

administración & cidadanía.

Sumario_

_01_SONIA RODRÍGUEZ-CAMPOS (Universidade de Vigo, España) «El fomento del turismo cultural desde el sector público» **_02_JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU** (Universidade de Zaragoza, España), «Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público» **_03_ROBERTO IGNACIO FERNÁNDEZ LÓPEZ** (Universidade de Vigo, España), «Los mecanismos heterocompositivos ante la litigiosidad tributaria: la necesidad de transitar del inmovilismo al pragmatismo jurídico» **_04_ALBERTO VAQUERO GARCÍA** (Universidade de Vigo, España), «Reflexiones sobre el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común: recetas para la Comunidad Autónoma de Galicia» **_05_DAVID SOTO OÑATE** (Universidade de Vigo, España), «El componente estructural del capital social» **_06_JESÚS AMADOR VALDÉS DÍAZ DE VILLEGAS** (Universidade Iberoamericana, México), «Releyendo la teoría económica de Marx: un concepto posmarxista del dinero» **_07_JESÚS VACA MEDINA Y JOSÉ G. VARGAS-HERNÁNDEZ** (Universidade de Guadalajara, México), «Impacto de la reforma energética en el mercado de los fertilizantes en México»

Sumario_

_01_SONIA RODRÍGUEZ-CAMPOS (Universidade de Vigo, España) «O fomento do turismo cultural desde o sector público» **_02_JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU** (Universidade de Zaragoza, España), «Reforma da normativa europea sobre contratación administrativa e transparencia na contratación por parte do sector público» **_03_ROBERTO IGNACIO FERNÁNDEZ LÓPEZ** (Universidade de Vigo, España), «Os mecanismos heterocompositivos ante a litixiosidade tributaria: a necesidade de transitar do inmovilismo ao pragmatismo xurídico» **_04_ALBERTO VAQUERO GARCÍA** (Universidade de Vigo, España), «Reflexións sobre o sistema de financiación das Comunidades Autónomas de réxime común: receitas para a Comunidade Autónoma de Galicia» **_05_DAVID SOTO OÑATE** (Universidade de Vigo, España), «O compoñente estrutural do capital social» **_06_JESÚS AMADOR VALDÉS DÍAZ DE VILLEGAS** (Universidade Iberoamericana, México), «Relendo a teoría económica de Marx: un concepto posmarxista do diñeiro» **_07_JESÚS VACA MEDINA E JOSÉ G. VARGAS-HERNÁNDEZ** (Universidade de Guadalajara, México), «Impacto da reforma enerxética no mercado dos fertilizantes en México»

A&C, vol. 9, núm.1 (xaneiro-xuño 2014)

A&C é a denominación de *Administración & Cidadanía*, revista propiedade da XUNTA DE GALICIA e editada a través da ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (EGAP) (Rúa de Madrid 2-4, As Fontiñas, 15707 Santiago de Compostela, Galicia, España; teléfono: 981546041; fax: 981546336).

A revista ten os seguintes obxectivos: a) a difusión do coñecemento científico no ámbito das ciencias sociais, particularmente nas disciplinas da Ciencia Política e da Administración, a Economía e a Socioloxía, mediante a publicación de artigos, notas de investigación e recensións de libros relacionados coas administracións e as políticas públicas; b) a reflexión e o debate sobre problemas políticos, sociais e económicos, tanto desde un punto de vista teórico como desde o das súas implicacións prácticas.

A&C publicarase por medios electrónicos semestralmente, en xuño e en decembro. Porén, poderanse publicar anualmente un

ou varios números monográficos extraordinarios.

Na revista publicaranse traballos na súa lingua orixinal, que pode ser galego, castelán, inglés, francés, portugués ou italiano.

O título, o resumo e as palabras clave dos traballos presentaranse, por esta orde, en galego, en castelán ou na lingua orixinal do texto e en inglés.

A&C é unha publicación científica dirixida tanto aos empregados públicos como aos profesionais do sector privado que desenvolvan as súas actividades no eido das ciencias sociais.

A revista pertence ao Grupo B da Clasificación Integrada de Revistas Científicas (CIRC). Está incluída en bases de datos como ISOC-Ciencias Sociais e Humanidades do CSIC, REBIUN (Rede de Bibliotecas Universitarias) e Dialnet. Ademais, neste momento cumpre 30 dos 33 criterios Latindex empregados para a avaliación das publicacións periódicas.

O consello de redacción

PRESIDENTA:

SONIA RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ
(directora da Escola Galega de Administración Pública; Galicia, España).

DIRECTOR:

XOSÉ LUÍS BARREIRO RIVAS
(Universidade de Santiago de Compostela; Galicia, España).

Secretaría de redacción:

CRISTINA ARES CASTRO-CONDE
(Universidade de Santiago de Compostela; Galicia, España).

VOGAIS:

XOSÉ CARLOS ARIAS
(Universidade de Vigo; Galicia, España),
LUIS CARAMÉS VIÉTEZ
(Universidade de Santiago de Compostela; Galicia, España),
RICARDO GARCÍA MIRA
(Universidade da Coruña; Galicia, España),
VICENTE GONZÁLEZ RADÍO
(Universidade da Coruña; Galicia, España),

ROMAIN PASQUIER
(Centre de Recherches sur l'Action Politique en Europe; Rennes, Francia),
SUSANA RUIZ SEISDEDOS
(Universidad de Jaén; España),
MAGDALENA ŚNIADECKA-KOTARSKA
(Uniwersytet Warszawski e Uniwersytet Łódzki; Polonia)
CELIA SZUSTERMAN
(University of Westminster; Londres, Reino Unido).

O COMITÉ CIENTÍFICO

ADINA DUMITRU
(Universitatea de Vest din Timișoara; Romanía),
JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ TORRES
(Universidad Complutense de Madrid; España),
SERAFÍN MERCADO DOMÉNECH
(Universidad Nacional Autónoma de México; México),

NORA RÄTHZEL
(Umeå universitet; Suecia),
NIEVES SANIGER MARTÍNEZ
(Universidad de Granada; España)
DAVID STEA
(Texas State University; Texas, EUA).

Correo electrónico de A&C: ac.egap@xunta.es.
Sitio na internet da revista: <http://egap.xunta.es>.

Responsable da tradución: Diana Quintela Rodríguez

Responsable do deseño e maquetación: Brinco Soluciones Integrales, S.L.

Responsable da impresión: Brinco Soluciones Integrales, S.L.

ISSN-e: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287
Depósito Legal: PO 510-2006

A&C non se fai responsable das opinións expresadas polos autores. Calquera reclamación sobre tales opinións deberase presentar ante eles.

VOL.9_nº1_2014_Revista da Escola Galega de Administración Pública.



administración &
ciudadanía.

– VERSIÓN GALEGO –



Sumario / Summary

_ARTIGOS / ARTICLES

[7-170]

_Sonia Rodríguez-Campos (Universidade de Vigo, España), «O fomento do turismo cultural desde o sector público» / *Fostering Cultural Tourism from the Public Sector*

[9-24]

_José María Gimeno Feliu (Universidad de Zaragoza, España), «Reforma da normativa europea sobre contratación administrativa e transparencia na contratación por parte do sector público» / *Reform of the European regulations on public procurement and transparency in the public sector*

[25-88]

_Roberto Ignacio Fernández López (Universidade de Vigo, España), «Os mecanismos heterocompositivos ante a litixiosidade tributaria: a necesidade de transitar do inmovilismo ao pragmatismo xurídico» / *The Mediation and the Arbitration in Tax Matters: the Necessary Advance from Immobility to Juridical Pragmatism*

[89-102]

_Alberto Vaquero García (Universidade de Vigo, España), «Reflexións sobre o sistema de financiación das Comunidades Autónomas de réxime común: receitas para a Comunidade Autónoma de Galicia» / *Considerations about the Financing Scheme of Autonomous Regions of Ordinary System: Some Recipes for Galicia*

[103-122]

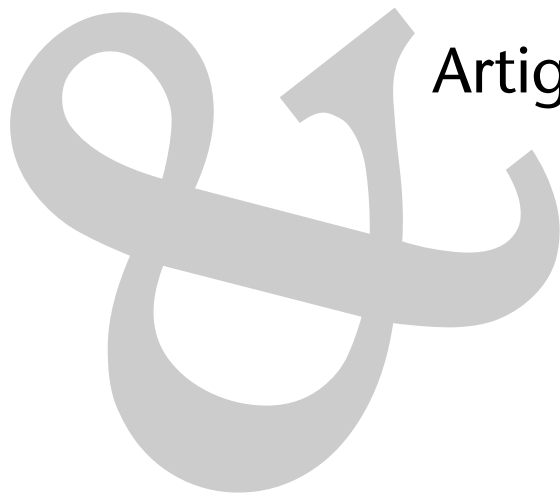
_David Soto Oñate (Universidade de Vigo, España), «O compoñente estrutural do capital social» / *The Structural Component of Social Capital*

[123-136]

_Jesús Amador Valdés Díaz de Villegas (Universidad Iberoamericana, México), «Relendo a teoría económica de Marx: un concepto posmarxista do diñeiro» / *Rereading Marx's Economic Theory: a Post-Marxist Concept of Money* [137-160]

_Jesús Vaca Medina e José G. Vargas-Hernández (Universidad de Guadalajara, México), «Impacto da reforma enerxética no mercado dos fertilizantes en México» / *Impact of the Energy Reform in the Mexican Fertilizers' Market* [161-170]

_NORMAS DE PUBLICACIÓN [171-172]



Artigos

SONIA RODRÍGUEZ-CAMPOS_(srcampos@uvigo.es; sonia.rodriguez-campos@xunta.es)_Profesora Titular de Dereito Administrativo da Universidade de Vigo_Directora da Escola Galega de Administración Pública, España

O fomento do turismo cultural desde o sector público: o caso da rede de paradores *

El fomento del turismo cultural desde el sector público: el caso de la red de paradores

Fostering Cultural Tourism from the Public Sector

&Resumo: O turismo é un sector esencial e estratéxico da economía nacional. Como se desprende deste traballo, a intervención directa do Estado mediante a explotación e xestión de redes hoteleiras xustifícase, como no caso de calquera empresario privado, na obtención de rendibilidade. Pero non só nisto. Tamén na promoción turística de lugares que malia a súa beleza son pouco rendibles para a iniciativa privada, así como na defensa do patrimonio cultural español. A estes fins obedece de forma sinalada a rede de paradores que, malia os cambios experimentados no seu réxime xurídico, constitúe no noso país o máis claro expoñente dun turismo de calidade articulado sobre a rehabilitación de inmobles monumentais e o fomento do patrimonio cultural e natural.

&Palabras clave: turismo cultural, fomento, Patrimonio Histórico, paradores, empresa pública, rehabilitación, desenvolvemento sostible; v, interese público.

&Abstract: Tourism is an essential and strategic sector of the national economy. As it is argued in this article, direct intervention from the State towards the exploitation and management of hotel networks is justified, as it is the case with any other private entrepreneur, in securing rentability. But it is not only this. Besides, it is justified by the tourist promotion of places that despite their beauty are not very profitable for private initiative as well as the defense of Spanish cultural heritage. The network of paradores responds to these aims, which, in spite of changes introduced in its regulation, constitutes the most clear exponent of a tourism of quality in our country, articulated on the basis of the restoration of monumental real estate and the promotion of natural and cultural heritage.

&Key words: cultural tourism, historic heritage, paradores, public enterprise, restoration, sustainable development, public interest

* O presente traballo constitúe a achega da autora á obra colectiva "El camino de Santiago y otros itinerarios" actualmente en prensa.

Preliminar

A consideración do turismo como sector estratéxico da economía nacional motiva, a comezos do século XX, certa intervención pública dirixida a fomentar a entrada de estranxeiros en España e a ditar medidas de policía u ordenación no incipiente sector. A mesma consideración e o incremento exponencial da afluencia turística no noso país xustifican que, sen abandonar as devanditas actuacións, a partir de 1951 a Administración comece a ostentar e exercitar facultades de intervención directa na actividade turística, chegando mesmo a articular diversos instrumentos para operar no sector como un empresario máis¹.

En efecto, durante os anos vindeiros o Estado asume actividades concretas dirixidas a facilitar o aloxamento e manutención dos turistas, a organizar viaxes e mesmo a realizar de feito o transporte. Entre estas facetas merece ser salientada a xestión e explotación hoteleira mediante dous instrumentos paradigmáticos da devandita intervención: a *Empresa Nacional de Turismo S. A. (ENTURSA)* e a rede de albergues e paradores, incardinados primeiro na propia Administración e desde 1990 na sociedade estatal denominada *Paradores de Turismo de España, S. A.*

Polas razóns que máis adiante se esporán, actualmente esta sociedade aglutina a totalidade dos establecementos turísticos estatais dando mostras dunha xestión que, aínda que en réxime de libre competencia, se rexe por certos parámetros alleos ao resto dos empresarios do sector. Ilustrativa ao respecto é a localización dos paradores en lugares escollidos da nosa xeografía e en edificios emblemáticos polo seu valor histórico-artístico, situación que á súa vez habilita o fomento da cultura e das tradicións propias das distintas rexións peninsulares. Este aspecto é esencial aos efectos que aquí interesan porque contribuíu decisivamente a dotar á rede dunha identidade propia e a convertela nun dos máis claros expoñentes do turismo cultural no noso país.

I. INTRODUCCIÓN AO SECTOR PÚBLICO TURÍSTICO

A intervención directa do Estado no turismo dá comezo cun Decreto de 13 de outubro de 1949 polo que se encomenda ao Instituto Nacional de Industria (en adiante INI) a creación dunha empresa mixta para a explotación dos transportes turísticos por estrada. Non é outro o fin social de *Autotransportes Turísticos Sociedad Anónima (ATESA)*, que constitúe, no que agora interesa, o primeiro referente do sector público turístico. Integrada no devandito grupo, dótaselle dun parque de autocares e de vehículos dando comezo a súa actividade como empresa transportista e de aluguer de coches. En 1961 amplía as súas actividades coa prestación de servizos como axencia de viaxes por xunto e retallista, aspecto este que se intensifica coa compra de *Viaxes Marsans, S.A.*².

Haberían de pasar bastantes anos para a constitución doutra empresa pública no sector, se ben dedicada á construción de establecementos turísticos de calidade: a *Empresa Nacional de Turismo S. A. (ENTURSA)*. Esta entidade vincúlase tamén ao INI, que a constitúe por escritura pública de 14 de febreiro de 1964 subscribindo un capital totalmente liberado de trescentos millóns de pesetas que podería incrementarse co paso dos anos. A tal fin, pouco antes o Consello de Ministros pronunciárase favorablemente sobre a creación dunha empresa cuxo obxecto sería o previsto no art. 1 do Decreto 3221/1963, de 22 de novembro: “a construción de aloxamentos turísticos e complexos deportivos a eles anexos, a creación e mellora de caza e pesca e aquelas outras obras e construcións turísticas que o Goberno lle encomende”.

