioni 2020: prime considerazioni sui nuovi confini della responsabilità amministrativa. *Dirittifondamentali.it*, (3/2021). <https://dirittifondamentali.it/2021/09/29/la-paura-della-firma-e-la-pillola-avvelenata-nel-d-l-semplificazioni-2020-prime-considerazioni-sui-nuovi-confini-della-responsabilita-amministrativa/>
- Legendre, P. (1975). Ouverture. *Revue historique de droit français et étranger*, (IV), 2-11 (monográfico titulado La bureaucratie et le droit).
- Lifante Vidal, I. (2020). ¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la Administración pública? *Documentación Administrativa*, (7), 33-48. <https://doi.org/10.24965/da.i7.10890>
- López Benítez, M. (2018). Desviación de poder y prevaricación administrativa: diferencias y entrecruzamientos. *Documentación Administrativa*, (5), 166-178. <https://doi.org/10.24965/da.v0i5.10619>
- Lorphelin-Martel, H. (2014). *Le risque juridique et les internes de médecine générale en Haute-Normandie: vers la pratique d'une médecine défensive dès la formation médicale?* [tesis doctoral]. U. F. R. de Medecine-Pharmacie De Rouen. Disponible en: <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01079659/document>
- Mapelli Marchena, C. (2021). Experiencias comparadas para abordar procesos de cambio en el empleo público. En J. Cantero Martínez (coord.), *Continuidad versus transformación ¿qué función pública necesita España?* (pp. 37-62). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Martín Delgado, I. (2022). Automation, Artificial Intelligence and sound administration. A few insights in the light of the Spanish legal system. *European Review of Digital Administration & Law*, 3(1).
- Marx-Fleck, S., Junker, N. M., Artinger, F. y van Dick, R. (2021). Defensive decision-making: Operationalization and the relevance of psychological safety and job insecurity from a conservation of resources perspective. *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, (94), 616-644. <https://doi.org/10.1111/joop.12353>
- Mayntz, R. (1963). *Soziologie der Organisation*. Rowohlt.
- Meloni, G. (2022, 24 de noviembre). La paura della firma inchioda la nazione [discurso de la Presidenta del Consejo de Ministros]. *XXXIX Assemblea dell'Associazione dei Comuni Italiani*, Bergamo. <https://www.youtube.com/watch?v=ojbXRZ5aQsQ>
- Menéndez Sebastián, E. M. (en prensa). *From bureaucracy to artificial intelligence: the tension between efficiency and assurance*. Cedam-Wolters Kluwer.
- Menéndez Sebastián, E. M. y Boto Álvarez, A. (en prensa). El fronterizo régimen jurídico del empleo en el sector público: la importancia de la taxonomía administrativa de las formas organizativas y prestacionales. En P. Menéndez Sebastián e I. González del Rey Rodríguez (coord.), *Las transformaciones de la legislación laboral contemporánea y el nuevo estatuto del trabajo*.
- Menéndez Sebastián, E. M. y Ballina Díaz, J. (2022). *Sostenibilidad social y ciudadanía administrativa digital*. Reus-Centro de Finanzas Responsables y Sostenibles.
- Merton, R. K. (1949). *Social Theory and Social Structure*. Free Press.
- Nogueira López, A. (2020). Vulnerabilidad administrativa. Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda. En N. Paleo Mosquera (coord.), *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente* (pp. 213-244). Tirant lo Blanch.



- OECD (2018). *Behavioural Insights for Public Integrity: Harnessing the Human Factor to Counter Corruption* [OECD Public Governance Reviews]. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264297067-en>
- Orofino, A. G. y Orofino, R. G. (2005). L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità. *Giornale di diritto amministrativo*, (12), 1300-1312.
- Panebianco, A. (1995). Las burocracias públicas. En G. Pasquino (comp.), *Manual de Ciencia Política* (pp. 365-410). Alianza Editorial.
- Parejo Alfonso, L. (2009). *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*. Iustel.
- Pauthe, M. (2018). Les récentes évolutions de la protection fonctionnelle du fonctionnaire. *Revue française d'administration publique*, (2), 371-386. <https://doi.org/10.3917/rfap.166.0371>
- Pérez Moreno, A. (2013). El renacimiento de la desviación de poder. *Revista andaluza de Administración pública*, (86), 195-223. <https://doi.org/10.46735/raap.n86.1012>
- Perrin, A. y Vidal-Naquet, A. (2018). Quel droit à l'erreur ?. *Actualité Juridique. Droit Administratif*, (32), 1837-1849.
- Plessix, B. (2018). Le droit à l'erreur et le droit au contrôle. *Revue française de droit administratif*, (5), 847-855.
- Ponce Solé, J. (2022a). Digital Nudging, Artificial Intelligence and Manipulation: the Law's Response to the Challenge of Dark Patterns, Hypernudges and the Right to Good Administration. *European Review of Digital Administration & Law*, 3(1).
- Ponce Solé, J. (2022b). Ciencias del comportamiento y acicates. Logros, críticas y desarrollos futuros. En J. Ponce Solé (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado* (pp. 29-44). Marcial Pons. <https://doi.org/10.2307/lj.ctv2zp4w7s.11>
- Ponce Solé, J. (2019). Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico. *Revista General de Derecho Administrativo*, (50). [https://iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=421176](https://iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421176)
- Ramajoli, M. (2022). Il procedimiento amministrativo. En G. della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police y M. Ramajoli, *Manuale di diritto amministrativo* (pp. 267-321). Giappichelli.
- Ramió, C. (2020). Burocracia. En B. Pendás García (ed.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI* (pp. 107-109). Real Academia de Ciencias Morales y Políticas – BOE.
- Ramió, C. (2019). *Inteligencia artificial y administración pública: Robots y humanos compartiendo el servicio público*. Catarata.
- Ranchordas, S. (2020, 11 de marzo). Automation of Public Services and Digital Exclusion. *Blog of the International Journal of Constitutional Law*. <http://www.icconnectblog.com/automation-of-public-services-and-digital-exclusion/>
- Rebollo Puig, M. (2019). El control de la Administración por la jurisdicción penal. *Revista vasca de Administración pública*, (115), 151-190. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.04>
- Ribes, D. (2014). Le nouveau principe « silence vaut acceptation ». *Actualité juridique. Droit administratif*, (7), 389-394.
- Rivero Ortega, R. (2020). *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad*. Iustel.
- Ross, M. (firmando como Bureaucrat X) (1977). *Cover your ass! Or, How to survive in a government bureaucracy*. Hurtig.
- Ruiz, É. (2022). Le fonctionnaire, au coeur de la bureaucratie ? *Action publique. Recherche et pratiques*, 15(3), 28-38. [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/igpde-editions-publications/revueAPRP/APRP%20n%C2%B015/APRP\\_15\\_004\\_Etude2.pdf?v=1674025306](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/igpde-editions-publications/revueAPRP/APRP%20n%C2%B015/APRP_15_004_Etude2.pdf?v=1674025306)
- Ruiz Cenicerós, M. (2022). La cita previa y el derecho al plazo. *Revista de Administración pública*, (219), 251-272. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.219.10>
- Sánchez Morón, M. (2022). La situación de la función pública en España. La reforma postergada. *Cuadernos del Círculo Cívico de Opinión*, (33), 11-32. <https://www.circulocivicodeopinion.es/wp-content/uploads/2022/10/CUADERNOS-33.pdf>
- Sauvé, J. M. y Eustache, S. (2014, 6 de junio). Osez le risque [discurso de conclusión]. *Colloque organisé par l'École nationale d'administration, l'École de guerre et l'École des hautes études commerciales*. <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/osez-le-risque>
- Schäfer, F.-S., Hirsch, B. y Nitzl, C. (2022). The effects of public service motivation, risk propensity and risk perception on defensive decision-making in public administrations. *Journal of Public Budgeting, Accounting & Financial Management*, 35(2), 244-263. <https://doi.org/10.1108/JPBAFM-04-2022-0060>
- SECRETARÍA DE ESTADO DE HACIENDA-CONSEJO PARA LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE (2022). *Propuesta 3/2022 sobre la incorporación del derecho al error al ordenamiento tributario español*. Ministerio de Hacienda y Función Pública. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/GabSEHacienda/CDC/Propuestas%20e%20informes/2022-3-Propuesta-DerechoalError.pdf>
- Selznick, P. (1949). *TVA and the Grass Roots; A Study in the Sociology of Formal Organization*. University of California Press.
- Staw, B. M., Sandelands, L. E. y Dutton, J. E. (1981). Threat Rigidity effects in organizational behavior: a multilevel analysis. *Administrative Science Quarterly*, 26(4), 501-524. <https://doi.org/10.2307/2392337>
- Sunstein, C. R. (2020). *Behavioral Science and Public Policy. Elements in Public Economics*. Cambridge University Press.

- Taccogna, G. (2014). *La disciplina dell'organizzazione amministrativa*. Cedam.
- Tancredi, L. R. y Barondess, J. A. (1978). The problem of defensive medicine. *Science*, 200(4344), 879-882. <https://doi.org/10.1126/science.644329>
- Tramontano, L. (2022) *Pubblico impiego. Il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*. Maggioli.
- Vandenabeele, W. y Schott, C. (2020). Public service motivation in public administrations. En *Oxford Research Encyclopedia of Politics*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190228637.013.1401>
- Van Maanen, J. (1973). *Working the Streets: A Developmental View of Police Behavior* [Working Paper, 681-73]. Massachusetts Institute of Technology, Sloan School of Management. <http://hdl.handle.net/1721.1/1873>
- Velasco Caballero, F. (2022, 25 de noviembre). Psicología y derecho administrativo [ponencia de metodología]. XVIII Seminario de Teoría y Método (STEM), Universidad de Lleida.
- Vestri, G. (2021). La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa. *Revista aragonesa de Administración pública*, (56), 368-398.
- Wynen, J., Kleizen, B., Verhoest, K., Laegreid, P. y Rolland, V. (2020). Just keep silent... Defensive silence as a reaction to successive structural reforms. *Public Management Review*, 22(4), 498-526. <https://doi.org/10.1080/14719037.2019.1588358>
- Yang, Y., Secchi, D. y Homberg, F. (2022). Organizational structure and organizational learning: the moderating role of organizational defensive routines. *Journal of General Management*, 47(4), 259-270. <https://doi.org/10.1177/03063070211038922>
- Yang, Y., Secchi, D. y Homberg, F. (2018). Are organisational defensive routines harmful to the relationship between personality and organisational learning? *Journal of Business Research*, (85), 155-164. <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2017.12.036>

Documentación Administrativa, número 10, junio de 2023  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 27-03-2023  
Modificado: 29-05-2023  
Aceptado: 29-05-2023  
Publicado: 26-06-2023  
ISSN: 1989-8983 – DOI: <https://doi.org/10.24965/da.11210>  
Páginas: 59-72



Referencia: García González, J. (2023). Algunas consideraciones sobre la reforma del delito de malversación y la protección penal del patrimonio público. *Documentación Administrativa*, (10), 59-72. <https://doi.org/10.24965/da.11210>

## Algunas consideraciones sobre la reforma del delito de malversación y la protección penal del patrimonio público

### *Some comments on the reform of the crime of embezzlement and criminal protection of public funds*

García González, Javier

Universidad CEU Cardenal Herrera (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9637-3033>

[javier.garcia@uchceu.es](mailto:javier.garcia@uchceu.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho penal por la Universidad Cardenal Herrera CEU; Profesor Titular Acreditado; Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia; Líneas de investigación: avances médicos sobre el genoma y sus aplicaciones en el ser humano. Uso inadecuado de las nuevas tecnologías y de internet: intimidad, ciberacoso, violencia de género ejercida por menores a través de internet.

#### RESUMEN

Cualquier reforma que afecte a normas que tutelan el patrimonio público y el buen funcionamiento de la administración debe procurar la identificación de espacios de impunidad (para que sean regulados), la mejora de la redacción de las actuales normas (para incorporar las propuestas técnicas denunciadas por doctrina y jurisprudencia), así como la mayor coherencia posible con el resto del ordenamiento jurídico. Y más aún cuando afecta a la lucha contra la corrupción y a una de sus modalidades más conocidas: la malversación de caudales públicos. Se analiza la última reforma legal para valorar si cumple estos criterios. La idea central consiste no tanto en el uso indebido del dinero público que pueda hacer un particular desde su puesto de trabajo, sino en el mal uso del poder que pueda hacer un funcionario o una autoridad con fines lucrativos. El análisis de la modificación de las penas previstas, la no exigencia de ánimo de lucro y la incorporación de nuevas conductas servirán de guía para poder valorar el alcance de esta reforma en el delito de malversación.

#### PALABRAS CLAVE

Malversación; patrimonio público; lucro; corrupción.

#### ABSTRACT

Any reform that affects norms that protect the public patrimony and the proper functioning of the administration must seek the identification of areas of impunity (to be regulated), the improvement of the drafting of the current norms (to incorporate the improvements denounced by doctrine and jurisprudence), as well as the greatest possible coherence with the rest of the legal system. And even more so when it concerns the fight against corruption and one of its well-known modalities: the misappropriation of public funds. The latest legal reform is analysed to assess whether it meets these criteria. The central idea is not so much the misuse of public money by an individual from his or her job, but the misuse of power by that an public official or an authority may make for lucrative purposes. The analysis of the modification of

the penalties provided for, the non requirement of profit motive and the incorporation of new prohibited conducts will serve as a guide to assess the scope of this reform in the offense of embezzlement.

## KEYWORDS

Embezzlement; public property; profit-seeking; corruption.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REFORMA DEL DELITO DE MALVERSACIÓN. 2.1. MALVERSACIÓN POR APROPIACIÓN: ARTS. 432 CP. 2.2. MALVERSACIÓN DE USO: ART. 432 BIS CP. 2.3. DESVÍO DE PARTIDA PRESUPUESTADA: ART. 433 CP. 2.4. CONCEPTO DE PATRIMONIO PÚBLICO: ART. 433 TER. 2.5. TIPO ATENUADO POR REPARACIÓN Y/O COLABORACIÓN ACTIVA: ART. 434 CP. 3. LOGROS OBTENIDOS Y EFECTOS INDESEADOS CON LA NUEVA REGULACIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUCCIÓN

En las siguientes líneas se propone una reflexión sobre algunos aspectos de la actual tutela penal de la Administración pública, a fin de mejorar su eficacia, en la medida de lo posible, a la luz de la reciente reforma del delito de malversación.

Para ello, conviene plantearse varias cuestiones. En concreto, siguiendo a Ríos (2022, p. 8)<sup>1</sup>, podemos comenzar con las siguientes: por un lado, valorar si en la Administración pública existen ámbitos de impunidad (ausencia de normas) y, en consecuencia, si resulta necesario ampliar o modificar la regulación jurídico penal vigente, precisamente para corregir tales carencias, en el contexto de un ámbito que puede considerarse especialmente criminógeno, en cierto sentido<sup>2</sup>; por otro lado, habría que sopesar si la actual normativa protege de forma eficaz y conveniente aquellos valores o intereses que justifican la propia existencia de esos tipos penales. Y, para ello, se impone delimitar cuáles son los bienes jurídicos objeto de protección penal e identificar la correspondiente respuesta (penal) que reciben aquellos que deciden atentar contra tales bienes.

Por último, este mismo autor propone ordenar la normativa aplicable, en el sentido de facilitar su aplicación por parte de los tribunales, en su caso. En la actualidad, todo apunta a que no siempre resulta una tarea fácil: existen numerosos tipos penales, una alta coincidencia entre esos tipos y las infracciones que recoge la normativa administrativa, la dificultad procesal de probar esas conductas, la propia organización interna y diversos procedimientos administrativos que sirven (sin quererlo) de parapeto a quienes realizan alguna de estas conductas ilícitas, el elevado número de personas implicadas, la lentitud del sistema judicial..., entre otras circunstancias, complican sobremanera estos procesos.

Empezando por la primera de estas cuestiones, es obvio que la Administración pública está sometida a constantes ataques que afectan a su correcto funcionamiento y al patrimonio público que está llamada a gestionar. Esos ámbitos de impunidad antes aludidos quedan claramente al descubierto a través del incesante goteo de graves casos de corrupción, por todos conocido<sup>3</sup>. La única duda que podemos tener al respecto es sobre el porcentaje de criminalidad oculta que pueda haber en este ámbito, pero no sobre su propia existencia.

La paradoja quizá está en que identificamos esa la corrupción como el principal enemigo a batir, al tiempo que no somos capaces de acotar –desde la perspectiva jurídico-penal– qué entendemos por corrupción. Esta polémica no es nueva y ha ocupado a la mejor doctrina, por lo que en adelante nos limitamos a resumir alguna de las características que se han propuesto para su identificación.

<sup>1</sup> Aunque estas cuestiones las plantea en el contexto de la financiación ilegal de partidos políticos, respecto a los delitos electorales.

<sup>2</sup> Es obvio que con esta expresión no se pretende, en ningún caso, considerar al conjunto de la Administración pública como un espacio criminógeno. En breve se expondrá que nos estamos refiriendo a la corrupción y al reducido número de personas que sucumben ante él, eso sí, desde sus puestos en la Administración pública.

<sup>3</sup> Puede consultarse una extensa y desoladora relación de casos de corrupción en Roca de Agapito (2023, p. 2). Entre otros muchos, y como simple ejemplo del impacto mediático que han provocado, cabe destacar el caso Marey, el de los Fondos Reservados, el denominado Saqueo de Marbella, el caso Noos, el Gürtel o el de los ERES.

Destaquemos su aspecto negativo: la corrupción no debe abarcar cualquier conducta de posible enriquecimiento ilícito de un funcionario o autoridad, sin perjuicio de las consecuencias disciplinarias o penales que ello pueda suponer. A lo que aquí interesa, lo que se quiere es «prevenir la instrumentalización de los cargos o de las funciones públicas para obtener beneficios económicos<sup>4</sup>». O, como resalta con acierto De la Mata, lo importante no es «la utilización de dinero con fines corruptores, sino la del poder con fines lucrativos» (De la Mata, 2016, p. 5), mediante el «incumplimiento de normas jurídicas que regulan el comportamiento de los servidores públicos<sup>5</sup>».

Para Rodríguez Fernández,

«la idea de corrupción es, en última instancia, la plasmación de una vieja noción del pensamiento de corte constitucional según la cual los gobernantes han recibido sus poderes de gobierno con la condición irrenunciable de que orienten su ejercicio a la realización del bien común. En esa cultura constitucional del bien común, el gobernante que emplea los poderes recibidos para realizar fines distintos a los que le han sido encomendados pierde su legitimidad. En la tradición medieval y moderna, esa era, de hecho, la definición de la tiranía. En el ámbito de la malversación, el responsable público que invierte el dinero de todos en actividades ajenas al interés general utiliza su poder de forma desviada, torcida, corrupta. El acto de corrupción que se encierra en la conducta malversadora constituye, en esencia, una ruptura de la relación fiduciaria entre gobernantes y gobernados y ataca a la raíz misma del sistema político.» (Rodríguez Fernández, 2021, p. 3).

Ese ejercicio ilegal del poder que ostentan los corruptos suele presentar unas notas comunes, por todos conocidas: habitualidad, permanencia, cierta institucionalización, así como el carácter secreto del pago, entre otras.

A su vez, cabe identificar distintas formas de corrupción. A estos efectos, baste ahora con la propuesta de De la Mata, que distingue entre corrupción pública y política. Centrándonos en la primera de ellas, Fernández Ajenjo la define como aquella que exige.

«de la participación de un agente público (elemento subjetivo necesario), del incumplimiento de un deber de servicio (elemento prescriptivo) y de la obtención de un beneficio ilícito (elemento causal); y, con carácter contingente, de la realización de un daño a la Administración pública (elemento material), de la participación de un particular (elemento subjetivo contingente) y de una nota de clandestinidad (elemento formal).» (Fernández Ajenjo, 2010, p. 532).

En cuanto a la corrupción política, prosigue De la Mata, serán aquellos delitos de corrupción pública en que intervengan personas que acceden al ejercicio de la Administración pública por vía de elecciones o de designación personal de la mano de un partido político (De la Mata, 2016, p. 5).

Siendo así, quizá lo más relevante de esta falta de concepto unívoco sobre la corrupción es que su ausencia o inconcreción impide delimitar el alcance real de esta lacra, al tiempo que dificulta la adopción de medidas eficaces para combatirla. No obstante, como recuerda Santana<sup>6</sup>, ante un espacio de impunidad –como el que sabemos que existe en este ámbito– hay que reaccionar, corrigiendo en su caso la norma: «el legislador a la hora de decidir si interviene penalmente y, en caso afirmativo, de qué forma, ha de constatar siempre y previamente qué otras medidas no sancionadoras o qué sanciones no penales son más eficaces, y, de existir ya, si unas u otras han agotado su capacidad de rendimiento».

Lo anterior guarda gran relación con la segunda de las cuestiones que se planteaban al inicio: en toda reforma habría que identificar con claridad qué es lo que se pretende proteger (bien jurídico tutelado) frente a estas conductas calificadas como corrupción y si las normas actuales logran este objetivo, de forma eficaz.

La Constitución establece que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y que debe actuar acorde a los principios de eficacia, y con pleno sometimiento a la ley. También afirma que toda la riqueza del país está subordinada al interés general.

De igual modo, conviene recordar que la función principal del Derecho penal consiste en proteger aquellos bienes o intereses que, desde la sociedad civil, se señalan al legislador como relevantes o esenciales. Y en ese contexto, no hay duda de que cualquier desvío o quita de la hacienda pública, en perjuicio del interés ge-

<sup>4</sup> Vázquez-Portomeñe (2018, p. 16), si bien se refiere al delito de cohecho, de ahí que mencione el intercambio económico.

<sup>5</sup> A decir de Cruz Blanca (2018, pp. 1-39 y p. 2).

<sup>6</sup> Aunque en un contexto distinto al de la corrupción, *vid.* Santana (2020, pp. 76-110, p. 86).

neral preocupa, y mucho, a la ciudadanía. Así lo demuestran de forma constante las encuestas y estadísticas, nacionales y europeas, que se van publicando sobre el rechazo que suscita cualquier forma de corrupción<sup>7</sup>.

La incidencia de estos comportamientos es tal que,

«en cierta medida, los ciudadanos, frente a todos estos supuestos, cogimos que la gestión pública se ha dirigido, en muchas ocasiones, a la consecución del beneficio propio de cada gestor, obviando sus obligaciones de sometimiento a la ley, servicio orientado al interés público, objetividad e incluso eficacia. Esta circunstancia, sin duda, erosiona la confianza del ciudadano, no solo en los concretos gestores, sino en la estructura y organización del sistema: trasciende a la mera consideración de la gestión incorrecta para minar las bases de nuestro Estado de Derecho.»<sup>8</sup>

De lo dicho podría deducirse que el objeto formal de tutela debería ser la defensa y buena gestión en los servicios públicos. En especial, lo que afecte al patrimonio público orientado al sostenimiento del estado de bienestar y al progreso social, pero sin que la merma patrimonial del erario sea un requisito para poder apreciar una conducta de corrupción. No en vano esa labor constituye una de las mayores responsabilidades que recaen sobre la Función Pública. Y también es la que genera mayor consideración social hacia esos funcionarios y autoridades, por razones obvias. Máxime cuando todos ellos detentan, por delegación, el poder que les ha sido entregado por el Estado, precisamente para fomentar al máximo los intereses generales.

Estaríamos, pues, ante un bien supraindividual (o colectivo, si se prefiere) que afecta directamente a la convivencia social (de ahí que también se le denomine bien jurídico institucional, por ser un «facilitador» de procesos o herramientas de desarrollo o relación para con otros bienes o intereses sociales<sup>9</sup>).

Y, sin duda, ese bien jurídico colectivo e institucional deviene violentado por el funcionario público o autoridad que, abusando de su posición, instrumentalizando su poder y vulnerando la legislación vigente, favorece u otorga ventaja indebida a un tercero en detrimento de los intereses generales, con independencia de que obtenga (o no) por ello una contraprestación económica. Insisto en la idea propuesta por De la Mata: lo importante no es el uso del dinero que un particular pueda hacer con fines corruptos, sino el (mal) uso del poder que ostenta un funcionario o autoridad con fines lucrativos<sup>10</sup>. Porque con ello, la legitimidad del funcionamiento de la Administración resulta viciada de origen en su imparcialidad, en su probidad y prestigio. Tales conductas implican, por un lado, que la estructura interna de la Administración genera un procedimiento paralelo, distinto al establecido. Y, por otro, que una parte de la sociedad asuma que puede acudir a esa vía, para evitar el procedimiento habitual y/o lograr ventajas sobre otros usuarios que, de otro modo, no le corresponderían. Ese es el núcleo de la corrupción y de ahí que el posible lucro obtenido (o no) directamente por el corrupto no sea lo más relevante.

Identificado el objeto a tutelar, resta por ver la eficacia de la actual normativa destinada a ese fin, lo que conecta con la tercera de las metas que se planteaban al comienzo de este trabajo: la necesidad de revisar, organizar y delimitar la normativa destinada a evitar estos abusos, para facilitar la labor de quienes deban aplicarla y así reducir posibles espacios de impunidad. Tarea que resulta inabarcable en este momento, como es obvio.

Por eso apenas se abordan dos cuestiones básicas. Una de ellas tiene por objeto el régimen de incompatibilidad entre el procedimiento sancionador administrativo y penal. Y la otra afecta a las funciones de fiscalización que corresponden a determinados organismos, encargados de velar por el cumplimiento del derecho administrativo.

Respecto a la primera, nada que objetar a la vigencia del principio *ne bis in idem*, por supuesto. Pero dicho esto, conviene plantearse, como proponen Beltrán y Piperata, cuáles son las consecuencias prácticas

<sup>7</sup> Como simple muestra, se puede citar el informe de *Transparency International* España: «el índice de Percepción de la Corrupción (PIC) 2022, publicado el 31 de enero de 2023, muestra que España no avanza en sus esfuerzos de prevención y lucha contra la corrupción, bajando de nuevo un punto con respecto al año pasado y obteniendo una puntuación de 60/100). Con esta calificación, España ocupa la posición 35/180 del ranking global del IPC, junto con Botsuana, Cabo Verde, y San Vicente y Las Granadinas. Dentro de la UE, se mantiene en el puesto 14/27, por debajo de Portugal y Lituania y solo un punto por encima de Letonia.». En similares términos, *The 2022 Special Eurobarometer on Corruption* (Rule of law report-Country Chapter Spain).

<sup>8</sup> Valle Mariscal de Gante (2022, p. 208).

<sup>9</sup> Se tiene como «imprescindible para la autorrealización de las personas en el seno de la sociedad»; y por ello se impone «la intervención del Estado para atender las necesidades de los ciudadanos, teoría ésta que encuentra apoyo en el artículo 9.2 de la Constitución española. Se trata por tanto de proteger relaciones básicas dentro del sistema que configuran el orden social y a su vez son fundamentales para cada persona que vive en sociedad, y para el funcionamiento del propio sistema». Una completa síntesis sobre el particular en García Arroyo (2022, p. 32 y ss.).

<sup>10</sup> Ya apuntado antes, De la Mata (2016, p. 5).

de esa coexistencia de conductas tipificadas tanto en el ámbito administrativo como en el penal. Al coincidir en gran medida entre sí,

«la Administración, en materia de corrupción, sólo podrá imponer sanciones por las poquísimas conductas de los funcionarios que no estén consideradas delito y que sí estén tipificadas como infracción. Para todas las demás deberá suspender sus procedimientos o averiguaciones y dar traslado al Fiscal y esperar a ver si hay condena penal o no. Así que muchas de las conductas potencialmente constitutivas de infracción administrativa sólo lo serán efectivamente a posteriori, pero no solo porque la Administración no puede sancionar cuando detecte indicios de delito y dé traslado al fiscal, sino porque debe esperar a la sentencia condenatoria que eventualmente recaiga, y si el caso es de lo que admiten doble castigo, impondrá al funcionario la sanción que corresponda» (Beltrán y Piperata, 2021, p. 15).

Lo problemático –a mi parecer– es que, como denuncia Jareño, esa coincidencia entre tipos ha provocado que «la jurisprudencia penal ha sido muy exigente con los requisitos que deben darse para llegar al tipo penal, aludiendo constantemente al principio de intervención mínima y la posibilidad del recurso a la respuesta administrativa, en defecto de la penal<sup>11</sup>». Lo que en la práctica reduce de forma ostensible la respuesta penal, devolviéndose el caso a la jurisdicción administrativa, con lo que se cierra el círculo antes descrito, con pobres resultados en términos de protección eficaz para con el bien jurídico tutelado.

A ello se suma la duración de estos procedimientos, lo que hace que el castigo que pueda imponerse al corrupto ya sea de carácter administrativo, ya sea de carácter penal, siempre resultará extemporáneo y carecerá de cualquier efecto de prevención general.

En este sentido, y forzando una afirmación hecha por el Tribunal Supremo en varias ocasiones, pero en contextos distintos a este, no es de recibo que la huida del Derecho administrativo suponga también una huida del Derecho penal. Y añadiría, y viceversa.

Precisamente para evitar esa situación está prevista la función fiscalizadora que realizan diversos organismos públicos. Pero sobre este asunto, convendría plantear otras dos objeciones: la primera sería la posibilidad (cada vez más presente) de incorporar a la Administración pública las herramientas de control interno que se exigen en las entidades con personalidad jurídica, respecto de aquellos delitos que se pueden cometer en su seno, conforme a lo dispuesto en el art. 31 bis y siguientes del Código penal<sup>12</sup>. En realidad, se trataría de aplicar a las entidades públicas aquello que estas ya exigen a las entidades privadas que quieren contratar con el Sector Público<sup>13</sup>. En este sentido, se perciben avances significativos a través de la recién aprobada ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción<sup>14</sup>.

Y dando un paso más, como propone Fernandez Ajenjo, debería tenderse a una «concepción del buen hacer público más abierta y no limitada a los conceptos de legalidad y economía», a los que habría que incorporar «nuevas ideas como la ética o la calidad. De forma paralela, la mala administración incluirá nuevas conductas definidas en los códigos éticos y en las legislaciones sobre incompatibilidades». Y prosigue diciendo que estos nuevos criterios conllevan la renovación de los objetivos del control financiero, agregando «a los principios de legalidad, contabilidad, economía, eficacia y calidad, los objetivos de la *accountabili-*

<sup>11</sup> Jareño Leal (2018, p. 6), en referencia al caso concreto de la prevaricación.

<sup>12</sup> Incluso yendo más allá. En opinión de Junceda, «los programas de cumplimiento normativo no parecen ni necesarios ni pertinentes para las Administraciones Públicas *stricto sensu*, y solamente lo serán para las empresas públicas cuando realmente respondan a los criterios de seriedad o rigor que la doctrina penal ha venido señalando y no cuando respondan a intentos epidérmicos de cumplir la ley pero sin llevar a cabo actuaciones de fondo y forma que impidan en la realidad la perpetración de delitos y de otros comportamientos indebidos. Como es natural, la implementación de programas de cumplimiento en estas personas jurídicas empresariales públicas, no solamente han de tratar de erradicar la delincuencia, sino de servir también para el establecimiento de mecanismos de ética económica en dichos ámbitos, toda vez que a una empresa de titularidad administrativa se le debe exigir un plus de reputación adicional a la de las corporaciones privadas, precisamente por financiarse, sostenerse o pertenecer al sector público, costeados por fondos de ese carácter y desarrollando muchas veces funciones de interés general» (Junceda Moreno, 2018, p. 177).

<sup>13</sup> Y no son los únicos ámbitos en los que se aplica actualmente. Incluso entre administraciones públicas, en las convocatorias de ayudas relacionadas con algunos fondos europeos, se da prioridad a aquellas entidades locales que cuenten con programas de *compliance*. Y caben otras muchas propuestas, como sería la de blindar el nombramiento de las personas que dirijan los órganos fiscalizadores, así como a sus trabajadores, evitando que esos puestos sean ocupados por cargos de confianza de libre designación frente a funcionarios de carrera y/o que su mandato no coincida en el tiempo con la legislatura de los gobernantes que les han designado.

<sup>14</sup> En ella, entre otras medidas, se obliga a la Administración pública a contar con un sistema interno de información (canal de denuncias), a la vez que protege al informante. Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Sobre el particular, *vid.* García Rodríguez-Marin, A. (2022).

ty (rendición de cuentas<sup>15</sup>, responsabilidad pública, responsabilidad social y probidad) e institucionales (la transparencia y colaboración con otras instituciones y con la sociedad civil)».

Y la segunda, consistiría en la necesaria revisión de las instituciones de control financiero<sup>16</sup>, para que adopten.

«una actitud eminentemente proactiva, lo que debe obligarles a asumir funciones de inspección con el fin de conocer los hechos que, en verdad, se esconden tras la documentación administrativa; planificar las actuaciones de control, incluyendo con claridad entre sus objetivos la detección de actuaciones defraudatorias; e identificar, mediante el análisis de riesgos, las principales áreas de gestión que deben ser objeto de un especial seguimiento» (Fernández Ajenjo, 2010, p. 528).

Por lo demás, el propio sistema de valores de un estado democrático es incompatible con la corrupción. De ahí que todos los ciudadanos y, en especial, los que componen y sustentan la Función Pública debamos impedir al máximo el desarrollo de estas prácticas con todos los medios a nuestro alcance<sup>17</sup>. Sin embargo, como señala Fernández Ajenjo, «las instituciones especializadas creadas en las democracias occidentales han evitado esta tarea dadas sus grandes repercusiones políticas, por lo que la denuncia y la represión de la defraudación de los intereses públicos corresponden en estos momentos prioritariamente a la Sociedad Civil y a los Tribunales de la jurisdicción penal, con la colaboración de la Administración inspectora». Hasta el punto, prosigue, de que.

«en esta configuración antifraude ha quedado preterida, como ha señalado buena parte de la doctrina (Malem Seña, Sabán Godoy o Sánchez Morón), la capacidad de los órganos y las instituciones de control administrativo para facilitar la denuncia interna, pues tanto los órganos consultivos (v. gr., Consejo de Estado o Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado) como los inspectores o fiscalizadores (v. gr., Inspecciones de Servicio o Intervenciones Generales) se han limitado a ejercer funciones de carácter formal, evitando aquéllas que puedan tener repercusiones de naturaleza política. De la misma forma, los controles externos tienden hacia la controversia política propiciada por el Estado de partidos, debilitando su capacidad de prevención de la corrupción, como ha denunciado García de Enterría en el caso de las Cortes Generales; o bien se limitan al examen de la legalidad administrativa, sin entrar en sus consecuencias punitivas en los casos que impliquen abusos de poder, en el supuesto de las jurisdicciones no penales» (Fernández Ajenjo, 2010, p. 536).

## 2. LA REFORMA DEL DELITO DE MALVERSACIÓN

Este delito acaba de ser modificado por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, como es sabido. La evolución histórica de esta conducta delictiva refleja, cuando menos, un camino tortuoso, que bien podría tildarse de ida y vuelta, si se permite la expresión. El Preámbulo de esa ley justifica la reforma por «la conciencia

<sup>15</sup> Un buen ejemplo de ello, si llega a materializarse, es la previsión hecha en la Disposición adicional quinta, de la citada Ley 2/2023, de 20 de febrero: El Gobierno, en el plazo máximo de dieciocho meses a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, y en colaboración con las Comunidades Autónomas, deberá aprobar una Estrategia contra la corrupción que al menos deberá incluir una evaluación del cumplimiento de los objetivos establecidos en la presente ley así como las medidas que se consideren necesarias para paliar las deficiencias que se hayan encontrado en ese periodo de tiempo.

<sup>16</sup> Es evidente que «tanto la Inspección General de la Administración del Estado como el Tribunal de Cuentas tienen estos principios (de eficiencia y eficacia, e incluso a la calidad en la gestión de recursos públicos) en su normativa reguladora, (pero) en la práctica su enfoque se ha dirigido más a la fiscalización contable, de legalidad y de procedimientos. Por ello, resulta fundamental avanzar en el análisis de la eficiencia y la eficacia de las políticas públicas, en un contexto evaluador en el que las distintas aproximaciones se complementen en aras de la calidad y seguridad normativa y del uso óptimo de los recursos públicos» (Herrero, 2021, p. 39). El texto entre paréntesis es añadido.

<sup>17</sup> Así lo reconoce el Preámbulo de la citada Ley 2/2023, de 20 de febrero: «La colaboración ciudadana resulta indispensable para la eficacia del Derecho. Tal colaboración no sólo se manifiesta en el correcto cumplimiento personal de las obligaciones que a cada uno corresponden, manifestación de la sujeción de todos los poderes públicos y de la ciudadanía a la Constitución Española y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 de la Constitución Española), sino que también se extiende al compromiso colectivo con el buen funcionamiento de las instituciones públicas y privadas. Dicha colaboración ciudadana es un elemento clave en nuestro Estado de Derecho y, además, se contempla en nuestro ordenamiento como un deber de todo ciudadano cuando presencie la comisión de un delito, tal y como recoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicho deber, al servicio de la protección del interés público cuando éste resulta amenazado, debe ser tomado en consideración en los casos de colisión con otros deberes previstos en el ordenamiento jurídico».



de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal». Afirmación que está en línea con el propósito de este trabajo: comprobar si estos nuevos tipos son herramientas idóneas para evitar la instrumentalización del poder para uso propio.

Como punto de partida, recordemos que la malversación es una conducta con una dilatada presencia en los diversos códigos penales vigentes en nuestro país. Acotando las referencias a lo que aquí interesa y sin ánimo de hacer un resumen pormenorizado de todo ello, podemos distinguir tres fases temporales, con diversas características.

La primera de ellas corresponde al Código de 1973. En ese momento, esta conducta se tenía como un delito de enriquecimiento, penando la sustracción de fondos públicos (caudales y efectos públicos) y el uso desviado de los mismos. Entre otras carencias, se denunciaba la ausencia de protección de los bienes inmuebles. Se trataba de un delito especial y exigía que el sujeto activo tuviera esos bienes a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones. Se incluía también el abandono o negligencia inexcusable que diere ocasión a que esa sustracción la realizase un tercero. En ese caso, si se reintegraban los efectos antes de que se celebrara el juicio, se rebajaba la pena. En cuanto al uso desviado de esos efectos, la pena se establecía en función de si tal conducta había causado, o no, un daño o entorpecimiento del servicio público. De igual modo, si se reintegraban los caudales o efectos públicos antes de diez días desde incoación del sumario, se disminuía la pena.

Por otra parte, se castigaba a quien diera a esos caudales o efectos una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados. Y, de nuevo, la pena variaba en función de si con ello se causaba, o no, un daño o entorpecimiento del servicio público. Pero tal prohibición no iba dirigida a cubrir hipotéticos supuestos de administración desleal.

Por último, se reprendía al funcionario que, siendo tenedor de los fondos del Estado, no hiciera el pago debido o que rehusare hacer entrega de la cosa que tuviera bajo su custodia o administración. Y cerraba esta relación de conductas algunos supuestos de malversación impropia.

Años más tarde, en 1995, se acomete una importante reforma del Código penal. En lo que atañe a la malversación, se mantiene de forma decidida su carácter de delito de enriquecimiento, desaparece la actuación imprudente del funcionario que favorecía la sustracción de esos efectos por un tercero y se introduce la exigencia de ánimo de lucro como requisito para apreciar estas conductas. La pena se reduce en parte, en función de la cantidad sustraída. Aunque también se agrava la respuesta punitiva si la sustracción afectara a objetos declarados de valor histórico, artístico o destinado a aliviar alguna calamidad pública. O si existiera un grave perjuicio al servicio público. No hubo modificaciones respecto de la conducta consistente en el desvío de bienes públicos a fines privados, ni sobre la atenuación de la pena si se producía la devolución de estos en el plazo de diez días. Tampoco sobre los diversos supuestos de malversación impropia. En suma, los cambios más significativos fueron la creación de un nuevo tipo de falsificación de contabilidad, las variaciones de pena por concurrir diversas circunstancias y la exigencia del ánimo de lucro.

Y en el año 2015, vuelve a revisarse el Texto Punitivo. En esta ocasión, la malversación se verá más afectada. Destaca el cambio de enfoque dado a la hora de definir la conducta principal: además de englobar comportamientos de enriquecimiento se añade la administración desleal del patrimonio público. Y el Código lo materializa con una referencia directa al delito de apropiación y al de administración desleal. También desaparece la referencia al ánimo de lucro<sup>18</sup>. Por lo demás, se aumentan las penas en algunos casos (en función de la cuantía), se disminuyen en otros (si concurría reparación, sin indicar plazo concreto para realizarla, lo que permitía lograr la suspensión condicional de la pena), desaparece la referencia a bienes de especial valor histórico artístico y los destinados a paliar calamidades públicas; y se introduce alguna modalidad nueva en los supuestos de malversación impropia. Por último, el tipo agravado se podría aplicar tanto si se superaba determinada cantidad (en función del perjuicio) como si se causaba un grave daño o entorpecimiento al servicio público (con independencia de la cuantía).

Precisamente por esa incorporación de la conducta concreta de administración desleal, varios estudios reflejaron con detalle las ventajas e inconvenientes de todas aquellas novedades. Por mi parte, coincido plenamente con la valoración hecha por Zárate:

---

<sup>18</sup> A su vez, Rodríguez Fernández (2021, p. 2), dice que el cambio de 2015 supuso pasar de una malversación patrimonial, de apoderamiento (la del CP 1995) a una malversación de daño. Y habla de acto fraudulento de gestión capaz de ocasionar el perjuicio, y añade, sin tener que probar el lucro obtenido. De hecho, no hacía falta, con el de 2015, probar el acto de apoderamiento con ánimo de lucro, basta ese acto fraudulento con lo que, en su opinión, se amplía las conductas punibles y la lucha ante la corrupción.

