



Nº 2
Segundo trimestre 2015

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha



Castilla-La Mancha



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

Número 2. Junio 2015



Castilla-La Mancha



Gabilex
Nº 2
Junio 2015

Revista incluida en Latindex y Dialnet

Editado por la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

DIRECCIÓN

D^a Alicia Segovia Marco

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. David Larios Risco

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

SUMARIO

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“LOS DAÑOS MORALES EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA:
ANÁLISIS JURÍDICO Y PRÁCTICO DE LAS CUESTIONES MÁS
PROBLEMÁTICAS” 7

LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN DIRECTIVA EN LA SANIDAD
PÚBLICA: SELECCIÓN Y PROVISIÓN DE PUESTOS DIRECTIVOS. 35

REGULACIÓN AUTONÓMICA DEL INFORME DE EVALUACIÓN DE LOS
EDIFICIOS: DECRETO 11/2015, DE 11 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA EL
INFORME DE EVALUACIÓN DE LOS EDIFICIOS Y SE CREA EL REGISTRO DE
INFORMES DE EVALUACIÓN DE LOS EDIFICIOS EN CASTILLA-LA MANCHA 71

LA AGILIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL Y EL REFUERZO DE LAS GARANTÍAS
PROCESALES EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LECRIM 105

LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LA SANIDAD PÚBLICA EN ESPAÑA 131

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

COMENTARIO A LA LEY 3/2015, DE 30 DE MARZO, REGULADORA DEL EJERCICIO DEL ALTO CARGO..... 185

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2014. CONCURSO DE ACREEDORES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 84.4 LEY CONCURSAL RESPECTO DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA DE LA ADMINISTRACIÓN..... 197

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JCCM..... 203

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

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“LOS DAÑOS MORALES EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA: ANÁLISIS JURÍDICO Y PRÁCTICO DE LAS CUESTIONES MÁS PROBLEMÁTICAS”

Roberto Mayor Gómez

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Fecha finalización del trabajo: 1-4-2015

ÍNDICE

- 1. INTRODUCCIÓN: EL RECONOCIMIENTO DE LOS DAÑOS MORALES EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA**
- 2. LOS DAÑOS MORALES EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA**
- 3. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS SUPUESTOS DE DAÑOS MORALES**
- 4. LA CARGA DE LA PRUEBA Y CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES**
- 5. LA SUCESIÓN PROCESAL EN LOS DAÑOS MORALES**
- 6. CONCLUSIONES**

1. INTRODUCCIÓN: EL RECONOCIMIENTO DE LOS DAÑOS MORALES EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

La figura del daño moral tiene su origen en la doctrina francesa, cuyos juriconsultos denominaban con la expresión "domages morales", y consiste, desde un punto de vista etimológico, en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, y en general, los padecimientos inflingidos a la víctima o a su entorno por un evento dañoso.

El daño moral implica, por tanto, una modificación del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, y radica en las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales.

Si partimos de la definición de "daño" como el mal o perjuicio producido a una persona y le añadimos el término "moral", en referencia a la suma de elementos psíquicos y espirituales que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano, podremos acercarnos al concepto de daño moral, que entendido como aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la trasgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual.

Dentro de las características del daño moral se pueden enumerar, entre otras, las siguientes:

El daño moral es subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano, ya que el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto.

El daño moral no es patrimonial, ya que no acarrea ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente evaluables y se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado.

Una de las cuestiones jurídicas tradicionales mas problemáticas y discutidas que se ha planteado en el ámbito jurídico, es la relativa a si los daños morales pueden ser objeto de reparación.

En España, en la actualidad, la práctica totalidad de la doctrina moderna admiten la resarcibilidad del daño no patrimonial, siendo una cuestión principal y especialmente analizada por la doctrina civilista. En este sentido, DE CASTRO señala que «el reconocimiento, en base a los principios tradicionales, del carácter

indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico. Con él, se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general»; HERNANDEZ GIL utilizando el reconocimiento de la indemnización del daño moral como argumento en contra de quienes siguen postulando la necesidad de la patrimonialidad de la prestación como objeto de las relaciones jurídicas obligatorias, considera la responsabilidad civil derivada del daño moral y la consiguiente indemnización del mismo como un principio general del derecho con vigencia universal, especialmente acusada en el sector de derecho comparado que representa el derecho anglosajón.

DIEZ PICAZO, por su parte, pone de manifiesto que el derecho de daños se vio afectado desde el siglo XIX como consecuencia de la revolución industrial, que dio lugar a un enorme aumento de los accidentes causados por los ferrocarriles, por el transporte urbano, por el manejo de las nuevas fuentes de energía, como gases y electricidad, y también por el aumento de los accidentes de trabajo.

Ante el problema que significaba para los afectados por estos accidentes probar en sede judicial la existencia de culpa en el agente causante de los daños sufridos, la jurisprudencia, siempre aplicando el principio “pro damnato”, comenzó a establecer unas medidas tendentes a facilitar al dañado la consecución de su resarcimiento, y así, dentro de esas medidas surge la aparición del daño moral como concepto indemnizable.

En todo caso, la doctrina española es unánime al afirmar que la reparación de los daños morales encuentra su fundamento último en el principio de la «reparación integral del daño», que es el objeto principalmente del sistema de responsabilidad civil extracontractual.

Frente a esta tesis sostenida por la doctrina moderna, se postula por algunos sectores la no resarcibilidad del daño moral, y así los reparos doctrinales hacia la reparación de los daños morales presentan una variada diversidad en su argumentación (la irresarcibilidad de los daños no patrimoniales por su propia naturaleza, la incapacidad de conseguir el fin que toda reparación persigue ya que las reparaciones pecuniarias no pueden hacer desaparecer el daño moral, que la indemnización constituiría un enriquecimiento sin causa.....)

Desde un punto de vista jurisprudencial, hay que señalar que el reconocimiento del daño moral como concepto susceptible de reparación no ha sido realizado de una manera uniforme en el tiempo por las distintas salas del Tribunal Supremo.

Precisamente ha sido en el ámbito civil el que primero ha procedido al reconocimiento jurisprudencial del daño moral como concepto indemnizable, y ello a pesar de que el daño moral, como categoría jurídica, no fue objeto de regulación específica en el Código Civil, atribuyéndose el mérito de ser pionera en el reconocimiento judicial del daño moral a una sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de diciembre 1912, cuyo supuesto de hecho está representado por una mujer que interpone demanda contra la empresa editora y el director del periódico “El Liberal” por publicar en primera página y con texto destacado en fecha 1 de diciembre de 1910, una noticia que era falsa y que entendía que menoscababa su honor y honra, solicitando indemnización por los daños morales sufridos, alegando los demandados, que recurrieron en casación, que este tipo de daños no eran indemnizables en el ordenamiento jurídico español.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de diciembre 1912, confirma la sentencia recurrida, señalando que “el Tribunal sentenciador, al someter el daño moral causado a compensación pecuniaria, no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder judicial con las del Poder legislativo, pues para ello sería preciso se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo, cosa que aquí no ocurre, porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad que son máximas elementales de justicia universal, se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya «preexistentes», que definen el daño en sus diversas manifestaciones para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por acción civil o penal, una indemnización pecuniaria, que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven Mussó y que llevan consigo, como consecutarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales, conforme al criterio tan sabiamente manifestado en la ley 21, título 9.º, de la Partida 7.a,”

A partir de esta resolución judicial fueron numerosos los pronunciamientos que reconocieron la posibilidad de la indemnización de los daños morales, con fundamento en una interpretación sistemática y extensiva de los artículos 1101, 1106 y 1902 del Código Civil, que aluden respectivamente a “la indemnización de los daños y perjuicios causados”, “todos” y “reparar el daño causado”, entendiéndose que dentro de estos conceptos se incluye el denominado daño moral (STS de 14 de diciembre de 1917; STS de 12 de marzo de 1928; STS de 10 de julio de 1928; STS de 31 de marzo de 1930; STS de 25 de junio de 1945; STS de 21 de enero de 1957; STS de 7 de febrero de 1962; STS de 11 de mayo de 1977; STS de 31 de mayo de 1983; STS de 6 de julio de 1990; STS de 19 de noviembre de 1991; STS de 26 de octubre de 2006.....)

Además, en el orden civil se ha reconocido la indemnidad de los daños morales en todos aquellos supuestos de responsabilidad civil “ex delito”, por aplicación de la normativa penal, como a continuación analizaremos.

Iniciada, como hemos expuesto anteriormente, la indemnización de los daños morales en el campo de la culpa extracontractual, y contractual, se ha adoptado una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del «pretium doloris» y los ataques a los derechos de la personalidad, de manera que en la actualidad se ha diversificado el ámbito de aplicación, siendo que las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación, entre otras, con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo); los ataques al prestigio profesional (sentencias del Tribunal Supremo de 28 febrero, 9 y 14 diciembre 1994, y 21 octubre 1996); propiedad intelectual (igualmente con regulación legal); responsabilidad sanitaria (sentencias del Tribunal Supremo de 22 mayo 1995, 27 enero 1997, 28 diciembre 1998 y 27 septiembre 1999); y culpa extracontractual (accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte), pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), fundamentado en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho (STS de 27 julio 1994), o motivado en el incumplimiento contractual (sentencias

del Tribunal Supremo de 12 julio 1999, 18 noviembre 1998, 22 noviembre 1997, 20 mayo y 21 octubre 1996).

En el ámbito penal, desde la introducción del artículo 104 del Código Penal de 1944, que preveía el resarcimiento no sólo de los daños materiales sino también de los daños morales, antecedente del vigente artículo 110 del Código Penal 10/1995 de 23 de Noviembre, regulado en el Título V bajo la denominación de la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y costas procesales, han sido numerosos los pronunciamientos de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo que han reconocido la indemnización del daño moral (STS de 29 de mayo de 1952; STS de 12 de noviembre de 1957; STS de 24 de junio de 1964; STS de 7 de Octubre de 1970; STS de 30 de junio de 1979; STS de 22 de abril de 1984; STS de 17 de enero de 1991; STS de 19 de enero de 1994; STS 3 de noviembre de 2006.....)

En el ámbito administrativo, para la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la dificultad de valorar y cuantificar económicamente los daños morales en sentido estricto, además de la inexistencia de normativa expresa, supuso inicialmente que no los reconociera como conceptos indemnizables, siendo ilustrativos de este criterio, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de Abril de 1972,(RJ 1972/2660); 17 de Enero de 1975 (RJ 1975/4); o 5 de Febrero de 1980(RJ 1980/582).

Sin embargo, a partir de la STS de 12 de Marzo de 1975 (RJ 1975/1798) que inicia la nueva orientación jurisprudencial, con el conocido caso de “los novios de Granada” por la que el Tribunal Supremo consideró imputable a la Administración el daño ocasionado por un enfermo mental, ingresado en un Hospital al arrojarle por una ventana y caer sobre una pareja por considerar que el interno “no constituía un agente extraño al funcionamiento del centro sino un usuario interno que como tal se integraba en su organización y disciplina”, y de las sentencias del Tribunal Supremo, de 2 y 4 de diciembre de 1980, 30 de marzo de 1982 y 13 de julio de 1983, comienza una doctrina permisiva deducible de la literalidad del antiguo artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, alusiva, en general, a bienes y derechos, y que para la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1980 tiene su fundamento en que la exclusión de los daños morales del ámbito procedimental y procesal del

derecho administrativo, cuando su resarcimiento se reclama, tanto desnaturalizaría la general referencia que se hace por el artículo 133 del Reglamento de Expropiación Forzosa, Decreto de 26 de abril de 1957, a bienes y derechos, se opondría de manera manifiesta a la finalidad de responsabilizar al patrimonio de la Administración Pública de las consecuencias dañosas de su actividad (sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de julio de 1984).

A partir de estos pronunciamientos, han sido numerosas las ocasiones en las que se ha reconocido junto al daño material, el daño moral o “pecunia doloris” entendido como compensación del dolor o sufrimiento que determinados actos tienen sobre las personas, como son la muerte de seres queridos o la existencia de dolor por las lesiones producidas (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Junio de 1982,(RJ 1982/4773); 18 de Marzo de 1985 (RJ 1985/2635); 1 de Diciembre de 1989 (RJ 1989/8992); 13 de Enero de 2000 (RJ 2000/659); 23 de Octubre de 2003,(RJ 2003/259).

2. LOS DAÑOS MORALES EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

En materia sanitaria, la presencia de daños de naturaleza moral suele ser muy frecuente, consecuencia de la naturaleza del hecho productor del daño, y de la propia naturaleza del daño, ya que el menoscabo sobre la salud e integridad de las personas, además del propio daño, ocasiona no solamente alteraciones físicas, sino de otra índole (laborales, familiares....) que se tratan de englobar y reparar bajo la denominación de “pretium doloris”.

El daño moral en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria no sólo es generalmente admitido sino que muchas de las reclamaciones y resoluciones judiciales están exclusivamente fundamentadas en esta clase de indemnización, siendo cada vez más abundante junto a las clásicas reclamaciones fundamentadas en el fallecimiento de un familiar, o por las lesiones padecidas derivadas de la defectuosa actuación sanitaria, plantear reclamaciones de responsabilidad por

daños morales fundamentado en retraso o error diagnóstico, ausencia o falta de información en el consentimiento informado....

El fundamento que subyace en el resarcimiento del daño moral es el reconocimiento del principio de que la responsabilidad patrimonial conlleva la reparación integral de los daños y perjuicios producidos (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Enero de 2003, RJ 2003/672).

En la actualidad, por tanto, la jurisprudencia ha reconocido ampliamente que la indemnización puede extenderse tanto a los daños materiales, que son susceptibles de valoración económica de forma mas clara, como a los daños morales que retribuyen otros conceptos, y cuya conversión económica presenta una mayor complejidad al retribuir daños no patrimoniales relativo a conceptos y valores de carácter no material que suponen una pérdida susceptible de reparación específica, sin perjuicio de reconocer el carácter limitado de dicho concepto, y así en la sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 se declara que “Esta Sala ha considerado que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre -ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata-, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.”

En el Consejo de Estado, sin embargo, la inclusión de los daños morales como institución indemnizable es más temprana y se remonta al Dictamen de 22 de Octubre de 1970, y está basada en una doctrina permisiva deducible de la literalidad del antiguo artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, alusiva en general a bienes y derechos. En el ámbito autonómico de Castilla-La Mancha, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha reconoce, con carácter general, el resarcimiento de los daños morales en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria y así, a título expositivo se

pueden citar, entre otros, el Dictamen 142/2005, de 5 de Octubre, en un supuesto en el que una paciente acude al Servicio de Ginecología de un Hospital a causa de un pequeño bulto y sin practicar prueba recomendada se dictamina la benignidad del mismo, acudiendo meses después y confirmándose masa tumoral cancerígena, en donde por el superior órgano consultivo de Castilla-La Mancha “se reconoce relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitario imputados y los daños morales padecida por la interesada como consecuencia del retraso en el diagnóstico y tratamiento de su enfermedad oncológica”; o en el Dictamen 62/2005 de 11 de Mayo en el que se produce un retraso en el diagnóstico como consecuencia de la demora en la práctica de una mamografía, señalándose por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha “que en el proceso del desarrollo del tumor padecido por la reclamante, un acortamiento significativo del plazo de diagnóstico, habría podido tener cierta incidencia sobre los ámbitos de consideración incluidos dentro de la categoría de los daños morales señalados en la sentencia citada, procediendo reconocer a la misma una indemnización por dicho concepto”.

En cualquier caso, por el propio Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha se pone de manifiesto la dificultad inherente en orden a la determinación y valoración de los daños morales, declarándose en el Dictamen 166/2005, de 22 de Noviembre, que “ Por lo que a los daños morales se refiere, éstos por su carácter afectivo y de “pretium doloris”, carecen de módulos objetivos, lo que conduce que para su determinación deban tenerse en cuenta otros elementos, como son la actitud que ha tenido la Administración sanitaria ante el paciente y la dinámica de la propia enfermedad”.

En el ordenamiento jurídico español son diversas las normas que contienen el concepto de “daño moral” en su articulado como concepto susceptible de resarcimiento, en sus respectivos ámbitos de aplicación, incluso con carácter preceptivo y así:

- El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de Protección del Derecho al Honor, la Intimidación Personal y Familiar y la Propia Imagen señala que “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará

atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. “

- El artículo 110 del Código Penal 10/1995, de 23 de Noviembre, en el Título V, de la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y costas procesales dispone que “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1. La restitución.
2. La reparación del daño.
3. La indemnización de perjuicios materiales y morales”

- El artículo 140.2 a) del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece que “En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra”.

- El artículo 43.2 a) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, según la redacción dada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial, declara que “ Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrá en cuenta, a elección del perjudicado, las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación y los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico”

- El artículo 1.2 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, dispone que “Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la

ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta Ley”

Como apuntábamos anteriormente, la problemática general del daño moral se plantea en términos similares en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial sanitaria, siendo cada vez más frecuente los supuestos en que se ejercitan acciones resarcitorias fundamentadas no solamente en los daños materiales sino también en los daños morales padecidos presuntamente imputables a los servicios sanitarios.

Dentro del concepto de daño moral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria se suelen incluir, entre otros, los perjuicios derivados del fallecimiento de un familiar, de un error o retraso de diagnóstico.....Un supuesto específico, no exento de controversia, que cada vez tiene una mayor presencia en los órganos judiciales es el relativo al derecho de indemnización por daños morales en aquellos casos que la praxis médica es acertada, pero no ha sido correctamente informado, vulnerando así lo dispuesto en 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, al considerar que al no darle información al paciente, se le privaba de la posibilidad de decidir y participar en el tratamiento.

En este sentido, ya la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Septiembre de 2005 (Recurso 5078/2002) declaraba que “Como ya anticipamos esa falta de consentimiento constituye una infracción de la “lex artis ad hoc” en el servicio público sanitario, y ha de ser indemnizado cuando no habiéndose cumplido, y llevada a cabo la intervención se produce, como en este caso, el resultado que nos es conocido.”

En cualquier caso, para que el daño moral sea indemnizable es necesario, al igual que sucede con el daño material, que concurren todos los presupuestos generales que se enuncian en los artículos 139 y ss de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de las particularidades propias derivadas de la diferente naturaleza jurídica y que son objeto de análisis a continuación.

3. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS SUPUESTOS DE DAÑOS MORALES

Una de las primeras cuestiones que se plantean en relación al daño moral, es precisamente la relativa a la legitimación activa, es decir quienes pueden ser considerados desde un punto de vista jurídico como perjudicados a los efectos de solicitar resarcimiento por los daños morales sufridos. Especialmente controvertido es el supuesto relativo al fallecimiento de una persona derivado del anormal funcionamiento de la Administración Sanitaria, y la determinación de los parientes que ostentarían derecho a solicitar resarcimiento por el daño moral sufrido (independientemente de si se solicita conjunta o independientemente del daño material).

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, al carecer de módulos objetivos vinculantes como acontece en otras materias, accidentes de tráfico por ejemplo, son diversos los criterios legales que pueden ser utilizados a título orientativo, sin que la mencionada cuestión haya sido analizada por la jurisprudencia española de forma sistemática y uniforme, y así, en el ordenamiento jurídico español existen diversas normas jurídicas que regulan con distinta amplitud los sujetos que ostentarían la condición de perjudicado, a los efectos de solicitar una indemnización por los daños morales padecidos, y así se puede distinguir:

- El artículo 113 del Código Penal 10/1995, de 23 de Noviembre, dispone que “La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.”

- El artículo 9.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen señala que “El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los

tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

En el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella. “

- El Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en relación con las resoluciones anuales de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante la anualidad correspondiente, fijan el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, regulando de forma minuciosa y detallada en sus Anexos los perjudicados/interesados de la indemnización (en la que se incluyen los daños morales), dependiendo del supuesto fáctico en que se incardine y dando respuesta de forma expresa a las cuestiones jurídicas mas controvertidas (cuando se trate de hijos, se incluirán también los adoptivos, las uniones conyugales de hecho consolidadas se asimilarán a las situaciones de derecho, la cuantía total de la indemnización se distribuirá al 50 % entre los abuelos paternos y maternos...).

Esta regulación tan reglada de los perjudicados/beneficiarios de la indemnización (incluyendo daños morales) no exenta de plantear problemas, incluso de naturaleza ética o moral, ha sido validada en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional, y así, a título de ejemplo, en un supuesto en el que una sentencia de instancia no concedió la indemnización a dos hermanos mayores de edad, que si había sido otorgada sin embargo a uno de sus hermanos menores, que reclamaban por daño moral, debido a que, al ser mayores de edad, no estaban incluidos como perjudicados/beneficiarios en la tabla I (grupo IV) del anexo sobre "valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en

accidentes de circulación", baremo introducido por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados que modificó el Decreto 632/1968 sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Los dos hermanos mayores de la víctima interpusieron recurso de apelación contra la anterior sentencia alegando, entre otras cosas, que se habían lesionado sus derechos a la igualdad, al establecer discriminación entre hermanos por razón de edad (artículo 14 de la Constitución Española), y su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española).

El Tribunal Constitucional en la STC 274/2005, de 7 de Noviembre, (fundamento jurídico cuarto) declara que " En el fundamento jurídico cuarto de la expresada Sentencia 190/2005 afirmamos que "el legislador no niega el carácter de perjudicados morales a los hermanos mayores de edad de la víctima fallecida en el siniestro circulatorio, sino, antes bien, que caso de que pervivan a la misma sus ascendientes, opta (grupo IV) por concentrar las cantidades resarcitorias en éstos y en los hermanos menores de edad. Dicho de otro modo, la ausencia de los hermanos mayores de edad en las previsiones del grupo IV no se debe a ningún propósito del legislador de excluirlos de la condición de perjudicados-beneficiarios, sino a la concreta circunstancia que se describe en la rúbrica de dicho grupo, esto es, a la existencia de ascendientes y eventualmente de hermanos menores de la víctima del accidente de tráfico cuando ésta carece de cónyuge e hijos atendiendo a la ratio limitadora de las compensaciones económicas que preside el sistema, y es que la concurrencia con unas u otras personas puede dar lugar a supuestos indemnizatorios diferenciados, dado que 'la limitación de las cantidades resarcitorias por víctima mortal en accidente de circulación constituye manifiestamente uno de los pilares del sistema regulado por la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor' (STC 105/2004, de 28 de junio, FJ 7)".

"Por otra parte -decíamos asimismo en el mismo fundamento jurídico 4 de la citada STC 190/2005-, la finalidad de la regulación cuestionada no es solo la de reparar predominantemente un daño afectivo, pues a ésta "se añade otra que es la de prestar la protección derivada del derecho a recibir indemnización a una categoría de personas también típicamente necesitada de una mayor protección:

la de los menores de edad (art. 39.3 y 4 CE). Debe destacarse, en este contexto, que varios de los preceptos del capítulo tercero del título primero de la Constitución -"principios rectores de la política social y económica"- tienen como función precisamente la de identificar grupos de personas necesitados de especial protección [menores y madres (art. 39 CE), minusválidos (art. 49 CE), ancianos (art. 50), etc.]. Desde la perspectiva del principio de igualdad (tanto en su vertiente de igualdad en la ley, como en la de igualdad en la aplicación de la ley del art. 14 CE), esas referencias constitucionales específicas a colectivos personales permiten (y, a veces, imponen) el establecimiento de tratos diferenciadores positivos o favorables que, aunque impliquen una desigualdad, no pueden considerarse contrarios al mencionado art. 14 CE". Añadíamos que "en este sentido, es de subrayar que la diferenciación mayoría-minoría de edad es, sin duda, en línea general, constitucionalmente legítima -aparece expresamente recogida en el art. 12 CE-, dando lugar a status jurídicos distintos, que, entre otras consecuencias, determinan una mayor protección de los menores, como la propia Constitución también reconoce -art. 39.3 y 4 CE. Estas previsiones constitucionales tienen, pues, virtualidad bastante para generar un trato favorable".

"Así las cosas", concluíamos el fundamento jurídico 4, "no puede considerarse contrario a las exigencias de igualdad que impone el art. 14 CE que los hermanos menores de edad de la víctima gocen de una protección (la derivada del reconocimiento de la condición de perjudicado-beneficiario) que no se dispensa a los mayores de edad".

Es evidente, y prueba de ello es el caso anteriormente examinado, la dificultad que conlleva establecer un sistema reglado de legitimación de daños morales, pero ello supondría garantizar a todos los ciudadanos, los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, y evitar que se produzcan arbitrariedades. En cualquier caso, a pesar de la diferente naturaleza jurídica, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, y a falta de un baremo de daños sanitarios en el momento actual, resultaría coherente con el principio de unidad de sistema que debe predicarse de cualquier ordenamiento jurídico, la aplicación del mismo criterio que se establece en el baremo de accidentes de

tráfico a los efectos de la determinación de las personas que ostentan la condición de perjudicadas para solicitar el resarcimiento de los daños morales sufridos.

4. LA CARGA DE LA PRUEBA Y CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la carga de la prueba de los hechos en que se base la reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria recae necesariamente sobre el sujeto que la plantea, lo que incluye la acreditación de la relación causal invocada y los daños presuntamente padecidos, siendo ésta una formulación enunciada en los artículos 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de Marzo, y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, lo que es reconocido jurisprudencialmente (STS de 19 de Mayo de 1987, STS de 11 de Mayo de 1992).

No obstante, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, en relación con la carga de la prueba de los daños morales se constatan diversos pronunciamientos judiciales sobre la cuestión, aparentemente contradictorios respecto al grado probatorio exigido, que sin embargo gozan de una formulación sistemática, como se expone en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 31 de mayo de 2000, que señala que "La temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfa) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (S. 21 octubre 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (S. 15 febrero 1994), o que la existencia de aquel no depende de pruebas directas (S. 3 junio 1991), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (s. 14 diciembre 1993), o no se admita la indemnización - compensación o reparación satisfactoria- por falta de prueba (S. 19 octubre 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (s. 23 julio 1990, 29 enero 1993, 9 diciembre 1994 y 21 junio 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes,

como destacan las Sentencias de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (s. 19 octubre 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la "in re ipsa loquitur", o cuando se da una situación de notoriedad (Ss. 15 febrero 1994, 11 marzo 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria."

Hay que destacar que en materia de imputabilidad, dentro de la exigencia del requisito de relación de causalidad, se ha desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente la denominada "teoría de la pérdida de oportunidad", que se aplica especialmente en los supuestos de retraso o error de diagnóstico, tratamiento o asistencia tardía....para atender a algunos supuestos en los que el daño efectivo y la relación de causalidad, es difícil de apreciar. Consiste además, en indemnizar no tanto el daño efectivo producido, sino considerar como tal la mera probabilidad (más o menos cierta) que si la administración sanitaria hubiera actuado de otra manera el paciente hubiera tenido la posibilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su vida o integridad física o moral.

Esta teoría aplicada con rigor y prudencia puede resultar muy positiva en materia de imputabilidad de los daños morales, sin perjuicio de la problemática práctica que plantea su aplicación, y que será objeto de análisis en la parte final del presente trabajo.

Una de las mayores dificultades que se plantea del reconocimiento de los daños morales en materia de responsabilidad patrimonial, es el relativo a la cuantía de la indemnización que debe fijarse en cada caso. Esta situación ha sido reconocida incluso por nuestros propios Tribunales, y así en la STS de 28 de Diciembre de 1998 (RJ 1998/10161) en la que se afirma que "en el área de los daños morales es francamente imposible llevar a los mismos las normas valoradoras que establece el artículo 141.2 de la LRJ-PAC cuando habla de "las valoraciones predominantes en el mercado"; que "el pretium doloris carece de parámetros o módulos objetivos lo que conduce a valorarlo en una cifra que si bien debe ser razonable, siempre tendrá un componente subjetivo", STS de 16 de Enero de 2003 (RJ 2003/1031). En esta línea jurisprudencial, la STS de 1 de

Febrero de 2003, (RJ 2003/2358) se declara que la indemnización económica del perjuicio moral “se reserva al prudente arbitrio del Tribunal de instancia, sin otra limitación que la razonabilidad en su determinación”.

Además de que la fijación de la cuantía de la indemnización por los perjuicios morales sufridos, dado su componente subjetivo, queda reservada al órgano de instancia, constituye doctrina legal del Tribunal Supremo (STS de 20 de Julio de 1996, 5 febrero de 2000, 22 de Octubre de 2001, 27 de junio de 2007...) que la misma no sea revisable en casación siempre que aquel haya observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación, y que aunque el Tribunal Supremo tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral, no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado dicho órgano judicial de instancia si éste ha respetado el único requisito controlable en casación, que es la razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados por el propio Tribunal de instancia

En materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, respecto a la cuantificación del daño moral, hay que tener en cuenta que, sin perjuicio de que el artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas señala que: “ La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”, en la práctica judicial se ha generalizado la utilización de los criterios orientativos en materia de accidentes de tráfico, inicialmente fijados por la Ley 30/95, de 8 de Noviembre, de Supervisión y Ordenación de los Seguros Privados, que si bien no eran de imperativa aplicación en esta materia, si que se venían recogiendo en los distintos tribunales como criterios objetivos orientadores del daño (sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 2005 ,o de 30 de Enero de 2006).

El Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que ha modificado la Ley 30/95 de 8 de Noviembre de

Supervisión y Ordenación de los Seguros Privados, establece que anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, deberá procederse a actualizar las cuantías indemnizatorias que se recogen en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del índice general de precios al consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior.

Así, en la resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar anualmente, en el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, se adjunta un anexo, en cuyas Tablas I, III y V que se corresponden con la indemnización básica por muerte, indemnización por daños permanentes, e indemnización por incapacidad temporal, expresamente se refiere “incluidos daños morales”

Por ello, la consecuencia jurídica lógica que se derivaría es, que en aquellos supuestos que los órganos judiciales utilicen como criterio para la cuantificación de los daños causados en responsabilidad patrimonial sanitaria, el baremo indemnizatorio por accidentes de tráfico, los daños morales estarían incluidos y subsumidos por aplicación de la normativa citada, en la cuantía por daños que sea fijada conforme aquella.

Respecto a la aplicación de este Baremo, la sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha señalado que tal baremo tiene carácter “orientativo” y que no vincula en este ámbito jurisdiccional, siempre que se motive porqué se abandona su aplicación [así, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 2005, (Ar.72); o la de 24 de Enero de 2006, (Ar.1037)].

En este mismo sentido, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en los Dictámenes que elabora en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, en relación al “quantum indemnizatorio” del daño moral, con carácter general, y sin perjuicio de reconocer la dificultad que se plantea por carecer de módulos objetivos vinculantes, aplica el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad

Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, atendiendo al baremo que anualmente se publica por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se anuncian las cuantías de las indemnizaciones y que, como hemos indicado anteriormente, incluye ya los daños morales (Dictámenes 142/05 y 143/05 de 5 de Octubre, Ponente: Salvador Jiménez Ibáñez).

Especialmente interesante resulta el criterio aplicado por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en la valoración del quantum indemnizatorio de los daños morales, en aquellos supuesto en los que exclusivamente y de forma autónoma se aprecia relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitario y los daños morales (con exclusión de daños materiales) y así, en el Dictamen 142/05 de 5 de Octubre, señala que “ no obstante la complejidad apuntada, como quiera que del informe del inspector médico interviniente, es posible deducir que la afectada pasó probablemente en los 7 meses de inactividad clínica del estadio IIA al estadio IIB de la enfermedad, y que ello supone estadísticamente una reducción porcentual de 20 puntos en su expectativa de vida a 15 años vista, cabe la posibilidad de cuantificar la indemnización correspondiente a los daños morales, cifrando ésta en un 20% de la suma que correspondería por la muerte una mujer de su edad y situación familiar”, es decir que parte de la aplicación conjunta de criterios médicos y jurídicos para proceder a la determinación de la cuantía de la indemnización por daños morales.

5. LA SUCESIÓN PROCESAL DE LOS DAÑOS MORALES

Otra de las cuestiones jurídicas más problemáticas que se plantean en relación con el daño moral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, es el de su transmisibilidad procesal en el caso del fallecimiento del recurrente, en concreto si concurre o no legitimación activa para reclamar los daños físicos y morales en los supuestos de sucesión o sustitución procesal por fallecimiento del recurrente.

Hay que partir de la base que, en principio, el daño moral se configura como un daño personalísimo, que sólo puede ser reclamado por quien lo sufre, o

por un tercero, siempre que aquél le hubiera conferido su representación o, en el caso de ser menor o incapacitado, ostente su representación legal (sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 30 de diciembre de 2002) ya que la indemnización a favor de los perjudicados en caso de fallecimiento de una persona se fija *iure proprio*, es decir, por el perjuicio personal causado a quien se encontraba con el difunto vinculado con un lazo de parentesco, afectividad o convivencia, y que, precisamente por ese fallecimiento, sufre un daño susceptible de indemnización, daño que se califica de daño moral (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 1089/2003, de 17 de octubre).

La idea que subyace en dicho razonamiento es que el daño moral es tan personal que no puede trascender a quien lo padece y, por tanto, la reclamación de indemnización por tales daños es intransmisible, ya que como el bien o derecho dañado está fuera del comercio de los hombres, no cabe que su resarcimiento se transmita ni *inter vivos* ni *mortis causa*.

Así, los derechos personalísimos, como el daño moral, no se transmitirían a los herederos y, por tanto, en aplicación estricta del art. 16 de la LEC, no sería posible la sucesión procesal, lo que llevaría a la extinción del proceso en marcha, dado que si el derecho es intransmisible (y los derechos personalísimos lo son), en el momento en el que se produce el fallecimiento se produce, asimismo, la extinción de tal derecho y, por lo tanto, este tipo de daño moral no es susceptible de ser indemnizado a los herederos.

Este planteamiento inicial ha sido matizado por la jurisprudencia, diferenciando los diversos supuestos que pueden producirse, y así para resolver tal cuestión es fundamental diferenciar desde un punto de vista sistemático:

A) Reclamación de daño moral que provoca en sí la muerte de un familiar.

Constituye pacífica y reiterada doctrina jurisprudencial la relativa a que el derecho a reclamar este tipo de indemnizaciones pertenece «ex iure proprio» a la persona que resulte perjudicada por el suceso y no «ex iure hereditatis», pues tal derecho, en todos los casos no llegó a formar parte del caudal relicto y, por tanto,

no ha podido transmitirse a los herederos. Procede traer a colación los razonamientos que el Tribunal Supremo expone y que, al respecto, señalan que: "Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como "iure hereditatis", sino como un derecho originario y propio del perjudicado (y), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, siendo doctrina de esta Sala, como recuerda la sentencia de 18 de junio de 2003, que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte "iure propio", las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien "vida" sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible "mortis causa" a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales "iure hereditatis ", por lo que en el caso de autos, si efectivamente concluimos que existió infracción de la lex artis en la atención sanitaria prestada al menor, solo cabe reconocer a la actora los daños morales por su fallecimiento. Por lo tanto dicho daño moral no se puede ejercitar por los herederos por el simple hecho de ser herederos, pero no porque no sea transmisible sino porque en realidad no es un daño moral del fallecido sino un daño moral propio del perjudicado por la muerte del familiar, que puede o no coincidir con la condición de heredero".

B) Reclamación de daño físico y moral propio de un paciente que ya ha fallecido antes de que el mismo haya ejercitado reclamación alguna.

Sobre ello no existe jurisprudencia pacífica, siendo cierta la existencia de una postura doctrinal que es contraria al reconocimiento del derecho de los herederos a reclamar los daños personales que puede sufrir el causante, mediante subrogación. De esta forma, dicha posición doctrinal afirma que la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, en el caso de fallecimiento, produce un derecho a reclamar la indemnización a favor de las personas vinculadas por relación familiar o por relación estable de convivencia afectiva que sufren perjuicios económicos o daños morales por el fallecimiento (cuando éste es objeto de la reclamación y no por el simple título de la herencia).

Sin embargo, y con respecto a las lesiones personales padecidas por el paciente, sólo esta persona estaría legitimada para ejercitar la acción de responsabilidad, extinguiéndose tal "derecho a reclamar" con la muerte. A este respecto, ha de señalarse que, conforme al artículo 659 del Código Civil: "La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no extinguen por su muerte". Resulta claro, pues, que sería transmisible el derecho a la indemnización si ya estuviera reconocida por la Administración, pero no el derecho a reclamar la indemnización. En estos casos, no puede transmitirse la acción respecto de los daños personales y morales por el carácter "intuitu personae" de que participan.

En el sentido expuesto, se ha pronunciado, por ejemplo, la sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 8ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 15 de marzo de 2011, al afirmar que: "la falta de legitimación activa de las reclamantes -viuda e hijo del paciente fallecido- para reclamar por las secuelas y daños sufridos por su marido y padre si este no lo hizo ya que la reclamación de indemnización por secuelas es un derecho de carácter personalísimo y, por lo tanto, no es transmisible mortis causa, ni los hijos del fallecido tienen el carácter legal de perjudicados pues no cabe el derecho a una indemnización que no era debida a su padre, en tanto éste, en vida, por el motivo que fuera, no consideró procedente solicitarla. En suma, la indemnización por razón de secuelas deriva de los padecimientos o sufrimientos personales del paciente y, por lo tanto, constituye un daño moral resarcible económicamente a la persona afectada, pero como ésta no lo reclamó y no se llegó a declarar su derecho a dicha indemnización nada podía transmitir al respecto y sucesoriamente, a sus herederos. Por el contrario, si el paciente hubiese reclamado una indemnización por las secuelas y muere durante el desarrollo del proceso, sus herederos podían continuarlo hasta su terminación. Pero en tal caso se estaría transmitiendo la pretensión procesal, dando lugar a la sucesión procesal por muerte prevista en el arto. 16 LEC, y no el derecho subjetivo fundamento de la pretensión que es lo que las reclamantes han intentado aquí, y que no puede transmitirle porque tal derecho se extinguió con la muerte del paciente...".

C) Reclamación de daño físico y moral propio de un paciente que antes del fallecimiento ha ejercitado reclamación.

Hay que partir de la base que no se realiza distinción alguna entre daño físico o moral, porque son de igual carácter personal los dos y estos de por sí son intransmisibles siendo lo discutido si lo que se puede transmitir es el derecho de crédito que genera esa reclamación de daños ya formulada en vía administrativa o judicial por el causante. La sentencia del TSJ de Madrid, sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 10ª, S 17-7-2013, nº 591/2013, rec. 401/2011, declara que: “En el presente caso, hay que tener en cuenta que el causante ejercitó en vida acción penal y la consiguiente acción de responsabilidad civil derivada de delito por los mismos hechos alegados en el presente procedimiento y que habiendo fallecido durante la tramitación del procedimiento penal, su viuda e hija, sucedieron a aquel en el ejercicio de las acciones, siendo así que como herederas tenían derecho a las indemnizaciones que pudieran haberse determinado a favor de su padre y esposo en concepto de responsabilidad civil derivada de delito para el caso de que el procedimiento penal hubiera finalizado por sentencia condenatoria y ello por cuanto la indemnización por razón de lesiones y secuelas deriva de los padecimientos o sufrimientos que tuviera el padre y esposo constituye un daño moral resarcible económicamente a la persona afectada. Por tanto, al ejercitar la acción, como aquí ocurre, es incuestionable que el derecho en que se fundamenta tiene naturaleza patrimonial y es plenamente transmisible a los herederos. Y ello sin perjuicio de la procedencia o no de la indemnización reclamada por los herederos por determinados conceptos, lo que constituye una cuestión de fondo que no puede obstaculizar el ejercicio de la acción”; o la sentencia del TSJ de Andalucía (sede Sevilla), sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 4ª, S 15-7-2013, nº 1144/2013, rec. 256/2011, declarando que: “Primero, porque la expectativa o el derecho a recibir una indemnización se integró en el caudal hereditario de la fallecida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 659 del Código Civil, conforme al cual " La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte ". Segundo, porque la defensa de la herencia, integrando en el caudal hereditario el derecho a la indemnización es una facultad de cualquier heredero en beneficio de la comunidad, que por ello acepta tácitamente su cualidad de tal (artículo 999 del Código Civil)”; o la sentencia del TSJ de Extremadura Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 11-3-2010, nº 78/2010, rec. 389/2009, que dispone que “La cantidad que se entrega no lo es por heredar las hijas el daño moral de la madre, sino la cantidad de dinero que a ésta le correspondía por el daño moral

sufrido, que sí es susceptible de transmisión hereditaria, cuando la madre ya ha ejercitado la acción de responsabilidad patrimonial, que no se ha resuelto, de manera que la tardanza en la resolución del caso no puede perjudicarles”.

Por todo lo anterior, en estos pronunciamientos judiciales se concluye la legitimación activa para continuar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por reclamación de daños personales sufridos por la anterior.