Polo demais, o mesmo precepto prevía tamén a incorporación á nova empresa das instalacións hoteleiras que a tal data dependesen directa ou indirectamente do INI, previsión

que no seu caso habería de comportar a explotación das mesmas. Non foi outro o destino do Hostal dos Reis Católicos de Santiago de Compostela que, dependente do devandito Instituto, foi traspasado a ENTURSA o mesmo ano en que se creou esta. Pero antes de entrar en maiores consideracións ao respecto, debe advertirse que o obxecto social referido nunca foi exclusivo desta sociedade estatal. Como poderá comprobarse no seguinte epígrafe, o Estado viña construíndo e explotando establecementos turísticos con anterioridade á constitución da mesma.

En efecto, desde 1928 a devandita intervención encomendárase a sucesivos órganos administrativos dos que dependeron os albergues e paradores. É o caso do *Padroado Nacional de Turismo (1928-1938)* e da *Dirección Xeral de Turismo (1939-1951)*. O seguinte paso importante prodúcese en 1958, pois a prestación de servizos de aloxamento turístico pasa a realizarse mediante un organismo autónomo de nova creación: a *Administración Turística Española (ATE)*. Esta asume entón a explotación e a xestión da “*Rede de Establecementos Turísticos propiedade do Estado*”, cadea que comprendía catro clases: paradores, albergues de estrada, refuxios de montaña e hosterías³.

Poucos anos despois da creación do devandito órgano administrativo, a *Empresa Nacional de Turismo S.A. (ENTURSA)* faríase tamén cargo da xestión e explotación de establecementos turísticos, e iso aínda cando, conforme á idea orixinal, as devanditas funcións debería exercelas o empresario privado mediante arrendamento.

A ampliación do cometido de ENTURSA obedece a criterios de rendibilidade, o que tamén xustifica o abandono da idea orixinal de hoteis de carácter monumental e a opción, en consecuencia, por outras instalacións máis convencionais que razoablemente comportarían un menor custo. Aínda así, porén, a empresa non chegou a obter os beneficios esperados e a súa influencia no conxunto da oferta hoteleira española foi escasa. Proba diso é que, comparada co outro organismo público que se dedicou á mesma finalidade —é dicir, a *Administración Turística Española (ATE)*— resulta que mentres ENTURSA só chegou a explotar doce hoteis, a rede que esta xestionaba acadou os oitenta e nove establecementos en 1982⁴. Isto supón que a comezos dos anos oitenta o Estado xestionaba un centenar de aloxamentos de natureza moi diversa (desde hoteis en edificios monumentais a hoteis de cidade⁵, pasando por establecementos en destinos de praia).

A faceta hoteleira do Estado e os seus dous instrumentos —ATE e ENTURSA— mantivéronse sen cambios substanciais ata que se traspasa ao sector privado a *Empresa Nacional de Turismo*. A este resultado chégase tras un proceso que se inicia a finais de 1984, coincidindo cun cambio de dirección do INI que formula, entre outras medidas de recuperación, unha reestruturación baseada en tres criterios: primeiro, *alleamento de empresas cuxo negocio estaban fortemente internacionalizados*; segundo, *venda de empresas cuxa liña de negocio non era de interese para o grupo*; e terceiro, *disolución das empresas en casos de inviabilidade manifesta*.

Considerando que ENTURSA só obtivo beneficios durante os seus primeiros anos de funcionamento e que, por isto mesmo, modernizar os seus hoteis comportaba unha notable dificultade, a súa venda perfilábase como a mellor alternativa no marco dunha política máis ampla de privatización industrial e empresarial posta en marcha polo executivo. É así que o 20 de novembro de 1985 o Consello de Ministros autoriza a devandita operación a favor de “*Hoteles de Lujo Españoles*” pola totalidade das accións representativas do capital social valoradas en 5186 millóns de pesetas. Deste modo líquídase a *Empresa Nacional de Turismo*, cuxa existencia fora reiteradamente posta en entredito por coincidir a súa actividade —a explotación de hoteis singulares e de calidade— coa de ATE. Neste organismo pasan a

integrarse, precisamente, tres establecementos de ENTURSA que pola súa monumentalidade ou posición estratéxica se exclúen do traspaso referido: o *Hostal dos Reis Católicos*, o *Hostal de San Marcos* e o *Hotel Muralla de Ceuta*.

Análogo final tería a outra empresa pública mencionada —*Autotransporte Turístico Español*, S.A (ATESA)-, sendo tamén razóns de índole económica as que avalan a súa privatización. De acordo co antes sinalado, ademais de facilitar vehículos de transporte colectivo ou individual, esta empresa actuou tamén como axente de viaxes por xunto e detallista, realizando estas actividades por medio de empresas filiais, particularmente *Viaxes Marsáns*, S.A. Pero como consecuencia dunha crise de notable entidade, entre 1981 e 1985 o Estado abandona o papel que viña desenvolvendo como empresario do transporte e axente de viaxes. Tras terse operado a correspondente venda de accións, o INI decide desprenderse de ATESA que viña dando perdas. Pouco despois chegaríalle a vez a *Viaxes Marsáns*, axencia que tamén se privatiza⁶.

Neste contexto de transferencia ao sector privado de activos concretos, os paradores non se privatizan aínda cando, como é natural, tamén lles afecta a crise referida. A Administración Turística Española (ATE) prosegue a súa xestión mantendo a súa tradicional natureza xurídica durante a década dos oitenta. Pero isto non significa que se obvие a necesidade de saneamento económico e financeiro da cadea. Nin moito menos. É precisamente tal necesidade a que motiva que en 1990 o devandito organismo autónomo se transforme na sociedade estatal “Paradores de Turismo de España, S. A”, transformación que completa a evolución da rede en canto ás formas xurídicas adoptadas e da que se dá cumprida conta no seguinte epígrafe.

II. A REDE DE PARADORES NO MARCO DA ADMINISTRACIÓN TURÍSTICA DO ESTADO: FUNDAMENTOS E EVOLUCIÓN EN CANTO ÁS FORMAS XURÍDICAS ADOPTADAS

As orixes dos establecementos que aquí se mencionan sitúanse a principios do século XX, época na que satisfacer a demanda do turista estranxeiro que visitaba o noso país e mellorar a imaxe internacional das pousadas e fondas españolas se revelaron como necesidades públicas manifestas. Así pois, prestar servizos turísticos nas mellores condicións xustificou a creación dunha estrutura hoteleira —daquela inexistente-, que nas cidades e lugares máis fermosos de España dese hospedaxe aos viaxeiros que se entraban na península. O proxecto así formulado someteuse á consideración do rei Alfonso XIII e en 1910 encomendouse a Benigno de la Vega-Inclán y Flaquer (marqués de la Vega-Inclán), que o impulsou desde a súa condición de Comisario Rexio de Turismo⁷. A esta Comisaría creada por *Real Decreto de 19 de xuño de 1911*⁸ e organicamente dependente da Presidencia do Consello de Ministros, debemos, polo tanto, a construción do primeiro establecemento da que sería a *Rede de Paradores Nacionais e Albergues de Estrada*.

De acordo coa proposta efectuada en 1926 polo Marqués de Vega-Inclán, o lugar elixido para a localización do primeiro destes aloxamentos foi a serra de Gredos⁹. No verán dese mesmo ano comezan as obras que rematarían o 9 de outubro de 1928 coa inauguración polo mencionado monarca do que sería, como dixeran, o primeiro establecemento turístico estatal. Durante algún tempo os seus hóspedes foron principalmente os interesados en practicar a caza, afición esta que desde sempre se atribuíu aos máis podentes; pero co paso dos anos a idea de viaxar —ou do turismo, se se prefire— impúxose respecto doutro tipo de consideracións, de tal forma que progresivamente se transformou nunha actividade accesible a todas as persoas cun mínimo poder adquisitivo.

O que aquí interesa é que a expansión turística motivou a apertura de novos paradores en lugares escollidos a tal fin. A este respecto tívose en conta un criterio que debería seguirse en todo caso: que as distancias entre eles puidesen percorrerse nunha xornada nos coches da época. A ubicación de tales aloxamentos, polo tanto, nunca foi casual.

A calculada colocación dos paradores foi unha constante ao longo da súa historia, aspecto este que se relaciona estreitamente coa permanencia dos obxectivos básicos aos que obedecen. En síntese, a formulación que tradicionalmente se fixo —e que se segue facendo— radica, en primeiro lugar, en que o Estado debe favorecer a creación de prazas hoteleiras en lugares que malia o seu atractivo turístico resulten pouco rendibles para a iniciativa privada. Pero hai outro aspecto tamén importante, e é que sempre que sexa posible ha de optarse polo aproveitamento de edificios e recintos de recoñecida importancia histórica para a instalación do parador.

Inaugurado o Parador de Gredos, os esforzos diríxense a consolidar a estratexia inicialmente formulada. Trátase, en definitiva, de fomentar o turismo español mediante a instalación de novos Paradores en espazos monumentais e lugares de gran beleza natural. Este foi un dos encargos do *Padroado Nacional de Turismo*, que en virtude do *Real Decreto de 25 abril de 1928* substituíu á Comisaría Rexia e asumiu as súas funcións¹⁰. Non obstante, neste aspecto deben facerse certas precisións. Se o órgano precedente optara polo fomento do turismo ao obxecto de coordinar os diversos organismos competentes en materia turística, o Padroado Nacional foi máis alá; incidiu con maior intensidade no devandito fomento contribuíndo a mellorar a imaxe de España no ámbito internacional. Neste período xeneralízase unha política tendente a intervir na edificación de hoteis en determinados lugares e con determinada calidade, aprobándose un *Plan Xeral de Paradores* que se encomendou á denominada “Junta de Paradores y Hostelerías del Reino” en 1928.

Desde entón a rede foi expandíndose progresivamente. Sucesivas inauguracións de paradores en Oropesa (Toledo-1930), Úbeda (Jaén-1930), Ciudad Rodrigo (Salamanca-1931) ou Mérida (Badajoz-1933) son claros exemplos de como se adecuaron as peculiaridades da hospedaxe coa restauración de castelos, palacios e conventos. Deste modo rescatáronse da ruína e do abandono monumentos vinculados ao patrimonio histórico español, evidenciándose o éxito da iniciativa proxeitada pola antiga Comisaría Rexia nun curto período de tempo. De feito, a construción doutros moitos paradores que seguiron ao de Gredos dotou a España dun atractivo turístico e dunha proxección internacional insólita naquela época. Pénsese que os anos trinta estiveron tristemente marcados polos conflitos bélicos. No ámbito internacional coinciden co período de entreguerras e no caso de España enmarcan a guerra civil.

Pero aínda que poida resultar un tanto sorprendente, tras a contenda librada na península o Estado promocionou o turismo oficial¹¹. Mesmo antes de que o conflito rematase creouse o *Servizo Nacional de Turismo*, que asumiu as funcións da Xunta de Paradores. Despois, por Lei de 8 de agosto de 1939, o devandito Servizo pasou a denominarse *Dirección Xeral de Turismo*. Este órgano estivo adscrito ao Ministerio da Gobernación ata 1951, ano no que pasou a depender do Ministerio de Información e Turismo¹². O cambio foi consecuencia da norma de creación deste Departamento ministerial —o *Decreto-Ley de 19 de abril (ou de xullo) de 1951*-, que encomendou ao novo Ministerio as competencias turísticas e á Dirección Xeral o exercicio de facultades de intervención directa no sector¹³.

Aos efectos que aquí interesan, o papel desempeñado por este órgano directivo é fundamental porque durante décadas tivo encomendada a xestión dos paradores. Neste extremo unicamente deben advertirse certos cambios de réxime xurídico. Se na fase inicial

do Ministerio é a propia Dirección Xeral de Turismo a que xestiona e explota a *Rede de Establecementos Turísticos do Estado*, desde 1958 tales funcións se encomendan á xa mencionada Administración Turística Española (ATE), que se constitúe como organismo autónomo dependente da citada Dirección Xeral¹⁴.

Pouco despois, en 1962, ATE pasa a depender da Subsecretaría de Turismo pero mantén a súa natureza xurídica, segundo se desprende dun *Decreto de 14 de xuño* do mesmo ano. Pero o cadro organizativo muda novamente tras a aprobación do Real Decreto de 210/1979, de 11 de marzo, que fixo depender á Administración Turística Española do recién creado *Ministerio de Comercio e Turismo*, a través da Dirección Xeral de Empresas Turísticas. Ben é certo, non obstante, que a reorganización non afectou á configuración e funcións de ATE, que continuou sendo un organismo autónomo dos previstos no parágrafo 1.b) do art. 4º da Lei Xeral Orzamentaria de 1979.

No período que acaba de referirse —é dicir, 1962/1979-, a Rede de Aloxamentos Turísticos do Estado experimenta un notable crecemento. Os estudos ao respecto afirman que na década dos sesenta chegou a contar cunha trintena de establecementos (entre albergues e paradores)¹⁵, un número que non deixou de aumentar nos anos posteriores.

Esta tendencia veuse mantendo á marxe dos cambios organizativos que afectasen á Rede. En virtude dunha Lei de Orzamentos do Estado de 1990, o organismo autónomo ATE transfórmase nunha sociedade estatal coa denominación de “Paradores de Turismo de España, S.A.”¹⁶. Por conseguinte, desde 1991 esta peculiar cadea hoteleira adopta a forma de sociedade anónima mercantil e ten personalidade xurídica propia, aspectos estes que non implican cambio ningún na titularidade das súas accións. O cen por cen destas pertencen ao Estado, o que significa, como é evidente, que o capital social da empresa é totalmente público. A este respecto debe advertirse, por último, que queda reservada á mesma a xestión hoteleira pero non a propiedade dos edificios, que pertence na súa maioría ao Patrimonio do Estado.

Con esta configuración chegou ao momento actual a rede de paradores. De acordo coa filosofía que tradicionalmente a inspirou, catorce deles están instalados en castelos, catorce en antigos conventos, nove en palacios, catro en casas de liñaxe, tres en recintos históricos, e corenta e seis en edificios de nova planta, dos cales dezaseis responden á arquitectura local. Así pois, ao obxecto de establecer unha clasificación pode dicirse que tales establecementos se configuran en inmobles de importancia histórica, monumental ou artística, ou ben en edificios de construción típica rexional. Nisto diferéncianse os chamados *paradores históricos* dos *paradores rexionais*¹⁷, que polo demais teñen en común certas características e obxectivos que se exporán ao longo das seguintes páxinas e que os individualizan con respecto a calquera outro aloxamento turístico.

Atendendo ao primeiro dos aspectos sinalados, os *aspectos que en esencia configuran a identidade dos paradores* son os seguintes¹⁸: primeiro, a súa estratéxica *situación* en lugares escollidos polo seu valor monumental ou pola súa beleza paisaxística; segundo, a súa *instalación* preferentemente en edificios de manifesto valor histórico ou artístico —non obstante, xa se sinalou que é tamén frecuente a construción de edificios de nova planta, suposto no cal deben adaptarse ao estilo da rexión ou da comarca na que se sitúan-; e terceiro e derradeiro, a súa *decoración acorde en todo caso coa* estética do contorno, e neste sentido, conforme ao “tipismo” da rexión.