«Este tratamiento unitario llevó a que algunos autores considerasen que la LO 1/2015 daba una mejor respuesta a un fenómeno complejo y que permitía cerrar el círculo de la corrupción sancionando conductas tales como una deficiente o abusiva administración, sobrepasando los límites del mandato del cargo político autorizado, las desviaciones presupuestarias, el despilfarro, como contraer obligaciones excesivas para el patrimonio público administrado, los gastos de difícil justificación o cualquier gasto de dudosa legalidad o de incierta finalidad pública, castigando tales conductas con una pena de dos a seis años de prisión, además de la correspondiente inhabilitación especial para cargo o empleo público, una pena superior a la que corresponde a la administración desleal de patrimonio particular, castigado con pena de seis meses a tres años de prisión.»<sup>19</sup>.

Por más que fueran igualmente acertadas las voces que denunciaban la dificultad de intentar aplicar una conducta pensada para la actividad privada (administración desleal) a entidades u organismos públicos.

Ya en nuestros días, nos encontramos ante la reforma de diciembre de 2022. De nuevo, lo más destacable es la vuelta al modelo de delito de enriquecimiento (decae cualquier referencia a la administración desleal del patrimonio público) y la exigencia del ánimo de lucro. De hecho, se puede afirmar que volvemos al texto originario por cuanto ahora se tipifica la apropiación de fondos por parte del funcionario, la dejación para que otro se apropie de ellos, así como el uso temporal de dichos bienes, sin ánimo de apropiación. También se castiga el desvío presupuestario o el pago de gastos de difícil justificación. Se recupera la referencia a bienes de especial valor histórico o artístico, y la mención de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública, se aclara el plazo temporal en que procede la reparación (antes del juicio oral), incorpora una definición legal de lo que debe entenderse por patrimonio público y, más importante, incorpora la aplicación de patrimonio público a un fin diferente del destinado. Por lo demás, modifica algunos tipos agravando o atenuando la pena en función de determinadas circunstancias o cuantías. De todo ello, los cambios más destacados son la desaparición de la conducta de administración desleal, la recuperación del ánimo de lucro, y la rebaja de pena del tipo básico<sup>20</sup>.

Veamos cómo se refleja todo ello en alguna<sup>21</sup> de las modalidades de malversación, ya vigentes.

## 2.1. Malversación por apropiación: art. 432 CP

Se perfecciona la redacción del tipo básico: la conducta principal consiste en apropiarse (en vez de sustraer) o consentir que otro lo haga, si bien desaparece cualquier referencia a la administración desleal<sup>22</sup>. Se habla de patrimonio público (en vez de caudales o fondos, despejando dudas sobre algunos bienes, como eran los inmuebles<sup>23</sup>), al tiempo que se amplía la referencia a las circunstancias que sitúan esos bienes bajo la custodia del funcionario: por razón de sus funciones o con ocasión de estas. Y se reintroduce el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto<sup>24</sup>. De forma que, cuando este no concurra, solo cabría acudir al art.

<sup>19</sup> Zárate Conde (2023, p. 2). En sentido contrario, Roca de Agapito (2023, p. 9).

<sup>20</sup> Sobre el alcance de esta reforma, dice Gudín: «En el caso del delito de malversación, la reforma retrocede a tiempos pretéritos incorporando como supuesto de penalidad atenuada la distracción de caudales públicos para supuestos distintos a los que estaban destinados. La incorporación de esta modalidad atenuada presenta enormes incógnitas, como ya venían presentándose en los precedentes habidos con anterioridad al Código Penal de 1995. No parece, sin embargo, que vaya a modificar substancialmente la estructura del tipo de malversación para aquellos supuestos en que los acusados aplican fondos públicos a finalidades espurias fuera de los límites del ordenamiento jurídico» (Gudín Rodríguez-Magariños, 2023, p. 1).

<sup>21</sup> No haremos referencia al delito de falsedad contable, previsto en el art. 433 bis, ni a la malversación impropia del art. 435. Tampoco nos detendremos en el concepto de funcionario, del art. 435 bis. Sobre este último, *vid.*: Gómez Rivero (2016), en especial pp. 11 y ss. y Rosso Pérez (2022).

<sup>22</sup> *Vid.* Decreto de la Fiscalía General del Estado (2023). Pautas interpretativas.

<sup>23</sup> Cuestión que ya estaba resuelta, por lo demás, por la jurisprudencia.

<sup>24</sup> Aunque esta nueva exigencia pueda tener un alcance limitado. Según el Alto Tribunal, «A tal efecto, debe recordarse que el elemento subjetivo del delito de apropiación indebida consiste en el *animus rem sibi habendi*, es decir, en la consciente realización de actos de disposición de naturaleza dominical sobre el objeto material del delito, elemento que la jurisprudencia mayoritaria identifica con el ánimo de lucro» (ATS 1055/2022, de 24 de noviembre; SSTS 815/2022, de 14 de octubre; 908/2021, de 24 de noviembre).

En el mismo sentido, el Decreto de la Fiscalía General del Estado (2023). Pautas interpretativas: «Esta circunstancia no constituye una novedad relevante, pues la jurisprudencia ha entendido que el delito de apropiación indebida del art. 253 CP –al que se remitía el derogado art. 432.2 CP (versión LO 1/2015)– exige la concurrencia de ese ánimo en el responsable del delito (*vid.* SSTS 1055/2022, de 24 de noviembre; 684/2022, de 7 de julio; 829/2022, de 15 de septiembre; 109/2022, de 20 de enero; 899/2021, de 18 de noviembre; 86/2017, de 16 de febrero). Y añade: «Por lo que se refiere al ánimo de lucro exigido por el nuevo delito de malversación del art.

433 CP, en su caso, o a otras figuras penales. En ambos preceptos, la pena prevista es inferior a dos años, con lo que, de facto, podría aplicarse la suspensión condicional de la pena, de recaer condena por alguno de estos delitos. Por lo demás, ahora la inhabilitación prevista es la especial, reservándose la inhabilitación absoluta para el tipo agravado.

A su vez, el tipo cualificado procede cuando concorra alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 432, 2.º CP, a saber: causar un daño o entorpecimiento grave al servicio público; o causar un perjuicio o apropiarse de patrimonio valorado en más de 50.000 euros; o que las cosas malversadas fueran de valor histórico, artístico, histórico, cultural o científico, o si estuvieran destinadas a aliviar alguna calamidad pública. Se rescata igualmente la agravación por cuantía superior a 250.000 euros. Por último, incorpora una conducta privilegiada si el patrimonio público afectado o el daño causado es inferior a 4.000 euros, todo ello con la concurrencia del citado ánimo de lucro.

En el texto apenas se menciona la conducta omisiva del funcionario o autoridad que, de forma dolosa, deje que otra persona realice esa apropiación de bienes, cuando en mi opinión es una de las cuestiones más relevantes que debería haberse acotado mejor. De hecho, como es sabido, constituye una de las principales cuestiones jurídicas planteadas en la sentencia del denominado Caso ERES<sup>25</sup>.

---

432 CP, debe subrayarse que su apreciación no se limita a los supuestos en los que el sujeto activo del delito vea incrementado su patrimonio. Como señala la STS 749/2022, de 13 de septiembre, [p]ara determinar el contenido de este elemento se han propuesto distintas interpretaciones, una más estricta limitándolo al provecho patrimonial, y otra más amplia, en la que se incluye toda clase de ventaja, patrimonial o espiritual (*animus lucri faciendi gratia*), criterio este último que hemos acogido de forma reiterada, señalando que en la malversación no se exige el lucro personal del sustractor». Prosigue diciendo el Decreto de Fiscalía que concurre constatado el «ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial (STS 507/2020, de 14 de octubre) y que el ánimo de lucro concurre, aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero (STS 277/2015, de 3 de junio)». Esta Sala, por tanto, ha ido flexibilizando de forma progresiva el concepto de ánimo de lucro de modo que en la actualidad alcanza a cualquier aprovechamiento o satisfacción, aunque no tenga significado económico, habiendo precisado que «la jurisprudencia viene sosteniendo desde hace más de medio siglo que el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización del tipo de los delitos de apropiación. En particular el delito de malversación es claro que no puede ser de otra manera, dado que el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos» (STS 1514/2003, de 17 de noviembre)». Esta idea late, asimismo, en las SSTS 734/2022, de 7 de julio; 624/2022, de 23 de junio; 697/2022, de 23 de junio; 569/2022, de 19 de mayo; 899/2021, de 18 de noviembre.

Y finaliza el Decreto diciendo: «En definitiva, el ánimo de lucro se apreciará en todos los casos en los que el sujeto activo obre con conciencia y voluntad de disponer de la cosa como si fuera propia, destinándola a unos fines ajenos a la función pública al objeto de conseguir una ventaja o beneficio propio o ajeno de cualquier tipo. Por consiguiente, este elemento subjetivo del injusto también se apreciará cuando el responsable del delito no persiga la obtención de una ventaja patrimonial o de un incremento económico personal» (pp. 9 a 12).

<sup>25</sup> Al respecto, resulta de interés el F. J. 7.º de la STS 749/2022, de 13 de septiembre, al abordar el papel de los superiores jerárquicos: «Frente a esa conclusión fáctica se alega que a los funcionarios que no intervinieron en los actos dispositivos no se les puede atribuir la posición de garante por el solo hecho de que tenga encomendadas genéricas funciones de superior dirección o de coordinación y control o de aprobación de instrumentos normativos y que por exigencias del principio de intervención mínima, no basta con un deber general de control, sino que exige un especial deber jurídico del autor, y no sólo eso, exige además una específica obligación legal o contractual de actuar, o la creación de una ocasión de riesgo, de modo que la omisión pueda equipararse a la acción, pues en otro caso todo superior jerárquico sería responsable penalmente, en concepto de autor en comisión por omisión, de los delitos del subordinado, lo que parece evidente que no es la intención del legislador y ensancharía de manera injustificada el ámbito punitivo, convirtiendo en autor criminal a todo responsable por *culpa in eligendo* o *in vigilando*. Se añade que de la legislación aplicable no puede colegirse deberes específicos de control al detalle de los innumerables gastos autorizados a cada Consejería ni asumir funciones de control que corresponden a la Intervención».

En este caso debe ponerse el acento en que el tipo penal prevé específicamente un tipo de omisión impropia sancionando la conducta de quien consiente la sustracción por otro, lo que es sumamente revelador de la intención del Legislador de sancionar no sólo a quien materialmente dispone de los caudales públicos sino de todo aquel que consiente esa disposición, lo que obliga a determinar, más allá de la asignación formal de competencias, qué personas tienen la capacidad y el deber de evitar la comisión del delito, lo que está en necesaria relación con el conocimiento que se tenga de la forma en que se va a disponer de los bienes públicos.

Es impensable admitir que el director general de Trabajo pudiera disponer de los fondos públicos al margen de los controles y requisitos legales sin la autorización de los restantes responsables políticos condenados. Todos ellos tenían funcionalmente asignada la competencia para decidir sobre el destino de esos fondos, aprobando o no las correspondientes partidas presupuestarias o, incluso, dando las órdenes pertinentes para que los expedientes se tramitaran siguiendo los trámites legales y con el control previo de la Intervención General, por lo que no sólo no evitaron el delito, sino que contribuyeron causalmente al desarrollo de la acción ilícita.

Se aprobaron unas partidas presupuestarias en contra de lo establecido en las leyes, posibilitando con ello el descontrol absoluto en la concesión de las ayudas sociolaborales. Eso es lo que explica la existencia de procedimientos posteriores de reintegro en los que se declara no sólo la ilicitud de las ayudas sociolaborales concedidas sino también el indebido criterio de presupuestación que hizo posible la concesión de las ayudas y eso permite afirmar la vinculación causal entre el criterio de presupuestación y la falta de control y demás ilegalidades producidas en el proceso de concesión de las ayudas.

## 2.2. Malversación de uso: art. 432 bis CP

Este precepto castiga el uso temporal de bienes públicos para fines privados, sin ánimo de apropiación y siempre que se produzca el posterior reintegro o restitución de estos en el plazo no superior de diez días desde la incoación del proceso. Porque de no ser así, transcurrido ese tiempo, esta conducta se castiga con las mismas penas que la malversación descrita en el artículo 432 CP.

Se corrige la redacción del tipo (por cuanto aclara los elementos a restituir), aunque no se justifica en la Exposición de Motivos las razones que motivan las modificaciones de pena que incorpora<sup>26</sup>: se rebaja la pena de prisión y se sustituye la inhabilitación antes prevista, por la suspensión. Tales cambios permiten acordar la remisión condicional de la condena, en su caso.

## 2.3. Desvío de partida presupuestada: art. 433 CP

Este artículo castiga al funcionario o autoridad que diere al patrimonio público una aplicación pública distinta de aquella a la que estuviere destinado. Se trata de una conducta dolosa, pero sin ánimo de lucro. No supone apropiación porque, de haberla, estaría castigada conforme a los artículos precedentes. La pena varía en función de si existe, o no, daño o entorpecimiento grave al servicio al que estuviere consignado.

Son muchas las cuestiones que ha suscitado este precepto: la aplicación pública distinta de aquella inicialmente fijada que se financia con esa partida presupuestaria ¿ha de ser lícita?; ¿debe concurrir ánimo de lucro?; ¿cómo se mide y valora la existencia de un grave daño o un grave entorpecimiento al servicio que se ha quedado, en todo o en parte, sin las cantidades inicialmente consignadas a tal fin?; ¿qué criterios podremos usar para distinguir entre el incumplimiento de las normas administrativas de ejecución de gasto y la existencia de este delito?

Comenzando por el desvío presupuestario para fines ilícitos o sin cobertura legal, Gudín afirma con acierto que: «No es posible, ni admisible una aplicación pública fuera del Estado de Derecho, pues al hacerlo pasamos a otro ámbito distinto de lo que es público<sup>27</sup>». Y en los mismos términos se expresa el Decreto MF<sup>28</sup>.

En cuanto al ánimo de lucro y al perjuicio causado, el texto guarda silencio. Por tanto, cabría aseverar que no se necesita el primero y que, el segundo, solo tendría efectos sobre la pena finalmente impuesta (siempre que tal perjuicio constituyera un grave daño o entorpecimiento al servicio).

Más compleja resulta la valoración del citado daño o entorpecimiento que ese desvío presupuestario pueda causar al fin público que inicialmente iba a ser financiado. Y no solo por la dificultad de marcar los contornos de esa «gravedad», sino por la propia autonomía con la que la Administración desarrolla estas funciones. Como advierte Sanz Mulas,

«si tenemos en cuenta que la Administración realiza gastos en su actividad de fomento, en su actividad promocional y en el desarrollo de políticas asistenciales –cuya concreción y definición del gasto viene atribuido a la autoridad política, que a su vez es el ordenador de pagos–, es peligroso que sea el juez quien “por su propio imperio”, y tras constatar infracción por leve que sea en la ejecución presupuestaria, reinterpretar la función que el gasto está llamado a cumplir en esa concreta política, declarando la concurrencia de perjuicio típico por desviación de fines conforme al concepto personal o funcional de patrimonio.»<sup>29</sup>.

Por otra parte, entender que cualquier desviación de gasto es subsumible en el art. 433 bis CP sería un exceso, en mi opinión: es obvio que las infracciones de la legalidad presupuestaria deben ser sancionadas,

<sup>26</sup> De hecho, sobre este particular, Zárata afirma que, precisamente, esta reforma incumple en parte la Directiva 2017/1937, de 5 de julio. *Vid.* Zárata Conde (2023, pp. 5 y ss.).

<sup>27</sup> Afirmación que realiza al analizar el Auto del TS, de 12 de enero de 2023. En su opinión, la resolución comentada (se refiere al citado Auto) lo entiende también así, y cita el texto: «En lo relativo al actual artículo 433 del Código Penal, su inviabilidad respecto de los hechos investigados resulta de lo inconciliable de entender que el patrimonio público se aplicó en este caso a una finalidad pública diferente de aquella a la que estaba destinado, pues no se trata de un supuesto en el que se produjera un trasvase presupuestario entre finalidades públicas legítimamente administradas, sino de la aplicación de los fondos públicos a sufragar la decisión personal de contravenir el ordenamiento jurídico y cometer un delito, por más que el sujeto activo tenga una actividad profesional pública» (Gudín Rodríguez-Magariños, 2023, p. 7).

<sup>28</sup> Decreto de la Fiscalía General del Estado (2023). Pautas interpretativas.

<sup>29</sup> La referencia a la administración desleal se corresponde con la anterior redacción del delito de malversación. *Vid.* Sanz Mulas (2017, p. 13).

en su caso, por el derecho administrativo. Y solo debería recurrirse a este tipo ante supuestos relevantes de cambio de destino<sup>30</sup>. En el mismo sentido, Roca de Agapito mantiene que debería limitarse «a casos graves de cambio de destino, en los que, aunque no se dé un perjuicio económico-contable para el Erario, sí que desde el punto de vista de la correcta gestión y del daño a los servicios públicos, pueden ser de consecuencias equiparables a las de una apropiación» (Roca de Agapito, 2023, p. 12).

Sin embargo, el Ministerio Fiscal mantiene una visión más amplia, pues considera que esa asignación irregular supone destinar ese patrimonio «a finalidades de carácter público pero diferentes de aquellas a las que estuviese legalmente destinado y, por lo tanto, con infracción de la normativa administrativa en materia de ordenación del gasto público» (Fiscalía General del Estado, 2023, p. 21). En su opinión, esta conducta disminuye la obligada transparencia que ha de ofrecer la Administración en el manejo de fondos públicos y, además, supone una «usurpación» de la facultad de decidir sobre la forma y la finalidad del gasto público, sobre todo cuando de esta manera se pone en peligro el control eficaz del mismo<sup>31</sup>. De todo ello, no se desprende ningún límite respecto al derecho administrativo sancionador<sup>32</sup>, por lo que pudiera pensarse que este Decreto avala la intervención penal ante cualquier supuesto de desviación presupuestaria que cumpla lo dicho anteriormente: destino diferente al que estuviese asignado, con usurpación de la capacidad de decisión y, todo ello, con incumplimiento de la normativa presupuestaria.

Por último, respecto a las penas previstas, cabe resaltar que podría ser de aplicación la remisión condicional de la pena, ya sea porque la conducta no alcance la consideración de grave, ya sea por aplicación de lo previsto en el art. 434 CP.

#### **2.4. Concepto de patrimonio público: art. 433 ter CP**

Este artículo incorpora el concepto de patrimonio público, aunque sin mucha novedad, ya que éste venía conformado hace tiempo por la jurisprudencia. De hecho, de momento viene cosechando valoraciones críticas, como la expresada por Roca de Agapito. En su opinión, resulta, «superfluo, insuficiente y confuso», porque:

«no resuelve los casos que ofrecen los mayores problemas interpretativos, como puedan ser los bienes de las entidades de Derecho público, pero con régimen jurídico privado, o también los de las empresas públicas, particularmente las sociedades de economía mixta. Y confuso, ya que al definirlo como “todo el conjunto de bienes y derechos”, parece que asemeja de nuevo la malversación en este punto más a una administración desleal, que a una apropiación indebida» (Roca de Agapito, 2023, p. 12).

#### **2.5. Tipo atenuado por reparación y/o colaboración activa: art. 434 CP**

Por último, este precepto establece una rebaja de pena, aplicable a todas las figuras de malversación antes citadas, en dos supuestos concretos: ya sea por haber reparado «de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público antes del inicio del juicio oral», ya sea por una colaboración activa y eficaz con las autoridades de forma que se obtengan pruebas decisivas para el esclarecimiento de los hechos o captura de sus responsables.

La novedad se limita al plazo temporal establecido para tales actuaciones. Lo más relevante, a mi parecer, es que este artículo permite activar la remisión condicional de la pena en cualquier supuesto, independientemente de la cuantía afectada. Téngase en cuenta que los dos motivos que permiten su apreciación son alternativos, no acumulativos.

<sup>30</sup> Lo que vuelve a situarnos ante el dilema de saber qué entendemos por «grave», máxime si asumimos lo dicho más arriba: esta malversación presupuestaria no da cabida a desvíos de dinero para cubrir gastos ilegales.

<sup>31</sup> Fiscalía General del Estado (2023). En el Decreto se cita la STS de 13 de diciembre de 1963, en la que se castiga «la deslealtad a la ordenanza o norma reguladora de su aplicación, diríase que es la sanción a la rebeldía de quien no se somete a lo ordenado por el organismo titular del patrimonio público al darle aplicación distinta de la fijada en los presupuestos, quintando a estos su fuerza vinculante para la vida económica de la corporación o entidad de que se trate, rebeldía a la que la ley ha dado contenido penal para evitar que el funcionario que administra fondos públicos se arrogue funciones propias del organismo rector, que es a este, y no a aquel, a quien incumbe determinar el bien público a que se deben aplicar los caudales.»

<sup>32</sup> Con lo que se vuelve a retomar el problema de deslinde entre ambos sistemas de control, como ya se comentó en las páginas iniciales de este trabajo.

### 3. LOGROS OBTENIDOS Y EFECTOS INDESEADOS CON LA NUEVA REGULACIÓN

Si ahora retomamos los motivos aducidos por el Preámbulo de la ley que modifica la regulación penal de la malversación, y a ello sumamos las cuestiones planteadas al inicio de este trabajo, podremos obtener una valoración de dicha reforma.

El legislador argumenta en la LO 14/2022 que estas modificaciones se hacen necesarias por el transcurso del tiempo y por las nuevas demandas sociales. Sobre lo primero, realmente cuesta identificar hitos concretos en los últimos siete años que puedan justificar estos cambios. Desde la entrada en vigor de la ley de 2015 se ha generado amplia doctrina y jurisprudencia sobre los efectos del modelo mixto introducido en aquel momento, basado en la apropiación y en la administración desleal. Pero más allá del regreso al modelo inicial, centrado en la sustracción, en la nueva regulación no se aprecian avances significativos o realmente novedosos. Podría decirse que se ha vuelto a lo anterior, sin más.

En cuanto a las nuevas demandas sociales, se trata de un argumento de dudosa interpretación y concreción. Pero entendiendo por tal el clamoroso rechazo social ante la corrupción, también resulta difícil de sostener que la nueva regulación ayuda a luchar contra esta lacra, ya que estas normas, por un lado, limitan el ámbito de aplicación de este delito (solo a supuestos en los que concorra ánimo de lucro<sup>33</sup>). Y por otro, rebajan las penas aplicables<sup>34</sup>. Ya sea de forma directa (mantiene la atenuación cuando el autor colabore de forma eficaz con la Justicia, aun sin devolución de cantidad alguna; o cambiando penas de inhabilitación general por otras de inhabilitación especial; o la primera de ellas por la de suspensión). Ya sea de forma indirecta (condicionando la pena en base a un concepto subjetivo como es la gravedad del daño o entorpecimiento causado; o ampliando el acceso a la suspensión condicional de la condena, lo que impediría, de facto, el ingreso en prisión del culpable). Más bien cabe afirmar lo contrario: con esta reforma no se ha atendido convenientemente esa demanda social<sup>35</sup>.

En cuanto a las tres cuestiones inicialmente planteadas y comenzando con los comportamientos que puedan quedar impunes con esta nueva norma, la valoración es igualmente negativa. No se aprecian avances respecto a la regulación anterior. Sigue sin abordarse la actuación de órganos colegiados, el despilfarro exagerado, los sobrecostes y muchas otras conductas corruptas (De la Mata, 2023). De hecho, en mi opinión, se retrocede al introducir la exigencia de ánimo de lucro porque el patrimonio público no es el único bien jurídico tutelado por estos delitos. Ni el más importante. Para eso ya existen los delitos patrimoniales<sup>36</sup>. La corrupción supone instrumentalizar el poder en beneficio propio, creando vías alternativas ilegales a las

<sup>33</sup> Hecho, por lo demás, de gran trascendencia: «La malversación es una de las figuras delictivas más importantes que tenemos para hacer frente a la corrupción, entendida como la utilización de unas facultades públicas en interés privado, distinto del general a que toda actuación pública debe estar encaminada. El ánimo de lucro en la malversación haría referencia, por tanto, a una conducta corrupta, y sólo a esa clase de conductas ahora cabe atribuirles el calificativo de malversadoras. Sin embargo, debemos preguntarnos si lo que se quiere hacer con la nueva regulación es dar respuesta a unas conductas corruptas de unos sujetos que pretenden enriquecerse a costa del patrimonio de todos o si la regulación penal de la malversación debe estar orientada a la protección de la correcta gestión del patrimonio público, de un correcto funcionamiento de la Administración pública. Parece, por tanto, que el ánimo de lucro se presenta en este ámbito de funcionalidad como un cuerpo extraño, pues con su introducción se hace un flaco favor a la protección de la correcta gestión del patrimonio» (Roca de Agapito, 2023, p. 18).

<sup>34</sup> Con importantes consecuencias en esta materia. Así, «La alteración de los marcos penales, la sustitución de la pena de inhabilitación absoluta por la inhabilitación especial y para el derecho de sufragio pasivo, la modificación de la conducta activa de administración desleal y la introducción de la cláusula atenuadora del artículo 434 CP, parecen contradecir de manera directa los objetivos que el legislador persigue mediante su reforma. En este sentido, las modificaciones del Código penal presentan una eficacia mucho menor que la inicialmente perseguida. Todas las reformas aparentemente buscan poner freno a las conductas que desde la propia Administración se llevan a cabo, queriendo atajar las conductas de carácter corrupto y limitando el excesivo y descontrolado despilfarro y descontrol en la gestión pública, pero posteriormente se revelan como ineficaces e inútiles por su propia configuración típica y su estructura. De esta manera, la ineficacia de las reformas penales confunde a la sociedad, nos hace dudar de la utilidad real del ordenamiento jurídico-penal e incluso de la verdadera intención legislativa en cuanto al combate contra la corrupción. El legislador ha intentado convencernos de la intensidad con la que afronta el problema de la corrupción, pero ni resulta posible castigar los desmanes en la gestión que condujeron a las distintas crisis económicas, ni las penas serán más graves ni tampoco serán ejemplarizantes, pues todo puede “casi olvidarse” mediante determinadas acciones de reparación o pseudo colaboración. Así, la ineficiencia o inutilidad de la regulación penal conduce, de manera inexorable, al desánimo, descreimiento y desconfianza de la ciudadanía.» (Valle Mariscal de Gante, 2022, p. 220).

<sup>35</sup> Vid. el informe del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) publicado en marzo de 2023 y el informe de la Comisión de Control Presupuestario del Parlamento Europeo.

<sup>36</sup> Como afirma Rodríguez, «es evidente que la desviación maliciosa de los fines encomendados a un gestor de lo público no se produce únicamente cuando este se apodera de un bien mueble o permite que a otro lo sustraiga sino también cuando realiza actos de gestión que, sin dar lugar a apoderamiento, están deliberadamente guiados por intereses distintos a los generales y acaban produciendo –por su propia potencialidad lesiva– un perjuicio a esos intereses». En Rodríguez Fernández. (2021, p. 3), aunque referido a regulación anterior.

que acuden ciudadanos interesados en obtener respuesta a sus intereses, en vez de usar los canales o procedimientos legalmente establecidos para ello.

En lo atinente a las carencias normativas que se hayan podido reparar con esta nueva regulación, resulta acertada la limitación temporal introducida en el tipo privilegiado por reparación o colaboración, así como la recuperación de circunstancias agravantes (bienes de interés artístico, histórico y/o destinado a paliar una calamidad pública). Pero no compensa el resto de las críticas que ha cosechado el conjunto de cambios introducidos por esta ley, precisamente por mantener las lagunas antes denunciadas.

Y respecto al tercer criterio propuesto, ordenar la ley, aclarar el panorama para facilitar la aplicación de la ley y la lucha contra la corrupción, tampoco se ha logrado ningún avance para remediar esa duplicidad administrativa y penal, y/o para reducir los efectos perversos que ello conlleva.

En suma, el cambio legislativo operado en el delito de malversación no parece ser el más eficaz para luchar contra la corrupción, por las razones expuestas. Como afirma Ríos (2022),

«es sabido que mantener una aproximación penal inoperante, espasmódica, disgregada material, personal, especial y temporalmente –tanto a nivel sustantivo como procesal–, permite a quienes se sirven de las estructuras y medios de los partidos políticos para delinquir y, de ese modo, alcanzar o sostener una posición de poder, desviar la atención sobre la necesidad de afrontar problemas políticos, todo ello con la reducción del riesgo de una intervención estatal jurídico-represiva sobre sus actividades».

Todo ello sin olvidar que quienes más pueden ayudar a mejorarla quizá sea a quienes menos se les invita a participar en estas reformas<sup>37</sup>. Lo expresa con acierto De La Mata:

«los juristas pueden escribir sobre la corrupción, los jueces pueden actuar contra ella, fiscales y policías pueden investigarla. Podemos tener una mejor o peor legislación: penal, procesal, administrativa. Pero quienes de verdad pueden evitarla son quienes pueden cometerla. Ésta es la paradoja. Funcionarios de toda clase, inspectores, interventores, jefes de servicio, secretarios de ayuntamientos y representantes políticos son quienes están ahí, quienes saben qué contratos se firman, qué acuerdos se adoptan, cómo se gasta el presupuesto, cómo se ejecutan los trabajos encomendados, qué entra y qué sale, quién entra y quién sale. No debería poder gastarse un euro que no esté presupuestado. No debería existir proceso de contratación alguna sin transparencia real».

Ojalá que finalmente se logre alcanzar estos objetivos, por el bien común.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Beltrán de Felipe, M. y Piperata, G. (2021). (Anti) Corrupción en la Administración. *Revista General de Derecho Penal*, (36), 1-90.
- Cruz Blanca, M. J. (2018). La corrupción pública en la actividad electoral. Delitos que integran la corrupción pública electoral versus delitos cometidos por particulares contra la actividad pública electoral. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20), artículo 33. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-33.pdf>
- De la Mata Barranco, N. (2016). La lucha contra la corrupción política. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18), artículo 1. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-01.pdf>
- De la Mata Barranco, N. (2023, 2 de enero). *La reforma de la malversación: ¿para qué?* Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/la-reforma-de-la-malversacion-para-que>
- Fernández Ajenjo, J. A. (2010). *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado* [tesis doctoral]. Universidad de Salamanca. <http://hdl.handle.net/10366/76434>
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2023). *Decreto de la fiscalía general del Estado de 25 de enero de 2023*. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/0/Decreto+FGE+LO+14-2022+Malversacio%CC%81n.pdf/77ce4c9c-7cde-48d9-481d-b27624c8accf?t=1674646759097>
- García Arroyo, C. (2022). Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (24), artículo 12. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/24/recpc24-12.pdf>

<sup>37</sup> Siendo, además, los primeros interesados en que se valore su trabajo y su profesionalidad, como corresponde y se defiende desde estas páginas.

- García Rodríguez-Marín, A. (2022). La futura ley de protección de denunciantes: una oportunidad para luchar contra la corrupción en España. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, (23), 1-12. <https://doi.org/10.47919/fmga.cm22.0109>
- Gómez Rivero, C. (2016). El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18), artículo 6. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-06.pdf>
- Gudín Rodríguez-Magariños, A. E. (2023, 3 de febrero). Comentarios al Auto del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2023 por el que se ratifica la declaración de rebeldía de los encausados por el “procés”. *Diario La Ley*, (10221).
- Herrero, C. (2021). Evaluación de políticas públicas: no perdamos el momento. *Revista española de control externo*, (68), 38-47.
- Jareño Leal, A. (2018). El poder punitivo del estado en materia de buen gobierno: tipicidad penal y administrativa. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20), artículo 17. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-17.pdf>
- Junceda Moreno, J. (2018). Programas de cumplimiento y sector público. Especial mención a las empresas y entes públicos. *Revista Presupuesto y Gasto Público*, (91), 169-178.
- Ríos, L. D. (2022, 15 de julio). Conceptos, preguntas y tesis sobre el delito de financiamiento ilícito de los partidos políticos. *Diario La Ley*, (10111), 1-37.
- Roca de Agapito, L. (2023, 16 de febrero). Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado. *Diario La Ley*, (10230), 1-26.
- Rodríguez Fernández, I. (2021, 1 de diciembre). La malversación como administración desleal de patrimonio público: nuevas perspectivas jurisprudenciales en la lucha contra la corrupción (con especial atención al Caso del Procés). *Diario La Ley*, (9963).
- Rosso Pérez, M. E. (2022, 12 de julio). La malversación de caudales públicos. *Diario La Ley*, (10108).
- Santana, D. (2020). Consideraciones críticas sobre la responsabilidad penal de los partidos políticos como instrumento de lucha contra la corrupción. *Política Criminal*, (29), 76-110. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/s0718-33992020000100076>
- Sanz Mulas, N. (2017). Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19), artículo 5. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-05.pdf>
- Valle Mariscal de Gante, M. (2022). La eficacia de las reformas penales contra la corrupción. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, (23), 207-247. <https://doi.org/10.47919/fmga.cm22.0110>
- Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (2018). Concusión y corrupción: su delimitación en el Derecho penal español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20), artículo 16. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-16.pdf>
- Zárate Conde, A. (2023). El delito de malversación a la luz de la reforma operada por la LO 14/2022, de 23 de diciembre. *La Ley Penal*, (160).



Documentación Administrativa, número 10, junio de 2023  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 21-03-2023  
Modificado: 06-06-2023  
Aceptado: 09-06-2023  
Publicado: 26-06-2023  
ISSN: 1989-8983 – DOI: <https://doi.org/10.24965/da.11205>  
Páginas: 73-87



Referencia: Mendilibar Navarro, P. (2023). Redefinición de las competencias de los empleados y empleadas públicas ante el uso de la Inteligencia Artificial por la Administración Pública. *Documentación Administrativa*, 10, 73-87. <https://doi.org/10.24965/da.11205>

## Redefinición de las competencias de los empleados y empleadas públicas ante el uso de la Inteligencia Artificial por la Administración Pública

### *Redefining the competencies of public employees in the face of the use of Artificial Intelligence by the Public Administration*

Mendilibar Navarro, Patricia

Universidad CEU Cardenal Herrera (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-4672-8254>

[patriciamendilibar@gmail.com](mailto:patriciamendilibar@gmail.com)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Patricia Mendilibar es abogada, Doctora en Derecho y profesora asociada de Derecho Administrativo en la Universidad CEU Cardenal Herrera. Estudió el Doble Grado en Derecho y en Periodismo por la Universidad CEU Cardenal Herrera. Cuenta con experiencia en asesoramiento a entidades públicas y privadas en diversas materias de Derecho Público: licencias, responsabilidad patrimonial, minería, contratación pública, etc.

#### RESUMEN

En los próximos años, la Administración Pública comenzará a utilizar la inteligencia artificial (en adelante, «IA») en los procedimientos administrativos y en la gestión burocrática. La IA redundará en una mejora de la eficacia y eficiencia de la Administración Pública. Se trata de una oportunidad para acometer una verdadera transformación digital en el sector público, en la que necesariamente hay que tener presentes las desventajas que la IA conlleva. Por ello, el uso de la IA por parte de la Administración Pública obliga a redefinir las competencias de los empleados y empleadas públicos.

Por ello, en primer lugar, es necesario establecer qué es la IA y qué usos puede hacer la Administración Pública de la misma. Además, resulta necesario examinar el estado legal de la cuestión, es decir, si ya existen normas que obliguen a la adopción de decisiones mediante IA o algoritmos.

En segundo lugar, es necesario redefinir cómo van a ser las competencias de los empleados y empleadas públicos en este nuevo escenario, habida cuenta de que no solo van a tener que manejar nuevas tecnologías sino que, además, se van a reservar todas aquellas competencias que la máquina no sea capaz de realizar. A todo ello hay que sumar las habilidades de *upskilling* y *reskilling*, que implican la capacidad de aprendizaje continuo, imprescindibles para adaptarse a las nuevas circunstancias.

#### PALABRAS CLAVE

Inteligencia artificial; empleo público; competencias; Administración Pública.

#### ABSTRACT

In the coming years, the Public Administration will begin to use artificial intelligence (hereinafter referred to as «AI») in administrative procedures and bureaucratic management. AI will result in an improvement in the effectiveness and efficiency of the Public Administration. It represents an opportunity to undertake a true digital transformation in the public sector, in which the disadvantages of AI must necessarily be taken into account. Therefore, the use of AI by the Public Administration requires redefining the competencies of public employees.

Firstly, it is necessary to establish what AI is and what uses the Public Administration can make of it. Additionally, it is necessary to examine the legal status of the issue, that is, whether there are already regulations that require decision-making through AI or algorithms.

Secondly, it is necessary to redefine the competencies of public employees in this new scenario, considering that they will not only have to handle new technologies but also reserve all those competencies that machines are unable to perform. In addition to that, upskilling and reskilling skills need to be taken into account, which involve the capacity for continuous learning, essential to adapt to new circumstances.

## KEYWORDS

Artificial intelligence; public employment; competences; Public Administration.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LAS FUNCIONES DE LA IA Y LOS ALGORITMOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 2. LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA ADMINISTRACIÓN: ESTADO LEGAL DE LA CUESTIÓN. 3. LAS NUEVAS COMPETENCIAS DE LOS EMPLEADOS Y EMPLEADAS PÚBLICOS A LA LUZ DE LA IA. 3.1. INTRODUCCIÓN: EL PAPEL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ESCENARIOS DE CAMBIO. 3.2. LAS COMPETENCIAS DIGITALES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. 3.3. LA ADQUISICIÓN DE COMPETENCIAS NO DIGITALES. 3.4. EL UPSKILLING Y EL RESKILLING, COMO DENOMINADORES COMUNES A LA ADQUISICIÓN DE NUEVAS COMPETENCIAS. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN

Las Administraciones Públicas españolas se han caracterizado, tradicionalmente, por la escasa inversión en tecnología, por la excesiva burocratización de sus procesos y por la falta de motivación de los empleados y empleadas públicos respecto al uso de nuevas tecnologías para la prestación de servicios públicos y la adopción de decisiones.

Por un lado, la inteligencia artificial («IA») y tecnologías afines pueden contribuir a una mejora en la eficacia y eficiencia de la Administración pública. De hecho, pueden paliar las ineficacias que normalmente se le atribuyen a la Administración: la lentitud de sus procesos, la falta de resolución de los procedimientos administrativos, la excesiva burocracia, etc.

Por otro lado, la implantación de estos sistemas pasa necesariamente por la colaboración de los empleados y empleadas públicos y la redefinición de sus competencias, ya que se van a enfrentar a nuevos escenarios y procesos que, hasta ahora, son desconocidos para ellos en su ámbito profesional. De ellos depende, en última instancia, el éxito de la implantación de la IA en la Administración.

No obstante, para una adecuada implementación de la IA, se requiere que la Administración adopte una estrategia proactiva, aprovechando la potencialidad de esta tecnología, pero de forma reflexiva y planificada para incrementar sus capacidades en la toma de decisiones y prestar un mejor servicio público. La Administración debería liderar este proceso, y no adoptar un papel pasivo en el uso de la IA, en el que meramente reaccione a los usos privados de la IA.

Por ello, el presente estudio tiene dos bloques: la IA y la función pública. En los dos primeros apartados, se analiza qué tipos de algoritmos se pueden emplear en la Administración Pública y la evolución legislativa en España en esta materia. Esta revisión es necesaria de cara a establecer las nuevas circunstancias que van a dar lugar a la redefinición de las competencias de la función pública.

En los dos últimos apartados, se estudia cuál es el papel de los empleados y empleadas públicos en escenarios de cambio, así como las competencias que van a ser exigibles –y necesarias– en los próximos años, a la luz de la implantación de la IA en el seno de la Administración Pública.

## 1. LAS FUNCIONES DE LA IA Y LOS ALGORITMOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En los últimos años, la tecnología ha producido cambios exponenciales en todas las organizaciones, tanto públicas como privadas. Aunque el sector privado siempre ha sido pionero en esta materia, la Administración se ha visto obligada a aprobar nuevas normas y estrategias que le permitan aprovechar el potencial de la tec-

nología. Por lo que respecta al objeto del presente estudio, la IA ha pasado de ser una cuestión casi utópica y eminentemente técnica a convertirse en una realidad jurídico-económica de creciente importancia en la actualidad; particularmente, como herramienta para adoptar decisiones en el seno de la Administración Pública.

A nivel jurídico, no existe una definición de IA clara. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 21 de abril de 2021, define el sistema de IA como:

«El *software* que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa.»

No obstante, se trata de una definición amplia, que no permite hacerse una idea de la amplitud ni del objeto de los sistemas de IA ni se refiere a tecnologías concretas. De hecho, hasta el momento, no se ha dictado ninguna norma capaz de definir y conceptualizar la IA de una manera precisa.

Para comprender cómo funciona la IA, conviene tener en cuenta que la IA precisa de dos elementos: algoritmos y datos.