No obstante, también se puede apreciar algún pronunciamiento judicial en sentido contrario al expuesto, y así en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia núm. 875/2011, de 27 octubre (JUR 2012\22767), entre otras, se indica que “En su escrito de conclusiones, el recurrente asume el planteamiento argumental del Órgano consultivo, pero insiste en que, a su juicio, el tratamiento continuado con metotrexate sí que ocasionó la fibrosis pulmonar, por lo que debe reconocérsele la indemnización solicitada. Este nexo causal no queda acreditado, como se indicó en los párrafos precedentes, por lo que no puede prosperar tal planteamiento. Y respecto del daño moral derivado de la pérdida de oportunidad nos hallamos ante un daño personalísimo del perjudicado que no puede ejercitarse por terceros que no lo han padecido directamente, al no resultar transmisible a los mismos; como señala el Tribunal Supremo (Auto 7/Noviembre/2006), a la hora de examinar los requisitos que deben exigirse para que pueda accederse a la sucesión procesal por muerte de una de las partes, no sólo han de concurrir los presupuestos formales que, en principio, permiten tal continuidad en el ejercicio de la acción, aún desapareciendo el titular del derecho litigioso originariamente legitimado, sino que junto con estos requisitos formales ha de añadirse otro de carácter sustantivo, atinente a que tal sucesión procesal o continuidad en el ejercicio de la pretensión tenga viabilidad jurídica, por tratarse de acciones o pretensiones transmisibles, o lo que es lo mismo, que el derecho controvertido y más concretamente la acción ya emprendida para su reconocimiento y protección, sea susceptible de ser ejercitada por persona diversa a la de su originario titular, requisito que se desprende del tenor del art. 16 LEC (RCL 2000, 34 , 962 y 2001, 1892) y que ha llevado a la doctrina a pronunciarse negando la sucesión cuando la acción ejercitada tenía carácter personalísimo. En el caso de autos no se reclaman por el actor unos daños

morales propios, sino los del fallecido, intransmisibles por su carácter personalísimo”

Es decir, en este pronunciamiento judicial el derecho moral se configura como un derecho eminentemente personal que no se puede transmitir a los herederos, de manera que no se puede reconocer una indemnización por este concepto. Así, la argumentación jurídica que se contiene en dicha sentencia judicial es que fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión de resarcimiento del daño, es decir, de ningún daño moral por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir la enfermedad o fallecimiento. Esa acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral e, incluso, se podría aceptar la sucesión en la reclamación si hubiera muerto antes de concluido el procedimiento administrativo para la declaración de la responsabilidad patrimonial. Por el contrario, según esta sentencia judicial, no cabe reconocer legitimación activa a los herederos para reclamar *ex novo*, una vez fallecido el paciente, la indemnización de los perjuicios morales que a aquél le fueron irrogados, insistiendo en el matiz jurídico, relevante y esencial, de que diferente sería el supuesto que los daños morales reclamados por los herederos en el presente procedimiento hubieran sido en nombre propio, y fundamentados en el impacto moral y psicológico que hubieran sufrido, que no era el supuesto.

6. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto, se deriva la creciente demanda de todos los operadores jurídicos (jueces, aseguradoras, abogados,.....) para que se introduzcan las necesarias modificaciones legislativas que clarifiquen las cuestiones jurídicas, todavía controvertidas, que hemos indicado en el presente artículo, así como el establecimiento de módulos objetivos y vinculantes a través de un baremo específico de daños sanitarios, que garantice la aplicación de los principios constitucionales de seguridad jurídica e igualdad (Artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española de 1978) y evite la arbitrariedad judicial en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria.

Por el Ministerio de Sanidad se ha anunciado la presentación al Consejo de Ministros del denominado proyecto de baremo de indemnización de daños sanitarios, que tiene por objeto la valoración de los daños causados a las personas por intervenciones sanitarias, a través del cual, según su propia exposición de motivos, debe fijarse un marco específico que definitivamente acabe con las incertidumbres que resultan de la aplicación de un sistema de valoración, que cubre contingencias muy distintas a las derivadas de la actuación sanitaria (baremo de accidentes de tráfico).

Al mismo tiempo, con la aprobación de un baremo específico, se prevé una reducción del número de demandas judiciales, y de peticiones de indemnización desproporcionadas, una regularización de la cuantía de las primas pagadas a las aseguradoras, así como un mayor número de acuerdos extrajudiciales y de terminación convencional de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

Se pretende evitar que para lesiones similares se produzcan resoluciones diferentes, con las consecuencias que ello genera, tanto para las Administraciones Públicas y los profesionales sanitarios, que han de hacer frente al pago de las indemnizaciones, como para los propios pacientes y familiares, para los que es difícil entender la diferente valoración de las lesiones.

En definitiva, sería deseable que, finalmente y lo antes posible, sea aprobado el proyecto de baremo de indemnización de daños sanitarios, que ayudará, sin duda, como declaran autores como Julio Sánchez Fierro, a la mejora de la calidad asistencial a favor de los pacientes, ya que ofrece seguridad, certidumbre y agilidad en la percepción de indemnizaciones, su aplicación favorecería la reducción de una litigiosidad creciente, y evitaría el desarrollo de la medicina defensiva, que implica un aumento del gasto sanitario; asimismo, y desde un punto de vista jurídico, contribuirá a garantizar en los órganos judiciales los principios constitucionales de seguridad jurídica e igualdad, y evitar la arbitrariedad judicial en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria.



BIBLIOGRAFÍA

De Castro y Bravo, F. Temas de Derecho Civil, Madrid, 1972, Pág. 9.

Díez Picazo. Derecho de daños, Civitas, Madrid 2000, Págs. 93 y siguientes.

Hernández Gil, A. Derecho de Obligaciones, Ceura, Madrid, 1983, Pág. 115.

Martín Rebollo, Luís. Comentarios a las Leyes Administrativas, Thompson-Civitas, 2006, Pág. 579.

Zaplana Guerrero, José. Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria, Lex Nova, 2006, Pág. 53 y ss.

LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN DIRECTIVA EN LA SANIDAD PÚBLICA: SELECCIÓN Y PROVISIÓN DE PUESTOS DIRECTIVOS.

Vicente Lomas Hernández.

Doctor en Derecho.

**Jefe de Servicio de Coordinación Regional de Asesorías Jurídicas.
Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.**

Resumen:

La política actual de selección del personal directivo en el conjunto del SNS sigue siendo una asignatura pendiente. Como muy bien afirma en relación con la política actual de nombramientos de personal directivo en IISS el profesor José Manuel Freire, portavoz de sanidad del grupo parlamentario socialista en la Asamblea Legislativa de Madrid, *“la política de nombramientos de directivos sigue en gran medida la misma pauta que los nombramientos de los cargos públicos en las administraciones, lo que dificulta que haya una buena gestión”*. En otros casos es aún peor porque la Administración correspondiente viene actuando tradicionalmente al margen de las más elementales garantías constitucionales, a saber, contratando directamente a la persona que se considere más oportuna, sin convocatoria pública, y prescindiendo por completo de los criterios de mérito y capacidad- actuación que algunos gestores del sector público malinterpretan como *“libre designación”*.

El propósito de este trabajo es analizar el régimen jurídico del personal directivo, con especial mención al controvertido contrato laboral de alta dirección, y confrontar la regulación existente sobre esta materia, tanto a nivel estatal como autonómico, desde la perspectiva bifronte de la legislación sanitaria y la legislación general de función pública para mostrar así las contradicciones existentes, y la necesidad de proceder a una regulación adaptada a las características específicas de

este sector.

Palabras clave: libre designación, contrato laboral de alta dirección, directivo, convocatoria pública, nombramiento, mérito y capacidad.

I.- INTRODUCCIÓN.

A lo largo de todos estos años la ansiada “*profesionalización de la función directiva*” no ha pasado de ser una medida más dentro de ese amplio elenco de propuestas que gestores, sindicalistas, auditores, políticos y expertos en alta dirección sanitaria califican una y otra vez como imprescindibles si se quiere llevar adelante el necesario proceso de reforma y modernización del Sistema Nacional Salud. En este sentido el “*Consejo Asesor sobre el Buen Gobierno de la Sanidad Pública Vasca*”¹ formuló en el año 2011 una serie de recomendaciones, que ahora tomo prestadas y que a mi juicio resultan perfectamente extrapolables al resto del sistema sanitario público de nuestro país, que tenían por objeto rediseñar el modelo organizativo y funcional del Servicio Vasco de Salud.

En dichas Recomendaciones se insistía, desde el punto de vista funcional, en la necesidad de potenciar los valores éticos y la profesionalización de la función directiva. Por lo que se refiere al primero de los objetivos -garantizar comportamientos íntegros- se proponía la elaboración de códigos de conducta, regular los conflictos de interés así como la creación de una unidad de prevención y detección del fraude y la corrupción. La consecución de este gran objetivo se encuentra estrechamente ligado a la adopción de medidas dirigidas a lograr una administración sanitaria políticamente neutral, profesionalizada y estable, lo que nos conduce a su vez al segundo de los objetivos ya enunciados: la función directiva. Profesionalizar la función gestora para que ésta sea más eficaz y cuente con mayor legitimidad y autoridad, constituye, tal y como he señalado al comienzo de este trabajo, una de las asignaturas pendientes de nuestro sistema sanitario para cuya superación resulta imprescindible seleccionar y nombrar a los directores gerentes y a

¹ El documento presentado por el Presidente de la Comisión de Sanidad del Congreso de los Diputados como “*Propuesta de conclusiones al Pacto de Estado en la Sanidad*” pone especial acento en “*Regular la función y el desarrollo directivo en las instituciones sanitarias públicas, tatno en su dimensión profesional o competencial como social*”.

todos los cargos ejecutivos y de alta dirección, de responsabilidad clínica o gestora, *“por procedimientos en los que exista concurrencia pública, participación de los respectivos Consejos de Gobierno y en su caso, el asesoramiento profesional correspondiente”*, un trámite que, como así nos transmiten las resoluciones judiciales, muchos Servicios de Salud aún siguen sin respetar.

II.- MARCO NORMATIVO SANITARIO.

La naturaleza jurídica de la relación de empleo de quienes desempeñan puestos directivos en instituciones sanitarias², se ha venido canalizando a través de dos tipos de regímenes jurídicos claramente diferenciados:

a) Modalidad administrativa a través del correspondiente nombramiento a favor de quienes ya ostenten la condición de personal funcionario o personal estatutario.

b) Modalidad propia del derecho laboral, exteriorizada a través de la formalización de contrato de trabajo en el marco de lo previsto en el RD 1398/1985, de 1 de agosto por el que se regula el régimen jurídico de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Los antecedentes legislativos para la provisión de los órganos de dirección de centros, servicios y establecimientos sanitarios de conformidad con el régimen laboral especial de alta dirección, se remontan a la Disposición Final Séptima de la Ley 31/1991³, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992 que

² Se entiende por órganos de dirección, a los efectos previstos en el párrafo anterior, los Directores Gerentes de los Centros de Gasto de Atención Especializada y Atención Primaria, así como los Subgerentes y los Directores y Subdirectores de División (art. 20. 4 párrafo segundo del RD-Ley 1/1999)

³ La Disposición Final Séptima, bajo la rúbrica *“Centros sanitarios del Instituto Nacional de la Salud”*, disponía que *“El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda, para las Administraciones Públicas y Sanidad y Consumo, podrá modificar las previsiones contenidas en los arts. 10 y concordantes de la Ley 37/1962, de 21 de julio, de Hospitales, sobre organización de los Centros, servicios y establecimientos sanitarios gestionados por el Insalud. La provisión de los órganos de dirección de dichos centros, servicios y establecimientos, se efectuará conforme al régimen laboral especial de alta dirección, quedando derogado a estos efectos el art. 34.4 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990.”*

posteriormente se sustituiría por lo dispuesto en el art. 115 de la ley 13/1996⁴.- Previamente la provisión de este tipo de puestos únicamente contaba con una precaria cobertura reglamentaria a través del RD 521/1987, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los Hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, cuyos artículos 8, 19, 12 y 14 fueron anulados por la STS de 30 de enero de 1992, nº rec. 56/1987.

Sin embargo donde se proclama por vez primera la dualidad de regímenes jurídicos posibles para la provisión de este tipo de puestos, es en el art. 20⁵ del RD-ley

⁴ Bajo el título “Provisión de puestos directivos de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social gestionadas por el INSALUD”, el art. 115 establecía que “ La provisión de los órganos de dirección de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, gestionados por el INSALUD, podrá efectuarse conforme al régimen laboral de alta dirección , previsto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto”, y añadía que “2” Se entienden por órganos de dirección, a los efectos prevenidos en el número anterior, los Directores Gerentes de los Centros de Gasto de Atención Especializada y Atención Primaria, así como los Directores y Subdirectores de división”. La principal diferencia entre ambas disposiciones legales radica, como ha declarado la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de abril de 2004, Sala de lo Social, nº 684/2004, rec. 1156/2002, en que si bien si la primera de las normas aludidas al utilizar el término “efectuarán” pudiera suscitar dudas en torno a que esta fuera la única modalidad de contratación con independencia del origen y condición funcional de la persona nombrada, y no permitiera, dentro del sistema de libre de designación, el nombramiento acordado provocando un cambio en la situación funcional; el art. 115 de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, disipa estas dudas cuando dice que la provisión de los órganos de dirección de centros y servicios “...podrá efectuarse conforme al régimen laboral de alta dirección.”

⁵ Asimismo el mencionado art. 20 del RD-Ley 1/1999 establece que el personal estatutario nombrado para el desempeño de este tipo de puestos sería declarado en situación de servicio activo. Esta última previsión hay que entenderla derogada tras la entrada en vigor del Estatuto Marco –en adelante EM– cuyo artículo 64 establece que “el personal estatutario será declarado en situación de servicios especiales en los supuestos establecidos con carácter general para los funcionarios públicos, así como cuando acceda a plaza de formación sanitaria especializada mediante residencia o a puesto directivo de las organizaciones internacionales, de las Administraciones Públicas, de los servicios de salud o de instituciones o centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud”. En efecto, la colisión existente entre el art. 20 del RD-Ley 1/1999 y el art. 64.1 del Estatuto Marco (en adelante EM), ha de comportar necesariamente la derogación de aquél en todo aquello que contravenga lo previsto en el EM, y en este sentido ya se han pronunciado algunos Tribunales como el TSJ de Castilla-León (sede Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia de 1-2-2010, al señalar que “No obstante, conviene decir que el Real Decreto Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, aplicado por la Sentencia recurrida e invocado por las partes para obtener distintas consecuencias jurídicas, ha sido derogado ya de manera expresa por la

1/1999⁶, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, que distingue entre el nombramiento administrativo para el personal funcionario/estatutario previa convocatoria publicada en diario oficial, y el contrato laboral de alta dirección. Esta disposición normativa, que sigue vigente con carácter provisional y valor reglamentario⁷, se limita a efectuar una regulación meramente descriptiva, sin detallar los supuestos en que procede la formalización del contrato laboral de alta dirección y con qué candidatos, es decir, si deben ostentar o no la condición de empleados públicos⁸, y si esta otra vía resulta aplicable de forma indistinta, o bien de forma subsidiaria respecto del nombramiento administrativo.

Para conocer el encaje actual de la relación laboral especial de alta dirección en el ámbito de las instituciones sanitarias públicas resulta clave la STS de 2 de abril de 2001, rec. 2799/2000 que sienta el criterio que permite aplicar el régimen del personal laboral especial de alta dirección a directivos de hospitales y centros

Disposición Derogatoria apartado 1.d) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud”.

⁶ El núm. 4 de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1999 de 5 de octubre, de Selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud, contiene una norma idéntica en su redacción a la que recoge el art. 20.4 del Real Decreto-Ley 1/1999.

⁷ Véase la disposición transitoria sexta, punto 1 letra c) del Estatuto Marco.

⁸ Los Tribunales de Justicia no han formulado reparo alguno a la formalización con personal funcionario/estatutario, de contratos de alta dirección en el ámbito de las instituciones sanitarias. En este sentido cabría traer a colación la sentencia del TSJ de las Islas Baleares, de 30 de junio de 2006, que afirma literalmente que “*la cualidad de funcionario no impide suscribir un contrato de alta dirección, sin perjuicio de la incompatibilidad de dichos puestos de trabajo*”, al que habrían que sumar otros tantos pronunciamientos judiciales como la sentencia del TSJ de Madrid de 21 de octubre de 2011, o la sentencia del TSJ de Cantabria de 8 de noviembre de 2002, Sala de lo Contencioso, que analiza el caso protagonizado por un funcionario de carrera del INSS que pasó a situación de excedencia voluntaria en dicha Administración para pasar a prestar servicios como contratado laboral de alta dirección en el INSALUD.

La DA 8ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, confirma de forma indirecta que se puedan formalizar este tipo de contratos con personal funcionario al señalar que “*No se tendrá derecho a indemnización alguna cuando la persona, cuyo contrato mercantil o de alta dirección se extinga, por desistimiento del empresario, ostente la condición de funcionario de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, o sea empleado de entidad integrante del sector público estatal, autonómico o local con reserva de puesto de trabajo*”.

sanitarios de la Seguridad Social que hayan sido contratados laboralmente, aunque no reúnan los requisitos y condiciones que impone el artículo 1.2 del R.D. 1382/1985. Exigir que en estos casos el sujeto contratado para el ejercicio del cargo directivo cumpla con exactitud los requisitos y exigencias que se determinan en el artículo 1.2 del R.D. 1382/1985, vaciaría de contenido la norma ya que no existiría ningún caso en que la misma se pudiera aplicar⁹.

Así pues todos los supuestos de provisión por contrato laboral de alta dirección de puestos directivos identificados como tales a través de disposición con rango de ley tendría amparo normativo en el artículo 2.1.i) del Estatuto de los Trabajadores, que extiende el concepto de relación laboral especial a "*cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley*", una habilitación legal que sí existe en el ámbito sanitario representada por la Disposición Final Séptima de la Ley 31/1991, artículo 20.4 del Real Decreto-Ley 1/1999, y la Disposición Adicional Décima, núm. 4, de la hoy derogada Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud.

La viabilidad jurídica de este tipo de relación laboral especial en las IISS del SNS ha sido confirmada posteriormente por STS de 14 de febrero de 2012, Sala de lo Social, rec. 4431/2010, si bien en este caso tomando como fecha de referencia la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP-. En el caso en cuestión el contrato se formalizó al amparo de la normativa declarada expresamente aplicable a los directivos de hospitales de la seguridad social contratados laboralmente (RD 1384/1985 art.1.2; TS 2-4-01, Rec 2799/00). En este sentido, hay que considerar que si bien a la fecha de la contratación del actor –abril del año 1990- no existía una disposición con rango de ley que la impusiera expresamente, la norma que regulaba la estructura, organización y funcionamiento del INSALUD sí establecía que para ocupar el cargo de Director Gerente era preciso formalizar contrato laboral

⁹ Según recoge la Sentencia "*Esto es obvio, dado que "la empresa" que hay que tomar en consideración en estos casos es el INSALUD o el correspondiente Servicio autonómico de Salud, y con respecto a tales entidades el cargo directivo de mayor rango o jerarquía de un hospital de la Seguridad Social, nunca ostenta "poderes inherentes a la titularidad jurídica" de estas entidades gestoras, poderes que además han de ser "relativos a los objetos generales", de éstas; siendo totalmente inviable que un directivo de un hospital ostente, por razón de ese específico cargo, poderes "relativos a los objetivos generales" del INSALUD o de un Servicio de Salud de una Comunidad Autónoma*".

especial de personal de alta dirección –RD 521/87, art. 8- aunque tal precepto fue declarado nulo (TS cont-adm 31-1-92)-, y finalmente se estableció que el régimen y características del personal directivo profesional debían someterse, en caso del personal laboral, a las previsiones establecidas para la relación laboral especial de alta dirección en el EBEP. Así pues el régimen legal de la relación laboral establecida inicialmente no resultaba idóneo, pero se regularizó posteriormente sin que ninguna de las partes renunciase al mismo a lo largo de su relación. Por tanto, concluye nuestro Alto Tribunal, si bien no cabe su aplicación “*retroactiva plena*”, sí cabría la llamada “*retroactividad débil*”, de modo que desde al menos el 13 de mayo de 2007 sería aplicable a la relación enjuiciada la normativa del personal de alta dirección.

Para finalizar este breve recorrido normativo sobre la selección del personal directivo en la sanidad pública, reseñar que la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias –LOPS- en su Disposición Adicional Décima incorpora el mandato dirigido a las Administraciones Sanitarias para que establezcan los requisitos y procedimiento para la selección, nombramiento o contratación del personal de dirección de estos centros, así como los mecanismos de evaluación del desempeño de sus funciones. Pero ¿cuál ha sido la respuesta de las CCAA al mandato del legislador estatal? Como veremos a continuación, la inmensa mayoría de las Comunidades Autónomas que han regulado la provisión de este tipo de puestos directivos en IISS se han inclinado por reproducir la anterior dualidad de regímenes jurídicos, si bien con importantes diferencias. No obstante antes de adentrarnos en la regulación sectorial llevada a cabo por las CCAA, analizaremos cómo se configura el puesto de directivo profesional público en la legislación de función pública, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico, tomando como muestra las CCAA de Castilla-La Mancha, Principado de Asturias, Extremadura, Islas Baleares, Valencia, y Galicia.

III.- EL DIRECTIVO PROFESIONAL PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA: EL EBEP Y LAS LEYES AUTONÓMICAS DE FUNCIÓN PÚBLICA.

El EBEP, lejos de clarificar el régimen jurídico de esta nueva categoría de personal directivo, propia y distinta del personal funcionario y del personal eventual, rehúye el debate y efectúa una remisión a lo que acuerden el Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno de las CCAA para que establezcan, si lo desean, el régimen jurídico específico del directivo público. No obstante lo anterior el EBEP sí fija una

serie de criterios comunes que deben ser tenidos en cuenta por las distintas Administraciones: a) El personal directivo público no está comprendido dentro del concepto “*empleado público*” como categoría propia y específica, como pudiera ser el personal funcionario, el personal eventual o el personal laboral; b) Se mantiene la dualidad de regímenes jurídicos preexistentes, ya que el desempeño de puestos directivos puede corresponder tanto a personal funcionario como a personal laboral. En este último caso, el régimen jurídico aplicable será el previsto para la relación laboral especial de alta dirección; c) Fija los criterios a seguir para la selección de este personal, tanto sustantivos–mérito, capacidad e idoneidad- como procedimentales-convocatoria pública-

Por tanto, la promulgación del EBEP no aporta nada nuevo a la situación jurídica de estos profesionales -con la salvedad de la exclusión de negociación en Mesa sectorial de las condiciones de trabajo de estos profesionales-, que continuarán sujetos a lo dispuesto en su normativa sectorial, al margen por completo de las previsiones recogidas en la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, para el personal laboral al servicio de la Administración comprendido dentro de su ámbito subjetivo de aplicación.

1.- Leyes autonómicas de función pública: Castilla-La Mancha, Asturias, Extremadura, Islas Baleares, Valencia y Galicia

1.1. Castilla-La Mancha.

La Ley 4/2011¹⁰, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha,

¹⁰ El artículo 13 de la Ley del Empleo Público de Castilla-La Mancha establece que: “*Para ser designado personal directivo profesional es necesario tener la condición de personal funcionario de carrera del grupo A de cualquier Administración pública y acreditar capacidades Directivas en la forma que se determine reglamentariamente*” y añade que “*Excepcionalmente, si una Administración no dispone de personal funcionario con la competencia necesaria para el desempeño de determinadas funciones Directivas y siempre que estas no impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, pueden ser designadas personal directivo profesional personas que no tengan la condición de personal funcionario, siempre que así se prevea en la correspondiente relación de puestos de trabajo*” y continúa al afirmar que “*La designación del personal directivo profesional será discrecional, atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y*

regula en su art. 13 la figura del directivo profesional en unos términos un tanto alejados de la realidad existente en las instituciones sanitarias dependientes del Sescam.

En primer término conviene llamar la atención sobre el hecho de que la Ley no menciona expresamente al personal estatutario fijo, lo que siembra la duda sobre si las previsiones de la Ley resultan o no plenamente aplicables a los nombramientos para el desempeño de los puestos de Gerentes y resto de miembros del equipo directivo de las IISS dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Sescam), que en la actualidad recaen en su inmensa mayoría en personal estatutario del SNS. La Ley autonómica incorpora una cláusula de supletoriedad en su art. 2.4 respecto de la legislación estatutaria¹¹, lo que no es óbice para que lo dispuesto en la Ley resulte igualmente aplicable para colmar posibles lagunas realizando una lectura en sentido amplio del término “funcionario” que de cabida al personal estatutario. Por tanto habría que de colegir que el desempeño de estos puestos debiera corresponder, mediante nombramiento administrativo, a los aspirantes que ya ostenten la condición de personal funcionario de carrera/personal estatutario fijo y, subsidiariamente, y con carácter excepcional, solo cabría la posibilidad de recurrir a la figura del contrato laboral de alta dirección si concurren, de forma acumulativa, los siguientes requisitos: a) No haya disponible personal funcionario con la competencia necesaria que exige el desempeño del puesto; b) No comporte el desempeño del puesto directivo en cuestión participación en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales; c) Que esta posibilidad esté expresamente contemplada en la relación de puestos de trabajo.

La interrogante que cabría plantearse sería ¿qué trascendencia tiene en el ámbito del personal estatutario las previsiones de la Ley 4/2011, de 10 de marzo? La pregunta que acabo de formular alberga dos respuestas antagónicas, en función de cuál sea la fundamentación jurídica que se vaya a emplear. Veamos las dos opciones:

a) Si nos ajustamos al criterio sostenido en la STSJ de Castilla-La Mancha -Sala

concurriencia. Si se trata de puestos de directivo reservados a personal funcionario de carrera, se proveerán por el procedimiento de libre designación”.

¹¹ El art. 2.4 de la Ley establece “El personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha se regirá, en aquellas materias no reguladas por su normativa específica o por acuerdos o pactos específicos, por lo dispuesto en esta Ley”.

de lo Contencioso- de 5 de noviembre de 2010, nº 10324/2010, nº rec. 7/2010 respecto a las tormentosas relaciones entre la legislación estatutaria y la legislación general de función pública, podremos apreciar que el TSJ se decanta de forma expresa, abierta y contundente, a favor de la primacía del EBEP¹² y del resto de la normativa de función pública sobre el EM en todo aquello no previsto, o que se oponga a aquélla Ley. La traslación de este planteamiento lógico al escenario normativo actual de CLM , donde el protagonismo del EBEP en este conflicto normativo es asumido por la Ley 4/2011, de 10 de marzo, comportaría, la derogación del cuestionado art. 20 del RD- Ley 1/1999.

En este caso habría que colegir que asistiríamos a un desplazamiento normativo de las previsiones estatutarias en todo aquello que colisione con la normativa general de empleo público, con las importantes consecuencias que ello comporta en otros muchos aspectos.

b) Por el contrario, si nos ceñimos a la redacción de la Ley, y prescindimos del criterio defendido por el Tribunal Superior de Justicia, la solución es bien distinta, ya que la Ley lo que consagra es la cláusula de supletoriedad- art. 2.4-, de modo que la Ley 4/2011 solo será aplicable con el fin de colmar las posibles lagunas existentes en la legislación específica del personal estatutario, prescindiendo por completo a estos efectos de si las previsiones normativas estatutarias existentes resultan o no contrarias a las plasmadas en la legislación general de función pública.

Debemos tener presente en este sentido, que el enfoque del mencionado RD-Ley es totalmente distinto al de la Ley autonómica, pues mientras la norma estatal de 1999 establece que los puestos de directivos puedan ser cubiertos de forma indistinta por funcionarios o por personal procedente del sector privado, la Ley autonómica de empleo público, en cambio, no lo ve igual al priorizar para el desempeño de este tipo

¹² Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 5 de noviembre de 2010 nº 10324/2010, rec. 7/2010. La Sala considera que en relación con la oposición existente entre ambas disposiciones legales- EBEP y EM- en torno al derecho al percibo de trienios por personal temporal, debe ser de aplicación preferente el EBEP ya que *"...de acuerdo con la cláusula general derogatoria establecida en el apartado g) de la Disposición Derogatoria Única del Estatuto aprobado por la Ley 7/2007 de 12 de abril, quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Estatuto. Por lo tanto, nos hallaríamos ante un supuesto de derogación del precepto invocado por la Administración apelante..."*

de puestos, al personal funcionario de carrera sobre el personal ajeno a la Administración.

2. Las Comunidades Autónomas de: Asturias. Extremadura. Valencia.

2.1. Principado de Asturias.

Ley 7/2014, de 17 de julio, del Principado de Asturias, de medidas en materia de función pública y organización administrativa, añade a la Ley del Principado de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública un nuevo artículo, el art. 8 bis. Dicho precepto legal establece que el nombramiento para el desempeño de puestos directivos deberá realizarse entre empleados públicos que ostenten la condición de funcionario de carrera o personal laboral fijo, atendiendo a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.

Por tanto al igual que sucede en la legislación castellano-manchega, la legislación asturiana no realiza mención alguna al personal estatutario, y por tanto procede plantearse nuevamente si este tipo de puestos podrán o no ser desempeñados por este otro personal sujeto a relación funcional de carácter especial, máxime si se tiene en cuenta que la Ley autonómica prevé que el personal así designado permanecerá en situación administrativa de servicio activo (art. 8.bis.4), mientras que, por el contrario, el EM reserva para el personal estatutario que desempeñe este tipo de puestos la situación administrativa de servicios especiales (art. 64), ¿descuido del legislador u omisión deliberada? . La opción del contrato laboral de alta dirección será la adecuada para los supuestos en los que el directivo ostente la condición de personal laboral.

La determinación de los puestos directivos corresponderá a los decretos de estructura orgánica, y en todo caso deberán estar incluidos en una relación de puestos de trabajo específicos para directivos.

2.2. Extremadura.

La reciente Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura¹³, dedica el capítulo II del título II a la figura del “*personal directivo profesional*”, y los aspectos más destacados de su regulación son:

1.- Reproduce la dualidad de regímenes jurídicos: nombramiento para funcionarios de carrera, contrato laboral de alta dirección para el personal laboral. No se pronuncia sobre la posibilidad de que este último contrato pueda ser utilizado para designar a personal ajeno a la Administración.

2.- La formalización de contrato laboral de alta dirección viene determinada no solo por la naturaleza jurídica de la relación de empleo del candidato elegido, sino por el hecho objetivo de que el puesto de trabajo sea de naturaleza laboral, lo que dependerá de “*la naturaleza del proyecto a ejecutar o del programa a desarrollar así lo exija*”.

3.- Limita la vigencia del desempeño de este tipo de puestos, ya sea a través de nombramiento por libre designación, como por contrato laboral de alta dirección, a un máximo de dos años prorrogables por otros dos (art. 22.4).

2.3 Islas Baleares.

La Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Illes Balears, presenta como notas más destacables respecto del

¹³ Como complemento de la Ley 13/2015, de 8 de abril véase la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. La Ley de 2014 define al personal directivo como aquél que en virtud de nombramiento o sometido a la relación laboral especial de alta dirección desempeña funciones directivas profesionales retribuidas de carácter ejecutivo en cualquiera de las entidades previstas en el art. 2, apartado 1, de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura, y no tenga la consideración de alto cargo. Corresponde a los estatutos o las normas de creación de la entidad a la que pertenezcan, así como las relaciones de puestos de trabajo correspondientes, la identificación de los puestos de ese carácter, así como el procedimiento de designación de sus titulares atendiendo a principios de mérito y capacidad y mediante procedimientos con publicidad y concurrencia.

directivo profesional:

1º.- A diferencia de las Leyes anteriores, únicamente contempla la vía del “*nombramiento mediante libre designación*” para la provisión de este tipo de puestos. (Art. 79.1.a). La opción del “*contrato laboral de alta dirección*” queda restringida para la provisión de los órganos directivos de la Escuela Balear de Administración Pública con competencia general (DA 5ª).

2º.- Para determinar qué puestos merecen la consideración de puestos directivos¹⁴, la Ley se remite a lo previsto en la correspondiente relación de puestos de trabajo (art. 35), lo que contraviene lo dispuesto en el art. 13 del EBEP que exige que esta labor de identificación de puestos se debe efectuar a través de una disposición normativa de carácter general¹⁵.

3º.- Constituye requisito imprescindible para el desempeño de este tipo de puestos estar en posesión de diploma de personal directivo expedido por la Escuela Balear de Administración Pública u otro homologado por ésta.

2.4. Valencia.

El art. 20 de la Ley 10/2010¹⁶, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y

¹⁴ En todo caso merecen esta consideración (art. 35.2): 1).- Los puestos de trabajo clasificados en el nivel 30. 2).- Los puestos que implican jefatura de departamento. 3).- Los puestos que implican jefatura de servicio cuando tienen dependencia directa del órgano superior o directivo al cual están adscritos.

¹⁵ Recientemente el TS ha reconsiderado en forma clara [en la STS de 5 de febrero de 2014 (Casación 2986/2012)] su doctrina sobre la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo. La nueva orientación jurisprudencial se ha consolidado en las SSTS de 25 de febrero de (Casación 4156/2012), 24 de marzo (Casación 299/2013), 7 de abril de 2014 (Casación 2342/2012) y 29 de abril de 2014 (Casación 742/2013), así como en el auto de 22 de mayo de 2014. Conforme a la orientación de la nueva doctrina se caracteriza unívocamente a las RPT's como actos, no como normas o disposiciones generales.

¹⁶ Previamente a la formalización de la designación la Ley valenciana exige que se justifique documentalmente mediante la elaboración de una memoria justificativa de carácter económico y organizativo, la imposibilidad de asumir a través de la estructura orgánica y funcional existente los objetivos asignados al proyecto, plan o programa de que se trate.

Gestión de la Función Pública Valencia, regula la figura del personal directivo público profesional limitando, al igual que la Comunidad Autónoma de Extremadura, la vigencia de este tipo de nombramientos a un máximo de dos años. Se exceptúa expresamente de esta limitación al personal directivo público profesional al servicio de las instituciones sanitarias de la Consellería de Sanidad por así exigirlo la implantación de las nuevas formas de gestión de la sanidad pública.

2.5. Galicia.

La muy reciente Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, regula en los artículos 33 y siguientes, la figura del personal directivo, establece que *“La adquisición de la condición de personal directivo se basará en los principios de mérito y capacidad y en criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia entre el personal funcionario de carrera y el personal laboral fijo al servicio de las administraciones públicas”*.

La Ley permite no obstante que en las entidades públicas instrumentales a las que se refieren la letra c), excluidos los organismos autónomos, y la letra d) del apartado primero del artículo 4, estos puestos también se puedan proveer excepcionalmente con personas que no tengan la condición de personal directivo, respetando los principios enunciados en el apartado primero. Ahora bien, entre estos entes públicos no se encontraría el Servicio Gallego de Salud, y por tanto surge la duda de si este tipo de contratos se podrían o no formalizar en el ámbito sanitario. Téngase en cuenta, además, que la Ley gallega a diferencia de la Ley de CLM, no incorpora cláusula alguna de supletoriedad respecto de la legislación estatutaria. En este sentido el art. 6 establece una plena equiparación a los efectos de lo dispuesto en la Ley, entre personal funcionario y personal estatutario, con las únicas salvedades de la carrera profesional, la movilidad y retribuciones complementarias.

IV.- EL DIRECTIVO PROFESIONAL EN LAS INSTITUCIONES SANITARIAS PÚBLICAS. LA LEGISLACIÓN SECTORIAL AUTONÓMICA.

Prácticamente todas las CCAA reproducen el mismo modelo dual de régimen jurídico aplicable al personal directivo, con la excepciones de Madrid, Cataluña y Asturias. No obstante entre el resto de las CCAA también existen diferencias respecto

a la configuración de la relación laboral especial de alta dirección, y los requisitos exigidos a los candidatos. A tenor de las características anteriormente señaladas cabría clasificar a las CCAA en los siguientes grupos:

1º.- CCAA en las que el contrato laboral de alta dirección constituye el instrumento idóneo para reclutar a profesionales sin vinculación jurídica previa con la Administración. Valencia y Canarias¹⁷.

El Decreto 7/2003, de 28 de enero, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el Reglamento de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario al Servicio de Instituciones Sanitarias de la Generalitat Valenciana, exige ostentar la condición de personal estatutario con plaza en propiedad de los Servicios de Salud, de funcionario de carrera incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y de las correspondientes Leyes de la Función Pública de las Comunidades Autónomas, así como del personal laboral fijo de la Generalitat, en cuyo caso quedarán en la situación administrativa que les corresponda.

En estos supuestos la designación se realiza mediante libre designación con convocatoria pública. No obstante la propia norma parece incurrir en cierta contradicción al señalar en su art. 43 *“El concurso para la provisión de las plazas contemplará los méritos acreditados por los solicitantes en relación con su currículum profesional, preferentemente los méritos académicos y/o experiencia profesional en el desempeño de cargos directivos en instituciones sanitarias o puesto de trabajo con funciones similares al que se concursa, así como de una memoria explicativa de las líneas fundamentales y objetivos a seguir en la plaza que se solicite. Potestativamente podrá realizarse entrevista pública.* Por otra parte la regulación del procedimiento a seguir tampoco parece ir en la línea de la libre designación al contemplar la existencia de unas comisiones evaluadoras, constituidas por un mínimo de 5 miembros de los cuales dos lo serán en representación de las organizaciones sindicales.

El Decreto deja abierta la puerta a la presencia de personal externo a la

¹⁷ En términos muy similares al Decreto valenciano se pronuncia el Decreto 123/1999, de 17 de junio, sobre selección de personal estatutario y la provisión de plazas básicas y puestos de trabajo en los órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud (art. 40.1).

Administración, que podrá concurrir también simultáneamente siempre que cumpla con los requisitos exigidos, con el fin de que la Administración pueda contar con un mayor y heterogéneo número de aspirantes que concurren en condiciones de igualdad al presente proceso de provisión de plazas. En tal caso la provisión se efectuará conforme al régimen laboral de Alta Dirección regulado en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto.

La anterior referencia normativa habría que completarla con el posterior Decreto 30/2012, de 3 de febrero, del Consell por el que se modifica la estructura, funciones y régimen retributivo del personal directivo de instituciones sanitarias de la Consellería de Sanidad. El art. 1.2 introduce una novedad que está destinada a evitar que el personal directivo sanitario pierda toda conexión con su actividad profesional al afirmar que, pese a tratarse de puestos de dedicación exclusiva¹⁸ *“... podrá prestar algún tipo de actividad asistencial en el propio centro, de manera voluntaria y no retribuida, cuando se trate de personal que venía desarrollando este tipo de prestación”*.

2º.- CCAA con una regulación similar a la del RD-Ley 1/1999, regulación meramente descriptiva. La Rioja y Cantabria¹⁹.

En la CCAA de La Rioja la normativa de referencia está constituida por la Disposición Adicional 2ª de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, y dos disposiciones reglamentarias, el Decreto 16/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el reglamento sobre estructura y organización de los hospitales gestionados por el Servicio Riojano de Salud (art. 13)²⁰, y el Decreto 2/2011, de 14 de enero, de selección

¹⁸ Disposición adicional cuarta apartado dos de la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas.

¹⁹ Ley Cantabria 9/2010 de 23 diciembre 2010, arts 48 y 49. La Ley habilita al Consejero de Sanidad para que mediante Orden establezca los puestos directivos, y en todo caso tienen esta condición los mismos puestos que enumera el art. 20 del RD-Ley 1/1999. El procedimiento de libre designación con convocatoria pública constituye la regla general, y podrán participar el personal funcionario de carrera y el personal estatutario fijo incluido en el EBEP. No dice nada del personal laboral de la Administración, del mismo modo que guarda silencio sobre las categorías profesionales y titulación que deben poseer los candidatos, remitiéndose a los requisitos establecidos en la convocatoria. Sí contempla la figura del contrato laboral de alta dirección.

²⁰ El art. 13 establece que *“Los titulares de los citados órganos se proveerán por el procedimiento fijado en la referida Disposición Adicional Segunda de la Ley de Salud . El Director Gerente del Centro será*

de personal estatutario y provisión de plazas y puestos de trabajo del Servicio Riojano de Salud²¹.

Respecto al régimen jurídico aplicable, esta última disposición reglamentaria reproduce el tradicional modelo dual laboral/administrativo pero sin priorizar uno respecto del otro y sin precisar qué colectivos pueden acceder a estos puestos a través de un contrato laboral de alta dirección. Lo que sí establece la norma es que para acceder a través de libre designación podrán participar personal estatutario (no exige requisito de estabilidad en el empleo) del Sistema Nacional de Salud, así como personal funcionario de carrera pero siempre que sea del Servicio Riojano de Salud. Guarda en cambio silencio respecto a la posible participación en este tipo de procedimientos del personal laboral de la Administración.

3º.- CCAA en las que el desempeño de puesto directivo en IISS exige la formalización de contrato laboral de alta dirección: Principado de Asturias, Baleares, Cataluña²² y Madrid.

3.1. Principado de Asturias.

nombrado por el Gerente del Servicio Riojano de Salud . El resto de puestos Directivos serán nombrados por el Gerente del Servicio Riojano de Salud , a propuesta del Director Gerente del Centro. Asimismo se podrán proveer conforme a la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Salud y en aplicación del Real Decreto 1382/1985 por el régimen laboral de Alta Dirección.

²¹ Esta disposición reglamentaria se remite en cuanto a la determinación de los puestos de trabajo correspondientes a los órganos directivos (art. 91) a la Orden del titular de la Consejería competente en materia de sanidad. Asimismo establece que dicha Orden deberá indicar la denominación del puesto, complementos de destino y específico, y grupo de adscripción.

Como peculiaridad, el art. 93 regula el “*nombramiento provisional en puesto directivo*” debiendo procederse a la publicación de la convocatoria de la libre designación correspondiente en un plazo máximo de 3 meses.