III. ASPECTOS ESENCIAIS DO SECTOR PÚBLICO TURÍSTICO NA ACTUALIDADE: EXPLOTACIÓN COMERCIAL E PERMANENCIA DE FINS DE INTERESE PÚBLICO

A rendibilidade que comporta o turismo xustifica a progresiva asunción da actividade hoteleira por empresarios privados ata chegar a asumila case en exclusiva. Neste contexto, porén, os paradores non deixaron de ser xestionados e explotados polo Estado, cometidos que no momento presente desenvolve en concorrencia cos particulares e con sometemento ás regras do libre mercado. Estes matices un tanto obvios determinan que a actividade de xestión económica que desenvolve “Paradores de Turismo de España S.A” obedeza, en esencia, á obtención de rendibilidade que persegue calquera axente turístico. Pero isto non significa que o *status* da Administración e o do resto dos empresarios do sector se equiparen no tráfico privado. Nin moito menos, pois de acordo co art. 103.1 CE calquera forma de actividade administrativa debe xustificarse no servizo obxectivo ao interese xeral, aspecto este que diferencia de forma substancial os paradores de calquera outro aloxamento turístico. Polo demais, este importante matiz explica así mesmo a dobre cara que razoablemente comporta a xestión de tales establecementos. E é que se por unha parte a sociedade pública “Paradores” vén adoptando plans estratéxicos dirixidos a incrementar a competitividade e a eficiencia da rede, pola outra mantén o servizo a concretos fins de interese xeral cuxa permanencia xustifica a súa titularidade pública.

Nesta orde de consideracións, a sociedade responsable dos paradores pretende ofrecer un servizo de calidade diferenciado e optimizar a súa xestión ao obxecto de incrementar beneficios¹⁹. Esta formulación que, por certo, é idéntica á que a tal fin rexe a actuación do empresario privado, traducíuse no emprego de técnicas propias deste sector. Así o demostra a creación dun *departamento de innovación e desenvolvemento*, a realización de *auditorías internas* (dirixidas a revisar os sistemas de xestión e os equipamentos da cadea) e a reestruturación dun novo *departamento de Calidade e Desenvolvemento Sostible*. Isto último obedece á idea de que ambos os dous conceptos van unidos, pois un turismo de calidade como o que representan os paradores implica —ou debería implicar— un desenvolvemento soportable ecoloxicamente a longo prazo e viable en termos económicos. Ademais, a empresa que nos ocupa tivo en conta que o respecto ambiental redunda en melloras no aforro enerxético e de consumos, aforro que, segundo vén sosténdose, pasa pola eficiencia na xestión de recursos enerxéticos e naturais²⁰.

En suma, razóns como as mencionadas xustifican que, de forma progresiva, “Paradores” implantara nos seus establecementos un *sistema de xestión medioambiental* ao obxecto de acreditar a efectiva conservación do contorno no que se sitúan. Polo demais, calquera das medidas sinaladas obedece á consecución da excelencia empresarial que pretende todo operador —público ou privado— e que no caso da devandita empresa pública obedece á necesidade de ocupar un posto de liderado no sector sen que iso obstaculice o que ha de seguir sendo primordial: a súa actuación como instrumento da política turística do Estado, e neste sentido, ao servizo de diversos intereses públicos concorrentes.

O interese xeral despréndese dos obxectivos que tradicionalmente corresponderon á rede e que se cifran nos seguintes: primeiro, o *desenvolvemento económico en relación cun sector de importancia esencial para España como é o turístico*; segundo, a *defensa do patrimonio histórico de titularidade estatal*; e terceiro, a *difusión da riqueza cultural e paisaxística do noso país*. Estes constitúen os que razoablemente poden considerarse os obxectivos esenciais da rede, pero non son os únicos.

Desde o punto de vista dos intereses públicos en presenza, merece tamén ser salientado que os paradores suplen a ausencia de prazas hoteleiras en determinadas zonas do país nas que serven de polo de atracción á iniciativa privada, o que á súa vez redonda na *diversificación da oferta turística, menor saturación* dos destinos máis habituais —que son normalmente os de sol e praia-, e por conseguinte, menor deterioración ambiental²¹. Desde esta perspectiva os paradores contribúen notablemente ao desenvolvemento do “*turismo sostible*”, é dicir, aquel que non supón unha ameaza para o medio ambiente físico ou para os recursos culturais. Por outra parte resulta que, por análogas razóns, a súa actual xestión favorece o que se coñece como “*turismo alternativo*”, modalidade que comporta a promoción e defensa do patrimonio natural e cultural, garantindo ao tempo un turismo viable economicamente e equitativo desde o punto de vista de seus enclaves.

En fin, a permanencia destes fins de interese xeral lexitima a dos paradores na esfera pública e pon de manifesto que, malia as coincidencias e os paralelismos que poidan establecerse entre a actividade hoteleira convencional e a do ente xestor de tales establecementos, a xestión da rede difire da privada, particularmente naqueles aspectos que non comportan rendibilidade²². É por iso que se ben a actividade hoteleira en edificios singulares non é exclusiva de “*Paradores de Turismo de España*”, si o é, en cambio, ter sabido aunar eficazmente a actividade empresarial —ou se se prefire, de xestión económica— co fomento dos costumes e das actividades que son ou foron expresión relevante da cultura do noso país.

IV. PARADORES E A DEFENSA DO PATRIMONIO CULTURAL

A. Breves consideracións sobre a vinculación entre turismo e patrimonio: o turismo cultural

A modalidade turística que aquí se refire comprende calquera actividade consistente en “realizar viaxes, visitas e estancias a lugares xeográficos para coñecer os feitos históricos, artísticos, culturais e antropolóxicos que forman parte do patrimonio cultural da humanidade, a través dos monumentos histórico-artísticos, museos, manifestacións culturais e de espectáculos, rutas e itinerarios histórico-monumentais, asistencia a seminarios, simposios culturais, cursos de idiomas no estranxeiro, manifestacións folclóricas e antropolóxicas (artesanía, festivais de música, *folk*, xornadas gastronómicas, danzas típicas, etc.)”²³. Polo demais a devandita categoría non é senón un segmento do turismo vacacional que evolucionou de forma paralela ao concepto de patrimonio cultural, evolución que se traduciu nun crecente interese polos elementos que menciona o art.1 da Lei 16/1985, de 25 de xuño, do Patrimonio Histórico Español: inmoables e obxectos móbiles de interese artístico, histórico, paleontolóxico, arqueolóxico, etnográfico, científico ou técnico. Tales son os elementos que conforme ao mencionado precepto integran o noso patrimonio histórico, concepto que así mesmo comprende “o patrimonio documental e bibliográfico, os xacementos e zonas arqueolóxicas, así como os sitios naturais, parques e xardíns, que teñan valor artístico, histórico ou antropolóxico”²⁴.

No que aquí interesa, o turismo cultural representa en Europa un terzo da demanda —a mesma porcentaxe que o turismo de sol e praia— e no noso país conta cada vez con máis adeptos²⁵. Isto explica, entre outras razóns, o considerable aumento do número de hoteis españois instalados en edificios históricos e/ou monumentais, unha tendencia que comporta a crecente interconexión entre patrimonio cultural e turismo²⁶.

No ámbito xurídico fai tempo que se asumiu a realidade desta relación²⁷. Xa en 1964 a *Carta de Venecia de Conservación e Restauración do Patrimonio Histórico* destacaba a importancia

que revisten a protección e a conservación deste en orde á súa futura función social, toda vez que a deterioración e a desaparición dun ben do patrimonio cultural comporta un empobrecemento nefasto do acervo común dunha determinada sociedade.

Posteriormente perfiluse de forma máis nítida o concepto de “turismo cultural” vinculándoo ao de desenvolvemento sostible, o que implica apostar por unha xestión global dos recursos co fin de asegurar a súa permanencia e conservar o patrimonio natural e cultural. Isoponse de manifesto na *Carta do Turismo Sostible* elaborada a resultas da Conferencia Mundial do Turismo Sostible que tivo lugar en Lanzarote, en 1995.

Como non podía ser doutro xeito, as institucións comunitarias non obviaron a importancia do turismo cultural como recurso e fonte de ingresos para os Estados membros, transcendencia que xustifica as súas recomendacións en orde a que desde este ámbito se propoña “unha oferta turística sostible e de calidade, facendo valer en particular a súa diversidade de paisaxes e a súa extraordinaria riqueza cultural”²⁸. Nestes termos pronunciouse a Comisión, que apoia esta forma de turismo alternativo mediante diversos proxectos e o apoio a cantas actividades sirvan á súa promoción.

Entre estas destaca a nova iniciativa “Encrucilladas de Europa”²⁹, dirixida a promocionar os itinerarios culturais europeos e a sensibilizar acerca do seu potencial turístico aos interesados, empresas, xestores de destinos turísticos e Administracións nacionais e locais. En canto ao por que da opción polo fomento de tales rutas, a Comisión xustifícaa no feito de que son transnacionais e representativas do patrimonio e dos valores comúns europeos. Actualmente hai vinte e nove itinerarios deste tipo que cruzan cidades, localidades e comunidades rurais de todo o continente e que presentan a Europa como destino turístico único³⁰.

Polo demais, calcúlase que o turismo cultural representa o corenta por cento do turismo europeo³¹. Dito isto, doadamente comprenderase que non sexa a Comisión a única que considera conveniente favorecer a devandita modalidade turística. O Consello de Europa non alberga dubida ningunha acerca das vantaxes da súa axeitada xestión —tanto desde o punto de vista económico como do incremento do emprego—, toda vez que ambas as dúas instancias avaliaron, con resultados positivos, o impacto da promoción dos itinerarios culturais nas pequenas e medianas empresas do sector³².

Xa no ordenamento xurídico español, a normativa turística outorga singular relevancia aos bens culturais —indistintamente de se son mobles ou inmobles— ao consideralos recursos turísticos que deben ser respectados e preservados evitando a súa degradación ou destrución. Esta premisa recóllese dunha ou outra forma na *Lei 16/1985, de 25 de xuño, do Patrimonio Histórico Español* —en adiante LPHE— e nas diferentes leis autonómicas reguladoras do turismo, normativa que por outra parte ten un denominador común aos efectos que aquí interesan: entender que a protección e conservación do acervo cultural de calquera territorio é un obxectivo que debe rexer, de forma prioritaria, a política turística adoptada no mesmo.

Dado que un repaso ás leis autonómicas na materia excedería a extensión e os obxectivos deste capítulo, as seguintes páxinas farán mención exclusivamente á LPHE en canto que, á fin e ao cabo, é a norma de cabeceira no relativo aos bens culturais de titularidade estatal.

B. A promoción turística a través da rehabilitación de inmobles monumentais e da defensa do patrimonio etnográfico

De acordo co sinalado anteriormente, non só a empresa pública que nos ocupa presta servizos de hostalería en edificios de recoñecido valor histórico e artístico. Conscientes do atractivo que comporta para boa parte do público aloxarse nun palacio renacentista ou nun

castelo medieval, foron *in crescendo*, tanto no noso país como no resto de Europa, o número de cadeas hoteleiras que desenvolven a súa actividade en edificios monumentais³³. A razón de tal incremento é obvia. Radica na rendibilidade que comporta o devandito atractivo, un aspecto sen dúbida determinante tanto para o empresario privado como para o ente xestor dos paradores, e que xustifica que ademais da xestión e a explotación dos inmobles elixidos a tal fin, asuman, cando é necesario, a rehabilitación e mesmo a reconstrución dalgunhas das súas partes.

Porén, resultando o dito incuestionable, debe así mesmo recoñecerse que todo o concernente á recuperación de edificios monumentais con fins turísticos adquire particular relevancia en relación á sociedade estatal que nos ocupa. Máis aínda, a devandita faceta constitúe un dos aspectos máis emblemáticos da rede, pois se tradicionalmente a estudada situación dos paradores constituíu unha das súas marcas de identidade, durante os últimos anos a empresa veu primando a súa expansión en recintos singulares polo seu valor histórico-artístico³⁴.

Esta estratexia fixo da rede de paradores un dos mellores e máis sólidos promotores do turismo cultural no noso país, consideración que non só deriva do amplo labor de rehabilitación de inmobles monumentais que en numerosas ocasións comporta a devandita opción, senón tamén dun notable esforzo de recuperación do patrimonio etnográfico.

No primeiro aspecto mencionado, o devandito labor de rehabilitación tradúcese nun importantísimo número de paradores de cuxa estética se desprende un manifesto valor histórico-artístico e que abren as súas portas en castelos, conventos, palacios e hospitais, caso este último do Parador de Santo Domingo da Calzada ou do Hostal dos Reis Católicos (hoxe Parador de Santiago de Compostela), cuxo labor asistencial estivo historicamente vinculado á peregrinaxe³⁵. A estas clases hai que engadir outras menos habituais tales como as *construcións de carácter defensivo e casas de tipo señorial*, modalidades que xunto cos Monasterios de Cangas de Onís, Santo Estevo (Ourense) e Monforte de Lemos (Lugo), completan a diversidade construtiva dos paradores históricos.

Como doadamente se comprenderá, o valor histórico-artístico destes recintos esixe o axeitado nivel de protección que só o Dereito pode brindarlles. É por isto que a maioría dos paradores situados en inmobles como os sinalados foron declarados Bens de Interese Cultural (en adiante BIC) coa categoría de *monumentos*, circunstancia á que se suma o feito de que non é en absoluto infrecuente que formen parte de *Conxuntos Históricos* declarados e protexidos como tales³⁶. Tal é precisamente o caso do Hostal dos Reis Católicos, que ademais de posuír a cualificación de monumento é parte do Conxunto Histórico-Artístico de Santiago de Compostela, coincidencia á que cabe engadir que esta cidade é Patrimonio da Humanidade desde a súa declaración como tal en 1985.

Así mesmo, sen prexuízo de integrar conxuntos históricos conforme á LPHE, foron declarados tamén monumentos os Paradores de Alarcón, Alcalá, León, Olite, Tortosa, Zafra e Zamora. A outros, en cambio, só lles corresponde unha desas cualificacións, de tal forma que mentres os de Hondarribia, Xaén, Oropesa e Plasencia, teñen a consideración de monumentos, carecen dela pero son parte do conxunto histórico no que se localizan os paradores de Baiona, Cambados, Monforte de Lemos, Sigüenza, e o Palacio Ducal de Lerma.

Calquera dos mencionados gozan, pois, da singular protección e tutela que conforme ao art. 9 da LPHE corresponde aos bens de interese cultural, categoría que non en van pasa por ser a máis relevante das integrantes do Patrimonio Histórico Español. Polo demais, o recoñecemento legal da devandita relevancia e a conseguinte declaración dun parador

como ben de interese cultural leva consigo unha serie de efectos que poñen ao descuberto o intenso réxime de intervención administrativa que xa se estudou³⁷.

Os obxectos de interese cultural que poidan atoparse nos paradores son tamén obxecto de tutela, pois non en van as leis distinguen entre mobles e inmobles ao trazar o réxime xurídico dos bens que integran o patrimonio cultural. Ao obxecto de ofrecer unha exposición o máis sistemática e ordenada posible, tamén nun momento anterior analizouse o pertinente réxime de protección distinguindo entre os pertencentes a paradores declarados BIC e aqueloutras atopados en establecementos históricos da rede que non teñen tal consideración³⁸.