1. El algoritmo realiza una serie de cálculos a partir de cantidades ingentes de datos. El algoritmo también realiza una jerarquía de la información, adivina lo que interesa a los usuarios y puede llegar a sustituir a los humanos en determinadas tareas (Cardon, 2018).
2. Los datos, por su parte, permiten encontrar correlaciones entre ellos. De hecho, se pueden encontrar correlaciones entre datos que, en principio, no tienen nada que ver, combinando preguntas, por ejemplo, sobre las decisiones de consumo: ¿afecta el clima a las decisiones de consumo?, ¿influye el embarazo en las decisiones de consumo?, ¿sería posible ofrecer seguros de salud en función de las búsquedas en Google o del análisis de las preferencias alimentarias manifestadas por los usuarios y por sus redes de amigos en espacios sociales de internet? Al descubrir estas correlaciones, se pueden realizar predicciones de comportamiento, puede servir para apoyar en la toma de decisiones, para conocer mejor al cliente y al mercado, personalizar los productos y servicios, mejorar y agilizar la toma de decisiones, etc. (Huergo Lora y Díaz González, 2020).

Por tanto, ambos elementos serán primordiales en la Administración Pública para adoptar decisiones basadas en IA.

En el seno de la Administración Pública, la IA tiene un enorme potencial, por ejemplo, para recaudar impuestos a través de *blockchain*, para realizar auditorías o actividades de intervención o llevar el censo periódico de población mediante la utilización de *big data* (Ramió, 2019, p. 65).

El potencial uso de la IA alcanza a múltiples ámbitos de la actividad administrativa. En Reino Unido se emplea para la protección de infraestructuras críticas; en Dinamarca se almacena el ciclo de vida en los automóviles; o en países como Ucrania, Corea del Sur o Estados Unidos se permite el voto electrónico de manera alternativa al voto tradicional (Arenilla, 2021).

Entre todos los países, Estonia destaca por ser el paradigma de la utilización de la IA en el sector público (Ramió, 2019, p. 135). Entre otras, Estonia ha implementado identidades digitales protegidas para sus ciudadanos, que les permite firmar y encriptar documentos, así como acceder a determinados servicios gubernamentales. Además, el Gobierno de Estonia emplea una arquitectura descentralizada (red de pares X-Road) para evitar que se realicen robos masivos de datos, y los ciudadanos tienen el derecho a dar su consentimiento digital para que una base de datos extraiga información de otra. Finalmente, y como ejemplo de los avances de este Estado, destaca la creación de la primera embajada de datos en Luxemburgo, un almacén de datos que permite guardar una copia de seguridad de todos los datos de Estonia y que permitiría luchar contra un eventual ataque de piratería informática contra este país (Ramió, 2019, p. 135).

Aterrizando en los potenciales usos de la IA en el sector público, conviene analizar el tipo de funciones que puede realizar la IA en el mismo, en particular, qué tipos algorítmicos pueden existir en la Administración y qué objetivos se persiguen en cada caso (Huergo Lora y Díaz González, 2020):

1. En primer lugar, existen algoritmos que se limitan a traducir la norma en un programa informático. Son programas sencillos. De hecho, recordemos que una calculadora permite realizar cálculos algorítmicos. En el caso de funciones públicas, por ejemplo, estaríamos en esta situación cuando

la Administración utilizara una aplicación para tramitar la concesión de permisos del personal funcionario y laboral a su servicio. Esta aplicación recibiría las solicitudes, se dirigiría a los órganos competentes para concederlas y archivaría su aprobación. Esta aplicación solo aceptaría las solicitudes que encajaran en los supuestos legalmente previstos. Si esta decisión fuera recurrida, solo sería necesario verificar si el acto se ajusta al ordenamiento. En este tipo de decisiones, sería relativamente fácil aplicar la norma «con lápiz y papel», como apunta Huergo Lora y Díaz González (2020). Este tipo de sistemas se utilizan en las potestades administrativas regladas. Un ejemplo de esto sería el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo. El artículo 21 de esta norma incorpora un algoritmo para calcular la edificabilidad media del ámbito espacial homogéneo. Se trata de algoritmos incorporados en normas jurídicas, que cumplen las funciones de este tipo de algoritmos:

**FIGURA 1. ARTÍCULO 21 DEL REAL DECRETO 1492/2011, DE 24 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE VALORACIONES DE LA LEY DE SUELO**

**Artículo 21. Edificabilidad media del ámbito espacial homogéneo.**

A los efectos de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo anterior, para determinar la edificabilidad media del ámbito espacial homogéneo se aplicará la siguiente expresión:

$$EM = \frac{\sum E_i \cdot S_i \cdot VRS_i}{VRS_r \cdot (SA - SD)}$$

Siendo:

EM = Edificabilidad media del ámbito espacial homogéneo, en metros cuadrados edificables por metro cuadrado de suelo.

$E_i$  = Edificabilidad asignada a cada parcela  $i$ , integrada en el ámbito espacial homogéneo, en metros cuadrados edificables por metro cuadrado de suelo.

$S_i$  = Superficie de suelo de cada parcela  $i$ , en metros cuadrados.

$VRS_i$  = Valor de repercusión del suelo correspondiente al uso asignado a cada parcela  $i$ , en euros por metro cuadrado de edificación.

$VRS_r$  = Valor de repercusión del suelo correspondiente al uso de referencia adoptado por la legislación urbanística para la comparación con el resto de usos, en euros por metro cuadrado de edificación.

SA = Superficie de suelo del ámbito espacial homogéneo, en metros cuadrados.

SD = Superficie de suelo dotacional público existente en el ámbito espacial homogéneo ya afectado a su destino, en metros cuadrados.

Fuente: Boletín Oficial del Estado.

- Una segunda categoría se refiere a aquellos algoritmos en los que, aunque el algoritmo no añade ningún elemento adicional al previsto en la norma, no es posible saber cómo se habría aplicado la norma sin la aplicación informática. Estaríamos ante sorteos o procedimientos complejos de asignación de recursos escasos (como concursos de traslados o la asignación de las plazas de Médicos Internos Residentes, un asunto candente en los últimos tiempos). Esta categoría se asemeja a la anterior en que se basa en el ejercicio de potestades regladas, pero mientras en el anterior estamos ante actuaciones aisladas, en éste, estamos ante actuaciones encadenadas, de manera que la decisión de una influye en la decisión siguiente. Como ponen de manifiesto Huergo Lora y Díaz González (2020), en el caso de la asignación de plazas, la asignación de la primera afecta a las plazas disponibles siguientes. En consecuencia, no resulta tan sencillo determinar cuál habría sido la resolución del procedimiento sin la intervención algorítmica. Si la decisión se recurre, será necesario verificar cómo ha funcionado el algoritmo, para contrastar su decisión con el tipo normativo.

3. Existe un tercer tipo, los algoritmos predictivos, que afectan al contenido de la resolución administrativa porque proporcionan criterios para dictar actos administrativos: por ejemplo, para decidir zonas de patrullaje, a quién se inspecciona, a quién se le aplica la medida de prisión preventiva, quién tiene mayor probabilidad de cometer un delito, etc. Son actos que no son completamente reglados porque si lo fueran, su contenido se derivaría directamente de la norma. Las predicciones algorítmicas condicionan a la Administración para que actúe en un sentido u otro. Cuando las predicciones algorítmicas se traducen en actos administrativos resolutorios –que ponen fin a un procedimiento administrativo–, estaríamos ante actos discrecionales. Sin embargo, lo más común y frecuente es que las predicciones algorítmicas se inserten en el procedimiento como actos de trámite. Según Huergo Lora (2022), equivaldrían a los informes técnicos que se emiten en el seno del procedimiento y, en base a ellos, se adopta un determinado acto administrativo.

En definitiva, los algoritmos permiten adoptar decisiones de distinta índole en el seno de la Administración y tienen diferentes funciones, algunas más complejas que otras.

No obstante, se debe alertar en este punto de las desventajas que presenta el uso de la IA en el sector público. Los humanos tenemos tendencia a confiar en la imparcialidad de las decisiones algorítmicas. Sin embargo, esta cuestión no está del todo clara, ya que se debe tener en cuenta que los algoritmos pueden contener sesgos y dar lugar a discriminaciones. Esta característica, sumada a la opacidad del algoritmo, supone que en muchas ocasiones las discriminaciones son imperceptibles y son difícilmente detectables. Éstas pueden venir dadas por los datos, por el entrenamiento del algoritmo e, incluso, por la interacción con el entorno, dado el autoaprendizaje del algoritmo.

A las discriminaciones algorítmicas, se suma la problemática de la ética pública en la robótica, ya que existe una preocupación creciente sobre la protección de la privacidad de la ciudadanía, la protección de los datos y metadatos públicos para que éstos no puedan ser utilizados por actos privados, así como el derecho de la supresión de la información de aquellas personas que no quieran ser objeto de decisiones algorítmicas (Ramió, 2019, p. 21).

Otras de las preocupaciones éticas se encuentran vinculadas al efecto de las cajas negras de los algoritmos, explicadas anteriormente, así como la seguridad de las comunicaciones o la polarización de las decisiones (Criado, 2021). Las cajas negras, igualmente, pueden redundar en una falta de transparencia, ya que resulta difícil motivar los actos administrativos si no se tiene acceso al razonamiento seguido por el algoritmo para adoptar una decisión. Por ello, algunos autores como Boix-Palop (2020) defienden que los algoritmos son reglamentos y que, al participar de la naturaleza reglamentaria, deberían publicarse de la misma manera que lo hacen este tipo de normas, además de quedar sujetos a todas las garantías propias de los reglamentos.

Por ello, en el ámbito público se propone la adopción de una serie de cautelas que contribuyan a minimizar los efectos negativos de los algoritmos, como la realización de auditorías algorítmicas, la supervisión humana, la existencia de técnicos especializados en materia de IA y el control *ex ante* y *ex post* de los actos basados en IA.

Finalmente, existe un elemento extrínseco a la propia tecnología que puede dificultar el éxito de la implementación de la IA, ya que es probable que los empleados y empleadas públicos se muestren resistentes a la introducción de la IA y a la convivencia con la robótica. Para paliar estas resistencias, se debe realizar un cambio cultural profundo, en el que se alineen los valores de la Administración con los de los empleados públicos. Este cambio de cultura va a ser indispensable para que no haya una brecha entre la dirección y los empleados públicos. El cambio cultural pasa necesariamente por modificar los principios y valores de la Administración. Sin embargo, tal y como alerta Arenilla (2021), el hecho de que la Administración Pública española se enfrente a un proceso de renovación de la plantilla por jubilación «abre una gran oportunidad para transformar los puestos y las tareas al hilo de las nuevas competencias requeridas por el cambio de paradigma y la digitalización».

## 2. LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA ADMINISTRACIÓN: ESTADO LEGAL DE LA CUESTIÓN

En cuanto al estado legal de la cuestión, se parte de la inexistencia de normas que regulen la obligatoriedad de utilización de la IA para la adopción de decisiones. Por ello, la aplicación de la IA en la Administración Pública no está siendo homogénea. En la actualidad, existen ámbitos en los que la IA se está

aplicando de forma acelerada, como el ámbito tributario; pero existen ámbitos de la Administración que, por el momento, son impenetrables.

La situación actual es que, a pesar de que la Administración española debe digitalizarse como consecuencia de la adaptación a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“Ley 39/2015”) y a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (“Ley 40/2015”), esta modernización se ha convertido en una introducción de medios tecnológicos más que en una verdadera transformación digital que incluya herramientas como la IA.

Respecto a las previsiones legales en esta materia, el artículo 18.4 de la Constitución Española establece que la Ley debe limitar el uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Es decir, los poderes públicos deben limitar los desarrollos de la IA y el resto de tecnologías que puedan afectar a la esfera jurídica de los ciudadanos.

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (la “Ley 11/2007”), fue la primera norma en España que estableció unos plazos para la implantación de la Administración electrónica. Esta Ley previó la creación de registros electrónicos, expedientes electrónicos de documentos o registros de empleados públicos habilitados, con efectos a partir de 31 de diciembre de 2009 y con carácter obligatorio para la Administración del Estado.

Sin embargo, su efectividad se limitó a algunos departamentos de la Administración General del Estado como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o la Seguridad Social, entre algunas otras excepciones. A pesar de que la Disposición Final Tercera establecía el día 31 de diciembre de 2009 como la fecha en la que «los derechos reconocidos en el artículo 6 podrán ser ejercidos», la Administración General del Estado no pudo cumplir con esta obligación legal, más allá de los departamentos en los que la Administración electrónica ya estaba establecida previamente (Martínez Gutiérrez, 2020).

En el caso de la Administración autonómica y local, la situación fue todavía más grave. Aunque el régimen era el mismo, la ley dejaba la puerta abierta a los incumplimientos por parte de estas entidades, ya que la adaptación electrónica se condicionaba a que «lo permitan sus disponibilidades presupuestarias». Es decir, las Comunidades Autónomas y entidades locales podían eludir el cumplimiento del artículo 6, siempre que lo justificaran y motivaran de forma adecuada. Sin embargo, la realidad fue que estas Administraciones eludieron el cumplimiento de esta obligación sin ningún tipo de motivación (Martínez Gutiérrez, 2020). A día de hoy, muchas de las previsiones de la Ley 11/2007 todavía no han sido cumplidas.

Teniendo en cuenta el incumplimiento generalizado de la Ley 11/2007, en 2011 se aprobó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (la “Ley 2/2011”), que pretendía paliar esta situación. Esta Ley exigió a las Comunidades Autónomas y entidades locales que no hubieran cumplido la obligatoriedad de garantizar los derechos del artículo 6 de la Ley 11/2007 que hicieran públicos «todos los programas y calendarios de trabajo precisos para ello, atendiendo a las respectivas previsiones presupuestarias, con mención particularizada de las fases en las que los diversos derechos serán exigibles por los ciudadanos».

Esta previsión también fracasó porque solo sirvió para que muchas de estas entidades dedicaran fondos del denominado Plan E –un Plan que incluía determinadas partidas para cuestiones de Administración Electrónica– a contratar a empresas de consultoría que diseñaban programas y calendarios de implantación. Estos calendarios servían exclusivamente para acreditar un cumplimiento formal de la Ley 11/2007. En la mayor parte de las ocasiones, estos calendarios eran copias de una Administración a otra (Martínez Gutiérrez, 2020).

Finalmente, las Leyes 39/2015 y 40/2015 supusieron un pequeño impulso para la implantación de la Administración Electrónica, ya que consagraron las garantías, obligaciones y previsiones del régimen anterior de la Administración electrónica. Estas Leyes establecen la tramitación electrónica como regla general. Además, implementan diferentes instrumentos que permiten el desarrollo de procedimientos electrónicos: registros, sede, notificación o firma electrónica, entre otros.

Las previsiones más relevantes de Administración electrónica –registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico y archivo único electrónico– entrarían en vigor el 2 de octubre de 2018, dos años después de su publicación en el BOE.

Sin embargo, este plazo también fue insuficiente, debido principalmente a la falta de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, además de la falta de interoperabilidad entre ellas. Esto retrasó la implantación de la Administración Electrónica y, consiguientemente, la interoperabilidad entre las diferentes Administraciones y territorios. Cada Comunidad Autónoma cuenta con distintos sistemas informáticos, a pesar de que la interoperabilidad supone importantes ventajas para la Administración y los ciudadanos (Loriente e Ibáñez, 2020).

En 2018, se aprobó el Real Decreto ley 11/2018, de 31 de agosto, que otorgó una nueva prórroga de dos años, hasta octubre de 2020, para el cumplimiento de las obligaciones mencionadas, si bien a fecha de esta investigación, ha quedado acreditado que tampoco era suficiente.

En agosto de 2020, el Gobierno introdujo una nueva prórroga, hasta el 2 de abril de 2021, aprovechando la promulgación del Real Decreto-Ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, se incluyó, entre otras, en una disposición final la nueva prórroga hasta el 2 de abril de 2021.

La llegada de este plazo ha venido acompañada de la aprobación del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (el "Real Decreto 203/2021"), que consta de un artículo único y dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales.

El Real Decreto 203/2021 establece los principios generales que debe respetar el sector público en sus relaciones electrónicas, entre los que destacan la neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las tecnologías y sistemas de comunicaciones electrónicas para garantizar tanto la independencia en la elección de las alternativas tecnológicas como la libertad para desarrollar e implantar los avances tecnológicos en un ámbito de libre mercado. Por otra parte, incluye la accesibilidad, facilidad de uso, interoperabilidad y proporcionalidad en la seguridad.

Sin entrar en los pormenores de la norma, dado que excede del objeto de este estudio, interesa destacar las críticas principales que ha recibido el Real Decreto 203/2021:

1. Por un lado, se trata de una norma excesivamente conservadora, ya que «se ha embadurnado de prudencia y conservadurismo administrativo para encadenarse al marco normativo dibujado por las leyes aprobadas en 2015» (Bustos Pretel, 2021). De hecho, utiliza expresiones como «en su caso» (45 veces), «sin perjuicio» (16 veces), «podrá» o «podrán» (80 veces) (Chaves García, 2021).
2. Además, la norma no menciona ninguna de las herramientas que permitirán la consecución de la auténtica transformación digital. La norma no menciona ni el *big data*, ni a la IA, la robótica o el *blockchain*, a pesar de que resulta innegable de que estas herramientas necesitan un marco regulatorio claro. Este hecho evidencia que el Real Decreto 203/2021 no está alineado con la Agenda España Digital 2025, ya que ésta última sí que favorece la implementación de las tecnologías mencionadas.
3. Por lo que respecta a los objetivos del Real Decreto (mejora de la eficiencia, incrementar la transparencia, garantizar servicios digitales y mejorar la seguridad jurídica), Campos critica que las herramientas con las que cuenta el Reglamento son a todas luces insuficientes y, por lo tanto «más allá de la seguridad jurídica que ofrece el dejar de manejar varios textos legales buscando su coherencia, no parece que los tres primeros se vayan a alcanzar solo con este reglamento» (Campos Acuña, 2021b).
4. Por otra parte, el Reglamento ha perdido la oportunidad de profundizar en algunos aspectos que han sido reclamados continuamente por los ciudadanos y los profesionales. Por ejemplo, el Reglamento no ha desarrollado el concepto de actuación administrativa automatizada prevista en el artículo 41 de la Ley 40/2015 que tantos quebraderos ha ocasionado a los profesionales jurídicos ni tampoco ha incluido ninguna mención a todas las herramientas utilizadas durante el COVID-19 como las videollamadas o las reuniones virtuales (Campos Acuña, 2021b).

En síntesis, aunque el Real Decreto 203/2021 ha culminado la aprobación de las normas en materia de Administración electrónica. A nuestro juicio, su recorrido y aplicabilidad práctica son escasos desde el punto de vista de la IA, la automatización y el *big data*.

Por tanto, a día de hoy no existe ninguna norma que obligue a la utilización de la IA o de los algoritmos para dictar actos administrativos. Sí que existe la mención a la actividad administrativa automatizada en la Ley 40/2015 en su artículo 41.2, que exige:

«En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.».

En vista de este artículo, se concluye que la actuación administrativa automatizada es aquella actuación realizada íntegramente por medios electrónicos en el marco de un procedimiento y, además, no hay interven-

ción de empleado público. Véase que el precepto es muy amplio porque se refiere a «medios electrónicos» y no a «IA» o a «algoritmos». Por tanto, puede existir actuación administrativa automatizada sin IA y, también, puede emplearse la IA para dictar otro tipo de actos que no se enmarquen en esta previsión –como las previsiones algorítmicas, analizadas en el apartado anterior–.

Además, España ha afirmado su compromiso con el desarrollo de esta tecnología y, de hecho, la Estrategia Nacional es uno de los ejes de la Agenda España Digital 2025 y uno de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía española. La Estrategia tiene como objetivo preparar el tejido productivo español de cara a impulsar su competitividad en el plano europeo e internacional. Se trata, por tanto, de un paso fundamental en la apuesta por la transformación digital de la economía y la sociedad a través del desarrollo de tecnologías disruptivas de alto valor añadido. Los principales objetivos de la Estrategia son los siguientes:

1. Convertir a España en un referente en la transformación hacia una Economía del Dato.
2. Impulsar la Inteligencia Artificial como motor de innovación y crecimiento económico social, inclusivo y sostenible.
3. Preparar a España para las transformaciones socioeconómicas que origina la IA.
4. Fortalecer la competitividad a través de las actividades de I+D en el conjunto de las Tecnologías Habilitadoras Digitales.

La Estrategia no menciona, ni siquiera someramente, el impacto de la IA en el procedimiento administrativo ni en la gestión de los servicios públicos, ni aborda las características que deben tener los algoritmos. Por tanto, habrá que esperar a la articulación de alguna norma que contenga esta previsión, en desarrollo de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial.

Junto a la Estrategia Nacional de IA, el gobierno firmó la Carta de Derechos Digitales en julio de 2021, que tiene los siguientes objetivos:

«Descriptivo de los contextos y escenarios digitales determinantes de conflictos, inesperados a veces, entre los derechos, valores y bienes de siempre, pero que exigen nueva ponderación ...; prospectivo al anticipar futuros escenarios que pueden ya predecirse y asertivo en el sentido de revalidar y legitimar los principios, técnicas y políticas que, desde la cultura misma de los derechos fundamentales, deberían aplicarse en los entornos y espacios digitales presentes y futuros.».

Por tanto, la Carta se limita a reconocer los retos regulatorios a los que se enfrenta el legislador pero ni tiene carácter normativo ni plantea soluciones concretas.

Finalmente, junto a estas normas, conviene tener en cuenta el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que incluye entre sus diez políticas palanca la de lograr una Administración modernizada a través de su digitalización, tanto a nivel transversal como en ámbitos estratégicos, que actúe como tractor de los cambios tecnológicos.

En definitiva, revisión normativa revisada evidencia que ninguna norma, todavía, obliga a adoptar decisiones administrativas mediante algoritmos ni IA. Sin embargo, sí que están aprobando normas de *soft law* y Estrategias que van encaminadas en esa dirección. La única figura jurídica en la que se podrían amparar las decisiones basadas en IA son las decisiones administrativas automatizadas, reguladas en la Ley 40/2015. Sin embargo, no toda decisión basada en IA constituirá una decisión administrativa automatizada y, por otro lado, no toda decisión administrativa automatizada requiere de la intervención de la IA.

A pesar de que la regulación en esta materia es insuficiente, se parte de la necesidad de que la función pública adopte un papel proactivo en la implementación de estas tecnologías, para garantizar el éxito de la transformación digital de la Administración. De hecho, los empleados y empleadas públicos deberían de estar ya preparados para este momento porque, en algunos casos, ya se están tramitando procedimientos con IA y algoritmos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cotino Hueso (2021) ha criticado, en este sentido, que no exista un mapeo de usos de la IA en el sector público. De hecho, existen normas que entorpecen esta publicidad. A nivel general, los sistemas utilizados en fases previas o preparatorias se encuentran sometidas al régimen de la «información y actuaciones previas» del expediente (artículo 55 de la Ley 39/2015), que no se incluyen ni en el derecho de acceso al expediente del interesado (artículo 53 de la Ley 39/2015) ni en la legislación de transparencia.



### 3. LAS NUEVAS COMPETENCIAS DE LOS EMPLEADOS Y EMPLEADAS PÚBLICOS A LA LUZ DE LA IA

#### 3.1. Introducción: el papel de la Función Pública en escenarios de cambio

En escenarios de cambio, la función pública se ha visto obligada a adaptarse a las nuevas circunstancias y desarrollar las habilidades que le han sido requeridas. De hecho, el ejemplo más palpable fue el del COVID-19, uno de los eventos más transformadores de los últimos tiempos sobre los que es necesario realizar una reflexión, aunque sea somera. La irrupción de la pandemia demostró que, frente a los recortes y ERTES del sector privado, la función pública era más necesaria que nunca, por lo que fue incluso necesario incrementar algunas áreas (Sánchez Morón, 2021).

Tras el COVID-19, la Administración fue consciente de las dificultades para hacer frente a crisis sobrevenidas. En ese momento, cuando el funcionamiento electrónico se impuso a la fuerza, se puso de manifiesto que muchas Administraciones no se habían adaptado ni siquiera a la obligación legal de funcionar electrónicamente –impuesto por las Leyes 39/2015 y 40/2015–.

Por ello, Dapena (2020) señala algunas lecciones en materia de innovación y gestión pública, que deben ser tenidas en cuenta en la redefinición de las competencias de la función pública:

1. El papel preponderante que juegan las Administraciones Públicas ante las crisis: según Dapena (2020), el sector público debería ser «ese refugio sólido y seguro, que nos proteja ante el frío invierno». La crisis ha demostrado la necesidad de unas instituciones robustas, así como de empleados públicos profesionales que sirvan íntegramente al interés general.
2. La necesidad de contar con una dirección pública sólida y con equipos humanos de alto rendimiento: el COVID-19 se enmarca en el concepto de «Mundo Bani» (bittle, anxious, nonlinear, incomprehensible que, en español, se corresponden con los términos frágil, ansiedad, no lineal e incomprensible) (Cascio, 2020). Así, la insuficiencia de las Administraciones Públicas ha demostrado la necesidad de contar con una dirección pública sólida y cualificada, así como con equipos que dispongan de la correspondiente formación directiva, gestión intelectual y emocional de situaciones críticas.
3. La necesidad de digitalización: la digitalización es el instrumento que permite el funcionamiento del sector público de forma remota a tiempo real, como hemos visto anteriormente. De hecho, el COVID-19 fue un punto de inflexión en la adquisición de competencias digitales del personal al servicio del sector público. Además, hasta los sectores más resistentes a la tecnología se vieron obligados a emplearla.
4. Entornos de trabajo colaborativos y trabajo en remoto: el confinamiento declarado el 14 de marzo de 2021 por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 dio lugar a la reorganización del trabajo en el sector privado y en las Administraciones Públicas. Los entornos de trabajo virtual se distinguen del mero «teletrabajo» en que los primeros favorecen el adecuado funcionamiento del sector público durante las 24 horas del día, con una disponibilidad permanente. Si bien este entorno fue útil para gestionar la pandemia derivada del COVID-19, se podría emplear para otras situaciones críticas en las que se requiera el apoyo público en momentos puntuales, fuera del horario de trabajo.
5. La importancia de la colaboración público-privada: dado que el sector público no cuenta con los medios suficientes para hacer frente a situaciones como la generada por el COVID-19, es necesario contar con el sector privado y crear sinergias con el mismo, para lograr los objetivos de digitalización.

En definitiva, el COVID-19 ha sido un punto de inflexión en esta materia y, probablemente, un pequeño impulso a la digitalización, la automatización y la IA en el sector público. Es probable que los Gobiernos hayan tomado conciencia de la trascendencia de implementar la tecnología y de las grandes oportunidades que se abren si se posicionan al frente del cambio.

La lección del COVID-19, aplicada a la IA, supone la necesidad de capacitar a los empleados y empleadas públicas para que adopten un papel proactivo en la implementación de la IA.

En la actualidad, deberíamos asumir que los robots y las personas vamos a compartir los espacios de trabajo. Para que esta convivencia en el sector público sea pacífica, los empleados y empleadas públicas deben tener presente que, en primer lugar, la tecnología les va a liberar de todas aquellas tareas más tediosas y repetitivas. Por ello, deberán asumir unas tareas nuevas o diferentes (Ramió, 2019).

Además, a nuestro juicio, a corto y medio plazo los robots no van a sustituir a los humanos. Los algoritmos empleados en la actualidad por la Administración Pública forman parte de la denominada IA débil y sirven para tareas concretas. Sin embargo, a largo plazo, no sería descartable que adquieran un autoaprendizaje profundo y puedan llegar a realizar tareas eminentemente humanas.

Este proceso requiere una reflexión sobre las tareas futuras de los empleados públicos humanos. Para ello, además de determinar las competencias que deben tener, como se analiza en este artículo, también se debería replantear el sistema de oposiciones actual, que debería estar centrado en la evaluación de competencias relacionadas con el valor añadido que la función pública deberá aportar en sus tareas rutinarias. Igualmente, las ofertas de empleo público deberían suprimir aquellos puestos de trabajo que previsiblemente vayan a quedar obsoletos, como los administrativos o auxiliares administrativos. De hecho, este cambio debería producirse ya en la universidad (Reis, Espírito y Melao, 2019), ya que se debe reenfocar el currículum universitario para preparar a los futuros trabajadores para las exigencias del sector público (y privado) del siglo XXI.

En este siglo, los empleados y empleadas públicos deberían estar centrados en lo que Criado y Gil-García (2019) denominan creación de «valor público». Ahora bien, ¿cómo crear valor público utilizando tecnologías y estrategias inteligentes? En primer lugar, los datos gubernamentales se están convirtiendo en uno de los activos principales para crear valor público basado en la innovación tecnológica. Los empleados y empleadas públicos deben aprender a manejarlos para la toma de decisiones, respetando la transparencia y el acceso a la información pública. Además, las tecnologías inteligentes pueden contribuir a mejorar la prestación de servicios públicos, mediante la personalización, el incremento de la eficacia y el mejor conocimiento de la sociedad gracias a los algoritmos.

Por este motivo, la misión de la Administración es la de examinar aquellas áreas que presentan más déficits, como por ejemplo la planificación o la innovación y centrarse en los nuevos perfiles profesionales que requiere la Administración en la actualidad, como analistas o gestores de gobernanza (Ramió, 2019).

El término gestores de gobernanza define el papel que van a desempeñar los empleados y empleadas públicos en el futuro, ya que éstos no son solos ejecutores «pasivos» de la dirección política, sino que van a desempeñar un papel preponderante en el desarrollo de la IA, mediante el uso óptimo de esta tecnología y siendo el vehículo entre la política y la ciudadanía (Madan y Ashok, 2023).

De cara al futuro, y tras los aprendizajes de la pandemia, deben tenerse en cuenta las capacidades que deben adquirir los empleados y empleadas públicos, que serán necesarios también en la reconstrucción de economías y sociedades, a saber:

1. Las competencias digitales;
2. Las competencias intelectuales; y
3. Las competencias de *upskilling* y *reskilling*,

Cada una de ellas se analiza en los siguientes apartados.

### 3.2. Las competencias digitales de los empleados públicos

El primer elemento que debe tenerse en cuenta para la redefinición de las competencias de la función pública es, como es lógico, la adquisición de competencias digitales.

Las competencias digitales no solo implican el manejo de herramientas, sino que suponen el desarrollo de competencias y la promoción de cambios organizativos, así como de cultura de trabajo. De hecho, suponen la capacidad de adecuarse a los nuevos contextos de trabajo y necesidades de la Administración.

Por tanto, el punto de partida para la función pública será la adquisición de competencias digitales, que son, según la Recomendación 2006/962/CE sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente, y dice lo siguiente:

«La competencia digital entraña el uso seguro y crítico de las tecnologías de la sociedad de la información (TSI) para el trabajo, el ocio y la comunicación. Se sustenta en las competencias básicas en materia de TIC: el uso de ordenadores para obtener, evaluar, almacenar, producir, presentar e intercambiar información, y comunicarse y participar en redes de colaboración a través de Internet.»

Sin embargo, ni el 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 ni la normativa en materia de función pública han incorporado mención alguna a las competencias digitales en este sentido.

Por otro lado, como instrumento no normativo, se ha aprobado un Plan Nacional de Competencias digitales, que incluye un programa de capacitación digital de las Administraciones Públicas, dentro del cual se debe «un diagnóstico de situación en materia de capacitación digital de los empleados y empleadas públicos» y desarrollar y poner en marcha por parte del Instituto Nacional de la Administración Pública («INAP») un «plan de capacitación digital de las empleadas y empleados en la Administración General del Estado».

El Marco de Competencias Digitales de las empleadas y los empleados públicos, aprobado por el INAP, está estructurado en 6 áreas competenciales y 17 competencias, en cada una de las cuales hay establecidos tres niveles de complejidad.

Las 6 áreas que definen el marco son las siguientes:

- Área 1. Alfabetización digital, información y datos.
- Área 2. Comunicación y colaboración.
- Área 3. Creación de contenidos digitales.
- Área 4. Seguridad.
- Área 5. Resolución de problemas.
- Área 6. Transformación digital e innovación.

Por tanto, en vista de esta clasificación, se concluye que las competencias digitales incluyen no solo la utilización de herramientas tecnológicas, sino que se refieren a su utilización y comprensión efectivas para la adecuada prestación de servicios públicos. Todo ello orientado a la ciudadanía y a la resolución de sus problemas.

En todo caso, tal y como señala Campos Acuña, debe tenerse en cuenta que en las Administraciones Públicas existen múltiples escalas y subescalas y no todos requieren adquirir las mismas competencias digitales o en el mismo nivel. Es decir, no debería exigirse el mismo nivel tecnológico a un Secretario de Ayuntamiento que a un tramitador de solicitudes de subvención.

En cualquier caso, tal y como indica la autora, todos los procesos selectivos deben valorar las posibilidades de cada candidato de utilizar las TIC en el futuro (Campos Acuña, 2021c):

«De ahí que no sólo sea importante la determinación de estas competencias en el proceso de acceso, sino que también será fundamental la adecuada definición de los puestos para determinar el nivel necesario en competencias digitales de forma proporcional a los cometidos a desarrollar, en aplicación del deber recogido en el artículo 54.8 TREBEP se encuentra mantener actualizada su formación y cualificación, con particular importancia de las competencias digitales de los niveles directivos de la Administración.».

En este punto, se proponen las siguientes competencias digitales que deberán adquirir los empleados y empleadas públicos, que se consideran necesarias para adoptar decisiones basadas en IA:

1. Conocimientos generales en materia de informática y de *software* especializado: se deberá conocer, como norma general, cómo funcionan los programas básicos de ordenador, como procesadores de texto, hojas de cálculo, correo electrónico, etc. A ello habría que añadir competencias referidas específicamente al uso de la IA. De hecho, se debería conocer el manejo de software de gestión de proyectos, de datos, etc. Además, se deberían adquirir las competencias necesarias para monitorear constantemente el funcionamiento de los sistemas de IA, para mejorar la calidad y precisión de los resultados y prevenir los sesgos y las discriminaciones.
2. Conocimientos en materia de seguridad informática: la anterior competencia supone ineludiblemente que los empleados y empleadas públicos deben adquirir las competencias necesarias para proteger su información de ciberataques y accesos no autorizados.
3. Competencias en el uso de redes sociales y medios digitales: como consecuencia de la implementación de la IA, los canales de comunicación con la ciudadanía deberían actualizarse (Villodre de Costa, 2020). Por ello, los empleados públicos deberán disponer de conocimientos en materia de tecnología de la información, para comprender los requerimientos de sus áreas de trabajo y adoptar decisiones en función de los recursos disponibles.
4. Competencias en materia de verificación y control de resultados: los empleados y empleadas públicos deberían ejercer la supervisión humana sobre los resultados arrojados por la IA. Las Administraciones tendrán que desarrollar programas personalizados de control tanto a las autoridades que gobiernan las Administraciones como a sus agentes públicos. El control deberá ir dirigido a prevenir los daños

que puede causar la toma de decisiones automatizadas o la utilización de la tecnología de manera que pueda causar daños. Este control debería consistir en un método de la supervisión humana cualificada de cualquier decisión basada en la IA. Se debe introducir necesariamente este elemento de control para que confirme que la decisión tomada por el sistema es correcta y que no limita derechos y libertades de los interesados.

En definitiva, las competencias digitales se refieren a una diversidad de competencias, que incluyen tanto la alfabetización digital, como la seguridad, la creación de contenidos digitales, la transformación digital, etc.

Todo ello para que cada empleado y empleada público, en la medida de las posibilidades de su puesto de trabajo, cumpla con los objetivos fijados y se adapte con flexibilidad a las cambiantes circunstancias de la Administración Pública.

### 3.3. La adquisición de competencias no digitales

La automatización en el sector público va a ser necesaria para cumplir con los principios de eficacia y eficiencia, así como para cumplir con las obligaciones de digitalización impuestas por las Leyes 39/2015, 40/2015 y el Real Decreto 203/2021 –aunque, como se ha expuesto, estas normas adolecen de importantes carencias–; así como en la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial. Es más, el hecho de que se automatizen las tareas rutinarias y repetitivas da lugar a un incremento de la complejidad del puesto de trabajo, ya que el funcionario solo realizará las tareas que son intelectualmente más elevadas –o, en palabras de Gorriti (2021) «cognoscitivamente más exigentes»–.

Desde 1995, la literatura se ha centrado casi exclusivamente en la inteligencia emocional (Goleman, 1995). No obstante, recientemente se han acuñado dos nuevos conceptos que resultan plenamente aplicables en esta materia: la inteligencia contextual y la inteligencia inspirada (Schwab, 2016). La inteligencia contextual se refiere a esa capacidad de prever las nuevas tendencias y adoptar las conclusiones adecuadas. Por ello, resulta crucial que los empleados y empleadas públicas tengan una visión «multisectorial» y trabajen en colaboración con la sociedad civil y el sector privado, para conocer los cambios tecnológicos. Por su lado, la inteligencia inspirada se refiere al cultivo de la creatividad y a elevar a la humanidad a una conciencia colectiva, para entender que la tecnología debe dirigirse hacia el bien común y el interés general (Ramíó, 2019).

Además, junto a la adquisición de competencias digitales, no se puede obviar la necesidad de que los empleados y empleadas públicos adopten también otras competencias que no están estrictamente ligadas a la tecnología, como las siguientes, que propone Campos Acuña: «creatividad, iniciativa, resiliencia y adaptación al cambio, empatía, trabajo en equipo y pensamiento crítico» (Campos Acuña, 2021c).

Estas habilidades son necesarias, a nuestro juicio, por los siguientes motivos:

1. En cuanto a la creatividad, la nueva función pública deberá identificar qué patrones y tendencias pueden ser automatizados con la IA. Además, gracias a la creatividad, se podrán generar soluciones innovadoras en el seno de la Administración.
2. En cuanto al pensamiento crítico, la supervisión humana va a ser uno de los requisitos imprescindibles cuando se implante la IA en el sector público. Los empleados públicos deberían ser capaces de analizar la información generada por la IA y corregirla, en su caso. La IA puede proporcionar información para la toma de decisiones administrativas pero los empleados públicos deben ser capaces de interpretar correctamente los datos y utilizarlos para tomar decisiones informadas y responsables.
3. En cuanto a la ética y la responsabilidad, los empleados y empleadas públicos deben tener afianzado el sentido de la ética y de la responsabilidad, ya que los algoritmos pueden dar lugar a sesgos (Soriano Aranz, 2021), por lo que la función de los empleados públicos es evitar la discriminación y corregir las desviaciones algorítmicas.
4. En cuanto al trabajo en equipo, conviene tener en cuenta que la implementación de la IA requiere que los empleados públicos colaboren estrechamente con los desarrolladores de tecnología –que podrían ser otros empleados públicos o contratistas de la Administración–, por lo que deben tener en cuenta el principio de cooperación que rige en materia administrativa, para lograr sus objetivos comunes.
5. A las anteriores, citadas por Campos Acuña, se considera necesario añadir la de comunicación efectiva, ya que los empleados y empleadas públicos deberán comunicar de manera efectiva los

resultados y las decisiones basadas en la IA, tanto a otras Administraciones, a otros empleados públicos, como a la ciudadanía.

En definitiva, la implementación de la IA requiere que los empleados y empleadas públicos adquieran otras competencias, denominadas habilidades blandas o *soft skills*, que permitirán que la IA se implante de forma exitosa.

Además, estas competencias deberán ser adquiridas tanto por los nuevos empleados públicos, los jóvenes, como por los empleados existentes. Los primeros, los define Ramió Matas (2021) como «una nueva generación con talento y libre de capturas e inercias vinculadas a una cultura conservadora, corporativa y reiterativa conceptualmente». A los segundos se refiere Almonacid como el *talento senior*, que engloba a todas aquellas personas empleadas públicas que asistirán a la adopción de decisiones basadas en IA en la Administración Pública antes de su jubilación. Se considera que este grupo puede ejercer un importante liderazgo en esta materia (Almonacid, 2023).

En resumen, sería un error focalizarse únicamente en la adquisición de competencias digitales, ya que éstas quedan ineludiblemente unidas a las *soft skills*. De éstas depende una adecuada redefinición de las competencias de la función pública. La creatividad, el pensamiento crítico o la ética, entre otras, van a ser fundamentales en la próxima década para garantizar la adecuada adopción de decisiones administrativas mediante algoritmos.

### 3.4. El *upskilling* y el *reskilling*, como denominadores comunes a la adquisición de nuevas competencias

Otro de los factores que contribuirá positivamente a la digitalización y al empleo de IA es la formación continua en el sector público, que se materializa en las capacidades de *upskilling* y *reskilling*.

Tal y como indica Campos Acuña (2021c), la formación de los empleados no solo debe ser tenida en cuenta cuando se ingresa en la Administración Pública, sino que debe ser un proceso continuo a lo largo de toda la carrera administrativa.

A pesar de que el 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, prevé que la formación continua y la actualización permanente forman parte de los derechos individuales de los empleados públicos (artículo 14), este derecho debería ser considerado como una obligación, para la mejor prestación de los servicios públicos.

Los procesos de *upskilling* y *reskilling* de la siguiente forma (Campos Acuña, 2021a): «Los procesos de *upskilling* y de *reskilling* implican, respectivamente, la capacidad de adquirir nuevas competencias para optimizar el desempeño en función de las nuevas necesidades y la capacidad de reciclarse para desempeñar nuevos puestos de trabajo».

El *reskilling*, por tanto, es la capacidad genérica de «aprender a aprender» (Campos Acuña, 2021a) y el *upskilling* persigue mejorar las habilidades y conocimientos de los empleados públicos, para que puedan desempeñar nuevos puestos de trabajo en el seno de la Administración Pública.