²² En términos similares se pronuncia la legislación catalana, en concreto el art. 20 de la Ley 8/2007, de 30 de julio, del Instituto Catalán de la Salud, que exige que deba tratarse en todo caso de personal empleado público (funcionario, estatutario o laboral). Es decir, no contempla la incorporación de personal ajeno a la Administración, a diferencia, por ejemplo, de la legislación balear que sí admite esta posibilidad (art. 55.2 del Decreto 39/2006 de 21 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del ente público Servicio de Salud de las Illes Balears).

Como ya vimos anteriormente la legislación de función pública asturiana establece que el acceso a estos puestos se canalice a través de cualquiera de las dos modalidades ya estudiadas –administrativa y laboral-; sin embargo, la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias establece en su art. 23 que el puesto de Gerente de Área quedará vinculado con la Administración sanitaria por un contrato laboral de alta dirección, por lo que asistimos a una colisión entre dos disposiciones normativas de idéntico rango. Además esta otra Ley omite cualquier referencia al resto de puestos directivos, considerando como tales los enumerados en la DA 4ª apartado segundo de la Ley del Principado de Asturias 14/2001, de 28 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales²³.

3.2 Islas Baleares.

La legislación balear de función pública configura el procedimiento de libre designación como la forma ordinaria para la designación del personal directivo; por el contrario, el Decreto 39/2006, de 21 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del ente público Servicio de Salud de las Illes Balears señala que el contrato laboral de alta dirección constituye la única opción para desempeñar este tipo de puestos en las IISS (art. 55.3).

3.3 Cataluña.

En términos similares a las CCAA de Asturias y Baleares se pronuncia la legislación catalana, en concreto el art. 20 de la Ley 8/2007, de 30 de julio, del Instituto Catalán de la Salud, que exige que deba tratarse en todo caso de personal empleado público (funcionario, estatutario o laboral). Es decir, no contempla la incorporación de personal ajeno a la Administración, a diferencia, por ejemplo, de la legislación balear que sí admite esta posibilidad (art. 55.2 del Decreto 39/2006 de 21 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del ente público Servicio de Salud de las Illes Balears).

²³ “A tales efectos se considerarán órganos de dirección los directores, subdirectores y coordinadores de programa del Servicio de Salud del Principado de Asturias y los directores gerentes y subgerentes de los centros, servicios y establecimientos de asistencia sanitaria señalados en el apartado 2 del art. 4 de la Ley del Principado de Asturias 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud, incluyendo los de las gerencias de atención especializada y atención primaria y los directores y subdirectores de división de cada uno de ellos”.

3.4. Madrid.

Me detendré brevemente en analizar la disparidad de modelos en la Comunidad Autónoma de Madrid, que constituye en sí misma un microsistema como consecuencia de la tipología de formas de gestión sanitarias que se han venido aplicando en los últimos años. De este modo podemos diferenciar entre:

- a) Hospitales bajo el modelo de gestión pública directa procedentes del desaparecido Insalud.
- b) La provisión de puestos directivos en este tipo de establecimientos sanitarios no se rige por lo dispuesto en el RD-Ley 1/1999 sino por la Ley 13/2002, de 20 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

El art. 14 de la mencionada Ley:

1.- Consagra la libre designación para el personal funcionario y estatutario -no dice nada sobre el requisito de estabilidad en el empleo-, y omite por completo la participación del personal laboral.

2.- Deja abierta la vía del contrato laboral de alta dirección, pero sin especificar en qué supuestos se debe hacer uso de esta opción.

3.- No establece ni para la libre designación, ni para contrato laboral de alta dirección, cuáles son los criterios para la selección y nombramiento. Es decir, no se pronuncia sobre si se debe reclutar a estos profesionales mediante procedimientos con convocatoria pública inspirados en los principios de mérito y capacidad.

4.- Por último, sí establece cuál será el régimen de las condiciones laborales de los funcionarios que hayan sido nombrados para el desempeño de este tipo de puestos directivos. En concreto establece que le serán de aplicación las normas sobre personal de IISS (es decir, el personal estatutario), así como el régimen retributivo establecido para el puesto de trabajo. Una previsión que tiene gran importancia a los efectos de determinar si el personal funcionario en el desempeño de este tipo de

puestos consolida o no el nivel correspondiente en las mismas condiciones a como si se tratase de una plaza en relación de puestos de trabajo.

b) Hospitales gestionados a través de alguna de las conocidas como “*nuevas fórmulas de gestión*”-empresas públicas y colaboración público privada en sus diversas manifestaciones-.

Los Decretos por los que se aprueban los Estatutos de las respectivas empresas públicas hospitalarias de la Comunidad de Madrid²⁴, regulan en los mismos términos la provisión de este tipo de puestos, sin apenas diferencias; en concreto cabría reseñar que el puesto de Director-Gerente en estos nuevos hospitales únicamente se puede desempeñar a través de contrato laboral de alta dirección, sin precisar si debe tratarse de personal ya vinculado jurídicamente a la Administración o ajeno a la misma.

Sobre el resto de puestos directivos de nuevos hospitales, a diferencia del puesto de Director Gerente, los Estatutos correspondientes establecen que si la persona designada ostenta la condición de personal estatutario- que ahora sí debe ser fijo- en tal caso no podría formalizarse el contrato laboral de alta dirección, sino que habría que acudir al nombramiento administrativo. O dicho de otro modo, el personal funcionario y el personal laboral de la CAM únicamente podrán prestar servicios directivos en estos hospitales mediante contrato laboral de alta dirección.

c) Directivos en otros centros sanitarios del Sermas, como la empresa pública “*Unidad Central de Radiodiagnóstico*” y el Hospital de Fuenlabrada²⁵.

²⁴ Decreto 111/2007, de 2 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Empresa Pública Hospital del Sur, en virtud de la Ley 4/2006, de 22 de diciembre; Decreto 113/2007, de 2 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Empresa Pública Hospital del Sureste, en virtud de la Ley 4/2006, de 22 de diciembre; Decreto 114/2007, de 2 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Empresa Pública Hospital del Henares, en virtud de la Ley 4/2006, de 22 de diciembre; Decreto 112/2007, de 2 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Empresa Pública Hospital del Norte, en virtud de la Ley 4/2006, de 22 de diciembre.

²⁵ Decreto 11/2008, de 21 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Empresa Pública Unidad Central de Radiodiagnóstico; Decreto 196/2002, de 26 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos del Ente Público “*Hospital de Fuenlabrada*” (arts. 14 y 34).

En ambos casos la designación para el desempeño de cualquier tipo de puesto directivo debe canalizarse a través del contrato laboral de alta dirección, incluso si el personal directivo ostentara previamente la condición de personal estatutario o funcionario en otro centro del Servicio Madrileño de Salud- a diferencia del apartado anterior-.

Respecto a los criterios para su designación son muy similares a la par que escuetos: a) Competencia profesional; b) Experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada (no específica que dicha experiencia se haya adquirido en el ámbito sanitario). Llama la atención que, al igual que para la provisión de puestos directivos en los hospitales del modelo tradicional de gestión, tampoco aquí se exija el cumplimiento de un requisito tan elemental como la publicación de la convocatoria.

4º.- CCAA en las que el desempeño de puesto directivo en IISS debe realizarse exclusivamente a través del procedimiento de libre designación, como es el caso de la Comunidad Autónoma Vasca²⁶.

5º.- CCAA en las que la relación laboral de alta dirección se configura como recurso subsidiario del nombramiento administrativo para los casos en los que el candidato seleccionado no reúne los requisitos exigidos para acceder a través de la modalidad del nombramiento por libre designación: Galicia, Castilla y León, Murcia, Extremadura y Castilla-La Mancha.

5.1. Galicia.

Decreto 206/2005, de 22 de julio, de provisión de plazas de personal estatutario del Servicio Gallego de Salud. El procedimiento de libre designación exige convocatoria publicada en el Diario Oficial de Galicia, y la vinculación deberá formalizarse mediante nombramiento de carácter administrativo cuando el aspirante seleccionado tenga la condición de personal estatutario o funcionario, con vínculo de fijeza, al servicio de cualquier administración pública.

El contrato laboral de alta dirección se podrá formalizar solo para la provisión

²⁶ Art. 27 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi.

de los puestos de director-gerente (licenciado universitario), director médico (licenciado sanitario) y director de gestión (licenciado universitario), cuando el candidato seleccionado no ostente la condición de personal funcionario/estatutario fijo (en la categoría correspondiente). No cabe por tanto formalizar contrato laboral de alta dirección para la provisión del puesto de director de enfermería.

5.2. Castilla y León.

El art. 38 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León, establece el sistema de libre designación tanto para la provisión de puestos directivos como de jefaturas asistenciales. En ambos casos es preciso que se trate de personal estatutario fijo del SNS, funcionario de carrera, o si es personal laboral, que sea fijo de la CA de Castilla y León. La opción del contrato laboral de alta dirección está prevista para la provisión de puestos directivos y jefaturas de carácter asistencial cuando no se reúnan los requisitos exigidos para su provisión por libre designación (ser estatutario/funcionario/laboral, fijeza, categoría/cuerpo/escala y titulación). Respecto a la vigencia del nombramiento/contrato, la Ley limita la duración de los nombramientos/contrato a un máximo de 4 años, tanto para los puestos directivos como de jefaturas asistenciales.

Desde el punto de vista procedimental, el Decreto 73/2009, de 8 de octubre por el que se regula el procedimiento de provisión y remoción de los puestos de trabajo de libre designación en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud contempla la creación de una comisión de valoración (se supone que independientemente de si la provisión lo es por libre designación o por contrato laboral de alta dirección. Sin embargo el art. 6.2 parece dar a entender que la intervención de esta comisión solo tendrá lugar en los casos de nombramiento). La comisión está presidida por el DG de AS e integrada por el DG de RRHH, el DG de Infraestructuras, y el Gerente del Área de Salud. Las convocatorias se deben publicar en el BOCL, y debe expresar la denominación del puesto, el nivel, requisitos exigidos, los criterios de valoración y la comisión que se llevará a cabo la valoración. La propuesta de nombramiento la eleva al Consejero de Sanidad el Gerente del SACYL oída la comisión de valoración- pero solo para los casos de nombramiento-. No detalla el procedimiento a seguir en el caso del contrato de alta dirección, aunque se supone que debería ser similar ya que tanto en el caso del nombramiento como del contrato

de alta dirección, se incluyen en un mismo artículo que lleva por rúbrica “*sobre procedimiento*”.

5.3 Región de Murcia.

Murcia se ha convertido en la única C.A. que ha regulado por una ley monográfica la selección de estos profesionales, la Ley 2/2015, de 17 de febrero, sobre regulación de la selección del personal directivo de las IISS del Servicio Murciano de Salud.

La Ley prevé la convocatoria pública mediante el sistema de libre designación entre personal estatutario fijo/funcionario de carrera. También pueden participar quienes no tengan la condición de personal estatutario fijo/funcionario de carrera, pero en tal caso deben tener una experiencia previa de al menos dos años en el desempeño de puestos de trabajo en la Administración o en la empresa privada con funciones análogas. Es en estos casos cuando se formalizará un contrato laboral de alta dirección con una duración no superior a dos años. En todo caso –en uno y otro supuesto- los aspirantes sí deben acreditar estar en posesión de la titulación exigida para ocupar los mismos.

5.4.- Castilla-La Mancha.

En la Comunidad Autónoma de CLM no se ha promulgado normativa específica sobre la materia si dejamos a salvo la vigente Resolución de 15 de julio de 2013, por la que se dictan instrucciones sobre el procedimiento para el nombramiento del personal directivo del Sescam²⁷. Con anterioridad a esta Resolución la normativa sectorial aplicable estaba constituida por el art. 20 del RD-Ley 1/1999 (que teóricamente conservaría su vigencia en CLM por tratarse de la única disposición normativa de carácter general que regula esta materia), si bien es cierto que la

²⁷ La relación de personal directivo en las IISS del Sescam figura en el anexo I de la Orden de de 14/11/2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, del régimen de funcionamiento y estructura de las plantillas orgánicas del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha- Dicha disposición atribuye la condición de puestos directivos a los mismos puestos que se enumeran en el art. 20.4 del RD-Ley 1/1999, e incorpora dos nuevos puestos directivos: el puesto de Coordinador/a Médico de Equipos Atención Primaria, y el puesto de Responsable Enfermería de Equipos Atención Primaria.

Administración, en contra lo dispuesto en la citada disposición, no publicaba en el DOCM las convocatorias para la provisión de puestos directivos en IISS. Precisamente uno de los aspectos positivos de esta Resolución es que insista nuevamente en lo que ya dijera el RD-Ley de 1999, a saber, la publicación obligatoria en diario oficial de las convocatorias para la provisión de este tipo de puestos a través de procedimientos en régimen de concurrencia competitiva (al menos en teoría). No obstante resulta paradójico que la propia Resolución objeto de comentario no haya sido objeto de publicación en el DOCM.

Sin embargo la validez jurídica de esta Resolución podría verse seriamente comprometida si tenemos presente que afecta no solo a las condiciones laborales de los directivos en cuanto establece en qué supuestos se debe aplicar uno y otro régimen jurídico, sino que también proyecta su aplicación sobre terceras personas al fijar los requisitos que deben reunir los aspirantes que deseen participar en este tipo de procedimientos, lo que exigiría probablemente la aprobación, previa negociación sindical, de una disposición de carácter general. En efecto, a tenor de la materia regulada todo apunta a que estamos ante una resolución que reviste un marcado carácter normativo, no cabe por tanto identificarla como de naturaleza exclusivamente organizativa -como pudiera ser el caso de una circular u orden de servicio del art. 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Cabría argumentar a su favor que, pese a todo, esta Resolución administrativa no innova el Ordenamiento Jurídico por cuanto se limita a adaptar las previsiones contenidas en el RD-Ley 1/1999, tesis un tanto arriesgada si tenemos en cuenta cuál ha sido la respuesta de los órganos judiciales en situaciones similares, como la Resolución del Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias por la que se fijaba el procedimiento para la provisión mediante libre designación y con carácter provisional, de los puestos de jefes de servicio, de selección y coordinadores médicos.

Así es, la SJC-A nº 1 de Oviedo de 11 de julio de 2012 anuló la mencionada Instrucción a raíz del recurso interpuesto por una organización sindical que solicitaba la declaración de nulidad por tratarse de una materia que debía ser objeto de regulación a través de una disposición reglamentaria, y no por medio de una circular del artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.. A este primer envite sindical, la Administración respondió que en realidad la mencionada resolución lo que se limitaba era a adaptar la regulación ya existente sobre la provisión de este tipo de puestos, es decir que no innova y por tanto no se trataría de una disposición normativa de carácter general. La respuesta del juzgado es contundente: es falso lo que dice la Administración, ya que el sistema regulado en el RD-Ley 1/1999 no es un sistema de libre designación- Véase en este sentido la STSJ de Baleares 23 de julio de 2009, nº 566/2009, rec. 103/2009- a diferencia del sistema contemplado en la resolución administrativa impugnada, pues si bien es cierto que establecía una valoración del currículum y proyecto de gestión, también señalaba en cuanto a la valoración, que estará sujeta a la apreciación discrecional por el órgano competente.

Por lo que al procedimiento a seguir se refiere, señalar que el procedimiento es distinto según se trate de procedimiento de libre designación, o de contrato laboral de alta dirección, distinción procedimental que no se acierta a comprender ya que la Administración se supone que desconoce “*a priori*” la identidad y el perfil profesional del candidato finalmente designado. No tiene sentido que se incluya esta tramitación específica como propia del sistema de provisión de libre designación por cuanto además hay una serie de trámites que son comunes para ambos casos por venir impuestos por las leyes anuales de presupuestos. Tal es el caso, por ejemplo, del informe preceptivo de la Consejería de Hacienda. En cambio, en el apartado relativo al procedimiento a seguir para la formalización de “*contrato laboral de alta dirección*”, nada se dice sobre la cumplimentación de este tipo de trámites, limitándose a decir que la formalización del contrato corresponderá al Gerente del Sescam.

La Resolución conserva la dualidad de regímenes jurídicos conforme a lo previsto tanto en el art. 20 del RD-Ley 1/1999 (aplicable de forma subsidiaria) como en el art. 13 de la Ley 4/2011. Así el nombramiento por libre designación queda reservado para puestos directivos por personal estatutario fijo del SNS/funcionario de carrera perteneciente a cuerpos/categorías de los grupos de titulación A1 (Gerente y director/sub médico) y A2 (director y subdirector de enfermería), y A1/A2 para el director/subdirector de gestión. Ahora bien, si el personal estatutario o funcionario, a) pertenece a cuerpos/escalas de otros grupos de titulación o b) no es fijo o de carrera, en tal caso es cuando procedería recurrir subsidiariamente al contrato laboral de alta dirección siempre que cumplan con el requisito mínimo de titulación. Es en este punto donde sí cabría apreciar que la resolución autonómica en cuestión parece ir más allá

de lo que sería una labor de mera adaptación normativa pues parece desmarcarse de la regulación estatal - art. 20 del RD-Ley 1/1999 que, recordemos, no se pronuncia sobre el alcance de esta relación laboral especial- a la par que se posiciona claramente en contra de la Ley 4/2011, -que prioriza al empleado público con plaza en propiedad-.

Con este sistema, que es el mismo que se venía utilizando con anterioridad a la Resolución de julio de 2013, se abren las puertas a que, por ejemplo, funcionarios/estatutarios de cuerpos/categorías de otros grupos de clasificación - auxiliares administrativos, y no es ficción- sin experiencia previa en el desempeño de este tipo de puestos, pasen directamente a gestionar, con contrato laboral de alta dirección, presupuestos millonarios y dirigir equipos formados por cientos de personas. ¿Responde realmente a este objetivo la introducción por el legislador de la figura del contrato laboral de alta dirección en el ámbito sanitario? ¿O quizá estaba pensada esta figura como un recurso alternativo dirigido a captar a profesionales experimentados y con solvencia contrastada procedentes del sector privado con el fin de asumir temporalmente la planificación/dirección de un programa concreto de actuación?.

6º.- El modelo de Andalucía.

El Decreto 75/2007, de 13 de marzo de 2007, por el que se regula el sistema de provisión de puestos directivos y cargos intermedios de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud, consagra el sistema de libre designación con convocatoria pública y carácter "*abierto y permanente*". Es aquí donde radica la singularidad del modelo andaluz, ya que todas las solicitudes presentadas se inscriben en un Registro de modo que, vacante un puesto directivo la cobertura se realizará mediante la designación del candidato idóneo de entre los incluidos en el indicado Registro²⁸. En

²⁸ En el caso de puestos de Dirección Médica y de Dirección de Enfermería, la Junta Facultativa o la Junta de Enfermería, proponen a la Gerencia del SAS una terna del Registro de personas candidatas. Para la provisión de cargos intermedios (tanto sanitarios como no sanitarios) se contemplan dos sistemas: el de libre designación y el de concurso de méritos en función del tipo de puestos. En todo caso las convocatorias se publican en el B.O. de la Junta de Andalucía, en la web del SAS y en los tabloneros de anuncios. En ambos casos debe intervenir una comisión de selección con distintas funciones según se trate de puestos de libre designación o de concurso de méritos. Mientras que en el primer caso dicha comisión se tiene que limitar a comprobar que los aspirantes reúnen los requisitos, en el segundo caso

el caso en que el designado fuese personal estatutario fijo o funcionario de carrera²⁹ la provisión se efectuará mediante el correspondiente nombramiento, mientras que la formalización del contrato laboral de alta dirección resultará procedente para aquéllos casos en los que el candidato elegido no ostente la condición de personal estatutario fijo o funcionario de carrera.

V.- LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA Y LA PROVISIÓN DE PUESTOS DIRECTIVOS EN LA SANIDAD PÚBLICA.

Las principales controversias sobre las que han tenido que pronunciarse los órganos judiciales giran en torno a) la titulación, b) la falta de publicación de convocatorias, c) la participación en estos procedimientos de personal sin vinculación jurídica previa con la Administración.

5.1. Titulación.

Al igual que ha sucedido en otros ámbitos, la parca y deficiente regulación del régimen jurídico del personal directivo de la Administración ha obligado a los órganos judiciales a acotar la extensión de este tipo de nombramientos/contratos, fijando unos criterios comunes para las distintas regulaciones autonómicas.

Así, y por lo que se refiere al requisito de la titulación, cabría citar la STSJ de Castilla y León de 24 de septiembre de 2010, nº rec. 1547/2009. El punto de mira del recurso jurisdiccional interpuesto ante el TSJ de Castilla y León lo constituye el Decreto 73/2009 por el que se regula el procedimiento de provisión y remoción de los puestos de trabajo de libre designación en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud. En concreto se cuestiona en el recurso la elección del sistema de libre designación para la provisión de estos puestos así como el hecho de

además deben llevar a cabo una valoración curricular y de proyectos.

²⁹ El personal estatutario en puesto directivo pasa a la situación de servicios especiales, mientras que el funcionario será declarado en la situación que le corresponda según la legislación de función pública, y en todo caso percibirá las retribuciones del puesto de trabajo y quedará sujeto a las normas del régimen estatutario.

que la norma autonómica prescinda del requisito específico de ostentar la titulación de Licenciado en Medicina y Cirugía para el puesto de Director Médico.

Respecto a la no exigencia del requisito de estar en posesión de la licenciatura en medicina para poder desempeñar el puesto de director médico, se invoca el art. 10 del RD 521/87, aunque esta regulación es cierto que, como reconoce el propio Tribunal siguiendo las alegaciones realizadas por la Administración, no puede constreñir el ámbito de decisión de la Comunidad Autónoma ya que se trata de una disposición que no tiene carácter básico, y sólo es aplicable en defecto de regulación autonómica.

Sin embargo, partiendo de la noción de que el Ordenamiento Jurídico es un todo orgánico, la Sala relaciona el contenido de las funciones que se le asignan al puesto de Director Médico con las funciones que se describen en la LOPS como propias de los médicos, lo que le permite concluir que hasta tanto la Administración autonómica no configure de otra forma los cometidos de la Dirección Médica, no resultará ajustado a Derecho que se establezca como requisito para la misma el ostentar cualquiera de las licenciaturas sanitarias, *“pues las concretas funciones encomendadas al puesto tienen una vinculación con la competencia específica de la Licenciatura en Medicina y Cirugía”*.

En similares términos se ha pronunciado la STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2011, nº rec 826/2010, a raíz del recurso interpuesto por dos sociedades médicas, un sindicato y el colegio de médicos de Madrid, contra el Decreto 52/2010, de 29 de julio, por el que se establecen las estructuras básicas sanitarias y directivas de Atención Primaria del Área Única de Salud de la Comunidad de Madrid. En el caso de las asociaciones y la organización colegial, la motivación de su impugnación descansa en la infracción en la que parece incurrir el artículo 9 de la norma reglamentaria por entender que contraviene la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

El citado precepto reglamentario establece que serán funciones propias del Director del Centro de Salud, entre otras, la representación y dirección del centro, la organización de los profesionales y de la actividad del centro, la evaluación del desempeño y la propuesta de las medidas de incentivar. ¿Pueden ser estas funciones asumidas por cualquier profesional sanitario, sea facultativo o no, o por el

contrario, como entienden los recurrentes, es preciso que el cargo deba recaer en un licenciado en Medicina? El Tribunal da la razón a las asociaciones médicas y a la organización colegial por considerar que de conformidad con las funciones que el art. 6.1 de la LOPS atribuye a los licenciados sanitarios, *“es lógico que dicho cargo deba recaer en un licenciado en Medicina, ya que las atribuciones del Director del Centro de Salud no se concretan en una mera función de representación de un equipo de profesionales sanitarios, sino que se le asignan funciones que no pueden ser realizadas por un profesional sanitario que no ostente la condición de facultativo, al no reunir la capacidad, conocimientos y titulación suficiente”*.

La relación de funciones que el Decreto atribuye al Director del Centro también afecta a otros dos preceptos de la LOPS, el art. 9 sobre *“relaciones interprofesionales y trabajo en equipo”* y el art. 10 sobre *“funciones de gestión clínica”*. En ambos casos, el desempeño de este tipo de funciones está ligado igualmente a la posesión de conocimientos y competencia que únicamente pueden atesorar aquellos profesionales que ostenten la condición de médico facultativo.

5.2. Personal ajeno a la Administración y contrato laboral de alta dirección.

La STS de 30 de junio de 2010, nº rec 1502/2007 se pronuncia sobre el reclutamiento para el desempeño de puestos directivos de personal no funcionario y su vinculación laboral con la Administración sanitaria gallega. A juicio de la Sala, esta particular forma de provisión encuentra cobertura normativa en la Ley de Ordenación Sanitaria de Galicia, y añade que el recurso al vínculo laboral no prejuzga que se vayan a prescindir de las exigencias que imponen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

A su vez, la STS de 9 de julio de 2012, rec. 739/2013³⁰ anuló el artículo 10 del Decreto andaluz 75/2007, por el que se regula el sistema de provisión de puestos directivos y cargos intermedios de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud. Dicho precepto reglamentario permitía la participación para la provisión de este tipo de puestos de personas sin vinculación alguna como personal funcionario o

³⁰ Boletín de derecho sanitario y bioética del Sescam.

http://sescam.castillalamancha.es/sites/sescam.castillalamancha.es/files/documentos/pdf/20131011/fich_descarga_boletin_diciembre_2012.pdf

estatutario al Sistema Nacional de Salud”. La indefinición en la que incurría la disposición normativa impugnada respecto del régimen jurídico aplicable a quienes fuesen designados como cargos intermedios, unido al hecho de que no se precisase si esta posibilidad era ilimitada, y por tanto, abierta a todas las personas ajenas a las Administraciones Públicas que no hubiesen superado un proceso selectivo conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, fueron argumentos más que suficientes para acordar judicialmente su nulidad.

En aplicación de la STS antes citada, la SJC-A nº 2 de Granada de 17 de septiembre de 2012, se pronunció sobre la legalidad del sistema empleado para la provisión del puesto de Director de Unidad de Gestión Clínica, aduciendo a tal efecto que dicho puesto no existe en la plantilla orgánica del SAS y no negoció con las organizaciones sindicales.

Ninguna de las pretensiones anteriores prosperó, en un caso -falta de creación de la plaza en plantilla- por que este tipo de unidades son *“organizaciones funcionales la mejor prestación sanitaria, no conformando plazas orgánicas sino que se integran por equipos multiprofesionales dentro del diseño organizativo”*, y en otro -falta de negociación- por considerar que estamos ante el ejercicio de una potestad organizativa y por ende, excluida de negociación conforme a lo previsto en el artículo 80.4 del EM.

Sin embargo aún quedaba un último motivo de denuncia, el hecho que la convocatoria hubiese previsto expresamente que podrían ser profesionales diplomados en enfermería quienes desempeñasen este puesto, ya que entre sus funciones se encontraría la de evaluar las competencias profesionales del personal médico de la unidad y, en segundo término, que el acceso al mismo quedase abierto a profesionales sanitarios que no tuviesen la condición de personal estatutario fijo o de plantilla.

Sobre la primera de las cuestiones, el juzgado entendió que, en efecto, la evaluación en el desempeño de sus funciones por parte de los médicos no puede recaer sobre personas que no ostenten la condición de médico facultativo, trayendo a colación la STSJ de Madrid de 8 de agosto de 2011. Respecto al segundo motivo, la incorporación de profesionales que no ostentan la condición de empleado público, el juzgador, apoyándose en la citada STS de 9 de julio de 2012, decidió estimarlo

igualmente ya que no quedó suficientemente motivado cuáles eran las razones por las que se posibilitaba la participación de personas ajenas al sistema.

5.3. Funciones. El polivalente puesto de Director de Gestión.

La STSJ de Galicia de 24 de marzo de 2004 nº rec 1273/2002, afirmó respecto del nombramiento –no contrato laboral de alta dirección- del Director de Gestión Económica y Servicios Generales de un Hospital, que *“no tiene por misión el desempeño de concretos cometidos técnicos sino acometer su dirección y coordinación, lo que abre el campo a muy diversas titulaciones académicas como capacitadas para el desempeño de las tareas que le son propias, lo que se corrobora por la variedad de funciones a desempeñar que no aconsejan limitar la exigencia de titulación a una o unas concretas pues abordarían las que le son propias dejando las restantes sin cobertura”*. Lo verdaderamente llamativo es que el propio Decreto autonómico ni tan siquiera recogía en su articulado el requisito de estar en posesión de algún tipo de titulación académica.

5.4. Incumplimiento del requisito de convocatoria pública.

La SJC-A nº 4 de Oviedo, de 1 de septiembre de 2010, sobre la forma de provisión del puesto de Director de Área de gestión clínica, aborda dos cuestiones fundamentales en relación con la provisión del puesto de Director del Área de Gestión Clínica de Neurociencias del Hospital Universitario Central de Asturias:

- 1.- La falta de publicidad de la convocatoria.
- 2.- El acceso a este tipo de puestos por personas que no forman parte de la plantilla del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Respecto de la primera de las cuestiones, el juez es claro, se debe respetar el principio de publicidad hasta el punto que el incumplimiento de este requisito fundamental determina la nulidad de la convocatoria.

En cuanto al segundo punto, y tras recordar lo que establece tanto el EM como el EBEP en relación con los puestos que pueden ser provistos mediante libre designación, señala que *“la libre designación del personal estatutario debe hacerse*

respecto del personal estatutario fijo porque, de otro modo, se convertiría en una vía de acceso libre y discrecional al empleo público, y solo puede hacerse respecto del personal fijo (...) En definitiva esta previsión altera grave y seriamente el sistema de provisión de puestos de trabajo, en este caso mediante libre designación, al abrirla de manera indebida al personal que no sea personal estatutario fijo”.

Más recientemente la STSJ de Asturias de 13 de abril de 2015 nº 265/2015 desestima el recurso interpuesto por la Administración sanitaria contra la sentencia de instancia que anuló la resolución de la Consejería por la que se nombraba a la coordinadora de programa de la plantilla directivos, debido a que dicho nombramiento se había realizado sin convocatoria pública.

La Administración argumenta que conforme venía haciendo el Insalud, la provisión de este tipo de puestos debe hacerse a través del sistema de libre designación, mientras que la organización sindical considera que la libre designación no excluye los principios de publicidad y concurrencia.

La Sala afirma que la aplicación de los principios constitucionales de mérito y capacidad e igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos del art. 23-2 de la CE resultan aplicables al procedimiento de selección, sin que la relación especial de alta dirección permita eludir la aplicación de lo establecido en la CE sobre la igualdad de acceso a los cargos públicos. Como ya dijera este misma Sala en STSJ de Asturias de 13 de febrero de 2013 *“la libertad contractual de la Administración, se proyectará no sobre la elección del contratista que vaya a suscribir con la Administración el vínculo laboral de alta dirección, sino sobre la definición del concreto contenido de dicho vínculo”.*

CONCLUSIÓN

El sistema empleado para la selección del personal directivo de IISS en el SNS sigue suscitando muchas críticas por su falta de transparencia y respeto a los principios constitucionales que deben presidir el ingreso al servicio de la Función Pública.

Asimismo las tensiones y contradicciones entre la legislación estatutaria y la legislación de función pública alimentan el desconcierto y las dudas sobre el régimen

jurídico aplicable a este colectivo, el procedimiento a seguir para su selección, y los requisitos que deben reunir los aspirantes.

Por último, resulta necesario evitar que las Administraciones utilicen el contrato laboral de alta dirección como una especie de “cajón de sastre” para que cualquier ciudadano, sin más requisitos que, en su caso, la titulación, acabe gestionando presupuestos millonarios con el único aval de la sintonía personal o político-ideológica³¹. Según el Informe de la Sociedad Española de Directivos de la Salud, de 15

³¹ Tras la STS de 30 de septiembre de 2009, la doctrina jurisprudencial ha experimentado un cambio sustancial en lo que respecta a la significación que tiene el procedimiento de libre designación, tanto en lo que respecta al nombramiento como al cese. Conforme a esta nueva jurisprudencia, se pone de manifiesto la importancia que adquieren los principios constitucionales de mérito y capacidad, conforme a los cuales se ha de interpretar el verdadero significado de la “confianza” que inspira este tipo de nombramientos. Por tanto, deviene obligada la motivación de ese tipo de actos (art. 54.2 de la Ley 30/1992 y 56.2 del RD 364/1995), completada – y esta la verdadera novedad- con una referencia a dos extremos: a) Los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento; b) Las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario nombrado para apreciar que aquéllos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes. La STSJ de CLM de 17 de diciembre de 2010, nº 10381/2010, rec. 177/2009, ya decía en relación con la importancia que adquiere la confianza en estos nombramientos *“Siempre se ha dicho que el puesto de “libre designación” es de “confianza” de quién efectúa el nombramiento; el concepto de confianza no se debe confundir nunca con la sintonía personal o ideológico-política, entre quien hace la designación y el designado, sino con la valoración de la capacidad técnica de quien es llamado, en el sentido de que se cree o se “confía” que está mejor preparado técnicamente que otros para el ejercicio de ese concreto puesto de trabajo”*. Esta misma doctrina aplicable respecto a la motivación de los nombramientos para puestos de libre designación, considera la Sala que también se debe predicar respecto de los actos administrativos de cese, lo que supone que la “confianza” a la que habría que apelar para justificar esta decisión administrativa debe ser aquélla que deriva de la aptitud profesional del candidato. *Como dice textualmente la Sentencia en su Fundamento Jurídico Quinto: “...la pérdida de confianza ha de fundarse de modo análogo a la vista del desarrollo de la actividad profesional en el puesto que viniera ocupándose y no por mero capricho del órgano decisor (piénsese, a efecto meramente ilustrativos, en la hipótesis de ceses del personal funcionario que, de un modo u otro, ejerza funciones preventivas de control de la legalidad de la actuación administrativa o de terceros y que el rigor en el ejercicio acarree, precisamente, el cese ante la incomodidad de la autoridad administrativa que se siente fiscalizada de legalidad)”*.

En términos similares véase la STS de 21 de mayo de 2012 y STSJ del Principado de Asturias, de 24 de julio de 2012, ambas publicadas en el Boletín de Derecho Sanitario y Bioética del Sescam nº 96, Enero de 2013, disponible en la web del Sescam) así como la STSJ de Asturias de 30 de abril de 2010, publicada en la Revista “Derecho y Salud” Volumen 21, Nº 1 Enero-Junio 2011, pag. 176, sección “Informes y Jurisprudencia”.

de abril de 2012, la mayoría de nuestros directivos están en posesión de titulación académica superior, master y doctorado. Resulta muy elocuente que un 71% de los directivos afirme que su selección/cese depende de su afinidad política en mayor medida que su experiencia en gestión, gerencial y/o clínica.

Poner fin a esta percepción, coincidente en gran medida con la realidad de nuestras instituciones, resulta perfectamente posible y para ello un primer paso consistiría en instaurar la transparencia absoluta en estos procedimientos así como la elaboración de un marco normativo regulador específico, alejado de las previsiones comunes de la legislación de función pública que se han demostrado inoperantes, y adaptado a las singularidades propias de este tipo de puestos, de forma análoga a como ya sucede en otros países de nuestro entorno como Francia y Portugal.

Algunas propuestas³² de interés en este sentido para promover un cambio cultural y avanzar hacia la profesionalización de este colectivo, serían:

1.- Poner fin al monopolio de la designación del directivo público por parte del político.

2.- Máxima transparencia y publicidad en los procedimientos de selección, con criterios reglados, previamente conocidos por todos, y adecuados a las exigencias del puesto de que se trate. Por ejemplo, criterios como experiencia y conocimientos devienen esenciales.

No tiene sentido designar para el desempeño de este tipo de puestos a personal (ya sea funcionario/estatutario o sin vinculación jurídica previa con la Administración) que desconoce por completo el entorno en el que debe realizar su labor profesional y sus múltiples singularidades, o bien sin experiencia alguna en dirección de equipos, o que de tenerla, lo ha sido respecto a grupos muy reducidos de

³² “La racionalidad política y técnica en la selección de la alta administración pública y gestión pública portuguesa: una experiencia útil para España”. José Eugenio Soriano y João Bilhim. El artículo publicado en el número 38 de la revista *El Cronista* (Iustel, 2013).

personas³³.

3.- Creación de órganos colegiados independientes que asuman la labor de selección conforme a los criterios preestablecidos. En definitiva, hacer realidad el principio de “*meritocracia*” por encima de cualquier otro tipo de consideraciones, ya sean éstas personales, familiares o políticas.

4.- Implantación de mecanismos efectivos de evaluación en el desempeño.

5.- Estabilidad en el desempeño del puesto directivo. La figura del directivo profesional debería quedar al margen de las contiendas políticas por cuanto su designación respondería – o así debiera serlo- exclusivamente a parámetros de confianza técnica. Por esta misma razón su cese debería estar fundado exclusivamente en motivaciones de índole profesional.

³³ Téngase en cuenta que la plantilla de una institución sanitaria de tamaño medio ronda aproximadamente los 1200 trabajadores, cifra muy alejada del número de funcionarios que pueda tener un servicio o un área en cualquier Consejería de una Comunidad Autónoma. Algunos datos de interés: el Complejo Hospitalario de Toledo cuenta con 3.300 trabajadores y un presupuesto de gastos en torno a 301.333.205,89 €; El Hospital Virgen de la Luz de Cuenca tiene una plantilla de 1.284 trabajadores, y un presupuesto de gastos solo en capítulo I que asciende a 42.664.708 €. Evidentemente no debiera valer cualquier persona para asumir tan importantes responsabilidades, al menos si lo que se quiere es disponer de una función directiva profesionalizada y de calidad, al servicio únicamente del interés general.

**REGULACIÓN AUTONÓMICA DEL INFORME DE EVALUACIÓN
DE LOS EDIFICIOS: DECRETO 11/2015, DE 11 DE MARZO, POR
EL QUE SE REGULA EL INFORME DE EVALUACIÓN DE LOS
EDIFICIOS Y SE CREA EL REGISTRO DE INFORMES DE
EVALUACIÓN DE LOS EDIFICIOS EN CASTILLA-LA MANCHA**

M^a CARMEN GARCÍA MUÑOZ

**Jefa de la Asesoría Jurídica de Vivienda y Urbanismo de la Consejería de
Fomento. Técnico Urbanista.**

Fecha de realización: 23 de marzo de 2015

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: CALIDAD Y SOSTENIBILIDAD DEL PARQUE EDIFICADO.
2. ADECUACIÓN DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA A LA REGULACIÓN ESTATAL DE CARÁCTER BÁSICO.
3. OBJETO DEL DECRETO 11/2015, DE 11 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA EL INFORME DE EVALUACIÓN DE LOS EDIFICIOS Y SE CREA EL REGISTRO DE INFORMES DE EVALUACIÓN DE LOS EDIFICIOS EN CASTILLA-LA MANCHA.
 - 3.1. ADECUACIÓN DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA DEL IEE A LA NORMATIVA BÁSICA ESTATAL.
 - 3.2. MODIFICACIÓN DEL PLAN REGIONAL DE VIVIENDA PARA AMPLIAR LAS AYUDAS AUTONÓMICAS A LA REHABILITACIÓN EDIFICATORIA, Y DE LA REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN URBANAS.
4. SISTEMÁTICA DEL DECRETO.
5. RESEÑA SOBRE EL CONTENIDO DEL DECRETO.

6. CONCLUSIONES.
7. ANEXO: TEXTO NORMATIVO.

1. INTRODUCCIÓN: CALIDAD Y SOSTENIBILIDAD DEL PARQUE EDIFICADO.

Con fecha 18 de mayo de 2015 entró en vigor, al día siguiente al de publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha, el Decreto 11/2015, de 11 de marzo, por el que se regula el Informe de Evaluación de los Edificios y se crea el Registro de Informes de Evaluación de los Edificios en Castilla-La Mancha.

El reciente Decreto se aprueba en desarrollo del ejercicio de la potestad reglamentaria de la competencia exclusiva de nuestra Comunidad Autónoma en materia de vivienda (art. 31.1.2ª del Estatuto de Autonomía), adecuándose al marco de la normativa estatal de carácter básico, y persiguiendo, en garantía del derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), como objetivos principales, los de mejora de la calidad de vida y la seguridad de los ciudadanos (a través del mantenimiento y rehabilitación del parque edificado, así como la mejora de su eficiencia energética y accesibilidad); y buscando, asimismo, la potenciación de la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, la reconversión e impulso del sector de la construcción, y fomentado la calidad, sostenibilidad y competitividad en la edificación.

La referida regulación autonómica de reciente entrada en vigor se fundamenta, en definitiva, en el marco del mínimo común denominador normativo fijado por la regulación estatal de carácter básico, que preceptúa como principios que han de regir las políticas públicas de vivienda, y las que tengan incidencia en materia edificatoria, cuales son entre ellas, la urbanística, los principios relativos a la mejora de la calidad, sostenibilidad medioambiental y del medio urbano, accesibilidad universal y eficiencia energética.

La regulación estatal de dichos principios se aborda en el marco de la competencia exclusiva estatal, en virtud de los títulos competenciales del artículo 149.1.1ª, 13ª y 18ª del Texto Constitucional, sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; en materia de bases y coordinación general de la actividad económica; y bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común.

Dicha regulación básica estatal trata de asegurar unos criterios mínimos de calidad y sostenibilidad del parque edificado, así como obtener información que le permita orientar el ejercicio de sus propias políticas. Para ello, se dota de un instrumento cual es el Informe de Evaluación de los Edificios (IEE) que otorga la necesaria uniformidad a los contenidos que se entienden necesarios para asegurar el cumplimiento de dichos objetivos, en el ámbito de determinados edificios con trascendencia en el marco de la política económica y de vivienda a escala estatal, que son los de tipología colectiva y siempre que su uso sea el residencial o asimilado.