Ben é certo, non obstante, que aínda que os bens mobles contidos nos paradores poden ser declarados de interese cultural en atención ao seu valor desde este punto de vista, tal declaración recae maioritariamente sobre os inmobles. Este resultado é comprensible se se ten en conta que os primeiros contan cunha categoría específica de protección: o Inventario Xeral ao que acceden todos os bens mobles relevantes que non foron declarados BIC; en relación aos outros, en cambio, unicamente resulta aplicable a categoría xurídica de protección que ambos os dous tipos de bens comparten.

E unha última precisión ao respecto: declarados de interese cultural ou non, inventariados ou non, o deber de conservación, mantemento e custodia dos bens de interese cultural —mobles e inmobles— xestionados por “Paradores de Turismo de España, S. A”, é un dos que con maior intensidade incumbe —e vincula— á empresa. Diso non cabe dúbida ningunha á luz do art. 36.1 da LPHE, precepto que ao igual que os concordantes das Leis autonómicas aprobadas na materia, consagra o correspondente mandato positivo de facer nos seguintes termos: “Os bens integrantes do Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantidos e custodiados polos seus propietarios ou, no seu caso, polos titulares de dereitos reais ou polos posuídores de tales bens”.

De forma un tanto xenérica e imprecisa, pois, configura o lexislador estatal ese deber que, porén, senta con claridade os destinatarios do mesmo, que non son outros que os titulares de bens integrantes do patrimonio histórico. A eles concirne o seu mantemento no estado que en cada caso esixa a axeitada preservación do seu valor cultural, de aí que o precepto opere nun dobre sentido: por unha parte, esixíndolles cantas actuacións concretas sexan necesarias para a conservación do ben do que se trate; pola outra, prohibindo todas aquelas que poidan degradalo, resultando indistinto a estes efectos cal sexa a súa finalidade ou xustificación. Diso extráese que o establecido no art. 36.1 da LPHE comporta, en concreta referencia á sociedade estatal que nos ocupa, o deber de custodiar os paradores históricos nas condicións que garantan que os cidadáns poidan admirar a monumentalidade e os valores culturais inherentes aos mesmos.

En canto ao labor aludido de recuperación do patrimonio etnográfico, a empresa pública que nos ocupa promociona itinerarios culturais —caso, por exemplo, do Camiño de Santiago—, fomenta a gastronomía propia da zona na que se sitúa cada parador e organiza obradoiros e cursos para dar a coñecer oficios artesanais, peculiaridades históricas e, en xeral, a cultura popular dos seus enclaves. É así como “*Paradores de Turismo de España*” contribúe á defensa do patrimonio etnográfico, pois o art. 46 da LPHE senta que tal categoría é comprensiva “dos bens mobles e inmobles e os coñecementos e as actividades que son ou foron expresión relevante da cultura tradicional do pobo español nos seus aspectos materiais, sociais ou espirituais”. Nestes termos configúrase unha nova categoría de bens culturais cuxo réxime xurídico se condensa no art. 47 da mesma norma, precepto cuxos apartados 1 e 2 remiten o dos bens etnográficos mobles e inmobles ao común duns e outros. Así pois, mentres que aos

primeiros se lles aplica a regulación dos bens que figuran no Inventario Xeral, aos inmobles correspondelles o mesmo réxime de protección que os BIC.

Para rematar no concernente á contribución do ente xestor dos paradores á conservación do patrimonio etnográfico, non estará de máis apuntar que o devandito labor dista de ser intrascendente desde o punto de vista da promoción e defensa do patrimonio histórico, pois xa debeu quedar claro que esta categoría non só é comprensiva dos inmobles e obxectos mobles de interese cultural, senón tamén dos nosos costumes, gastronomía, crenzas... E todo iso no marco da cada vez máis puxante vinculación entre turismo e patrimonio habida conta que, nun contexto altamente competitivo como o actual, a oferta de elementos vinculados á cultura tradicional como a arquitectura popular e relixiosa, todo o que teña que ver cos costumes etnográficos dun pobo —incluído o patrimonio inmaterial-, e a posibilidade de aloxamento en lugares emblemáticos polo seu valor histórico-artístico, redundan nun maior atractivo e incremento de beneficios.

En fin, rehabilitación de edificios monumentais, conservación de bens mobles de interese cultural e recuperación do patrimonio etnográfico son tres facetas que permiten concluir a importancia da devandita empresa pública desde o punto de vista da defensa do patrimonio histórico español, e en consecuencia, a da súa solidez como referente do turismo cultural no noso país.

V. CONSIDERACIÓNS FINAIS

De acordo co exposto nas páxinas precedentes, a xestión pública dos paradores, independentemente das formas xurídicas adoptadas, nunca traicionou os obxectivos fundacionais da rede. Sinónimo de turismo de calidade, a estudada situación dos devanditos establecementos sempre serviu á conservación do patrimonio histórico e á difusión da variada riqueza cultural e paisaxística do noso país. Proba diso é que, ademais de abrir as súas portas en nove cidades declaradas Patrimonio da Humanidade, máis da metade dos paradores localízanse nun contorno monumental.

Por outra parte, o fomento de rutas e destinos culturais, a proxección dunha imaxe de modernidade e calidade da nosa hostalería ou a contribución ao desenvolvemento económico de zonas pouco beneficiadas, non son senón reflexo da política turística que o Estado veu defendendo ao longo dos anos. Neste aspecto, os paradores de turismo viron constituíndo un eficaz instrumento ao servizo dos fins formulados por aquel, que ostentou a súa titularidade e dispuxo o seu réxime xurídico á luz dos cambiantes principios polos que se rexe a intervención pública na economía.

NOTAS

1. A intervención administrativa no turismo está estreitamente vinculada á propia evolución da organización administrativa na materia, polo que os seus fundamentos e o seu desenvolvemento son esencialmente os mesmos. Resumindo no fundamental, nas súas orixes a devandita organización ten como principal obxecto fomentar o turismo a través de diversos órganos como a Comisión Nacional para o Fomento do Turismo (1905), a Comisión Rexia do Turismo (1911) ou o Padroado Nacional do Turismo (1928). Desde 1951 as competencias turísticas exerceuse a través da Dirección Xeral de Turismo e constátanse facultades de intervención directa acompañadas dunha exhaustiva e densa produción normativa. Esta tendencia advírtese particularmente desde a creación do Ministerio de Información e Turismo en 1962, época na que ademais de regulamentarse a totalidade das actividades e das empresas inherentes ao sector, ampliouse o ámbito de intervención ao atribuírse as competencias correspondentes a dúas Direccións Xerais: a de Promoción Turística e a de Empresas e Actividades Turísticas. Para unha formulación máis exhaustiva ao respecto, vid. J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, *Derecho Público del Turismo*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004, páxs. 55 e ss.
2. Como axente de viaxes o Estado actuou sempre mediante empresas filiais, como foi o caso de Viaxes Marsans. En 1980 ATESA foi definitivamente transferida a esta empresa polo INI, operación esta que non impediu que o Instituto seguise controlando o seu Consello de Administración por dispoñer da maioría do seu capital social. Véxase A. CALONGE VELÁZQUEZ, “Aproximación al estudio del sector público turístico”, na obra colectiva *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 3081.
3. Non obstante, as funcións asumidas por ATE estendéronse tamén á xestión de servizos complementarios. Por unha banda, a dos espazos de uso deportivo baixo a denominación de “Establecementos Turísticos de Deporte”, que eran os coutos de caza e pesca e o campo de golf de Torremolinos. Pola outra, asumiu así mesmo a posta en marcha de itinerarios turísticos, as denominadas “Rutas Nacionais de Turismo”. Esta actividade constituíu unha iniciativa dirixida a xerar movemento turístico mediante a promoción de itinerarios escollidos. Vid. M. VELASCO GONZÁLEZ, *La política turística. Gobierno y Administración Turística en España (1952-2004)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 120.
4. Estes datos en VELASCO GONZÁLEZ, *La política turística*, op. cit., pág. 193.
5. Exemplo destes “hoteles urbanos” foron o Hostal dos Reis Católicos (Santiago de Compostela), o Hostal de San Marcos (León) e o Hotel Muralla de Ceuta, as tres construcións sobre monumentos histórico-artísticos que levou a cabo ENTURSA. Sería precisamente pola súa monumentalidade que anos despois se excluírían das negociacións de venda da devandita empresa e pasarían, en consecuencia, a integrar a rede de paradores.
6. Sobre a privatización de ATESA e Viaxes Marsans, vid. VELASCO GONZÁLEZ, *La política turística*, op. cit., páxs. 226 e 384.
7. Este cargo era designado libremente polo Goberno coa categoría de xefe superior da Administración civil, que desempeñaba gratuitamente as súas funcións. Estas consistían en dirixir as propias da Comisaría Rexia de Turismo, consistentes desde 1911 na coordinación dos diversos organismos competentes que foron xurdindo en todo o ámbito turístico. En referencia ás concretas atribucións da devandita Comisaría e a súa organización, J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, “Organización administrativa del turismo”, no vol. col. *Derecho Público del Turismo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 56.
8. Gaceta de Madrid, núm. 171, de 20 de xuño de 1911.
9. Os datos a este respecto tomaráronse de N. CARO, *Paradores de España*, Aguilar, Madrid, 2003, pág. 9. Véxase así mesmo L. FERNÁNDEZ FUSTER, *Historia general del turismo de masas*, Alianza Editorial, Madrid, 1991, páxs. 281 e ss.; M^o. M. CEBALLOS MARTÍN, “Aspectos histórico-jurídicos de la entidad estatal empresarial Paradores de Turismo”, DA, núm. 259-260 (2001), pág. 356; J. L. PALMA FERNÁNDEZ, “Ordenación jurídica de los Paradores de Turismo de España”, no vol. col. *Turismo. Organización administrativa, calidad de servicios y competitividad empresarial* (dirixido por D. BLANQUER CRIADO), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 116.
10. Véxase PÉREZ FERNÁNDEZ, “Organización administrativa...”, cit., pág. 57.
11. Tal aspecto foi destacado por CALONGE VELÁZQUEZ, “Aproximación...”, cit., pág. 3979.
12. Así consta en PALMA FERNÁNDEZ, “Ordenación jurídica...”, cit., pág. 117, e en CALONGE VELÁZQUEZ, “Aproximación...”, cit., pág. 3979.
13. O dato non é en absoluto irrelevante, pois ata entón a actividade administrativa desenvolvida era, na súa maior parte, de fomento turístico. Non obstante, esta tendencia empezara a manifestarse antes. Segundo C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, xa desde finais dos anos trinta o fomento fora diminuíndo a medida que aumentaba a actividade de limitación administrativa (*Derecho administrativo del turismo*, Marcial Pons, Madrid, 2^a ed. 2003, pág. 66).
14. O cambio referido relaciónase estreitamente coa aprobación da Lei de Entidades Estatais Autónomas de 27 de decembro de 1958, que veu avalar a creación de numerosos organismos autónomos.
15. PALMA FERNÁNDEZ, “Ordenación jurídica...”, cit., pág. 119.
16. Lei 4/1990, de 29 de xuño, de Orzamentos Xerais do Estado (art. 81 Dos, punto 1).
17. En relación a ambas as dúas categorías, vid. CARO, *Paradores...*, op. cit. Así mesmo, se ben en concreta referencia aos de valor histórico-artístico, F. ONTAÑÓN e J. ESLAVA GALÁN, *Paradores históricos*, Lunweg, Madrid, 1999.
18. Vid. CEBALLOS MARTÍN, “Aspectos histórico-jurídicos...”, cit., páxs. 360 e 361.
19. As actuacións previstas a tales fins recóllese nos Plans Estratéxicos da empresa “Paradores de Turismo”, que non son senón as follas de ruta polas que discorre a súa xestión aos efectos al contemplados. O seu contido pode consultarse na páxina web da empresa (www.paradores.es).
20. Proba do dito é a iniciativa denominada “Parador verde”. Esta iniciativa recóllese no plan estratéxico 2009-12 e establece unha serie de actuacións concretas para garantir a sustentabilidade, a eficiencia enerxética, o consumo responsable e a responsabilidade social empresarial. A tales fins, a iniciativa contempla expresamente medidas tales como o aforo enerxético, a redución de emisión de gases, a utilización de enerxías limpas e recursos renovables, a eliminación do Fuel-Oil, a implantación de dispositivos para aforrar auga, etc. Ademais destas medidas, a empresa previu, por outra parte, elaborar un “protocolo verde” de estándares de sustentabilidade coa intención de que o aplique non só “Paradores de Turismo” senón todo o sector. Estes datos non enderezo electrónico www.paradores.es.
21. Ben é certo, non obstante, que a sustentabilidade referida non pode acadarse unicamente mediante a diversificación turística, e isto por dúas razóns: a primeira, pola vocación minoritaria dos lugares nos que poden levarse a cabo novas formas de turismo como o cultural ou o deportivo; por outra parte, porque tales destinos minoritarios adoitan presentar unha maior fragilidade ambiental, de aí que a diversificación non sexa suficiente e sexan necesarios, para previr calquera dano do contorno, o emprego de concretos mecanismos de control ambiental.
22. Esta formulación é perfectamente lóxica considerando que a sociedade estatal que nos ocupa non dispón por norma da marxe de decisión que corresponde, con carácter xeral, aos axentes económicos alleos á Administración. Ao respecto cabe apostilar que os entes