A nuestro juicio, es importante evaluar la situación de partida, para conocer las habilidades y conocimientos que se poseen en la actualidad. Con esa información, se pueden implementar programas de formación específicos, que deberían estar enfocados en áreas clave como la digitalización, la IA, la comunicación efectiva, la gestión del cambio, etc. —esto es, referidas a cualquiera de las competencias digitales o no digitales mencionadas anteriormente—.

En cualquier caso, interesa destacar que el aprendizaje continuo implica un cambio de cultura en el seno de la Administración Pública que debería ir acompañado de incentivos para los empleados y empleadas públicos. De hecho, se proponen algunas estrategias como ofrecer los programas de formación en horario de trabajo, proporcionar apoyo y orientación a los empleados que participan en programas de formación continua y, por supuesto, ofrecer oportunidades de crecimiento y desarrollos para aquellas personas que completen los programas de formación ofrecidos. En definitiva, las habilidades expuestas deben ser reevaluadas y reaprendidas constantemente.

## CONCLUSIONES

En primer lugar, la IA va a tener un papel transformador en la redefinición de la función pública. La IA es una tecnología que funciona gracias a la combinación de datos y algoritmos. Los algoritmos van a tener una

función primordial en la adopción de decisiones administrativas. Los algoritmos son conservadores, permiten objetivar decisiones y toman decisiones sobre las correlaciones de datos. En el ámbito de la Administración, existen algoritmos que se limitan a traducir la norma en un programa informático o algoritmos más complejos que emiten predicciones algorítmicas, de manera que la Administración puede adoptar decisiones más informadas.

La IA tiene un gran potencial para paliar los problemas que tradicionalmente caracterizan a la Administración Pública, como la excesiva burocracia, la ineficacia y la falta de respuesta a las solicitudes de los ciudadanos, entre otros problemas. No obstante, la IA también se caracteriza por algunas notas que suponen un problema al uso por parte de la Administración Pública, como los sesgos, la falta de trazabilidad o el autoaprendizaje del algoritmo, que puede dar lugar a resultados discriminatorios e impredecibles por parte de la Administración. A estas circunstancias se suman las resistencias y desconfianzas de los empleados y empleadas públicos, que podrían ver peligrar sus puestos de trabajo o, al menos, las rutinas y formas de trabajar que ya tienen implementadas. Para ello, se necesita no solo un cambio legislativo, sino un cambio cultural profundo.

Por lo que respecta a la situación legal, la implementación de IA se está realizando de forma paulatina en la Administración y, de hecho, ni las Leyes 39/2015 ni 40/2015 se refieren a la utilización de algoritmos para la toma de decisiones administrativas. A los reiterados incumplimientos de digitalizar la Administración, se suma el hecho de que el Real Decreto 203/2021 es una norma excesivamente conservadora, que ha perdido la oportunidad de regular en profundidad la IA, los algoritmos, y las tecnologías afines. La única alusión a la automatización es la actividad administrativa automatizada, que no implica, *per se*, que se vaya a utilizar IA para adoptarla. Por tanto, la regulación a día de hoy es insuficiente e imprecisa. No obstante, esta situación no debe ser óbice para redefinir la función pública de la década 2020-2030, ya que los empleados y empleadas públicos deben actuar de forma proactiva y prepararse para el escenario cambiante que se presenta ante ellos.

De hecho, los empleados y empleadas públicos han demostrado, en escenarios de cambio, que son perfectamente capaces de adaptarse cuando las circunstancias así lo exigen. Prueba de ello es que, durante el COVID-19 tuvieron que adaptarse a la digitalización a la fuerza, a pesar de que muchas Administraciones todavía no estaban funcionando por medios electrónicos.

En este campo, se han distinguido tres tipos de competencias: competencias digitales, competencias no digitales y competencias relativas al aprendizaje continuo, denominadas por la doctrina como *upskilling* y *reskilling*.

En cuanto a las competencias digitales, evidentemente, deben adquirir competencias informáticas genéricas y específicas de IA, uso de *software*, interpretación de datos, etc. La supervisión humana de los datos será en cualquier caso imprescindible para prevenir daños causados por la IA.

No obstante, dado que la función pública se va a reservar todas aquellas tareas que no pueden ser realizadas por la IA y, por tanto, son exclusivamente humanas, también se deben adquirir o afianzar otro tipo de habilidades conocidas como *soft skills*. Éstas incluyen la creatividad, la comunicación efectiva, la capacidad de trabajo en equipo, etc. Todas éstas permitirán lidiar con las situaciones que presenten las nuevas tecnologías y satisfacer, asimismo, las necesidades de la ciudadanía en cada momento.

Finalmente, existen unas competencias específicas, relativas a la capacidad de aprendizaje continuo. Son el *upskilling* y el *reskilling*. Básicamente, significan que los empleados y empleadas públicos deben reciclarse, deben tener un plan de formación asignado y la Administración debe otorgarles incentivos que les motiven a seguir formándose y aprendiendo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almonacid, V. (2023, 7 de febrero). *El poder del talento senior en la administración: reskilling al rescate*. Nosoloaytos. Recuperado de: <https://nosoloaytos.wordpress.com/2023/02/07/el-poder-del-talento-senior-en-la-administracion-reskilling-al-rescate/>
- Arenilla Sáez, M. (2021). *La Administración digital*. Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Boix-Palop, A. (2020). Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, (1), 223-270. [https://doi.org/10.37417/RPD/vol\\_1\\_2020\\_33](https://doi.org/10.37417/RPD/vol_1_2020_33)
- Bustos Pretel, G. (2021, mayo). La normativa de Administración Electrónica alcanza por fin su plena vigencia. *El Consultor de los Ayuntamientos*, (5). <https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMjE3MLU7Wy1KLizPw8WYMDI0MDEwOwQGZap>

- Ut-ckhIQaptWmJOCsoAPclc3zUAAAA=WKE#:~:text=El%20%20de%20abril%20de,con%20su%20tard%C3%ADo%20desarrollo%20reglamentari
- Campos Acuña, C. (2021a). Entrevista a Consuelo Sánchez Naranjo, Directora General del Instituto Nacional de Administración Pública, Ministerio de Política Territorial y Función Pública. El papel del aprendizaje en el futuro del empleo público. *El Consultor de los Ayuntamientos*. [https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAYtDAwsDBVK0stKs7Mz7M1AooYmBkagAQyOypd8pNDKgtSbdMSc4pTAZ\\_6xTo1AAAAWKE](https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAYtDAwsDBVK0stKs7Mz7M1AooYmBkagAQyOypd8pNDKgtSbdMSc4pTAZ_6xTo1AAAAWKE)
- Campos Acuña, C. (2021b). El futuro del empleo público local: retos ante un mundo digital. *Documentación Administrativa*, (7), 126-144. <https://doi.org/10.24965/da.i7.10894>
- Campos Acuña, C. (2021c). «Fast check» al Reglamento de actuación y funcionamiento electrónico del sector público [entrada de blog]. *Blog Concepción Campos*. Recuperado de: <http://concepcioncampos.org/fast-check-al-reglamento-de-actuacion-y-funcionamiento-electronica-del-sector-publico/>
- Cardon, D. (2018). *Con qué sueñan los algoritmos: Nuestras vidas en el tiempo de los big data*. Dado Ediciones.
- Cascio, J. (2020, 29 de abril). Facing the Age of Chaos [artículo en línea]. *Revista en línea Medium*. <https://medium.com/@cascio/facing-the-age-of-chaos-b00687b1f51d>
- Chaves García, J. R. (2021, 7 de abril). El reglamento de administración electrónica bajo ojos expertos (Real Decreto 203/2021) [entrada de blog]. *Blog de la Justicia.com*. Recuperado de: <https://delajusticia.com/2021/04/07/el-reglamento-de-administracion-electronica-bajo-ojos-expertos-real-decreto-203-2021/>
- Cotino Hueso, L. (2021). Hacia la transparencia 4.0: el uso de la inteligencia artificial y big data para la lucha contra el fraude y la corrupción y las (muchas) exigencias constitucionales. En C. Ramió (coord.), *Repensando la Administración digital y la innovación pública* (pp. 169-196). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Criado, J. I. (2021). La política de Administración digital en España: De los servicios públicos digitales a la gobernanza inteligente y Administración Pública 4.0. En C. Ramió (coord.), *Repensando la Administración digital y la innovación pública* (pp. 71-108). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Criado, J. I. y Gil-García, J. R. (2019). Creating public value through smart technologies and strategies: From digital services to artificial intelligence and beyond. *International Journal of Public Sector Management*, 32(5), 438-450. <https://doi.org/10.1108/IJPSM-07-2019-0178>
- Dapena Gómez, M. (2020). Las 10 lecciones que aprendimos de COVID-19 (y no son de película). *Capital Humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, (353).
- Goleman, D. (1995). *Inteligencia emocional*. Editorial Kairós.
- Gorriti Sarasola, M. (2021). Desafíos estratégicos de la función pública en 2030. En J. Cantero Martínez (coord.), *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?* (pp. 112-130). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Huergo Lora, A. (2022, 27 de enero). Administraciones Públicas e inteligencia artificial: ¿más o menos discrecionalidad? [entrada de blog]. *La Administración al día: Estudios y Comentarios*. Recuperado de: <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512494>
- Huergo Lora, A. y Díaz González, G. M. (2020). *La regulación de los algoritmos*. Aranzadi.
- Lorient, L. e Ibáñez, M. (2020, 26 de octubre). Razones y consecuencias del retraso de la entrada en vigor de la e-Administración prevista para este 2 de octubre 2020 [entrada de blog]. *ElDerecho.com*. Recuperado de: <https://elderecho.com/razones-y-consecuencias-juridicas-del-retraso-de-la-entrada-en-vigor-de-la-e-administracion-prevista-para-este-2-de-octubre-2020>
- Madan, R. y Ashok, M. (2023). AI adoption and diffusion in public administration: A systematic literature review and future research agenda. *Government Information Quarterly*, 40(1), 1-18. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2022.101774>
- Martínez Gutiérrez, R. (2020). Carácter esencial y consolidación de la e-Administración en los Ayuntamientos en tiempos del COVID-19. *El Consultor de los Ayuntamientos*, (6).
- Ramió Matas, C. (2019). *Inteligencia artificial y Administración pública: Robots y humanos compartiendo el servicio público*. Catarata.
- Ramió Matas, C. (2021). La década de la innovación en la gestión pública en España. Una agenda para 2030. En C. Ramió Matas (coord.), *Repensando la Administración digital y la innovación pública* (pp. 47-70). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Reis, J., Espírito Santo, P. y Melao, N. (2019, 19 a 22 de junio). Impacts of Artificial Intelligence on Public Administration: A Systematic Literature Review. *14th Iberian Conference on Information Systems and Technologies – CISTI*, Coimbra, Portugal. <https://doi.org/10.23919/CISTI.2019.8760893>
- Sánchez Morón, M. (2021). El estado actual de la función pública en España. Algunas reflexiones generales. En J. Cantero Martínez (coord.), *Continuidad versus transformación: ¿qué función pública necesita España?* (pp. 12-20). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Schwab, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*. Editorial Debate.
- Soriano Aranz, A. (2021). Decisiones automatizadas: Problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, (3), 85-127. [https://doi.org/10.37417/RPD/vol\\_3\\_2021\\_535](https://doi.org/10.37417/RPD/vol_3_2021_535)
- Villodre de Costa, J. (2020). Redes sociales (en las Administraciones Públicas). *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, (19), 375-390. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5718>

Documentación Administrativa, número 10, junio de 2023  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 28-04-2023  
Modificado: 31-05-2023  
Aceptado: 31-05-2023  
Publicado: 26-06-2023  
ISSN: 1989-8983 – DOI: <https://doi.org/10.24965/da.11222>  
Páginas: 88-102



Referencia: Ríos Marín, E. (2023). Análisis del estatus y de la organización administrativa de los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación. *Documentación Administrativa*, (10), 1-15. <https://doi.org/10.24965/da.11222>

## Análisis del estatus y de la organización administrativa de los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación

### *Analysis of the status and administrative organization of the bodies in charge of resolving special procurement appeals*

Ríos Marín, Esperanza

Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-7572-8458>

[eriosm@aragon.es](mailto:eriosm@aragon.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Doctora (Universidad de Zaragoza) en Derecho y Premio Extraordinario de Doctorado. Técnico de Administración General al frente del Servicio de Contratación del Ayuntamiento de Teruel y de la Diputación Provincial de Teruel. Jefa del Servicio de Gestión y Planificación del Área de Organización y Recursos Humanos de la Diputación Provincial de Salamanca. Ha asistido a diferentes cursos de formación y ha sido ponente en distintas instituciones (INAP, FAMP, Diputación Provincial de Zaragoza, Diputación Provincial de Salamanca, Universidad de Verano de Teruel, Cortes de Aragón, Confederación Hidrográfica del Ebro, Fundación Sáinz de Varanda). Autora de una monografía, cinco artículos en revistas y un capítulo en libro colectivo. Preparó las candidaturas por las que el Ayuntamiento de Teruel obtuvo el Premio Medio Ambiente de Aragón, el Premio Nacional Ciudad Sostenible y el Premio Nacional de la Competencia. Colaboró con la OTRI de la Universidad de Zaragoza en el asesoramiento de dos contrataciones.

---

#### RESUMEN

Los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación tienen encomendada la labor de actuar con eficacia en la resolución de los recursos. Dicha labor se ejerce con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, pues aunque se trate de órganos administrativos, únicamente dependen de la administración que los creó desde el punto de vista organizativo, pero no jerárquico. De ahí, que se analice el estatus de los miembros de estos órganos y las diferencias existentes en su regulación. Además, se examina si estos órganos cuentan con infraestructura suficiente para concluir con la misión encomendada, en tanto que su situación es compleja, ya que la dotación de medios de apoyo queda al albur de la Administración que los ha creado y que también, es parte –en ocasiones– en los procedimientos de recurso especial.

#### PALABRAS CLAVE

Eficacia; recurso especial; independencia; estatus; organización administrativa.

---

#### ABSTRACT

The bodies responsible for deciding on special procurement appeals are entrusted with the task of acting effectively in deciding on appeals. This task is carried out with full functional independence in the exercise of their competences, since although they are administrative bodies, they only depend on the administration



that created them from an organisational point of view, but not from a hierarchical point of view. Hence, the status of the members of these bodies and the differences in their regulation are analysed. Furthermore, it is examined whether these bodies have sufficient infrastructure to carry out their tasks, as their situation is complex, since the provision of support resources is left to the discretion of the administration that set them up and which is also sometimes a party to the special appeal proceedings.

## KEYWORDS

Efficiency; special resource; independence; status; administrative organization.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. REGULACIÓN. 2. ESTATUS DE LOS OARREMC. 2.1. FORMA DE PROVISIÓN. 2.2. UNIDADES DE APOYO A LOS OARREMC. 2.3. MANDATO: DURACIÓN, CESE Y RENOVACIÓN. 3. ATRIBUCIONES A LOS OARREMC DE ASUNTOS QUE EXCEDEN DE LA RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ESPECIALES. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN

Han transcurrido más de doce años desde que a resultas del artículo 311 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, entre otras, titulado “Órgano competente para la resolución del recurso”, se creara el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), y mediante sendos Acuerdos de Consejo de Ministros, de 15 de octubre de 2010 (BOE del 16 de octubre de 2010), fueran nombrados el Presidente y los dos Vocales de dicho órgano administrativo. El Tribunal se constituyó en sesión de 22 de octubre de 2010, comenzando su andadura hasta nuestros días<sup>1</sup>. Actualmente se encuentra regulado en el artículo 45 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), además de lo dispuesto en el Real Decreto 814/2015, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPETACRC).

Por lo que respecta a las comunidades autónomas, se reconoció la posibilidad de que estas pudieran crear órganos análogos a los cuales se les atribuyó la competencia para conocer y resolver, en su ámbito respectivo, los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad<sup>2</sup>, o bien que, suscribiendo el correspondiente convenio con el Ministerio de Hacienda, pudieran atribuir la competencia para la resolución de los recursos especiales de su competencia, al TACRC. De esta forma, vía convenio el TACRC resuelve los recursos especiales de La Rioja, Castilla-La Mancha, Región de Murcia, Cantabria, Islas Baleares, Comunidad Valencia, Asturias, así como las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, alcanzando en el ejercicio 2021, estos recursos y reclamaciones autonómicos, un porcentaje del 58,7 % del total<sup>3</sup>.

En cuanto a las corporaciones locales, tal y como establece el artículo 46 de la LCSP, corresponde a las comunidades autónomas la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación cuando dichas comunidades autónomas tengan atribuida la competencia en materia de régimen local y contratación, disponiendo además lo siguiente:

<sup>1</sup> También hay que tener en cuenta la nueva regulación de la ley 34/2010 de la Disposición Adicional Tercera según la cual «los órganos competentes de las Cortes Generales establecerían, en su caso, el órgano que deba conocer en su ámbito de contratación del recurso especial regulado en el Libro VI de esta Ley». (BOE de 25 de enero de 2011, se creó el Tribunal de Recursos de las Cortes Generales).

<sup>2</sup> En la Memoria de 2011 del TACRC (TACRC, 2012) figura lo siguiente: «Por el momento han creado Tribunal u órgano unipersonal, mediante normas propias: País Vasco (en la Ley 5/2010 de 23 de diciembre; además, las Diputaciones Forales, han creado también Tribunales), Madrid (Ley 9/2010, de 23 de diciembre), Aragón (Ley 3/2011, de 24 de febrero) y, más recientemente, Cataluña (en la Ley 7/2011, de 27 de julio, aunque aún no se ha constituido) y Andalucía (Decreto 332/2011, de 2 de noviembre). En Castilla y León está prevista su creación en el Proyecto de Ley de Medidas para 2012. En Navarra, la Junta 4 de Contratación Pública, conoce y resuelve las reclamaciones en materia de contratación.». <https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Documentos/MEMORIA%20TACRC%202011.pdf>

<sup>3</sup> Este dato viene recogido en la p. 6 de la Memoria de 2021 del TACRC (TACRC, 2022): <https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Documentos/MEMORIA%202021%20TACRC.pdf>

«En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente, la competencia para resolver los recursos corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.

En todo caso, los Ayuntamientos de los municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y las Diputaciones Provinciales podrán crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos. Su constitución y funcionamiento y los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción y la duración de su mandato se regirá por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por lo establecido en el artículo 45 de esta Ley. El Pleno de la Corporación será el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros. El resto de los Ayuntamientos podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan.».

Y es así como en atención al Derecho de la Unión Europea se ha configurado en España el sistema del recurso especial en materia de contratación. Por lo que respecta a Europa, simplemente cabe mencionar que según da cuenta la Comisión Europea, hasta el 2017 catorce Estados miembros (Bulgaria, Chipre, Alemania, Dinamarca, Estonia, España, Croacia, Hungría, Malta, Polonia, Rumania, Eslovenia y Eslovaquia) han optado por crear un órgano administrativo de recursos en materia de contrataciones pública, manteniendo el resto de los países la competencia revisora en el organismo judicial ordinario mediante el proceso contencioso-administrativo (Morón Urbina, 2022, p. 136).

El denominador común de los órganos administrativos encargados de resolver recursos especiales en materia de contratación (en adelante OAERREMC) es que actúan con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, en tanto que en ella radica su razón de ser. Y así ya venía recogido en el considerando 13 de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, en el mismo se establecía lo siguiente:

«Con el fin de luchar contra la adjudicación directa ilegal, práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como la infracción más importante del Derecho comunitario en materia de contratos públicos por parte de un poder adjudicador o entidad contratante, debe preverse una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria. Por consiguiente, todo contrato derivado de una adjudicación directa ilegal debe considerarse en principio sin efectos. Esta falta de efectos no debe ser automática sino que debe quedar sometida a la comprobación de un órgano de recurso independiente o derivar del resultado de una decisión de dicho órgano.».

Es de destacar esta nota de la independencia en tanto que es esencial en el devenir de estos órganos administrativos (Vilalta Reixach, 2022, pp. 119-136), además de que esta independencia hace que se les pueda considerar como guardarrailles de la contratación pública, en tanto que son instituciones diseñadas para que el sistema no descarrile (Rivero Ortega, 2022, p. 7), en este caso, controlando la actuación de los órganos de contratación (Gómez Fariñas, 2016, p. 97).

También procede poner en valor y destacar de estos órganos administrativos, su especialización<sup>4</sup> (Rastrollo Suárez, 2021, p. 52), que deriva de la especial cualificación de sus miembros (Sarsanedas Coll, 2020, p. 102), lo que se traduce en que sus resoluciones gozan de una presunción de validez reforzada, de tal manera que incluso así lo puso de manifiesto el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 1 de octubre de 2014, cuando al referirse al recurso especial, y la pretensión perseguida por el Derecho comunitario y por ende el legislador español era la de:

---

<sup>4</sup> La Ley 11/20213, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón, hace especial hincapié en el aspecto de la profesionalización en la actividad contractual y ya en su Preámbulo figura que: «opta por facilitar la formación, la especialización y el desarrollo profesional de todos los agentes intervinientes en la contratación pública, desde una dimensión multidisciplinar y estratégica. La formación, general y específica, se entiende como una obligación continua que genere valor añadido. En la formación específica primarán asuntos tales como la compra centralizada, la compra pública social y medioambientalmente sostenible o la compra pública de innovación. Igualmente, la ley apuesta por promover la formación de los entes locales y de los agentes económicos». La sección Segunda de la mencionada ley lleva por título: «Planificación de los recursos humanos y profesionalización de la contratación pública».

«preservar la funcionalidad de este mecanismo de garantía prejudicial, en el que, por los rasgos que definen legalmente al órgano que lo aplica y al procedimiento del que se sirve, concurre una cualificada presunción de legalidad y acierto, superior, si se quiere, a la que con carácter general se predica de la actuación administrativa».

Este estatuto de independencia desconocido en España hasta ese momento (Santamaría Pastor, 2015, p. 42) fue la base de los OAERREMC y, así resulta de la redacción de sus distintas leyes de creación a las que nos vamos a ir refiriendo a lo largo del presente trabajo. Todos ellos, en las Memorias que publican anualmente en sus respectivas páginas webs, insisten en remarcar su independencia funcional, así como que dichos órganos ejercitan su función con objetividad e imparcialidad, sin sujeción a vínculo jerárquico alguno, ni instrucciones de ninguna clase de los órganos de las administraciones públicas afectadas<sup>5</sup>. Su trayectoria demuestra el éxito que se les reconoce<sup>6</sup> (Lazo Vitoria, 2016), pues las estadísticas –reflejadas en cada una de las Memorias que dichos órganos publican, así como en los informes anuales de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación<sup>7</sup>– ponen de manifiesto la labor realizada (Díez Sastre, 2021, pp. 119 y ss.) y que se ha conseguido con creces el fin pretendido.

## 1. REGULACIÓN

A continuación, pasamos a examinar la normativa que corresponde, de un lado al TACRC y, de otro, a los órganos autonómicos que han creado las distintas comunidades autónomas, puesto que este trabajo se centra en el análisis y regulación de dichos órganos administrativos. Todo ello sin perjuicio de poner de manifiesto, por lo que respecta a los órganos administrativos encargados de resolver recursos contractuales procedentes del ámbito local, que, en un primer momento fueron creados: en Álava mediante Decreto Foral 44/2010 de 28 de septiembre, el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales<sup>8</sup>; en Bizkaia, mediante Decreto Foral 102/2010, de 29 de septiembre, se creó el Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales<sup>9</sup>, y en Guipúzcoa mediante Decreto Foral 24/2010, de 28 de septiembre, de creación y regulación del Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Guipúzcoa, se creó el mencionado Tribunal<sup>10</sup>.

Por su parte el Ayuntamiento de Granada, al amparo de lo dispuesto en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre creó su propio tribunal mediante el Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, aprobado por el Ayuntamiento Pleno en sesión de 9 de febrero de 2012<sup>11</sup>, modificando su regulación mediante el Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Granada, aprobado por la Comisión Municipal delegada de Economía, Hacienda, Personal, Contratación y Smart City, en Sesión celebrada el día 19 de junio de 2017<sup>12</sup>.

Como ya hemos apuntado anteriormente, por lo que se atañe al ámbito local, con la LCSP se establece la posibilidad de crear estos órganos administrativos en cada uno de los municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y de cada una de las Diputaciones Provinciales. En este sentido, en la actualidad, además de los tres tribunales recién mencionados de las Diputaciones forales del País Vasco, en la comunidad autónoma andaluza existen diez y nueve OAERREMC y en Aragón, ha sido aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza,

<sup>5</sup> La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015, asunto C-203/2014 Consorci Sanitari del Maresme, viene a señalar los requisitos con los que deberían contar los OAERREMC.

<sup>6</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=COM:2017:28:FIN&from=El> 24 de enero de 2017 la Comisión presentó su Informe al Parlamento y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE, en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública señalaba: «Algunos sistemas nacionales exigen que sean los órganos administrativos de recurso y no los órganos jurisdiccionales ordinarios los encargados de la protección jurídica en primera instancia en relación con los procedimientos de contratación pública. Como tendencia general, estos tienden a ser más eficaces. Lo confirmaron una gran mayoría de encuestados en la consulta pública (74,7%) al considerar que los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales ordinarios llevan, por lo general, más tiempo y dan lugar a criterios de adjudicación menos estrictos que los procedimientos ante órganos administrativos de recurso especializados».

<sup>7</sup> A modo de ejemplo cabe citar el informe anual de supervisión de la contratación, el último de 2022 (OIReScon, 2022), <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2022/ias2022-modulo6.pdf>

<sup>8</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava, n.º 115, de 8 de octubre de 2010, pp. 11119 a 11125.

<sup>9</sup> Publicado en el Boletín Oficial de Vizcaya, n.º 197, de 13 octubre de 2010, pp. 24537 a 24544.

<sup>10</sup> Publicado en el Boletín Oficial de Guipúzcoa, n.º 203 de 22 de octubre de 2010, pp. 2 a 9.

<sup>11</sup> Boletín Oficial de la Provincia de Granada, n.º 33 de 17 de febrero de 2012, p. 31.

<sup>12</sup> Boletín Oficial de la Provincia de Granada, n.º 125 de 4 de julio de 2017, p. 9.

con fecha 20 de enero de 2023, el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo Municipal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Zaragoza<sup>13</sup>. Dicha aprobación se produce tras las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón n.º 166/2022, de 31 de marzo y 146/2022, de 5 de diciembre, en las que se estimaron respectivamente, los recursos interpuestos por el Gobierno de Aragón contra la aprobación del proyecto de Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo Municipal de Recursos Contractuales y el nombramiento de los miembros del citado Tribunal.

En cualquier caso y respecto a esta posibilidad que contempla la LCSP, compartimos las opiniones que apuntan a que la creación de estos órganos administrativos en la esfera local puede llegar incluso a resultar contraproducente (Díaz Bravo, 2019; Sarsanedas Coll, 2020; Vilalta Reixach, 2022) en tanto que puede verse mermada la independencia de dichos órganos según se configuren, además de la inseguridad jurídica que puede provocar la proliferación de resoluciones que no guarden coherencia con los pronunciamientos del resto de OAERREMC.

Centrándonos en los diferentes OAERREMC, de carácter estatal y autonómico encontramos:

- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que viene regulado en la LCSP (artículo 45) además de en lo dispuesto en el RPETACRC.
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (en adelante, TACPA) fue creado por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de Medidas en Materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Desde su aprobación dicha ley ha sido modificada en distintas ocasiones y por ende la competencia del TACPA, rebajando sucesivamente el umbral para interponer el recurso especial en materia de contratación en Aragón (primero en la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales, Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón y posteriormente por la Ley 5/2017, de 1 de junio de Integridad y Ética Públicas) volviendo a acogerse los umbrales que se regulan en la legislación estatal, en la última modificación de la ley contractual autonómica operada mediante la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa. También hay que indicar que mediante el Decreto-Ley 3/2017, de 20 de junio se modificó la LMMCSA para la profesionalización de los miembros del TACPA. Actualmente la regulación de dicho Tribunal se recoge en la nueva Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante, LUECPA)<sup>14</sup>.
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, (en adelante, TACPM) creado mediante la Ley 9/2010, de 23 de diciembre de Medidas Fiscales Administrativas y Racionalización del Sector Público modificada por la Ley 5/2016, de 22 de julio, por la que se modifica la regulación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y recientemente por la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (en adelante, TARCJA) Mediante Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, acordando el funcionamiento de dicho Tribunal por Decreto 120/2014, de 1 de agosto. Inicialmente este Tribunal tenía carácter unipersonal considerándose dicha acepción inadecuada por el Consejo Consultivo de la Junta de Andalucía en el dictamen 681/2011, de 18 de octubre, y ello por cuanto, en el momento de su creación se trataba de un órgano unipersonal desarrollando su actividad de esta manera durante los años 2012, 2013 y 2014 hasta que en virtud del Decreto 120/2014, de 1 de agosto se acordó su puesta en funcionamiento como órgano colegiado.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (en adelante, TARCYL), fue creado mediante la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

<sup>13</sup> Con fecha 24 de mayo de 2023 se ha publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza la aprobación del Proyecto de Modificación del Reglamento del Tribunal Administrativo Municipal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Zaragoza, pp. 2 a 10.

<sup>14</sup> Dicha Ley ha sido recientemente publicada en el Boletín Oficial de Aragón n.º 72 de 17 de abril de 2023, pp. 15228 a 15288. En su Disposición Adicional Quinta dedicada a la entrada en vigor, establece lo siguiente. «1. La ley entrará en vigor al mes de su publicación en el “Boletín Oficial de Aragón”, salvo las disposiciones referentes a la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Aragón, que entrarán en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria que desarrolle su funcionamiento. 2. El régimen de suplencia de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón previsto en el artículo 122 de esta ley será de aplicación en la primera renovación que se produzca después de su entrada en vigor. Por tanto, ordeno a todos los ciudadanos a los que sea de aplicación esta Ley, que la cumplan, y a los tribunales y autoridades a los que corresponda, que la hagan cumplir.»

- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra (en adelante TACPN), fue creado mediante la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero (artículo 38) que añade un nuevo artículo 208 bis a la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. Posteriormente, su regulación ha venido dada por la Ley 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, (en adelante, LFCPN), en concreto, en lo dispuesto en el artículo 121 dedicado al mencionado Tribunal.
- Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (en adelante TCCSP) fue creado mediante per la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 7/2011, de 27 de julio que en el apartado 9 establecía: «El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña se crea inicialmente con carácter unipersonal.». Posteriormente se aprobó el Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y se aprueba su organización y funcionamiento, teniendo lugar las últimas modificaciones. De acuerdo con el artículo 1.2 a del Decreto 28/2018, de 7 de junio, de reestructuración del Departamento de la Vicepresidencia y de Economía y Hacienda, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público se adscribe al citado Departamento, con efectos del día 8 de junio de 2018 y por último el artículo 5 redactado por el número 1 de la disposición final séptima del Decreto 43/2019, 25 febrero, de reestructuración del Departamento de la Vicepresidencia y de Economía y Hacienda.
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, (en adelante, TACCAC) se crea el mencionado Tribunal mediante Decreto 10/2015, de 12 de febrero.
- Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC) creado por la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, Disposición Adicional Octava.
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura (en adelante, CJE). La regulación de este órgano administrativo comenzó con la Ley 13/2015, de 8 de abril de Función Pública de Extremadura (Disposición Final Segunda). Posteriormente con el Decreto 3/2016, de 12 de enero, por el que se modifica el Decreto 99/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura y el Decreto 261/2015, de 7 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública. Actualmente es competente para conocer en materia de recursos contractuales la Comisión Jurídica de Extremadura a tenor de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera apartado 6 de la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (en adelante, TACGal), se regula en la Disposición final segunda de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración de Galicia. A tal efecto, se modifica el título II de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, introduciendo un capítulo II que lleva por rúbrica «El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia» (artículos 35 bis a quinquies).

El resultado final en cuanto a estos OAERREMC se ha saldado con que, únicamente permanecen dos como órganos unipersonales, que son: de un lado, el OARCE respecto del cual la mencionada la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, prevé su transformación en órgano colegiado mediante disposición reglamentaria y de otro lado, el TACPCAC, donde también en el artículo 4 del anteriormente citado Decreto 10/2015, de 12 de febrero, titulado «Composición, nombramiento y cese de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias», prevé la posibilidad de transformar el meritado órgano unipersonal en órgano colegiado, cuando el volumen y la especificidad de asuntos sometidos a su conocimiento así lo aconseje.

## 2. ESTATUS DE LOS OAERREMC

### 2.1. Forma de provisión

En cuanto a la forma de provisión de los puestos de trabajo correspondientes a los miembros de los OAERREMC, según se desprende de la regulación que se acaba de exponer, destaca el caso del TACPM que ha acogido como forma de provisión el concurso de méritos.

Respecto a éste los méritos alegados por los candidatos se valorarán de acuerdo a lo previsto en el artículo 3 apartado tercero de la anteriormente citada Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, en la redacción dada por la Ley 5/2016, de 22 de julio, por la que se modifica la regulación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, siendo dichos méritos los que a continuación pasamos a detallar:

- 1.º Antigüedad en el desempeño de funciones relacionadas con la contratación pública.
- 2.º Experiencia en la participación en mesas de contratación u órganos similares.
- 3.º Experiencia en la redacción de pliegos de contratación pública o en la emisión de informes sobre los mismos.
- 4.º Titulación académica relacionado con la contratación pública.
- 5.º Publicaciones relacionadas con la contratación pública.

Dichos criterios han sido concretados en las correspondientes convocatorias para la provisión de los puestos de trabajo de miembros del TACPM, la última fue la publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid de 28 de diciembre de 2021, en la que venían detallados del siguiente modo:

- «1. Antigüedad en el desempeño de funciones relacionadas con la contratación pública (0,16 puntos por cada año completo y en caso de tiempo inferior la parte proporcional): 3.20.
2. Experiencia en la participación en mesas de contratación u órganos similares, hasta 2,40.
  - 2.1. Miembros de mesas de contratación durante al menos tres años (0,8 puntos).
  - 2.2. Experiencia en redacción de propuestas de resolución de recursos administrativos en materia contractual durante al menos tres años (1,6 puntos).
3. Experiencia en la redacción de pliegos de contratación pública o en la emisión de informes sobre los mismos: 0.80.
4. Titulación académica relacionada con la contratación pública, hasta 0.80.
  - 4.1. Titulación de doctorado sobre contratación pública o derecho de la unión europea, diplomatura o máster reconocido en materia de contratación pública o de derecho de la unión europea (0,32 puntos).
  - 4.2. Impartición de cursos en centros públicos (INAP, IMAP, ICAM, CGPJ, universidades o sus centros de estudios e investigación) directamente relacionados con la contratación pública (0.80 puntos por curso hasta un máximo de 0.32 puntos).
  - 4.3. Asistencia o impartición de otros cursos de formación especializada en materia de contratación pública (0.08 puntos por cada uno hasta un total de 0.16 puntos).
5. Publicaciones relacionada con la contratación pública, hasta 0.80.
  - 5.1. Monografías y participaciones en obras colectivas (0.08 puntos por publicación hasta un total de 0.4 puntos).
  - 5.2. Artículos en revista o páginas web de difusión general especializadas en contratación pública (0.08 puntos hasta un total de 0.4 puntos).».

Para el resto de OAERREMC, la forma de provisión de estos puestos es la de la libre designación y de hecho esta es la fórmula que se ha seguido para la provisión de las nuevas plazas de Vocales que han sido incorporados tanto al TACRC, mediante Resolución de 27 de abril de 2021, de la Subsecretaría, por la que se convoca la provisión de puestos de Vocal del Tribunal Administrativo Central (BOE de 15 de mayo de 2021), como por ejemplo al TCCSP, plaza de Vocal, que fue provista mediante Resolución ECO/1318/2022, de 2 de mayo, de convocatoria para la provisión, por el sistema de libre designación, de un puesto de trabajo de vocal del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, adscrito del Departamento de Economía y Hacienda (convocatoria de provisión n.º ECO/23/22).

Aquí cabe destacar que el TCCSP en un primer momento optó por el concurso de méritos, como forma de provisión de los puestos de trabajo de dicho Tribunal. Así se estableció en Resolución PRE/2097/2013, de 2 de octubre, por la que se convoca el concurso específico de méritos y capacidades para proveer un puesto de trabajo del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público adscrito al Departamento de la Presidencia (convocatoria de provisión n.º 15/2013), aunque posteriormente tal y como se ha comprobado, la forma de provisión por la que se ha optado es la libre designación.

Pues bien, esta forma de provisión ha sido objeto de crítica por la doctrina (Valcárcel Fernández, 2022, p. 1). En todo caso y en aras de ponderar de forma objetiva los conocimientos y la experiencia profesional en materias competencia de dichos órganos administrativos, lo más recomendable sería que la forma de provisión de los miembros del TACPM –esto es, el concurso de méritos– fuera extrapolable al resto de OAERREMC.

Otro aspecto que también es cuestionable respecto a la provisión de estos puestos de trabajo es que hay algunas comunidades autónomas, como son Navarra, País Vasco y Cataluña, en las que únicamente pueden optar a estos puestos los funcionarios que hayan desempeñado su actividad profesional en cualquiera de las Administraciones Públicas del ámbito territorial correspondiente a las mencionadas comunidades autónomas. Es decir que se circunscribe en la convocatoria de estos puestos –de conformidad con sus leyes de creación– a que de forma exclusiva se puedan presentar funcionarios de esos determinados territorios<sup>15</sup> excluyendo por tanto a los funcionarios del resto del territorio nacional.

Por su parte en Galicia en la Convocatoria de la provisión de puestos para ese Tribunal aprobada mediante Orden de 17 de noviembre de 2017 y publicada en el Boletín Oficial de Galicia el 20 de noviembre de 2017 al estar abierta la convocatoria a funcionarios de cualquier Administración Pública, en formación específica se establece lo siguiente: «319 (requisitos según Ley 1/2015 que crea el tribunal) – 640 (para personal de otra administración: curso de perfeccionamiento de gallego. R.I).».

Cuando menos, también resulta curioso el supuesto, hasta ahora planteado en Aragón pues como consecuencia de la profesionalización del TACPA fueron publicadas las Órdenes 1213,1214 y 1215/2017, de 10 de agosto, (publicadas en el Boletín Oficial de Aragón de 28 de agosto de 2017) por las que se convocaron la provisión, por el sistema de libre designación de los miembros del TACPA, y se establecía por lo que aquí interesa, lo siguiente:

«Podrán optar a dicho puesto los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón que reúnan los requisitos indicados. Así mismo podrán optar al puesto los funcionarios de la Administración General del Estado, los de otras Comunidades Autónomas, y los de la Administración Local destinados en Entidades del territorio aragonés, que cumplan los requisitos.».

Es decir, que la posibilidad de optar a dichos puestos estaba abierta a los funcionarios de todo el ámbito nacional (ya fueran procedentes de la Administración del Estado o de las diferentes comunidades autónomas con independencia de cual fuera su destino) y sin embargo para aquellos funcionarios que fueran provenientes de la Administración Local, se optó por cerrar el cerco, limitando la posibilidad de optar al TACPA a aquellos que estuvieran destinados en Aragón, lo cual no deja de ser incoherente y supone una discriminación a todas luces sin justificar respecto del trato propinado a los funcionarios del ámbito local.

Dicha situación ha quedado superada con la aprobación de la LUECPA, que en el artículo 129.2 titulado «Convocatoria y nombramiento» dispone lo siguiente: «La participación en las convocatorias estará abierta a funcionarios de carrera de cualesquiera administraciones públicas, en condiciones de igualdad».

## 2.2. Unidades de apoyo a los OAERREMC

Para el cumplimiento de la finalidad para la que fueron creados los OAERREMC, necesitan una infraestructura administrativa de apoyo que varía mucho en función del órgano administrativo que analicemos.

<sup>15</sup> En Navarra, el artículo 121.2 de la LFCPN establece: «El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra estará compuesto por un Presidente y dos vocales, funcionarios en activo de la Administración de la Comunidad Foral, de las entidades locales de Navarra o de otras entidades sometidas a esta ley foral, para cuyo nombramiento se haya exigido el título de Licenciado o Grado en Derecho, que serán designados por el Gobierno de Navarra, previo informe de la Comisión Foral de Régimen Local, de conformidad con la propuesta que le eleve la Junta de Contratación Pública, por un período de seis años, no pudiendo ser reelegidos.».

Respecto al País Vasco, la Disposición Adicional Octava, apartado 8 de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011 dispone lo siguiente: «El órgano unipersonal se nombrará de entre quienes, teniendo la licenciatura o el doctorado en Derecho, cuenten con acreditada competencia profesional en las materias que ha de conocer el órgano y, además, sean funcionarios o funcionarias de carrera que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, en cualquiera de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública.».

Y en cuanto a Cataluña en el artículo 6 del Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, titulado «Requisitos para ser miembro del Tribunal» figura –por lo que aquí interesa– lo siguiente: Para ser designado miembro del Tribunal se deben cumplir los requisitos siguientes: «Ser funcionario o funcionaria de carrera del cuerpo A1, subgrupo A1 de la Administración de la Generalidad de Cataluña o equivalente de la Administración local de Cataluña.».