Se busca también facilitar a las Administraciones competentes un instrumento que permita disponer de la información precisa para evaluar el cumplimiento de las condiciones básicas legalmente exigibles, tanto en materia de conservación, como de accesibilidad.

Por último, se regula por el Estado aspectos clave para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, cuales son la eficiencia energética y el cumplimiento de los compromisos de España con Europa en el horizonte 2020, y la accesibilidad universal y el cumplimiento de los compromisos asumidos a nivel de tratados internacionales sobre derechos de las personas con discapacidad.

2. ADECUACIÓN DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA A LA REGULACIÓN ESTATAL DE CARÁCTER BÁSICO.

En atención a los principios básicos expuestos sobre calidad, sostenibilidad del medio urbano, accesibilidad universal y eficiencia energética, procede, en primer lugar, realizar una descripción de la evolución normativa en la legislación básica estatal, pues es el marco en el que se desenvuelve el reciente Decreto autonómico 11/2015, de 11 de marzo, que ha supuesto la concreción de los referidos principios a través de la regulación del IEE en nuestra Comunidad Autónoma, con el fin de concretar dichos aspectos y las condiciones de su implantación.

Así, procede señalar que el **artículo 9 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio**, concreta el deber de conservación de los propietarios de edificaciones, comprendiendo, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes de dedicarlos a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles; así como realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación.

Con posterioridad, se generaliza la Inspección Técnica de Edificios (ITE) para edificios con una antigüedad superior a 50 años en los municipios con población superior a 25.000 habitantes, en el **artículo 21, en relación con la Disposición adicional tercera, del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa**. Y en particular, se dispone en el apartado 2 del artículo 21 que: *“2. Las actuaciones contenidas en este artículo se aplicarán en la*

forma, plazos y condiciones que regulen las Comunidades Autónomas. Los Municipios podrán establecer sus propias actuaciones en el marco de los mínimos estatales y autonómicos.”

Con posterioridad, la Disposición derogatoria única de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, procede a la derogación del artículo 21 y la Disposición adicional tercera (ya precitados) del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio.

Con la **Disposición Transitoria primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas**, se determina la obligación de disponer del Informe de Evaluación de Edificios (IEE) –sustitutivo de la ITE- para los edificios cuyos titulares pretendan acogerse a ayudas públicas, y para los edificios de tipología residencial de vivienda colectiva con una antigüedad superior a 50 años, en el plazo máximo de cinco años, a contar desde la fecha en que alcancen dicha antigüedad, salvo que ya cuenten con una inspección técnica vigente, realizada de conformidad con su normativa aplicable y con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley 8/2013, de 26 de junio. En este último caso, se exigirá el Informe de Evaluación cuando corresponda su primera revisión de acuerdo con aquella normativa, siempre que la misma no supere el plazo de diez años, a contar desde la entrada en vigor de la Ley. También se prevé la obligatoriedad del IEE para: *“El resto de los edificios, cuando así lo determine la normativa autonómica o municipal, que podrá establecer especialidades de aplicación del citado informe, en función de su ubicación, antigüedad, tipología o uso predominante”*.

Por su parte, la Ley 8/2013, de 26 de junio, establece, además, la obligación de inscribir el IEE en un Registro público, que deberá crearse en cada Comunidad Autónoma, formando parte de un registro integrado, con el fin de disponer de la información necesaria para el desarrollo de nuevas políticas públicas, asegurando

los principios de información, coordinación y eficacia de las Administraciones públicas.

En relación con la eficiencia energética se atenderá a las previsiones de lo dispuesto en la **Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a la eficiencia energética** y en la Directiva de refundición y complemento de la anterior: **Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo.**

Por ello, la certificación contendrá, no sólo una calificación del edificio a tales efectos (mediante letras, de la A a la G), sino también unas recomendaciones sobre las mejoras energéticas que podrían realizarse. Y dado que la Directiva exige que esta certificación se adjunte cuando una vivienda se ponga en venta o en alquiler, en aras de una mayor transparencia del mercado, una mayor información para los propietarios y un menor coste en su emisión, se busca la doble racionalidad y sinergia que supone incluirla en el IEE.

Por otra parte, respecto al principio de accesibilidad universal hay que poner de manifiesto lo dispuesto en la **Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, que exige la realización de los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal (con sus obras correspondientes), estableciendo incluso un plazo, que finaliza en el año 2015: momento a partir del cual pueden ser legalmente exigidos, tanto para los edificios, como para los espacios públicos urbanizados existentes.

Asimismo, es preciso que la regulación autonómica del IEE que nos ocupa suponga la adecuación a la normativa básica estatal respecto al contenido del IEE conforme al **Anexo II (Modelo-tipo de IEE) del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016**, previéndose en este Plan estatal (y, por ende, correlativamente en nuestro Plan regional de vivienda) un Programa de Rehabilitación Edificatoria (Capítulo V), un

Programa de Fomento a la Regeneración y Renovación urbanas (Capítulo VI), y un Programa de ayudas a la implantación del IEE (Capítulo VIII), resultando, asimismo, dicha regulación autonómica conforme a la Disposición adicional segunda del Clausulado del **Convenio de Colaboración, suscrito el 21 de julio de 2014, entre el Ministerio de Fomento y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, para la ejecución del Plan estatal de vivienda**, que determina que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha creará y pondrá en marcha un Registro de Informes de Evaluación de Edificios con anterioridad a la concesión de cualquier ayuda por el Programa de Rehabilitación Edificatoria, Regeneración y Renovación Urbana y Apoyo a la Implantación del Informe de Evaluación de Edificios, por lo que resulta preciso para percibir este tipo de ayudas tener en marcha el Registro objeto de creación por el Decreto autonómico sobre el que versa el presente artículo doctrinal.

3. OBJETO DEL DECRETO 11/2015, DE 11 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA EL INFORME DE EVALUACIÓN DE LOS EDIFICIOS Y SE CREA EL REGISTRO DE INFORMES DE EVALUACIÓN DE LOS EDIFICIOS EN CASTILLA-LA MANCHA.

3.1. ADECUACIÓN DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA DEL IEE A LA NORMATIVA BÁSICA ESTATAL.

El objeto del Decreto es regular las condiciones en las que se realizará el Informe de Evaluación de los Edificios (IEE), crear el Registro de IEE y regular los aspectos concernientes a su gestión; todo ello en orden a la adecuación de la regulación autonómica a la regulación estatal de carácter básico, conformada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, así como por Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016; basando la actuación de los poderes públicos implicados en los principios básicos de mejora de la calidad,

sostenibilidad medioambiental y del medio urbano, accesibilidad universal y eficiencia energética, ya desarrollados en los apartados anteriores.

3.2. MODIFICACIÓN DEL PLAN REGIONAL DE VIVIENDA PARA AMPLIAR LAS AYUDAS AUTONÓMICAS A LA REHABILITACIÓN EDIFICATORIA, Y DE LA REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN URBANAS.

Es objeto, además, del Decreto 11/2015, de 11 de marzo, modificar los artículos 38 y 45 del Decreto 71/2014, de 24 de julio, por el que se regula el Plan de Fomento del Alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria, y la Regeneración y Renovación Urbanas 2013-2016 de Castilla-La Mancha (Plan regional de vivienda), en beneficio de los destinatarios de ayudas, de financiación autonómica, del Programa de Fomento de la Rehabilitación Edificatoria, y del Programa de Fomento de la Regeneración y Renovación Urbanas.

Por ello, se suplementan con financiación autonómica, las ayudas previstas con financiación estatal, tanto sus importes unitarios como los porcentajes de aplicación a los costes subvencionables para su cálculo, y se aumentan las ayudas previstas para las zonas privativas de las viviendas y edificios de una sola vivienda, con financiación exclusivamente a cargo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en el caso del Programa de Fomento de la rehabilitación edificatoria. De igual forma se aumenta la ayuda unitaria por vivienda y el porcentaje aplicable al coste subvencionable para su cálculo, en obras de rehabilitación del Programa de Fomento de la Regeneración y Renovación Urbanas.

4. SISTEMÁTICA DEL DECRETO.

Contiene el Decreto del IEE autonómico una parte expositiva y 12 artículos, divididos en tres Capítulos: Capítulo I "*Disposiciones generales*" que versa sobre el objeto del Decreto, ámbito de aplicación y competencias en relación con las actuaciones reguladas en el mismo; Capítulo II "*El Informe de Evaluación de los*

Edificios en Castilla-La Mancha”, concerniente al contenido del IEE, los sujetos obligados y calendario de realización, el procedimiento, el régimen sancionador, los efectos del informe desfavorable, así como la capacitación técnica requerida para la elaboración del Informe; y Capítulo III “*El Registro de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha*” que se refiere a la estructura, datos inscribibles, requisitos mínimos de inscripción, organización y funcionamiento del Registro de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha, y la gestión electrónica de los procedimientos registrales.

Contiene, además, dos disposiciones transitorias y tres disposiciones finales.

Asimismo, la Disposición transitoria única regula la situación en que quedan los edificios que, a la entrada en vigor del Decreto autonómico, dispongan de la ITE en vigor -con regulación en los arts. 137 y 138 del TRLOTAU, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, y art. 64 del Reglamento de Disciplina del TRLOTAU, aprobado por Decreto 34/2011, de 26 de abril-, en relación con el IEE.

La Disposición transitoria segunda prevé el régimen transitorio del calendario y plazos de realización del IEE para edificios de antigüedad superior a 50 años.

La Disposición final primera modifica la redacción de los artículos 38 y 45 del Plan regional de vivienda, incrementando la cuantía de las ayudas del Programa de Fomento de la Rehabilitación Edificatoria y del Programa de Fomento de la Regeneración y Renovación Urbanas, como anteriormente ha quedado indicado.

Por su parte, la Disposición final segunda habilita el desarrollo normativo del Decreto por Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de vivienda (actual Consejería de Fomento) y la Disposición final tercera se refiere a la entrada en vigor del Decreto (el día siguiente al de su publicación en el DOCM).

5. RESEÑA SOBRE EL CONTENIDO DEL DECRETO.

- En el **Capítulo I “Disposiciones generales”**:

Artículo 1. Objeto.

El objeto del Decreto es regular el IEE y crear en Castilla-La Mancha el Registro de IEE.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

Se aplica a todos los edificios de tipología de vivienda colectiva cuyos propietarios estén obligados a acreditar los aspectos de contenido del IEE (estado conservación, accesibilidad universal y eficiencia energética), según artículo 5, que más adelante se desarrolla.

Artículo 3. Competencia.

A nivel normativo, corresponde a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha el desarrollo normativo de la regulación estatal de carácter básico del IEE y la competencia a nivel gestión (implantación y gestión) corresponde a la Dirección general competente en materia de vivienda de la actual Consejería de Fomento.

- En el **Capítulo II “El Informe de Evaluación de los Edificios en Castilla-La Mancha”**

Artículo 4. El IEE.

Identifica la totalidad del inmueble por referencia catastral y contiene información detallada sobre la evaluación del estado de conservación, las condiciones básicas de accesibilidad universal y no discriminación de personas con discapacidad para el acceso y utilización del edificio, y la certificación de eficiencia energética (CEE) del edificio (que se rige por el Decreto autonómico 29/2014, de 8 de mayo, por el que se regulan las actuaciones en materia de certificación de la eficiencia energética de los edificios en la Comunidad Autónoma de Castilla-La

Mancha y se crea el Registro Autonómico de Certificados de Eficiencia Energética de Castilla-La Mancha).

También determina las deficiencias detectadas al estado de conservación y los ajustes razonables en materia de accesibilidad, y se ajusta al modelo de IEE previsto en el Anexo II del Plan estatal de vivienda (o al que en el futuro pueda determinarse por la normativa básica estatal).

Artículo 5. Sujetos obligados, inmuebles afectados y calendario de realización del IEE.

Están obligados a disponer de IEE, debidamente registrado, los propietarios únicos de edificios, comunidades y agrupaciones de comunidades de propietarios, de edificios:

- Catalogados o protegidos ⁽³⁴⁾ y los que cuenten con antigüedad superior a 50 años (debiendo realizarse el IEE en los plazos determinados por la DT 2ª del presente Decreto que nos ocupa), salvo que ya cuenten con una ITE en vigor realizada de conformidad con su normativa aplicable y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2013, de 26 de junio, en cuyo caso, se exigirá el IEE cuando corresponda su primera revisión de acuerdo con aquella normativa, siempre que no supere el plazo de 5 años a contar desde la entrada en vigor de la referida Ley 8/2013. Si así fuera, el IEE deberá cumplimentarse con aquellos aspectos que estén ausentes de la inspección técnica realizada.

³⁴⁾ Nuestra Comunidad Autónoma establece la obligatoriedad del IEE para edificios catalogados y protegidos, al igual que para las inspecciones técnicas periódicas se prevé en la legislación urbanística, dentro del mayor margen que permite la Disposición transitoria primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, que señala que, además de los edificios de tipología residencial de vivienda colectiva con antigüedad superior a 50 años, además de los edificios cuyos titulares pretendan acogerse a ayudas públicas, establece que: *“El resto de los edificios, cuando así lo determine la normativa autonómica o municipal, que podrá establecer especialidades de aplicación del citado informe, en función de su ubicación, antigüedad, tipología o uso predominante”*; siendo, por tanto, de una concreta tipología objeto de protección los edificios catalogados y protegidos.

- Los edificios cuyos titulares pretendan acogerse a las ayudas públicas a la rehabilitación edificatoria (referentes a obras de conservación, accesibilidad o eficiencia energética).

Por último, indicar que la periodicidad mínima del IEE se prevé en 10 años.

-Artículo 6. Procedimiento. Control e inscripción del IEE.

Una vez realizado el IEE se solicita por el titular de los edificios (o su representante legal) la inscripción en el Registro autonómico de IEE. Y el plazo para efectuar la inscripción es de 2 meses desde la presentación de la solicitud debidamente cumplimentada (y en el caso de transcurso del plazo indicado sin que se haya producido la inscripción, se entiende aceptada la solicitud y producida la misma).

Además, atendiendo a lo señalado por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en su Dictamen nº 56/2015, de 25 de febrero, mediante Orden se regularán y complementarán el resto de aspectos procedimentales del procedimiento para efectuar el IEE, así como de su inscripción en el Registro autonómico; precisándose, por ello, en el apartado 3 del artículo 6 lo siguiente:

“3. Mediante Orden de la Consejería competente en materia de vivienda se regulará el resto de aspectos procedimentales del procedimiento a seguir para efectuar el IEE, así como su inscripción en el Registro de Informes de Evaluación de los Edificios en Castilla-La Mancha, previsto en el Capítulo III del presente Decreto.” ⁽³⁵⁾

³⁵⁾ Sobre la inscripción consideramos oportuno destacar que se requiera para la misma el pago de tasas, en virtud de lo establecido en la Ley 9/2012, de 29 de noviembre, de Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha y otras medidas tributarias, dada la exigencia del pago de tasa por la inscripción en Registros oficiales –Tarifa 4.- “Inscripción en Registro oficiales”: actualmente, con la entrada en vigor de la Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades para el 2015, en su artículo 56 se prevé la actualización de tasas, elevando hasta la cantidad que resulte de la aplicación del coeficiente 1,02 sobre la cuantía que resulte exigible en el 2014 que era de 3,06 € –total: 3,12 euros-, y dada la exigencia del pago de tasa por inscripción en el Registro autonómico del Certificado de Eficiencia Energética incluido en el IEE: Tarifa 18, del artículo 3 de la Ley 7/2008, de 13 de noviembre, de

La referida Orden concretará los aspectos procedimentales de la inscripción y de reciente aprobación, bajo la denominación de Orden por la que se establece el procedimiento de inscripción del Informe de Evaluación de los Edificios y se regula el Registro Autonómico de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha.

Artículo 7. Régimen sancionador.

El incumplimiento de la obligación de efectuar el IEE tiene la condición de infracción urbanística, que es tipificada como infracción leve del artículo 183 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo (TRLOTAU).

Artículo 8. Efectos del informe desfavorable.

En caso del mismo por el estado de conservación o accesibilidad, la Dirección general competente en materia de vivienda de la actual Consejería de Fomento lo pone de manifiesto al Ayuntamiento para que proceda a adoptar medidas de intervención administrativa oportunas (órdenes de ejecución, etc). Si se subsanan las deficiencias, se debe redactar un nuevo IEE y presentar para su inscripción.

Artículo 9. Capacitación para la elaboración del IEE.

Puede suscribirse por técnicos facultativos competentes (Arquitectos superiores y arquitectos técnicos -u otros técnicos que determinen tanto el Ministerio de Fomento, como el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, por Orden ministerial, según lo señalado por la DF 18ª Ley 8/2013-, encargados de la dirección de obra y dirección de ejecución de obra, sin perjuicio de los técnicos competentes determinados en el Decreto autonómico 29/2014, de 8 de mayo, del CEE), y, además, podrán suscribirse los IEE por las entidades que ofrezcan servicios de elaboración de informes. En el caso de edificios públicos serán técnicos los responsables de los Servicios Técnicos correspondientes.

regulación de Tasas en materia de Industria, Energía y Minas de Castilla-La Mancha, por un importe de 16,32 €.

▪ En el **Capítulo III “El Registro de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha”**.

Artículo 10. Registro de IEE.

Mediante el presente Decreto 11/2015, de 11 de marzo, se crea el Registro público autonómico de IEE, que está adscrito a la Dirección general competente en materia de vivienda de la actual Consejería de Fomento. Los profesionales y entidades que ofrezcan servicios de elaboración de IEE podrán solicitar telemáticamente la inscripción voluntaria en la sección específica del Registro.

La inscripción tanto el IEE, como de los profesionales y entidades que ofrezcan servicios de elaboración de IEE no implica la conformidad de la Administración con el contenido del IEE o que quede acreditado el cumplimiento de requisitos exigibles, respectivamente.

En conformidad con lo dictaminado por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en su Dictamen nº 56/2015, de 25 de febrero, se señalan aspectos de coordinación con otros censos y Registros administrativos de otras Administraciones y en particular con los censos y registros municipales, entre ellos, el Registro de edificios del artículo 65 del Decreto 234/2011, de 26 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística del TRLOTAU (RDU), y en garantía de la autonomía municipal se sigue manteniendo el régimen del deber de inspección periódica de construcciones previsto en el artículo 138 TRLOTAU y artículo 64 RDU ⁽³⁶⁾.

³⁶⁾ Artículo 64. *La inspección periódica de construcciones y edificaciones.*

“1. Las personas propietarias de toda construcción o edificación catalogada o protegida, así como en cualquier caso, superior a cincuenta años, deberán efectuar la primera inspección técnica de los mismos dentro del año siguiente a aquel en que se produzca su catalogación o se declare su protección, o en el seno de aquel en que cumplan cincuenta años desde su construcción.

A los efectos de este precepto también se considerará construcción toda obra de consolidación o rehabilitación que, por afectar profundamente el conjunto del edificio, tenga un carácter equivalente.

Las subsiguientes inspecciones se realizarán dentro del año siguiente a aquel en que hayan transcurrido cinco años desde la anterior inspección. (...)

A su vez, se indica la coordinación entre el Registro autonómico del IEE con el Registro autonómico de certificados de eficiencia energética.

Artículo 11. Estructura, datos inscribibles y requisitos mínimos de inscripción. Organización y funcionamiento del Registro.

Se refleja en el precepto la estructura del Registro autonómico, datos inscribibles y requisitos mínimos de inscripción, por lo que se indica que el Registro cuenta con dos Secciones: Sección primera para los IEE (donde se inscriben los IEE, las actualizaciones incluso por subsanación de deficiencias del informe desfavorable y las renovaciones y cancelaciones) y la Sección segunda para Técnicos competentes y entidades que ofrecen servicios de elaboración de IEE (inscripción, actualización, renovación y cancelación); remitiendo a los requisitos mínimos previstos en el artículo 4 para la Sección primera y en el artículo 9 y 10 para la Sección segunda.

Será determinada mediante Orden de la Consejería competente en materia de vivienda la organización y funcionamiento del Registro, y la Dirección General

3. La inspección técnica se llevará a cabo por profesionales titulados legalmente competentes para ello, y sus informes consignarán el resultado de la inspección con descripción de:

a) El estado, y desperfectos y deficiencias, en su caso, apreciados en:

1. La estructura y cimentación.

2. Las fachadas interiores, exteriores y medianeras del edificio, en especial de los elementos que pudieran suponer un peligro para la vía pública, como petos de terrazas, placas, etcétera, y de las patologías que puedan afectar a la integridad del edificio, como fisuras, humedades, etcétera.

3. Cubiertas y azoteas.

4. Fontanería y la red de saneamiento del edificio.

b) Las causas de los desperfectos y las deficiencias apreciados, así como las medidas recomendadas, en su caso priorizadas, para asegurar la estabilidad, la seguridad, la estanqueidad y la consolidación estructurales, y para mantener o recuperar las condiciones de habitabilidad o de uso efectivo según el destino propio de la construcción o edificación.

c) El grado de ejecución y efectividad de las medidas adoptadas y de los trabajos y obras realizados para cumplimentar las recomendaciones contenidas en él o, en su caso, los informes técnicos de las inspecciones anteriores (...)

5. Si transcurrido el plazo para efectuar la inspección periódica del edificio, la persona propietaria no la hubiere realizado, el Municipio le ordenará la realización de la misma, otorgándole un plazo de tres meses al efecto, y en el caso de comprobar que éstas no se han realizado, acordar su realización en sustitución de aquél y a su costa."

competente en materia de vivienda pondrá a disposición en el portal corporativo de la Junta de Comunidades un servicio de consulta de datos de interés que contenga el Registro.

Artículo 12. Gestión electrónica de procedimientos registrales.

Ésta se efectuará mediante aplicación informática creada al efecto en la sede electrónica de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (www.jccm.es).

- Asimismo el Decreto contiene dos disposiciones transitorias y tres disposiciones finales, que seguidamente desarrollamos.

- En la **Disposición transitoria primera**. “Edificios que dispongan de ITE en vigor” Regula la situación en que quedan los edificios que, a la entrada en vigor del Decreto, dispongan de la Inspección Técnica del Edificio en vigor (con regulación en los arts. 137 y 138 del TRLOTAU, y arts. 64 del RDU del TRLOTAU), quedando la ITE integrada como parte el IEE.

- La **Disposición transitoria segunda** “Régimen transitorio del calendario y plazos de realización del IEE para edificios de antigüedad superior a 50 años”, de conformidad con el artículo 5 señala el régimen transitorio del calendario y plazos de realización del IEE para edificios con antigüedad superior a 50 años (salvo que ya cuenten con una ITE en vigor realizada de conformidad con su normativa aplicable y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2013, de 26 de junio, en cuyo caso, se exigirá el IEE cuando corresponda su primera revisión de acuerdo con aquella normativa, siempre que no supere el plazo de 5 años a contar desde la entrada en vigor de la referida Ley 8/2013), con señalamiento de una horquilla temporal (calendario) desde la entrada en vigor de la Ley 8/2013 hasta determinado límite temporal y en función de la antigüedad del edificio, según lo siguiente:

-
- Edificios de más de 100 años de antigüedad, desde el 28 de junio de 2013 ⁽³⁷⁾ y hasta el 28 de junio de 2015.
 - Edificios con más de 80 y hasta 100 años de antigüedad, hasta el 28 de junio de 2016.
 - Edificios con más de 65 y hasta 80 años de antigüedad, hasta el 28 de junio de 2017.
 - Edificios con una antigüedad entre 50 y hasta 65 años de antigüedad, hasta el 28 de junio de 2018.
- En la **Disposición final primera** “*Modificación del Decreto 71/2014, de 24 de julio, por el que se regula el Plan de Fomento del Alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria, y la Regeneración y Renovación Urbanas 2013-2016 de Castilla-La Mancha*”, el apartado “uno”, modifica la redacción del artículo 38 del Plan regional de vivienda “*Tipo y cuantía de las ayudas*” (Capítulo IV del Programa de Fomento de la rehabilitación edificatoria), y el apartado “dos” modifica la redacción del artículo 45 del Plan regional “*Tipo y cuantía de las ayudas*” (del Capítulo V del Programa de Fomento de Regeneración y Renovación Urbanas).

Como ya señalamos anteriormente, se suplementan con financiación autonómica, las ayudas previstas con financiación estatal.

Por ello, en el artículo 38 se aumenta la cuantía máxima de las ayudas por edificio que no podrá superar el importe de multiplicar 12.500 €/vivienda (antes, con la redacción originaria del Plan regional de vivienda, 11.000 €) y por cada 100 m² de superficie útil de local (13.750 € -antes 12.100 €- cuando se trate de edificios BIC, catalogados o con protección integral), aumentándose, a su vez, las ayudas unitarias que, dependiendo del tipo de actuación –conservación, mejora de calidad y sostenibilidad o accesibilidad-, suben 500. Y así mismo, se amplía a 500 € más la cuantía máxima de las distintas partidas, y se amplía el porcentaje del coste subvencionable un 15% más, en las ayudas a conceder por obras en

³⁷⁾ Fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas.

zonas privativas de viviendas y en edificios de una sola vivienda (siendo todas estas últimas ayudas de financiación exclusiva autonómica).

Por su parte, en el artículo 45 se aumenta el porcentaje del coste subvencionable del 35% de la anterior redacción al 50%, y la cuantía máxima de las ayudas unitarias de 11.000 € de antes a 12.500 € actual.

Con este suplemento de la financiación autonómica descrito, en definitiva, se consigue aumentar la cuantía total de las ayudas en favor de los beneficiarios.

- Por su parte, la **Disposición final segunda** “*Competencias para el desarrollo del Decreto*”, que habilita el desarrollo normativo del Decreto por Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de vivienda de la actual Consejería de Fomento.

- Y la **Disposición final tercera** “*Entrada en vigor*” se refiere a la entrada en vigor del Decreto (el día siguiente al de su publicación en el DOCM), siendo precisa la inmediata aplicación del mismo para dar efectividad a las líneas de ayudas de vivienda sobre todo las del Programa de apoyo al IEE (que requiere por Convenio con el Ministerio la necesaria implantación del Registro autonómico) y las de los Programas de rehabilitación edificatoria, y de Regeneración y Renovación urbanas, por la modificación de su financiación mediante modificación del Plan regional de vivienda; máxime cuando ya se dispone de la efectividad de la financiación estatal (³⁸), y lo que se pretende es que el ciudadano ya disponga de las ayudas indicadas en cuanto se cumplan las premisas normativas necesarias para ello.

³⁸) Orden FOM/2252/2014, de 28 de noviembre, por la que se determina la efectividad de las líneas de ayuda previstas en el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016.

6. CONCLUSIONES.

En conclusión, podemos poner de manifiesto que el Decreto 11/2015, de 11 de marzo, por el que se regula el Informe de Evaluación de los Edificios y se crea el Registro de Informes de Evaluación de los Edificios en Castilla-La Mancha, supone en el ámbito de la competencia exclusiva autonómica en materia de vivienda, la adecuación al dictado de los principios inspiradores de actuación de las políticas públicas, en el marco del mínimo común denominador normativo fijado por el Estado, en el ejercicio de su competencia sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; en materia de bases y coordinación general de la actividad económica; y bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común, en virtud del artículo 149.1.1ª, 13ª y 18ª de la Constitución; principios fundamentales como los de mejora de la calidad, sostenibilidad medioambiental y del medio urbano, accesibilidad universal y eficiencia energética, por lo que se procede a regular y concretar el alcance de un instrumento tan valioso tanto para los propietarios de edificios, en orden a conocer el estado completo de su inmueble y su capacidad de mejora en los aspectos de conservación, accesibilidad y eficiencia energética que engloba, como para las Administraciones públicas con competencias concurrentes en materia edificatoria, en el sentido de disponer de información relevante sobre el parque residencial de vivienda colectiva y para la consecución de subvenciones en materia de rehabilitación edificatoria (referentes a obras de conservación, accesibilidad o eficiencia energética).

7. ANEXO: TEXTO NORMATIVO

(DOC-M, nº 52, de 17 de marzo de 2015)

Decreto 11/2015, de 11/03/2015, por el que se regula el Informe de Evaluación de los Edificios y se crea el Registro de Informes de Evaluación de los Edificios, en Castilla-La Mancha.

El objetivo fundamental de la política de vivienda en Castilla-La Mancha, en desarrollo de la competencia exclusiva en materia de vivienda (art. 31.1.2ª del Estatuto de Autonomía), y en el marco de la legislación básica estatal, es el de garantizar el derecho constitucional de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada, reconocido en el artículo 47 de la Constitución Española, potenciando la mejora de las condiciones de conservación, de eficiencia energética y de accesibilidad de los inmuebles, y con ello la calidad de vida de las personas que las habitan, y a la vez impulsar el sector de la construcción, y adecuando la actuación de los poderes públicos implicados a los principios básicos de mejora de la calidad, sostenibilidad medioambiental y del medio urbano, accesibilidad universal y eficiencia energética.

Así, la Ley 8/2013, de 26 de junio, establece la obligación, para determinados tipos de edificaciones, de contar con un Informe de Evaluación de los Edificios (IEE) cuyo objeto es nutrir los censos de construcciones, edificios, viviendas y locales que precisen actuaciones de rehabilitación, en materia de conservación, accesibilidad y eficiencia energética. La Ley establece, además, la obligación de inscribir dichos IEE en un registro público que deberá crearse en cada Comunidad Autónoma, formando parte de un registro integrado único, con el fin de disponer de la información necesaria para el desarrollo de nuevas políticas públicas, asegurando los principios de información, coordinación y eficacia de las Administraciones Públicas.

El Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, establece un Programa de ayudas a la implantación del IEE e incorpora en sus anexos el modelo de formulario donde se detalla pormenorizadamente el contenido del informe.

El Convenio de Colaboración, suscrito el 21 de julio de 2014, entre el Ministerio de Fomento y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, para la ejecución del Plan

estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 2013 – 2016, además de establecer el marco de colaboración entre las dos Administraciones Públicas para la gestión del programa estatal de apoyo a la implantación del IEE, recoge en su cláusula adicional segunda el compromiso de la Comunidad Autónoma de crear y poner en marcha el Registro de Informes de Evaluación de los Edificios, con anterioridad a la concesión de cualquier tipo de ayuda relacionada con los programas de fomento de la rehabilitación edificatoria y la regeneración urbana, así como el de apoyo a la implantación del propio informe.

El Decreto 71/2014, de 24 de julio, contiene, entre otros, un programa de ayudas a la implantación del IEE, en desarrollo del Programa regulado en el Plan Estatal, conforme a lo acordado en el Convenio de Colaboración suscrito entre la Comunidad Autónoma y el Ministerio de Fomento.

Asimismo el Plan regional contiene, en el Programa de ayudas a la rehabilitación edificatoria, la previsión de ayudas a la rehabilitación de zonas privativas de las viviendas y en edificios de una sola vivienda, como complemento autonómico e independiente a las ayudas a la rehabilitación contempladas en dicho Plan regional, dado que tienen en común los fundamentos en que se apoya y los objetivos que persiguen, y que no son otros que la incidencia en el ahorro y la eficiencia energética de las viviendas, entre otros, de acuerdo con lo dispuesto por las Directivas de la Unión Europea, y los Gobiernos Central y Autonómico.

En desarrollo de lo establecido en la Disposición transitoria primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, así como en el Plan estatal de fomento del alquiler, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbana 2013-2016, y en virtud de los compromisos adquiridos por la Comunidad Autónoma reflejados en el Convenio de Colaboración para la ejecución del plan estatal, con la aprobación del presente Decreto se pretende regular el procedimiento, los efectos, el calendario de aplicación y los sujetos afectados por el IEE en el ámbito de la Comunidad Autónoma, así como la creación del Registro de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha.

El Decreto se estructura en torno a tres capítulos, dos disposiciones transitorias y tres disposiciones finales. El Capítulo I regula las disposiciones generales: el objeto, ámbito de aplicación y competencias en relación con las actuaciones reguladas en el mismo. El

Capítulo II regula el contenido del IEE, los sujetos obligados, inmuebles afectados, y el calendario de realización, el procedimiento, el régimen sancionador, los efectos del informe desfavorable, así como la capacitación técnica requerida para la elaboración del Informe. El Capítulo III regula la estructura, datos inscribibles, requisitos mínimos de inscripción, organización y funcionamiento del Registro de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha, y la gestión electrónica de los procedimientos registrales.

La Disposición transitoria primera regula la situación en que quedan los edificios que, a la entrada en vigor del presente Decreto, dispongan de la Inspección Técnica de Edificios (ITE) en vigor, en relación con el IEE. Y la Disposición transitoria segunda regula el régimen transitorio del calendario y plazos de realización del IEE para edificios de antigüedad superior a 50 años.

Por su parte, la disposición final primera modifica la redacción de los artículos 38 y 45 del Decreto 71/2014 de 24 de julio, por el que se regula el Plan de Fomento del Alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria y la Regeneración y Renovación Urbanas 2013-2016 de Castilla-La Mancha, incrementando la cuantía de las ayudas del Programa de Fomento de la rehabilitación edificatoria y del programa de Fomento de la Regeneración y Renovación Urbanas. Se suplementan con financiación autonómica, las ayudas previstas con financiación estatal, tanto sus importes unitarios como los porcentajes de aplicación a los costes subvencionables para su cálculo, y se aumentan las ayudas previstas para las zonas privativas de las viviendas y edificios de una sola vivienda, con financiación exclusivamente a cargo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en el caso del programa de Fomento de la rehabilitación edificatoria. De igual forma se aumenta la ayuda unitaria por vivienda y el porcentaje aplicable al coste subvencionable para su cálculo, en obras de rehabilitación del programa de Fomento de la Regeneración y Renovación Urbanas.

Además, la Disposición final segunda habilita el desarrollo normativo del Decreto por Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de vivienda y la Disposición final tercera se refiere a la entrada en vigor del Decreto.

En virtud de cuanto antecede, a propuesta de la Consejera de Fomento, informado favorablemente por la Comisión Regional de la Vivienda en su sesión de 1 de diciembre de

2014, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 11 de marzo de 2015.

Dispongo:

Capítulo I
Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto.

El presente Decreto tiene por objeto regular el Informe de Evaluación de los Edificios (IEE) en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha, así como la creación del Registro autonómico de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha, en desarrollo de las previsiones contenidas en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

El presente Decreto será de aplicación a los todos los edificios de tipología de vivienda colectiva cuyos propietarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5, estén obligados a acreditar la situación en la que se encuentra el edificio en relación con su estado de conservación, el cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal, así como sobre el grado de eficiencia energética del mismo.

Artículo 3. Competencia.

Es competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, dentro de su ámbito territorial y conforme a la regulación estatal de carácter básico, establecer el desarrollo normativo del marco general de regulación del IEE, fijando los aspectos mínimos que deben ser revisados y los criterios de evaluación.

El órgano de la Administración autonómica competente en relación con las actuaciones contempladas en el presente Decreto en materia de implantación y gestión del Registro de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha será la Dirección General que tenga atribuidas las competencias en materia de vivienda, en los términos expuestos en el Capítulo III del presente Decreto.

Capítulo II

El Informe de Evaluación de los Edificios en Castilla-La Mancha

Artículo 4. *El Informe de Evaluación de los Edificios (IEE).*

1. El IEE identificará el bien inmueble con expresión de su referencia catastral y contendrá de manera detallada:

a) La evaluación del estado de conservación del edificio (incluyendo deficiencias detectadas, en su caso).

b) La evaluación de las condiciones básicas de accesibilidad universal y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización del edificio, de acuerdo con la normativa vigente, estableciendo si el edificio es susceptible o no de realizar ajustes razonables para satisfacerlas.

c) La certificación de la eficiencia energética del edificio, con el contenido y mediante el procedimiento establecido para la misma en el Decreto 29/2014, de 8 de mayo, por el que se regulan las actuaciones en materia de certificación de la eficiencia energética de los edificios de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y se crea el Registro Autonómico de Certificados de Eficiencia Energética de Castilla-La Mancha.

2. El IEE se ajustará al modelo contenido en el Anexo II del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, o al modelo que resulte vigente en la normativa estatal básica.

3. El IEE realizado por encargo del propietario único de edificios de vivienda, o la comunidad o agrupación de comunidades de propietarios que se refieran a la totalidad de un edificio o complejo inmobiliario extenderá su eficacia a todos y cada uno de los locales y viviendas existentes en el mismo.

Artículo 5. *Sujetos obligados, inmuebles afectados y calendario de realización del IEE.*

1. Están obligados a disponer del IEE, debidamente registrado, los propietarios únicos de edificios, las comunidades de propietarios o las agrupaciones de comunidades de propietarios de edificios de tipología de vivienda colectiva, que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

a) Los edificios catalogados o protegidos, así como todos los edificios de antigüedad superior a 50 años, en los plazos que se indican en la Disposición transitoria segunda del presente Decreto, salvo que ya cuenten con una ITE en vigor realizada de conformidad con su normativa aplicable y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2013, de 26 de junio, en cuyo caso, se exigirá el IEE cuando corresponda su primera revisión de acuerdo con aquella normativa, siempre que no supere el plazo de 5 años a contar desde la entrada en vigor de la referida Ley 8/2013, de 26 de junio. Si así fuere, el IEE deberá cumplimentarse con aquellos aspectos que estén ausentes de la inspección técnica realizada.

b) Los edificios cuyos titulares pretendan acogerse a ayudas públicas con el objeto de acometer obras de rehabilitación edificatoria (referentes a obras de conservación, accesibilidad o eficiencia energética), con anterioridad a la formalización de la petición de la correspondiente ayuda.

2. Para el cálculo de la antigüedad de los edificios, según los casos, se tendrá en cuenta la fecha de la licencia de usos y actividad, ya sea de primera ocupación o de apertura o funcionamiento o, en su caso, desde el otorgamiento de la calificación definitiva.

En defecto de los documentos anteriores y para los edificios que no estén sujetos a otras licencias más que la de primera ocupación se tendrá en cuenta la fecha de terminación de su ejecución que conste en el Registro de la Propiedad, Catastro, archivos municipales, registros fiscales u otros, salvo prueba en contrario aportada por la persona propietaria. A los efectos de terminación de la ejecución de los edificios, también se considerará toda obra de consolidación o rehabilitación que, por afectar profundamente al conjunto del edificio, tenga un carácter equivalente.

3. El IEE tendrá una periodicidad mínima de diez años.

Artículo 6. Procedimiento. Control e inscripción del IEE.

1. Una vez realizado el IEE, el propietario del edificio, la comunidad de propietarios o agrupaciones de comunidades de propietarios, o sus representantes legales, deberán solicitar su inscripción en el Registro de Informes de Evaluación de los Edificios.

2. El plazo para proceder a la inscripción del IEE por el encargado del Registro será de dos meses desde la presentación de la solicitud debidamente cumplimentada y acompañada de la documentación preceptiva. En caso de que fuere necesario formular requerimiento para la subsanación de la solicitud, el plazo para la inscripción quedará en suspenso por el tiempo que medie entre la notificación del mismo y su efectivo cumplimiento por el interesado o, en su defecto, durante el transcurso del plazo concedido.

Si hubiera transcurrido el plazo para proceder a la inscripción sin que se haya producido la inscripción, se entenderá aceptada la solicitud y producida la inscripción.

3. Mediante Orden de la Consejería competente en materia de vivienda se regulará el resto de aspectos procedimentales del procedimiento a seguir para efectuar el IEE, así como su inscripción en el Registro de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha, previsto en el Capítulo III del presente Decreto.”

Artículo 7. Régimen sancionador.

El incumplimiento de la obligación de efectuar el IEE, en la forma y plazos establecidos, tendrá la consideración de infracción urbanística, con el carácter y las consecuencias establecidas en el artículo 183 Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo.

Artículo 8. Efectos del informe desfavorable.

1. En el caso de que el IEE resultase desfavorable, en cuanto al estado de conservación del edificio, o pusiera de manifiesto la necesidad de realizar ajustes razonables en materia de accesibilidad, la Dirección General que tenga atribuidas las competencias en materia de vivienda lo notificará al Ayuntamiento correspondiente con el fin de que este proceda según la naturaleza y gravedad de las deficiencias y de

conformidad con lo establecido en el Decreto 34/2011, de 26 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, en relación con las órdenes de ejecución u otras medidas de intervención administrativa que resulten procedentes.

2. Si las deficiencias apreciadas fueran subsanadas con posterioridad a la inscripción del Informe en el Registro de Informes de Evaluación de los Edificios, deberá ser redactado y presentado en el Registro un nuevo Informe que evalúe el estado del edificio una vez finalizadas las obras de subsanación para su inscripción.

Artículo 9. Capacitación para la elaboración del IEE.

1. El IEE podrá ser suscrito tanto por los técnicos facultativos competentes como, en su caso, por las entidades que ofrezcan servicios de elaboración de IEE, siempre que cuenten con dichos técnicos. A tales efectos, se considera técnico facultativo competente el que esté en posesión de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, o haya acreditado, según las normas de desarrollo de la legislación estatal básica, la cualificación necesaria para la realización del informe, sin perjuicio de los técnicos competentes para la elaboración del Certificado de Eficiencia Energética regulado en el Decreto 29/2014, de 8 de mayo.