- instrumentais carecen de autonomía da vontade, resultando indiferente a estes efectos que desenvolvan a súa actividade baixo formas de Dereito privado. Iso implica que a lexitimidade das actuacións dos devanditos entes depende da observancia das coordenadas establecidas polo art. 103.1 da CE, e neste sentido, do cumprimento do principio de eficacia e do servizo obxectivo ao interese xeral. En consecuencia, se respecto da actuación privada é indiferente, dentro do ámbito do lícito, cales sexan as motivacións e os obxectivos perseguidos, calquera actuación das entidades que integran o sector público ha de poder xustificarse na satisfacción de intereses públicos concretos.
23. Esta definición en J. MONTANER MONTEJANO, J. ANTICH CORGOS E R. ARCARÓN SIMÓN, "Diccionario de turismo", Madrid, 1998, páxs. 372 y 373.
 24. Art. 1 da Lei 16/1985, de 25 de xuño, do Patrimonio Histórico Español in fine.
 25. Segundo a Organización Mundial do Turismo, a popularidade da mencionada actividade está aumentando en todo o mundo con maior rapidez que a maioría dos segmentos do turismo. Así o destaca no Informe que leva por título "Turismo: Panorama 2020" (vid., en concreto, o Vol. 7: Previsiones y perfiles de los segmentos de mercado), OMT, Madrid, 2002. De acordo con esta tendencia, en España o turismo cultural experimentou o notable crecemento que arriba se indica, incremento que, como se advirte nos estudos ao respecto, resulta doadamente comprensible habida conta do enorme potencial de recursos naturais e culturais cos que conta o noso país. Neste sentido, véxase, por exemplo, E. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, "Turismo y patrimonio cultural", en J. M. Pérez Fernández (Dir.) Derecho Público del Turismo, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, páx. 163.
 26. No sentido indicado, a tendencia a aproveitar edificios de valor histórico e artístico por parte das cadeas hoteleiras foi in crescendo no noso país. Ilustrativo ao respecto é o caso de AC, Sol Meliá ou NH, que abríron as súas portas en certos establecementos considerados únicos pola súa monumentalidade baixo unha determinada marca distintiva ("Selección Oro" no caso dos NH, AC Selection, etc.). Pero non só cadeas hoteleiras tan consolidadas como as referidas poden xactarse de prestar os seus servizos en palacetes e inmobles singulares. Outras máis modestas en canto o número de establecementos que agrupan que non só ofrecen aloxamento en hoteis de nova construción, senón tamén en edificios emblemáticos da historia e da cultura do noso país. É o caso de Estancias de España, de Hosterías-Hospederías Reales, e de Hoteles con Encanto. Entre os establecementos situados en inmobles históricos que agrupa esta última destacan a Casa de Carmona —na localidade do mesmo nome— e Las Casas de la Judería en Sevilla. O primeiro está situado no palacio de Lasso da Vega e mantén a estrutura orixinal do século XVI. O segundo non é senón a antiga residencia do Duque de Béjar, que se conserva incluíndo as estancias destinadas ao servizo e aos invitados. Ambos os dous exemplos menciónanse en E. VADILLO LOBO, "Paradores de Turismo de España y el Patrimonio cultural", Estudios Turísticos, núm. 150 (2001), páx. 89, que así mesmo fai referencia aos establecementos dependentes das outras dúas agrupacións mencionadas.
 27. Sobre tal interconexión e o modo no que veu evolucionando, véxase MARTÍNEZ JIMÉNEZ, "Turismo y patrimonio cultural", cit., páxs. 161 a 163, así como a documentación que se menciona no mesmo lugar.
 28. Vid. Comunicación da Comisión "Europa, primer destino turístico del mundo: un nuevo marco político para el turismo europeo", Bruxelas, COM (2010) 352/3.
 29. Ao respecto pode consultarse o apartado dedicado ao turismo cultural da páxina web da Comisión Europea (www.ec.europa.eu), lugar no que os itinerarios arriba mencionados se presentan como un medio privilexiado para promocionar a oferta turística cultural europea
 30. Polo demais, a súa diversidade fainos particularmente atractivos; desde rutas de peregrinación, como o camiño de Santiago de Compostela, pasando polos itinerarios de Mozart ou a ruta dos vikingos; da ruta do oliveiral á ruta mercantil hanseática... Vid. http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/tourism/cultural-routes/index_en.htm, onde así mesmo consta que en xuño de 2014 Galicia albergará as terceiras "Encrucilladas de Europa".
 31. O dato extraeuse da xa mencionada páxina web da Comisión Europea.
 32. Ao respecto pode verse o estudo "El impacto de los itinerarios culturales europeos en la innovación, competitividad y agrupación de las PYME", accesible a través do enlace ec.europa.eu
 33. Entre as organizacións supranacionais que destinan os seus recursos á promoción e comercialización de hoteis situados en edificios monumentais destaca a European Federation of Traditional Accommodation and Historic Houses, que reúne a varias agrupacións hoteleiras para levar a cabo unha promoción conxunta. Estas agrupacións integran á súa vez aos hoteis e restaurantes localizados en edificios históricos dun mesmo país, como sucede con Estancias de España e Hospedaxes-Pousadas Reais, que desenvolven a súa actividade no noso país; os Pride of Britain, no Reino Unido; Irish Country Houses, en Irlanda; Château Accueil, en Francia; Sholshotels & Herrenhauser, en Austria; Abitare la Storia, en Italia; así como as Pousadas, en Portugal. Outra organización que persegue fins do tipo dos mencionados é a denominada Europe Traditionae Consortium, se ben presenta algunhas diferenzas en relación á anterior das que dá conta E. VADILLO LOBO, "Paradores...", cit., páx. 86.
 34. Entre as inauguracións máis significativas a estes efectos atópanse o Parador da Granxa de San Ildefonso e o de Alcalá de Henares. Para a posta en funcionamento do primeiro rehabilitáronse dous edificios tradicionalmente vinculados á Administración do Real Sitio de San Ildefonso: a Casa de Infantes e o Cuartel de Gardas de Corps; en canto ao outro —o parador de Alcalá de Henares, o esforzo foi tamén notable porque ocupa un colexio-convento de dominicos de Santo Tomás que data do século XVII. Este inmobile e a Hostería do Estudante —situada no antigo Colexio de San Jerónimo (fundado polo Cardeal Cisneros en 1510), fronte ao Patio Trilingüe da Universidade de Alcalá de Henares— forman parte do conxunto monumental da cidade complutense, declarado Patrimonio da Humanidade pola UNESCO en 1998. Ademais, por poñer algún outro exemplo cabe así mesmo mencionar o parador situado no Monasterio de Santo Estevo (Ourense) e o parador de Frei Bernardo de Fresneda (Santo Domingo da Calzada). Este último ocupa o Convento de San Francisco (século XVI), que se atopa en plena Ruta Xacobeá. Máis recentes son os paradores que abríron as súas portas na alcazaba musulmá de Lorca (Murcia), na Igrexa e no Convento de San Francisco de Morella (Castellón), así como nunha antiga hospedaxe da Rede no caso do parador da Cruz de Texeda (Gran Canaria).
 35. En efecto, a construción do parador de Santiago obedece á necesidade que advirten os Reis Católicos de dar hospedaxe aos peregrinos e "cumprido e decoroso servizo a todos os devotos enfermos e sans que á cidade chegaren". Con tal obxecto constrúese entre 1511 e 1524 o antigo hospital Real de peregrinos na praza do Obradoiro, un espazo urbano monumental composto ademais pola catedral, o colexio de San Xerónimo e o palacio de Raxoi —actual sede do concello-. O estilo arquitectónico da fachada do parador e outros detalles ao respecto poden consultarse F. ONTANÓN E J. ESLAVA GALÁN, Paradores históricos, cit., páxs. 32 a 43.
 36. O art. 14.2 da LPHE habilita a referida coincidencia ao dispoñer que "Os bens inmobles integrados no Patrimonio Histórico Español poden ser declarados Monumentos, Xardíns, Conxuntos e Sitios Históricos, así como Zonas Arqueolóxicas, todos eles como Bens de Interese Cultural".
 37. S. RODRÍGUEZ-CAMPOS, "La defensa del patrimonio histórico desde la Administración Turística del Estado", REDEA, núm. 147 (2010), en particular páxs. 629 a 637.
 38. Vid. S. RODRÍGUEZ-CAMPOS, "La defensa del patrimonio histórico...", cit., páxs. 635 a 637.

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ_(gimenof@unizar.es)_Catedrático de Dereito Administrativo da Universidade de Zaragoza_
Presidente Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón_Director do Observatorio de Contratos Públicos, España

Reforma da normativa europea sobre contratación administrativa e transparencia na contratación por parte do sector público*

Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público

Reform of the European regulations on public procurement and transparency in the public sector

& Resumo: A Unión Europea acaba de culminar un novo proceso de adaptación da normativa de contratación pública (con data de publicación prevista no DOUE para o 28 de marzo de 2014). Trátase das Directivas de contratos públicos de cuarta xeración, que pretenden un escenario de contratación pública máis competitivo e ligado a concretas políticas públicas. Este artigo analiza esta nova regulación, que obriga a reformar a lexislación contractual española.

& Palabras clave: contratación pública, transparencia, nova regulación dos contratos públicos

& Abstract: The EU has just finished a new process of adaptation of the regulation of public contracts (to be published in the OJ on the 28th March 2014). The point is to pass to Directives on public procurement of fourth generation, which aim to established a more competitive and linked to concrete public policies public procurement setting. This article analyses this new regulation, which forces Spain to reform its procurement laws.

& Key words: public procurement, transparency, new regulation of public contracts

I. INTRODUCCIÓN. MOTIVOS DA REFORMA

A Unión Europea acaba de culminar un novo proceso de adaptación da normativa de contratación pública (con data de publicación prevista no DOUE para o 28 de marzo de 2014). Trátase das Directivas de contratos públicos de cuarta xeración, que pretenden un escenario de contratación pública máis competitivo e ligado a concretas políticas públicas. Se ben as Directivas de 2004 supuxeron un notable avance, constátase a insuficiencia da súa regulación nun contexto de crise económica e de “redefinición” de políticas públicas, o que aconsellaba un novo paquete lexislativo, que debería ser ambicioso tanto nos seus principios coma na concreta arquitectura xurídica que se propuxera para poder contribuír así á consecución dos obxectivos da estratexia Europa 2020. A revisión das directivas sobre contratación pública que iniciou a Comisión inscribíase nun programa de conxunto cuxo obxectivo é unha modernización en profundidade do sistema público de contratación na Unión Europea para ser máis eficientes e deseñar políticas que permitan un maior crecemento nun contexto de globalización económica. O que non significa unha liberalización “sen restricións” á política de contratación pública. A Resolución do Parlamento Europeo, do 12 de maio de 2011, sobre a igualdade de acceso aos mercados do sector público na UE e en terceiros países, e sobre a revisión do marco xurídico da contratación pública, incluídas as concesións (publicada no DOUE do 7 de decembro de 2012), insítese nos comentarios incluídos na súa Resolución do 18 de maio de 2010 sobre novos aspectos da política de contratación pública, no que, se ben se opón enerxicamente ás medidas proteccionistas no ámbito da contratación pública a escala mundial, cre firmemente no principio de reciprocidade e proporcionalidade no devandito ámbito e, neste sentido, pide á Comisión que realice unha análise detallada das posibles vantaxes e problemas asociados coa imposición de restricións proporcionadas e específicas ao acceso a determinados sectores dos mercados de contratación pública da UE, unha avaliación de impacto que analice cando se poden aplicar, así como unha avaliación do fundamento xurídico que requiriría este instrumento, para aqueles socios comerciais que se benefician da apertura do mercado da UE pero que non demostraron intención ningunha de abrir os seus mercados ás empresas da UE, alentando á vez os socios da UE a que ofrezan ás empresas europeas condicións de reciprocidade e proporcionais no acceso ao mercado, antes de propoñer calquera outro novo texto no ámbito da contratación pública. Así mesmo, o Parlamento pide á Comisión que avalíe os problemas asociados coas ofertas extraordinariamente baixas e que propoña solucións axeitadas; recomenda ás autoridades contratantes que faciliten información temperá e suficiente a outros licitadores en caso de ofertas anormalmente baixas, co fin de que poidan valorar se existen motivos para iniciar un procedemento de recurso; e considera urxente que a UE alcance unha maior coherencia entre a súa política comercial exterior común e a práctica existente nos Estados membros de aceptar ofertas excepcionalmente baixas de empresas cuxos países de orixe non son signatarios do Acordo de Contratación Pública (ACP), en prexuízo de empresas da Unión Europea e das normas laborais, sociais e ambientais dos Estados membros da Unión.

Neste contexto, a aproximación ao concreto alcance desta reforma comunitaria obriga a unhas precisións previas, que aínda coñecidas, merecen un comentario. A primeira, que o obxectivo principal desta normativa comunitaria garantir a eficiencia dos fondos públicos. A tal fin a obriga de transparencia é un instrumento principal que ha de garantir, en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade axeitada que permita abrir á competencia o mercado de servizos e controlar a imparcialidade dos procedementos de adjudicación (STXUE do 7 de decembro de 2000, ARGE). Este principio atopa a súa principal

manifestación práctica, en primeiro lugar, a través dunha axeitada publicidade dos contratos adxudicables no Diario Oficial da Unión Europea (DOUE) das distintas ofertas de contratos públicos, presentando a mesma unha dobre faceta: a) como mecanismo de fiscalización da Administración, a publicidade constitúe unha magnífica axuda para o xogo limpo na vida administrativa e unha oportunidade de control a disposición dos administradores e dos candidatos contractuais; b) como medio de promoción da concorrencia entre os axentes económicos implicados. Publicidade que debe xerar competencia ou concorrencia empresarial, como recorda a STXUE do 15 de outubro de 2009, (*Acoset*), ao afirmar que os principios de igualdade de trato e de non discriminación por razón da nacionalidade implican en particular unha obriga de transparencia, que permite que a autoridade pública concedente se asegure de que tales principios son respectados. A obriga de transparencia que recae sobre a devandita autoridade consiste en garantir, en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade axeitada que permita abrir á competencia a concesión de servizos e controlar a imparcialidade dos procedementos de adxudicación (véxase en particular a STXUE do 6 de abril de 2006, *ANAV* apartado 21). Ao respecto, é *leading case* a doutrina fixada pola STXUE do 16 de setembro de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter xeral a calquera procedemento de licitación pública:

«66 O principio de igualdade de trato entre licitadores, que non é máis que unha expresión específica do principio de igualdade de trato (véxase, neste sentido, a sentenza do Tribunal de Xustiza do 13 de outubro de 2005, Aparcadoiro Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 e 48, e a xurisprudencia alí citada; sentenza do Tribunal Xeral do 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, non publicada na Recompilación, apartado 72) e que pretende favorecer o desenvolvemento dunha competencia sa e efectiva entre as empresas que participan nunha licitación, impón que todos os licitadores dispoñan das mesmas oportunidades ao formular os termos das súas ofertas e implica, polo tanto, que estas estean sometidas ás mesmas condicións para todos os competidores (sentenza do Tribunal de Xustiza do 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). Deste modo, a entidade adxudicadora está obrigada a respectar, en cada fase do procedemento de licitación, o principio de igualdade de trato dos licitadores (sentenza do Tribunal Xeral do 17 de decembro de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), e estes deben encontrarse en igualdade de condicións tanto no momento en que preparan as súas ofertas coma no momento en que estas se someten á avaliación da entidade adxudicadora (véxanse, neste sentido, as sentenzas do Tribunal de Xustiza do 16 de decembro de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, e do 17 de febreiro de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, non publicada na Recompilación, apartado 39, e a xurisprudencia alí citada).

67 Por outra parte, o principio de igualdade de trato implica, en particular, unha obriga de transparencia para permitir á entidade adxudicadora garantir o seu respecto (véxanse as sentenzas Lombardini e Mantovani, citada no apartado 64 supra, apartado 38, e Comisión/Chipre, citada no apartado 66 supra, apartado 38, e a xurisprudencia alí citada). O principio de transparencia, que constitúe o corolario do principio de igualdade de trato, ten esencialmente por obxecto garantir que non exista risco de favoritismo e arbitrariedade por parte da entidade adxudicadora (sentenzas

Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111) e controlar a imparcialidade dos procedementos de adxudicación (véxase a sentenza Aparcadoiro Brixen, citada no apartado 66 supra, apartado 49, e a xurisprudencia alí citada). Implica que todas as condicións e modalidades do procedemento de licitación estean formuladas de forma clara, precisa e inequívoca no anuncio de licitación ou no prego de condicións, co fin de que, por unha parte, todos os licitadores razoablemente informados e normalmente dilixentes poidan comprender o seu alcance exacto e interpretalos da mesma forma e, por outra parte, a entidade adxudicadora poida comprobar que efectivamente as ofertas presentadas polos licitadores responden aos criterios aplicables ao contrato de que se trata (sentenza Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111). Por último, os principios de igualdade de trato e de transparencia constitúen a base das Directivas referentes aos procedementos de adxudicación de contratos públicos. No deber que incumbe ás entidades adxudicadoras de garantir a observancia dos devanditos principios reside a propia esencia destas Directivas (véxase a sentenza Michaniki, citada no apartado 66 supra, apartado 45, e a xurisprudencia alí citada)».