Destaca por el volumen de resoluciones que se dictan cada año, la situación del TACRC (1.970 resoluciones correspondientes a un total de 2.132 recursos resueltos en el año 2021), el cual además del personal que directamente presta los servicios en el citado tribunal y que viene relacionado en su correspondiente RPT cuenta, tal y como ya se recogía en la Memoria de la Abogacía General del Estado 2012, con la ayuda que se propina por parte de los Abogados del Estado al mencionado Tribunal. En concreto respecto a esta cuestión dicha Memoria<sup>16</sup> se pronunciaba en los siguientes términos:

«Por otra parte, constituye una colaboración importante la que se presta al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Fruto del Protocolo de colaboración suscrito en julio de 2012 entre la Administración General del Estado y la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, colaboran elaborando ponencias al Tribunal un grupo de unos 20 ponentes que son abogados del Estado en activo, todos ellos bajo la coordinación de la Jefatura en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Se procura mantener informados a los ponentes en materia de contratación, con el envío de sentencias, artículos o informes –incluso– de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Consideramos que esta colaboración es de interés estratégico para el cuerpo de abogados del Estado».

Dicha colaboración se sigue realizando y así se viene poniendo de manifiesto en la última Memoria publicada por la mencionada Abogacía General del Estado, que es la correspondiente a 2020<sup>17</sup> y que sobre esta cuestión señala lo siguiente:

«2.2. Jefatura La Abogacía del Estado tiene a su cargo el asesoramiento directo de la Subsecretaría del Departamento y del Gabinete de la Ministra, así como a los órganos directivos y entidades y organismos autónomos adscritos a la Subsecretaría (Parque Móvil del Estado y Comisionado para el Mercado de Tabacos). Sin perjuicio del asesoramiento solicitado puntualmente por cualquier otro órgano directivo del Departamento. Destaca el asesoramiento a la Dirección General del Patrimonio del Estado por el importante volumen de informes solicitados y las consultas relacionadas con temas de interés para los Consorcios de Zona Franca dependientes de la Subsecretaría. Corresponde a esta Abogacía la coordinación y distribución a los abogados del Estado ponentes de los recursos interpuestos ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).».

También se recoge esta colaboración en la Memoria de 2021 del TACRC, donde se reconoce que ello ha permitido hacer frente al continuo incremento de actividad del Tribunal, sin aumentar los miembros del mismo y sin un aumento significativo de los plazos de resolución.

El TCCSP, por su parte, tal y como figura en su Memoria<sup>18</sup> de 2020 (TCCSP, 2020), señala la existencia del protocolo de colaboración formalizado el día 19 de diciembre de 2018 con el Gabinete Jurídico de la Generalitat inspirado en el modelo del TACRC y la Abogacía del Estado recién expuesto.

El resto de OAERREMC de forma reiterada en las memorias que aprueban anualmente inciden en la necesidad de que se les dote de más medios con el fin de cumplir la finalidad de que el recurso especial sea eficaz. En este sentido cabe destacar el caso del TCCSP y el incremento de recursos que fueron interpuestos en ese Tribunal a raíz de la entrada en vigor de la LCSP, donde como novedad se establecía la gratuidad del recurso especial, cuando hasta ese momento en Cataluña se debía abonar una tasa con la presentación del recurso, ello unido a la rebaja de los umbrales para interponer los recursos, supuso, como decimos, un aumento exponencial de recursos interpuestos que había que resolver (con un porcentaje del 48,55% respecto del año 2017 y del 61,99%) en relación con el número de recursos interpuestos en el año 2016, tal y como se refleja en la Memoria del TCCSP de 2017-2018 (TCCSP, 2018), de ahí que los medios con que venía contando el Tribunal, en lógica consecuencia, resultaron ser insuficientes.

<sup>16</sup> Disponible en: [https://www.mjusticia.gob.es/es/EIMinisterio/Organigrama/Documents/1292427870162-Memoria\\_de\\_la\\_Abogacia\\_General\\_del\\_EstadoDireccion\\_del\\_Servicio\\_Juridico\\_del\\_Estado\\_2012.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/EIMinisterio/Organigrama/Documents/1292427870162-Memoria_de_la_Abogacia_General_del_EstadoDireccion_del_Servicio_Juridico_del_Estado_2012.PDF) (Abogacía General del Estado, 2013, pp. 217 y 218).

<sup>17</sup> Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/EIMinisterio/Organigrama/Documents/Memoria%20de%20la%20Abogac-%c3%ada%20General%20del%20Estado-Direcci%c3%b3n%20del%20Servicio%20Jur%c3%addico%20del%20Estado%202020.pdf> (Abogacía General del Estado, 2021, p. 249).

<sup>18</sup> Disponible en <https://contractacio.gencat.cat/web/.content/difusio/publicacions/memories/tccsp/memoria-tccsp-2020.pdf>



Como muestra de la dotación de personal propio que sirva de apoyo al Tribunal cabe citar la regulación que recoge para el TCPN, la LFCPN en su artículo 21.9 en el que se establece lo siguiente: «Asimismo, en el ejercicio de su actividad, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra contará con sus propios medios.».

Y así en la Memoria de 2021 (TCPN, 2022) de dicho Tribunal figura:

«En aplicación de este precepto, el Gobierno de Navarra aprobó el Decreto Foral 48/2018, de 27 de junio, por el que se modifica el Decreto Foral 134/2015, de 28 de agosto, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Hacienda y Política Financiera (BON n.º 140, de 20 de julio de 2018), añadiéndose un capítulo VI dedicado a la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, con rango de Sección, donde se establecen sus funciones.

La vigente estructura orgánica del Departamento de Economía y Hacienda, aprobada por el Decreto Foral 264/2019, de 30 de octubre (BON n.º 220, de 7 de noviembre de 2019), también atribuye a la citada Secretaría rango de Sección y la regula en su capítulo VII.

Igualmente, la Ley Foral 20/2020, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2021, contempla las partidas presupuestarias necesarias para que el Tribunal pueda contar con sus propios medios.».

Del mismo modo en la Memoria de 2022 del TCPN (TCPN, 2023) se indica «Igualmente, la Ley Foral 18/2021, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2022, contempla las partidas presupuestarias necesarias para que el Tribunal pueda contar con sus propios medios».

En el lado opuesto nos encontramos con que el TACPA, sigue sin contar con regulación relativa al personal de apoyo y por ende sin disponer de personal propio, tal y como se ha puesto de manifiesto en las Memorias de 2018-2019 y en las de 2020-2021<sup>19</sup> (TACPA, 2020; 2022), de manera que el personal administrativo con el que cuenta el mencionado Tribunal (un total de dos administrativos, de nivel 16) son cedidos por la Dirección General de Contratación del Gobierno de Aragón, cuando lo deseable de cara a preservar la imagen de independencia del Tribunal es que se le dotara de personal propio, máxime cuando, como ya se ha indicado anteriormente, esta comunidad autónoma optó por la profesionalización de sus miembros. Sin embargo, ni aun con la aprobación de la LUECPA esa cuestión se ha resuelto, al no regularse nada en esta última en lo que aquí se expone.

### 2.3. Mandato: duración, cese y renovación

Con carácter general la duración del mandato de los miembros de los OAERREMC es de 6 años (salvo en el TCCP, el TARJA y la CJE que es de 5 años), en cualquier caso, el hecho de que con carácter general, el plazo de nombramiento sea superior al período legislativo<sup>20</sup>, es una garantía de la independencia e imparcialidad de estos órganos administrativos.

También en orden a preservar esta independencia e imparcialidad de los OAERREMC, los supuestos de cese se encuentran tasados en su normativa regulatoria donde vienen a ser coincidentes. Así, sus miembros sólo podrán ser removidos de sus puestos por las causas legalmente establecidas y que coinciden en cuanto a la expiración de su mandato, a la renuncia aceptada por el órgano que los nombró, la pérdida de la nacionalidad española, por incumplimiento grave de sus obligaciones, por condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito y por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función, que son en definitiva los supuestos que recoge el artículo 45.4 de la LCSP.

También el tema de las suplencias en casi todos ellos está regulado en las leyes de creación de los OAERREMC, incluso en Aragón donde no había previsión expresa en la redacción de LMMCSPA, ahora con la aprobación de la LUECPA, ya viene contemplada esta circunstancia, en concreto en el artículo 122 de

<sup>19</sup> Disponible en <https://www.aragon.es/documents/20127/38464094/MEMORIA+2018-2019.pdf> y <https://www.aragon.es/documents/20127/38464094/MEMORIA+2020-2021.pdf>

<sup>20</sup> Excepto en el caso del TARCYL por su peculiar organización ya que mediante la Ley 1/2012, de 28 de febrero se adscribió al Consejo Consultivo el TARCYL que en el artículo 29 de la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León viene a señalar que son cuatro años la duración del mandato.

la citada norma. No se trata esta de una cuestión baladí para el normal funcionamiento de estos órganos, principalmente en los órganos administrativos que tienen carácter unipersonal pero también pueden darse situaciones en órganos colegiados en las que, por no alcanzar el tribunal administrativo en cuestión, el *quorum* necesario, al concurrir diversas circunstancias como supuestos de abstención, bajas etc. –si no existe previsión al efecto– ello puede derivar en la paralización de los recursos a resolver.

En cuanto a la renovación del mandato de los miembros de los OAERREMC, es curioso el caso que nos encontramos, de un lado en la Comunidad Autónoma de Madrid y de otro en Aragón. Veamos, respecto al TACPM, el gobierno autonómico liderado por el Partido Popular aprobó recientemente la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid. (BOCM n.º 304 de 22 de diciembre) modifica el artículo 3.2.4 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, que queda redactado de la siguiente manera: «4. Los miembros del Tribunal desempeñarán su función por un período de seis años, que podrá ser renovado una sola vez por igual periodo».

Y sin embargo en Aragón, ese mismo grupo político, según figura en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón n.º 260, presentó la enmienda número 189, al Proyecto de Ley de Uso Estratégico de la Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, de acuerdo al siguiente detalle:

«Enmienda de supresión al artículo 119, punto 3. Suprimir lo siguiente: “No obstante, las personas designadas como miembros del Tribunal podrán optar a la reelección, sin que, en ningún caso, pueden superar un máximo de dos mandatos sean sucesivos o alternos.”. Motivación: Propuesto por el Observatorio de Contratación Pública».

Finalmente, dicha enmienda fue rechazada y en la LUECPA se mantiene la redacción que inicialmente se contemplaba en el Proyecto de ley, esto es, la posibilidad de que los miembros del TACPA puedan ser reelegidos al menos por una vez, de igual manera que ha acontecido con la meritada Ley 11/2022 de la Comunidad de Madrid, en lo concerniente a la renovación del mandato de los miembros del TACPM. De ahí que resulte cuando menos paradójico comprobar, como la regulación relativa al estatus de los OAERREMC –en este caso a la posibilidad de renovar su mandato– no responde a un ideario político y prueba de ello es el ejemplo que se acaba de exponer.

### 3. ATRIBUCIONES A LOS OAERREMC DE ASUNTOS QUE EXCEDEN DE LA RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ESPECIALES

En este apartado encontramos que el TACYL se encuentra adscrito al Consejo Consultivo de Castilla y León, de manera que se constata la doble condición de esta institución que fue creado mediante la Ley 1/2002, de 9 de abril de 2002, modificada por las Leyes 12/2005, 5/2011 y 4/2013, y en la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, al que se adscribió el TACYL en 2012, mediante la Ley 1/2012 de 28 de febrero<sup>21</sup>.

De modo que tal y como figura en la Memoria del TACYL de 2020<sup>22</sup> «la “institución propia” Consejo Consultivo, además de la función consultiva que le es propia, desempeña las funciones del Tribunal, cuyas funciones se desarrollan con la misma infraestructura, medios personales y materiales».

Sobre esta situación en la Memoria de 2018<sup>23</sup> del TACYL se hacía la siguiente reflexión:

«Como se ha mencionado –refiriéndose al TACYL–, se encuentra adscrito al Consejo Consultivo de Castilla y León, respecto del que actuará con “separación de funciones” en relación con las que corresponden al Consejo Consultivo, y con “plena independencia” del resto de órganos de la Comunidad Autónoma. Además, la Ley 4/2013, de 19 de junio, por la

<sup>21</sup> Esta dualidad de funciones también tiene consecuencias en cuanto a la provisión de puestos de trabajo del TACYL ya que su Presidente lo es también del Consejo Consultivo de Castilla y León y otro tanto ocurre con algunos Consejeros, que a su vez son Vocales del TACYL (TACYL, 2022, pp. 17 y 18), siendo todos ellos nombrados con arreglo a lo establecido en la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León.

<sup>22</sup> Disponible en <https://www.cccyl.es/c-consultivo/cm/images?idMmedia=78421> (p. 15).

<sup>23</sup> Disponible en <https://www.cccyl.es/c-consultivo/cm/images?idMmedia=74419> (TACYL, 2018, pp. 6 y 7).

que se modifica la organización y el funcionamiento de las Instituciones Propias de la Comunidad, ha supuesto la adscripción presupuestaria del Consejo Consultivo, junto con el resto de Instituciones propias a que se refiere dicha Ley, a las Cortes de Castilla y León, por lo que no existe dependencia de ésta de las otras Administraciones que fiscaliza. No obstante, la ampliación del objeto del recurso especial producida en la LCSP, puede traer disfunciones en su tutela. En algunos casos el Consejo Consultivo podría haberse pronunciado antes de que conozca el litigio el Tribunal que tiene adscrito, por lo que los miembros que hayan decidido con anterioridad podrían estar “contaminados” y su decisión bajo sospecha de parcialidad. Las dudas sobre la imparcialidad del Tribunal por este motivo pueden afectar, directa o indirectamente, a la consistencia del sistema creado en la Comunidad de Castilla y León. La solidez de las resoluciones del TARCCYL, se compartan o no, solo puede basarse en un sutil mecanismo psicológico de aceptación, con base en la creencia en su neutralidad y fuerza, que no resultaría posible mantener cuando surgieran los primeros recelos sobre su probidad. Además, si se mantiene tal contaminación se eliminaría “la doble instancia” procedimental, ya que de poco serviría acudir a una nueva instancia (el Tribunal) si se colaboró (al dictaminar como Consultivo) con el órgano que conoció de la anterior. Por ello, será necesario abordar una reforma con el fin de eliminar las disfunciones que puedan presentarse con la actual configuración del sistema.».

En cuanto al caso de Extremadura, como ya se ha apuntado anteriormente, la Disposición Adicional Primera apartado 6 de la Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, está dedicada a la Comisión Jurídica de Extremadura, estableciendo las funciones que le corresponden a dicho órgano administrativo, además de las propias de la resolución de los recursos contractuales.

Así el apartado 4 de la mencionada Disposición dispone: «La Comisión Jurídica de Extremadura deberá ser consultada en todos aquellos asuntos que por ley resulte preceptiva la emisión de dictamen por la Administración consultiva, así como en los dispuestos por esta ley, a excepción de los supuestos previstos por el Estatuto de Autonomía de Extremadura en los que se estará a lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.», indicándose en el apartado 5 los asuntos en los que deberá ser consultada. Es decir que el mencionado órgano debe compaginar la doble función que por ley se le ha asignado.

También cabe traer a colación que el TACPM, tal y como se recoge en su Memoria de 2021<sup>24</sup>,

«vio ampliado su ámbito competencial como consecuencia de la supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. En concreto el artículo 6 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo, establece bajo la rúbrica competencia para la incoación e instrucción de expedientes sancionadores, que “El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid es el órgano competente para la iniciación, instrucción y propuesta de resolución del procedimiento administrativo sancionador previsto en el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, por las infracciones cometidas en materia de buen gobierno por los altos cargos de la Comunidad de Madrid a que se refiere el artículo 2 de la Ley 14/1995, de 21 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos”. De acuerdo con lo establecido en el artículo 6.3 de la Ley 5/2016, de 22 de julio, por la que se Modifica la Regulación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a su Presidente la incoación del procedimiento administrativo sancionador previsto en el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, por las infracciones cometidas por los altos cargos de la Comunidad de Madrid a que se refiere el artículo 2 de la Ley 14/1995, de 21 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Comunidad de Madrid.

Por lo que respecta a las infracciones en materia de Buen Gobierno, de acuerdo con la Disposición Transitoria segunda de la Ley 5/2016, de 22 de julio, por la que se modifica la regulación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

<sup>24</sup> Disponible en [https://www.comunidad.madrid/tacp/sites/default/files/memoria\\_2021.pdf](https://www.comunidad.madrid/tacp/sites/default/files/memoria_2021.pdf) (TACPM, 2022, pp. 16 y 17).

corresponderá al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la incoación, instrucción propuesta de resolución del procedimiento administrativo sancionador previsto en el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, por las infracciones cometidas por los altos cargos de la Comunidad de Madrid a que se refiere el artículo 2 de la Ley 14/1995, de 21 de abril, de incompatibilidades de Altos Cargos de la Comunidad de Madrid, correspondiendo a su Presidente la incoación de estos procedimientos de acuerdo con el artículo único apartado seis de la Ley 5/2016.».

Y en orden a dar cumplimiento a la regulación antedicha, el TACPM detalla de forma pormenorizada en la meritada Memoria de 2021, las actuaciones realizadas por el Tribunal a este respecto.

## CONCLUSIONES

Después de conocer la realidad de estos órganos administrativos y dado que todos ellos atienden al mismo fin, destaca la heterogeneidad en la regulación concerniente al estatus de sus miembros, que no es sino consecuencia de la organización territorial establecida en nuestra Constitución. Así convergen estos OAERREMC con sus peculiaridades en atención al órgano administrativo que los creó y al margen de ello, el deber que todos ellos tienen es la resolución de los recursos especiales, en los términos que establece la legislación contractual pública para atender a las Directivas comunitarias. De ahí que lo deseable sería tomar ejemplo de la regulación de aquellos OAERREMC, en la parte que se considere más acertada y trasladarla a la de aquellos que presentan esas carencias, pues con ello se garantiza un trato más igualitario a dichos órganos administrativos evitando de esta manera agravios comparativos.

Y otro tanto sucede con la cuestión concerniente a las unidades de apoyo a estos órganos, pues la ausencia de medios se ha suplido por el esfuerzo personal de los profesionales que realizan su labor en estos órganos administrativos, de ahí que se debería fijar la atención en aquellos que cuenten con una mejor organización y que dicha forma de organización –no tanto desde el punto de vista cuantitativo, pues es notorio el diferente volumen con el que cuentan unos y otros OAERREMC, sino cualitativo– se trasladará a todos consiguiendo una homogeneidad en cuestiones que son comunes a todos ellos, como puede ser que dichas unidades de apoyo figuren en las RPTs de los propios OAERREMC, sin necesidad de que tengan que ser cedidos por el Departamento de turno.

Con este tipo de actuaciones se evitarían suspicacias en torno a la independencia que en todo caso debe caracterizar a estos órganos, logro que ha sido alcanzado puesto que ejercen sus funciones con plena autonomía sin estar sometidos a vínculo jerárquico o de subordinación alguno, lo que les confiere la condición de árbitros en los recursos que se interponen.

El trabajo que realizan los OAERREMC se lleva a cabo con luz y taquígrafo, en tanto que las resoluciones y Acuerdos que adoptan, resolviendo los recursos, en un ejercicio de absoluta transparencia y como prueba irrefutable de su labor, se publican en sus respectivas páginas webs, al igual que las memorias anuales, donde figuran los datos más relevantes, analizando las estadísticas del ejercicio, y se ponen de manifiesto las cuestiones de índole organizativo que les atañen, exponiendo en muchos casos un extracto de la doctrina emanada de sus resoluciones.

Y así, dado que queda mucho camino por recorrer –ya que estamos en los orígenes de la institucionalización de estos órganos administrativos–, convendría que los cimientos que sustentaran a los OAERREMC fueran sólidos, por lo que se debe construir una regulación que atienda a superar aquellas cuestiones que se ha evidenciado que pueden ser mejorables, logrando con ello una buena administración.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2013). *Memoria de la Abogacía General del Estado Dirección del Servicio Jurídico del Estado (2012)*. Ministerio de Justicia – Secretaría General Técnica. Disponible en: [https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/Organigrama/Documents/1292427870162-Memoria\\_de\\_la\\_Abogacia\\_General\\_del\\_EstadoDireccion\\_del\\_Servicio\\_Juridico\\_del\\_Estado\\_2012.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/Organigrama/Documents/1292427870162-Memoria_de_la_Abogacia_General_del_EstadoDireccion_del_Servicio_Juridico_del_Estado_2012.PDF)
- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2021). *Memoria de la Abogacía General del Estado Dirección del Servicio Jurídico del Estado (2020)*. Ministerio de Justicia – Secretaría General Técnica. Disponible en: [https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/Organigrama/Documents/1292427870162-Memoria\\_de\\_la\\_Abogacia\\_General\\_del\\_EstadoDireccion\\_del\\_Servicio\\_Juridico\\_del\\_Estado\\_2020.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/Organigrama/Documents/1292427870162-Memoria_de_la_Abogacia_General_del_EstadoDireccion_del_Servicio_Juridico_del_Estado_2020.PDF)

- mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/Organigrama/Documents/Memoria%20de%20la%20Abogac%3%ada%20General%20del%20Estado-Direcci%3%b3n%20del%20Servicio%20Jur%3%addico%20del%20Estado%202020.pdf
- Díaz Bravo, E. (2019). *El recurso en materia de contratación pública en el Derecho europeo y su aplicación en España*. Tirant lo Blanch.
- Díez Sastre, S. (2021). Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública. En S. Díez Sastre (dir.) y J. Redondo Martín (coord.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2021* (pp. 121-159). Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid (CIJA-UAM). Disponible en: [https://cija-uam.org/wp-content/uploads/2021/11/Informe\\_CIJA\\_2021\\_web\\_Final.pdf](https://cija-uam.org/wp-content/uploads/2021/11/Informe_CIJA_2021_web_Final.pdf)
- Gómez Fariñas, B. (2016). El recurso especial en materia de contratación pública. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, (10), 79-135. Disponible en: [https://www.jacobeaa.edu.mx/revista/numeros/numero10/4.recurso\\_especial\\_materia\\_contratacion\\_publica.pdf](https://www.jacobeaa.edu.mx/revista/numeros/numero10/4.recurso_especial_materia_contratacion_publica.pdf)
- Lazo Vitoria, X. (2016). Nuevas fórmulas de control de la actividad contractual del sector público en España. En E. M. Alonso Regueira (dir.), *El control de la actividad estatal. I. Discrecionalidad, división de poderes y control extrajudicial* (pp. 557-570) (1.ª ed.). Asociación de Docentes de la UBA. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-lazo-formulas.pdf>
- Morón Urbina, J. C. (2022). *El recurso ante tribunales especiales en materia de contratación pública. Instrumento participativo para preservar la integridad en las compras públicas*. Tirant lo Blanch.
- OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN – OIRESCON (2022). *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo XI: Los órganos de control en materia de contratación pública*. Ministerio de Hacienda y Función Pública.
- Rastrollo Suárez, J. J. (2021). Gerencia profesional y contratación pública estratégica: una perspectiva comparada. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (26), 48-60. <https://doi.org/10.24965/gapp.i26.10844>
- Rivero Ortega, R. (2022). Estado de Derecho y democracia. ¿Apocalípticos o integrados? *El cronista del estado social y democrático de derecho*, (101-102), 48-55.
- Santamaría Pastor, J. A. (2015). El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (32), 41-78. Disponible en: [https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.32.\\_Juan\\_Alfonso\\_Santamaria\\_Pastor.pdf/4f2af410-3902-ce7d-cbdd-6acc1d632756](https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.32._Juan_Alfonso_Santamaria_Pastor.pdf/4f2af410-3902-ce7d-cbdd-6acc1d632756)
- Sarsanedas Coll, J. (2020). Recursos especiales de contratación ¿dónde estamos? *Economía Industrial*, (415), 99-110. Disponible en: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/SARSANEDAS%20COLL.pdf>
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES (2012). *Memoria de actividades año 2011*. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Documentos/MEMORIA%20TACRC%202011.pdf>
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES (2022). *Memoria de actividades año 2021*. Ministerio de Hacienda y Función Pública. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Documentos/MEMORIA%202021%20TACRC.pdf>
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID (2022). *Memoria Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid año 2021*. Comunidad de Madrid. Disponible en: <https://www.comunidad.madrid/tacp/memoria-del-tribunal-administrativo-de-contratacion-publica-de-la-comunidad-de-madrid-ano-2021>
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN (2020). *Memoria del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón años 2018-2019*. Gobierno de Aragón. Disponible en: <https://www.aragon.es/documents/20127/38464094/MEMORIA+2018-2019.pdf/ffb50b6a-d4fa-f31b-9e8c-c565d7ad7b48?t=1601451503705>
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN (2022). *Memoria del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón años 2020-2021*. Gobierno de Aragón. Disponible en: <https://www.aragon.es/documents/20127/38464094/MEMORIA+2020-2021.pdf/44d941de-29da-4c52-a960-913695b3df55?t=1667564706026>
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA (2022). *Memoria del año 2021*. Gobierno de Navarra. Disponible en: <https://portalcontratacion.navarra.es/documents/880958/0/Memoria+2021+TACPN+%287%29.pdf/c94d90b1-cb66-1a21-284d-312fc868fdb9?t=1675416605409>
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA (2023). *Memoria del año 2022*. Gobierno de Navarra. Disponible en: <https://portalcontratacion.navarra.es/documents/880958/0/Memoria+2022+TACPN+%284%29.pdf/2ef62ee0-b713-8da4-7d5d-b1a0f6a41dcf?t=1675416682170>
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN (2018). *Memoria 2018*. Consejo Consultivo de Castilla y León. Disponible en: <https://www.cccyl.es/c-consultivo/cm/images?idMmedia=74419>
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN (2022). *Memoria 2021*. Consejo Consultivo de Castilla y León. Disponible en: <https://www.cccyl.es/c-consultivo/cm/images?idMmedia=82866>

TRIBUNAL CATALÁN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (2018). *Memoria 2017-2018*. Generalitat de Catalunya. Disponible en: <https://www.obcp.es/sites/default/files/2019-10/Mem%C3%B2ria%202017-%202018.pdf>

TRIBUNAL CATALÁN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (2020). *Memoria 2020*. Generalitat de Catalunya. Disponible en: <https://contractacio.gencat.cat/web/.content/difusio/publicacions/memories/tccsp/memoria-tccsp-2020.pdf>

Valcárcel Fernández, P. (2022). Importancia de respetar los principios de mérito y capacidad en la selección de los miembros de los tribunales de recursos especiales en materia de contratación. *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, (2). Disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/importancia-de-respetar-los-principios-de-merito-y-capacidad-en-la-seleccion-de-los>

Vilalta Reixach, M. (2022). Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (18), 119-136. <https://doi.org/10.24965/reala.11104>

Documentación Administrativa, número 10, junio de 2023  
Sección: ARTÍCULOS  
Recibido: 14-01-2023  
Modificado: 12-06-2023  
Aceptado: 13-06-2023  
Publicado: 26-06-2023  
ISSN: 1989-8983 – DOI: <https://doi.org/10.24965/da.11172>  
Páginas: 103-118



Referencia: Rodríguez-Blanco, V. y Díez Machín, V. (2023). El abuso de la discrecionalidad en el empleo público de las Administraciones locales: una praxis negativa para una Administración moderna. *Documentación Administrativa*, (10), 103-118. <https://doi.org/10.24965/da.11172>

## El abuso de la discrecionalidad en el empleo público de las Administraciones locales: una praxis negativa para una Administración moderna

### *The abuse of discretion in public employment of local administrations: a negative praxis for a modern administration*

Rodríguez-Blanco, Victoria  
Universidad Miguel Hernández (España – Spain)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8685-7520>  
[victoria.r@umh.es](mailto:victoria.r@umh.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Licenciada en Derecho por la Universidad de Alicante y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología por la UNED. Doctora en Ciencia Política y profesora de esta disciplina en la Universidad Miguel Hernández de Elche. Sus principales líneas de investigación refieren a las complejas relaciones entre la justicia y la política y la calidad democrática del sistema político.

Díez Machín, Vicente  
Ayuntamiento de Elche – Universidad de Alicante (España – Spain)  
ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-3460-5769>  
[vdmachin@gmail.com](mailto:vdmachin@gmail.com)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia. Ha sido asesor jurídico del Ayuntamiento de Cox (Alicante). Técnico de Administración General del Ayuntamiento de Elche desde 1985, habiendo desempeñado tareas de defensa en juicio desde 1991-2019. Profesor asociado del área de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante desde 2003.

---

#### RESUMEN

El presente trabajo pretende ahondar en las perniciosas relaciones entre el abuso de la discrecionalidad política y la corrupción. Aunque se ha avanzado en el marco integral de lucha contra la corrupción y buen gobierno, todavía sigue habiendo espacios para el nepotismo, la politización de la administración y el uso excesivo de la libre designación en el ámbito del empleo público. Una administración ejemplar debe servir los intereses generales con objetividad, eficacia, transparencia y eficiencia. Ante ese reto, todavía resta mucho por hacer.

#### PALABRAS CLAVE

Discrecionalidad política; empleo público; buen gobierno; calidad institucional.

## ABSTRACT

This paper aims to delve into the pernicious relationships between the abuse of political discretion and corruption. Although progress has been made in the comprehensive framework for the fight against corruption and good governance, there are still spaces for nepotism, the politicization of the administration and the excessive use of free appointment in the field of public employment. An exemplary administration must serve the general interests with objectivity, effectiveness, transparency and efficiency. Faced with this challenge, there is still much to be done.

## KEYWORDS

Political discretion; public employment; good government; institutional quality.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL ESPAÑOLA. 1.1. PERSONAL FUNCIONARIO DE CARRERA Y EMPLEO PÚBLICO. 1.2. LA PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN EL TREBEP. 1.3. BREVE REFERENCIA A LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. 1.4. PECULIARIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL ESPAÑOLA. 2. LAS EXIGENCIAS DE UNA ADMINISTRACIÓN MODERNA. 2.1. LA TRANSPARENCIA PÚBLICA COMO REQUISITO DEL BUEN GOBIERNO. 3. DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD. 3.1. LA ARBITRARIEDAD EN DERECHO PÚBLICO. 4. EL ABUSO DE LA DISCRECIONALIDAD POLÍTICA FAVORECE LA CORRUPCIÓN. 4.1. LA LIBRE DESIGNACIÓN EN LOS FUNCIONARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL. 5. LA CORRUPCIÓN AMINORA LA CALIDAD DEMOCRÁTICA. CONCLUSIONES. RECURSOS INTERNET. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN

La metodología utilizada en este trabajo ha sido el análisis doctrinal, marco teórico y estudio jurisprudencial aplicable al texto de referencia. Además, se ha analizado información empírica desde fuentes y organismos oficiales. Se hace un repaso a la regulación de la carrera administrativa en el ámbito local y se conecta con los requisitos del buen gobierno y la calidad democrática para concluir que una buena administración requiere de mayores restricciones en el uso de la libre designación en la Administración pública, especialmente en algunos puestos de control para que puedan actuar de forma preventiva evitando malas prácticas y posibiliten un funcionamiento más ejemplar de la Administración pública.

## 1. LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL ESPAÑOLA

La carrera administrativa, o carrera profesional, es un derecho de las personas empleadas públicas (especialmente del funcionariado de carrera) en todas las administraciones españolas. Puede definirse como el conjunto de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad propios del empleo público. Así reza el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante (TREBEP). Monereo Pérez et al. (2018) resaltan el papel de la formación del empleado público como derecho y elemento de la carrera administrativa, hasta el punto de que incluso el tiempo de formación puede considerarse tiempo de trabajo, justificando permisos y ayudas económicas. Así también Sánchez Morón (2016, p. 163) nos indica que en el sistema tradicional hubo «un derecho a la carrera administrativa del funcionario público», hoy relativizado por cuanto se dirá más adelante.

El sistema de concurrencia para acceder a los distintos puestos de trabajo, normalmente mediante concursos convocados con regularidad, también es pieza fundamental en la carrera profesional. Y ahora mismo, se está tramitando por la Comisión de Hacienda y Función Pública un proyecto de ley de Función Pública de la Administración General del Estado, que articula la evaluación del desempeño como otra técnica distinta, también individual, para conseguir fines similares<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Así, su artículo 81 dice: «1. La evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual anualmente se valora la conducta profesional y se mide el rendimiento o el logro de resultados de las empleadas y empleados públicos, con la finalidad de mejorar



## 1.1. Personal funcionario de carrera y empleo público

El personal funcionario de carrera es aquel servidor público que, por haber superado en igualdad y concurrencia los requisitos legales de mérito y capacidad, desempeña sus funciones con permanencia e inamovilidad, aunque no resulten absolutas. El Diccionario panhispánico del español lo define como «funcionario público nombrado con carácter permanente, que tiene derecho a la inamovilidad en su condición, que solo pierde por jubilación, renuncia, pérdida de la nacionalidad, sanción disciplinaria de separación del servicio o inhabilitación absoluta o especial para cargo público en virtud de resolución judicial». El artículo 9 TREBEP también define la figura en esos términos. Siendo el funcionario de carrera la figura central histórica en derecho público continental (piénsese que en España Jueces y Magistrados, o personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado también lo son, aunque no se rijan únicamente por el TREBEP; y asimismo hay peculiaridades en personal público sanitario o educativo, etc...), el TREBEP también define otras clases de empleados: funcionariado interino, personal eventual, personal directivo profesional y, sobre todo, personal empleado público laboral que, en lo no previsto por el TREBEP, se rige por la legislación laboral (Estatuto de los Trabajadores, convenios colectivos de aplicación y el contrato individual de trabajo, propio de este personal). Eso, en el empleo público les distingue de los funcionarios, cuyo régimen es estatutario y se funda en una resolución administrativa unilateral, el nombramiento, distinta del contrato de trabajo, aunque el contrato de trabajo del empleado público laboral deba hacerse preceder de actos de selección que son actos separables y en su enjuiciamiento será competente la jurisdicción contenciosa.

La evolución reciente de la legislación sobre empleo público en España, más aún después de nuestra incorporación a la Unión Europea, que modula día a día el derecho nacional de los Estados miembros, diluye cada vez más la figura tradicional del funcionario de carrera. Hay Estados miembros de la Unión Europea donde a esta figura le faltan algunas de las características de nuestro régimen legal, como es el caso del Reino Unido, caso de Italia o de los Estados de más reciente incorporación, los que estuvieron mediado el siglo XX al otro lado del telón de acero, etc.

Haremos *excursus* histórico. Funcionarios y trabajadores fueron muy distintos en la Francia de los albores del siglo pasado. Y antes, en el siglo XIX, para el internacionalista Carlos Marx pertenecían a clases sociales enfrentadas, pues el trabajador en el marxismo clásico es proletariado, y el funcionario es persona asimilada a la burguesía.

Hoy el funcionariado y el personal empleado laboral, si están los dos al servicio de los intereses generales y se les retribuye con fondos del presupuesto público, son figuras que se acercan cada vez más en derechos y deberes.

## 1.2. La provisión de puestos de trabajo en el TREBEP

Todas las administraciones públicas en España deben aprobar y mantener actualizadas, para todas sus clases y tipos de personal, Relaciones de sus Puestos de Trabajo (RPT; artículo 74 TREBEP) que describen los puestos, uno a uno concretando sus características, su tipo, sus retribuciones complementarias y su forma de provisión, entre otros. Es un instrumento organizativo técnico complejo, creado por la Ley 30/84, de 2 de agosto, de medidas urgentes en materia de función pública, depurado pronto por la STC 99/1987 en lo que se refiere a puestos laborales; y perfilada por la posterior doctrina contencioso-administrativa del TS. A efectos de estas líneas, es muy interesante para lo que aquí compete, la STS de 17/2/1997 RCA 1352/1990, que contrapone el buen uso de una potestad discrecional como lo es la potestad de autoorganización, a la arbitrariedad que está «siempre prohibida».

En las RPT, a las que una posterior STS 5/2/2014 R. de casación 2986/2012 negó carácter de disposiciones administrativas de carácter general según constata Moreno Molina (2016); se concretan derechos individuales y de ejercicio colectivo de los empleados públicos que ocupan los puestos. Pero, primeramente, se ejerce la potestad de autoorganización de las administraciones que las aprueban, organizando sus es-

---

la productividad de las diferentes unidades y la calidad de los servicios públicos.» Los artículos siguientes del anteproyecto, abundan en ello, si bien la figura existe desde años atrás y hasta hoy se ha implementado en pocas ocasiones. Parece positivo que se ponga acento en el papel de la formación, y se avance en la regulación del teletrabajo, pero aún es pronto para examinar aquí todas las novedades del anteproyecto, pues nos queremos ceñir a normas en vigor en relación al abuso de discrecionalidad en el empleo público. Queda para el futuro ver la posición ordinamental de una Ley sobre la Función Pública de la AGE y cómo afecta, por modificación o derogación, al actual TREBEP.

pacios jerárquicamente inferiores previa negociación sindical (artículos 33, ss. y concordantes TREBEP,) lo que en la práctica se reduce a dar previa audiencia a las organizaciones sindicales más representativas. Se desglosan por centros y órganos en las administraciones más grandes, y en las Administraciones locales es frecuente, ya que casi siempre son de menor tamaño, que solo haya una RPT, si no es que como ocurre todavía en algunos pequeños municipios con los Planes Generales de Urbanismo, que sí tienen carácter reglamentario, están ausentes.

La RPT fue introducida en el derecho administrativo español por la Ley 30/1984, y obedece a la recepción en España del llamado «sistema de empleo» de origen anglosajón frente al escalafón nominal llamado «sistema de carrera» aún vigente en algún Estado miembro de la UE, y anteriormente inspirado en la tradición del derecho público continental europeo. La burocracia de origen germánico, también histórica, fue otro tema, aunque el principio jerárquico en que se basó permanezca presente siempre cuando hablamos de empleo público. La figura, la RPT, está en vigor hoy en el TREBEP. y este prescribe (vid. artículos 78 y concordantes) que la provisión de los puestos, que son los que la RPT debe relacionar, se hará mediante procedimiento de provisión (concurso con carácter general allí donde no esté prevista la libre designación), siempre con previa convocatoria pública en la que se respeten, para quienes pueden presentarse, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Concretaremos algo más. La RPT relaciona puestos y no personas. Debe especificar, para cada puesto, la forma de provisión del mismo. La adscripción de una persona a dicho puesto debe hacerse preceder de un procedimiento administrativo de provisión.

Los artículos 78 y ss. del TREBEP prescriben siempre convocatoria pública para los candidatos que, por reunir los requisitos de admisión, titulación, grupo retributivo, forma en la que accedieron al empleo público, etc. puedan presentarse. Si el tipo de puesto es «no singularizado» (NS) que es el caso del mayor número de ellos, el procedimiento de provisión normal será el concurso. Si el puesto es singularizado (S) cabe la libre designación. En ambos casos, concurso o libre designación, ha de hacerse preceder, insistimos, de convocatoria pública, porque igualdad, mérito y capacidad son principios que, al ser constitucionales (artículos 103.3 y 23.2 CE), penetran toda la regulación del empleo público.

Bien se trate de concurso o de libre designación, es imprescindible la convocatoria pública, con la información necesaria sin omitir nada; en segundo lugar, procedimiento administrativo escrito; en tercer lugar, órgano de selección; «tribunales» o comisiones de valoración que puntúen mérito o capacidad de los candidatos y finalmente resolución de adscripción a un candidato. Esto último, en el caso de concurso será el más valorado por la Comisión (discrecionalidad técnica), y que en el caso de libre designación podría resultar no serlo, a libre apreciación del órgano unipersonal que haya nombrado a la Comisión, si bien la adscripción, que en este último caso será discrecional, tendrá que resultar conforme a derecho según los parámetros aplicables a la discrecionalidad administrativa pura. Por supuesto que si nadie recurre ante los tribunales no pasará nada. No es exclusivo de los Ayuntamientos, pero, si el municipio es pequeño, las posibilidades de recursos factibles a los tribunales se reducen.

### 1.3. Breve referencia a la temporalidad en el empleo público

La temporalidad en el empleo, y por tanto al empleo público, ha sido regulada por la Unión Europea, quien no se detiene ante legislaciones dispares de los Estados miembros. Así las cosas, el derecho europeo ha reaccionado frente al exceso de temporalidad. La Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la Confederación europea de sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública, (CEEP) sobre el contrato de duración determinada es el principal instrumento jurídico para ello. En dicha normativa las instituciones europeas se refieren a toda clase de empleo. El principio de «libre circulación de trabajadores» es inexorable. Europa quiere y construye un único mercado de trabajo europeo y paso a paso lo va logrando.

«El Acuerdo Marco destaca en su preámbulo la preeminencia de la contratación indefinida como “forma más común de relación laboral” y persigue dos grandes objetivos: por una parte, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación y, por otra, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. (...)».

Así dice y se puede ver en el amplio preámbulo de la Ley española 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE de 29 de diciembre).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), comparte la postura, defendida por España, de que no cabe en nuestra Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. Esta opción está excluida categóricamente en el Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En síntesis, la doctrina que ha fijado el TJUE en esta materia dispone, que las autoridades españolas tienen que instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad; y que las diferencias en el régimen jurídico del personal temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin tal y como expresa la reciente Ley 20/2021 de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, inspirada en (y promulgada para) hacer cumplir las directivas europeas<sup>2</sup>.