Dichos técnicos, cuando lo estimen necesario, podrán recabar, en relación con los aspectos relativos a la accesibilidad universal, el criterio experto de las entidades y asociaciones de personas con discapacidad que cuenten con una acreditada trayectoria en el ámbito territorial de que se trate y tengan entre sus fines sociales la promoción de dicha accesibilidad.

2. Cuando se trate de edificios pertenecientes a las Administraciones Públicas enumeradas en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, podrán suscribir los Informes de Evaluación, en su caso, los responsables de los correspondientes servicios técnicos que, por su capacitación profesional, puedan asumir las mismas funciones a que se refiere el apartado anterior.

3. Las deficiencias que se observen en el IEE se justificarán en el mismo bajo el criterio y la responsabilidad del técnico competente que lo suscriba.

Capítulo III

El Registro de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha

Artículo 10. *El Registro de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha.*

1. Mediante la presente disposición se crea el Registro de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha, de acuerdo con lo establecido en la Ley 8/2013, de 26 de junio.

2. Dicho Registro se adscribe a la Dirección General competente en materia de vivienda que será el órgano gestor del mismo.

3. Con el fin de disponer de información sobre los profesionales y entidades que ofrezcan servicios de elaboración de IEE en la Comunidad Autónoma y poderla poner a disposición de los interesados, los técnicos competentes y entidades interesados podrán solicitar a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de forma voluntaria y por vía telemática mediante firma electrónica, su inscripción en una sección específica del Registro (Sección segunda).

4. La inscripción en el Registro de los Informes de Evaluación de los Edificios no supondrá, en ningún caso, la conformidad de la Administración con el contenido del informe, pudiendo éste ser comprobado, posteriormente, mediante control o inspección. Para la inscripción de técnicos competentes y entidades que ofrezcan servicios de elaboración de IEE, deberá quedar suficientemente acreditado por parte de los mismos el cumplimiento de los requisitos legales que les faculta para el ejercicio de dicha actividad, lo que conllevará la previa comprobación documental por la Dirección General competente en materia de vivienda, que procederá, en su caso, a la correspondiente inscripción.

5. El Registro es público, rigiéndose, además de por este Decreto, por lo previsto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

6. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 5 de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de

rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, y en relación con la sostenibilidad y calidad del parque edificado, los IEE servirán para nutrir los censos de construcciones, edificios, viviendas y locales precisados de rehabilitación, en el ámbito de las distintas Administraciones públicas territoriales, precisándose de la necesaria coordinación entre los distintos censos y registros administrativos.

En particular, resulta precisa la coordinación administrativa con los censos y registros municipales, entre ellos, el Registro de edificios previsto en el artículo 65 del Reglamento de Disciplina Urbanística del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto 34/2011, de 26 de abril; por lo demás se mantendrá el deber de inspección periódica de construcciones previsto en el artículo 138 del TRLOTAU y artículo 64 del RDU

Asimismo, y a efectos de coordinación administrativa el Registro de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha, regulado en el presente Decreto, deberá estar coordinado con el Registro autonómico de Certificados de Eficiencia Energética, regulado en el Decreto 29/2014, de 8 de mayo, cuyas medidas concretas quedarán previstas en la normativa de desarrollo del presente Decreto.

Artículo 11. *Estructura, datos inscribibles y requisitos mínimos de la inscripción. Organización y funcionamiento del Registro.*

1. El Registro de Informes de Evaluación de los Edificios de Castilla-La Mancha contendrá las siguientes secciones:

a) Sección Primera. Informes de Evaluación de los Edificios (en la que se efectuará la inscripción de los IEE, y de las actualizaciones –incluidas las previstas en el artículo 8.2 del presente Decreto con motivo de la subsanación de deficiencias el IEE desfavorable-renovaciones y cancelaciones de los IEE previamente inscritos).

b) Sección Segunda. Técnicos competentes y entidades que ofrecen los servicios de elaboración de IEE en la Región (en la que se efectuará la inscripción de los técnicos y entidades de referencia, y de la actualización, renovación y cancelación de la inscripción de los técnicos y entidades previamente registrados).

En cuanto a los requisitos mínimos de la inscripción en la Sección primera, se estará a lo dispuesto en el artículo 4, y en la Sección segunda en los artículos 9 y 10 del presente Decreto. Y en relación con las medidas de coordinación administrativa con otros Registros

administrativos de las distintas Administraciones públicas, se estará a lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 10 del presente Decreto.

2. Mediante Orden de la Consejería competente en materia de vivienda se regulará la organización y funcionamiento del Registro, así como el procedimiento de inscripción y las condiciones de acceso a los datos incluidos en el mismo.

3. Sin perjuicio de lo que se establezca en la disposición a que se refiere el apartado anterior, y con las limitaciones previstas en la normativa de aplicación sobre protección de datos de carácter personal, la Dirección General competente en materia de vivienda podrá a disposición del público, en el portal corporativo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, www.castillalamacha.es, un servicio de consulta de los datos de mayor interés que se contengan en el Registro.

Artículo 12. *Gestión electrónica de los procedimientos registrales.*

La gestión electrónica de los procedimientos registrales, derivada de la inscripción registral de los IEE conforme se establece en el presente Decreto y de las solicitudes de inscripción de profesionales y entidades que ofrezcan servicios de elaboración de IEE realizadas por vía telemática, se llevará a cabo mediante la aplicación informática creada al efecto en la sede electrónica de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, www.jccm.es.

Disposición transitoria primera. *Edificios que dispongan de ITE en vigor.*

Con el objeto de evitar duplicidades entre el IEE y la ITE, regulada en el artículo 64 del Decreto 34/2011, de 26 de abril, el informe resultante de ésta se integrará como parte del IEE regulado en el artículo 4 de este Decreto, teniéndose este último por producido cuando el informe de ITE ya realizado haya tenido en cuenta exigencias derivadas de su normativa iguales o más exigentes a las establecidas en este Decreto. En caso contrario, el informe de ITE deberá completarse con los extremos regulados en el mismo.

Disposición transitoria segunda. *Régimen transitorio del calendario y plazos de realización del IEE para edificios de antigüedad superior a 50 años.*

De conformidad con lo establecido en el artículo 5 del presente Decreto, están obligados a disponer del IEE, debidamente registrado, los propietarios únicos de edificios, las comunidades de propietarios o las agrupaciones de comunidades de propietarios de edificios de antigüedad superior a 50 años (salvo que ya cuenten con una ITE en vigor realizada de conformidad con su normativa aplicable y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2013, de 26 de junio, en cuyo caso, se exigirá el IEE cuando corresponda su primera revisión de acuerdo con aquella normativa, siempre que no supere el plazo de 5 años a contar desde la entrada en vigor de la referida Ley 8/2013, de 26 de junio), en los plazos que se indican a continuación:

- Edificios de más de 100 años de antigüedad, desde el 28 de junio de 2013 y hasta el 28 de junio de 2015.
- Edificios con más de 80 y hasta 100 años de antigüedad, hasta el 28 de junio de 2016.
- Edificios con más de 65 y hasta 80 años de antigüedad, hasta el 28 de junio de 2017.
- Edificios con una antigüedad entre 50 y hasta 65 años de antigüedad, hasta el 28 de junio de 2018.

Disposición final primera. Modificación del Decreto 71/2014, de 24 de julio, por el que se regula el Plan de Fomento del Alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria, y la Regeneración y Renovación Urbanas 2013-2016 de Castilla-La Mancha.

Uno. Se modifica el “Artículo 38. Tipo y cuantía de las ayudas”, quedando redactado como sigue:

“Artículo 38. Tipo y cuantía de las ayudas

1. La cuantía máxima de las ayudas se determinará en función del coste subvencionable de la actuación correspondiente al edificio o edificios, que comprenderá el coste total de las actuaciones subvencionables en las condiciones establecidas en el artículo 35. En caso de contener actuaciones de más de uno de los tipos indicados, el presupuesto deberá desglosarse de acuerdo a cada una de ellas.

2. La cuantía máxima de las subvenciones a conceder por edificio, que no podrá superar el importe de multiplicar 12.500 euros por cada vivienda y por cada 100 m2 de superficie útil de local (13.750 € cuando se trate de edificios declarados bienes de interés

cultural, catalogados o que cuenten con protección integral en el instrumento de ordenación urbanística correspondiente) se atenderá a las siguientes condiciones:

a) Se calculará multiplicando, por el número de viviendas y por cada 100 m2 de superficie útil de locales del edificio que consten en la escritura de división horizontal, o, en su defecto, en el Registro de la Propiedad o en el Catastro, las ayudas unitarias establecidas a continuación:

- 2.500 euros para las actuaciones de conservación. En este caso, si además se acometen simultáneamente actuaciones para la mejora de la calidad y sostenibilidad que resulten subvencionables por este Programa, la ayuda de conservación se incrementará en 1.000 euros, y en otros 1.000 euros más, si además se realizan obras de accesibilidad.

- 2.500 euros para las actuaciones de mejora de la calidad y sostenibilidad, cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 35 o, como máximo 5.500 €, si en cumplimiento de dichas condiciones se redujera al menos en un 50% la demanda energética anual global de calefacción y refrigeración del edificio.

- 4.500 euros para las actuaciones de mejora de la accesibilidad.

Las cuantías señaladas anteriormente podrán incrementarse un 10%, cuando se trate de edificios declarados Bienes de Interés Cultural, catalogados o que cuenten con protección integral en el instrumento de ordenación urbanística correspondiente.

b) La cuantía máxima de las subvenciones a conceder por edificio no podrá superar el 50% del coste subvencionable de la actuación. No obstante y de manera excepcional en el caso de actuaciones para la mejora de la accesibilidad y sólo, en la partida correspondiente a la accesibilidad, se podrá llegar al 65%.

c) En cualquiera de los casos anteriores, para poder computar la cuantía establecida por cada 100 m2 de superficie útil de local será necesario que los acuerdos a que se refiere el apartado 1.b) del artículo 36 establezcan que los locales participen en los costes de ejecución de las obras correspondientes.

2.1. La cuantía máxima de las subvenciones a conceder por las obras en zonas privativas de las viviendas y en edificios de una sola vivienda no podrá superar:

- 1.500 euros para las obras de conservación.

- 1.500 euros para actuaciones de mejora de la calidad y sostenibilidad.

- 2.000 euros para actuaciones de mejora de la accesibilidad.

Esta subvención estará a cargo de los presupuestos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

La cuantía máxima de las subvenciones a conceder por vivienda no podrá superar el 50% del coste subvencionable de la actuación. No obstante y de manera excepcional en el caso de actuaciones para la mejora de la accesibilidad y sólo, en la partida correspondiente a la accesibilidad, se podrá llegar al 65%.”

Dos. Se modifica el “Artículo 45. Tipo y cuantía de las ayudas”, quedando redactado como sigue:

“Artículo 45. Tipo y cuantía de las ayudas.

1. La cuantía máxima de las ayudas se determinará atendiendo al coste subvencionable de la actuación, que incluirá, en su caso, los costes desglosados según los tipos de actuaciones subvencionables establecidos en el artículo 42 y no podrá exceder del 50% del coste subvencionable de la actuación.

2. La cuantía máxima de las ayudas se calculará multiplicando el número de viviendas por las ayudas unitarias establecidas a continuación:

- Hasta 12.500 euros por cada vivienda objeto de rehabilitación.*
- Hasta 30.000 euros por cada vivienda construida en sustitución de otra previamente demolida.*
- Para las actuaciones de mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano (obras de urbanización o reurbanización del ámbito), hasta 2.000 euros por cada vivienda objeto de rehabilitación y/o por cada vivienda construida en sustitución de otra previamente demolida.*

A la cantidad resultante del cálculo anterior, se le añadirán:

- Hasta 4.000 euros anuales, por unidad de convivencia a realojar, durante el tiempo que duren las obras y hasta un máximo de 3 años, para las actuaciones de realojo temporal.*

- Hasta 500 euros por vivienda rehabilitada o construida en sustitución de otra demolida, para financiar el coste de los equipos y oficinas de planeamiento, información, gestión y acompañamiento social.*

3. Las subvenciones de este Programa serán compatibles con cualesquiera otras públicas, siempre y cuando su importe no supere el coste total de la actuación.”

Disposición final segunda. *Competencias para el desarrollo del Decreto.*

Se faculta a la persona titular de la Consejería competente en materia de vivienda para dictar las disposiciones que sean necesarias para el desarrollo y ejecución del presente Decreto.

Disposición final tercera. *Entrada en vigor.*

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

Dado en Toledo, el 11 de marzo de 2015.

LA AGILIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL Y EL REFUERZO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LECRIM

Jordi Gimeno Beviá

Prof. Dr. Derecho Procesal UCLM

Sumario. I. La urgente reforma de nuestra justicia penal. II. La reforma de LECrim de 2015. III. La agilización de la justicia penal 1. Sustitución del plazo máximo de instrucción 2. La no remisión de los atestados policiales sin autor conocido 3. La modificación de las causas de conexidad 4. La creación de un procedimiento monitorio penal IV. El refuerzo de las garantías procesales 1. Sustitución del término “imputado” por “investigado” 2. La generalización de la segunda instancia en el proceso penal 3. La revisión de las sentencias dictadas por el TEDH 4. Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales V. Conclusión VI. Bibliografía

I. LA URGENTE REFORMA DE NUESTRA JUSTICIA PENAL

Tal y como es sabido, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) que regula el proceso penal español es no sólo una de las leyes procesales penales más antiguas de Europa, sino del mundo entero, pues data de hace dos siglos, concretamente del año 1882. Nuestra ley de enjuiciamiento penal, creación del ilustre jurista y Ministro de Gracia y Justicia de la época, Alonso Martínez, supuso una auténtica revolución en la justicia penal española y, a su vez, se convirtió en una de las leyes procesales penales más avanzadas del viejo continente. España transformó su proceso penal, que podría calificarse de medieval, por otro más moderno y justo, en el que, entre otros avances, se reforzaron los derechos del imputado –principalmente se garantizaba el derecho de defensa-, se apostaba

decididamente por la oralidad, contradicción y publicidad en la fase de juicio, y se desdoblaba la instrucción del enjuiciamiento, a fin de que no fuera el mismo juez quién llevara a cabo ambas tareas³⁹.

Resulta, cuanto menos, curioso que una Ley de Enjuiciamiento Criminal sea capaz de sobrevivir a dos monarquías constitucionales (Alfonso XII y Alfonso XIII), a la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930), a la Segunda República (1931-1936), a la Guerra Civil (1936-1939), a la dictadura del General Franco (1939-1975) y que siga vigente actualmente⁴⁰.

Pero la LECrim ha sido sufriendo modificaciones de gran calado, principalmente desde la llegada de la democracia española y la aprobación de la Constitución de 1978 que trajo consigo importantes reformas legislativas – promovidas en gran parte a través de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional⁴¹. Es necesario plantearse, por consiguiente, si una ley tan vetusta es capaz de soportar reformas sustanciales, que la han convertido en un texto “parcheado” con multitud de defectos, tanto formales como materiales. Ante dicha situación, la doctrina procesalista ha exigido, desde hace años, la aprobación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así, pues, GIMENO SENDRA, considera que *“el estado actual de nuestra justicia penal pone de relieve la exigencia de abandonar la política de reformas parciales a la LECrim y de promulgar un nuevo Código Procesal Penal que*

³⁹ Vid. detenidamente la exposición de motivos de la LECrim de 1882.

⁴⁰ Es cierto que, aunque la LECrim permaneciese vigente, durante la dictadura franquista no se aplicaban las disposiciones relativas al derecho de defensa, juez imparcial, presunción de inocencia, etc. y los imputados se encontraban en una situación de indefensión prácticamente absoluta. Vid. MUÑOZ CONDE, F., “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho”, pág.2. Disponible en el siguiente enlace:

http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/munoz%20conde-franquismo.pdf

⁴¹ Entre otras, la LO 6/1984 de Habeas Corpus, la Ley 38/2002 de juicios rápidos, LO 13/2003 en materia de prisión preventiva, LO 9/2007 reguladora de las bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, etc.

responda a nuestra Constitución y a las nuevas exigencias de la sociedad democrática contemporánea”⁴².

El legislador español, por su parte, ha intentado durante varias legislaturas la aprobación de una nueva LECrim. Durante el primer Gobierno socialista de este siglo (2004-2008) se creó una comisión de reforma de LECrim que, desgraciadamente no llegó a presentar oficialmente ninguna propuesta⁴³. En la segunda legislatura socialista (2008-2011), sin embargo, sí que se aprobó un texto que llegó a convertirse en Anteproyecto (de ahora en adelante, ALECrím) pero que, al ser presentado justo antes de las elecciones generales, finalmente no llegó a prosperar⁴⁴.

En la presente legislatura, concretamente en el año 2013, una comisión de expertos nombrada por el Ministerio de Justicia entregó una nueva Propuesta de Código Procesal Penal (de ahora en adelante, PCPP)⁴⁵. Se trataba de un texto que ofrece respuestas -en algunos extremos más o menos acertadas- a los problemas que plantea nuestra justicia penal. El Gobierno, sin embargo, no apostó finalmente por dicho texto, perdiendo así una oportunidad histórica para una reforma integral del proceso penal español.

No obstante lo anterior, tras el cambio de Ministro de Justicia, en el año 2015 se han presentado varias reformas de LECrim menos ambiciosas que la

⁴² GIMENO SENDRA, V., “La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España”. Anuario de Derecho Penal, Perú, 2004, pág.333.

⁴³ La comisión contaba con un amplio grupo de expertos pertenecientes a la universidad, a la judicatura y a la fiscalía. Vid. las Memorias de la Comisión de Codificación del año 2005 y 2006, disponibles en el siguiente enlace:

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_P/1215198249794/Detalle.html

⁴⁴ El Anteproyecto de 2011 está disponible en el siguiente enlace:

<http://www.juecesdemocracia.es/pdf/anteproyectos.pdf>

⁴⁵ La propuesta de CPP fue presentada al Ministro de Justicia el 25 de febrero de 2013. Entre tanto, el texto fue objeto de debate en distintos sectores (foros académicos, judiciales, etc.). El texto se encuentra disponible en la página web del Ministerio de Justicia:

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288775964668/Detalle.html (“clicar” en Propuesta de texto Articulado L.E.Crim)

PCPP, a consecuencia del cercano final de la legislatura, que introducen algunas reformas puntuales -eso sí, de calado- pero no pueden abarcar, ante la dificultad de alcanzar el consenso parlamentario necesario, un cambio global en el modelo de enjuiciamiento penal.

II. LA REFORMA DE LECRIM DE 2015

La nueva reforma de LECrim es consecuencia de la suma de dos Proyectos de Ley, concretamente del “Proyecto de ley de modificación de Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales”, que ostenta el rango de Ley Ordinaria y del “Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”, proyectada a través de Ley Orgánica dado que afecta derechos fundamentales⁴⁶.

No se entiende por qué el legislador no ha reunido las reformas procesales en un solo proyecto, pues resulta antieconómico proyectar distintas reformas que en el fondo afectan a una misma ley en textos separados, ya que supone duplicar –o triplicar, si sumamos el Estatuto de la víctima⁴⁷, que también afecta al proceso penal- los trámites parlamentarios para su aprobación.

La reforma procesal proyectada puede dividirse en cuatro bloques que a continuación se exponen.

a) Agilización procesal: limitación del plazo de instrucción a 6 meses a excepción de las causas complejas, la no remisión a los juzgados de los atestados policiales sin autor conocido, la modificación de las causas de conexidad y la regulación de un procedimiento monitorio penal

⁴⁶ Ambos textos se encuentran disponibles en la página web del Ministerio de Justicia <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/gobierno-modifica-lecrim-para>

⁴⁷ El Estatuto de la víctima ha sido aprobado y publicado en el BOE el 27 de abril <http://www.boe.es/boe/dias/2015/04/28/pdfs/BOE-A-2015-4606.pdf>

b) Refuerzo de las garantías procesales: sustitución del término “imputado” por “investigado”, generalización de la segunda instancia en el proceso penal, establecimiento de un mecanismo de revisión de sentencias dictadas por el TEDH y la transposición de la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales

c) Medidas de investigación tecnológica: modificación de la LECrim para hacer frente a los retos que plantea el uso de las nuevas tecnologías regulando, entre otros aspectos, además de la intervención de telecomunicaciones, la captación de imágenes, el uso de balizas de seguimiento y el registro de dispositivos de almacenamiento de información

d) Decomiso: regulación del proceso de decomiso autónomo que complementa procesalmente la nueva regulación del Código Penal de 2015, así como a la creación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos

Ante la notable diversidad y amplitud de los bloques enunciados –cuyo tratamiento trascendería el de un artículo científico–, en el presente trabajo se abordarán únicamente la agilización y el refuerzo de las garantías del proceso penal.

III. LA AGILIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL

Se dice, con razón, que la justicia lenta no es justicia. Uno de los principales fines del proceso penal es la aplicación del *ius puniendi* pero para que ésta sea efectiva es necesario, de un lado, que se imparta en un plazo razonable y, de otro, que ello no suponga una merma en las garantías procesales. Es cierto, indudablemente, que la reciente crisis económica ha supuesto una disminución de recursos personales y materiales en la administración de justicia y que, a buen seguro, es necesaria una mayor inversión –p.ej. aumentando la oferta de empleo público–. No obstante lo anterior, tampoco es menos cierto que nuestra vetusta LECrim –a falta de un nuevo Código Procesal Penal– es susceptible de ser mejorada para eliminar ciertas trabas que en la práctica suponen dilaciones innecesarias al proceso penal. Por ello, la reforma plantea determinados cambios

cuya implantación apenas supone coste económico –es más, en algunos casos conlleva un importante ahorro a las arcas públicas- y que deberán servir para acelerar la justicia penal.

1. SUSTITUCIÓN DEL PLAZO MÁXIMO DE INSTRUCCIÓN

Ante la polémica que ha generado el Proyecto por el establecimiento de plazos para llevar a cabo la instrucción, es necesario recordar que, actualmente, la LECrim limita en su art. 324 a un mes la terminación de las diligencias de instrucción. Dicho plazo, como es sabido, y ante la dificultad, en la práctica, de ser cumplido, se incumple sistemáticamente. Así, pues, el Proyecto no limita el plazo de instrucción, sino que lo sustituye por otros –teóricamente- más realistas, concretamente de seis meses⁴⁸ para causas que el legislador denomina “sencillas” y, de dieciocho meses, para las “complejas”⁴⁹.

Como regla general se parte de que la instrucción es sencilla, por lo que su duración máxima debe ser de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas. Sin embargo, durante el referido plazo, el instructor, previa audiencia de las partes pero a instancia únicamente del Ministerio Fiscal, podrá declarar la causa compleja cuando “razonablemente” no pueda realizarse en los seis meses o concurra alguna de las siguientes causas:

⁴⁸Por el contrario, DE LA OLIVA no considera que el art.324 establezca plazos para el sumario, sino que de su lectura puede inferirse que en el año 1882 un mes podía ser el tiempo preciso “*de ordinario*” para completar la instrucción, sin perjuicio de que se pudieran adoptar las medidas necesarias cuando no haya podido ser concluida, sin que –destaca el autor- entre dichas medidas estuviese ninguna prórroga. Tanto el plazo de un mes como el de seis meses son, en su opinión, “*fruto de un optimismo irreal*”, en DE LA OLIVA SANTOS, A. Blog Por Derecho, entrada del lunes 20 de abril de 2015. Disponible en el siguiente enlace <http://andresdelaoliva.blogspot.com.es/>

⁴⁹En la exposición de motivos del Proyecto se expone que para la adopción de dichos plazos “*se han tomado como referencia los plazos medios de duración de la instrucción, tal y como se reflejan en los estudios estadísticos judiciales y fiscales*”. Hubiera resultado conveniente publicar dichos estudios, bien en un anexo, bien mediante su referencia, con el fin de que pudieran ser comprobados fácilmente por el lector. No parecen plazos excesivos pues están en consonancia con los recogidos en países de nuestro entorno como Italia o Portugal, de nuestra cultura y lengua, tales como Perú o Chile, e incluso tanto en el Anteproyecto de LECrim del 2011 (art.481) presentado en el Gobierno del PSOE como en la Propuesta de Código Procesal Penal (art.127) elaborada en esta legislatura a petición del Partido Popular se contemplaban plazos en la instrucción.

-
- “a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales
b) tenga por objeto numerosos hechos punibles
c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas
d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis
e) implique la realización de actuaciones en el extranjero
f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídicas jurídico privadas o públicas o,
g) se trate de un delito de terrorismo”*

Se trata de un listado de supuestos que, aun siendo *numerus clausus*, resulta bastante amplio, por lo que no debiera ser infrecuente que una instrucción que entrañe cierta dificultad y precise de más tiempo sea declarada compleja y pueda durar hasta un máximo de dieciocho meses. Le corresponderá a los Tribunales a través de la jurisprudencia, sin embargo, concretar algunos de los citados supuestos, principalmente el *b)* y el *c)*.

Otro argumento que ha sido utilizado para criticar la limitación temporal de la instrucción es la impunidad que puede generar una instrucción inacabada en el plazo legalmente establecido, especialmente ante casos de corrupción que, generalmente, suelen ser de difícil investigación⁵⁰. Dicho argumento decae en tanto que el número 4 del proyectado art. 324 LECrim permite excepcionalmente fijar otro plazo máximo cuando concurren circunstancias que así lo justifiquen por lo que, ante asuntos muy complejos, como pueden resultar los casos de corrupción, podrá prorrogarse la investigación durante el tiempo necesario.

Quizás un punto discutible del nuevo art.324 LECrim sea la posición privilegiada que otorga el legislador al Ministerio Fiscal tanto en la posibilidad de que sea la única parte que pueda solicitar al Juez que declare la causa compleja,

⁵⁰ En palabras de Margarita Robles “los plazos van a permitir la impunidad porque cuando un juez tiene que investigar la corrupción se encuentra muchas veces con paredes y obstáculos”. <http://esradio.libertaddigital.com/2015-03-13/margarita-robles-poner-plazos-a-la-instruccion-permitira-la-impunidad-1276543082/>

como que también sea, en caso de que se cumplan los dieciocho meses y la instrucción esté inacabada, quien pueda solicitar que se continúe prorrogando la instrucción. Si bien el resto de partes procesales deben ser oídas por el juez antes de adoptar la prórroga, no pueden instarla. En nuestro país, a diferencia de otros ordenamientos, no existe monopolio de la acción penal por parte del M.F. y puede ocurrir que la acusación particular en el plazo de seis meses no tenga elementos suficientes para formular acusación. Del mismo modo, tampoco cabe descartar –aunque será menos frecuente– que la defensa, ante una causa que se antoje compleja, precise de más tiempo para la solicitud de diligencias de investigación. Asimismo, el juez, que a la postre dirige la instrucción, tampoco puede acordar la prórroga de oficio, por lo que se le priva de una actuación que, hasta la fecha, tenía encomendada. Resulta lógico, sin embargo, que el juez no pueda acordar de oficio la prórroga porque, si lo que pretende la reforma es acelerar la instrucción, no tendría ningún sentido que quien ostente la dirección pueda *motu proprio* ampliarla temporalmente, ya que nada cambiaría con respecto a la situación actual.

Parece ser que la regulación proyectada, en la que como se ha observado se confía al Ministerio Público la potestad de solicitar la ampliación temporal de la instrucción, está encaminada hacia un futuro modelo de fiscal instructor⁵¹. Sin pretender entrar ahora en un debate sobre la conveniencia de otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal –asunto del que ya nos hemos pronunciado en otros trabajos⁵²–, no debiera infundir ningún temor el hecho de que ostente dicha potestad, habida cuenta de que el fiscal, a diferencia del resto de partes, no actúa en interés propio sino, tal y como establece el art.124 CE, lo hace en defensa de la legalidad y del interés público. Pero –tal y como recoge la exposición de motivos del Proyecto– en tanto no exista el consenso necesario para adoptar un cambio de

⁵¹ En consonancia con la mayoría de países latinoamericanos y europeos. Además, se está trabajando en la posibilidad de crear una fiscalía europea. Sobre esta cuestión vid, el trabajo de MORENO CATENA, V. *Fiscalía europea y Derechos fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

⁵² GIMENO BEVIA, J. *El proceso penal de las personas jurídicas.*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

modelo instructor, debe ser el juez en quien debe recaer la decisión acerca de la continuidad o no de la instrucción una vez han transcurrido los seis meses.

Lo que sí puede devenir problemático es la cláusula contenida en el proyectado 324.3 a) que permite la interrupción del cómputo del plazo de instrucción cuando se acuerde el secreto de la causa. Ello dará lugar a la declaración de secreto en multitud de causas con el único fin de controlar el plazo de instrucción. Quizás el legislador debiera haber omitido esta propuesta ya que bastaría, aunque la causa sea declarada secreta, con la solicitud de prórroga de la instrucción. Por tanto, en el momento en que cabe la posibilidad de solicitar una prórroga no resulta innecesaria la interrupción del cómputo del plazo de instrucción.

2. LA NO REMISIÓN DE LOS ATESTADOS POLICIALES SIN AUTOR CONOCIDO

La segunda medida de agilización procesal consiste en favorecer la descongestión de los juzgados y tribunales mediante la no remisión de los atestados policiales sin autor conocido al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial.

La remisión de atestados policiales sin autor conocido da lugar a la apertura de diligencias, en su mayor parte innecesarias, que finalizan con el visto del M.F. Existen multitud de delitos, generalmente de bagatela –p.ej. el hurto de un teléfono móvil, la rotura de una luna de un automóvil para la sustracción de la radio, etc.- en los que la víctima interpone la denuncia con la finalidad de reclamar posteriormente al seguro la reparación o resarcimiento del daño causado, aun sin haber podido identificar al autor material de los hechos. A tal respecto, no hace falta que la policía remita al juzgado el atestado policial, sino que debe de realizar las pesquisas pertinentes para identificar al presunto autor del hecho delictivo. Por ello, basta con que la policía conserve dichos atestados y, si concurrieran nuevas circunstancias acerca de los hechos denunciados, remitirlos al juzgado.

Se ha criticado que esta reforma supone dejar en manos de la policía la decisión sobre qué hechos deben ser objeto de investigación y que las denuncias no lleguen a los jueces. Ello no es cierto. En primer lugar porque la víctima

siempre tiene la posibilidad de acudir al juez o al M.F y denunciar los hechos y, en segundo, porque los delitos cuyo bien jurídico protegido es de mayor importancia, tales como delitos contra la vida, integridad física, libertad e indemnidad sexual deben ser remitidos siempre. No obstante lo anterior, para evitar el desconocimiento o, mejor dicho, la desconexión por parte de jueces y fiscales ante los hechos en cuya denuncia no se ha identificado al autor, podría el legislador—para evitar suspicacias- haber dispuesto un mecanismo de comunicación periódica a través del cual la policía pudiera informar a jueces y fiscales sobre las denuncias recibidas y el estado de las investigaciones⁵³

Es una medida útil, necesaria y cuya implantación amén de suponer un ahorro importante, no conlleva gasto alguno. Por tanto, el proyectado tercer párrafo del art. 284 sencillamente pretende otorgar cobertura legal a una situación que en la práctica genera disfunciones y saturaciones en los juzgados.

3. LA MODIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE CONEXIDAD

Posiblemente la medida que mayor aceptación ha tenido es la modificación —si se prefiere, “flexibilización”— de las causas de conexidad para la evitación de los conocidos como macro procesos o macro causas.

El Proyecto de reforma cambia notablemente la redacción del art. 17 LECrim, dejando el actual listado de supuestos de conexidad en el apartado 2., del que modifica el 5º y añade un 6º, relacionado con el delito antecedente en el blanqueo de capitales el primero y con los daños recíprocos el segundo; y añadiendo un numeral 1 y otro 3.

La nueva redacción elimina el automatismo a la hora de enjuiciar en un mismo procedimiento delitos conexos. Así, pues, como regla general, el nuevo art. 17.1LECrim dispone que *“cada delito dará lugar a la formación de una única causa”* sin perjuicio de que —continúa el citado artículo- puedan investigarse y enjuiciarse delitos conexos cuando la investigación y prueba conjunta resulte conveniente para el esclarecimiento de los hechos. Ello no obstante, no se deberá

⁵³ La comunicación por medio de relación es una solución más garantista y se contempló en el art.450 ALECrim de 2011

proceder al enjuiciamiento conjunto cuando ello suponga “*excesiva complejidad o dilación para el proceso*”. Del mismo modo, el proyectado art. 17.3 LECrim también recoge la posibilidad de enjuiciar conjuntamente delitos que no sean conexos pero que hayan sido perpetrados por el mismo autor o tengan analogía o relación entre sí, siempre que la competencia recaiga sobre el mismo órgano judicial y a instancia del M.F y, tal y como recoge el número 1, cuando sea conveniente para el esclarecimiento de la causa y no suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

A través de la referida redacción el legislador otorga mayor flexibilidad al juez a la hora de decidir si es conveniente realizar un enjuiciamiento conjunto o, por el contrario, si se deben abrir piezas separadas para que el proceso penal se desarrolle de un modo más eficaz. Si bien resulta completamente lógico y puede favorecer la economía procesal la acumulación en un único procedimiento de delitos conexos, no lo es menos que en los últimos tiempos, al albur del citado art. 17 se han enjuiciado causas cuya complejidad –bien por el número de encausados, bien por el de víctimas- ha generado importantes disfunciones en el proceso penal. Y es que la *elefantiasis* procesal que suponen las macro causas –así lo define la exposición de motivos del Proyecto- además de generar unos altísimos costes, tanto materiales y personales, traducidos en la necesidad de habilitar recintos con capacidad para acoger a un gran número de acusados –o víctimas- con sus respectivas defensas, también supone una merma en las garantías procesales. Siguiendo el ejemplo del caso Malaya, tal y como expone GIMENO SENDRA “*la instauración de un juicio oral contra noventa y cinco imputados, el cual debe transcurrir, a ser posible, en una sola audiencia (cfr., arts. 744 y 749), constituye un desatino procesal. El transcurso de tal dilatado periodo en la realización del juicio oral (casi dos años) ocasiona que los efectos favorables de la inmediación, las impresiones y recuerdos, se borren de la mente del Tribunal,*

quien, para una adecuada valoración de la prueba, ha de dictar sentencia también con inmediatez temporal.”⁵⁴.

Por consiguiente, la reforma de las reglas de conexidad proyectada, merece una valoración positiva ya que la posibilidad de abrir piezas separadas, en muchos casos, agilizará considerablemente el proceso penal.

4. LA CREACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO MONITORIO PENAL

Otra importante novedad del Proyecto de reforma de la LECrim consiste en la instauración de un proceso por aceptación de decreto, contemplada en un nuevo Título III bis (art.803 bis a y s.s.), que también puede denominarse como procedimiento monitorio penal.

Se trata de un procedimiento con un ámbito de aplicación limitado a cuestiones de tráfico en las que la sanción a imponer sea la multa y/o la privación del permiso de conducir, en los que no se encuentren personadas ni la acusación popular ni particular (art.803 bis a), y el encausado acepte la solicitud de pena realizada por el Ministerio Fiscal, así como, si la hubiere, la acción civil resarcitoria (art. 803 bis b).

El procedimiento en sí mismo resulta bastante sencillo: el M.F realiza una propuesta de imposición de pena a través de decreto, en el que identifica al encausado, el delito cometido, la prueba existente, la idoneidad de la pena a imponer, etc. (art.803 bis c) y lo remite al juzgado que, a su vez, tras examinar la concurrencia de los requisitos del procedimiento (contemplados en el citado art.803 bis a), lo autorizará y notificará al encausado para que comparezca en el tribunal asistido de letrado (art.803 bis f). Asimismo, y para mayor garantía, si el encausado careciese de letrado se le proporcionaría uno de oficio (art. 803 bis g). Además, la comparecencia se convierte en un trámite imprescindible pues, en caso contrario, la propuesta del fiscal quedará sin efecto (art.803 bis h). En caso de aceptar la propuesta en la comparecencia, el juez atribuirá al decreto el carácter de resolución judicial firme, con todos los efectos de sentencia

⁵⁴ GIMENO SENDRA, V. “Corrupción y propuestas de reforma”, *Diario La Ley*, nº7990, 26 diciembre 2012

condenatoria, que no podrá ser susceptible de recurso alguno (art. 803 bis i). Ello no obstante, tal y como se ha comentado anteriormente, en caso de incomparecencia, de comparecencia y rechazo del decreto, o que éste no sea autorizado por la autoridad judicial, proseguirá la causa por el cauce que corresponda (art. 803 bis j).

Si bien el M.F considera que sin un modelo de fiscal instructor el presente procedimiento se encuentra *“abocado a su absoluto fracaso”*⁵⁵, el concreto y limitado ámbito de aplicación convierte el reto en una tarea perfectamente asumible por nuestro sistema procesal penal. La aceptación por decreto pretende, en la práctica, agilizar considerablemente los procesos penales relativos al tráfico, p.ej. conducir bajo los efectos del alcohol, excesos de velocidad, etc., cuya prueba –siguiendo los ejemplos citados- gira en torno al test alcohométrico o a la fotografía del radar, bastante difícil de refutar. Por ello, a través del presente procedimiento, se ofrece una respuesta punitiva rápida a una situación en la que, en muchas ocasiones ni siquiera existe conflicto, habida cuenta de que el autor del delito reconoce los hechos y únicamente pretende finalizar cuanto antes el proceso penal.

Recuerda CASTILLEJO MANZANARES que la posible reducción de pena en un tercio, contemplada en los juicios rápidos - regulados en los arts.795 y ss LECrim-, los convierte en una opción más ventajosa para el imputado⁵⁶. No obstante lo anterior, juega en favor del procedimiento por aceptación de decreto que no es preciso siquiera la puesta a disposición del encausado ante el juez, sino que basta simplemente con que comparezca con asistencia letrada para aceptar la propuesta de decreto realizada por el M.F. Por tanto, se erige en una opción más celer y económica para el encausado que, además, siempre tendrá la opción, en caso de no aceptar la propuesta del fiscal, de acudir a un juicio rápido.

⁵⁵ Vid. el epígrafe “5.18.2 Objeciones generales al modelo propuesto” en el Informe del Consejo fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, pág.127

⁵⁶CASTILLEJO MANZANARES, R. “Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto”, *Diario La Ley* nº8544, 21 mayo 2015

Si bien resulta una auténtica novedad en nuestro ordenamiento, ello no es así en países de nuestro entorno. Tal y como sugiere la exposición de motivos del Proyecto, la reforma sigue “*un modelo de probado éxito en Derecho comparado*”, concretamente –aunque no se mencione- el modelo italiano de Procedimiento per Decreto, contemplado en los arts. 459 y s.s. del *Còdice di Procedura Penale* italiano. Pero el modelo español es todavía más garantista pues, mientras que en Italia la asistencia letrada para la aceptación del decreto constituye una posibilidad (ex art.460.3 C.P.P), la reforma proyectada obliga al autor a acudir asistido de letrado para así evitar la posibilidad de que acepte el decreto sin entender el alcance de la sanción contenida.

El legislador ha optado por una solución moderada, pues podría haber sido más ambicioso y decantarse con un modelo más parecido al alemán contemplado en la *Ordnungwidrigkeitengesetz* o Ley de Contravenciones en las que la propia policía de tráfico, en calidad de autoridad administrativa, ostenta la potestad de dictarle al infractor una propuesta de sanción, que, si fuera aceptada, se convertiría en firme y, si no lo fuera, la levantará atestado e informará al conductor que, en breve, será citado al pertinente juicio de faltas.

Por último, cabe señalar que la regulación proyectada es idéntica en todos los términos a la recogida en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 (arts. 485 y s.s.)

IV. EL REFUERZO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

Del mismo modo que una justicia lenta no es justicia, tampoco lo es aquella que se imparte sin respetar las garantías procesales. Por ello, el Proyecto de LECrim ha introducido determinadas mejoras, exigidas en gran parte desde organismos supranacionales, para así acomodar nuestra Ley procesal penal a Directivas y pactos de carácter internacional.

1. SUSTITUCIÓN DEL TÉRMINO “IMPUTADO” POR “INVESTIGADO”

Una de las modificaciones más criticadas ha sido la sustitución del término “imputado” por el de “investigado” y, a medida que avanza el procedimiento, por el de “encausado”. Así, el Proyecto de LO contempla una disposición adicional

segunda titulada “*Sustitución de términos*” en la que establece una relación de artículos en los que debe realizarse la referida sustitución.

El cambio semántico ha sido tildado de oportunista, precisamente porque se piensa que, con ello, el legislador intenta mitigar la alarma que generan las numerosas causas por corrupción política, lamentablemente acontecidas en la sociedad actual. El caballo de batalla de los partidos políticos sobre si la imputación judicial debe suponer la exclusión de las listas o la renuncia al escaño, en caso de que el imputado ejerza la función pública, ha desvirtuado o, mejor dicho, alterado el significado de la imputación judicial, dotándolo de un trasfondo político-social ajeno al verdadero contenido de dicho término.

Así, pues, la palabra “imputado”, cuyo origen etimológico proviene del latín, concretamente del verbo *imputare*, hace referencia a aquella persona, física o jurídica –las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables desde la reforma de la LO 5/2010 de CP- a quién se le atribuye la comisión de un hecho punible, efectuada en un acto de iniciación de la instrucción o a lo largo de la fase instructora⁵⁷. Pero, aunque la imputación, de un lado, suponga la existencia de sospechas fundadas acerca de la comisión de un hecho delictivo, no debe olvidarse que, de otro, debe erigirse en una auténtica garantía para que el sujeto de la investigación penal pueda hacer valer su derecho de defensa.