De aí a necesidade de evitar que mediante fraccionamento —que “alteran” o nivel de publicidade— se eludan os principios de publicidade e concorrència . E o mesmo cunha inadecuada tipificación da prestación, o que aconsella a extensión da aplicación dos códigos CPV .

A segunda que a contratación pública non pode ser considerada como un fin en si mesmo senón que debe ser visualizada como unha potestade ou ferramenta xurídica ao servizo dos poderes públicos para o cumprimento efectivo dos seus fins ou as súas políticas públicas. É dicir, a contratación pode —e debe, diría— ser unha técnica que permitise conseguir obxectivos sociais, ambientais ou de investigación, na convicción de que estes comportan unha axeitada comprensión de como se deben canalizar os fondos públicos .

Isto significa que como se apuntou en anteriores traballos, os contratos públicos non constitúen exclusivamente un medio de se abastecer de materias primas ou de servizos nas condicións máis vantaxosas para o Estado, senón que, na actualidade, a través da contratación pública, os poderes públicos realizan unha política de intervención na vida económica, social e política do país, o que converte á contratación pública nun ámbito de actividade a través do cal poder orientar determinados comportamentos dos axentes económicos intervinientes: os que queiran acceder aos contratos públicos deberán cumprir necesariamente coas esixencias que determinen as entidades adxudicadoras . Esta visión instrumental da contratación pública condúcenos, como ben indica T. MEDINA, a falar da utilización da contratación pública co fin de orientar e afianzar comportamentos empresariais beneficiosos para o interese xeral sen que, necesariamente, estean conectados coa directa satisfacción funcional do contrato .

A perspectiva instrumental da contratación pública aconsella a que na fase de selección se esixa e valore o cumprimento da lexislación comunitaria de medio e de política social , pois o contrario supón abandonar unha ferramenta de consolidación de políticas públicas de grande alcance e aboar o campo a unha posible deslocalización do tecido empresarial cara a lexislacións que non recollen as devanditas políticas xa que, obviamente, se traducen en custos económicos que resultarían dificilmente rendibles . Nesta liña débese recordar que criterios relacionados coa protección do medio (ecoetiquetas, produtos reciclables, sistemas de depuración de verteduras, etc.) son admitidos como válidos pola Comunicación da Comisión do 28 de novembro de 2001 . E iso porque gardan relación coa política ambiental

prevista no artigo 2 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea e o artigo 45 da nosa Constitución. Moi especialmente —dentro do marco que posibilitan os Acordos GATT— se debe regular un sistema que evite deslocalización empresarial e que non penalice ás empresas europeas nin ás PEME. Outro tanto acontece cos criterios que integren aspectos sociais, admitidos cando estes comporten para o poder adjudicador unha vantaxe económica ligada ao produto ou servizo obxecto do contrato (Comunicación interpretativa da Comisión do 10 de novembro de 2001) , o que reflicte a idea de que a contratación pública é unha ferramenta para a efectividade de políticas públicas .

Por outra parte, a contratación pública debe ser regulada dende a óptica de consecución efectiva e eficiente da prestación demandada. Isto esixe atender con especial interese a fase de execución do contrato, que debe ser comprendido dende esta perspectiva do fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica o cumprimento dos fins públicos que debe prestar a Administración Pública. Por iso, a normativa dos contratos debe ter unha “visión completa” de todas as fases do contrato (e as novas Directivas fixan agora a súa atención nesta cuestión, regulando a modificación do contrato, a subcontratación ou a resolución).

O anteriormente exposto explica porque a reforma da lexislación sobre contratación pública constitúe unha das doce accións prioritarias inscritas na Acta do Mercado Único, adoptada en abril de 2011 (IP/11/469) . En efecto, para todos os Estados membros, a eficacia do sistema público de pedidos pasou a ser unha prioridade, tendo en conta as limitacións presupostarias actuais. Así pois, é necesario dispor de instrumentos flexibles e de uso sinxelo que permitan aos poderes públicos e aos seus provedores adjudicar contratos transparentes e competitivos o máis doadamente posible, para poder comprar coa mellor relación calidade/prezo («value for money»).

Para iniciar o trámite da reforma a Comisión publicou en xaneiro de 2011 un *Libro Verde sobre a modernización da política de contratación pública da UE*, co que puxo en marcha unha ampla consulta pública sobre os cambios legislativos que se poderían introducir para facilitar e flexibilizar a adjudicación dos contratos. A consulta pública finalizou en abril de 2011, recibindo en total 623 respostas, procedentes dunha gran variedade de grupos de partes interesadas, como Gobernos, empresas, asociacións industriais, personalidades do mundo académico, organizacións da sociedade civil (incluídos os sindicatos) e cidadáns particulares .

Posteriormente, o Parlamento Europeo dita a Resolución do 25 de outubro de 2011, sobre a modernización da contratación pública (2011/2048 (INI)), mediante a que solicita á Comisión que:

a) aclare o marco regulamentario relativo á contratación pública, en particular con respecto á fase de execución dos contratos (por exemplo, en relación coas «modificacións substanciais» dun contrato durante o seu período de vixencia, os cambios relacionados co contratista e a terminación dos contratos);

b) Lamenta que os licitadores contén unicamente con posibilidades limitadas de rectificar omisións nas súas ofertas; pide por iso á Comisión que dea detalles sobre que omisións poderían rectificar os licitadores, que axustes adicionais están permitidos e como garantir a transparencia e a igualdade de trato;

c) Pide á Comisión que aumente a sensibilización sobre a importancia de dividir os contratos en lotes, e que considere a aplicación do principio «cumprir ou explicar», que implica que as normas relativas a cuestións como a división en lotes se deben respectar ou, en caso de que non se respecten, explicar;

d) Sinala que a loita contra a corrupción e o favoritismo é un dos obxectivos das Directivas; subliña o feito de que os Estados membros afrontan diferentes retos neste aspecto e que cun

enfoque europeo máis elaborado se corre o risco de debilitar os esforzos para racionalizar e simplificar as normas e de crear máis burocracia; sinala que os principios de transparencia e competencia son claves para loitar contra a corrupción; solicita un enfoque común sobre as medidas de «autocorrección» co fin de evitar a distorsión do mercado e asegurar certeza xurídica tanto aos operadores económicos coma ás autoridades contratantes.

Tras os traballos previos de consultas e redacción do articulado, o DOUE do 5 de abril de 2012 publicaba os proxectos de novas Directivas e iniciaba a súa tramitación:

— Proposta de Directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais COM (2011) 895 final.

— Proposta de directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á contratación pública [Bruxelas, 20.12.2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD)].

— Proposta de directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á adjudicación de contratos de concesión [Bruxelas, 20.12.2011, COM (2011) 897 final. 2011/0437 (COD)].

Tras o debate parlamentario adoptáronse uns novos textos con importantes novidades, establecendo un prazo de trasposición de dous anos. Son as Directivas, 23; 24 e 25 de 2014, do 26 de febreiro, respectivamente. Son as Directivas “de cuarta xeración”, que veñen a superar a lóxica “harmonizadora” das súas predecesoras e optan, como sinala G.A. BENACCHIO por prescindir do establecemento de regras excesivamente ríxidas e invasoras en favor da promoción dos obxectivos de simplificación e eficiencia.

Detallaremos brevemente os aspectos máis destacados da nova regulación, que obrigará a reformar a nosa lexislación contractual nese prazo (abril 2016).

II. CONTIDO DA NOVA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

A nova Directiva 2014/23, relativa á contratación pública, contén 94 artigos e, por primeira vez, ocúpase de aspectos da execución do contrato relacionados coa adjudicación como son as cuestións relativas á modificación e á resolución.

Aparecen artigos totalmente novos e outros se adaptan ou modifican. Son varias as novidades; cabe destacar o artigo 12 (encargos e convenios), o 24 (conflitos de intereses), o 29 (procedemento de licitación con negociación, xeneralizando esta forma de contratación), o 31 (asociacións para a innovación, outra nova fórmula para contratar), o 34 (os catálogos electrónicos como unha forma para presentar ofertas), o 46 (división do obxecto en lotes), o 57 (declaracións responsables para acreditar a solvencia) o 59 (documento europeo de contratación para acreditar as condicións de capacidade e solvencia), o 68 (o criterio de adjudicación de custo do ciclo de vida), o 72 (modificación dos contratos), o 73 (resolución dos contratos), os artigos 74, 75 e 76 (réxime de contratación particular para os servizos sociais que permite que os estados membros poidan ter en conta a necesidade de garantir a calidade, a continuidade do servizo), os artigos 83, 84 e 85 (sobre goberno e supervisión).

Os principais cambios que parecen derivar desta nova normativa pódense sintetizar nos seguintes aspectos, seguindo o deseño explicativo do propio texto da proposta normativa:

1) Depuración conceptual, simplificación e flexibilización dos procedementos de contratación.

A Directiva de contratos públicos pretende clarificar certos conceptos que formularon dúbidas interpretativas. En concreto pódense destacar as seguintes cuestións:

a) **Precísase o concepto de organismo de dereito público**, ao incorporar a doutrina do TXUE. Así, os requisitos que se conteñen agora e que permiten unha máis doada constatación son:

1. que se crease especificamente para satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil; para tal efecto, un organismo que opera en condicións comerciais normais, ten por obxecto obter un beneficio e soporta as perdas asociadas ao exercicio da súa actividade, non ten a finalidade de satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil. É dicir, que sen risco empresarial na xestión se cumprirá sempre este requisito (interpretación fixada pola STXUE do 16 de outubro de 2003, en relación á empresa pública española SIEPSA);

2. que estea dotado de personalidade xurídica propia. Resultando, indiferente, que sexa pública ou privada, como determinou o TXUE (Así exprésase de forma clara na STXUE do 15 de maio de 2003, na que se condena ao Reino de España).

3. que estea financiado maioritariamente polo Estado, as autoridades rexionais ou locais, ou outros organismos de Dereito público; ou cuxa xestión estea suxeita á supervisión dos devanditos organismos; ou que teña un órgano de administración, de dirección ou de supervisión, no que máis da metade dos membros sexan nomeados polo Estado, as autoridades rexionais ou locais, ou outros organismos de Dereito público.

Esta nova definición permitirá corrixir certos problemas interpretativos, aclarando os que se encontran sometidos a estas prescricións. Especial interese ten, como puxo de relevo M.A. BERNAL BLAY, que no art.º 10, precepto dedicado ás “exclusións específicas relativas aos contratos de servizos”, se considera un apartado (j) no antecitado precepto segundo o cal quedarían expresamente excluídos do ámbito de aplicación obxectivo da Directiva:

“os contratos de servizos para campañas electorais identificados no Regulamento CPV cos códigos 79341400-0, 92111230-3 e 92111240-6, cando fosen adxudicados por un partido político no marco dunha campaña electoral” (Tradución propia do orixinal: *Contracts for political campaign services, falling within CPV 79341400-0, 92111230-3 and 92111240-6, when awarded by a political party in the context of an election campaign*).

E é que, como ben argumenta, “unicamente partindo da consideración dos partidos políticos como “poderes adxudicadores” ten sentido formularse con posterioridade outras cuestións que evoca a excepción á aplicación da Directiva que se contempla no apartado j) do seu artigo 10, e que gardan relación co alcance desta. A este respecto debe indicarse que a exclusión se refire a “contratos celebrados no marco dunha campaña electoral”, do cal cabe inferir que, fóra dese contexto, a celebración dos contratos de servizos relacionados no devandito precepto (servizos de campañas de publicidade, así como a produción de películas de propaganda e a produción de videocintas de propaganda) non quedaría excluída da aplicación da Directiva. A excepción pode ter sentido debido a que o tempo que duran esas campañas electorais vén legalmente determinado, resultando incompatibles os prazos de campaña cos prazos mínimos que para a presentación de ofertas ou solicitudes de participación se contemplan, en función de cada procedemento,” . Sen dúbida un cambio de indubidable interese, máxime no actual contexto de falta de transparencia da xestión política que cuestiona a propia lexitimidade das institucións administrativas.

b) Insístese na **técnica da compra conxunta** ben mediante centrais de compras ou mediante a posibilidade de que varios entes contratantes sumen as súas necesidades e tramiten un único procedemento de licitación, o que a comportar evidentes economías de escala (artigos 37 a 39) . Neste último caso, a cooperación non esixe unha estrutura estable

nin esforzo económico. Esta solución formula como vantaxe a innecesaridade de crear unha nova estrutura profesional, utilizando os servizos existentes de cada corporación local. Ademais, non obriga á súa utilización de forma ordinaria senón só para os contratos que así se conveña polos Concellos interesados. Como inconveniente é que non pode figurar como poder adxudicador a entidade mancomunada .

c) Especial interese ten a **supresión da distinción tradicional entre os servizos denominados prioritarios e non prioritarios (servizos «A» e «B»)** que se contemplan no Anexo II da Directiva 2004/18. A xuízo da Comisión xa non está xustificado restrinxir a aplicación plena da lexislación sobre contratación a un grupo limitado de servizos . A avaliación do impacto e a eficacia da lexislación sobre contratación pública da UE puxo de manifesto que os servizos sociais, de saúde e de educación teñen características específicas que fan que a aplicación dos procedementos habituais para a adxudicación de contratos públicos de servizos resulte inadecuada neses casos. Estes servizos préstanse normalmente nun contexto específico que varía moito dun Estado membro a outro, debido á existencia de distintas circunstancias administrativas, organizativas e culturais. Os servizos teñen, por natureza, unha dimensión transfronteiriza moi limitada.

Polo tanto, os Estados membros deben dispoñer de amplas facultades discrecionais para organizar a elección dos provedores de servizos. A nova Directiva teno en conta e establece un réxime específico para os contratos públicos destinados a adquirir estes servizos, cun albor máis elevado, de 1 00000 euros, impoñendo unicamente o respecto dos principios fundamentais de transparencia e igualdade de trato . Ademais, nestes contratos os pregos de condicións das licitacións poderán conter regras dirixidas a garantir a calidade, a continuidade, a accesibilidade, a alcanzabilidade, a dispoñibilidade e a exhaustividade dos servizos, as necesidades específicas das distintas categorías de usuarios, incluídos os grupos desfavorecidos e vulnerables, a implicación e a “responsabilización” dos usuarios e a innovación . En todo caso, a elección do provedor de servizos deberá ter en conta a base da oferta que presente a mellor relación calidade-prezo, ponderando criterios de calidade e de sostibilidade no caso dos servizos sociais.

d) Por outra parte, e co fin de permitir a maior concorrencia de licitadores, a nova regulación propón unha revisión e clarificación dos **motivos para a exclusión de candidatos e licitadores** (artigo 57). Os poderes adxudicadores estarán facultados para excluír aos operadores económicos que mostrasen deficiencias significativas ou persistentes na execución de contratos anteriores. A nova directiva prevé así mesmo a posibilidade de «autocorrección»: os poderes adxudicadores poderán aceptar candidatos ou licitadores aínda que exista un motivo de exclusión, se estes tomaron as medidas apropiadas para corrixir as consecuencias dun comportamento ilícito e impedir de xeito efectivo que se repita a mala conduta. Prima agora o carácter funcional e non formalista en prol de permitir unha maior concorrencia entre operadores económicos que xustifican a súa solvencia e capacidade.