#### 1.4. Peculiaridades de la Administración local española

Si bien el municipalismo en Europa se pierde en la noche de los tiempos, de hecho, el municipio es más antiguo que el Estado (Sánchez Morón, 2018, p. 148) y así lo manifiesta también la literatura de los siglos XVI y XVII. Nuestra Constitución configuró en 1978 un Estado fuertemente descentralizado. Ciertamente las Administraciones locales en España, especialmente los municipios, son, muy numerosas (más de ocho mil) y variadas en extremo; pues reúnen desde los que están en grandes conurbaciones y capitales, pasando por los turísticos de la costa, hasta los pequeños municipios de montaña y/o «España vaciada». Entidades todas ellas muy distintas en población, y por tanto en presupuesto. Y también en cultura, realidad física y costumbres de sus habitantes.

La financiación de los Entes Locales es diversa, todos tienen lo que se llama «autonomía financiera» unida a su autonomía local, y con cargo a su financiación es como cada entidad ha de retribuir a sus empleados, que son empleados públicos porque cada Diputación Provincial, Municipio, Comarca o Isla es una Administración territorial diferente de la contigua. Los Entes Locales, si sobrepasan en población los cien vecinos (el caso del «Concejo abierto» es especial) se gobiernan a través de elecciones locales por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto regulado por la LOREG (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General), y así aparece la pluralidad política con todas sus consecuencias. La legislación local establece escalas y subescalas de funcionarios no siempre coincidentes con la clasificación profesional de los empleados de administraciones territoriales superiores como la AGE o las administraciones autonómicas; por lo general más grandes, obviamente menos numerosas, mejor financiadas, y más homogéneas entre sí.

Frente a tal diversidad, el ordenamiento jurídico español, entre los siglos XIX y XX, estableció para todo el territorio nacional funcionarios técnicos: los Secretarios de Ayuntamiento, y en los municipios más grandes, los Interventores de Fondos, y en los más grandes aún, los Depositarios, luego Tesoreros. En la actualidad estos funcionarios públicos se denominan «Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional», regidos por normas estatales (RD 128/2018, del Gobierno) con colaboración de normas autonómicas, normativa que es aplicada mediante resoluciones supralocales y finalmente, decisiones que al respecto adopte cada una de las entidades locales.

En resumen, muchos son los males que aquejan a las Administraciones locales en la gestión de su personal y algunos son comunes con los de las restantes Administraciones. Canales (2002, como se cita en Fuentes Santamaría, 2022) ya señaló hace años que en nuestro país las políticas públicas de personal no son tal. Son decisiones políticas sobre materias de personal o una mera gestión cotidiana de los problemas de personal. Tendríamos por tanto no verdaderas políticas, sino un agregado de decisiones, lo que indefectiblemente nos conduce a los problemas de la politización, que cuando se desciende a lo local, es aún mayor. Ya en este terreno, el Consejo de Europa a través del GRECO: «Grupo de Estados contra la Corrupción», ha señalado en alguna ocasión falta de transparencia en las Administraciones locales españolas. Materias como el urbanismo y contratación pública son las más vulnerables a conflictos de intereses y redes clientelares que han generado multitud de casos de corrupción en periodos muy recientes. Las Administraciones necesitan de empleados públicos cualificados e imparciales.

<sup>2</sup> Hay que señalar que el proyecto de ley de función pública 2022 no llega a suprimir del todo la temporalidad al permitir la creación de unidades flexibles para atender a proyectos o necesidades sobrevenidas (artículo 27 del proyecto).

En este contexto, no debe resultar extraño que en lo relativo a funcionarios locales de España, persistan costumbres *contra legem* como la que en alguna sentencia (por todas, S/TSJCV 586/2913, de 16 de julio; sobre hechos del Ayuntamiento de Alicante) se ha venido a llamar «sistema de adscripciones provisionales» que en lo fundamental consiste en, haciendo de lo excepcional lo ordinario y de lo ordinario lo excepcional, no convocar regularmente procesos de provisión de puestos en municipios medianos o grandes sin que casi nadie objete lo más mínimo. Por supuesto, muchos casos hay de entes locales que funcionan normalmente, servidos por personas eficientes y ejemplares (casi siempre alcaldes, concejales y empleados de los más pequeños municipios en España), pero nada de lo que ha dicho el GRECO sobre lo que se indicará más adelante, es ajeno a la problemática del empleo público local.

## 2. LAS EXIGENCIAS DE UNA ADMINISTRACIÓN MODERNA

Si bien, existe extensa y relevante doctrina acerca de la modernización de la Administración desde el ámbito de la Ciencia de la Administración y del Derecho Público, queremos referirnos aquí, únicamente a las exigencias que debe ofrecer la Administración en su entronque con la transparencia y buen gobierno. La Administración moderna debe ser eficaz, eficiente, debe adaptarse a los nuevos entornos sociales y a la innovación tecnológica que aporta la inteligencia artificial, pero sin olvidar que es la ciudadanía el fin último de la acción pública. «Debe situar en el centro a la persona y sus derechos fundamentales» (Rodríguez-Arana, 2013, p. 29). Debe actuar de modo leal y ajeno a un uso selectivo o exclusivo de sectores o amigos. La Administración moderna debe ser instrumento para la satisfacción del interés general.

La eficiencia institucional requiere de una Administración pública ágil y profesional que vele por los intereses generales y no por los intereses electorales de los partidos políticos que dirigen la administración en cada momento. La Administración pública requiere de directivos profesionales, al margen de los tentáculos políticos. «La Administración no es una entidad abstracta, la integran personas tan reales como los ciudadanos a los que sirve y la centralidad de la persona es la primera y principal característica de una buena Administración» (Rodríguez-Arana, 2013, p. 28).

El derecho a la buena Administración ha evolucionado de principio rector a derecho fundamental en el ámbito de la UE (artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Se asocia al buen gobierno o gobernanza (Guillem, 2011, p. 71). Se dice que la buena Administración debe ser horizontal, e inclusiva, donde la ciudadanía sea partícipe en el proceso de elaboración de las políticas públicas, donde existan relaciones participativas entre agentes públicos y sociedad civil. La buena administración, por tanto, es la que se guía por los principios de apertura, participación, transparencia y rendición de cuentas. Para Pinazo (2007, p. 62):

«el principio de buena Administración supone el conjunto de reglas que rigen la gestión de las instituciones públicas y que imponen a éstas últimas un comportamiento que permita alcanzar un equilibrio entre el respeto de los derechos de los administrados y la preservación de buen funcionamiento del sistema de Administración Pública».

La Administración moderna se rige por la cultura del gobierno abierto que ha sido definido por el Consejo de la OCDE como una cultura de gobernanza que promueve los principios de transparencia, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas.

No obstante, lo que se ha avanzado, la Administración todavía tiene muchos aspectos que mejorar<sup>3</sup>. Sostienen (Boix y Soriano, 2021, p. 55) que «los sistemas de selección de personal empleado público de que disponemos en la actualidad, sencillamente, no parecen correctamente diseñados para seleccionar a los mejores candidatos y candidatas para el desempeño de las funciones públicas».

En materia jurisdiccional, por ejemplo, tampoco existe satisfacción de la ciudadanía cuando se recurre a la Administración, por las prerrogativas de éstas, porque es caro, porque es difícil que los asuntos prosperen para la persona litigante (Soriano, 2014, p. 2764). Los juicios se demoran, porque la Administración cuenta con abogados suficientes para «pleitear», porque paga el Estado, porque el Juez no suele revocar con mucha frecuencia el acto administrativo recurrido, etc. Se debe todavía mejorar la calidad de la relación del ciudadano con la Administración que sigue ostentando muchos privilegios y sigue teniendo reconocidas mu-

<sup>3</sup> Según el CIS, más del 65 % de la ciudadanía se siente insatisfecha con el funcionamiento de la Administración de Justicia.

chas ventajas. «Los actos se motivan muy genéricamente, cuando no en términos inaceptables» (Soriano, 2014, p. 2764). El ciudadano, por tanto, no siempre ve a la Administración como una organización a su servicio y que le asista. Más bien la percibe como un instrumento de poder del que conviene alejarse (Soriano, 2014, p. 2771). En este escenario, al margen de las normas que se están desarrollando y las recomendaciones que están haciendo a España, determinadas organizaciones internacionales, queda todavía mucho por hacer para que la Administración sirva con objetividad y fielmente los intereses generales de la ciudadanía.

## 2.1. La transparencia pública como requisito del buen gobierno

En el marco del buen gobierno, la transparencia se presenta como un elemento imprescindible mínimo, como un pre-requisito o dimensión esencial de aquel. La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política tal y como indica el preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Aunque no existe una definición de transparencia en la ley que lleva su nombre, podemos sostener siguiendo a Florini (1999, como se cita en Ros-Medina, 2022), que la transparencia es lo opuesto de secreto y secreto significa ocultar deliberadamente tus acciones, así la transparencia significa revelarlas deliberadamente. También la misma autora sostiene que es la divulgación de información relevante por parte de las instituciones, un criterio para poder evaluar a esas instituciones. Por tanto, existe un nexo ineludible entre la información que ofrece la Administración y la capacidad de la ciudadanía para valorar, y evaluar la acción de esa administración, o institución. La consideración del derecho de acceso a la información como derecho fundamental exigirá «una intensa motivación concreta de la restricción, eludiendo fórmulas estereotipadas o genéricas» (Cotino, 2014, p. 251)<sup>4</sup>. Ros-Medina (2022, p. 49) diferencia transparencia activa de pasiva. Así la transparencia activa puede ser considerada como la información que publica las Administraciones en su página web, mientras que la transparencia pasiva sería la información que éstas ofrecen como consecuencia de la solicitud de información que realiza la ciudadanía. Una es opcional para la administración, cuelga lo que «quiere colgar» o aquella información exigible por imperativo legal en su página o repositorio institucional, y la otra, la transparencia pasiva en este caso ya no es opcional, debiera ser respondida y facilitada sin ningún tipo de rubor a petición de la ciudadanía<sup>5</sup>.

La transparencia también evita y previene la corrupción. En este sentido se han venido adoptando en los últimos años un conjunto de medidas con la intención de luchar contra la corrupción y mejorar el desempeño de la acción pública. La Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, el Consejo de la transparencia y Buen Gobierno, la Ley 3/2015 de 30 de marzo que regula el ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, los Planes nacionales de Gobierno Abierto (el IV abarca el periodo 2020/2024), la creación de la oficina de conflicto de intereses, normativa autonómica y agencias antifraude en las Comunidades Autónomas han supuesto un avance importantísimo en la lucha contra la corrupción<sup>6</sup>.

Al cierre de este trabajo se ha publicado la Ley 2/2023 de 20 de febrero que incorpora la directiva de la UE 2019/1937 de 23 de octubre. La norma pretende la protección del denunciante y se presenta como un instrumento complementario en la lucha contra la corrupción. La finalidad de la Ley es la de proteger a las personas que en un contexto laboral o profesional detecten infracciones penales o administrativas graves o

<sup>4</sup> Para una visión crítica sobre un derecho constitucional a la transparencia puede verse Villaverde Menéndez (2019), quien señala que no existe un derecho constitucional de la transparencia aunque puede concebirse como valor constitucional y cuyo reconocimiento máximo estaría comprendido en el artículo 42 de la carta europea de los derechos fundamentales de la Unión Europea que establece el derecho de acceso a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión cualquiera que sea su soporte.

<sup>5</sup> Recientemente solicité al portal de Transparencia información desglosada por provincias de las manifestaciones contra el COVID-19 que se produjeron en la Comunidad Valenciana durante un periodo concreto. Me la facilitaron en un documento pdf enseguida, pero advertí y así se lo dije que esa información no era exacta, me constaba fehacientemente que faltaban datos. Sin embargo, me volvieron a remitir el mismo documento. La Administración tenía instrumentos suficientes para haberme facilitado esa información por vía de requerimiento a las subdelegaciones del Gobierno que son las Administraciones que autorizan las manifestaciones. No ejercitaron fielmente su obligación de transparencia pasiva. Siempre tendré la duda de si ocultaron información deliberadamente. Esta experiencia fue objeto de comunicación en el VII Congreso Internacional de Transparencia celebrado en Cartagena en septiembre de 2022.

<sup>6</sup> El IV Plan Nacional de Gobierno Abierto pretende seguir avanzando en cuatro bloques, la transparencia, la participación, la integridad y la sensibilización y formación con el propósito de cumplir 10 compromisos, entre ellos la reforma del marco regulatorio, un plan de refuerzo de transparencia y rendición de cuentas, sistemas preventivos de integridad pública y un observatorio sobre gobierno abierto como más destacables.

muy graves y las comuniquen mediante los mecanismos regulados en la misma. Todas las entidades que integran el sector público estarán obligadas a disponer de un Sistema interno de información. Dicha obligación también afecta a sindicatos, organizaciones empresariales, partidos políticos y fundaciones que se nutran con fondos públicos.

Se ha comprobado que existe una relación inversamente proporcional y así, a mayor transparencia, menor corrupción. Aunque se ha avanzado mucho en el marco normativo, la regulación de instrumentos para mejorar la transparencia pública sigue siendo necesaria. Así el Grupo GRECO sigue llamando la atención en cada ronda de evaluación que realiza a nuestro país sobre recomendaciones incumplidas y no siempre implementadas.

En esta lucha contra la corrupción no hay que obviar tampoco la gran labor desempeñada por la ONG Transparencia Internacional que en España fue pionera en la elaboración de índices para medir la transparencia de las Administraciones públicas, y en su gran labor de concienciación sobre los males que genera la corrupción al sistema político. Su labor en la lucha contra la corrupción ha supuesto un aporte social susceptible de elogio. No obstante, todavía quedan rendijas abiertas que impiden la implementación de un servicio público totalmente neutro, que atienda con objetividad a los intereses generales y que sea completamente ajeno a las influencias políticas. De hecho, no se han resuelto todavía las conexiones entre los actores políticos y la administración en cuanto al uso y abuso de los nombramientos discrecionales en el ámbito de la administración. Jiménez Asensio (2022, p. 2) nos recrea las dificultades materiales de implantar una Administración pública profesional en «un sistema político administrativo asentado sobre bases del clientelismo político o del patronazgo».

### 3. DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD

Se debe distinguir la discrecionalidad de la arbitrariedad. Y ellas, a su vez, de los conceptos jurídicos indeterminados. En la discrecionalidad caben varias soluciones justas. Cuando el concepto jurídico es indeterminado, han de determinarlo luego los tribunales y sólo hay una solución justa (STS 23 de octubre de 1987). En el caso de la arbitrariedad; ninguna solución es justa; se abordará más adelante. Sobre discrecionalidad como categoría se puede distinguir cierta la discrecionalidad política de la jurídica. La primera sería una discrecionalidad finalista, fuerte, no cuestionable ni sustituible. Frente a ella la discrecionalidad jurídica es la que usan siempre los jueces y tribunales cuando, al interpretar las normas, tienen que tomar decisiones para resolver los asuntos jurisdiccionales. La discrecionalidad jurídica es una discrecionalidad débil porque, al utilizarse, emplea criterios que están en el ordenamiento jurídico.

En Derecho, dejando aparte la discrecionalidad del juez al dictar una sentencia, la discrecionalidad administrativa, que es la que nos interesa, es una técnica jurídica similar, relativamente reciente en términos históricos (siglos XIX y siguientes). Cuando se trata de discrecionalidad administrativa se hace posible el posterior control por los Tribunales de la juridicidad de las resoluciones y actos administrativos cuando no hay una norma concreta habilitante que aplicar al caso en todos o en alguno de sus aspectos.

Un buen ejemplo de discrecionalidad administrativa lo ofrece la aplicación de las leyes sobre carreteras. Estas leyes, que son muy detalladas en casi todo lo que prescriben (dimensiones físicas, clase de carretera, materiales con los que está construida, etc.), no prevén ni pueden prever el concreto trazado de la carretera, pues ninguna ley de los parlamentos actuales llega al detalle de establecer sobre un plano el trazado y trayectoria de una carretera nueva para el futuro. Cuando la administración aprueba el proyecto de una carretera concreta, que es el que contiene su trazado, hay al menos un aspecto en el que no se atiene a una ley previa, ya que ésta no le dice ni le puede decir por dónde ha de transcurrir la carretera. Y así tenemos que el aspecto: «¿por dónde ha de transcurrir?» resulta de apreciación discrecional. En este caso sería discrecionalidad técnica, pues la apreciación de la administración depende de los criterios técnicos de los autores del proyecto, normalmente titulados en ingeniería.

Por sí misma, en Derecho, la discrecionalidad del poder administrativo (como la judicial, que permite variar la jurisprudencia) no es un desvalor, antes, al contrario, pues bien, empleada permite políticas públicas plurales de poderes legítimos cuando aún no se dispone de normas que regulen el caso (vale aquí citar, por ejemplo, el uso de la informática y las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y otros temas similares por las novedades que aportan). Dependerá, pues, de cómo se aplique la discrecionalidad administrativa. Se puede aplicar bien o mal; así, por ejemplo, se aplica mal, desbordando el Derecho, cuando el poder público al usarla se aparta del interés público, de las normas sobre competencia y procedimiento,

de los principios generales del Derecho, de los derechos fundamentales de la Constitución y Tratados, o de los hechos determinantes presupuesto del caso.

Imaginemos el supuesto extremo de que el proyecto de una nueva carretera tenga un fuerte desvío, una curva pronunciada, la necesaria para evitar que a la finca de la que es propietaria una autoridad con interés e intervención en el asunto le afecte el nuevo trazado. El desvío de suyo implica mayor coste de la carretera si bien liberará a esa autoridad de que le expropien terreno. Si hay delito o deber de abstención (parece evidente), aprobar ese trazado, sin duda, es discrecionalidad contra el Derecho, pues, aunque las leyes de carreteras nada digan sobre el trazado, es evidente que su aprobación es contraria a los intereses públicos.

Conviene recordar que cuando la Administración Pública omite su obligación de motivar, de explicar el porqué de su criterio discrecional, está rayando en estos límites de la discrecionalidad y esto nos debiera hacer reflexionar sobre el silencio, la inactividad y otros tipos de omisiones administrativas, siempre perniciosas, porque tras esas omisiones pueden esconderse actuaciones antijurídicas (Sánchez Morón, 2021). De elaboración jurisprudencial, la «discrecionalidad administrativa» mal empleada, está históricamente unida a la «desviación de poder».

El abuso de derecho, *inter privatos* (Código Civil, artículo 7.2), existe esencialmente cuando alguien que tiene un derecho subjetivo abusa de él para lograr ventajas o consecuencias no queridas por la ley. Cercanas están las figuras del fraude de ley o el ejercicio antisocial del propio derecho. Cabe emparentar el abuso de Derecho, en el ámbito privado, con lo que sería «abuso de discrecionalidad» en el ámbito público, pues si los poderes públicos abusan de sus prerrogativas legales por la vía de aplicar mal su discrecionalidad, pueden desvirtuar los fines queridos por las leyes que los regulan, que son precisamente las que a ellos mismos les conceden dichas prerrogativas. El paralelismo entre estos dos conceptos, *mutatis mutandi*, nos parece evidente, y por eso se quiere exponer. Se nos dirá que el «abuso de discrecionalidad» puede subsumirse en alguno de los supuestos anteriores de mal empleo de la misma y es cierto. Pero enlazar abuso de derecho y discrecionalidad administrativa tiene la ventaja de describir muy gráficamente actuaciones excesivas. Conceptos del derecho civil, más antiguo, nutren siempre el derecho administrativo, como por ejemplo cuando se habla de buena fe administrativa, coincidente con el principio de confianza legítima al que se refieren leyes administrativas más recientes.

### 3.1. La arbitrariedad en Derecho público

Sobre el Estado de Derecho (artículo 1), la Constitución Española de 1978 plasma en el artículo 9.3, junto a otros principios constitucionalizados, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Y esto es así, como sostiene Agudo Zamora et al. (2011) porque simplemente estamos ante la subordinación del poder al Derecho. La arbitrariedad, lo arbitrario, resulta ser negación del Derecho porque es negación de la razón. Se trata de uno de los más importantes, si no el principal, de los desvalores jurídicos, y así nos lo dice el TS en numerosas sentencias<sup>7</sup>. La Real Academia de la Lengua Española, define el adjetivo «arbitrario/a» como «sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón». De modo que por interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos debemos entender prohibición de que los poderes públicos actúen conforme a la mera voluntad, al mero arbitrio, de sus titulares, sin ajustarse a normas.

El acto arbitrario en España contiene elementos del tipo penal «prevaricación administrativa» (artículo 404 Código Penal), si concurre en la conducta de persona que es autoridad administrativa o funcionario y conlleva responsabilidad penal. En el Estado Social y Democrático de Derecho rige el imperio de la ley, norma escrita, general, incondicionada, de vigencia indefinida en el tiempo y solemnemente promulgada, a la que están sujetos todos los poderes del Estado. La actuación huérfana de todo fundamento jurídico es propia del despropósito o simplemente del despotismo. Esto es así porque el Derecho y la ley nunca pueden ir contra la razón, como sienta un vetusto apotegma por lo menos desde las antiguas culturas clásicas de Grecia y Roma.

Desde el siglo XX estamos construyendo en Europa un espacio plurinacional común donde no puede tener acogida ningún género de arbitrariedad porque ese espacio común es jurídico. El Consejo de Europa, la Unión Europea y sus más altos Tribunales, el TEDH y el TJUE, no se amilanan en esa construcción, aún inacabada.

<sup>7</sup> Por todas, señalamos algunas de las más importantes: SSTS 22 de noviembre de 2006, ponente Maurandi Guillén; 14 de julio de 2003, ponente Fernández Montalvo; 27 de noviembre de 2006, ponente Enríquez Sancho; 20 de noviembre de 2013, ponente Fernández Valverde.

Por todos, aquí en España en nuestro tiempo, valen los numerosos pronunciamientos sobre la interdicción de la arbitrariedad del TC español. Según doctrina de este tribunal, «la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda justificación» «(...) sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles (...) y de todas sus eventuales consecuencias» (STC 74/2022, de 14 de junio, FJ 3, y las concordantes en ella citadas 196/2011, de 13 de diciembre, FJ 13, y 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 6). Es importante la relación que, en los anteriores textos jurisprudenciales, se establece entre la arbitrariedad y la discriminación, pues ésta también es un fuerte desvalor constitucional si tenemos en cuenta el principio-derecho de igualdad del artículo 14 CE, aún, sabiendo que no toda desigualdad es discriminatoria: STC 93/1984, de 16 de octubre FJ 3. Todo ello tiene relación también con el derecho fundamental del 23.2 CE «a acceder a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad con los requisitos que señalen las leyes».

En el ámbito jurídico administrativo, es inevitable citar resoluciones judiciales como la STS de 20 de noviembre de 2013 de la Sala Tercera, sobre control jurisdiccional de indulto penal en el ámbito contencioso-administrativo, donde se habla de la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad por falta de motivación del indulto examinado. O, volviendo a las funciones públicas, ya en el ámbito local, la sentencia que examinó y anuló, en la década de los 90, la actuación del alcalde de Marbella, a la sazón Jesús Gil y Gil, decretando «vacaciones forzosas» del Secretario del Ayuntamiento (no en vano el DRAE define «alcaldada» como «acción *arbitraria* o desconsiderada que ejecuta un alcalde o cualquier persona que abusa de su autoridad»). Otras sentencias, del ámbito penal, han condenado penalmente a autoridades locales que se han hecho acreedoras de ello.

#### 4. EL ABUSO DE LA DISCRECIONALIDAD POLÍTICA FAVORECE LA CORRUPCIÓN

El principio del mérito y la capacidad es una garantía constitucional / legal para los ciudadanos que quieren acceder a la función pública (Jiménez, 2022, p. 24). La buena Administración Pública tiene mucho que ver con la adecuada preparación de las personas que dirigen los organismos públicos (Rodríguez-Arana, 2013, p. 25). El artículo 80 de la ley del Estatuto del Empleado público establece que la libre designación consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto.

La Administración cuando se sirve del mecanismo de la libre designación corre el riesgo de politizarla, quebrando así el principio de igualdad de la ciudadanía, previsto en la Constitución. Rodríguez-Arana (2014) ha señalado como un principio esencial de la ética pública que los procesos selectivos para la carrera administrativa deben basarse en el mérito y la capacidad. Además, es relevante que exista una identificación del empleado público con los fines de la organización. Que no sea un mero desempeño de un trabajo. La vocación y la simbiosis con el interés colectivo debe ser un principio esencial. Sostienen Ramió y Alsina (2016, p. 49) que un directivo profesional que ocupa un puesto de libre designación «tiene siempre la amenaza del cese y esto acaba generando incentivos relacionados con la acomodación a las preferencias del directivo político y con la evitación de los problemas críticos de la organización». Igualdad, mérito y capacidad se han señalado por tanto como principios fundamentales en el acceso a la función pública de «una Administración pública contemporánea de un estado moderno» (Rastrollo Suárez, 2016, p. 1).

Sin embargo, no siempre operan estos principios y en algunas ocasiones se ha valorado como mérito la «docilidad» de un candidato predeterminado antes que otras virtudes. Resulta paradójico el caso de un empleado de un ayuntamiento andaluz que fue cesado porque denunció algunos casos de corrupción. El TSJ de Andalucía tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en su Resolución 857/2019 expresando en su fundamento jurídico sexto:

«...pero los políticos muchas veces se rigen por criterios de oportunidad que marcan las directrices o decisiones a adoptar y que deben ser ejecutadas por los funcionarios que ocupan los puestos de alta dirección. Por ello se reservan en las RPT respectivas al sistema de libre designación que permite la discrecionalidad tanto para el nombramiento como para su cese y donde además de los méritos profesionales se valora la idoneidad o capacidad de docilidad y afinidad con el órgano convocante o cesante.»

En el caso concreto, el apelante tenía dudas de que hubiera sido cesado por denunciar algunos casos de corrupción en algunos ayuntamientos de esa Comunidad Autónoma. Lo que debiera haber sido una acti-



tud digna de elogio le supuso un perjuicio al ser cesado por pérdida de confianza. Este tipo de resoluciones no ayuda a prevenir la corrupción pues, si la legislación lo permite, los políticos, usarán la medida legal y los tribunales se verán obligados a priorizar la docilidad y relación de sumisión frente al heroísmo en la lucha contra la corrupción. Ello no redundará en una función pública ejemplar.

La objetividad presume racionalidad, precedente administrativo y coherencia, pero ningún partido político ha mostrado verdadero interés en profesionalizar el escalón directivo de las Administraciones públicas como sí ocurre en otras democracias avanzadas (Jiménez Asensio, 2022, p. 166). De la memoria referida al año 2021 de la Agencia Antifraude de la Comunidad Valenciana se desprende que el mayor grueso de denuncias se refiere a la gestión de los recursos humanos, (un 45 % del total de las denuncias presentadas) y de ellas el 21 % refieren a los procedimientos de selección. La Administración local recibe el 67,13 % de las denuncias<sup>8</sup>.

La provisión de puestos a través del procedimiento de libre designación debiera ser excepcional porque así lo establece el Estatuto del Empleado Público y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Aliaga, 2020, p. 25), sin embargo, su uso desborda el carácter excepcional. Como ha señalado entre otras la Sentencia TS 31/7/2012 no basta que el puesto esté previsto en la Relación de Puestos de Trabajo, sino que esté motivado suficientemente que dichos puestos no pueden ser cubiertos a través de procedimientos ordinarios de provisión, de forma ordinaria. El ejercicio de la discrecionalidad requiere de una motivación visible y suficiente. El sistema de libre designación alberga multitud de casos de nepotismo, corrupción y clientelismo (Aliaga, 2020, p. 37). La libre designación sigue existiendo en el proyecto de ley de la función pública de la Administración del Estado<sup>9</sup>.

La libre designación entraña potestades discrecionales. La cualidad discrecional se puede definir en oposición al acto reglado (Navarro, 2014, p. 201). No obstante, la discrecionalidad no es ajena al principio de legalidad y cuando se aparta de ella, decae en arbitrariedad. El artículo 9.3 de nuestro texto constitucional impide la arbitrariedad, por tanto, la discrecionalidad debe ser ejercida dentro del ámbito legal. Ajustada y limitada.

La jurisprudencia comunitaria considera que la motivación del acto administrativo cumple una doble finalidad, permitir los derechos de defensa del ciudadano a conocer los motivos que hay detrás de la actuación administrativa, así como también posibilitar el posterior control judicial por los tribunales (Guillem, 2011, p. 98).

#### **4.1. La libre designación en los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional**

Pese a todo el recorrido legal e instrumental en el marco de lucha contra la corrupción, persisten las dudas sobre si de verdad la élite política que dirige la Administración quiere renunciar al uso de la elección libre entre diversos candidatos que van a desempeñar puestos de trabajo que son claves en la jerarquía administrativa. Así, llama la atención que recientemente la última regulación sobre funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional se haya mantenido la libre designación para el cuerpo de estos empleados públicos. Los antecedentes del uso de la libre designación en la función pública para personal diferenciado del eventual, de estricta confianza política se encuentra en la Ley 31/1991 y Ley 10/93. Después vendría consagrada por la Sentencia del TC 235/2000 de 5 de octubre y ha seguido regulada en el Estatuto del Empleado Público. Ahora de forma específica también se contempla en los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

El artículo 1 del Real Decreto 128/ 2018 de 16 de marzo establece que el objeto de la norma es el desarrollo del régimen jurídico de este tipo de funcionarios, la delimitación de sus funciones, la estructura y acceso y señala que la forma de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional será mediante concurso o «sistema excepcional de libre designación». Por tanto, la libre designación se prevé en inicio como un modo excepcional de provisión. El artículo 27 del citado Decreto desarrolla el sistema de provisión y establece en su apartado a) que los puestos de

<sup>8</sup> <https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2022/03/MEMORIA-DACTIVITAT-2021-VAL.pdf> (p. 141). La Agencia Antifraude fue creada por Ley 11/2016 de 28 de noviembre de la Generalitat Valenciana. Su fin último es ser instrumento de «prevención y lucha contra el fraude y la corrupción en aras al fortalecimiento de la actuación de las instituciones públicas valencianas».

<sup>9</sup> La libre designación sigue existiendo como forma de provisión en el proyecto. Tiene carácter discrecional, aunque debe estar motivado y se prevé una duración mínima de dos años como funcionario de carrera en el cuerpo en el que participa. También cabe la libre designación en la carrera profesional denominada vertical (artículo 88: «La adjudicación de un puesto por libre designación en la carrera vertical tendrá carácter definitivo»).

trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional se proveerán por concurso de méritos, que será el sistema normal de provisión y en su apartado b) se añade que excepcionalmente, los puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, podrán cubrirse por el sistema de libre designación entre funcionarios de la subescala y categoría correspondiente en los siguientes supuestos previstos en el artículo 92 bis de la Ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de las Bases de Régimen Local:

- 1.º «En los municipios incluidos en el ámbito subjetivo definido en los artículos 111 y 135 del texto refundido de la Ley reguladora de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo».
- 2.º En las Diputaciones Provinciales, Áreas Metropolitanas, Cabildos y Consejos insulares.
- 3.º En las Ciudades de Ceuta y Melilla.

Por tanto, la extensión de la libre designación hace irreconocible el carácter excepcional de su aplicación. Ya que, por remisión a dicho texto refundido, los municipios incluidos en el ámbito subjetivo de artículo 111 comprenden aquellos que sean capitales de provincia o de Comunidad Autónoma y a los municipios que tengan una población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes. Así, por ejemplo, en la Comunidad Valenciana, pueden ser provistos mediante libre designación además de las tres Diputaciones Provinciales, los ayuntamientos de Alicante, Elche, Orihuela, Torrevieja, Castellón, Valencia, Gandía y Torrente. Son los Secretarios municipales, los Interventores y Tesoreros los funcionarios públicos encargados del control económico, el control legal de la actividad municipal, quienes ostentan la competencia de mayor vigilancia en las decisiones públicas municipales.

En un contexto normativo de medidas e instrumentos preventivos para atajar un mal que ha dañado la imagen de la clase política, ha generado desafección y ha vaciado arcas públicas, hubiera sido conveniente eliminar la libre designación para el ejercicio de estas funciones. Llama la atención que en la exposición de motivos del Real Decreto 128/2018 de 16 de marzo se hable específicamente de la necesidad de garantizar la eficacia de las funciones de control interno de las Entidades Locales y, sin embargo, pese a la abundante doctrina reiterada y autorizada en contra del sistema de libre designación para el personal funcionario en general y el de los habilitados nacionales en particular, se siga admitiendo este sistema de provisión.

La libre designación es la principal arma en la politización de la carrera administrativa y una de las claves de la corrupción en la gestión pública, (Fondevila, 2013). La libre designación se basa en la confianza entre el que elige y el que es elegido, es un instrumento válido para ciertas relaciones de trabajo, pero no lo es para la Administración pública que sirve o debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (artículo 103.1 de la Constitución). Como señalan Villoria y Jiménez (2012, p. 2): «la corrupción en España se ha desarrollado ante todo en el nivel local de gobierno».

Los funcionarios con habilitación nacional son agentes públicos de prevención de la ilegalidad y de la corrupción, pero «la libre designación pone a prueba la lealtad a la legalidad y favorece presuntas ilegalidades» (Fuentes i Gasó, 2015, p. 24). Las funciones esenciales reservadas a estos funcionarios de asesoramiento, control económico-financiero y control de legalidad debieran por sí mismas ser objeto de provisión por concurso-oposición y ajenas a toda influencia política, siempre y cuando queramos conseguir una verdadera cultura de la transparencia y buen gobierno que evite la «politización de la administración» y se piense en reducir las posibilidades de la corrupción. Los mecanismos preventivos pueden limitar la discrecionalidad en el seno de la Administración y son necesarios para evitar malas prácticas y posibilitar un funcionamiento más eficaz de la Administración. La labor preventiva de estos empleados públicos es un excelente cortocircuito a posibles corruptelas en la Administración. Sería deseable una futura regulación que suprimiera la libre designación para la provisión de estos funcionarios, precisamente cuando la norma permite su uso en ayuntamientos que maneja importantes presupuestos y ejercen relevantes competencias especialmente en materias «susceptibles» a prácticas corruptas. Otra opción menos ambiciosa sería que el legislador acote los criterios y el modo de ejercicio de la libre designación en los supuestos que todavía perduran.

## 5. LA CORRUPCIÓN AMINORA LA CALIDAD DEMOCRÁTICA

Sostiene Pasquino (2000, p. 71) que «el grado de satisfacción de los ciudadanos frente a las respectivas instituciones democráticas constituye una medida cierta de calidad de esa democracia». Según el Informe del BBVA elaborado por Alcalá Agulló y Jiménez Sánchez (2018) que analiza diversos índices que afectan

a la calidad democrática de nuestro sistema institucional, se desprende que la corrupción tiene costes económicos directos, además de un impacto negativo sobre el esfuerzo, la innovación, la desincentivación a la inversión, o la ineficacia administrativa.

Aunque la preocupación por la corrupción desde la percepción ciudadana ha disminuido en los últimos barómetros del CIS, posiblemente porque la pandemia y la crisis del COVID-19 han priorizado la preocupación de los españoles, se siguen dando casos de corrupción precisamente ligados a las compras públicas de material sanitario durante las primeras situaciones de emergencia. En sentido inverso a la percepción de corrupción en la esfera pública se ha incrementado las reclamaciones y peticiones de información al Consejo de Transparencia.

Según los índices de Transparencia Internacional, del año 2021, España obtiene una puntuación de 61 sobre 100, quedando muy lejos de las posiciones de países como Dinamarca, Nueva Zelanda, Finlandia o Noruega que ocupan las mejores posiciones (85/88 sobre 100). Por tanto, existen retos por delante para mejorar nuestra calidad institucional<sup>10</sup>. La transparencia y buen gobierno no sólo se refiere al acceso a la información pública, sino que se trata de un conjunto de medidas necesarias para poner al ciudadano en el centro de la acción pública. La actividad pública se orienta hacia la ciudadanía y está sujeta al principio de responsabilidad y la rendición de cuentas<sup>11</sup>. Por tanto, la cultura de la transparencia y buen gobierno debe impregnar y ser permeable a todo el entramado de la Administración. Se trata de una cultura de valores que debe regir en la Administración. «Es necesario exigir una cultura ética a los gestores públicos» (Molina y Mayor, 2018, p. 9). Sin embargo, el buen gobierno se compagina mal con la politización de la Administración. Desde hace años se viene produciendo una confusión o interrelación en el ámbito de la administración entre la carrera funcional y la carrera política. Esta relación es muy perjudicial para los valores que reclaman una calidad democrática como son la rendición de cuentas, la transparencia o la responsabilidad. La libre designación de los funcionarios es el modo que permite generar clientelismo y también confusión entre la carrera política y la función pública. Román (2010) aprecia tres formas de «politización» de las Administraciones públicas. Una, sería «estructural», aquellos cargos de confianza que llegan y cesan al mismo tiempo que cambian los gobiernos. Son gestores que «obtienen sus puestos gracias al favor clientelar y ejercen labores de comisariado político» (Muñoz Molina, 2014). Otra forma sería la «funcional», se trata del personal que realiza funciones de apoyo a la toma de decisiones, pero fuera de la jerarquía administrativa, en una posición horizontal. Por último, encontramos la politización de la «carrera profesional» cuando los criterios de mérito y capacidad no son los únicos requisitos suficientes para promocionar profesionalmente, sino que el puesto se ocupa en virtud de la confianza política.

La politización de la Administración anula la distinción entre Administración y gobierno y difumina las responsabilidades de ambas instituciones. «La separación entre ellas permite seguir defendiendo la neutralidad política de los funcionarios como uno de los principios organizadores de las modernas Administración Públicas» (Román, 2010, p. 855). Existe suficiente doctrina sobre la extendida práctica *Spoils System* de «nombrar amigos políticos» (Bodiguel, 2010, p. 725). Una vez que un partido político gana las elecciones y obtiene el gobierno, empieza a controlar, empresas públicas, organismos autónomos, y pasa a «ocupar» la Administración en todos sus niveles. La renovación y cese de los cargos de carácter político, ministerios, secretarías de Estado, Direcciones Generales, etc. «perjudica la neutralidad e instrumentalidad de la Administración» como sostiene Beltrán (2010, p. 1038).

También, los empleados públicos en la mayoría de las Administraciones desempeñan su función sin adscripciones definitivas, las relaciones de puestos de trabajo no se terminan de establecer y la ocupación de puestos de forma provisional o por asignación discrecional impiden, a los trabajadores que accedieron por oposición a la función pública, ejercer con toda potencialidad su puesto de trabajo. Se encuentran sujetos a jefes superiores que ejercen funciones políticas pero que en ocasiones desconocen el funcionamiento de la Administración. Se ven obligados a atender a superiores jerárquicos políticos que son los que dirigen la administración. Como sostiene Nieto (1992, p. 54) se ha sustituido la jerarquía «por técnicas funcionalmente jerárquicas, pero sin las garantías formales, jurídicas y constitucionales que ofrece la jerarquía». Se trata de uno de los efectos de la partidocracia entendida como «las distorsiones en el funcionamiento de los canales de mediación entre la sociedad y el sistema político y que afectan sobre todo al concepto de la representación y están marcados por la oligarquización y estatalización de los partidos políticos, así como por la corporativación de los intereses» (Dahl, Sartori y Vallespín, 1999, p. 4).

<sup>10</sup> <https://www.transparency.org/en/cpi/2021/index/esp>

<sup>11</sup> El artículo 4.d de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana expresa que la actividad pública se articula en torno a la ciudadanía, como eje y referencia de su estrategia.

Las Administraciones no son organizaciones políticas, sino entes diferenciados de los políticos que las dirigen en cada momento. Siempre se ha dicho que los gobiernos cambian, pero las Administraciones permanecen, aunque por el uso y abuso de los partidos políticos sobre ellas, cuando cambian los gobiernos también cambia la fisonomía de la Administración. La casuística nos ofrece muchos ejemplos de incumplimientos legales en las Administraciones públicas<sup>12</sup>. Las conexiones entre los políticos y los altos cargos de la Administración siguen existiendo y eso disminuye la eficacia de los órganos que ejercen o deben ejercer la función de vigilancia. Como ha señalado Jiménez (2022) siguen sin establecerse prohibiciones o restricciones para prevenir actividades inadecuadas o el riesgo de nepotismo. Crespo González (2021, p. 20) señala así mismo como males de nuestra Administración la existencia de «una función pública cerrada en la entrada y en la salida, politizada y corporativizada».

Una función pública profesional es fundamental para el desarrollo de instituciones sólidas que generen confianza en los ciudadanos y favorezcan los procesos de consolidación democrática. En nuestro caso, la Oficina de conflictos de intereses no es gestionada al margen del gobierno, sino que depende del ministerio de Política Territorial y función pública, con lo que desaparece de facto la función de control al ser juez y parte.

El Grupo GRECO ha requerido en diversas ocasiones sobre la necesidad de una mayor independencia de los órganos de control respecto de las autoridades políticas que asumen la dirección de dichos órganos. En la última ronda de evaluación del Grupo GRECO de septiembre de 2021 se llama la atención al Reino de España porque de las 19 recomendaciones que se hizo en 2019 sólo había cumplido parcialmente 7 y no había cumplido 12 (GRECO, 2021). Le invita seriamente a adoptar las medidas oportunas para su cumplimiento antes de marzo del 2023. Las principales advertencias están relacionadas con reformar el régimen de asesores para que se sometan a los mismos requisitos de transparencia e integridad que los que se aplican a las altas funciones ejecutivas (Recomendación I). Destaca también el incumplimiento de la Recomendación V referente a dotar de mayor autonomía e independencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. En las áreas del sector público donde la meritocracia es mayor, las posibilidades de corrupción son menores (Villoria y Jiménez, 2012, p. 113). En los sistemas políticos donde existe una separación entre la carrera funcional y la carrera política hay menos corrupción, mayor efectividad y mayor rendición de cuentas. Todos estos elementos redundan en una mayor calidad democrática.