Ello no obstante, la ausencia comprensión del significado real del citado término, así como de otros tantos relacionados con el ámbito jurídico, provocó que en el año 2010 el Gobierno anterior crease una Comisión para la modernización del Lenguaje Jurídico⁵⁸ que, a su vez, ha sido renovada por el ejecutivo actual a través de la Comisión para la Claridad del Lenguaje⁵⁹.

⁵⁷ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2012, pág.389

⁵⁸ Se trataba de una comisión en la que participaban la RAE, del MF, la RAJyL, de medios de comunicación, etc. cuyo trabajo consistía en realizar recomendaciones sobre el lenguaje empleado por los profesionales del Derecho, con la finalidad de hacerlo más claro y comprensible para los ciudadanos. Para conocer más sobre la referida comisión, en el siguiente enlace

En un primer momento, durante la fase de Anteproyecto se propuso el cambio por el de “sujeto pasivo del proceso penal”. Se trata de un término omnicompreensivo, “casi” aceptado por el CGPJ en su informe de 12 de enero de 2015. El órgano de gobierno de los jueces consideraba más acertada su sustitución por el de “parte pasiva”, dada la confusión que pudiera producir dicho término entre el Derecho procesal y el Derecho penal en el que, tal y como es sabido, el sujeto pasivo es la víctima del delito⁶⁰.

El legislador, sin embargo, finalmente ha hecho suyas las recomendaciones de la referida comisión, considerando necesario *“evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esas expresiones (“imputado” y “reo”), acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución de los vocablos imputado y reo por otros más adecuados, como son investigado y encausado”*.

La nueva regulación, por tanto, adopta el término “investigado” para *“identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito”* y “encausado” para designar *“de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto”*. Llama poderosamente la atención, sin embargo, que el legislador plantee un cambio terminológico en la LECrim pero que la reciente Ley 4/2015 de 27 de abril sobre el Estatuto de la víctima –en su exposición de motivos alude en distintas ocasiones al “imputado”– no haya sido redactada en consonancia con el Proyecto estudiado. Resulta totalmente desafortunado que el legislador no homogenice los términos, produciendo así una mayor confusión terminológica en el proceso penal, cuando

<http://web.archive.org/web/20130313044246/http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288775399001/MuestralInformacion.html>

⁵⁹ Sería interesante poder acceder a las conclusiones del informe de dicha Comisión, a fin de analizar su contenido, así como conocer quiénes forman parte de la citada comisión.

⁶⁰ Vid. el Informe del CGPJ emitido el 12 de enero de 2015 al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, pág.62

lo acertado –tal y como se ha expuesto a lo largo del trabajo- hubiera sido una legislación procesal penal única.

Por otra parte, la doctrina científica se ha mostrado dividida sobre el alcance que puede tener el citado cambio. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ considera más precisos y exactos los términos actuales que los propuestos en la reforma⁶¹, RODRIGUEZ LAINZ, por el contrario, afirma que tal cambio viene influenciado por la legislación comunitaria en la que las figuras de imputado, inculpado o sospechoso convergen en la de investigado⁶². DAMIAN MORENO, por su parte, considera que la modificación es *“coherente con el reforzamiento del sistema de garantías procesales que se pretende promover”*⁶³. Asimismo, resulta muy interesante la comparación histórica que realiza GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO entre los efectos estigmatizantes de la imputación con la marca que Dios impone a Caín por el asesinato de su hermano Abel. El citado autor valora muy positivamente la reforma y sostiene que *“hasta ahora la ley denomina imputado a la persona a la que le atribuye en denuncia o querrela un hecho punible que presenta caracteres de delitos y que simplemente resulta verosímil, sin necesidad de que exista una atribución judicial del delito basada en indicios racionales”*. Por ello, considera el autor, que la imputación es un término confuso y defiende que el contenido semántico de investigado y encausado presenta mayor neutralidad y *“resulta perfectamente legítimo que la ley introduzca en la justicia penal, no sólo disposiciones de carácter técnico-procesal, sino también mensajes simbólicos tendentes a transformar una cultura jurídica incoherente con unas garantías*

⁶¹ El autor considera que el término acusado es, según la RAE, más limitado y concreto que encausado, término mucho más amplio. Asimismo propone que el orden procesal debiera ser 1) denunciado o querrellado, 2) investigado, 3) imputado y 4) acusado. Cuatro términos, sin embargo, pueden provocar, a nuestro juicio, cierta confusión. RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, R. “¿Investigados” y “encausados” o “denunciados”, “querrellados”, “investigados”, “imputados” y “acusados”...?, *Diario La Ley* nº8515, 9 abril 2015.

⁶² RODRIGUEZ LAINZ, J.L. “¿Imputado, encausado, investigado o sujeto pasivo del proceso penal? En *Diario La Ley* nº 8520, 16 abril 2015

⁶³ DAMIAN MORENO, J. “Le llamaban imputado”, en el Blog de ALFARO AGUILA-REAL, J. el domingo 15 de marzo de 2015. Disponible en el siguiente enlace:

<http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/03/le-llamaban-imputado.html>

constitucionales básicas –los derechos fundamentales a la defensa y a la presunción de inocencia-, causante de daños reales y graves a las personas”⁶⁴.

Seguramente, el estigma o perjuicio social que causa el término “imputación”, no se solucionará con un mero cambio terminológico por más preciso y exacto que le pueda parecer al legislador. La respuesta al problema radica en una mayor pedagogía, en que la sociedad no vincule su significado a la culpabilidad –alimentada desgraciadamente por los juicios paralelos-, sino al de una garantía que implica el nacimiento del derecho de defensa en el proceso penal, prevaleciendo siempre el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

2. LA GENERALIZACIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCESO PENAL

Otra de las medidas cuya implantación devenía más urgente es la instauración efectiva de la segunda instancia en el proceso penal. Resulta paradójico, cuanto menos, que nuestro ordenamiento procesal penal contemple una única instancia para las sentencias dictadas en procesos relativos a delitos graves pero reconozca la doble para los procedimientos abreviados y los juicios de faltas.

El derecho a la doble instancia no es cuestión baladí. Está previsto en el art. 2.1º del protocolo nº 7 de la Carta Europea de Derechos Humanos, de 1 de Noviembre de 1988 –que además fue ratificado por el Estado español el 28 de Septiembre de 2009-, así como en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York. A consecuencia del reiterado incumplimiento, España ha sido objeto de informes desfavorables de la ONU, entre otros, por el caso “*Hill contra España*” –D 526/1993, de 23-6-1997–, el dictamen nº 986/2001, de 30 de julio de 2003, emitido en el caso “*Joseph Semen*”, el D 701/1996, de 11-8-2000, dictada en el caso “*Cesareo Gómez Vázquez*” y el de 6 de Noviembre de 2009, etc.

⁶⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. “El derecho de defensa y la marca de Caín”, en prensa (publicación estimada para junio 2014 en la Editorial Jurídica Castillo de Luna)

Ante el sistemático incumplimiento de este derecho, el legislador aprobó la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que modificó la LOPJ para conferir el conocimiento de los recursos de apelación a las Salas de lo Penal de los TSJ (art. 73.3 c. LOPJ) y crear una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional (art. 64 bis). Dicha LO, sin embargo, no vino acompañada de la preceptiva reforma procesal penal que le otorgara efectividad.

Por consiguiente, el legislador ha introducido en el Proyecto el art. 846 ter que dispone, en su número 1, que *“Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia”*.

Con acierto, el legislador no ha entrado en el debate sobre la reforma del modelo de apelación, por lo que la segunda instancia mantiene el carácter de apelación limitada y no de apelación plena, tal y como acontece en el sistema alemán. Posiblemente un modelo de apelación plena generaría más inconvenientes que ventajas⁶⁵, pero es que además supondría un notable gasto económico, lo cual no casa con una reforma como la actual, que se antoja *“low cost”* o a coste cero, tal y como establece la disposición adicional única: *“Las medidas establecidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal”*.

3. LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TEDH

Ante la ausencia de previsión legal para dar cumplimiento efectivo a las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Proyecto de reforma modifica sustancialmente el art. 945 LECrim e introduce un número 2.

⁶⁵ Vid. la exposición de motivos de la ALECrím de 2011 y la de la PCPP que la rechazan, entre otros motivos, por no garantizar rigurosamente la intermediación y que, incluso, puede dar lugar a que las partes se reserven para la segunda instancia su verdadera estrategia procesal.

que reconoce expresamente la revisión de las sentencias del TEDH cuando hayan violado el CEDH siempre que ésta sea imprescindible para evitar que los efectos de la violación reconocida por el Tribunal persistan. Asimismo, el citado artículo, en su párrafo segundo, confiere legitimación activa únicamente a quien fue demandante ante el TEDH y le otorga un plazo máximo de un año desde que la sentencia alcanzó firmeza para el ejercicio de tal derecho.

El Tribunal Constitucional, desde hace más de 20 años en su STC 245/1991 – asunto conocido como caso *Bultó*- ya sugirió el citado motivo de revisión⁶⁶. Del mismo modo, la doctrina científica también puso de manifiesto dicha necesidad⁶⁷. No ha sido, sin embargo, hasta la ejecución de la sentencia TEDH *Inés del Río contra España*, que acabó definitivamente con la conocida como “Doctrina Parot” cuando el legislador ha optado por configurar el motivo de revisión analizado. Y ello porque la ejecución de la citada sentencia supuso la excarcelación masiva e inmediata de personas condenadas por delitos de terrorismo así como por pederastia, asesinatos múltiples y violaciones en serie.

Por tanto, el motivo de revisión proyectado, que a su vez viene a consagrar el Auto de Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2014⁶⁸ –que corrige así su propia doctrina, en la que reiteradamente negaba la revisión- , si bien resulta, tal

⁶⁶ Concretamente el fundamento jurídico 5º “...En este sentido, para coordinar adecuadamente la tutela del derecho reconocido en el Convenio y la tutela del derecho fundamental reconocida en la Constitución, el Poder legislativo debería establecer cauces procesales adecuados a través de los cuales sea posible articular, ante los órganos del Poder Judicial, la eficacia de las resoluciones del TEDH en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, se haya declarado la infracción de derechos fundamentales en la imposición de una condena penal que se encuentra aún en trámite de ejecución.”

⁶⁷ Véase IBAÑEZ POZAS, F. “Problemas de aplicación en España de la ejecución de sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU” en *Estudios acerca de la reforma de la justicia en España*, Tomo II, Madrid, 2004, págs. 227 y 228, LOZANO EIROA, M. “Principio de legalidad y ejecución de las sentencias del TEDH: STEDH Del Río Prada contra España, de 21 de octubre de 2013” en *Revista General de Derecho Europeo*, número 32, pág. 18, GIMENO BEVIA, J. “El TEDH pone fin a la Doctrina Parot en España”, *Rivista de Diritto Penale Contemporaneo*, junio 2014, pág.9.

⁶⁸ Así, pues, en el fundamento jurídico segundo, el propio TS se muestra tajante: “En esta situación, la teoría de la época anterior sobre la no ejecutividad de las sentencias del TEDH está superada”

y como ha demostrado la ejecución de la STEDH *Inés del Río*, totalmente necesario, debería haberse previsto mucho antes⁶⁹.

4. DIRECTIVA 2013/48/UE SOBRE EL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA EN LOS PROCESOS PENALES

El legislador español ha querido asimismo aprovechar la reforma para transponer la Directiva 2013/48 de la Unión Europea sobre el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales.

En un escenario cada vez más propenso a la armonización, no sólo en materia penal, sino también procesal, en la que además se tiende a establecer mayores mecanismos de cooperación entre los Estados miembros, el legislador europeo pretende reforzar el derecho de defensa en el proceso penal.

Así, pues, el Proyecto modifica sustancialmente los artículos 118, 509, 520 y 527 de la LECrim, facilitando la aplicación de los derechos contenidos en los arts. 3, 5, 6 y 8 del CEDH.

De los artículos enumerados, cabe prestar especial atención al nuevo art. 118, que viene a garantizar el derecho de defensa, confiriendo al investigado la posibilidad de intervenir en las actuaciones desde que se le comunique la existencia de la comisión del hecho punible⁷⁰. De un modo pormenorizado, el número 1 proclama el derecho a ser informado(a)), al examen de las actuaciones (b)), al derecho de actuación en el proceso penal (c)), a la libre designación de abogado (d)), a la asistencia jurídica gratuita (e)), a la traducción e interpretación⁷¹ (f)), a guardar silencio (g)) y a no declarar contra sí mismo (h)). El

⁶⁹ También lo contemplaba la PCPP en su art. 623 y el art.660 del ALECrím. Ambos contenidos son muy parecidos al proyectado en la reforma de 2015.

⁷⁰ El ALECrím, por el contrario, postergaba el nacimiento del derecho de defensa a la primera comparecencia del imputado, no a la detención. Además, el abogado defensor no podía participar en gran parte de los actos de investigación, pues debía solicitar al M.F. la práctica de diligencias que estimase y que podrían ser practicadas únicamente cuando el fiscal las considerase relevantes (art. 470). Vid. GIMENO BEVIA, J. "Hacia un proceso penal del S.XXI en España. Algunas claves de la Propuesta de Código Procesal Penal" en *Gaceta Penal* nº59, mayo 2014, Perú, pág.330

⁷¹ El derecho a la traducción e interpretación ha sido asimismo reforzado a través de la Directiva 2010/64/UE de 20 de octubre, transpuesta a nuestra legislación procesal penal a través de la LO

número 2 además de proclamar el derecho a la asistencia letrada, fija el marco temporal del ejercicio del derecho de defensa desde la atribución del hecho punible al investigado hasta la extinción de la pena, por lo que también se reconoce la vigencia de este derecho incluso en centros penitenciarios. El 3 hace referencia a la representación por procurador y el 4 a la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente, con especial hincapié a las consecuencias que pudieran producirse a causa de una intervención ilegal de dichas comunicaciones, a excepción de la participación del abogado en el hecho delictivo. Por último, el número 5 garantiza la puesta en conocimiento de la admisión de la denuncia o querrela a los presuntos responsables.

También resulta especialmente relevante el art. 509 que regula la excepción referida a la detención o prisión incomunicada para proteger bien la vida, libertad o integridad física de una persona, bien que se comprometa de modo grave el proceso penal. El 520, por otra parte, regula los derechos del detenido, redundando en los contemplados en el 118 y añadiendo otros – claramente contemplados en la Directiva transpuesta- relativos al detenido extranjero, tales como el derecho a la comunicación con la Oficina Consular.

La reforma proyectada, por tanto, viene a dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto por el legislador europeo y a blindar el derecho de defensa en todos los estadios del proceso penal, lo cual merece una valoración favorable.

V. CONCLUSIÓN

Sin perjuicio de la urgente necesidad de una reforma integral de la justicia penal, las medidas de agilización y el refuerzo de las garantías contemplados en los proyectos de Ley que han sido objeto de este estudio, constituyen una mejora necesaria –y en ocasiones imprescindible, tal y como acontecen con la transposición de las Directivas Europas- de nuestro proceso penal. En un

5/2015 de 27 de abril, por la que se modifica la LECrim y la LOPJ. Un análisis más detallado de dicha Directiva en LÓPEZ JARA, M. “La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de derechos y garantías procesales: los derechos a la traducción e interpretación y a la información en el proceso penal”, *Diario La Ley* nº 8540, 15 mayo 2015.

momento de crisis económica como el actual, resulta complicado llevar a cabo reformas que impliquen altas inversiones personales y materiales –p.ej. habrá que comprobar cómo se materializa la segunda instancia penal- pero ello no puede impedir que se adopten soluciones a los problemas que plantea nuestra vetusta LECrim. Asimismo, las medidas enunciadas han sido en gran parte contempladas en los dos proyectos de nuevo proceso penal, estos son, el ALECrim de 2011 (durante el Gobierno del PSOE) y la PCPP de 2013 (en la presente legislatura, Gobierno del PP), por lo que no debiera ser la reforma utilizada con fines partidistas, sino que sería oportuno alcanzar el consenso necesario y que el texto proyectado –si bien puede ser mejorado mediante la introducción de algunas enmiendas- sea finalmente aprobado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLEJO MANZANARES, R. “Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto”, *Diario La Ley* nº8544, 21 mayo 2015
- DAMIAN MORENO, J. “Le llamaban imputado”, en el Blog Derecho Mercantil España, el domingo 15 de marzo de 2015
- DE LA OLIVA SANTOS, A. Blog Por Derecho
- GIMENO BEVIA, J. “Hacia un proceso penal del S.XXI en España. Algunas claves de la Propuesta de Código Procesal Penal” en *Gaceta Penal* nº59, mayo 2014, Perú
- GIMENO BEVIA, J. *El proceso penal de las personas jurídicas.*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014
- GIMENO BEVIA, J. “El TEDH pone fin a la Doctrina Parot en España”, *Rivista de Diritto Penale Contemporaneo*, junio 2014

-
- GIMENO SENDRA, V. “Corrupción y propuestas de reforma”, *Diario La Ley*, nº7990, 26 diciembre 2012
 - GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2012,
 - GIMENO SENDRA, V., “La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España”., *Anuario de Derecho Penal*, Perú, 2004
 - GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. “El derecho de defensa y la marca de Caín”, en prensa (publicación estimada para junio 2014 en la Editorial Jurídica Castillo de Luna)
 - IBAÑEZ POZAS, F. “Problemas de aplicación en España de la ejecución de sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU” en *Estudios acerca de la reforma de la justicia en España*, Tomo II, Madrid, 2004
 - LÓPEZ JARA, M. “La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de derechos y garantías procesales: los derechos a la traducción e interpretación y a la información en el proceso penal”, *Diario La Ley* nº 8540, 15 mayo 2015.
 - LOZANO EIROA, M. “Principio de legalidad y ejecución de las sentencias del TEDH: STEDH Del Río Prada contra España, de 21 de octubre de 2013” en *Revista General de Derecho Europeo*, número 32
 - MORENO CATENA, V. *Fiscalía europea y Derechos fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
 - MUÑOZ CONDE, F., “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho”

- RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, R. “¿”Investigados” y “encausados” o “denunciados”, “querellados”, “investigados”, “imputados” y “acusados”...?, *Diario La Ley* nº8515, 9 abril 2015

- RODRIGUEZ LAINZ, J.L. “¿Imputado, encausado, investigado o sujeto pasivo del proceso penal? En *Diario La Ley* nº 8520, 16 abril 2015

LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LA SANIDAD PÚBLICA EN ESPAÑA

Iñigo Cortázar Neira.

Jefe de Sección Jurídica en la Secretaría General de la Consejería de Agricultura

Finalización del trabajo: 30 de junio de 2014

Índice

1. INTRODUCCIÓN
2. LA SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA: LA LEY GENERAL DE SANIDAD Y EL INFORME ABRIL
3. LA REFORMA DE LA GESTIÓN DIRECTA: LA LEY 15/1997, EL ARTÍCULO 111 DE LA LEY 50/1998 Y EL REAL DECRETO 29/2000
4. LA GESTIÓN INDIRECTA EN EL ÁMBITO SANITARIO: CONCIERTOS, CONVENIOS Y CONCESIONES
5. LA GESTIÓN AUTONÓMICA DE LA ATENCIÓN SANITARIA: EXPERIENCIAS RELEVANTES Y RASGOS COMUNES
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

“De todos los empeños que se han esforzado en cumplir los poderes públicos desde la emergencia misma de la Administración contemporánea, tal vez no haya ninguno tan reiteradamente ensayado ni con tanta contumacia frustrado como la reforma de la sanidad”

(Preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley General de Sanidad)

El encabezado de esta introducción es muy ilustrativo de la actuación histórica de las Administraciones Públicas en relación a la gestión de la sanidad. Es este un ámbito que consume una ingente cantidad de recursos tanto materiales (en torno al 40% de los presupuestos públicos van destinados a este apartado en nuestro país) como humanos, y que ocupa un lugar central en las agendas públicas.

Esta importancia ha ido incrementándose progresivamente a nivel global desde el final de la Segunda Guerra Mundial, con el triunfo de la concepción keynesiana de la actuación estatal y la imposición del Estado de Bienestar, que daba un paso más allá del Estado Liberal clásico al preocuparse, no sólo de los derechos fundamentales y las libertades políticas, sino también de la esfera social y económica, resultando en el Estado Social, cuyos tres pilares son la educación, el sistema de pensiones y, precisamente, la sanidad.

En nuestro país, esta mayor preocupación por la sanidad en general, y por la asistencia sanitaria en particular, se tradujo aún en la época del franquismo en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, enfocada a superar las dificultades en la gestión de la multiplicidad de mutuas y seguros sociales surgidos en la primera mitad del siglo XX.

Un hito fundamental en este camino lo supuso la consagración de España como Estado Social (y Democrático de Derecho), con la consiguiente constitucionalización de, entre otros, el derecho a la protección de la salud (art. 43 de la Constitución –CE-) y del sistema público de seguridad social (art. 41), como principios rectores de la política social y económica que deben informar la actuación de los poderes públicos, así como la práctica legislativa y judicial.

Paradójicamente, y como muestra de que el ordenamiento jurídico va a remolque en numerosas ocasiones de la realidad socio-económica, el esfuerzo legislativo en España de articulación de un sistema público de salud (cuyo principal exponente es la Ley 14/1986, General de Sanidad -LGS-) coincidió en el

tiempo con el cuestionamiento del sustrato ideológico en el que se fundamentaba: el modelo keynesiano de Estado del Bienestar.

Esta puesta en cuestión, liderada por el pensamiento neoliberal articulado en torno a la Escuela de Chicago, fue articulada políticamente por los gobiernos conservadores de los países anglosajones en los años 80 del pasado siglo y motivó un cambio de paradigma: del Gobierno como solución se pasó al Gobierno como problema. En este contexto, las políticas de paulatino desmantelamiento del Estado Social se comenzaron a abrir paso con la privatización de servicios públicos como muestra más significativa.

Es evidente que la sanidad pública, con las necesidades de financiación que lleva aparejada, no iba a resultar ajena a esta nueva manera de gestión pública que se iba abriendo camino, y dentro del proceso de reflexión acerca de cómo adecuar la misma a los nuevos estándares, las formas de gestión ocupan un lugar central.

Constituye, de este modo, el objeto principal de este trabajo un somero estudio de las formas de gestión que se han ido ensayando en el Sistema Nacional de Salud (SNS) Podemos hablar de nuevas formas porque tienen una vida relativamente corta, apenas 11 años desde la regulación de las mismas en el Real Decreto 29/2000, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, si bien autonomías como Cataluña o Andalucía (que tenían en aquel momento las competencias de sanidad transferidas) habían legislado en ese sentido, pero la relevancia del citado Real Decreto, que desarrolla la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, hito fundamental en este proceso, radica en que posibilitó la generalización de las mismas.

Conviene matizar asimismo que se van a analizar las formas de gestión de la sanidad pública. Y es que, a pesar del carácter de servicio público de la atención sanitaria, no es un ámbito vedado a la iniciativa privada, y en él actúan entidades

privadas en el marco de la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la CE. Pero la actuación de las mismas sólo va a interesar a los efectos del presente estudio en la medida en que colaboran con la Administración Pública para la prestación del servicio público sanitario a través de los diferentes sistemas de gestión indirecta.

2. LA SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA: LA LEY GENERAL DE SANIDAD Y EL INFORME ABRIL

2.1 La sanidad en la Constitución

La historia de la asistencia sanitaria española se ha caracterizado en el siglo pasado por un proceso progresivo de publicación e integración. La Constitución jugó un papel fundamental en el mismo al ocuparse de la sanidad tanto en su parte dogmática (arts. 41, 46 y 49), como en la organizativa (arts. 148.1.21 y 149.1, 16 y 17).

El precepto más relevante es el 43⁷², que reconoce el derecho a la protección de la salud, y que está configurado como un principio rector de la política social y económica. En él se contienen una serie de mandatos dirigidos a los poderes públicos para que hagan efectivas las prestaciones que se definen como contenidos del Estado Social y a las que los ciudadanos tendrán derecho a acceder en los términos que establezca la legislación positiva⁷³. De ahí que, aunque el citado artículo no configure un derecho subjetivo constitucional, de él

⁷² El artículo 43 de la CE dispone lo siguiente:

“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.”

⁷³ En los términos del artículo 53.3 de la CE

resulta “*el derecho a que se establezcan derechos*”⁷⁴, que sí serán verdaderos derechos subjetivos conforme a la legislación que los regule. Son, de este modo, derechos de configuración legal.

Queda reflejado, de este modo, la importancia de la salud en el texto constitucional, ya que, aunque el constituyente no esté creando ni atribuyendo directamente un derecho individual, se refiere a la salud como un derecho y remite expresamente al legislador ordinario el establecimiento de los derechos y los deberes de todos al respecto.

Entre estos derechos, el más relevante es, sin duda, el derecho a la asistencia sanitaria, para cuya consecución los poderes públicos deben articular los centros, establecimientos y servicios pertinentes. La CE, aunque prejuzga la organización de un servicio público en sentido amplio, no determina necesariamente que su prestación se haya de realizar en régimen de monopolio, sin prever la forma de organización. De este modo, la gestión de los centros y establecimientos sanitarios no es contemplada en ningún sentido por la CE y se puede decir que “*el Servicio Nacional de Salud, público y de gestión oficial, no es una consecuencia ni obligada ni natural del precepto contenido en el artículo 43.2 de la Constitución*”⁷⁵

2.2 La Ley General de Sanidad

La LGS, que desarrolla el art. 43 CE en el ámbito de los derechos a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria⁷⁶, tampoco establece de manera

⁷⁴ FERNÁNDEZ PASTRANA, JOSE M^º: “*El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional*” Madrid, Cuadernos Civitas, 1984, p. 62

⁷⁵ En la reseña de BORRAJO DACRUZ, EFRÉN, al artículo 43 de la CE en los “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*” dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, OSCAR. Madrid. Edersa. 1997

⁷⁶ Ver en este sentido la explicación del esfuerzo de la LGS en la explicación del derecho a la protección de la salud y la insuficiente distinción con respecto al de la asistencia sanitaria en el

expresa un modelo de gestión de los servicios sanitarios, en buena medida debido a que, conforme a lo establecido constitucionalmente, redistribuye las competencias sanitarias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, desplazando el centro del sistema a estas últimas, quedando reducido el Estado a la dirección en los aspectos considerados básicos y a la coordinación. Por lo tanto, una ley estatal no podría, en principio, no podría predeterminar el modelo y las formas de gestión que, de una forma mayoritaria, van a ser responsabilidad de los poderes autonómicos⁷⁷.

No obstante lo anteriormente expuesto, el criterio de la LGS parece ser que en los centros públicos las prestaciones sanitarias son objeto de gestión directa, mientras que la colaboración de los centros privados se instrumenta a través de los convenios de vinculación y los conciertos.

Esta opción implícita de la LGS por la gestión directa aparece recogida en la Exposición de Motivos de la Ley 15/1997, en donde se recoge que *“La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, incorporó al ámbito del Sistema Nacional de Salud, un modelo de organización de los centros y servicios caracterizado, fundamentalmente, por la gestión directa, tradicional en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social”*

Esta apuesta por la prestación de los servicios sanitarios de forma directa obedece a razones históricas (asunción por la Seguridad Social de la prestación directa mediante la creación de una red propia), ideológicas (el rechazo a hacer dinero con la salud) y derivadas del carácter de obligación de medios de las prestaciones sanitarias.⁷⁸

prólogo de MENENDEZ REXACH, ANGEL a la obra de DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA: *“Las formas de gestión de la sanidad pública en España”* Madrid, Ed. La Ley, 2006 (p. 24)

⁷⁷ Aunque posteriormente esta predeterminación sí que se produjo, en cierto modo, con la Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

⁷⁸ VILLAR ROJAS, F. *“La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”* en *RAP*, nº 172, 2007, págs. 150-155, citado por FUENTETAJA PASTOR, J.A en *“La*

También se puede inferir esta elección legislativa de la configuración de las Áreas de Salud que efectúa la LGS como *“las estructuras fundamentales del sistema sanitario”*⁷⁹, al elegir como pieza fundamental de la organización a un órgano desconcentrado y especializado, pero sin personalidad jurídica diferenciada. Es decir, que entre todas las posibilidades organizativas, la LGS optó por una caracterizada por la gestión directa de los servicios de salud llevada a cabo sin entes instrumentales intermedios con personalidad jurídica.

De hecho, hay posturas que incluso consideran que la LGS va más allá, al considerar que ésta opta por un modelo caracterizado por *“la gestión directa de los servicios de salud llevada a cabo sin entes instrumentales intermedios dotados de personalidad jurídica”*⁸⁰

Otros autores en esta línea, mantienen que la LGS *“no deja de instaurar un modelo sólidamente asentado sobre la noción estricta u orgánica de servicio público, la tradicional en nuestro ordenamiento jurídico [...] un modelo inspirado en los principios de universalidad e integridad y configurado como un sistema nacional de salud.”*⁸¹ Esta corriente doctrinal está avalada por la práctica legislativa, ya que hasta la ley de habilitación de 1997 la gestión directa tradicional (sin entes intermedios) fue, en efecto, la forma de gestión.

intervención de la Administración en la sanidad”, en la obra colectiva coordinada por LINDE PANIAGUA, ENRIQUE *“Parte especial del Derecho Administrativo: La intervención de la Administración en la sociedad”* Madrid, Colex, 2007

⁷⁹ Art. 56.2 LGS

⁸⁰ SANCHEZ CARO, JAVIER : *“Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la sanidad española (La perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)”* en la obra colectiva *“La organización de los servicios públicos sanitarios”* coordinada por L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER, Madrid, Marcial Pons, 2000, pág. 145

⁸¹ VAQUER CABALLERÍA, MARCOS: *“Las nuevas formas de organización instrumental de la Administración sanitaria”* en la revista *“Boletín Aranzadi Administrativo 2/1999”* Pamplona, Ed. Aranzadi. 1999. pp 1-2

De lo anteriormente expuesto, resulta de este modo evidente que, aunque fuese de manera implícita, la LGS consagró en todo el SNS (que ella misma creó y configuró inicialmente como el conjunto de los servicios de salud autonómicos y estatal) un modelo de gestión directa a través de pautas y grandes líneas, al no poder ir más allá de acuerdo al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Los ejemplos más claros los encontramos en artículos como el 45 que señala que el SNS integra todas las funciones y prestaciones sanitarias responsabilidad de los poderes públicos o el 46, que señala las características fundamentales del SNS, entre las que se encuentra la integración de todos los recursos públicos en un único dispositivo. Es decir, que se rigen por los principios de universalidad e integración, que conectan dificultosamente con una hipotética intención del legislador de dejar una puerta abierta a nuevas formas de gestión directa que redundarían en un mayor particularismo.

No obstante, la LGS no excluye la participación privada a través de la gestión indirecta, al admitir la vinculación de los hospitales generales de carácter privado mediante convenios singulares y conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos, como ya veremos más adelante.

En cuanto al régimen jurídico y la autonomía de los centros hospitalarios, la LGS no dispuso ningún precepto, pero sí lo hizo el Real Decreto 521/1987 que aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el INSALUD. Su artículo 4 dispone que *“se instrumentarán las fórmulas administrativas precisas tendentes a proporcionar al hospital la mayor autonomía en la gestión y utilización de los recursos”*, pero sin dotarlos de personalidad jurídica. Así pues, las instituciones sanitarias entran en la clasificación de *“establecimiento público”*⁸², entendido como una unidad orgánica, con o sin personalidad jurídica, dotada de medios materiales, personales y técnicos para la realización de una actividad prestacional a favor de los

⁸² VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ: *“Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas formas de gestión: fundaciones”*, pág. 2

particulares en cumplimiento de un fin público determinado, que cuenta con un cierto grado de autonomía de gestión frente a la autoridad competente en razón al carácter técnico y material de su actividad.

Una de las líneas maestras de la reforma será, precisamente, la atribución de personalidad jurídica a estos establecimientos para avanzar en una mayor autonomía de gestión.

2.3 El informe Abril

La evolución legislativa española iba a contracorriente de las nuevas corrientes ideológicas en la gestión pública y experimentó en las últimas décadas del siglo XX una evidente inflexión, que suele explicarse como una manifestación de la crisis del Estado del bienestar, crisis que es sobre todo financiera, pero también de racionalidad y legitimación.

Desde entonces varios son los sistemas comparados que se han cuestionado los principios sobre los que se asentaban los sistemas sanitarios, proponiendo la sustitución de la concentración de funciones hasta ahora acumuladas en la Administración Sanitaria por la separación entre autoridad y asistencia sanitaria y por la diferenciación entre la financiación, la compra, y la prestación de los servicios sanitarios, con el objeto último de crear una cierta competencia en dicha prestación. De este modo, la competencia “planificada” se convierte en la verdadera idea clave de estas nuevas tendencias de reforma, y en torno a la misma se sitúan los principales paradigmas organizativos de la reforma: la descentralización y mayor autonomía de gestión de las organizaciones asistenciales y la flexibilización de dicha gestión mediante el recurso a formas empresariales o de Derecho privado.

En España, hubo que esperar hasta 1991, fecha en la que se publicó el conocido como Informe Abril⁸³. Dicho Informe defendió *“la introducción progresiva de la separación entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión”*, funciones estas para las que debiera promoverse por los compradores de los servicios una cierta competencia entre las unidades de provisión de los servicios (hospitales, centros de salud...)

Además de esta clara apuesta por la separación de funciones, en contraposición con el principio de integración de la LGS, el Informe Abril es demoledor con el Derecho público al afirmar que el mismo *“podría servir eventualmente para las funciones de financiación y compra, pero de ninguna manera puede adecuarse a la gestión, que precisa de una organización de carácter más empresarial”* Nos encontramos, de esta forma, ante una verdadera enmienda a la totalidad de las formas de gestión tradicionales experimentadas en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahondando en esta línea, el Informe continúa afirmando que *“el Sistema Nacional de Salud está orientado básicamente al cumplimiento de los procedimientos formales de la función pública, antes que al logro de altos resultados”*

En cuanto al régimen jurídico, el Informe propone modificaciones introduciendo la distinción entre la estructura y la función del servicio público. De este modo *“el carácter de servicio público no está determinado por la forma*

⁸³Nos referimos al informe elaborado por la “Comisión de expertos para el estudio del Sistema Nacional de Salud y las tendencias de su entorno en el momento actual y cara al futuro”, que fue creada por iniciativa del Grupo Parlamentario CDS (25 de enero de 1990). Posteriormente, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en ejecución del acuerdo adoptado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 13 de febrero de 1990 (*Diario de Sesiones*, nº 4), con motivo del debate de la Proposición correspondiente, acordó crear la mencionada Comisión, que rindió su informe en julio de 1991.

jurídica en que se organiza, sino básicamente por la naturaleza de la función, por el origen público de los recursos que la financia y, en el caso concreto del Sistema Nacional de Salud, por la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la asistencia...La Comisión entiende que el Sistema Nacional de Salud debe adoptar, por tanto, las formas jurídicas más adecuadas que promuevan dicha responsabilidad, la definan de modo concreto y la cultiven como virtud social”

Y la conclusión final afirma que *“los hospitales y otros centros de servicios sanitarios podrían transformarse en sociedades estatales que, en su funcionamiento, quedarían sometidos al Derecho privado”*

Este Informe Abril no tuvo una aplicación inmediata, de hecho fue largamente criticado con similares argumentos a los empleados para referirse a la habilitación establecida por la Ley 15/1997, basados fundamentalmente en una supuesta intención de privatizar la sanidad. La oposición con la que contó, unida al cambio de titular del Ministerio de Sanidad en aquel momento originó que hubiese que esperar 5 años y un cambio de signo del Gobierno de la Nación para que las conclusiones del Informe fueran tenidas en cuenta para un intento de reforma del SNS.

Este intento se tradujo en el Real Decreto-Ley 10/1996, de habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, que vino a establecer que la administración de los centros sanitarios pudiera llevarse a cabo mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer, además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida, generalizando las previsiones contenidas en diversas leyes dictadas por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

La entrada en vigor del citado Real Decreto-ley 10/1996 permitió al Instituto Nacional de la Salud la puesta en marcha de algunas iniciativas en materia de gestión y, en concreto, la constitución de fundaciones de naturaleza o titularidad pública para la gestión de nuevos hospitales.

Dicho Real Decreto – Ley fue tramitado como proyecto de ley y trajo como resultado la aprobación de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que pasamos a analizar a continuación.

3. LA REFORMA DE LA GESTIÓN DIRECTA: LA LEY 15/1997, EL ARTÍCULO 111 DE LA LEY 50/1998 Y EL REAL DECRETO 29/2000

3.1 La Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud

Esta Ley 15/1997 supuso un enorme cambio en el modelo organizativo de la sanidad pública, volcado como hemos visto en la gestión directa sin entes intermedios en consonancia con el espíritu de la LGS. Este cambio, a pesar de esa disonancia con la LGS, no se produjo a través de una reforma directa de ésta, sino mediante una reforma colateral con la aprobación de esta Ley 15/1997.

El texto sólo tiene un artículo, que dispone lo siguiente:

“Artículo único

- 1. En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución*

de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.

2. *La prestación y la gestión de los servicios sanitarios y socio-sanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad”*

En primer lugar, debemos matizar que el punto 2 del artículo, referido a la gestión indirecta, no supone novedad alguna en el ordenamiento sanitaria porque los acuerdos, convenios y conciertos ya estaban previstos en la LGS (tal y como, por otra parte, recoge el propio articulado) Pero sí que conviene apuntar la confusión terminológica que en el artículo 1.1 se produce cuando se establece que la gestión de los centros sanitarios podrá efectuarse *“directa o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.”* Ya hemos analizado con anterioridad que la TRLCSP no será aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, cualquiera que sea la forma jurídica de esa entidad de titularidad pública, con lo que el término *“indirectamente”* de la Ley 15/1997 induce a error, ya que en todo momento el artículo 1.1 se está refiriendo a formas de gestión directa.

En segundo lugar, el rasgo más relevante de la Ley 15/1997 radica en que se produce una máxima liberalización de las formas organizativas y de gestión utilizables (*“cualquiera entidades”*) lo que equivale al establecimiento de la *“organización a la carta”*⁸⁴. En este contexto liberalizador, se produce una discutible operación de deslegalización, ya que, tal y como recoge el párrafo sexto

⁸⁴ PAREJO ALFONSO, LUCIANO: *“Constitución, Sistema Nacional de Salud”* en la obra colectiva citada de L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER, pág. 14

de la Exposición de Motivos, *“se habilita expresamente al Gobierno y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas [...] para determinar reglamentariamente las normas jurídicas [...] de las entidades que se pudieran crear”* Si bien es cierto que esta habilitación proporciona mayor flexibilidad al sistema, también lo es que la reforma planteada por la Ley 15/1997 se encuentra, como ya queda referido, desligada totalmente de la LGS, a la que no reforma, por lo que aparece desconectada realmente de la función de desarrollo del programa legislativo de la prestación sanitaria a cuya ejecución debe servir.

Como contrapeso a este impulso liberalizador, otra característica importante de la Ley 15/1997 es la cláusula de salvaguarda del servicio público (*“garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público”*) con la que parece querer hacer frente a las críticas que apuntan a la privatización del sistema, advirtiendo de que la Ley contiene una reforma organizativa y sólo organizativa, si bien tal invocación no es garantía de mucho en el plano técnico-jurídico, pues sólo alcanza al compromiso del poder público de mantener la titularidad -que no necesariamente la gestión- de tal servicio público, a veces en coexistencia con actividades plenamente privadas con el mismo contenido.

Por último, resaltar el carácter básico de la Ley por el hecho de que el contenido de la Ley se refiere a un aspecto nuclear del Sistema. Además, el propio texto habla de que la reforma se produce *“en el ámbito del Sistema Nacional de Salud”*, superando el campo de actuación que correspondía al Estado a través del Insalud.⁸⁵ De hecho, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2000 dispone, sobre este particular, que *“la Generalitat Valenciana, como el resto de las Comunidades, se integra en el Sistema Nacional de Salud, y puede adoptar las formas de gestión establecidas en dicha normativa [se refiere a la Ley 15/1997 y al RD 29/2000], sin perjuicio de la normativa que puedan establecer las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias”*

⁸⁵ De hecho, la Ley 15/1997 ya no habla de formas de gestión del INSALUD, como hacía el Real Decreto-Ley 10/1996 del que se origina, sino del Sistema Nacional de Salud

3.2 El artículo 111 de la Ley 50/1998.

Con el objeto de ampliar las posibilidades de gestión a las que pueden acceder los centros, el artículo 111 de la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (ley de acompañamiento presupuestario) instituye las fundaciones públicas sanitarias⁸⁶. Este precepto extiende su ámbito

⁸⁶ El artículo 111 dispone

“1. De acuerdo con lo establecido en la Ley 15/1997 [...], para la gestión y administración de los centros, establecimientos, y servicios sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrán crearse cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, y, entre ellas, las fundaciones públicas sanitarias, que se regulan por las disposiciones contenidas en el presente artículo, por lo que se refiere al ámbito del Instituto Nacional de la Salud, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales.

2. Las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud, que se regirán por las disposiciones contenidas en este artículo

3. La constitución, modificación y extinción de las fundaciones públicas sanitarias, así como sus correspondientes estatutos, serán aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. Al proyecto de acuerdo se acompañará el plan inicial al que se refiere el apartado siguiente.