Así mesmo, conforme á Directiva, un poder adxudicador poderá excluír do procedemento a operadores económicos se detecta infraccións das obrigas establecidas pola lexislación da Unión en materia social, laboral ou ambiental ou das disposicións internacionais de Dereito laboral. Ademais, cando os poderes adxudicadores constaten que unha oferta é anormalmente baixa debido a infraccións da lexislación da Unión en materia social, laboral ou ambiental, estarán obrigados a rexeitala.

e) Na liña da simplificación **procedemental —denominada “caixa de ferramentas” —**, habilitanse dous tipos básicos de procedementos xa coñecidos: aberto e restrinxido pero

acurtáronse os prazos para a participación e a presentación de ofertas, o que permite unha contratación máis rápida e máis racional.

Ademais, poderán prever, suxeitos a determinadas condicións, o procedemento de licitación con negociación, o diálogo competitivo ou a asociación para a innovación, un novo tipo de procedemento para a contratación innovadora (artigo 26). O procedemento de licitación con negociación, regulado no artigo 29, está considerado no Acordo sobre Contratación Pública da Organización Mundial do Comercio (ACP), sempre que se contemple no anuncio de licitación. Pero esta opción, como ben advirte J.A. MORENO MOLINA, debe estar supeditada á condición de que se cumpran os principios de non discriminación e procedemento xusto. As posibles vantaxes dunha maior flexibilidade e unha posible simplificación débense contrapoñer co aumento dos riscos de favoritismo e, máis en xeral, de que a maior discrecionalidade de que gozarán os poderes adxudicadores no procedemento negociado dea lugar a decisións demasiado subxectivas. Por iso, sería recomendable residenciar a negociación nun órgano técnico de asistencia, non nun órgano político e deixar constancia do proceso de negociación, para o cal pode ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que existisen os termos en que se desenvolve a negociación. Os elementos que en ningún caso se poderán modificar no transcurso da negociación son a descrición da contratación, a parte das especificacións técnicas que defina os requisitos mínimos e os criterios de adxudicación. Por suposto, durante a negociación, os poderes adxudicadores velarán por que todos os licitadores reciban igual trato, polo que non poderán non facilitar, de forma discriminatoria, información que poida dar vantaxes a determinados licitadores con respecto a outros. E tampouco revelarán aos demais participantes na negociación as solucións propostas por un dos participantes, ou outros datos confidenciais que este lles comunique, sen o acordo previo deste.

Como ben advertiu a sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 5 de outubro de 2010 (C-337/1998) Comisión das Comunidades Europeas contra a República Francesa, establece que «as negociacións constitúen a característica esencial dun procedemento negociado de adxudicación de contrato[...]». É este, polo tanto, un procedemento complexo que obriga a negociar efectivamente. La negociación debe respectar a igualdade de trato e por iso as condicións da negociación e do contrato deben ser coñecidas e non susceptibles de modificación. En consecuencia, nas negociacións dun procedemento negociado non se poden variar as prescricións técnicas obrigatorias, tal e como acaba de afirmar o TXUE na súa sentenza de data 5 de decembro de 2013. Formúlase o caso unha licitación pública dun contrato co obxecto de «Concepción e construción do tramo de estrada Aruvalla-Kose da E263» que licitaba un Organismo público do Estado de Estonia mediante procedemento negociado con publicidade. Unha prescrición técnica obrigatoria era que o ancho da estrada a construír fose de seis metros e medio pero durante a fase de negociación atendendo que unha das empresas realiza a súa oferta ofrecendo que o ancho sexa de seis metros o órgano de contratación invita a todos os candidatos a que realicen nova oferta variando a prescrición técnica inicial. O TXUE declara nos considerandos 37 e 38 que:

“37. Así pois, se ben a entidade adxudicadora dispón dunha capacidade de negociación no marco dun procedemento negociado, ten en todo caso a obriga de garantir que se cumpren as esixencias do contrato que este cualificou de imperativas. De non ser así, incumpríriase o principio segundo o cal as entidades adxudicadoras obran con transparencia e non se cumpriría o obxectivo que se recorda no anterior apartado da presente sentenza.

38 Así mesmo, admitir nas negociacións unha oferta non conforme aos requisitos imperativos privaría de utilidade á fixación de requisitos imperativos no anuncio de licitación e non permitiría á entidade adxudicadora negociar cos licitadores sobre unha base común a todos eles formada polos devanditos requisitos, nin, en consecuencia darlles un trato igualitario.”

f) Interesa destacar o importante cambio normativo no relativo á **anormalidade ou desproporción das ofertas**. Pois ben a nova regulació que contén a Directiva vén a alterar a práctica habitual desta técnica cunha regulació que vai limitar o seu exercicio. A súa regulació encóntrase no artigo 69. Coa nova regulació (que elimina a previsión que se contiña no proxecto de limitar esta técnica, polo menos a cinco ofertas admitidas e que as diferenzas sexan dun vinte por cento coa segunda ou dun cincuenta global), poderase excluír, dende a lóxica da proporcionalidade, ás ofertas que resulten anormalmente baixas. E para constatar a adecuación determínanse no artigo 69.3 os seguintes criterios:

a) o aforro que permite o método de construción, o procedemento de fabricación dos produtos ou a prestación de servizos;

b) as solucións técnicas adoptadas ou as condicións excepcionalmente favorables de que dispón o licitador para executar as obras, subministrar os produtos ou prestar os servizos;

c) a orixinalidade das obras, as subministracións ou os servizos propostos polo licitador;

d) o cumprimento, polo menos de forma equivalente, da obrigas establecidas no artigo 18.2 (principios) e 71 (subcontratación) da Directiva;

e) a posible obtención dunha axuda estatal por parte do licitador.

Nótese a importancia dos fins sociais, que trata de evitar ofertas moi económicas a custa da deterioración de dereitos sociais. O poder adxudicador deberá verificar a información proporcionada consultando xustifiquen o baixo nivel dos prezos ou custos, tendo en conta os elementos xa citados. En consecuencia, os poderes adxudicadores rexeitarán a oferta cando comprobren que é anormalmente baixa porque non cumpre as obrigas establecidas pola lexislación da Unión en materia social, laboral ou ambiental ou polas disposicións internacionais de Dereito social e ambiental enumeradas no anexo XI.

Isto non significa liberdade do órgano de contratación para admitir sen máis unha oferta incurso en anormalidade, esixíndose un informe técnico detallado que, sobre o alegado polo licitador, poña de relevo que esta anormalidade da oferta non afectará á execución do contrato e que, nela, tampouco hai prácticas restritivas da competencia, prohibidas de forma expresa —loxicamente— pola normativa. En consecuencia, a decisión de aceptación non debe reproducir sen máis o informe do licitador interesado, e debe responder a parámetros de razoabilidade e racionalidade.

Mediante o procedemento de verificación contradictoria, tratarase de comprobar, polo órgano de contratación, a viabilidade e acerto da proposición nos termos en que foi presentada ao procedemento licitatorio. Consiste pois, na aclaración dos elementos en que o licitador fundamentou a súa oferta e na verificación de que, conforme á devandita aclaración, esta é viable, de forma que a execución da prestación que constitúe o obxecto do contrato queda garantida, no modo e xeito establecidos nos pregos de condicións.

Ademais, os poderes adxudicadores terán á súa disposición un conxunto de seis técnicas e ferramentas de contratación específicas concibidas para a contratación agregada e electrónica: acordos marco, sistemas dinámicos de adquisición, poxas electrónicas, catálogos electrónicos, centrais de compras e contratación conxunta. En comparación coa Directiva existente, estas ferramentas melloráronse e aclaráronse co fin de facilitar a contratación

electrónica, en tanto esta permite o aforro, e consecuentemente o beneficio, tanto para as Administracións como para as empresas.

A contratación pública a través de Internet ofrece, ademais dos beneficios financeiros, un acceso máis sinxelo aos mercados mundiais ao proporcionar máis visibilidade e uns procesos administrativos máis simples. Estes novos horizontes poden ser particularmente beneficiosos para as PEME, ao lles permitir buscar oportunidades fóra da súa contorna máis inmediata. No caso das administracións públicas, a licitación

electrónica pode posibilitar un proceso integrado, dende a preparación e notificación electrónica e publicación da licitación, ao pagamento final e peche do contrato.

Unha importante novidade, xunto aos procedementos xa coñecidos a nova Directiva ofrece un réxime de contratación simplificado que se aplica a todos os poderes adjudicadores cuxo ámbito está situado por debaixo do nivel da Administración central. Así, as autoridades locais e rexionais poderán utilizar un anuncio de información previa como convocatoria de licitación. Se utilizan esta posibilidade, non teñen que publicar un anuncio de licitación á parte antes de poñer en marcha o procedemento de contratación. Así mesmo, poden fixar algúns límites temporais con maior flexibilidade logo de acordo cos participantes. Esta simplificación, no contexto dunha política de “better regulation”, debe favorecer a aplicación das regras da contratación pública, evitando trámites burocráticos innecesarios.

A Directiva, no seu artigo 59, prevé a obriga de aceptar as declaracións responsables dos licitadores como proba abondo para os efectos de selección (opción xa considerada no artigo 6 da lei de Aragón 3/2011 de medidas de Contratos do Sector Público). Confírmase así a tese de que son aplicables os principios da Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro, relativa aos servizos no mercado interior, porque a aparente exclusión non o é para as outras previsións do artigo 5 (simplificación administrativa). En nada se cuestiona as regras de capacidade do contratista con este modelo, pois os criterios de solvencia o son para poder contratar e non para poder licitar. Isto xustifica que exista agora un primeiro trámite de declaración responsable para posterior comprobación antes da adjudicación ao licitador seleccionado. En pleno século XXI e nun contexto de simplificación parece lóxico pospoñer a un trámite posterior máis sinxelo a comprobación documental, o que se traduce nun aforro de custos non só para a administración senón para os potenciais licitadores, facilitando que poidan presentar ofertas e funcións axeitadamente o principio de economías de escalas (advértase que as PEME non adoitan dispoñer de gran capacidade administrativa especializada, polo que resulta imprescindible reducir ao mínimo os requisitos administrativos). Por outra parte, os requisitos relativos ao volume de negocios, que con frecuencia son un enorme obstáculo para o acceso das PEME, limitáanse explicitamente ao triplo do valor estimado do contrato, agás en casos debidamente xustificadas.

Loxicamente a Comisión mantén o obxectivo da implantación dos medios e procedementos electrónicos como ferramenta de simplificación e transparencia. Así, a nova normativa comunitaria pretende un sistema completamente electrónico, polo menos no referente á presentación telemática de ofertas ou solicitudes en todos os procedementos de contratación nun prazo de transición de dous anos. A Directiva 2014/23 establece a obriga de transmitir os anuncios en formato electrónico, poñer a documentación da contratación a disposición do público por medios electrónicos e adoptar unha comunicación totalmente electrónica, en particular polo que respecta á presentación electrónica de ofertas ou solicitudes, en todos os procedementos de contratación. Así mesmo, racionaliza e mellora os sistemas dinámicos de adquisición e os catálogos electrónicos, ferramentas de contratación completamente

electrónicas que se adaptan especialmente á contratación moi agregada que levan a cabo as centrais de compras.

2) Utilización estratéxica da contratación pública en resposta a novos desafíos.

O novo paquete lexislativo comunitario, como se explicou ao comezo deste traballo, baséase nunha formulación de capacitación consistente en proporcionar aos poderes adjudicadores os instrumentos necesarios para contribuír á realización dos obxectivos estratéxicos de Europa 2020 —o que acredita a vinculación de contratación pública a outras políticas sectoriais—, utilizando a súa capacidade de compra para adquirir bens e servizos que promovan a innovación, o respecto do medio e a loita contra o cambio climático mellorando ao mesmo tempo o emprego, a saúde pública e as condicións sociais.

a) En relación aos **criterios de adxudicación**, o artigo 67 da Directiva establece que os criterios de adxudicación dos contratos públicos se adxudicarán a ofertas economicamente máis vantaxosas. A oferta economicamente máis vantaxosa determinarase sobre a base do *prezo ou custo, utilizando unha formulación que atenda á relación custo-eficacia como o cálculo do custo do ciclo de vida conforme ao artigo 68, e poderá incluír a mellor relación calidade-prezo, que se avaliará en función de criterios que inclúan aspectos cualitativos, ambientais e/ou sociais vinculados ao obxecto do contrato público de que se trate. Os devanditos criterios poderán incluír, por exemplo:*

a) a calidade, incluído o valor técnico, as características estéticas e funcionais, a accesibilidade, o deseño para todos os usuarios, *as características sociais, ambientais e innovadoras, e a comercialización e as súas condicións;*

b) a organización, a cualificación e a experiencia do persoal encargado de executar o contrato, *en caso de que a calidade do persoal empregado poida afectar de xeito significativo á execución do contrato;*

c) o servizo postvenda e a asistencia técnica e *condicións de entrega tales como a data de entrega, o proceso de entrega e o prazo de entrega ou o prazo de execución;*

O factor custo tamén poderá adoptar a forma dun prezo ou custo fixo sobre a base do cal os operadores económicos compitan unicamente en función de criterios de calidade.

En definitiva, búscase un elemento de comparación de ofertas que favoreza ou posibilite a economía de escala co fin de conseguir unha óptima eficiencia de fondos públicos que poña en valor a relación calidade/prezo. O elemento común a todos os criterios de avaliación das ofertas é que se han de referir, tal como os que se citan expresamente, á natureza dos traballos que se van realizar ou a forma en que se farán. Debe, ademais, esixirse que a elección dos criterios estea presidida pola satisfacción do interese público que persegue todo contrato, de maneira que estes han de ser coherentes co obxecto, as características e a propia natureza do contrato. A previa concreción dos distintos criterios de adxudicación que serán obxecto de valoración é un requisito esencial pois como recordou STXUE do 24 de novembro de 2008, *Alexandroupulis*, unha entidade adjudicadora, na súa competencia de valoración de ofertas nun procedemento de licitación, non pode fixar a posteriori coeficientes de ponderación, nin aplicar regras de ponderación ou subcriterios relativos aos criterios de adxudicación establecidos no prego de condicións ou no anuncio de licitación, sen que se puxesen previamente en coñecemento dos licitadores. Convén insistir na necesidade de que os criterios que se fixen deben ser concordantes coa finalidade que se persegue co contrato sen que poidan incorrer en discriminación, respectando claro, os principios comunitarios.

E deberán, ademais, ser adecuados ás capacidades técnicas do poder adxudicador pois a ausencia desta converte ao criterio en ilegal, como advirte a STXUE do 4 de decembro de 2003 (*EVN e Wienstrom*), o que se xustifica no efectivo respecto ao principio básico de igualdade de trato de todos os licitadores.