## CONCLUSIONES

Las Administraciones locales en España, muy diversas y asistidas de autonomía local/financiera, en ocasiones pueden politizarse en exceso, abusando de la discrecionalidad que les concede la ley y aprovechando espacios de negociación y/o disfunciones de aplicación de normativas de empleo público pensadas para administraciones territorialmente superiores. Con ello se desnaturaliza la carrera administrativa de sus funcionarios y el ejercicio de sus tareas; con anómalas consecuencias para los servicios públicos de su competencia, que pueden redundar en perjuicio de sus vecinos.

Alcanzar el *desideratum* de objetividad en el servicio de los intereses públicos como nos reclama el artículo 103.1 CE es difícil. Si en esas actuaciones, las entidades locales caen en arbitrariedad, aparece lo antijurídico, y cuando los principales bienes jurídicos se olvidan, lo único que queda para protegerlos es la reacción del Derecho Penal. La objetividad, y el interés general deben ser los ejes de actuación de la Administración pública.

Lo contrario, es decir, persistir en los vicios que se han señalado, produce daños de varios tipos. Ya se ha indicado que habrá daño a los intereses públicos que debe satisfacer las Administraciones. Otro importante mal sería la pérdida de motivación personal de los servidores públicos afectados por la consecuencia de la quiebra de la objetividad. Sería deseable de *lege ferenda* una futura norma europea unifique el estatuto del empleo público para los Estados miembros y que incorpore las recomendaciones del grupo GRECO en los aspectos aquí considerados.

---

<sup>12</sup> La plataforma DYNTRA <https://www.dyntra.org/que-es-dyntra/> especializada en la medición de la transparencia y el gobierno abierto de las administraciones públicas indica que muchas administraciones son reticentes a ofrecer información relevante y tienen bajos índices de transparencia. Así en muchos ayuntamientos siguen sin publicarse la RPT o cuando lo hacen, aparece la información diseminada, los enlaces rotos o directamente no aparece. Así por ejemplo de las tres diputaciones provinciales de la Comunidad Valenciana, sólo la de Castellón tiene publicada la RPT, las otras dos diputaciones no.

Aunque se ha avanzado mucho en el ámbito integral de lucha contra la corrupción todavía existen resistencias políticas a frenar las conexiones entre política y administración. Así la reciente regulación de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional sigue permitiendo la libre designación de estos funcionarios públicos. Las funciones tan relevantes de control económico y legal que le competen pueden ser inoperantes por docilidad y lealtad hacia quienes les nombraron. Una futura regulación debería suprimir esta forma de provisión o por lo menos el legislador debería acotar el modo de ejercicio para que la libre designación no se convierta en una puerta de entrada a la corrupción.

La excelencia institucional requiere de una Administración pública eficiente y profesional que vele por los intereses generales y no por los intereses electorales de los partidos políticos que dirigen la Administración en cada momento. La Administración pública debe contar con directivos profesionales, al margen de los intereses políticos donde los órganos de control no actúen simultáneamente como juez y parte.

## RECURSOS INTERNET

Agencia Antifraude de la Comunitat Valenciana: <https://www.antifraucv.es/va/publicacions-avaf/>

DYNTRA: <https://www.dyntra.org/que-es-dyntra/>

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudo Zamora, M., Álvarez-Ossorio Micheo, F., Cano Bueso, J., Gómez Corona, E., López Ulla, J. M., Martínez Ruano, P., Morales Arroyo, J. M., Naranjo de La Cruz, R., Pérez Sola, N., Porras Nadales, A., Rascón Ortega, J. L., Revenga Sánchez, M., Rodríguez, Á., Ruiz-Rico Ruiz, G. y Salazar Benítez, O. (2011). *Manual de Derecho Constitucional* (2.ª ed.). Tecnos.
- Alcalá Agulló, F. y Jiménez Sánchez, F. (2018). *Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España* [Informes 2018. Economía y Sociedad]. Fundación BBVA. [https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2018/10/DE-lvie-2016\\_costes-economicos-deficit-calidad-institucional.pdf](https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2018/10/DE-lvie-2016_costes-economicos-deficit-calidad-institucional.pdf)
- Aliaga Rodríguez, R. (2020). La discrecionalidad en la provisión de puestos de trabajo mediante la libre designación. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, (19), 20-41. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvpg.19.2020.02>
- Beltrán Villalva, M. (2010). Las reformas de la Administración Española: una visión de conjunto. En M. Arenilla Sáez (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos* [Homenaje a Mariano Baena del Alcázar] (pp. 1025-1038). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Bodiguel, J. L. (2010). El control político de los altos funcionarios y su evolución en los países de la OCDE. En M. Arenilla Sáez (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos* [Homenaje a Mariano Baena del Alcázar] (pp. 721-740). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Boix Palop, A. y Soriano Arnanz, A. (2021). Sobre las posibilidades de reforma del modelo de empleo público español: límites constitucionales y jurídicos al modelo actual y sus sistemas de acceso. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, (20), 52-73. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvpg.20.2021.03>
- Cotino Hueso, L. (2014). La nueva Ley de Transparencia y Acceso a la información. *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, (7), 241-256. <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/22075>
- Crespo González, J. (2021). ¿Debe la alta función pública parecerse a la sociedad? Algunas enseñanzas de la reforma de la alta función pública en Francia. *Documentación Administrativa*, (8), 9-24. <https://doi.org/10.24965/da.i8.11022>
- Dahl, R., Sartori, G. y Vallespín, F. (1999). El futuro de la democracia. *Claves de la Razón Práctica*, (97), 4-9.
- Fondevila Antolín, J. (2013). La reforma local y su regulación de la libre designación para las subescalas de Secretaría e Intervención-Tesorería: un paso más hacia la politización de la función pública. *El Consultor de los Ayuntamientos*, (19), 1821-1839.
- Fuentes i Gasó, J. R. (2015). La función de regeneración democrática local de los funcionarios de habilitación con carácter nacional. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (4), 9-40. <https://doi.org/10.24965/real.v0i4.10305>
- Fuentes Santamaría, A. (2022). *El carácter contingente de la Administración Municipal y su modernización* [tesis doctoral]. Universitat d'Alacant.
- GRECO (2021). *Quinta ronda de evaluación. Prevención de la corrupción y promoción de la integridad en gobiernos centrales (altas funciones ejecutivas) y las fuerzas y cuerpos de seguridad* [Informe de cumplimiento España]. Consejo de Europa. <https://rm.coe.int/quinta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-y-promocion-de-1680a5f3c2>
- Guillem Carrau, J. (2011). La buena administración en la UE tras el Tratado de Lisboa: ¿más por menos? *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, (25), 69-103. Disponible en: [https://www.cortsvalencianes.es/sites/default/files/media/file\\_author/69-103\\_corts\\_25.pdf](https://www.cortsvalencianes.es/sites/default/files/media/file_author/69-103_corts_25.pdf)

- Jiménez Asensio, R. (2022). La dirección Pública en un estado clientelar de partidos. *La mirada institucional*. <https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2022/11/la-dp-en-el-estado-clientelar-de-partidos-final-1.pdf>
- Monereo Pérez, J. L. (dir.), Vila Tierno, F. (coord.), Almendros González, M. A., Fernández Avilés, J. A., López Insua, B., Moreno Brenes, P., Moreno Vida, M. N., Salas Porras, M. y Vida Fernández, R. (2018). *Curso de Derecho del empleo público*. Tecnos.
- Molina Molina, J. y Mayor Balsas, J. M. (2018). Gobierno abierto, Transparencia y ética pública. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, (8), 1-10. [http://www.encuentros-multidisciplinares.org/revista-66/jose-molina\\_y\\_jose-manuel-mayor.pdf](http://www.encuentros-multidisciplinares.org/revista-66/jose-molina_y_jose-manuel-mayor.pdf)
- Moreno Molina, A. M. (2016). STS de 17 de febrero de 1997 (RCA 1352/1990) [Caso de las relaciones de puestos de trabajo]. En J. M. Bandrés y L. J. Parejo (coords.), *Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa* (pp. 83-93). Iustel,
- Muñoz Molina, A. (2014, 5 de noviembre). La corrupción y el mérito. *El País*. [https://elpais.com/elpais/2014/11/05/opinion/1415191412\\_644375.html](https://elpais.com/elpais/2014/11/05/opinion/1415191412_644375.html)
- Navarro, M. G. (2014). Discrecionalidad administrativa. *Eunomía: Revista en Cultura de la legalidad*, (3), 200-205. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2134>
- Nieto García, A. (1992). La jerarquía administrativa. *Documentación Administrativa*, (229), 11-64. <https://doi.org/10.24965/da.v0i229.5273>
- Pasquino, G. (2000). *La democracia exigente* [traducción de P. González Rodríguez]. Alianza.
- Pinazo Hernandis, J. (2007). *Neoinstitucionalismo estratégico y gobernabilidad*. Universidad de Alicante – Vicerrectorado de Investigación.
- Ramió Matas, C. y Alsina Burgués, V. (2016). Relación entre directivos políticos y directivos profesionales. Su impacto en términos de rendimiento institucional. *ICE: Información Comercial Española*, (891), 45-60. <https://revistasice.com/index.php/ICE/article/view/1864>
- Rastrollo Suárez, J. J. (2016). Sobre los límites a la discrecionalidad en las pruebas selectivas de la función pública; ¿han de ser precisos y detallados los temarios de oposición? *Revista Española de Derecho Administrativo*, (175), 339-366.
- Rodríguez-Arana, J. (2013). La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 6(6), 23-56. <https://doi.org/10.25058/1794600x.60>
- Rodríguez-Arana, J. (2014). Caracterización constitucional de la ética pública (especial referencia al marco constitucional español). *Revista de Investigaciones Constitucionales*, 1(1), 67-80. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40248>
- Román Masedo, L. (2010). La politización de la Administración Pública. El concepto y su aplicación en el caso de la Administración General del Estado. En M. Arenilla Sáez (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos* [Homenaje a Mariano Baena del Alcázar] (pp. 837-859). Instituto Nacional de Administración Pública – INAP.
- Ros-Medina, J. L. (2022). *La resistencia a la transparencia en España: el derecho de acceso* [tesis doctoral]. Universidad de Murcia. <http://hdl.handle.net/10201/126585>
- Sánchez Morón, M. (2016). *Derecho de la función pública* (9.ª ed.). Tecnos.
- Sánchez Morón, M. (2018). *Las Administraciones españolas*. Tecnos.
- Sánchez Morón, M. (2021). *Derecho Administrativo*. Tecnos.
- Soriano García, J. E. (2014). Administrado y Administración. Administración y administrado. Un abecedario incompleto de reformas administrativas para convertirle en ciudadano. *Revista Vasca de Administración Pública*, (99/100), 2759-2774. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.116>
- Villaverde Menéndez, I. (2019). El marco constitucional de la transparencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (116), 167-191. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.116.06>
- Villoria Mendieta, M. y Jiménez Sánchez, F. (2012). La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos. *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (138), 109-134. <https://doi.org/10.5477/cis/reis.138.109>

Documentación Administrativa, número 10, Junio de 2023  
Sección: CRÓNICAS  
Recibido: 29-05-2023  
Aceptado: 29-05-2023  
Publicado: 26-06-2023  
ISSN: 1989-8983 – DOI: <https://doi.org/10.24965/da.11229>  
Páginas: 119-136



Referencia: Chaves García, J. R. / Rastrollo Suárez, J. J. (2023). Síntesis de la jurisprudencia casacional sobre empleo público más significativa del año 2023 (enero-abril). *Documentación Administrativa*, 10, 119-136. <https://doi.org/10.24965/da.11229>

## Síntesis de la jurisprudencia casacional sobre empleo público más significativa del primer período del año 2023

### *Summary of the cassation jurisprudence on Public Employment with higher significance in the first period of the year 2023*

Chaves García, José Ramón  
Ministerio de Justicia (España-Spain)  
ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3886-1642>  
[kontencioso@gmail.com](mailto:kontencioso@gmail.com)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo en el Tribunal Superior de Justicia en Asturias. Doctor en Derecho y miembro numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ha sido profesor asociado de Derecho comunitario y Director General de Universidades e Investigación del Principado de Asturias.

Rastrollo Suárez, Juan José  
Universidad de Salamanca (España-Spain)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0521-1045>  
[rastrollo@usal.es](mailto:rastrollo@usal.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Profesor Titular de Universidad de Derecho administrativo en la Universidad de Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca. Doctor Europeus en Derecho (Universidad de Salamanca/Universidad de Coimbra) y Premio extraordinario de Grado y Doctorado. Secretario de la Revista Documentación Administrativa, del Instituto Nacional de Administración Pública de España y del Centro de Investigación para la Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca. Ha sido profesor invitado, entre otras, en las Universidades de los Andes y Nariño (Colombia), Andina Simón Bolívar (Ecuador) o James Madison de Virginia (Estados Unidos). Consultor y docente para servidores públicos en distintas instituciones de América Latina (Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, Contraloría de Costa Rica, Procuraduría de Paraguay). Miembro de los grupos de investigación State and Nation Making in Latin America and Spain (Universidad de Princeton, Estados Unidos), Sustainable cities and communities (Universidades de Coimbra, Ioan Cuza, Jena, Pavia, Poitiers, Salamanca y Turku) y Next Generation EU (Universidad de Salamanca) e investigador de la Unidad de Investigación Consolidada de la Junta de Castilla y León (núm. 302). Autor de cuatro monografías, más de 30 artículos y más de 20 capítulos de libro en revistas y obras colectivas de Europa y América. Sus principales líneas de investigación son el urbanismo, la contratación pública y la función pública y, en general, la reforma y modernización de la administración pública en Europa y América Latina. Sus últimas obras son "Crisis, acción y reacción: el teletrabajo en el sector público", Aranzadi, 2021 y "Guía para la planificación gestión y ejecución de los fondos del Plan para la Recuperación Transformación y Resiliencia", Aranzadi, 2021.

---

#### RESUMEN

A lo largo de la presente sección presentamos una síntesis de la jurisprudencia casacional sobre empleo público más significativa durante el primer período del año 2023.

#### PALABRAS CLAVE

Jurisprudencia casacional; empleo público; 2023.

## ABSTRACT

Throughout the present section, we introduce a summary of cassation jurisprudence on Public Employment with higher significance during the first period of the year 2023.

## KEYWORDS

Cassation jurisprudence; public employment; 2023.

## SUMARIO

ADVERTENCIA PRELIMINAR. A) SENTENCIAS SOBRE ACCESO Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. La oferta de empleo público para la estabilización de personal temporal no vulnera la normativa comunitaria frente a relaciones abusivas. STS de 21 de abril de 2023 (rec. 5972/2021). En línea con lo resuelto por la anterior STS de 24 de enero de 2023 (rec. 3960/2021) / La Oferta de Empleo Público para Estabilización de personal temporal no vulnera la directiva comunitaria. STS 24 de enero de 2023 (rec. 3960/2021) / La plaza de origen del funcionario en comisión de servicios, si obtiene destino en concurso de méritos, deja su plaza vacante como oferta de resultas. STS de 8 de mayo de 2023 (rec. 4363/2020) / Las causas de exclusión previstas en la Orden por las que se rigen los procesos selectivos para ingreso en los centros docentes de formación para incorporación a la Guardia Civil han de interpretarse con proporcionalidad y no de modo automático. STS de 21 de febrero de 2023 (rec. 4551/2021). / La limitación de movilidad administrativa para funcionarios de otra comunidad autónoma requiere limitación expresa de rango legal. STS de 23 de enero de 2023 (rec. 2733/2021) / El tiempo de excedencia por cuidado de hijos ha de considerarse experiencia a efectos de acceso y provisión. STS de 19 de enero de 2023 (rec. 7061/2020) / Los servicios sanitarios prestados en residencias de mayores, públicas o privadas, pueden considerarse prestados en «institución sanitaria» a efectos de méritos. STS de 8 de febrero de 2023 (rec. 4455/2020). Remisión a la STS de 13 de octubre de 2022 (rec. 3832/2020) / Los Tribunales calificadoros pueden designar colaboradores sin el carácter de delegados, aunque no lo diga la convocatoria. Los participantes de buena fe que obtuvieron plaza en procesos selectivos anulados pueden excepcionalmente mantener sus plazas por razón del tiempo transcurrido. STS de 16 de febrero de 2023 (rec. 3686/2021) / La motivación del criterio de discrecionalidad técnica selectiva debe proceder del propio órgano de selección y dejar constancia en el expediente, pudiendo el órgano jurisdiccional corregir la aplicación de los baremos que sean claros y sin margen de apreciación. STS de 13 de abril de 2023 (rec. 4104/2020) / La atribución de la dirección de los Equipos de Atención Primaria a los médicos frente a los enfermeros es razonable atendiendo a las funciones directivas. STS de 17 de abril de 2023 (rec. 3600/2020) / El control de la motivación de los ceses en puestos de libre designación alcanza a verificar los hechos alegados que sostienen la inidoneidad. STS de 29 de marzo de 2023 (rec. 8411/2021) / Derecho de los funcionarios electos como miembros de las corporaciones locales, sin dedicación exclusiva en dicha condición, a la permanencia en el mismo puesto de trabajo en el centro o centros de trabajo públicos o privado. STS de 12 de enero de 2023 (rec. 4839/2021). B) SENTENCIAS SOBRE SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. La excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del Estatuto Básico del Empleado Público no resulta de aplicación a los funcionarios interinos. STS de 19 de enero de 2023 (rec. 4531/2021). Reitera el criterio de la STS 17 de octubre de 2022 (rec. 6526/2020). C) SENTENCIAS SOBRE CONDICIONES DE PUESTOS DE TRABAJO. El abuso en la contratación temporal no genera derecho automático a indemnización. STS 6 de marzo de 2023 (rec. 3889/2021), con referencia a la STS de 30 de noviembre de 2021 (rec. 6302/2018) y posteriores / Cese de funcionario interino policía local con relación abusiva: tiene la carga de alegar y probar el daño material o moral. STS de 9 de mayo de 2023 (rec. 5132/2019) / Reducción de jornada para atender un hijo escolarizado y atendido, según las circunstancias. STS de 25 de abril de 2023 (rec. 3939/2021) / No puede discriminarse en la carrera profesional al personal estatutario interino y al personal eventual respecto del fijo. SSTS de 23 de marzo de 2023 (rec. 6768/2021, 1667/2021, 1807/2021, 1576/2021, y otras, reiterando la doctrina sentada con anterioridad). D) SENTENCIAS SOBRE INDEMNIZACIONES, RETRIBUCIONES Y PENSIONES / El grado personal se adquiere por el funcionario interino, ya esté regulado estatal o autonómicamente. SSTS de 30 de marzo de 2023 (rec. 5294/2021, rec. 5294/2021) / Las retribuciones de personal docente no universitario interino devengadas en cada nuevo curso han de ser las mismas que los funcionarios de carrera. STS de 30 de marzo de 2023 (rec. 8841/2021), en línea con las SSTS de 23 de marzo de 2023 (rec. 8833/2021, rec. 8840/2021) / El personal estatutario fijo en comisión de servicios en otra entidad, caso de admitírsele participar en los procedimientos de carrera profesional, tiene derecho al complemento correspondiente. STS de 27 de febrero de 2023 (rec. 675/2021) / El periodo de guardia localizada de los fiscales no puede calificarse automáticamente de «tiempo de trabajo» a los efectos de la compensación económica sustitutiva prevista en el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE. STS de 8 de marzo de 2023



(rec. 6592/2021) / El importe total del complemento específico es la referencia para la autorización de las actividades compatibles. STS de 2 de febrero de 2023 (rec. 3500/2021) / La reducción de jornada de los funcionarios locales con base a normas autonómicas debe ir acompañada de la disminución de retribuciones. STS de 29 de marzo de 2023 (rec. 5492/2021) / La indemnización por residencia no debe reducirse durante el plazo en el que, el militar, disfruta de la reducción de jornada por guarda legal de hijo menor, al no tener la naturaleza de retribución básica o complementaria. STS de 14 de diciembre de 2022 (rec. 781/2021). Reitera la doctrina de la STS de 24 de marzo de 2022 (rec. 5603/2020) / La asistencia jurídica al funcionario requiere previa solicitud y la autorización de la Administración. STS de 5 de febrero de 2023 (rec. 5318/2021) / No procede la revisión de la incapacidad y pensión de retiro por agravamiento de patologías salvo en los casos tasados legalmente. STS de 17 de marzo de 2023 (rec. 6178/2021) / Las gratificaciones por jubilación anticipada requieren habilitación expresa por norma legal. STS de 26 de abril de 2023 (rec. 199/2022). Con remisión a anteriores STS de 16 de marzo de 2022 (rec. 4444/2020), SSTS de 28 de marzo de 2023 (rec. 2402/2021, 7490/2021, etcétera). E) SENTENCIAS SOBRE CUESTIONES DISCIPLINARIAS / El procedimiento disciplinario impone acudir supletoriamente a la normativa estatal disciplinaria antes que a la normativa autonómica sancionadora. STS de 12 de diciembre de 2022 (rec. 2288/2021). F) SENTENCIAS SOBRE CUESTIONES PROCESALES LIGADAS AL EMPLEO PÚBLICO / No pierde objeto el litigio de funcionario cuya relación se extingue, dependiendo de las pretensiones (STS de 16 de marzo de 2023, rec. 4533/2021) / Las sanciones de suspensión de funciones son de cuantía indeterminada. STS de 28 de febrero de 2023 (rec. 6179/2021). Con referencia a anteriores, como STS de 14 de diciembre de 2022 (rec. 7778/2018), o 14 de marzo de 2022 (rec. 19 de diciembre de 2022 (rec. 3563/2020) / Los actos administrativos firmes en materia selectiva solo pueden revisarse por la vía de la revisión de oficio y ello con los efectos retroactivos propios de la nulidad. SSTS de 30 de marzo de 2023 (rec. 1771/2021, 1656/2021, 1926/2021, etcétera) / La revisión de oficio de las bases por la que se rige un proceso selectivo ya realizado y de sus actos de aplicación no puede conducir a resultados contrarios al principio de seguridad jurídica. La nota de corte debe ser la inicialmente fijada. STS de 20 de enero de 2023 (rec. 7807/2020) / La competencia para conocer de las órdenes de servicios mínimos en caso de huelga es de la jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 16 de febrero de 2023, rec. 7222/2020).

## ADVERTENCIA PRELIMINAR

Se indica el extracto de cada sentencia con la máxima aproximación a su literalidad para ofrecer una triple vertiente: la cuestión casacional, las razones aplicadas y la doctrina que se fija, aunque en unas ocasiones ésta se declara expresamente y en otros casos, se deriva de los fundamentos de la sentencia. Comprende las sentencias casacionales dictadas desde el 1 de diciembre de 2022 hasta el 15 de mayo de 2023. Se sistematizan en varios bloques:

- A) Sentencias sobre acceso y provisión de puestos de trabajo.
- B) Sentencias sobre situaciones administrativas.
- C) Sentencias sobre condiciones de trabajo.
- D) Sentencias sobre indemnizaciones, retribuciones y pensiones.
- E) Sentencias sobre cuestiones disciplinarias.
- F) Sentencias sobre cuestiones procesales ligadas al empleo público.

## A) SENTENCIAS SOBRE ACCESO Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

**La oferta de empleo público para la estabilización de personal temporal no vulnera la normativa comunitaria frente a relaciones abusivas. STS de 21 de abril de 2023 (rec. 5972/2021). En línea con lo resuelto por la anterior STS de 24 de enero de 2023 (rec. 3960/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si para aprobar la oferta de empleo público para la estabilización del empleo temporal, el art. 19.Uno.9 de la LPGE 2018 vulnera la cláusula 5 de la Directiva sobre trabajo temporal y, en su caso, si deben ser desplazadas por el principio de la primacía del Derecho de la Unión, con independencia de su rango legal, aplicándose directamente el Acuerdo Marco.

FUNDAMENTO.- No hay un derecho, que además opere de forma automática, permitiendo al funcionario interino mantenerse indefinidamente en la función pública, cuando la Administración en un intento, precisamente, de reducir la temporalidad en el empleo público para evitar el abuso que podría comportar su duración, aplica el TREBEP, incluyendo las plazas, con los criterios legalmente establecidos, en la oferta

pública de empleo, que es el escalón previo para que puedan ser cubiertas por funcionarios de carrera, a cuyos procesos selectivos, que han de garantizar, la igualdad, el mérito y la capacidad ( artículo 14, 23.2 y 103.3 de la CE ), pueden presentarse los funcionarios interinos.

En definitiva, las medidas que reducen la temporalidad y pretenden estimular la duración indefinida en el desempeño de la función pública, mediante la cobertura definitiva de las plazas, como es el caso, no pueden vulnerar la Directiva 1999/70/CE, que se basa fundamentalmente, según su propio Preámbulo, en «reconocer que los contratos de duración indefinida, son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral». No se transgrede el Acuerdo Marco de la expresada Directiva cuando la finalidad es la reducción de la temporalidad y la cobertura indefinida de las plazas ofertadas.

DOCTRINA.- El artículo 19.uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, no vulnera la Directiva 1999/70/CE, a tenor de la jurisprudencia de la Sala Tercera.

### **La Oferta de Empleo Público para Estabilización de personal temporal no vulnera la directiva comunitaria. STS 24 de enero de 2023 (rec. 3960/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si para aprobar la oferta de empleo público para la estabilización del empleo temporal, el art. 19.Uno.9 de las LPGE 2017 y 2018 vulnera la cláusula 5 de la Directiva sobre trabajo temporal y, en su caso, si deben ser desplazadas por el principio de la primacía del Derecho de la Unión, con independencia de su rango legal, aplicándose directamente el Acuerdo Marco.

FUNDAMENTO.- En definitiva, las medidas que reducen la temporalidad y pretenden estimular la duración indefinida en el desempeño de la función pública, mediante la cobertura definitiva de las plazas, como es el caso, no pueden vulnerar la Directiva 1999/70/CE, que se basa fundamentalmente, según su propio Preámbulo, en «reconocer que los contratos de duración indefinida, son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral». No se transgrede el Acuerdo Marco de la expresada Directiva cuando la finalidad es la reducción de la temporalidad y la cobertura indefinida de las plazas ofertadas.

DOCTRINA.- El artículo 19.uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, no vulnera la Directiva 1999/70/CE, a tenor de la jurisprudencia de esta Sala Tercera.

### **La plaza de origen del funcionario en comisión de servicios, si obtiene destino en concurso de méritos, deja su plaza vacante como oferta de resultas. STS de 8 de mayo de 2023 (rec. 4363/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar, en aquellos casos en los que un funcionario que preste servicios en régimen de comisión de servicios resulte adjudicatario de una plaza en un concurso de méritos, si debe considerarse como vacante por resultas, bien la plaza que el mismo venía desempeñando en aquel régimen o bien la plaza que tiene adjudicada en origen antes de pasar a tal situación.

FUNDAMENTO.- Resulta incontrovertido que un funcionario que participa en un concurso general de méritos y obtiene una plaza genera vacante en la plantilla en que estuviera destinado en origen independientemente de que, en paralelo, estuviere ocupando otra plaza en comisión de servicios que también quedaría liberada con ocasión de la obtención en un concurso de méritos de otra plaza distinta de la que era titular.

Entender que la plaza vacante es sólo la desempeñada en comisión de servicios y no aquella sobre la que se ostentaba la titularidad resulta ilógico (...) cuando las plazas son de concurso de méritos y no de libre designación.

DOCTRINA.- En aquellos casos en los que un funcionario que presta servicios en régimen de comisión de servicios resulta adjudicatario de una plaza en un concurso de méritos debe considerarse como vacante por resultas la plaza que tenía adjudicada en origen antes de pasar a la situación de comisión de servicios.

### **Las causas de exclusión previstas en la Orden por las que se rigen los procesos selectivos para ingreso en los centros docentes de formación para incorporación a la Guardia Civil han de interpretarse con proporcionalidad y no de modo automático. STS de 21 de febrero de 2023 (rec. 4551/2021)**

CUESTIÓN.- Si las causas de exclusión previstas en la Orden PCI 155/2019, de 19 de febrero, que aprueba las normas por las que han de regirse los procesos de selección para ingreso en los centros docentes de formación para incorporación a la Escala de cabos y Guardias de la Guardia Civil, actúan de forma automática, o han de interpretarse a partir del principio de proporcionalidad, a fin de valorar si inhabilitan para el ejercicio de las funciones de Guardia Civil.

**FUNDAMENTO.-** Las razones indicadas en el expediente administrativo para justificar las causas de exclusión aquí impugnadas carecen de fundamento y, por consiguiente, no pueden ser atendidas (...) carecen de justificación objetiva y, por ello mismo, son producto de la desnuda voluntad de la Administración. Son, en ese sentido, arbitrarias; es decir, fruto del mero arbitrio o decisión al margen de cualquier norma. De aquí que contravengan lo establecido por el art. 9 de la Constitución.

**DOCTRINA.-** Por razón del principio de proporcionalidad no cabe excluir al aspirante que tiene implantadas lentes fáquicas sin que, con base en la aplicación automática de esa causa exclusión, se hayan razonado las circunstancias por las que se aplica.

### **La limitación de movilidad administrativa para funcionarios de otra comunidad autónoma requiere limitación expresa de rango legal. STS de 23 de enero de 2023 (rec. 2733/2021)**

**CUESTIÓN.-** (i) Determinar el alcance de la potestad que a los Tribunales otorga el artículo 33.2 LJCA en el trámite del recurso de apelación, y en su caso, los límites derivados del objeto del proceso y de las pretensiones articuladas en el mismo. (ii) Si en un supuesto de movilidad horizontal entre cuerpos para el acceso a plazas de policía local es posible la exclusión de un funcionario que pertenece a otro cuerpo policial por el hecho de no estar destinado en la Comunidad Autónoma correspondiente, cuando así lo prevén las bases de la convocatoria y la propia reglamentación autonómica.

**FUNDAMENTO.-** 1. Sin necesidad de entrar ahora en si la Sala de apelación podría resolver el recurso de apelación por razones distintas de las alegadas y debatidas por las partes o si, por el contrario, ello constituiría una *mutatio libelli*, es lo cierto que en este caso lo que aquella planteó fue un interrogante sobre la validez de una norma jurídica determinante del fallo. Y esto es algo que, en cualquier grado del proceso, puede y debe hacer el órgano jurisdiccional, porque la validez de las normas jurídicas aplicables no está a la libre disposición de las partes. Así lo demuestra que, tratándose de normas con rango de ley, el órgano jurisdiccional que las considera inválidas debe plantear cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución); y, tratándose de normas reglamentarias, debe inaplicarlas (art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o declararlas ilegales con efectos *erga omnes* si tiene competencia para ello ( art. 27 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

2. Ninguno de los preceptos legales traídos a colación ( art.164 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, arts. 39 y 52 de la Ley Orgánica 2/1986 sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y arts. 78 y 84 del Estatuto Básico del Empleado Público) dispone que la movilidad interadministrativa para proveer plazas de policía local deba estar restringida a aquéllos funcionarios provenientes de municipios de la propia Comunidad Autónoma. La movilidad interadministrativa puede, en principio operar, cruzando los linderos de diferentes Comunidades Autónomas, salvo que una ley establezca lo contrario; lo que no ocurre en el presente caso.

**DOCTRINA.-** La limitación para participar en la convocatoria de movilidad interadministrativa a los funcionarios provenientes de municipios de Cataluña fue impuesta sólo por un precepto reglamentario autonómico, y dado que éste ha sido declarado ilegal, por reputarlo contrario a determinados principios constitucionales, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que es el órgano jurisdiccional con la última palabra en la interpretación del Derecho específicamente autonómico, a esa conclusión debe estarse.

### **El tiempo de excedencia por cuidado de hijos ha de considerarse experiencia a efectos de acceso y provisión. STS de 19 de enero de 2023 (rec. 7061/2020)**

**CUESTIÓN.-** Determinar si debe computarse el tiempo en la excedencia por cuidado de hijos como tiempo de trabajo efectivo y si, en caso afirmativo, ese tiempo puede o debe computarse en los procesos selectivos de ingreso a la función pública o exclusivamente en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo.

**FUNDAMENTO.-** El Estatuto de los Trabajadores no matiza que «antigüedad» no equivale a trabajo o servicios efectivos y, por otra parte, tratándose de acceso al empleo público como contratado laboral, según el Convenio colectivo aplicable, el «ingreso libre» es una modalidad de «provisión de vacantes». Hay que entender, por tanto, que al aplicarse el artículo 57 de la Ley Orgánica 3/2007 a «los concursos para la provisión de puestos de trabajo» en la Administración General del Estado, tal precepto es aplicable también al ingreso o acceso libre como contratado laboral, por lo que el tiempo de excedencia por cuidado de hijo en un trabajo previo en el sector privado es computable como mérito a efectos de valorar la experiencia profesional previa.

DOCTRINA.- La Ley Orgánica 3/2007 ha de aplicarse a todos los empleados públicos, incluidos los contratados laborales y proyectarse en lo relativo a la valoración de la experiencia previa no sólo a los procedimientos de provisión en sentido técnico sino también a los de selección.

**Los servicios sanitarios prestados en residencias de mayores, públicas o privadas, pueden considerarse prestados en «institución sanitaria» a efectos de méritos. STS de 8 de febrero de 2023 (rec. 4455/2020). Remisión a la STS de 13 de octubre de 2022 (rec. 3832/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar si, a los efectos de baremación de méritos en procesos selectivos convocados por los Servicios de Salud, los servicios sanitarios prestados en residencias de mayores, sólo pueden alcanzar la categoría de institución sanitaria, si las residencias son de titularidad pública, o si, por el contrario, su naturaleza privada no obsta, por sí misma, a que los servicios sanitarios que en ella se prestan estén insertos en un sistema general y organizado, como es la red pública de residencias de mayores, y puedan alcanzar la categoría de institución sanitaria.

FUNDAMENTO.- La valoración del mérito no depende de la titularidad de la residencia de mayores, sino que viene determinada por la actividad sanitaria que allí se realiza. Por tanto, la unidad de asistencia médica de una residencia de mayores puede tenerse, a esos efectos, como «institución sanitaria» porque en ella se presta una «actividad sanitaria» definida en el artículo 2.1.d) del Real Decreto 1277/2003, de ahí que sea un «servicio sanitario» sólo que prestado fuera de un «centro sanitario».

A las unidades de asistencia sanitaria de residencias de mayores de titularidad privada, permanentes, organizadas y adecuadamente dotadas con personal cualificado y medios, cabe entenderlas integradas en el sistema y organización de esas residencias. Además, tendría mayor alcance si forman parte de la oferta asistencial de «centros sanitarios», en cuyo caso la idea de «sistema general y organizado».

DOCTRINA.- Los servicios sanitarios prestados en residencias de mayores pueden considerarse prestados en «institución sanitaria», ya sean residencias de titularidad pública o privada.

**Los Tribunales calificadoros pueden designar colaboradores sin el carácter de delegados, aunque no lo diga la convocatoria. Los participantes de buena fe que obtuvieron plaza en procesos selectivos anulados pueden excepcionalmente mantener sus plazas por razón del tiempo transcurrido. STS de 16 de febrero de 2023 (rec. 3686/2021)**

CUESTIONES.- 1.<sup>a</sup> Si la falta de previsión en las bases de convocatoria selectiva, de la posibilidad de que el tribunal calificador delegue su competencia en la valoración de los candidatos, impide, en todo caso, tal delegación. 2.<sup>a</sup> Matizar, si procede, la jurisprudencia sobre terceros de buena fe. En concreto si infringe la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica que ampara a los que superaron el proceso selectivo y obtuvieron plaza, si al retrotraerse el proceso selectivo no superan la fase en la que se apreció la nulidad.

FUNDAMENTO.- 1.<sup>a</sup> Cuestión. Es aplicable el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado (artículo 1.1), aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, del que interesa ahora su artículo 29 que al remitirse al Título I hace que rija lo previsto en el artículo 13.3, que dispone lo siguiente: «3. Los Tribunales y las Comisiones Permanentes de Selección podrán disponer la incorporación a sus trabajos de asesores especialistas, para todas o algunas de las pruebas, de acuerdo con lo previsto en las correspondientes convocatorias. Dichos asesores colaborarán con el órgano de selección exclusivamente en el ejercicio de sus especialidades técnicas».

Cabe, por tanto, que el órgano de selección cuente con asesores, posibilidad que deberá preverse en las bases y que intervendrán a título de colaboración o auxilio, no como órganos delegados. De esta manera el órgano de selección ostenta la titularidad y asume el ejercicio de la competencia, luego dirige el proceso selectivo, y es quien evalúa y finalmente selecciona a los aspirantes, si bien puede contar con el asesoramiento de expertos para valorar y evaluar conocimientos, habilidades o exigencias técnicas. Tratándose de procesos selectivos y a falta de una regulación expresa que lo prevea, no cabe hablar en estos casos y con propiedad de delegación, pues implicaría que el órgano de selección como delegante cedería al delegado -siempre otro órgano administrativo- el ejercicio de la competencia de la que es titular.

2.<sup>a</sup> Cuestión. Aquellos aspirantes que superan un proceso selectivo anulado o declarado nulo, y obtuvieron plaza, deben ver respetada su situación cuando sean ajenos a la causa determinante de la nulidad o anulación y así se justifique por el tiempo transcurrido desde la obtención de la plaza. En tales supuestos venimos manteniendo que no debe verse afectada la situación de quienes fueron nombrados en su día porque

así lo exigen razones de buena fe, de confianza legítima, de seguridad jurídica y de equidad, sin exceder en este caso de lo previsto en el artículo 3.2 del Código Civil.

Este criterio descansa principalmente, por un lado, en el hecho de que las infracciones determinantes de la invalidez del proceso selectivo son imputables exclusivamente a la Administración mientras que los aspirantes que lograron el nombramiento son ajenos a ellas. Por otro lado, se apoya en que el tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el proceso selectivo en cuestión priva de justificación y proporción a dejar sin efecto las situaciones jurídicas creadas por esa actuación administrativa que se han asentado durante años. En fin, tiene en cuenta esta jurisprudencia que cabe satisfacer plenamente el derecho del aspirante que ha visto prosperar sus pretensiones sin necesidad de deshacer todo lo anterior.

DOCTRINA.- 1.<sup>a</sup> Cuestión. A falta de previsión en las bases de la convocatoria del proceso selectivo o por no preverlo con carácter general la normativa que regule el proceso selectivo, no cabe que un órgano de selección o tribunal calificador delegue la valoración de los aspirantes, si bien podrá contar con la colaboración o auxilio de expertos o asesores para valorar y evaluar conocimientos, habilidades o exigencias técnicas de los aspirantes.

2.<sup>a</sup> Cuestión. No procede modificar la jurisprudencia sobre los terceros de buena fe que obtuvieron plaza en procesos selectivos en los que, por sentencia firme, se dispone la retroacción de las actuaciones a fin de que se sigan por los recurrentes a favor de los que falla las fases del proceso selectivo afectadas de los vicios determinantes de la estimación de sus pretensiones.

**La motivación del criterio de discrecionalidad técnica selectiva debe proceder del propio órgano de selección y dejar constancia en el expediente, pudiendo el órgano jurisdiccional corregir la aplicación de los baremos que sean claros y sin margen de apreciación. STS de 13 de abril de 2023 (rec. 4104/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar las exigencias de motivación de los órganos de selección de empleados públicos en el ejercicio de la discrecionalidad técnica de valoración de los méritos y pruebas, y concretar cuáles son los límites de los tribunales de justicia en el control de la misma.

FUNDAMENTO.- Es verdad que el art. 35.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común se remite a las bases de la convocatoria para regular el modo de motivar los actos que ponen fin a los procesos selectivos. Pero ello no puede interpretarse en el sentido de que, ante el silencio o la insuficiencia de las bases, la Administración no deba satisfacer ciertos requisitos mínimos en materia motivación. Tales son, sin duda alguna, los criterios de valoración empleados en el ámbito de la discrecionalidad técnica. Además, es importante que la motivación provenga del propio órgano técnico o tribunal calificador que ejerce la discrecionalidad técnica, así como que se deje constancia del sentido de las explicaciones o razones ofrecidas (...). La abundante jurisprudencia de esta Sala a propósito de la discrecionalidad técnica es constante al indicar que ésta cesa allí donde no hay verdadero margen de apreciación, con la consiguiente ampliación de la esfera de control por parte del órgano jurisdiccional.

DOCTRINA.- La motivación de las decisiones de los órganos de selección, ajustándose siempre a lo previsto en las bases de la correspondiente convocatoria, debe en todo caso exponer los criterios de valoración empleados, así como provenir del propio órgano de selección y dejar constancia de la misma en el expediente administrativo. En cuanto al control que puede ejercer el órgano jurisdiccional, cabe que éste corrija la aplicación de los baremos cuando éstos sean claros y no dejen margen de apreciación.

**La atribución de la dirección de los Equipos de Atención Primaria a los médicos frente a los enfermeros es razonable atendiendo a las funciones directivas. STS de 17 de abril de 2023 (rec. 3600/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar si el artículo 6.1 de la LOPSS –que establece que corresponde a los licenciados sanitarios la dirección y evaluación del desarrollo global del proceso de «atención integral de salud»– se refiere sólo a la dirección y evaluación del proceso asistencial o si comprende también la dirección y evaluación del funcionamiento de la unidad en la que se agrupan diferentes profesionales sanitarios, en este caso, las direcciones de los EAP.