4. El plan inicial de actuación de las fundaciones públicas sanitarias será aprobado por la Presidencia Ejecutiva del INSALUD, e incluirá los siguientes extremos:

a. Los objetivos que la entidad pretenda alcanzar

b. Los recursos humanos, financieros, y materiales precisos para su funcionamiento.

5. El personal al servicio de las fundaciones públicas sanitarias, con carácter general, se regirá por las normas de carácter estatutario, relativas al personal de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

Asimismo, podrá incorporarse personal que ostente vinculación de carácter funcional o laboral, al que le será de aplicación su propia normativa.

6. El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, podrá contratarse conforme al régimen laboral de alta dirección, previsto en el Real Decreto 1382/1985. Si la designación recae en quien ostente vinculación como personal estatutario fijo o funcionario de carrera, podrá efectuarse nombramiento a través del sistema de libre designación.

7. El régimen de contratación respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia, y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

8. Las fundaciones públicas sanitarias dispondrán de su propio patrimonio y podrán tener bienes adscritos por la Administración General del Estado o por la Tesorería General de la Seguridad Social.

de aplicación al entero Sistema Nacional de Salud, configurando una nueva base de la organización sanitaria. Pero, en realidad, este alcance básico se circunscribe al apartado primero, que se limita a establecer el *nomen iuris* del nuevo ente, ya que la naturaleza y régimen jurídico recogidos en los epígrafes posteriores son sólo directamente aplicables a los centros del INSALUD, siendo supletorios para las entidades autonómicas.

Se trata de una figura de nueva creación, adaptada a las necesidades peculiares y propias del ámbito sanitario con la cual la Ley 50/1998 trata de escapar de la rigidez de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que intentó dejar reducidas las personificaciones jurídicas a dos categorías: los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales⁸⁷

Con la habilitación conferida por la Ley 15/1997 y con la creación de una forma específica de gestión sanitaria en el artículo 111 de la Ley 50/1998, los órganos de gobierno tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas tenían vía libre para configurar las nuevas formas de gestión sanitaria. Pasemos ahora a estudiar el ámbito estatal, plasmado en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión en el INSALUD

En lo que respecta a su propio patrimonio podrán adquirir a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar bienes y derechos de cualquier clase, que quedarán afectados al cumplimiento de sus fines. Las adquisiciones de bienes inmuebles, así como las enajenaciones de bienes inmuebles propios, requerirán el previo informe favorable de la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud

9. Los recursos económicos de las fundaciones públicas sanitarias podrán provenir de cualesquiera de las fuentes previstas en el artículo 65.1 de la LOFAGE

10. El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero, será el establecido en la Ley General Presupuestaria para las entidades públicas empresariales

11. Las fundaciones públicas sanitarias se registrarán en lo no previsto en el presente artículo por lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la LOFAGE

⁸⁷ Así era antes de la reforma de 2006 en la que se incluyeron en la clasificación a las Agencias Estatales, lo que nos lleva a preguntar si no hubiese sido más recomendable la reforma directa de la LOFAGE antes que esta colateral, vía ley de acompañamiento presupuestario.

3.3 El Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de Salud.

Esta disposición reglamentaria supone la culminación de la reforma de las formas de gestión sanitaria en el ámbito estatal, por cuanto viene a cumplimentar la habilitación aprobada por la Ley 15/1997. Conviene recordar que, si bien el ámbito de aplicación se circunscribe al INSALUD, las Comunidades Autónomas que así lo han considerado conveniente, han podido emplear esta normativa

El RD 29/2000 desarrolla el régimen jurídico de cuatro formas de gestión: las fundaciones constituidas al amparo de la LF⁸⁸, los consorcios, las sociedades estatales, y las fundaciones públicas sanitarias. Con carácter previo a desarrollar cada una de ellas de manera específica cada una de ellas, establece una serie de disposiciones comunes, en relación a la autonomía de gestión, a las garantías, a la gestión, al régimen económico-financiero, al personal, a los órganos de gobierno y participación, y a las garantías a los ciudadanos. Analicemos los aspectos más relevantes de las mismas.

Las disposiciones comunes abogan por una conjunción entre la autonomía de gestión de las nuevas formas y la necesaria coordinación que la configuración del INSALUD como sistema requiere. Así, la autonomía de gestión está, en principio, condicionada por las características propias de cada una de las formas de gestión que adopten los centros sanitarios, y se concreta en diferentes aspectos: la estructura organizativa, la gestión de los planes de calidad total del centro, la elaboración y aplicación de las normas internas de funcionamiento, la gestión de sus recursos económicos, la gestión de la tesorería y patrimonio y, por

⁸⁸Entonces la Ley 30/1994, en la actualidad la Ley 50/2002

último, la gestión de los recursos humanos y el desarrollo de la carrera profesional.⁸⁹

En general, la autonomía de gestión supone un estatuto basado en dos pilares: la descentralización a favor de los entes interpuestos de la toma de decisiones, con base en su personalidad jurídica diferenciada, y la sujeción a un ordenamiento jurídico específico diferente de las normas comunes.

Dentro de las disposiciones comunes tiene especial relevancia la garantía y preservación de la condición de servicio público de las nuevas formas de gestión.⁹⁰ Además, se establece la sujeción de las nuevas entidades a los criterios generales de planificación del INSALUD, reforzándose los principios de coordinación y cooperación entre los distintos centros sanitarios y niveles asistenciales, de modo que se asegure plenamente el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud. Por último, y en este ámbito, los criterios y principios mencionados se complementan con un amplio sistema de garantías de carácter general y particular a lo largo de su articulado. En tal sentido, se dispone el mantenimiento de la concepción integral de toda la red asistencia, garantizando la continuidad entre niveles y preservando el cumplimiento de los principios inspiradores del Sistema Nacional de Salud, tales como los de universalidad y equidad en el acceso. A lo anterior hay que añadir que todos los centros, cualquiera que sea su forma de gestión, proporcionan la prestación de asistencia sanitaria en idénticos términos y con el mismo alcance establecido para todo el Sistema Nacional de Salud, creándose una unidad de garantías para los ciudadanos, dotada de medios y procedimientos que coadyuven a hacer efectivo el ejercicio de los derechos.

En lo que al régimen económico-financiero se refiere, el RD 29/2000 regula con la amplitud posible las fuentes de las que pueden proceder los recursos

⁸⁹Ver art. 12 del RD 29/2000

⁹⁰Ver art. 3 del RD 29/2000

económicos, remitiéndose al régimen presupuestario y de contabilidad establecidos en las normas específicas de cada una de las nuevas formas de gestión. En todo caso, el control financiero se ajusta a lo previsto en la Ley General Presupuestaria y todas las entidades pondrán sus cuentas a disposición de la Intervención General de la Seguridad Social, a los efectos de su posterior rendición al Tribunal de Cuentas, integrándose en la Cuenta del Sistema de la Seguridad Social.⁹¹

La última disposición común relevante a analizar antes del estudio de cada una de las formas específicas hace referencia al personal. La regla general en este campo es que la relación jurídica del personal que preste sus servicios en estas entidades tendrá la naturaleza establecida en las normas específicas de cada una de las nuevas formas de gestión (estatutaria, funcionarial, o laboral)⁹² Al personal estatutario fijo que se incorpore a las plantillas de personal de las entidades que se constituyan y que no pueda conservar su régimen les será de aplicación la reserva de plaza, si bien en el caso del personal estatutario de los centros sanitarios que se conviertan en fundaciones públicas sanitarias o en consorcios conservarán su régimen jurídico, manteniendo inalterable la situación administrativa en la que se encontrasen.

Además, al personal que preste sus servicios en las nuevas formas de gestión les es de aplicación la legislación sobre incompatibilidades y en cuanto a la selección y provisión del mismo, la regla general es que las mismas se efectuarán mediante convocatoria pública ajustada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, aunque cuando se trate de personal estatutario se acomodará a sus normas específicas. En todo caso, y para garantizar la pureza de los procedimientos, se aplican las normas relativas a la abstención y recusación de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

⁹¹Ver art. 14 del RD 29/2000

⁹²Ver art. 18 del RD 29/2000

Pasemos ahora al análisis individual de las nuevas formas de gestión sanitaria reguladas en el RD 29/2000, en la que seguiremos un esquema común: primero presentamos los rasgos fundamentales de su régimen específico fijados por el texto reglamentario para pasar a comentar a continuación los aspectos más relevantes del mismo.

3.3.a) Las Fundaciones privadas en mano pública

El RD 29/2000 define las fundaciones en mano pública como aquellas organizaciones sanitarias sin ánimo de lucro, constituidas por el INSALUD, que destinen y afecten un patrimonio a la realización de fines sanitarios de interés general y que tengan por objeto la gestión y administración de los centros sanitarios⁹³

Su creación se produce por Acuerdo del Consejo de Ministros, que aprueba sus estatutos, y se rigen por éstos, por el RD 29/2000 y, en todo caso por la LF y demás disposiciones estatales y autonómicas que les sean de aplicación⁹⁴.

El máximo órgano de gobierno es el Patronato, compuesto por un Presidente, de 6 a 8 vocales, un Secretario y los demás miembros previstos en sus estatutos⁹⁵, el personal será contratado de acuerdo al régimen laboral, la contratación se efectuará con arreglo al derecho privado con respeto a los principios de publicidad y concurrencia, mientras que en el régimen económico-presupuestario se estará a lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria⁹⁶

⁹³Ver art. 38 del RD 29/2000

⁹⁴Ver art. 39 del RD 29/2000

⁹⁵Ver art. 42 del RD 29/2000

⁹⁶Ver arts. 43, 44 y 45 del RD 29/2000

En general, la LF admite en su artículo 8.4 que *“las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”*⁹⁷

La posibilidad de constituir fundaciones privadas en el ámbito sanitario se prevé expresamente, por primera vez, en el artículo único del Real Decreto-Ley 10/1996, que recibe una nueva redacción por la Ley 15/1997 de la que cabe destacar en este asunto en concreto, que se suprime la mención explícita a las fundaciones entre las formas organizativas habilitadas, aunque sí que aparecen en la Exposición de Motivos de esta Ley.

El problema que suscita la aparición de las fundaciones en esta Exposición de Motivos en que, como ya queda analizado, la Ley 15/1997 habilita para emplear *“entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho”* y que las fundaciones regidas por la LF o son de naturaleza ni de titularidad pública. Para salvar este escollo, se puede interpretar el texto para entender que se refiere a una titularidad organizativa, no dominical, referida por tanto a la capacidad para su creación o a la iniciativa de su constitución.⁹⁸

En este ámbito particular subyace el debate doctrinal en el sentido de si la constitución de fundaciones por parte de las Administraciones supone una desnaturalización de la institución o si, por el contrario, la fundación es una nueva opción organizativa a añadir al repertorio de las que ya tenían cobertura en la legislación administrativa general.

⁹⁷Igual redacción observaba el artículo 6.4 de la Ley 30/1994 de Fundaciones, vigente durante la aprobación de la Ley 15/1997 y el RD 29/2000, a la que sustituyó la actual Ley 50/2002

⁹⁸En este sentido, el artículo 40 del RD 29/2000 atribuye al INSALUD capacidad para constituir fundaciones

La primera postura⁹⁹ parte de la constatación de que las fundaciones son organizaciones privadas, aunque sean de titularidad pública y que la atribución, sin más a la Administración del derecho de fundación implica una desnaturalización de este institución¹⁰⁰ A la fundación sigue siendo consustancial la objetivación de una actividad de interés general a través del negocio fundacional, que es un acto de liberalidad del que resulta la afectación permanente de un patrimonio al fin fundacional, y la diferenciación de la fundación (su voluntad y fines) del fundador (su voluntad y fines). La Administración no puede “objetivar” mediante acto propio un fin de interés general, diferenciándolo de los fines de interés general a los que ella misma sirve y afectando permanentemente un patrimonio público al mismo (en contra del régimen general de dicho patrimonio), ni desentenderse organizativa y funcionalmente de la actividad de interés general por descarga de ésta en una organización cuyo estatuto implica la separación de su creador.

En este sentido, se defiende que no sería jurídicamente admisible la constitución por una entidad pública de una fundación cuyos fines consistan en el ejercicio de funciones y cometidos que tenga asignados aquella entidad pública, en términos tales que la fundación sustituya a la entidad pública que la creó, dando lugar a un vaciamiento de la competencia. Estaríamos ante un *“ejemplo extremo de huida del Derecho Administrativo”*¹⁰¹

Además, y como cuestión conexas, se considera que la atribución de capacidad para constituir fundaciones atribuida por la LF a las Administraciones no es una habilitación en blanco para cualesquiera entes públicos para que

⁹⁹Defendida entre otros por PAREJO ALFONSO, LUCIANO y VAQUER CABALLERÍA, MARCOS

¹⁰⁰En este sentido, CAFFARENA, J. En la obra colectiva *“Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales”* Madrid, Escuela Libre y Marcial Pons. 1995, p. 50

¹⁰¹MENENDEZ REXACH, ANGEL, en la obra colectiva citada de L.PAREJO, F.LOBO y M.Vaquer, pág. 92

descentralicen cualquier actividad de su giro o tráfico propios en una fundación, salvo que sus normas reguladoras lo prohíban¹⁰².

Por el contrario, otro sector doctrinal¹⁰³ afirma que la LF configura expresamente las fundaciones privadas en mano pública sin necesidad de una habilitación ulterior. Conforme a esta interpretación, la capacidad de constitución es la regla, que solo puede quedar exceptuada por norma expresa y contraria y que, por tanto, no se produce desnaturalización alguna de la institución de la fundación.

En este sentido, tanto la jurisprudencia como el legislador han ido cargando de argumentos a esta segunda postura. En el primer caso, con pronunciamientos judiciales diversos en el sentido de considerar que las fundaciones son entes instrumentales a las que resultan aplicables las reglas y principios de Derecho Administrativo¹⁰⁴, y en el segundo, amparando la creación de fundaciones con diversas leyes posteriores¹⁰⁵

Otro aspecto discutible de la regulación de esta figura por el RD 29/2000 radica en que esta disposición reglamentaria invade materias sujetas a reserva de ley, quebrando el principio de jerarquía normativa, al regular aspectos ordenados

¹⁰²De hecho, no se constituyeron fundaciones en el ámbito sanitario hasta que se produjo la habilitación expresa por parte del Real Decreto-Ley 10/1996

¹⁰³Encabezado por J.L PIÑAR MAÑAS

¹⁰⁴ Así, por ejemplo, el Auto 206/1999 del TC, en relación con la Fundación Teatro Lírico, establece que *“la empresa, si bien formalmente jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional [...] luego estamos en presencia [...] de un ente privado fundacional que, para lo que aquí interesa, actúa materialmente como un organismo público bajo la dependencia directa de dos Administraciones”*

¹⁰⁵ Como la Ley de Presupuestos de 1998 que introduce una rúbrica dedicada al *“régimen presupuestario de las fundaciones de naturaleza o titularidad pública”*, o la ley de acompañamiento presupuestaria 55/1999, cuyo artículo 43.6 dispone que *“se entenderá que son fundaciones de competencia o titularidad pública estatal, aquellas en cuya dotación participe mayoritariamente la Administración General del Estado”*

por la LF. Así, las prerrogativas de dirección y control que se reservan las autoridades sanitarias sobre las actividades de esas fundaciones, en particular para interpretar y modificar los fines fundacionales (lo que casa mal con la supuesta independencia entre fundación y fundador), la inexistencia de patrimonio dotacional propio, la falta de proporción entre patrimonio y actividad desplegada, suponen la infracción de la LF sin que el RD 29/2000 *“tenga el rango suficiente para salvar esos vicios”*¹⁰⁶ Este vicio solo puede ser salvado si se considera que las fundaciones privadas en mano pública son, ante todo, organizaciones instrumentales de la Administración más que fundaciones en sentido estricto, con lo que hay que aplicar con preferencia el bloque normativo regulador de la primera vertiente (las normas de Derecho administrativo) y sólo subsidiariamente el Derecho de fundaciones, lo que nos lleva a cuestionar la idoneidad de la habilitación de la fundación como forma de gestión administrativa si finalmente el régimen jurídico a aplicar va a ser el de los organismos administrativos.

Con todo, se puede concluir que, en el ámbito sanitario la fundación en mano pública se une al abanico de posibilidades organizativas de gestión sanitaria. Ejemplos paradigmáticos de este tipo de fundación son las de Alcorcón, Manacor o Calahorra, que fueron transferidas a sus respectivos servicios de salud autonómicos tras su creación por el INSALUD.

No obstante lo anteriormente expuesto, es cierto que la creación de la figura de la fundación pública sanitaria por el artículo 111 de la Ley 50/1998 como organismo específico de gestión sanitaria hace difícilmente entendible el criterio seguido por el RD 29/2000 en cuanto permite la utilización alternativa de una u otra modalidad funcional. En este sentido, parece más aconsejable la creación de fundaciones privadas en mano pública para la realización de actividades

¹⁰⁶ VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ, obra citada, pág. 7. Respecto a este tema, VAQUER CABALLERÍA, MARCOS en obra colectiva citada de L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER págs. 222-225, presenta varios ejemplos de violación de la LF por el RD 29/2000.

instrumentales conexas con la central de atención sanitaria como la investigación, formación, etc...¹⁰⁷

3.3.b) Los consorcios

El RD 29/2000 define los consorcios como las organizaciones comunes, dotadas de personalidad jurídica propia y suficiente para el cumplimiento de sus fines, que se constituyan a consecuencia de los convenios, cuyo objeto sea la gestión y administración de los centros sanitarios que suscriba el INSALUD con autonomías, entidades locales, y/o entidades privadas sin ánimo de lucro¹⁰⁸

Se registrarán por el convenio regulador correspondiente además de por el RD 29/2000, la Ley 30/1992, y el Real Decreto Legislativo 781/1986 por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, y por el resto de disposiciones que les sean de aplicación¹⁰⁹.

La constitución inicial de los consorcios necesitará Acuerdo del Consejo de Ministros, en el cual se aprobarán inicialmente sus estatutos, cuyo contenido mínimo es establecido por el artículo 49 del RD 29/2000.

Su órgano de gobierno será el Consejo de Gobierno, que constará de Presidente, Secretario, y el número de vocales en función de la composición del consorcio, la actividad contractual del mismo se ajustará a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, la relación jurídica del personal a su servicio será la que se establezca en los convenios y estatutos

¹⁰⁷ En esta línea se expresa MENÉNDEZ REXACH, ANGEL en la obra colectiva citada de L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER pág. 94

¹⁰⁸ Ver artículo 46 RD 29/2000

¹⁰⁹ Artículo 47 RD 29/2000

correspondientes como también sucede con el régimen económico-presupuestario¹¹⁰.

De la regulación del consorcio, lo primero que llama la atención es que no se trata de una forma de gestión, sino un organismo público personificado que puede adoptar cualesquiera formas de gestión admitidas por el Derecho vigente¹¹¹. La creación de un consorcio no prejuzga, por sí sola, la opción por una determinada modalidad gerencial, sino que esta decisión se remite a un momento posterior.

En este sentido, la decisión de constituir de un consorcio no debería depender de la forma de gestión que se pretenda adoptar, sino del tipo de actividades a desarrollar, que deben estar atribuidas a las entidades potencialmente interesadas en la constitución de esta figura, por tratarse de actividades compartidas o sobre las que concurren las competencias propias de aquellas. Se da la existencia, pues, como sustrato básico del consorcio, de una *“comunidad de intereses”*¹¹².

De acuerdo a lo anteriormente expuesto no tiene sentido, en principio, la constitución de un consorcio para la gestión de centros o establecimientos cuya titularidad corresponda íntegramente a una sola entidad. Lo lógico sería que ésta adopte la forma de gestión que considere más adecuada, pero no que entre a formar parte de un consorcio. Cuestión distinta es que en los órganos de gobierno de la entidad gestora se dé representación a otras instituciones que puedan estar interesadas.

¹¹⁰Ver artículo 50, 51, 52 y 53 respectivamente del RD 29/2000

¹¹¹Un consorcio podría, de este modo, constituir una fundación privada en mano pública o una sociedad estatal

¹¹²En expresión de DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA, obra citada, pág. 212

Por consiguiente, y centrándonos en el ámbito sanitario, la figura del consorcio parece tener mayor sentido para el desarrollo de actividades de investigación, difusión, docencia y otras semejantes en cuya realización están interesados, desde su competencia respectiva, diversos organismos o instituciones, pero no para la gestión de centros o establecimientos cuya titularidad pertenezca inequívocamente a una determinada entidad.

3.3.c) Las sociedades estatales

Aparecen conceptuadas en el RD 29/2000 como aquellas sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria o única la participación del INSALUD y que se constituyan para la gestión de centros sanitarios¹¹³.

La creación de las sociedades estatales se autoriza por el Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio de Sanidad. Igualmente, necesitarán Acuerdo del Consejo de Ministros los actos de modificación de la participación del INSALUD en la sociedad. Se atribuye la condición de máximo órgano de gobierno al Consejo de Administración, siendo el Presidente nombrado conforme a lo previsto en los estatutos respectivos y distribuyéndose la participación en él en función de la composición de los integrantes de la sociedad y su aportación.¹¹⁴

En primer lugar, cabe cuestionar la propia viabilidad de las sociedades estatales como formas organizativas de gestión del sistema sanitario público. La LOFAGE ha definido para toda la Administración el marco general a que la misma debe ajustarse en las materias que constituyen su objeto. De acuerdo al mismo,

¹¹³Artículo 54 del RD 29/2000. No obstante, debe tenerse en cuenta que la empresa pública solo será forma de gestión directa cuando el capital pertenezca íntegramente a la Administración. Si la participación de ésta es mayoritaria, la empresa será “pública”, pero la gestión del servicio será indirecta y tendrá que serle adjudicada mediante contrato administrativo.

¹¹⁴Artículos 56, 57 y 58 del RD 29/2000

las sociedades estatales no serían en la actualidad una opción organizativa válida para la prestación de servicios públicos ya que las organizaciones fruto de la descentralización funcional de actividades propias de la Administración se reducen a cuatro (tres en la LOFAGE -organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales- y las fundaciones públicas sanitarias configuradas por la Ley 50/1998) De ahí que:

- La Disposición Derogatoria de la LOFAGE derogue los artículos 4 y 6 (apartados 1.b y 5) de la Ley General Presupuestaria¹¹⁵
- La Disposición Transitoria de la misma LOFAGE obligue a la adecuación al marco legal general, concretamente al tipo de entidad pública empresarial, de las entidades incluidas en el derogado artículo 6.1.b, es decir, de las sociedades estatales

El RD 29/2000 intenta salvar este escollo a través de una referencia genérica al artículo 6 de la Ley General Presupuestaria (que no ha sido derogado en su totalidad) en su artículo 55, de una manera un tanto burda, infringiendo así el marco legal de organización administrativa que le vincula así como la Ley 15/1997, ya que ésta únicamente autoriza las formas que estén admitidas en Derecho y, como hemos visto, la sociedad estatal no es una forma organizativa admitida en Derecho para la gestión de un servicio público como el sistema sanitario.

De hecho, la única referencia en la LOFAGE a las sociedades mercantiles estatales la encontramos en la Disposición Adicional duodécima, donde se remite su régimen al Derecho privado y excluyendo que puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, lo que responde a la necesidad de

¹¹⁵ Concretamente, el artículo 6.1.b de la Ley General Presupuestaria derogado establecía que eran sociedades estatales *“las entidades de Derecho público, con personalidad jurídica, que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado”*

diferenciar las actividades materialmente públicas o administrativas y las privadas aunque sean de titularidad pública total o parcialmente.¹¹⁶

Desde esa óptica, se ha defendido incluso la inconstitucionalidad del RD 29/2000¹¹⁷, y, sin llegar a este extremo, la inadecuación de la forma societaria mercantil para llevar a cabo actividades que no se desarrollan en régimen de mercado, debiendo quedar reservada a los supuestos en que exista una actuación sometida a real y efectiva competencia¹¹⁸

Quizá como consecuencia de todo lo anterior, esta opción organizativa no ha sido muy utilizada en el ámbito competencial de gestión del antiguo INSALUD. Sí que ha tenido más predicamento para llevar a cabo funciones accesorias a la prestación directa de los servicios sanitarios generales, esto es, funciones divulgativas, cuestiones relacionadas con una determinada enfermedad o grupo de enfermos, etc...

3.3.d) Las fundaciones públicas sanitarias

En relación a esta forma de gestión, el RD 29/2000, además de incidir en los aspectos del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias ya aprobados por la Ley 50/1998 (carácter de organismo público, creación por Acuerdo del Consejo de Ministros, personal con relación estatutaria, etc...) determina el contenido mínimo de de sus estatutos, las bases de su plan inicial de actuación y la composición, funciones y funcionamiento del Consejo de Gobierno, que será su órgano rector¹¹⁹

¹¹⁶La CE distingue las actividades administrativas de las actividades de contenido económico desarrolladas a iniciativa de la Administración Pública, cuyo estatuto es el común en el contexto del mercado: arts. 103 y 128.2

¹¹⁷PAREJO ALFONSO, LUCIANO, en la obra colectiva citada de L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER pág. 41

¹¹⁸DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA obra citada, pág. 129

¹¹⁹Ver art. 62 a 74 del RD 29/2000

Como cuestiones importantes suscitadas por la creación de esta figura por la Ley 50/1998, aclarar en primer término la confusión terminológica con las fundaciones previstas en el artículo 34 de la CE¹²⁰ y reguladas por la Ley 50/2002, de Fundaciones (LF). Esta confusión no puede ser tal, ya que sólo comparten el nombre y en que ambas son formas de descentralización funcional de los servicios sanitarios, y en que también se sujetan parcialmente al Derecho privado, aunque en distinta medida. Y es que las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos que se incardinan dentro de la estructura orgánica administrativa, mientras que las fundaciones privadas en mano pública, es decir, las fundaciones que se rigen por la LF tuteladas por una Administración Pública, son una forma de personificación jurídico-privada, de acuerdo a la clasificación de las formas de gestión directa descentralizadas presentada en el apartado 2.1 del presente estudio. De hecho, algunos autores hablan de que con la creación de las fundaciones públicas sanitarias con la Ley 50/1998 se produce una especie de “*regreso al Derecho Administrativo*”¹²¹ en contraposición a la huida del mismo, una de cuyas manifestaciones está constituida por la utilización por parte de las Administraciones de las fundaciones públicas en mano privada.

Siguiendo esta línea, cabe preguntarse por qué, siendo el régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias tan similar a las entidades públicas empresariales, el legislador regula una nueva figura tan parecida a una ya existente. Se debe fundamentalmente a dos razones (que corresponden con las grandes diferencias entre ambos entes): el régimen de su personal y el rango de la norma de creación.

¹²⁰ Este precepto reconoce el “*derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley*”

¹²¹ VAQUER CABALLERÍA, MARCOS, obra citada pág. 10

En cuanto al personal, las fundaciones públicas sanitarias “solucionan la cuestión planteada por la LOFAGE”¹²² en el sentido de que ésta exigía el carácter laboral al personal de las entidades públicas empresariales, mientras que el artículo 111 de la Ley 50/1998 permite una gran flexibilidad en este sentido a las fundaciones públicas sanitarias ya que, a pesar de que efectúa una clara opción por el régimen estatutario, que será el que por regla general regirá en estos centros, no cierra la puerta a la existencia en los mismos ni del régimen laboral ni del funcionario (“podrá incorporarse personal que ostente vinculación de carácter funcionario o laboral”) Además, hay una previsión adicional en materia de recursos humanos, al hacer referencia al personal directivo, que podrá ser contratado en virtud de los tres regímenes (estatutario, funcional o laboral) en función de si ostenta nombramiento en los dos primeros o no. Como se puede observar, la flexibilidad es máxima en este apartado, flexibilidad que no era posible con la regulación de las entidades públicas empresariales.

Este mismo objetivo, ser más ágil a la hora de proceder a la creación de nuevas fundaciones públicas sanitarias (y más teniendo en cuenta en el período de tránsito de antiguas a nuevas estructuras en el que se aprobó la Ley), se pretendió cuando se estableció el Acuerdo del Consejo de Ministros como la norma de creación de estas entidades. Esta posibilidad fue recurrida ante el Tribunal Supremo, con el objeto de que éste elevase una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, al entender los recurrentes que el artículo 111 violaba el artículo 103.2 de la CE¹²³, ya que el artículo 61.1 de la LOFAGE dispone que “la creación de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales se efectuará por ley”. El TS entendió en este caso que la reserva de ley que establece la CE en relación con la creación de órganos de la Administración (la cual puede entenderse que comprende los entes instrumentales con personalidad jurídica propia que forman parte de la

¹²² SANCHEZ CARO, JAVIER, en la obra colectiva citada de L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER, pág. 170

¹²³ “Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley”

Administración del Estado) no tiene carácter absoluto, sino relativo, como se desprende de la expresión “*creados [...] de acuerdo con la ley*”. Esto es, no dice “*por ley*”, con lo que el TS estima que es suficiente, como ocurre en este caso, con que la ley establezca los rasgos fundamentales del régimen jurídico de la entidad y establezca las particularidades del procedimiento de creación, junto con los requisitos para que tenga lugar y el órgano competente para acordarla, que es lo que ocurre en el artículo 111 de la Ley 50/1998.

En cuanto a su extensión, cabe decir que la opción organizativa por la que se apostó desde la Administración General del Estado fue la fundación pública sanitaria, quedando patente en la Disposición Adicional Quinta del RD 29/2000 en la que se establece que los centros sanitarios existentes a la entrada en vigor del citado Real Decreto “*sólo podrán adquirir personalidad jurídica mediante su conversión en fundaciones públicas sanitarias [...] o a través de la constitución de consorcios*” y ello en base a “*preservar el régimen estatutario del personal que presta sus servicios en los actuales centros sanitarios*” En realidad, esta opción por una u otra figura no está situada en pie de igualdad, ya que, como hemos analizado, el consorcio, por definición, se caracteriza porque resulta de la agrupación de entidades públicas que compartirían la titularidad del centro. En consecuencia, si lo que la Administración titular del centro desea es dotarle de personalidad jurídica, sin necesidad de compartir su titularidad con ningún otro sujeto, la única opción que el Real Decreto le dejaba al INSALUD era la de la conversión en fundación pública sanitaria.

No obstante esta opción, ese intento de reconducir las formas de gestión al Derecho Administrativo es privado de gran parte de su sentido por el propio Real Decreto al dejar abierta la posibilidad de constituir tanto las fundaciones públicas sanitarias como las fundaciones privadas en mano pública.

Además, esta opción organizativa estatal nunca se llevó a cabo porque, antes de que ellos fuera posible, se produjo el traspaso a las Comunidades Autónomas

de las competencias sobre sanidad. Y para éstas, como ya queda indicado, la regulación de las fundaciones públicas sanitarias se limita a ser una categoría vacía cuyo régimen jurídico pueden configurar con entera libertad dentro de los límites -laxos- marcados por la Ley 15/1997 (naturaleza pública y admitidas en Derecho)

Dentro de las autonomías, Galicia ha sido la que más ha empleado esta fórmula, si bien se ha extendido a otras comunidades, como Asturias con la Fundación Pública Sanitaria del Hospital del Oriente.

4. LA GESTIÓN INDIRECTA EN EL ÁMBITO SANITARIO: CONCIERTOS, CONVENIOS Y CONCESIONES

4.1 Consideraciones generales

En primer lugar, antes de analizar las formas de gestión indirecta más empleadas en nuestro ordenamiento, cabe plantearse si la prestación de servicios sanitarios cumple con los requisitos para ser gestionado de manera indirecta. Dejando sentado el carácter de servicio público de esta prestación (entendiendo servicio público como una actividad que esté atribuida por Ley a los poderes públicos), el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) dispone que en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. En el caso que nos ocupa, no resulta un impedimento para acudir a estas formas de organización en el ámbito sanitario ya que la gestión de las prestaciones sanitarias no implica, en sí misma, ejercicio de dicha autoridad.

En este sentido se han producido varios pronunciamientos judiciales, siendo uno de los más explícitos la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2001, que parte de que la Constitución no impone un determinado

modelo de gestión y prestación de la asistencia sanitaria, pudiendo el legislador optar por uno u otro (gestión totalmente pública, privada o mixta) siempre que, en todo caso, se garantice suficientemente la prestación del servicio sanitario. Además, en su Fundamento Jurídico 6º, afirma que *“las prestaciones sanitarias son necesarias e imprescindibles para la vida social y por ello las presta el Estado, lo que no implica ejercicio de soberanía, ni ejercicio de autoridad. Es decir, el Estado no impone coactivamente a los ciudadanos la asistencia sanitaria, simplemente como titular del servicio público ofrece unas prestaciones públicas que los ciudadanos pueden utilizar”*. El propio TC disponía en su sentencia 37/94 *“que el derecho de que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social salvando el carácter indisponible para el legislador de la garantía constitucional de esta institución-, es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada”*.

Del hecho de que la Administración sea titular del servicio se derivan importantes poderes necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate. Además, cuenta con unos poderes generales que le permiten incidir en la relación contractual, tales como interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezcan su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Por último, a la finalización del contrato se produce la reversión del servicio.¹²⁴

No obstante esta ausencia de ejercicio de autoridad en este servicio público, y como la gestión indirecta atiende preferentemente al contenido económico de la prestación (la posibilidad de aprovechamiento por parte de un particular), parece que deberían descartarse las modalidades de gestión indirecta que ponen el acento en el beneficio del gestor privado: gestión interesada y sociedad mercantil con participación pública minoritaria y retener

¹²⁴ Art. 283 del TRLCSP

preferentemente aquellas que excluyen el ánimo de lucro en la actuación de aquel¹²⁵

Un aspecto muy relevante a la hora de analizar la gestión indirecta es la responsabilidad por los daños causados, principalmente quién es el sujeto responsable que puede ser, en principio, la Administración titular del servicio o el sujeto que los gestiona. En nuestro ordenamiento, el contratista responde de los daños y perjuicios que origina a terceros por su culpa o negligencia, responsabilidad que se ha de ventilar ante la jurisdicción civil y conforme al Derecho privado. Sin embargo, esta responsabilidad del contratista puede trasladarse a la Administración cuando la lesión a terceros haya sido ocasionada como consecuencia inmediata y directa de una orden de ésta, o bien de los vicios del proyecto elaborado por ella en el contrato de obra o en el suministro de la fabricación. En estos supuestos, responderá la Administración, conforme al régimen contenido en la Ley 30/1992 y ante la jurisdicción contencioso-administrativa¹²⁶.

Es decir, como regla general se parte de la responsabilidad del gestor privado de los servicios públicos, si bien hay excepciones, que en el ámbito sanitario pueden ser fácilmente ampliadas, por la misma mecánica de los servicios sanitarios y por la forma en que normalmente intervienen en el tratamiento de los pacientes los centros concertados y otros gestores privados, que pueden motivar que en este terreno puede resultar más sencillo comprometer la responsabilidad administrativa ante daños causados material e inmediatamente por el sujeto privado. Con normalidad, los ciudadanos no reciben prestaciones sanitarias de los centros privados en un proceso exclusivamente dependiente de estos, con lo que

¹²⁵ Este es el criterio establecido en los arts. 67.3 y 90.2 de la LGS

¹²⁶ Artículo 214 de la TRLCSP

pueden surgir de manera frecuente supuestos de responsabilidad directa de la Administración sanitaria.¹²⁷

4.2 Convenios

En nuestro ordenamiento jurídico, los convenios que tiene por objeto la prestación de servicios sanitarios públicos (sin entrar en disquisiciones sobre la ambigüedad del concepto) se regulan con carácter general en los artículos 66 y 67 de la LGS.

El régimen jurídico de este mecanismo de gestión indirecta se articula sobre dos títulos: la vinculación y el convenio singular. La vinculación está sujeta a una condición previa que es la homologación técnica del centro sanitario de acuerdo con un protocolo definido. Se trata, por tanto, de una resolución administrativa que constata el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos para contratar con la Administración la prestación de servicios asistenciales. La homologación equivale a la clasificación del contratista en el TRLCSP y su consecuencia es la inclusión del centro hospitalario en la red de hospitales del sector público. No obstante, esta inclusión de entrada no supone ni la delimitación de las funciones asistenciales que han de desarrollarse, ni sus condiciones, ni su prestación efectiva.

Lo más característico del convenio es que, en virtud del mismo, el centro sanitario privado se somete al mismo régimen sanitario, administrativo y

¹²⁷ En este sentido, REBOLLO PUIG, MANUEL, *“La responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos”* en la revista *“Derecho y Salud”* vol. 8, núm. 1, Enero-junio 2000. págs. 26-27, donde además se ponen ejemplos de esta mayor facilidad a la hora de exigir responsabilidades administrativas, como un diagnóstico erróneo realizado en un centro público cuyo seguimiento posterior se efectúe en uno privado, o que el retraso en la asistencia causante de daños irreversibles sea imputable a la Administración aunque la lesión se manifieste en un centro privado

económico de los hospitales públicos. Estos, es produce una “*publificación*”¹²⁸ del régimen de organización y funcionamiento del hospital vinculado, salvo en lo que se refiere a la titularidad del centro, que continúa siendo privada, y a la relación laboral con el personal. En definitiva, los medios y recursos privados acceden al sector público.

En relación a los usuarios, las normas que rigen en su acceso y atención a un hospital privado vinculado no se diferencian de las que rigen en los hospitales públicos. La sujeción a las mismas normas de organización y funcionamiento alcanza también los derechos, deberes y garantías de los usuarios.

Con todos estos elementos, se puede concluir que la regulación contenida en la LGS de este figura, es confusa y no parece fácil llegar a una conclusión acerca de la naturaleza de esta opción de colaboración de los sujetos privados en la prestación de los servicios públicos que puede fluctuar entre una naturaleza contractual o como acto administrativo. Sobre todo, contribuye a esta confusión la introducción del término “protocolo”. Esta configuración exige, en primer lugar, suscribir un protocolo y después un convenio singular. Parece que ese protocolo es algo similar a la homologación, esto es, una regulación reglamentaria a la que se han de ajustar todos los centros privados susceptibles de vinculación a la red pública. Por tanto, el protocolo sería una disposición administrativa de carácter general que habría de suscribirse previamente a la aprobación de un convenio singular.

En principio, la vinculación de cada centro privado a la red pública es una “*típica operación de subsunción de un caso concreto en el supuesto de hecho abstracto regulado en la norma*”¹²⁹. En otras palabras, el convenio singular constata que el establecimiento que se quiere vincular cumple con las condiciones

¹²⁸ Según expresión de SÁNCHEZ-CARO, JAVIER, en la obra colectiva citada de PAREJO, L., LOBO, F. y VAQUER, M. pág. 175

¹²⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA. Obra citada p. 196

establecidas con carácter general y es homologable. De ello se deduce que estos convenio, a pesar de las apariencias, no serían contractuales, sino resoluciones administrativas necesitadas de aceptación.

Este punto de vista parece coherente con el significado de la vinculación de los centros privados a la red pública. No se trata en estos casos de la prestación de servicios que los centros públicos no están en condiciones de realizar, sino de integrar o adscribir un establecimiento privado en su conjunto a la red asistencial pública. Esa vinculación del establecimiento entero debe hacerse en las mismas condiciones para todos, tanto en cuanto a las obligaciones que contraen como en cuanto a las facultades que asumen. Esta es, además, la mejor garantía de la igualdad de trato a los centros privados que se vinculen a la red pública, porque sería difícilmente aceptable que cada centro se vinculase en condiciones diferentes.

4.3 Conciertos

Esta modalidad de gestión indirecta, esta sí puramente contractual, tiene mayor predicamento desde el punto de vista de las prestaciones sociales competencia de las Administraciones Públicas en los ámbitos sanitario y educativo. Dentro del ámbito específicamente sanitario, la LGS enumera los siguientes supuestos en los que es posible la celebración de un concierto:

- Concierto sanitario cuyo objeto es la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a los que cuenta la Administración sanitaria
- Conciertos entre las Corporaciones Locales y el INSALUD, que no será objeto de análisis del presente trabajo al constituir herramientas de colaboración interadministrativa, no conciertos para instrumentar la colaboración de la iniciativa privada.

El régimen normativo, al igual que el convenio, también se construye sobre la concurrencia de dos títulos jurídicos: la homologación y el concierto. Los centros susceptibles de ser concertados deben ser previamente homologados según el procedimiento enunciado en el artículo 90.5 de la LGS. Al igual que en los convenios singulares, el legislador establece un trámite de clasificación que culmina en una resolución administrativa. La homologación es, por tanto, una condición previa para la concertación, y viene a ser una suerte de clasificación exigida a los contratistas en la legislación de contratos.

El contenido concreto de los conciertos se articula en un doble plano, de forma similar a lo que ocurre con los contratos administrativos típicos, en los que primero se elabora por parte de la Administración el Pliego de Condiciones Generales de los contratos, y en segundo lugar, se lleva a cabo el contrato propiamente dicho. Así, en primer lugar, los conciertos sanitarios son centros homologados están sujetos a un marco reglamentario: la Administración fija los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables a todos los conciertos (art. 90.4 LGS). Fijados sus presupuestos generales y constatada la necesidad asistencial, se pasa a la fase propiamente contractual, en la que en cada concierto se establecen los derechos y deberes de las partes.