FUNDAMENTO.- Del contraste de funciones entre médicos y enfermeros se deduce que, de acuerdo con la amplitud de su función asistencial y en coherencia con la carga formativa que eso exige, al médico le corresponde la intervención general sobre la salud mediante actos que le cualifican y que comprenden diag-

nosticar, pronosticar, instaurar un tratamiento o terapia y su seguimiento; y al enfermero le corresponde actuar sobre la salud según sus competencias profesionales que se actúan en las diferentes fases del proceso sobre la atención a la salud, cuya relación con la actividad asistencial del médico se desempeñan en términos de vinculación, coordinación, complementariedad y colaboración. (...) A esa conclusión se llega también desde otras normas de las que se deduce la idea de superior dirección del médico en el proceso de atención integral sobre la salud del paciente. Así cabe apuntar, por ejemplo, lo deducible de los conceptos de médico responsable e historia clínica (cfr. artículos 3 y 14.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

DOCTRINA.- Pues bien, esos dos ámbitos –el profesional y el organizativo– confluyen en la asistencia integral de la salud en su primer nivel, la atención primaria, de manera que a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, declaramos que si la Administración competente al regular la organización y gobierno de los EAP opta por encomendar su dirección o coordinación al personal sanitario -caso de autos-, es razonable que esa función recaiga en el médico en coherencia con su cometido asistencial y cualificación profesional al corresponderle la dirección y evaluación del desarrollo global del proceso asistencial en el que interviene el enfermero ejerciendo sus atribuciones profesionales en una relación respecto del médico de vinculación, colaboración, coordinación y complementariedad.

### **El control de la motivación de los ceses en puestos de libre designación alcanza a verificar los hechos alegados que sostienen la inidoneidad. STS de 29 de marzo de 2023 (rec. 8411/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar cuál es el contenido del deber de motivación exigible en las resoluciones administrativas que acuerdan el cese de funcionarios públicos en puestos de libre designación, y si, a tal efecto, resulta extensible la doctrina jurisprudencial establecida en cuanto respecta al deber de motivación de los acuerdos de cese en puestos de libre designación, también aplicable en el ámbito de la Guardia Civil. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 9, 23, 103 y 106, de la Constitución, 35 y 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

FUNDAMENTO.- Nuestra jurisprudencia que exige no sólo la motivación formal del cese en el puesto o destino de libre designación por razones de idoneidad profesional sino, además, la exigencia de que esa motivación no sea vaga, imprecisa o ritual, a base de expresiones opacas, estandarizadas, sino que dé razón de por qué la confianza profesional que motivó el nombramiento ha decaído y por qué ya no se reúnen las condiciones para desempeñar un destino atendiendo a sus requerimientos.

Pues bien, en ese juicio de inidoneidad sobrevenida para el desempeño del puesto por pérdida de confianza, habrá un núcleo de libre apreciación que no corresponde al juez sustituir y que no es otro sino al que nos referimos en la sentencia 1198/2019, pero esto no quita para que pueda plantearse si «son ciertos los hechos en los que se fundamentó la pérdida sobrevenida de la idoneidad» tal y como hemos declarado en la sentencia 723/2021, de 24 de mayo, recurso de casación 2453/2018, luego si es exigible que la razón del cese se explicita -y así se ha hecho- no cabe excluir sin más que se pueda enjuiciar.

En el caso concreto aprecia que «No cabe, por tanto, prescindir de los hechos y atender sólo a que se invoque la pérdida de confianza pues con tal parecer se obvia el sentido, fin y alcance de la confianza que informa el sistema de libre designación como modo de provisión de destinos profesionales, no de puestos de mera confianza subjetiva.».

DOCTRINA.- 1.º Reiteramos la jurisprudencia plasmada en la sentencia 1198/2019, seguida por otras posteriores, en cuanto a la exigencia de motivación de los actos de cese en puestos de libre designación.

2.º Reiteramos lo declarado en la sentencia 1183/2022, en cuanto a la aplicabilidad de la citada jurisprudencia a los miembros de la Guardia Civil respecto al cese en destinos de libre designación.

3.º Reiteramos lo declarado en la sentencia 723/2021 en cuanto a que cabe el control jurisdiccional de la certeza de los hechos alegados para sostener la pérdida sobrevenida de idoneidad para el destino.

### **Derecho de los funcionarios electos como miembros de las corporaciones locales, sin dedicación exclusiva en dicha condición, a la permanencia en el mismo puesto de trabajo en el centro o centros de trabajo públicos o privado. STS de 12 de enero de 2023 (rec. 4839/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si el derecho de los funcionarios electos como miembros de las corporaciones locales, sin dedicación exclusiva en dicha condición, a la permanencia en el mismo puesto de trabajo en el

centro o centros de trabajo públicos o privados en los que estuvieran prestando servicios en el momento de la elección, es extensible a quienes están unidos por vínculo estatutario temporal con nombramiento interino, o, por el contrario, se reconoce únicamente a quienes mantienen vínculo estatutario fijo o son funcionarios de carrera, a tenor del artículo 74.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

FUNDAMENTO.- El artículo 74.3 de la LRBRL tutela el ejercicio del cargo de concejal y respecto de funcionarios de carrera o personal estatutario fijo esa tutela responde a la necesidad de no entorpecer el desempeño de esa función representativa, de ahí que no puedan ser trasladados por decisión administrativa por lo que en tanto sean concejales sin dedicación exclusiva se les garantiza «la permanencia en el centro o centros de trabajo».

Tratándose de interinos no cabe oponer tal garantía si la Administración actúa como el ordenamiento prevé y le ordena que actúe, esto es, que ponga fin a una situación excepcional de interinidad ofertando la plaza vacante para su cobertura por funcionarios de carrera o personal estatutario fijo: esa es la normalidad o regularidad jurídica y lo anómalo sería prolongar indefinidamente la interinidad pese a que desaparezca el presupuesto objetivo que lo justifica.

DOCTRINA.- La garantía de la función representativa que prevé el artículo 74.3 de la LRBRL en principio puede ser aplicada a los funcionarios interinos o al personal estatutario interino, si bien no puede ser obstáculo para que la Administración ponga fin a su relación de servicios bien por amortización de la plaza o bien por cobertura mediante funcionarios de carrera o personal estatutario fijo.

## **B) SENTENCIAS SOBRE SITUACIONES ADMINISTRATIVAS**

**La excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del Estatuto Básico del Empleado Público no resulta de aplicación a los funcionarios interinos. STS de 19 de enero de 2023 (rec. 4531/2021). Reitera el criterio de la STS 17 de octubre de 2022 (rec. 6526/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar, si la excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público es de aplicación exclusiva a los funcionarios de carrera o también resulta de aplicación a los funcionarios interinos.

FUNDAMENTO.- No estamos frente a un cese de la relación de servicios acordado por la Administración, sino frente a una solicitud de excedencia voluntaria de un funcionario en cuyo nombramiento la Administración estableció que puede extinguir la relación cuando la plaza sea amortizada, cuando se extinga el derecho a la reserva del puesto de trabajo del funcionario de carrera sustituido o no existan las razones de urgencia que motivaron su cobertura interina (...) Hay, pues, razones objetivas, que justifican el trato distinto al trabajador por razón del carácter temporal de su empleo a que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco.

DOCTRINA.- La excedencia voluntaria por interés particular prevista en el artículo 89.2 del Estatuto Básico del Empleado Público no resulta de aplicación a los funcionarios interinos.

## **C) SENTENCIAS SOBRE CONDICIONES DE PUESTOS DE TRABAJO**

**El abuso en la contratación temporal no genera derecho automático a indemnización. STS 6 de marzo de 2023 (rec. 3889/2021), con referencia a la STS de 30 de noviembre de 2021 (rec. 6302/2018) y posteriores**

CUESTIÓN.- Determinar si ha existido abuso en la contratación en los términos de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, en el caso de sucesivos nombramientos de personal estatutario temporal, y, en caso afirmativo, si tiene derecho a la indemnización de 33 días por año de servicio.

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los artículos 10.3 y 63 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público; los artículos 9 y 33 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud; el artículo 56.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

FUNDAMENTO.- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite que las sanciones e indemnizaciones pueden ser una medida equivalente para alcanzar el efecto disuasorio contemplado en la cláusula 5 del Acuerdo Marco; pero en ningún momento ha dicho que sea una consecuencia necesaria e ineludible. Es una posibilidad para lograr la finalidad impuesta, no un medio obligatorio (...) Cuando se comprueba que la Administración ha hecho nombramientos no justificados de personal interino -o, más en general, de duración determinada- la respuesta no puede ser aplicar criterios de la legislación laboral. Es perfectamente sabido que la relación estatutaria de servicio se rige por el Derecho Administrativo y consiste, entre otras cosas, en la aceptación por el empleado de una serie de reglas que conforman un «estatuto» en gran medida heterónomo. En este sentido, no hay ninguna identidad de razón con la legislación laboral, por lo que carece de fundamento que los tribunales la apliquen en este ámbito, ni siquiera como fuente de inspiración.

En segundo lugar, dado que no puede ser el cese ajustado a Derecho lo que ocasione un daño susceptible de indemnización, ésta sólo tendría fundamento si mientras duró la situación de interinidad y como consecuencia de la misma se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar. Pero esto -tal como esta Sala ya tuvo ocasión de explicar en las sentencias de 26 de septiembre de 2018, citadas en el auto de admisión de este recurso de casación- pasa por presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños; algo que ni siquiera se ha intentado en este caso. En otras palabras, el mero hecho de haber sido personal interino durante un tiempo más o menos largo, incluso si ha habido nombramientos sucesivos no justificados por la Administración, no implica automáticamente que haya habido un daño. (...) Ni que decir tiene, en fin, que cuanto se acaba de razonar no significa que quien habiéndose hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva no pueda, por las vías ordinarias de la responsabilidad patrimonial de la Administración, reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que aquel hecho le haya producido.

DOCTRINA.- La utilización por la Administración sanitaria de personal de refuerzo y de personal interino para realizar una misma función y en un mismo centro, mediante nombramientos sucesivos y sin interrupción significativa de la continuidad en la relación de servicio, constituye objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada; máxime cuando dicha situación se prolonga durante un período dilatado de tiempo. La calificación de la situación como objetivamente abusiva sólo puede excluirse si la Administración muestra que dicha utilización del empleo público de duración determinada no estaba encaminada, en el caso concreto, a satisfacer una necesidad permanente.

Dicho esto, el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, en los términos que se acaban de señalar, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado. De aquí que no quepa reconocerle un derecho a indemnización por esa sola circunstancia; algo que el ordenamiento jurídico español y, más en concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, no permiten.

### **Cese de funcionario interino policía local con relación abusiva: tiene la carga de alegar y probar el daño material o moral. STS de 9 de mayo de 2023 (rec. 5132/2019)**

CUESTIÓN.- Determinar si a tenor de las sentencias de esta Sala de fechas 26 de septiembre de 2018 (recs. 785/2017 y 1305/2017), puede considerarse que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos del personal interino y, en el caso de constatarse tal utilización abusiva, cuáles son las consecuencias que se derivan de la misma.

FUNDAMENTO.- 1.º Que el hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva no implica, automáticamente, que el funcionario interino cesado haya sufrido un daño efectivo e identificado, luego no cabe reconocer un derecho a indemnización por esa sola circunstancia.

2.º Sí cabrá reclamar por aquellos daños materiales o morales, por una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar. Para ello deberá presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños.

DOCTRINA.- Si lo reclamado era una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el cese y los cuantificó según los criterios propios de la relación laboral, habría abandonado la carga procedimental de justificar o probar no sólo la existencia de un daño real y efectivo sino, además, su cuantía y la pertinencia de



los criterios de cuantificación. Sin embargo, su pretensión siempre ha sido -y así lo estima la demanda- que se la indemnice y que su indemnización sea a modo de sanción por el abuso de la temporalidad, para lo que aplica a las relaciones estatutarias funcionariales la lógica de las relaciones laborales.

En fin, la Sala no ignora que lo que en su momento pretendió la recurrente, y estima la sentencia impugnada, tiene ya respaldo legal en la disposición adicional decimoséptima.4 del EBEP, introducida por la Ley 20/2021. Esto es cierto, pero como hemos dicho también, esta innovación normativa rige *pro futuro* y en este caso, a la relación estatutaria de la recurrente y en especial a su cese, le era aplicable la normativa y la jurisprudencia que hemos expuesto.

### **Reducción de jornada para atender un hijo escolarizado y atendido, según las circunstancias. STS de 25 de abril de 2023 (rec. 3939/2021)**

**CUESTIÓN.-** Determinar si los requisitos previstos en el artículo 49.e) del EBEP para obtener el permiso se cumplen cuando el menor está escolarizado y recibe por el centro educativo los cuidados necesarios para tratar su enfermedad, sin necesidad, durante ese periodo, del cuidado directo, continuo y permanente por parte del solicitante del permiso.

**FUNDAMENTO.-** No hay razón para alterar nuestra jurisprudencia según la cual la escolarización no impide el reconocimiento del permiso previsto en el artículo 49.e) del EBEP, luego es compatible con la exigencia legal de que precise un cuidado directo, continuo y permanente por parte del progenitor que solicita para sí tal permiso. Aunque la regulación del artículo 49.e) del EBEP precisa del desarrollo reglamentario que prevé su párrafo último, lo que no se ha hecho, habrá que recordar que ese permiso está en la línea de la conciliación de la vida profesional con la familiar y que lo regulado en el EBEP son «condiciones mínimas» en cuanto que exige un cuidado con esas características, que los dos progenitores trabajen y que la reducción de la jornada sea «al menos» del 50%.

**DOCTRINA.-** Ante la falta de tal desarrollo reglamentario y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA completamos la jurisprudencia que hemos ido elaborando a base de casos concretos. De esta manera, a partir de las condiciones mínimas que regula el EBEP y para cuando el menor esté escolarizado añadimos lo siguiente:

1.º Que en caso de escolarización no cabe acudir de manera automática a dos planteamientos contrarios: o que, pese a la escolarización siempre procede la concesión del permiso, o que la escolarización excluye el permiso pues en horario escolar el menor no está al cuidado del progenitor solicitante.

2.º Reiteramos, por tanto, que la escolarización del menor no es en sí obstáculo para la concesión del permiso, ahora bien, el juicio sobre su pertinencia exige ponderar en qué centro está escolarizado, si cuenta con medios personales o materiales especializados o idóneos para atender sus necesidades; además, el calendario y horario escolar deberá ponderarse y contrastarse con el laboral, más la disponibilidad de ambos progenitores.

3.º Habrá que ponderar también cuál es el grado de atención que precisa el menor y si por sus circunstancias puede o no cumplir con el horario escolar o si, aun escolarizado, precisa en algún momento de la jornada escolar contar con la disponibilidad del progenitor solicitante.

4.º Por tanto, el permiso podrá concederse o denegarse o bien concederse pero modulando el porcentaje del horario que se reduce según las circunstancias del solicitante en relación con las del menor.

### **No puede discriminarse en la carrera profesional al personal estatutario interino y al personal eventual respecto del fijo. SSTs de 23 de marzo de 2023 (rec. 6768/2021, 1667/2021, 1807/2021, 1576/2021, y otras, reiterando la doctrina sentada con anterioridad)**

**CUESTIÓN.-** Determinar si existe o no discriminación en el acceso a la carrera profesional en aquellos supuestos en los que el personal estatutario eventual y/o de sustitución del Servicio Madrileño de Salud resulta excluido de la posibilidad de realizar dicha carrera profesional en relación con el personal estatutario fijo.

**FUNDAMENTO.-** No hay diferencia sustantiva entre éste y el eventual que justifique el distinto trato respecto de la carrera profesional. Y, desde luego, la razón no puede estar en que la negociación colectiva se limite al personal estatutario interino, ya que se halla en juego un aspecto importante del régimen jurídico del personal temporal eventual en un contexto normativo en el que la Ley 55/2003, al reconocer en su artículo 40 el derecho a la carrera profesional del personal estatutario, lo predica de todo él, sin distinguir ni excluir a ninguna de sus variedades. Son, pues, plenamente aplicables la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo Marco.

DOCTRINA.- Declarar que es discriminatorio para este último, en las circunstancias expuestas, su exclusión de dicho acceso frente al personal fijo por no concurrir razones objetivas, en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco que acompaña a la Directiva 1999/70/CE, que la justifiquen, como lo pone de manifiesto que se haya reconocido al personal estatutario temporal interino.

#### **D) SENTENCIAS SOBRE INDEMNIZACIONES, RETRIBUCIONES Y PENSIONES**

##### **El grado personal se adquiere por el funcionario interino, ya esté regulado estatal o autonómicamente. SSTS de 30 de marzo de 2023 (rec. 5294/2021, rec. 5294/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de noviembre de 2018 en recurso de casación 1781/2017, es aplicable a los efectos de adquisición del grado personal, a los funcionarios interinos, aun cuando resulte de aplicación la normativa autonómica.

FUNDAMENTO.- El grado personal y sus efectos jurídicos han de ser incluidos en el ámbito o en el concepto de «condiciones de trabajo» que utiliza la cláusula 4 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE (...) Sin que, por lo demás, tenga relevancia, a los efectos examinados de la aplicación del principio de no discriminación entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos o temporales que la regulación de los requisitos para la adquisición del grado personal se establezca por una norma estatal, como es el caso del Reglamento aprobado por RD 364/1995, o en una norma autonómica, como es el de la Ley andaluza 6/1984. Téngase en cuenta que la cuestión examinada no se refiere al cumplimiento de los requisitos que se establecen para consolidar el grado, respecto de lo que ha de estarse al régimen jurídico correspondiente, sino a su aplicación a los funcionarios temporales o interinos, que posteriormente adquirieron la condición de funcionarios de carrera y solicitaron el reconocimiento de los servicios prestados con anterioridad como funcionarios interinos.

DOCTRINA.- No puede denegarse la consolidación del grado personal a los funcionarios de carrera que antes de la formulación de la solicitud ya habían cumplido los requisitos exigidos por su respectiva normativa cuando prestaron servicios como funcionarios interinos.

##### **Las retribuciones de personal docente no universitario interino devengadas en cada nuevo curso han de ser las mismas que los funcionarios de carrera. STS de 30 de marzo de 2023 (rec. 8841/2021), en línea con las SSTS de 23 de marzo de 2023 (rec. 8833/2021, rec. 8840/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si el nombramiento de los funcionarios docentes interinos de los Cuerpos Docentes no universitarios al inicio del período lectivo del curso escolar, basado sólo en la causa de que las funciones docentes que están llamados a desempeñar se desarrollan desde el inicio del período lectivo y no desde el comienzo del curso escolar, comporta o no un trato desigual no justificado con respecto a los funcionarios docentes fijos o de carrera.

FUNDAMENTO.- No existen razones objetivas para tal trato discriminatorio.

DOCTRINA.- El nombramiento de los funcionarios docentes interinos de los Cuerpos Docentes no universitarios al inicio del período lectivo del curso escolar, basado sólo en la causa de que las funciones docentes que están llamados a desempeñar se desarrollan desde el inicio del período lectivo y no desde el comienzo del curso escolar, comporta un trato desigual no justificado con respecto a los funcionarios docentes fijos o de carrera.

##### **El personal estatutario fijo en comisión de servicios en otra entidad, caso de admitírsele participar en los procedimientos de carrera profesional, tiene derecho al complemento correspondiente. STS de 27 de febrero de 2023 (rec. 675/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar respecto del personal estatutario en comisión de servicios en otro Servicio del Sistema Nacional de Salud (SNS) distinto del de origen, si cabe supeditar los efectos retributivos derivados del reconocimiento de nivel o grado de carrera a la obtención de una plaza de personal estatutario fijo en el Servicio de Salud donde se encuentre prestando servicios.

FUNDAMENTO.- Sobre la carrera profesional las Administraciones sanitarias están apoderadas para ejercer su potestad de desarrollo (artículo 41.2 in fine de la Ley de Cohesión) en cuanto a «sus propios

centros y establecimientos ( artículo 38.1 de la Ley de Ordenación) o para “sus servicios” (artículo 40 del EMPSS). Esto no se discute, pero si, como hemos visto y conforme a la normativa básica, en comisión de servicios se está en servicio activo, que implica plenitud de derechos estatutarios, habrá que concluir que no pueden escindirse las consecuencias económicas del régimen de reconocimiento de la carrera profesional.

Esa conclusión debe ser, sin embargo, matizada. En efecto, en el ejercicio de esta potestad de desarrollo y autoorganización, cabe que para el reconocimiento de la carrera profesional un Servicio de Salud excluya al personal estatutario fijo procedente de otro Servicio de Salud y que tiene en comisión de servicios.

DOCTRINA.- El personal estatutario fijo destinado en comisión de servicios en un Servicio de Salud distinto del suyo de origen, si en ese otro Servicio de Salud se le permite participar en los procedimientos de reconocimiento del nivel de carrera profesional previstos para su propio personal y se le reconoce un nivel, no cabe que se excluyan las consecuencias retributivas en cuanto al complemento de carrera profesional.

### **El periodo de guardia localizada de los fiscales no puede calificarse automáticamente de «tiempo de trabajo» a los efectos de la compensación económica sustitutiva prevista en el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE. STS de 8 de marzo de 2023 (rec. 6592/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar, si el derecho al descanso, o en su caso, a una compensación económica sustitutiva, por el desempeño de guardias de 24 horas por parte de los integrantes de la carrera fiscal, se integra o no en el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

FUNDAMENTO.- No procede realizar una aplicación automática del «tiempo de trabajo», cuya calificación es esencialmente casuística, pues corresponde a los órganos jurisdiccionales, verificar si procede o no aplicar dicha calificación al tiempo de la guardia localizable. Esta valoración ha de hacerse teniendo en cuenta las consecuencias que se derivan de las limitaciones adicionales impuestas, si es que concurren. Verificando si tales restricciones adicionales inciden y restringen su capacidad para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y pueda dedicarse a sus propios intereses.

Atendidas las circunstancias de hecho del caso concreto y lo alegado y justificado por las partes en el proceso, insistimos, no se han puesto de manifiesto, ni justificado, ni probado, que se hayan establecido en este caso limitaciones adicionales más allá de la localización propia de este tipo de guardias. No se han evidenciado ni limitaciones de orden geográfico, ni tampoco de naturaleza temporal, ni relativas a la frecuencia con que se producen las intervenciones, de modo que no podemos concluir que en este caso concurren restricciones intensas que limiten de modo significativo la capacidad de administrar con cierta libertad su tiempo y dedicar el mismo a asuntos persona.

DOCTRINA.- No procede la compensación económica sustitutiva del indicado descanso de 11 horas no realizado que prevé el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE, que ahora se solicita, pues ni se han alegado de modo concreto y específico, ni se han justificado las limitaciones añadidas que se anudan a la prestación del servicio durante ese tipo de guardias.

### **El importe total del complemento específico es la referencia para la autorización de las actividades compatibles. STS de 2 de febrero de 2023 (rec. 3500/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si a los efectos de la aplicación del 30 de las retribuciones básicas en la concesión de compatibilidad de actividad privada, en el ámbito particular de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se debe computar el importe del complemento específico singular, como defiende la actora, o debe considerarse el importe total del complemento específico, como defiende la Administración y la sentencia impugnada.

FUNDAMENTO.- Si la finalidad subyacente al art. 16.4 de la Ley 53/1984 es permitir la compatibilidad con actividad privada tan sólo a los funcionarios con un complemento específico modesto o poco consistente, que la propia norma fija en lo inferior al 30 de las retribuciones básicas, dicha finalidad no se ve en absoluto frustrada por computar el complemento específico en su conjunto.

DOCTRINA.- A los efectos de la aplicación del 30 de las retribuciones básicas en la concesión de compatibilidad de actividad privada en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se debe computar el importe total del complemento específico.

### **La reducción de jornada de los funcionarios locales con base a normas autonómicas debe ir acompañada de la disminución de retribuciones. STS de 29 de marzo de 2023 (rec. 5492/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar, si procede o no la concesión de permisos que suponen la reducción de jornada sin disminución de retribuciones a los funcionarios públicos de las Corporaciones Locales con base en la normativa autonómica, dada la regulación del art. 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público.

FUNDAMENTO.- El artículo 48 h) del Estatuto Básico del Empleado Público dice así: «h) Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda.

Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida».

No es el único supuesto en el que este artículo 48 impone la disminución de haberes. Así, la exige en el caso de la reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros [apartado g)]. Y el artículo 49 que contempla los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos, también la prevé en los supuestos de sus apartados d) e) y f).

Así, pues, es cierto que el precepto reglamentario valenciano aplicado por la sentencia objeto de este recurso de casación se aparta, mejor dicho, se opone a la prescripción del artículo 48 h) del Estatuto Básico del Empleado Público y la consecuencia no puede ser otra que desestimar la pretensión de no reducirse las retribuciones.

DOCTRINA.- La concesión de la reducción de jornada, a los funcionarios de las corporaciones locales, debe comportar la disminución de sus retribuciones conforme al artículo 48.h) del Estatuto Básico del Empleado Público.

### **La indemnización por residencia no debe reducirse durante el plazo en el que, el militar, disfruta de la reducción de jornada por guarda legal de hijo menor, al no tener la naturaleza de retribución básica o complementaria. STS de 14 de diciembre de 2022 (rec. 781/2021). Reitera la doctrina de la STS de 24 de marzo de 2022 (rec. 5603/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar si la indemnización por residencia debe reducirse durante el plazo en el que el militar disfruta de la reducción de jornada por guarda legal de hijo menor o, por el contrario, debe mantenerse inalterable. Ello según el artículo 6 del Decreto 361/1971, de 18 de febrero, sobre indemnización por residencia, artículos 22 y 25 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y artículos 28 y 48 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

FUNDAMENTO.- Hay ciertos supuestos de reducción de jornada -como el aquí considerado- que constituyen un derecho subjetivo del militar y, por consiguiente, que no admiten un margen significativo de discrecionalidad en cuanto a su otorgamiento. Así, por el contexto del momento en que la mencionada norma reglamentaria fue aprobada, cabe considerarla poco acorde con las previsiones legislativas vigentes en materias de permisos de los empleados públicos, incluidos los militares. La plena efectividad de las correspondientes normas legales justifica, por tanto, la indemnización para compensar el riesgo o penosidad del destino que, efectivamente, no desaparecen durante el tiempo en que la jornada de trabajo ha sido reducida.

DOCTRINA.- La indemnización por residencia no debe reducirse durante el plazo en el que el militar disfruta de la reducción de jornada por guarda legal de hijo menor.

### **La asistencia jurídica al funcionario requiere previa solicitud y la autorización de la Administración. STS de 5 de febrero de 2023 (rec. 5318/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar los requisitos y la forma en que se debe ejercer el derecho recogido en el artículo 14.f) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y en especial si en todo caso es necesaria la previa solicitud del titular del derecho o se puede eximir de la misma en los supuestos de conflicto de intereses entre la administración y el empleado público.

FUNDAMENTO.- Partimos de que la satisfacción de ese derecho implicará para la Administración asumir el coste de la asistencia procesal, luego debe valorar si el proceso judicial en el que está incurso el funcionario obedece al ejercicio de sus funciones, que ese ejercicio haya sido legítimo y que no haya conflicto de intereses con la propia Administración. Esto hace que el del artículo 14.f) del EBEP sea un derecho individual cuya satisfacción depende de la iniciativa del funcionario: en su mano está ejercerlo o no, luego que asuma la carga formal de instarlo. Y forma parte de este derecho que el funcionario opte por acudir a profesionales de su elección, en cuyo caso la Administración debe autorizarla, para apreciar la concurrencia de los requisitos expuestos y valorar el coste.

Lo dicho opera con normalidad en caso de procesos judiciales en trámite, que es lo ordinario pues tal derecho se ejerce respecto de los «procedimientos que se sigan». Pero la lógica del artículo 14.f) del EBEP rige también para procesos judiciales concluidos y, obviamente, de manera favorable para el funcionario. Si ese es el caso va de suyo que en su momento lo comunicó a la Administración, que lo autorizó, o lo solicitó y se le denegó porque la Administración entendió que, indiciariamente, no concurría el presupuesto del artículo 14.f) o que había conflicto de intereses.

Lo expuesto es trasladable a la segunda parte de la cuestión de interés casacional pues en caso de conflicto de intereses también es exigible al funcionario la carga de solicitar la asistencia o de pedir autorización para ser asistido por profesionales de la propia elección, aun cuando el funcionario finalmente quede exento de toda responsabilidad. La razón es que seguimos en la lógica del artículo 14.f) del EBEP y las exigencias formales de su ejercicio están vinculadas a las sustantivas. Y esto es así aun cuando al inicio de las actuaciones no fuese claro que hubiere conflicto de intereses: la Administración debe tener la posibilidad de apreciarlo siquiera indiciariamente para rechazar la asistencia y llegado el caso, si la hubiese asumido, abandonarla.

DOCTRINA.- En todo caso es necesaria la previa solicitud del funcionario para recibir asistencia jurídica de la propia Administración. En caso de conflicto de intereses también es exigible al funcionario la carga de solicitar la asistencia o de pedir autorización para ser asistido por profesionales de la propia elección, aun cuando el funcionario finalmente quede exento de toda responsabilidad.

### **No procede la revisión de la incapacidad y pensión de retiro por agravamiento de patologías salvo en los casos tasados legalmente. STS de 17 de marzo de 2023 (rec. 6178/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si, en el caso de militares profesionales al servicio de las Fuerzas Armadas, cabe la revisión de las situaciones de incapacidad permanente por acto de servicio, mediante la instrucción del correspondiente expediente administrativo, en el caso de agravamiento de las patologías que determinaron su resolución de compromiso por dicha situación de incapacidad.

FUNDAMENTO.- El artículo 2 del Real Decreto 710/2009 tiene por objeto la mejora de las pensiones ordinarias por incapacidad permanente para el servicio o por inutilidad pero sucede que el recurrente ni tiene reconocida una pensión por esa causa, aunque sea por las razones temporales que explica, ni sería una pensión ordinaria la que hubiera tenido, caso de permitirlo la regulación vigente. Es decir, no reúne los requisitos para servirse del cauce que ofrece ese precepto.

DOCTRINA.- En las circunstancias del caso, no cabe acudir al artículo 2 del Real Decreto 710/2009, de 17 de abril, por el que se desarrollan las previsiones de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, en materia de pensiones de Clases Pasivas y de determinadas indemnizaciones sociales.

### **Las gratificaciones por jubilación anticipada requieren habilitación expresa por norma legal. STS de 26 de abril de 2023 (rec. 199/2022). Con remisión a anteriores STS de 16 de marzo de 2022 (rec. 4444/2020), SSTS de 28 de marzo de 2023 (rec. 2402/2021, 7490/2021, etcétera)**

CUESTIÓN.- Determinar la naturaleza de los incentivos a la jubilación anticipada acordados por las entidades locales, que tienen un coeficiente reductor de la edad de jubilación.

FUNDAMENTO.- Es posible la existencia de régimen específico para colectivos de funcionarios, atendida la naturaleza de la actividad que desempeñan, que impide, entre otras cosas, acceder al régimen general para alcanzar la jubilación anticipada.

DOCTRINA.- Es criterio jurisprudencial claramente establecido que las gratificaciones -cualquiera que sea su denominación en cada caso- por jubilación anticipada previstas en acuerdos de entidades locales tienen naturaleza de retribución y, por consiguiente, sólo pueden considerarse ajustadas a Derecho en la

medida en que tengan fundamento en alguna norma legal de alcance general, relativa a la remuneración de los funcionarios de la Administración local.

DOCTRINA.- No cabe conceder gratificaciones por la jubilación de funcionarios sin contar con norma legal de alcance general que le dé cobertura.

## **E) SENTENCIAS SOBRE CUESTIONES DISCIPLINARIAS**

### **El procedimiento disciplinario impone acudir supletoriamente a la normativa estatal disciplinaria antes que a la normativa autonómica sancionadora. STS de 12 de diciembre de 2022 (rec. 2288/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si cabe incluir el procedimiento disciplinario, dentro del procedimiento sancionador ordinario que contempla la regulación cántabra, a efectos del cómputo del plazo de caducidad previsto en la misma o, por el contrario, es aplicable la normativa estatal supletoria al no prever la legislación sectorial cántabra la regulación del procedimiento disciplinario.

FUNDAMENTO.- Con carácter supletorio, y ante la falta de regulación específica al respecto, por el Estatuto Básico del Empleado Público, debe ser de aplicación el expresado Reglamento, que tiene carácter supletorio para los funcionarios de las Administraciones Públicas. Y no el plazo general para resolver del artículo 21.2 de la Ley 39/2015, que postula la parte recurrente.

DOCTRINA.- No cabe incluir el procedimiento disciplinario dentro del procedimiento administrativo sancionador que contempla la regulación cántabra a efectos del cómputo del plazo de caducidad, ya que es aplicable la normativa estatal supletoria al no prever la legislación sectorial cántabra la regulación del procedimiento disciplinario.

## **F) SENTENCIAS SOBRE CUESTIONES PROCESALES LIGADAS AL EMPLEO PÚBLICO**

### **No pierde objeto el litigio de funcionario cuya relación se extingue, dependiendo de las pretensiones (STS de 16 de marzo de 2023, rec. 4533/2021)**

CUESTIÓN.- Determinar si cuando se litiga en materia de provisión de puestos de trabajo, cabe declarar la terminación del proceso por pérdida sobrevenida del objeto del recurso cuando durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo el recurrente pierde la condición de funcionario por su jubilación forzosa, al aplicarse el artículo 22.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

FUNDAMENTO.- La apreciación de ese mantenimiento o perpetuación del interés legitimador va ligado a las circunstancias del caso, pasando por el tamiz del principio *pro actione* y de que, aun cuando una resolución de inadmisión satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, más plenamente lo hace si se resuelve sobre el fondo.

DOCTRINA.- El hecho de extinguirse la relación de servicios de un empleado público durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo, no supone, por sí mismo, la pérdida sobrevenida del objeto del recurso a los efectos de la aplicación supletoria de los de los artículos 22.1 y 413.1 de la LEC, pues habrá que estar al contenido y alcance de las pretensiones ejercitadas así como a las circunstancias del procedimiento jurisdiccional.

### **Las sanciones de suspensión de funciones son de cuantía indeterminada. STS de 28 de febrero de 2023 (rec. 6179/2021). Con referencia a anteriores, como STS de 14 de diciembre de 2022 (rec. 7778/2018), o 14 de marzo de 2022 (rec. 19 de diciembre de 2022 (rec. 3563/2020)**

CUESTIÓN.- Determinar, primero, si ha de reputarse indeterminada o determinable la cuantía de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una sanción disciplinaria de suspensión de funciones, con pérdida de las retribuciones correspondientes, cuando estas resultan inferiores a 30.000 euros; y segundo, de ser la cuantía determinable, qué conceptos han de ser tomados en consideración para el cálculo y fijación de la cuantía del recurso.

La normas que, en principio, serán objeto de interpretación son, en principio, los artículos 41, 42 y 81.1.a) 42 LJCA en relación con el artículo 24 CE.

**FUNDAMENTO.-** La sanción de suspensión de funciones de un empleado público, comporta un daño que va más allá de lo puramente económico como, por ejemplo, cambio de situación administrativa, pérdida de antigüedad más afectación a posibilidades de promoción o pérdida de acceso a actividades formativas, añadiendo la afección moral que comporta toda sanción.

**DOCTRINA.-** Cuando el asunto versa sobre una sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo, ese mero dato basta para que sea de cuantía indeterminada a efectos del recurso de apelación. No es preciso, dicho de otro modo, que quien recurre en apelación alegue y acredite perjuicios de carácter no económico derivados de la sanción disciplinaria. La razón para llegar a esta conclusión es doble. Por un lado, esos posibles perjuicios de carácter no económico pueden no haberse manifestado en un primer momento. Por otro lado, la solución contraria exigiría entrar en el fondo de cada asunto para dilucidar la admisibilidad del recurso de apelación; algo que sería contraproducente para el fluido funcionamiento de los medios de impugnación y para la seguridad jurídica, que sin duda requieren criterios claros en materia de acceso a los recursos y de competencia funcional.

**Los actos administrativos firmes en materia selectiva solo pueden revisarse por la vía de la revisión de oficio y ello con los efectos retroactivos propios de la nulidad. SSTs de 30 de marzo de 2023 (rec. 1771/2021, 1656/2021, 1926/2021, etcétera)**

**CUESTIÓN.-** Determinar si es o no necesario seguir los trámites del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos en la hipótesis de que exista un acto consentido y firme que pudiera dar lugar a una situación jurídica consolidada, dejados sin efecto a raíz de una infracción jurídica avalada por un pronunciamiento judicial firme; y (ii) en el supuesto de que sea innecesaria dicha acción de nulidad, si el cambio jurisprudencial subsiguiente al reconocimiento de la referida infracción jurídica ha de producir efectos pro futuro o efectos retroactivos.

**FUNDAMENTO.-** El personal estatutario temporal tiene derecho a la carrera profesional porque ésta forma parte de las condiciones de trabajo y no hay razones objetivas en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE (...) Es desproporcionado someter a los interesados a un nuevo procedimiento para restablecer los derechos que les confiere de forma directa y suficientemente clara una disposición de Derecho de la Unión Europea (...) si bien debe mantenerse el principio de que la remoción de los actos consentidos solamente puede lograrse, de ser procedente, a través de la revisión de oficio. También hay que decir que, en este caso, la Administración castellano-manchega no debió de tener duda de que esto era lo que le pedía la Sra. Rosaura –aunque formalmente no solicitara una revisión, ya que sí ponía de manifiesto la desigualdad injustificada a la que seguía sometido– y actuar en consecuencia.

Sin embargo, dicha Administración, escudándose en que mediaba un acto consentido, no ejerció la potestad que sin duda le reconoce el ordenamiento jurídico precisamente frente a actos de esa naturaleza para declarar su nulidad. Proceder éste que el tiempo ha hecho cada día menos comprensible pues, como sabemos, es ya constante la jurisprudencia que afirma que no cabe diferenciar al personal temporal –salvo que haya razones objetivas que lo justifiquen aquí no sólo no acreditadas sino ni siquiera mencionadas– en las condiciones de trabajo y que forma parte de ellas la carrera profesional (...) los efectos temporales de esa revisión han de ser los propios de la apreciación de una nulidad de pleno Derecho.

**DOCTRINA.-** Los actos administrativos consentidos por no haber sido objeto de recurso en el plazo establecido y cuya nulidad de pleno Derecho se afirme, solamente podrán ser removidos mediante el procedimiento de revisión de oficio previsto por el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común.

La respuesta a la segunda pregunta ha de ser que los efectos de la declaración de nulidad han de operar desde el momento en que se dictó la resolución que la padece sin perjuicio de los límites establecidos por la Ley en materia de prescripción de las obligaciones de la Hacienda Pública y de los sentados por el apartado 4 de la disposición derogatoria de la Ley castellano-manchega 1/2012, de 21 de febrero, de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales.

**La revisión de oficio de las bases por la que se rige un proceso selectivo ya realizado y de sus actos de aplicación no puede conducir a resultados contrarios al principio de seguridad jurídica. La nota de corte debe ser la inicialmente fijada. STS de 20 de enero de 2023 (rec. 7807/2020)**

**CUESTIONES.-** (i) Si resulta conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, la revisión general acordada por la Administración, en virtud de la anulación de una base de la convocatoria de un

proceso selectivo, que da lugar al reconocimiento del derecho a ser incluidos en la lista de aprobados, a los aspirantes que superen la nota que resulta de ese proceso de revisión y con respeto a los que en la lista inicial habían superado el proceso.

(ii) Como consecuencia de lo anterior, cuando se trata de adjudicar una plaza al aspirante en un proceso selectivo, tras obtener por vía de revisión de actos nulos la posibilidad de superar la fase de oposición y pasar a la fase de méritos, cuál debe ser la nota de referencia que hay que tener en cuenta, si la del último aprobado en su día o la nueva nota que resulta del proceso de revisión, de acuerdo con el número máximo de plazas convocadas y sin perjuicio de terceros de buena fe.

FUNDAMENTO.- Ninguna solución es buena pues... solamente cabe aspirar a la que menos se aleje de los principios constitucionales en juego.

DOCTRINA.- En respuesta a la primera de las cuestiones que nos ha sometido el auto de admisión, que la revisión de oficio que pueda emprender la Administración de las bases por la que se rige un proceso selectivo ya realizado y de sus actos de aplicación no puede conducir a resultados contrarios al principio de seguridad jurídica. Y, en contestación a la segunda, procede decir que la nota de corte a aplicar a quienes se encuentren en las circunstancias de la recurrente es la inicialmente fijada.

### **La competencia para conocer de las órdenes de servicios mínimos en caso de huelga es de la jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 16 de febrero de 2023, rec. 7222/2020)**

CUESTIÓN.- La determinación de la jurisdicción competente (social o contencioso-administrativa) para conocer de las órdenes de servicios mínimos o esenciales de la comunidad en caso de huelga.

Identifica como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 2.f) y 3.d) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

FUNDAMENTO.- Los destinatarios de la resolución impugnada no son los trabajadores en huelga sino los usuarios del servicio público que se presta.

DOCTRINA.- La jurisdicción competente para conocer de las órdenes de servicios mínimos o esenciales de la comunidad en caso de huelga es la contencioso administrativa.