En cuanto al usuario del servicio concertado, la LGS formula dos principios: el concierto debe asegurar el trato igual de todos los usuarios afectados por su aplicación y la Administración cuenta con los poderes de policía necesarios para garantizar el trato al paciente en las condiciones pactadas.

En resumen, el concierto sanitario es una modalidad de contrato administrativo para la gestión de servicios públicos. Su calificación como tal determina la integración de su régimen jurídico con las disposiciones que el TRLCSP dedica a esta clase de contrato administrativo típico. En esta caso, además, y a diferencia de lo analizado en el convenio singular, no se produce la publicación de la organización y funcionamiento del centro concertado,

teniendo, eso sí, la Administración potestades de inspección y control en dicho hospital privado.

4.4 Concesión

Pese a tratarse de *“la forma de colaboración por excelencia entre el sector privado y el público para la prestación de servicios públicos”*¹³⁰, esta forma de gestión ha tenido un carácter casi inédito en nuestro país siendo como es una figura perfectamente utilizable para llevar a cabo la gestión indirecta de las competencias que las Administraciones sanitarias tienen encomendadas. De hecho, hay pocos ejemplos de su uso y estos únicamente se han dado por parte de las Comunidades Autónomas.

Esta figura de la concesión ha suscitado opiniones positivas, llegándose a afirmar que la misma *“combina lo mejor del ‘mundo público’ y del ‘mundo privado’”*¹³¹, al reservar por un lado la Administración la titularidad del servicio, lo que le permite a la Administración un control exhaustivo, pero sin tener que participar en la gestión. Por otro lado, se produce la gestión “empresarial” de la entidad, pero sin la titularidad de la misma, lo que garantiza el disfrute del derecho constitucional de la protección de la salud. Por lo tanto, se garantiza la equidad a través de la titularidad pública y el logro de la eficiencia a través de la gestión privada.

La concesión tiene dos variantes: la versión pura de gestión de servicio público y la de concesión de obra pública. En la primera de ellas, una vez construido, el inmueble es recibido por la Administración y se incorpora al patrimonio público, si bien, en virtud del contrato, se otorga su uso y el de sus instalaciones al concesionario. A partir de entonces, el empresario cobra una cantidad capitativa por cada uno de los habitantes a los que debe atender

¹³⁰ FUENTETAJA PASTOR, J.A, en la obra colectiva citada de LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, pág. 1088

¹³¹ DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA, obre citada, pág. 207

(población protegida), cantidad a la que se suma el importe de los servicios prestados a otros pacientes por motivos de urgencia y de la que se detrae la atención prestada por otros centros sanitarios. El objeto, pues de de la concesión sanitaria es doble: la construcción del centro sanitario y la prestación posterior de los servicios sanitarios. En el caso de la concesión de obra pública sanitaria, en cambio, no se incluye en el objeto del contrato la prestación de los servicios sanitarios, que son asumidos por la Administración sanitaria a través de la obra pública, limitándose aquel a la explotación de la obra en sentido estricto.¹³² Y es que en este último caso, el contrato de concesión de obra pública no sirve para gestionar servicios sanitarios públicos porque éstos no son “explotables”. La gestión con obra previa (primer caso) llama al contrato administrativo de gestión de servicios públicos, en su modalidad concesional.

Se podría decir, en este sentido, que la concesión de obra pública sanitaria “es una forma nueva de contratar lo mismo”¹³³, ya que en cualquier hospital público los servicios no sanitarios se prestan (cuando no de forma directa), mediante contratos administrativos de servicios (limpieza, seguridad, cafetería, aparcamiento...) La fórmula del contrato de concesión de obra pública reduce a un único contrato la prestación de todos esos servicios complementarios y comerciales, que concede a un único empresario, otorgándole un largo tiempo de explotación (40 años según el artículo 244.1 de la TRLCSP), para que pueda compensar la inversión previa de construir un inmueble de uso sanitario con recursos propios. Las prestaciones sanitarias quedan excluidas.

Un último apunte interesante a la hora de estudiar esta figura es su distinción respecto al convenio singular, ya que ambas, a pesar de ser en cierta medida parecidas, presentan significativas diferencias. En el caso de los hospitales

¹³² FUENTETAJA PASTOR, J.A, en la obra colectiva citada de LINDE PANIAGUA, ENRIQUE, pág. 1088

¹³³ VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ. “La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios” en la revista “Derecho y Salud”, volumen 14 (Extraordinario XIV Congreso Derecho y Salud), marzo 2006, pág. 15

vinculados mediante convenio, la titularidad es privada y es la empresa la que efectúa el desembolso para la creación y puesta en funcionamiento del hospital, proporcionando después, a través del convenio, la asistencia sanitaria a la población protegida. Por el contrario, en el caso de las concesiones administrativas, la titularidad del hospital es pública, esto es, es la Administración la que proporciona los medios y recursos de su titularidad a la empresa privada que accede a la gestión y explotación del hospital garantizándole, igualmente, la fuente de ingresos, ya que la población asistencial está asegurada al ser la propia población que tiene derecho a asistencia sanitaria.

5. LA GESTIÓN AUTONÓMICA DE LA ATENCIÓN SANITARIA: RASGOS COMUNES

5.1 Distribución competencial de la sanidad

El modelo de descentralización sanitaria adoptado en España aparece diseñado en la CE y en los Estatutos de Autonomía que posteriormente fueron aprobados para las respectivas Comunidades Autónomas. La CE atribuye a las Comunidades Autónomas competencias exclusivas sobre *“sanidad e higiene”* (art. 148.1.21). En el artículo 149.1.16 se atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre sanidad exterior, así como sobre las *“bases y coordinación general de la sanidad”* y la legislación sobre productos farmacéuticos. El punto 17 del mismo artículo y párrafo atribuye también al Estado la competencia exclusiva en una materia con repercusiones sobre la organización de los servicios sanitarios: la relativa a la *“legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”*

En esta materia, las reglas de distribución de competencias quedaron muy pronto asentadas por la STC 32/1983, de 28 de abril, que perfiló con precisión el alcance del art. 149.1.16. En su virtud, es competencia del Estado: la sanidad

exterior, la legislación sobre productos farmacéuticos, las bases de la sanidad interior (el mínimo común normativo que asegure la igualdad en el derecho a la protección de la salud en todo el territorio nacional), la coordinación sanitaria general (que persigue la integración de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones) y la alta inspección (competencia de vigilancia, de cumplimiento de las normas estatales, instrumento de comprobación y verificación).

La jurisprudencia constitucional ha establecido que las competencias sobre las bases permiten llevar a cabo la regulación de principio y general de las actuaciones públicas relativas a la tutela de la salud¹³⁴. Se interpreta por el TC que las indicaciones constitucionales imponen una regulación uniforme de un complejo organizativo y servicial coherente y racionalizado. Es decir, se apunta a la necesidad de que las bases no se desglosen en legislaciones particulares y segmentadas, sino que se conjuguen al servicio de un modelo sanitario único, en cuyo marco deben producirse de modo armónico todas las regulaciones precisas para la tutela de la salud.

En todo caso, puede concluirse que queda en manos de las Comunidades Autónomas un margen de actuación muy amplio, configurado por la atribución a las mismas del desarrollo legislativo y de la ejecución en materia de sanidad interior.

Desde un punto de vista organizativo, todos los Estatutos de Autonomía confieren las competencias sanitarias a las respectivas Comunidades Autónomas, y una vez habiendo adquiridas estas, pasan a ostentar una autonomía casi ilimitada en la formulación y ejecución de políticas sanitarias, disponiendo el Estado central de medios reducidos para controlar y evaluar la actividad política de estas comunidades en el ámbito sanitario.

¹³⁴ STC 32/1983, de 28 de abril, STC 1/1982, de 28 de enero, STC 42/1983, de 20 de mayo, STC 102/1985, de 4 de octubre; STC 111/1986, de 30 de septiembre, entre otras

La concreción organizativa de las competencias sanitarias tiende, en un primer momento, a la reproducción del modelo estatal para la organización de sus servicios asistenciales, agrupando en un organismo autónomo la red transferida de la entidad gestora, trasladando el modelo INSALUD. Esta situación se produjo en las siete Comunidades que asumieron en primer lugar las competencias sanitarias: Andalucía, Canarias, Cataluña, Comunidad Valenciana, País Vasco, Galicia y Navarra.

En todo caso, el comportamiento de las diferentes Comunidades Autónomas, sobre todo de estas primeras en asumir las competencias, no ha sido el mismo y desde comienzos de los años noventa del siglo pasado, se cuestiona abiertamente el modelo heredado y se buscan alternativas.

5.2 Rasgos comunes en la gestión sanitaria por parte de las Comunidades Autónomas

La reforma operada en el Estado fue influida por las experiencias de las autonomías que ya tenían transferidas las competencias sanitarias, pero resulta evidente que, al igual que éstas reprodujeron el modelo estatal con anterioridad, la reforma de 1997-2000 dejó su impronta no sólo en la organización de los servicios sanitarios de las autonomías que recibieron las transferencias sanitarias con posterioridad, sino en la totalidad del SNS.

De este modo, si bien hay diferencias entre los modelos organizativos, éstas, en muchas ocasiones, residen en las distintas denominaciones que se atribuyen a formas organizativas similares y, de otro lado, al hincapié o mayor uso que algunas Comunidades Autónomas han efectuado de ciertas formas de gestión.

De forma general, se pueden realizar las siguientes afirmaciones en torno a las diferentes formas de gestión previstas en la legislación autonómica:

- Lo más frecuente es optar por un prestador principal de los servicios públicos sanitarios que coincide con el servicio de salud personificado respectivo, ya que todas las autonomías han optado por formas de personificación pública de estos servicios, ya sea organismos autónomos o diversas denominaciones que se encuadran dentro de la figura de ente público que se somete al Derecho privado en ciertos aspectos

- Junto al prestador principal, frecuentemente se han constituido otras formas de personificación a la que se les encomiendan la prestación de servicios sanitarios, siendo las más usuales las entidades públicas de Derecho privado, empresas públicas o fundaciones privadas en mano pública.

- Lo que no se hace, prácticamente en ningún caso¹³⁵, es optar por atribuir a estos centros o establecimientos sanitarios forma jurídica de organismo autónomo. Es decir, fuera de la personificación del correspondiente Servicio de Salud, cuando se opta por dotar de personalidad jurídica a los centros o establecimientos sanitarios se hace para acudir a figuras jurídico-privadas o a formas jurídico-públicas, pero sometidas preferentemente al Derecho privado.

- Otra opción organizativa es la posibilidad del establecimiento de acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas. En esta línea, resulta muy común que

¹³⁵ Únicamente se tiene constancia del organismo autónomo local Hospital Universitario de Canarias (HECIT) constituido por el Cabildo de Tenerife, cuya finalidad es la atención hospitalaria, citado por DOMÍNGUEZ MARTÍN, MÓNICA, en obra citada, pág 348

la legislación recoja una habilitación para la constitución de consorcios de naturaleza pública o, de manera innominada, de otras fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades de naturaleza o titularidad pública o privada sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes. A su vez, estos consorcios, que no constituyen una forma de gestión (ni directa ni indirecta) pueden dotarse de organismos instrumentales.

- En definitiva, la legislación autonómica apuesta claramente por las opciones organizativas de naturaleza o titularidad pública. Sin embargo, con más o menos restricciones, sólo excepcionalmente permite que la administración sanitaria acuda a fórmulas de gestión en la que intervengan entidades privadas con ánimo de lucro

- Por último, lo común es que se recoja una cláusula general que habilita para la creación o participación en cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho

6. CONCLUSIONES

La reforma acometida en el ámbito sanitario a partir de la Ley 15/1997 rompía con el esquema organizativo mantenido hasta el momento y con toda una cultura de gestión del servicio público cimentada a lo largo del siglo XX y cristalizada en la LGS. Por tanto, se encontró (y se sigue encontrando) con varias posturas críticas, de las que gran parte inciden en señalar la presunta intención privatizadora de este empeño.

Cabe decir que estas acusaciones son en cierta medida infundadas. En primer lugar, el significado y alcance de la expresión “privatización” no es en absoluto unívoco y puede comprender: la entrega al mercado de tareas que hasta un momento dado estaban reservadas a la Administración, la simple venta de acciones o participaciones en empresas de las que eran titulares organizaciones

jurídico-públicas a particulares, o la organización de una actividad hasta entonces desarrollada en régimen de Derecho público bajo una forma total o parcialmente regida por el Derecho privado, siendo éste el único reproche de privacidad que cabe hacer al empleo de nuevas formas de gestión, que constituyen por tanto una huida del Derecho Administrativo.

Este fenómeno en el ámbito sanitario ha sido justificado por dos razones fundamentalmente (que en realidad se pueden reconducir a una): la seguridad jurídica y la eficacia. En cuanto a la primera de ellas, ya hemos apuntado que el modelo de gestión directa consagrado, siquiera implícitamente, en la LGS fue superado por diversas regulaciones autonómicas (Cataluña, Andalucía...) En este contexto, se dictaron las normas estatales para evitar cualquier duda, establecer con claridad que la fórmula organizativa debe adecuarse a la realidad cambiante y recoger en las leyes del Estado los criterios adoptados por las Comunidades Autónomas. Pero comentaba que las dos razones se podían reconducir a una porque, si las autonomías citadas iniciaron su propio camino de reforma, en gran parte fue justificado debido al principio de eficacia.

Este principio está presente tanto en la CE¹³⁶, como en la LGS¹³⁷, entendiéndose que en contenido del mismo resulta de la suma de los siguientes elementos¹³⁸:

- Consagra un bien o interés jurídico de orden constitucional

¹³⁶ Art. 103.1.1 *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*

¹³⁷ Art. 7 *“Los servicios sanitarios [...] adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad”*

¹³⁸ SANCHEZ-CARO, JAVIER, en la obra colectiva citada de PAREJO, L., LOBO, F. y VAQUER, M. pág. 154

- Tiene un contenido amplio, capaz de permitir diversas opciones legislativas, de forma que su concreción corresponde al legislador ordinario en relación a lo que sea el interés general
- Obliga a todas las Administraciones Públicas
- Alcanza a la organización de la Administración, a su funcionamiento y se proyecta sobre todos los servicios públicos en un sentido amplio

En vista de lo anteriormente expuesto, la aparente contradicción que supone huir del Derecho administrativo pero mantener una personalidad de Derecho público responde a que ésta es la vía para lograr la máxima flexibilidad y libertad en su funcionamiento. En concreto, la personalidad pública libera de aspectos engorrosos de la legislación mercantil (control de la competencia desleal, normativa sobre el abuso de la posición dominante...) y permite ostentar potestades administrativas. Por otro lado, al tratarse de empresas públicas, pueden obviar las leyes generales sobre formación de la voluntad de las Administraciones Públicas y, sobre todo, sus mecanismos de control, recurrir a normas privadas en materia de contratación, personal y patrimonio, y actuar bajo un régimen presupuestario menos exigente, todo ello con vistas a *“mejorar la eficacia del Sistema Nacional de Salud”*¹³⁹

A este punto de vista se interponen dos objeciones básicas: en primer lugar, que trasluce un pesimismo radical en torno a la gestión pública o administrativa y las posibilidades de su actualización, y, en segundo lugar, la consagración de una libertad casi total de autoorganización administrativa, al permitir la utilización de cualesquiera formas de gestión de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.

¹³⁹ Exposición de Motivos de la Ley 15/1997

En cuanto a la primera de ellas, se incurre en la *“creencia de (infundada e irreal) en la ausencia de verdadera especificidad en la gestión pública [...] y en la intercambiabilidad de la eficacia y eficiencia públicas y privadas, sumadas a la asunción de la segunda como modelo”*¹⁴⁰ De la misma se deduce sin más que sólo se puede ser eficaz y eficiente a través del pluralismo de los agentes gestores y de la dotación de éstos con una autonomía análoga a la privada. De esta forma, se alimenta el desprecio de las técnicas propiamente administrativas.

Gran parte de esta falsa suposición viene motivada por la confusión entre la capacidad jurídico-privada (que está basada en la autonomía de las personas y, por tanto, permite un ámbito más amplio de actuación) con la jurídico-pública que en realidad es la competencia. Mediante esta confusión se produce la situación en la que un órgano administrativo dotado de cierta competencia se entiende que puede, en ejercicio de esta capacidad de organización, crear otra organización que puede tener una forma que no sería posible en quien los crea¹⁴¹.

Es decir, y planteamos así la segunda objeción antes indicada, la potestad de autoorganización se entiende ilimitada, cuando la misma no deja de ser una potestad administrativa sujeta a los principios constitucionales, entre ellos la interdicción de la arbitrariedad y la proporcionalidad.

En este sentido, diversos pronunciamientos judiciales (principalmente en el ámbito de la responsabilidad patrimonial) han incidido en el hecho de que la creación de entidades públicas personificadas forma parte de la potestad de autoorganización, siendo por tanto legítima, pero su ejercicio no puede ocultar el

¹⁴⁰ PAREJO ALFONSO, LUCIANO, en la obra colectiva citada de PAREJO, LOBO Y VAQUER, pág. 34

¹⁴¹ Según PAREJO ALFONSO, LUCIANO (en la obra colectiva citada de PAREJO, LOBO Y VAQUER, pág. 32) *“Se admite que la Administración, por efecto taumatúrgico de la potestad de organización, puede crear órganos derivados que quedan exceptuados [...] de las exigencias del estatuto constitucional de la Administración”*

carácter ficticio de su personalidad, ni menos aún modificar las condiciones o el alcance de las obligaciones de la Administración matriz.¹⁴²

Se da la circunstancia adicional que, en el campo de la gestión sanitaria la reorganización de la gestión realizada configura un verdadero «subsistema», dotado de lógica propia, dentro del sistema sanitario público legalmente definido por la LGS y aún vigente, *“en términos tales que en modo alguno garantizan una inserción mínimamente adecuada de aquél en éste”*¹⁴³; y que si bien aspira a servir de modelo y, por tanto, a su generalización en todo el sistema, de hecho no se generaliza efectivamente y ni siquiera se garantiza que su generalización tenga lugar, es decir que el éxito de la reorganización esté en entredicho.

Además, el proclamado objetivo de la consecución de la autonomía de gestión aparece muy desdibujado por la regulación que de la misma hace el RD 29/2000 y es que esta autonomía que esta disposición reconoce a las entidades instrumentales sanitarias difiere poco del régimen jurídico de los centros sanitarios tradicionales al volver a consagrar la dependencia respecto al INSALUD, con lo que se da una incuestionable relación de instrumentalidad, deviniendo ficticia la autonomía de gestión.

A todo lo anteriormente expuesto hay que añadir que la opción de descentralización por la que se ha apostado de manera exclusiva es la funcional, sin tener en cuenta la preferencia constitucional de la descentralización territorial, sobre todo cuando habría tenido como destinatario potencial a la Administración local.

¹⁴² Se habla en este caso del *“levantamiento del velo de la personalidad”*, solución con amplio eco jurisprudencial. Dentro de las sentencias más significativas en este sentido, la Sala 3ª del TS en su sentencia de 4 de junio de 1992 dispone que *“la personificación como instrumento de la potestad organizatoria de la Administración no puede utilizarse por los entes públicos para eludir el cumplimiento de sus obligaciones y derechos que consagra el ordenamiento jurídico”*

¹⁴³ BLASCO LAHOZ, J.F: *“El Sistema Nacional de Salud y la ordenación de los servicios sanitarios”* en la revista *Aranzadi Social*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2001, pág. 66

Cabe indicar, como consideración final, que esta reforma de la gestión de la sanidad se puede reconducir a través del camino esbozado por el artículo 111 de la Ley 50/1998 con la creación de la figura de la fundación pública sanitaria. Es decir, sin cerrar la puerta a la posibilidad de constitución de entidades con personalidad jurídica propia, encomendar la gestión directa a organismos públicos, limitando en la medida de lo posible el recurso a personificaciones jurídico-privadas que constituyen los más frecuentes ejemplos de intentos de huida del Derecho administrativo. Todo ello sin perjuicio de la gestión indirecta, para cuya implantación el modelo concesional se revela como el más adecuado.

BIBLIOGRAFÍA

- Alzaga Villaamil, Oscar (dir.) *“Comentarios a la Constitución Española de 1978”*. Madrid. Edersa. 1997
- Bauzá Martorell, Felio José *“La desadministración pública”* Ed. Marcial Pons, Madrid. 2001
- Blasco Lahoz, José Francisco: *“El sistema nacional de la salud y la ordenación de los servicios sanitarios”* en la revista *Aranzadi Social*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2001
- Domínguez Martín, Mónica: *“Las formas de gestión de la sanidad pública en España”* Ed. La Ley, Madrid 2006
- Fernández Pastrana, José María: *“El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional”* Cuadernos Civitas, Madrid, 1984
- Fuentetaja Pastor, Jesús Angel: *“La intervención de la Administración en la sanidad”*, en la obra colectiva coordinada por Linde Paniagua, Enrique *“Parte especial del Derecho Administrativo: La intervención de la Administración en la sociedad”* Colex, Madrid. 2007
- Lafarga i Traver, Josep Lluis: *“El consorcio: un instrumento al servicio del consenso en la gestión de los servicios sanitarios. La*

experiencia de Cataluña” Revista Derecho y Salud, vol. 2, Enero-diciembre 1994

- Lorenzo García, Rafael de (dir.) *“Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales”* Madrid, Escuela Libre y Marcial Pons. 1995

- Parejo Alfonso, Luciano, Lobo, Félix y Vaquer Caballería, Marcos (coord.) *“La organización de los servicios públicos sanitarios”*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000

- Rebollo Puig, Manuel, *“La responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos”* en la revista *“Derecho y Salud”* vol. 8, núm. 1, Enero-junio 2000

- Vaquer Caballería, Marcos: *“Las nuevas formas de organización instrumental de la Administración sanitaria”* en la revista *“Boletín Aranzadi Administrativo 2/1999”* Ed. Aranzadi. Pamplona. 1999

- Villar Rojas, Francisco José: *“Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas formas de gestión: fundaciones”*, VIII Congreso Derecho y Salud. Santiago de Compostela. 1999

- Villar Rojas, Francisco José. *“La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios”* en la revista *“Derecho y Salud”*, volumen 14 (Extraordinario XIV Congreso Derecho y Salud), marzo 2006.

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

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

COMENTARIO A LA LEY 3/2015, DE 30 DE MARZO, REGULADORA DEL EJERCICIO DEL ALTO CARGO

Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: abril 2015

El 31 de marzo de 2015 se publicó en el BOE la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo. La ley se publica en un momento en el que la sociedad se ha visto salpicada de escándalos por corrupción con la consecuente pérdida de confianza en los gobernantes, en las instituciones públicas y en los políticos y que, por tanto, demanda una regeneración democrática.

La Ley pretende ser una de las medidas que den respuesta ante la demanda social de combatir la corrupción, lo que ya de por sí debe acogerse de forma positiva. No obstante, la norma únicamente se extiende al ámbito de los altos cargos de la Administración del Estado y sector público estatal, de manera que será la voluntad de cada Comunidad Autónoma respecto de sus respectivos altos cargos la que decida si sigue el mismo camino que el emprendido por el legislador estatal.

El texto que cuenta con veintiocho artículos distribuidos en cuatro capítulos, establece un régimen integral de obligaciones y cautelas que se inician con anterioridad al nombramiento del alto cargo por el Consejo de Ministros, y que se extienden hasta los dos años siguientes en los que la situación patrimonial y profesional de estos se sigue sometiendo a la fiscalización por parte de la Oficina de Conflictos de Intereses.

En el presente trabajo nos centraremos en las novedades que a nuestro juicio son más interesantes.

Según se establece en su preámbulo *“Esta norma tiene como objetivo incluir en una única norma las disposiciones relativas al nombramiento de los altos cargos, introduciendo nuevos mecanismos que garanticen la idoneidad del candidato, que permitan un análisis previo de la posible existencia de conflictos de intereses y que aseguren el control del órgano que tiene asignadas las competencias en materia de incompatibilidades”*.

En el artículo 1.2 se regula el concepto de alto cargo, teniendo tal carácter a los efectos de la Ley los siguientes:

1. Los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado.

2. Los Subsecretarios y asimilados; los Secretarios Generales; los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla; los Delegados del Gobierno en entidades de Derecho Público; y los jefes de misión diplomática permanente, así como los jefes de representación permanente ante organizaciones internacionales.

3. Los Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales de la Administración General del Estado y asimilados.

4. Los Presidentes, los Vicepresidentes, los Directores Generales, los Directores ejecutivos y asimilados en entidades del sector público estatal, administrativo, fundacional o empresarial, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que tengan la condición de máximos responsables y cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los Presidentes y Directores con rango de Director General de las Entidades Gestoras y Servicios

Comunes de la Seguridad Social; los Presidentes y Directores de las Agencias Estatales, los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias y el Presidente y el Secretario General del Consejo Económico y Social.

5. El Presidente, el Vicepresidente y el resto de los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el Presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, el Presidente, Vicepresidente y los Vocales del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Presidente, los Consejeros y el Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el Presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador o de supervisión.

6. Los Directores, Directores ejecutivos, Secretarios Generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión.

7. Los titulares de cualquier otro puesto de trabajo en el sector público estatal, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros, con excepción de aquellos que tengan la consideración de Subdirectores Generales y asimilados.

Por contra, no tendrá la consideración de alto cargo quien sea nombrado por el Consejo de Ministros para el ejercicio temporal de alguna función o representación pública y no tenga en ese momento la condición de alto cargo.

Los altos cargos del sector público estatal que no estén incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley se regirán por su normativa específica, teniendo ésta ley carácter supletorio para los mismos.”

A la vista de lo anterior, observamos cómo su ámbito de aplicación es amplio pues se extiende también a cargos del sector público empresarial. A

nuestro juicio, esto supone un acierto del legislador para reprimir los casos en los que podría darse un mayor riesgo de abuso del cargo.

Es aplicable la presente Ley a los supuestos previstos expresamente en la Ley de Bases de Régimen Local, cuando reenvía en algunos casos a la regulación de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado ahora derogada por la ley 372015, objeto de nuestro comentario, todo ello en base a la disposición adicional segunda “ *Las remisiones a la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado contenidas en otras normas se entenderán referidas a la presente ley*”.

El artículo 2 de la Ley regula el nombramiento. Se establece como requisito previo al nombramiento de los altos cargos que éstos demuestren su idoneidad, considerándolo un requisito comprobable y documentado al que pueden tener acceso los ciudadanos. El candidato, antes de ser nombrado por el Consejo de Ministros, deberá demostrar, por un lado, su honorabilidad (que no haya sido condenado por sentencia firme o inhabilitado para cargo público o por la regulación concursal o expedientados por infracción muy grave) y por otro, su formación y experiencia técnica para el desempeño del cargo de que se trate. El Gobierno con esta Ley pretende contar con los mejores profesionales para los puestos clave, para lo que exige no sólo méritos profesionales adecuados a sus funciones, sino especialmente la más absoluta irreprochabilidad en su conducta actual y pasada. Prueba de ello es que artículo 2.3 dispone que: “ *El currículum vitae de los altos cargos se publicará, tras su nombramiento, en el portal web del órgano, organismo o entidad en el que preste sus servicios*”.

A lo largo del articulado podemos apreciar cómo la ley se remite varias veces a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en concreto, en el artículo 3 cuando alude a

que el alto cargo en su ejercicio queda sometido a la observancia (además de a las disposiciones de buen gobierno recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre) a los principios de interés general, integridad, objetividad, transparencia y responsabilidad y por último al de austeridad y en el artículo 4 cuando se refiere a que la retribución de los altos cargos será pública.

En lo relativo al régimen retributivo y de protección social, los artículos 4 y 5 recogen una materia regulada de forma dispersa en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, la normativa de Seguridad Social y de clases pasivas.

La norma prevé una compensación por cese en el cargo (artículo 6) durante un período máximo de dos años.

En el artículo 8, se delimita el uso de los gastos de representación, y se prevé expresamente que sus límites no podrán ser ampliados, así como el uso de medios de pago sobre los que es más difícil ejercer un control. Se imponen limitaciones en cuanto a la utilización de vehículos oficiales, gastos de representación y atención protocolarias. No obstante, deja para desarrollo reglamentario los criterios de utilización para vehículos oficiales.

Además se prohíbe, con carácter general, la utilización de tarjetas de crédito. Así el último párrafo del artículo 8 dispone: *“La Administración no pondrá a disposición del alto cargo tarjetas de crédito con el objeto de que sean utilizadas como medio de pago de sus gastos de representación. Excepcionalmente, cuando el alto cargo desarrolle sus funciones en el extranjero y previa acreditación de las circunstancias extraordinarias que lo hagan imprescindible, podrá autorizarse su utilización, sometida al correspondiente control administrativo.”*

Debemos detenernos en el artículo 9 y mostrar una valoración positiva, ya que alude a que los altos cargos tienen además de la responsabilidad política que es obvia una responsabilidad pública que hasta ahora, muchas veces se ha

ignorado o no se ha tenido en cuenta por el responsable. Así el artículo 9 reza:” *Quienes ejerzan un alto cargo tendrán la consideración de personas con responsabilidad pública a los efectos del artículo 14 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”.*

Consideramos un gran acierto lo previsto en este artículo ya que no debemos seguir anclados en la creencia o idea de que el cumplimiento de la legalidad exonera de cualquier responsabilidad política. Un responsable público puede cumplir escrupulosamente la legalidad e incurrir en conductas moralmente reprobables, de las que se deberían derivar consecuencias políticas. La dignidad de la institución y del ejercicio del cargo está directamente vinculada con la integridad, ejemplaridad, honestidad, desinterés y la responsabilidad en el cumplimiento de las funciones públicas asignadas

En el artículo 11 se regulan los casos en los que el alto cargo puede estar incurso en conflicto de intereses, entendiéndose así cuando tenga que adoptar una decisión que afecte a sus intereses personales: a) Los intereses propios, b) Los intereses familiares, incluyendo los de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad, c) Los de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente, d) Los de las personas con quien tengan amistad íntima o enemistad manifiesta, e) Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento, f) Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares previstos en la letra b) estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo, siempre que la misma implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.

También se amplían los mecanismos de control de conflictos de intereses (artículo 11) dado que el alto cargo ha de entregar, además de la copia de las

declaraciones tributarias del IRPF y, en su caso, del Impuesto del Patrimonio (o una declaración equivalente) correspondientes al año fiscal en curso, también las de los dos ejercicios anteriores, así como certificación de la Agencia Tributaria de que está al corriente de todas sus obligaciones fiscales. Esta documentación la entregará el alto cargo cuando cese y durante los dos años siguientes siempre que solicite el inicio de una actividad privada. Por supuesto, cada año, el alto cargo ha de entregar copia de su declaración del IRPF.

Se prevé un sistema de alerta temprana para la detección de conflictos de intereses (artículo 12) y una Oficina de conflictos de intereses, adscrita al Ministerio de Economía y Administraciones Públicas (artículo 19). La ley refuerza el control del cumplimiento de sus disposiciones, dotando a este órgano de nuevas competencias y medios para, como no podía ser de otra forma. Precisamente la Oficina de Conflictos de Intereses vigilará las actividades del alto cargo con la colaboración de la Agencia Tributaria y el Registro mercantil, con el fin de detectar si se han producido incrementos patrimoniales no justificados, informando así al Gobierno con periodicidad semestral.

Por otra parte, con este texto se concreta el contenido del informe que la Oficina de Conflicto de Intereses eleva semestralmente al Congreso de los Diputados con la información personalizada del cumplimiento por los altos cargos de las obligaciones de declarar, así como de las sanciones impuestas.

Ahora bien, como punto a resaltar negativo es que el Director, con rango de Director General, sea nombrado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, ya que consideramos debería preservarse la independencia.

Se prevé también la dedicación exclusiva al cargo en el artículo 13 que sólo cederá ante determinados supuestos que permitan la compatibilidad con ciertas actividades de carácter público o privado. La norma recoge también

expresamente la incompatibilidad entre la percepción de retribuciones como miembro del Gobierno o Secretario de Estado y miembro de las Cortes Generales.

El artículo 14 refuerza también la regulación de las limitaciones en participaciones societarias en el sentido de que también será incompatible la participación en más de un diez por ciento en empresas que reciban subvenciones que provengan de cualquier Administración Pública.

Igualmente se prevé la limitación de la participación en entidades privadas, tras el cese en el cargo (artículo 15). El alto cargo no podrá prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que haya participado. La prohibición se extiende también a las entidades que pertenezcan al mismo grupo societario

La ley concreta además la forma en la que los altos cargos deben efectuar su declaración de actividades económicas y su declaración de bienes y derechos (artículo 17), introduciendo como novedad la remisión del certificado de las últimas dos declaraciones anuales presentadas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el certificado de la última declaración anual presentada del Impuesto sobre el Patrimonio.

Otra novedad que introduce la ley es el procedimiento de examen de la situación patrimonial del alto cargo una vez que ha cesado en el ejercicio de sus funciones (artículo 23). A este respecto, se regula un informe que, a través de un procedimiento contradictorio con el propio interesado, deberá elaborar la Oficina de Conflictos de Intereses y en el que se analizará la situación patrimonial del alto cargo entre su nombramiento y cese para poder así detectar posibles irregularidades.

El Título V de la Ley prevé un sistema de infracciones y sanciones de los altos cargos, sin perjuicio del régimen sancionador previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. La infracciones pueden ser leves, graves o muy graves.

Las muy graves son: a) El incumplimiento de las normas de incompatibilidades a que se refiere la presente ley, b) La presentación de declaraciones con datos o documentos falsos, c) El incumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 18 en relación con la gestión de acciones y participaciones societarias, d) El falseamiento o el incumplimiento de los requisitos de idoneidad para ser nombrado alto cargo.

Por graves se entiende: a) La no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercibimiento para ello, b) La omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta ley, c) El incumplimiento reiterado del deber de abstención de acuerdo con lo previsto en esta ley, d) La comisión de la infracción leve prevista en el apartado siguiente cuando el autor ya hubiera sido sancionado por idéntica infracción en los tres años anteriores.

Las personas sancionadas con faltas graves o muy graves no podrán ser nombradas para ocupar un alto cargo durante un periodo de entre 5 y 10 años.

Además de la derogación genérica de "cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan, contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente ley", se declaran expresamente derogadas:

a) La Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

b) el Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

c) El Acuerdo de Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

Como valoración final a la ley 3/2015, consideramos que se ha dado un paso importante por parte del legislador estatal para tratar de limitar o reducir los casos de corrupción , ahora bien, esta Ley aislada no es la panacea al problema que trata de ponerse remedio, ya que a nuestro juicio, la norma debe ir acompañada de otras medidas , como la aprobación de códigos de conducta, o la introducción, por ejemplo, del estudio de la ética desde edades bien tempranas en nuestro sistema educativo, pues, sólo desde un enfoque multidisciplinar puede enfrentarse un problema tan complejo, y que si bien es conocido desde épocas pretéritas, todavía no se ha logrado culminar el proceso de su efectiva erradicación en las sociedades modernas.

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

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE DICIEMBRE DE 2014. CONCURSO DE ACREEDORES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 84.4 LEY CONCURSAL RESPECTO DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA DE LA ADMINISTRACIÓN

Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización de trabajo: 2 de marzo de 2014

La sala de lo civil del Tribunal Supremo en la sentencia nº 711/2014 de 12 de diciembre resuelve el recurso de casación interpuesto respecto a la sentencia dictada en apelación por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla como consecuencia de autos de juicio incidental seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla.

La sentencia resulta relevante porque prohíbe los embargos de la Seguridad Social sobre los créditos contra la masa de empresas concursadas que se encuentren en fase de liquidación al considerar que contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal.

El Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que aprobó el embargo realizado por la Seguridad Social, en julio de 2012, de activos de la empresa concursada Astilleros de Sevilla S.A. por valor de 1,6 millones de euros, que se correspondían con el importe de los créditos contra la masa devengados a su favor.

Para una mejor comprensión debemos señalar que los hechos relevantes fueron los siguientes:

La entidad Astilleros de Sevilla, S.A. (ASSA) fue declarada en concurso de acreedores, el día 22 de octubre de 2012.

El juzgado que conocía del concurso, abrió la fase de liquidación el 3 de febrero de 2012.

El día 15 de mayo de 2012, fue aprobado el plan de liquidación propuesto por la administración concursal.

El día 15 de Julio de 2012, la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) por medio de su Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Dirección Provincial de Sevilla, acordó el embargo de una serie de activos de la concursada, entre los que se encontraban derechos de crédito de la concursada y saldos en cuentas corrientes. por un total de 1.659.954,68 euros, que se corresponde con el importe de los créditos contra la masa devengados a favor de la Seguridad Social. Estos embargos fueron notificados a la concursada el 12 de septiembre de 2012.

La administración concursal Interpuso el incidente concursar en el curso del cual se dictó la sentencia ahora recurrida, en el que se solicitaba el alzamiento de los embargos acordados.

La Audiencia Provincial de Sevilla había considerado que el artículo 84.4 de la Ley Concursal, introducido tras la reforma de dicha Ley en 2011, permitía la autotutela de la Administración Pública, en este caso, de la Seguridad Social, para realizar ejecuciones administrativas separadas e independientes del concurso de acreedores, sin necesidad de la intervención del juez del concurso, y sin someterse por tanto al plan de liquidación aprobado judicialmente.

Posteriormente, el Tribunal Supremo revocó la decisión de la Audiencia recuperando lo dicho en la sentencia dictada en Primera Instancia por el Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Sevilla que ordenaba el levantamiento del embargo de la Seguridad Social, al entender que la interpretación correcta del artículo 84.4 de la Ley Concursal no debe ser la literal, sino que debe hacerse una interpretación más amplia, teniendo en cuenta el resto de preceptos de la Ley Concursal basada en que si el concurso entra en fase de liquidación, “haya una ejecución universal de todo el patrimonio del deudor concursado, para que pueda asegurarse el pago de los créditos conforme a las reglas legales de preferencia de cobro, previstas para acreedores tanto concursales como contra la masa”.

El Supremo recuerda que el artículo 55.1 de la Ley Concursal señala que, una vez declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, con las únicas excepciones de las ejecuciones administrativas o laborales sobre determinados bienes que estuvieran ya embargados antes de la declaración de concurso.

De esta manera, el Tribunal Supremo ha puesto fin al privilegio que hasta ahora tenía la Administración Pública para cobrar las deudas pendientes durante el proceso de liquidación de una compañía por delante del resto de acreedores, lo que le garantizaba ser el primero en cobrar y, generalmente, el que más dinero recuperaba cuando una empresa deudora quebraba.

Esta decisión marca una diferencia sustancial en los procedimientos concursales.

Por un lado, la decisión del Supremo abre la posibilidad a los administradores concursales a reclamar en todos aquellos procesos que estén todavía abiertos, y en los que alguna Administración haya procedido a embargar activos por su cuenta, principalmente la Tesorería General de la Seguridad Social y Hacienda, que son los más activos, aunque en este apartado también se incluyen diputaciones o ayuntamientos, entre otros.

Reclamar en los concursos en los que ya existe una resolución en firme es más difícil, pero no imposible. Se podría solicitar la devolución de las cantidades embargadas si la actuación de la Administración ha sido perjudicial para el resto de acreedores, por ejemplo, cuando el déficit patrimonial es tan grande que tras cobrar la Administración, ya no quedan suficientes activos o dinero para cubrir las deudas del resto de acreedores.

Es probable que tras esta decisión las Administraciones públicas agilicen las ejecuciones de impagos previendo la posible declaración en concurso de las empresas deudoras.

A su vez, este cambio en la aplicación de la normativa, debe servir para que las empresas soliciten cuanto antes la protección que les brinda el concurso de acreedores, ya que a partir de ahora sí será efectivo pues no se podrán embargar



Castilla-La Mancha



Gabilex
Nº 2
Junio 2015

activos, sino que será el Juez de lo Mercantil quien lidere todo el proceso, en coordinación con la Administración Concursal designada.

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

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JCCM

Para la publicación de **artículos doctrinales** y **reseñas de legislación o jurisprudencia** en la Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se someterá a las siguientes **BASES**:

1. Los trabajos que se presenten para publicación deberán ser originales e inéditos.
2. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
3. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
4. Tanto los ARTICULOS como las RESEÑAS deberá remitirse por correo electrónico a la dirección de la revista (revistagabinetejuridico@jccm.es) en formato *word* o compatible.
5. En todo caso se utilizará letra tipo *arial* tamaño 12 para el texto principal, y *arial* tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados. El interlineado será a 1,5 espacios.
6. La primera página del ARTICULO o RESEÑA debe de incluir, por este orden:
 - a. Título.
 - b. Nombre y apellidos del autor/res, dirección postal y de correo-e.
 - c. Profesión, título académico y centro de trabajo del autor/res.
 - d. Índice o sumario
 - e. Fecha de finalización del trabajo
7. Los trabajos deben incluir al final la bibliografía.

8. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

a) En caso de libro: autor, título del libro en cursiva o título del capítulo entrecomillado seguido del título del libro en cursiva, ciudad de edición, editorial, año, página/s.

b) En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número, editorial, año y páginas.

c) Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos irán entrecomilladas.

9. Los autores cuyos trabajos sean publicados ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación.

10. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

Finalmente cualquier jurista que desee remitir una sentencia interesante o enviar un link sobre cualquier asunto jurídico puede hacerlo enviando un email a revistagabinetejuridico@jccm.es