En todo caso, como ben recorda a STXUE do 24 de xaneiro de 2008 (*Lianakis*) cuxa doutrina confirma a STXUE do 12 de novembro de 2009, Comisión República Helénica, non se poden confundir os criterios de aptitude cos de oferta economicamente máis vantaxosa:

“26 Despréndese da xurisprudencia que, se ben é certo que a Directiva 92/50 non exclúe, en teoría, que a verificación da aptitude dos licitadores e a adxudicación do contrato poidan ter lugar simultaneamente, non o é menos que ambas as dúas operacións son operacións distintas e que se rexen por normas diferentes (véxase, neste sentido, respecto dos contratos públicos de obras, a sentenza do 20 de setembro de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 15 e 16).

27 En efecto, a verificación da aptitude dos licitadores polas entidades adxudicadoras efectúase conforme aos criterios de capacidade económica, financeira e técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») especificados nos artigos 31 e 32 da devandita Directiva (véxase, respecto dos contratos públicos de obras, a sentenza Beentjes, antes citada, apartado 17).

28 Pola contra, a adxudicación do contrato baséase nos criterios establecidos no artigo 36, apartado 1, da devandita Directiva, a saber, ou ben o prezo máis baixo ou ben a oferta economicamente máis vantaxosa (véxase, neste sentido, respecto dos contratos públicos de obras, a sentenza Beentjes, antes citada, apartado 18).

29 Se ben é certo que, neste último suposto, os criterios que as entidades adxudicadoras poden utilizar non se enumeran con carácter exhaustivo no artigo 36, apartado 1, da Directiva 92/50 e que, polo tanto, a devandita disposición deixa ás entidades adxudicadoras a elección dos criterios de adxudicación do contrato que vaian utilizar, non o é menos que tal elección só pode recaer sobre criterios dirixidos a identificar a oferta economicamente máis vantaxosa (véxanse, neste sentido, respecto dos contratos públicos de obras, a sentenza Beentjes, antes citada, apartado 19; de 18 de outubro de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 35 e 36, así como, respecto dos contratos públicos de servizos, as sentenzas do 17 de setembro de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartados 54 e 59, e do 19 de xuño de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 63 e 64).

30 Por conseguinte, exclúense como «criterios de adxudicación» aqueles criterios que non van dirixidos a identificar a oferta economicamente máis vantaxosa, senón que están vinculados, en esencia, á apreciación da aptitude dos licitadores para executar o contrato en cuestión”.

Isto significa que o que non se pode valorar na oferta economicamente máis vantaxosa é a experiencia do contratista pois ese aspecto, ao ser de aptitude non pode ser de adxudicación, tal e como veu a recordar a STXCE do 4 de xuño de 2003 (GAT). Así debe interpretarse a mención do apartado b) citada, que o que intenta é valorar a maior calidade por aptitudes

persoais en prestacións de contido “intelectual”, e que, polo tanto, non permite como tal a valoración da experiencia, que continúa sendo un criterio de solvencia.

Por outra parte, debe recordarse que estes criterios deben ser coñecidos con carácter previo e ser claros co fin de garantir o principio de igualdade de trato. A Sentenza do Tribunal Xeral do 16 de setembro de 2013, asunto T-402/06, contra Reino de España, declarou que:

“66 El principio de igualdade de trato entre licitadores, que non é máis que unha expresión específica do principio de igualdade de trato (véxase, neste sentido, a sentenza do Tribunal de Xustiza do 13 de outubro de 2005, Aparcadoiro Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 e 48, e a xurisprudencia alí citada; sentenza do Tribunal Xeral do 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, non publicada na Recopilación, apartado 72) e que pretende favorecer o desenvolvemento dunha competencia sa e efectiva entre as empresas que participan nunha licitación, impón que todos os licitadores dispoñan das mesmas oportunidades ao formular os termos das súas ofertas e implica, polo tanto, que estas estean sometidas ás mesmas condicións para todos os competidores (sentenza do Tribunal de Xustiza do 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). Deste modo, a entidade adxudicadora está obrigada a respectar, en cada fase do procedemento de licitación, o principio de igualdade de trato dos licitadores (sentenza do Tribunal Xeral do 17 de decembro de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), e estes deben encontrarse en igualdade de condicións tanto no momento en que preparan as súas ofertas coma no momento en que estas se someten á avaliación da entidade adxudicadora (véxanse, neste sentido, as sentenzas do Tribunal de Xustiza do 16 de decembro de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, e do 17 de febreiro de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, non publicada na Recopilación, apartado 39, e a xurisprudencia alí citada).

67 Por outra parte, o principio de igualdade de trato implica, en particular, unha obriga de transparencia para permitir á entidade adxudicadora garantir o seu respecto (véxanse as sentenzas Lombardini e Mantovani, citada no apartado 64 supra, apartado 38, e Comisión/Chipre, citada no apartado 66 supra, apartado 38, e a xurisprudencia alí citada). O principio de transparencia, que constitúe o corolario do principio de igualdade de trato, ten esencialmente por obxecto garantir que non exista risco de favoritismo e arbitrariedade por parte da entidade adxudicadora (sentenzas Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111) e controlar a imparcialidade dos procedementos de adxudicación (véxase a sentenza Aparcadoiro Brixen, citada no apartado 66 supra, apartado 49, e a xurisprudencia alí citada). Implica que todas as condicións e modalidades do procedemento de licitación estean formuladas de forma clara, precisa e inequívoca no anuncio de licitación ou no prego de condicións, co fin de que, por unha parte, todos os licitadores razoablemente informados e normalmente dilixentes poidan comprender o seu alcance exacto e interpretalos da mesma forma e, por outra parte, a entidade adxudicadora poida comprobar que efectivamente as ofertas presentadas polos licitadores responden aos criterios aplicables ao contrato de que se trata (sentenza Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111). Por último, os principios de igualdade de trato e de transparencia constitúen a base das Directivas referentes aos

procedementos de adjudicación de contratos públicos. No deber que incumbe ás entidades adjudicadoras de garantir a observancia dos devanditos principios reside a propia esencia destas Directivas (véxase a sentenza Michaniki, citada no apartado 66 supra, apartado 45, e a xurisprudencia alí citada). ”

Ademais, a nova Directiva, como principal novidade, ofrece aos poderes públicos a posibilidade de **xustificar as súas decisións de adjudicación, en tanto oferta economicamente máis vantaxosa, no custo do ciclo de vida** dos produtos, os servizos ou as obras que van comprar (artigo 68). O ciclo de vida abrangue todas as etapas da existencia dun produto, unha obra ou a prestación dun servizo, dende a adquisición de materias primas ou a xeración de recursos ata a eliminación, o desmantelamento ou a finalización. Os custos que se deben ter en conta non inclúen só os gastos monetarios directos, senón tamén os custos ambientais externos, se se poden cuantificar en termos monetarios e verificarse. Nos casos en que se elaborase un método común da Unión Europea para o cálculo dos custos do ciclo de vida, os poderes adjudicadores deben estar obrigados a utilízalo.

En consecuencia, os poderes adjudicadores poderán facer referencia a todos os factores directamente vinculados ao proceso de produción nas especificacións técnicas e nos criterios de adjudicación, sempre que se refiran a aspectos do proceso de produción que estean estreitamente relacionados coa produción de bens ou a prestación de servizos en cuestión. Isto exclúe os requisitos non relacionados co proceso de produción dos produtos, as obras ou os servizos aos que se refira a contratación, como os requisitos xerais de responsabilidade social corporativa que afectan a toda a actividade do contratista (en tanto son criterios de solvencia).

b) Igualmente, os poderes adjudicadores poderán esixir que as obras, as subministracións ou os servizos **leven etiquetas específicas que certifiquen** determinadas características ambientais, sociais ou doutro tipo, sempre que acepten tamén etiquetas equivalentes (artigo 43). Isto aplícase, por exemplo, ás etiquetas ecolóxicas europeas ou plurinacionais ou ás etiquetas que certifican que un produto se fabricou sen traballo infantil. Estes réximes de certificación deben referirse a características vinculadas ao obxecto do contrato e estar baseado en información científica, establecida nun procedemento aberto e transparente e accesible para todas as partes interesadas.

Con este sistema preténdese introducir un modelo de certificación sobre criterios de capacidade e coñecementos técnicos para demostrar a solvencia dos candidatos (xa admitido e fomentado pola Comunicación da Comisión sobre a lexislación comunitaria de contratos públicos e as posibilidades de integrar aspectos sociais nos devanditos contratos do 15 de outubro de 2001 — COM(2001) 566 final-), protección do medio (admitidos como válidos pola Comunicación da Comisión sobre contratación pública e cuestións ambientais de 28 de novembro de 2001 — COM (2001) 274 final-).

c) **A investigación e a innovación desempeñan un papel central** na Estratexia Europa 2020 para un crecemento intelixente, sostible e integrador. Os compradores públicos deben poder adquirir produtos e servizos innovadores que promovan o crecemento futuro e melloren a eficiencia e a calidade dos servizos públicos. Con este fin, a Directiva establece a asociación para a innovación, un novo procedemento especial para o desenvolvemento e a ulterior adquisición de produtos, obras e servizos novos e innovadores, que, non obstante, se deben subministrar dentro dos niveis de prestacións e de custos acordados. Ademais, a nova regulación mellora e simplifica o procedemento de diálogo competitivo e facilita a

contratación conxunta transfronteiriza, un instrumento importante para realizar adquisicións innovadoras.

Esta estratexia de compra pública e innovación artículase a través de dous tipos de medidas: mediante un incremento na demanda de produtos e servizos innovadores, e a través da chamada «contratación precomercial», entendida esta como pertencente á fase de investigación e desenvolvemento (I+D) previa á comercialización e que cobre actividades como a exploración de solucións que son propias das fases de deseño, creación de prototipo, produtos de proba e preproducción, deténdose antes da produción comercial e venda .

Unha característica propia da contratación precomercial é a repartición de riscos e beneficios segundo as condicións de mercado, xa que o comprador público non se reserva os resultados da I+D para o seu uso en exclusiva, senón que comparte coas empresas os riscos e os beneficios da I+D necesaria para desenvolver solucións innovadoras que superen as que hai dispoñibles no mercado. Neste caso, é dicir, cando a entidade do sector público efectúa a repartición de riscos e beneficios a prezos de mercado, os servizos de I+D poden prestarse sen se someter á normativa contractual en virtude dunha das exclusións recollidas nas Directivas da UE sobre contratación pública. Concretamente trátase do artigo 16.f) da Directiva 2004/18/CE polo cal “A presente Directiva non se aplicará a aqueles contratos públicos de servizos: (...) f) relativos a servizos de investigación e de desenvolvemento distintos daqueles cuxos beneficios pertencen exclusivamente ao poder adxudicador para a súa utilización no exercicio da súa propia actividade, sempre que o poder adxudicador remunere totalmente a prestación do servizo” e do artigo 24.e) da Directiva 2004/17/CE que sinala que “A presente Directiva non se aplicará aos contratos de servizos: [...] e) referentes aos servizos de investigación e de desenvolvemento distintos daqueles cuxos beneficios pertencen exclusivamente á entidade adxudicadora para a súa utilización no exercicio da súa propia actividade, sempre que a entidade adxudicadora remunere totalmente a prestación do servizo,” .

Este procedemento específico e novidoso debe permitir aos poderes adxudicadores establecer unha asociación para a innovación a longo prazo con vistas ao desenvolvemento e a ulterior adquisición de novos produtos, servizos ou obras innovadores (...) sen necesidade de recorrer a un procedemento de contratación independente para a adquisición . Aínda que ten certas semellanzas co procedemento negociado, a súa función permite afirmar que ten autonomía e significado propio. E de aí a súa distinción (o que esixe coñecer ben como aplicar o procedemento negociado).

Na asociación para a innovación, ao ser único o procedemento, o socio que presente a mellor oferta tecnolóxica será o adxudicatario da obra, subministración ou servizo. Na súa primeira fase (pre-comercial), a asociación equipárase a unha contratación pre-comercial de grao mínimo, posto que a tecnoloxía buscada ou xa existe —e pretende mellorarse— ou é factible desenvólvela con éxito en breve prazo. Pero na súa segunda etapa (comercial ou contractual) a natureza do contrato virá determinada polo tipo de produto final requirido polo órgano de contratación («subministracións, servizos ou obras resultantes»; artigo 31.2).

En canto ao procedemento, o órgano de contratación iniciará o procedemento mediante a publicación da convocatoria de licitación. É conveniente a consulta do mercado para obter información sobre a estrutura e a capacidade dun mercado, ao mesmo tempo que informa aos axentes do mercado sobre os proxectos e os requisitos de contratación dos compradores públicos. Non obstante, os contactos preliminares cos participantes do mercado non deben dar lugar a vantaxes desleais e falseamentos da competencia .

A Directiva resalta o deber de motivación que incumbe á autoridade contratante, e que afecta a tres elementos: a necesidade dos produtos innovadores; a elección do procedemento e a participación neste. Motivación que non pode ser sucinta e que se debe acomodar aos parámetros de razoabilidade e racionalidade (no fondo, a elección do procedemento xustifícase, cando da asociación para a innovación se trata, na necesidade da tecnoloxía e dos produtos innovadores).

Na documentación da contratación o poder adxudicador precisará, en primeiro lugar, *«a necesidade de produtos, servizos e obra innovadores que non poida ser satisfeita mediante a adquisición de produtos, servizos e obras xa dispoñibles no mercado»*. É dicir, fronte á compra ordinaria, onde se determina un concreto obxecto, neste procedemento prevese unha necesidade. Motivo polo que non existe un PTT clásico, senón un prego de prescricións funcionais.

Os operadores económicos disporán dun prazo non inferior a trinta días para presentar as súas solicitudes de participación, a contar dende a data de envío do anuncio de licitación.

Os criterios de selección son, ao igual que na Directiva 2004/18/ CE, a habilitación para exercer a actividade profesional, a solvencia económica e financeira e a capacidade técnica e profesional aínda que coa especialidade de que se debe valorar na admisión da experiencia da empresa e dos seus recursos humanos como criterio de solvencia técnica e profesional. Imponse ao órgano de contratación que priorice os criterios de selección relativos á capacidade dos candidatos no ámbito da investigación e o desenvolvemento, así como no que se refire ao desenvolvemento e a aplicación de solucións innovadoras. E prevese a posibilidade de reserva a favor de PEMES innovadoras, o que nos ofrece a visión estratéxica que debe ter este procedemento.

Tras a selección invítase a presentar oferta (só os seleccionados) e é posible determinar un número máximo de licitadores a invitar (mínimo de 3). Á hora de tramitar a adxudicación do contrato, a Directiva remítese ás normas do procedemento negociado. E deben ser decisivos os aspectos técnicos, o que esixe formular as especificacións técnicas de xeito funcional para non limitar indebidamente as solucións de innovación.

Por suposto, a confidencialidade, principio inherente a toda contratación pública, debe ser especialmente vixiada por canto hai que evitar políticas de competencia desleal ou uso indebido da información obtida no procedemento.

A adxudicación debe realizar a favor da oferta economicamente máis vantaxosa: rendibilidade e ciclo de vida aínda que unha característica moi especial —e quizais difícil de asumir polos xestores pouco iniciados— é que pode haber varios adxudicatarios do contrato, e estes poderán estar ocupados, en paralelo e de xeito competitivo, no desenvolvemento das solucións innovadoras. É por iso que, ao finalizar cada unha das fases de investigación, e tras avaliar os resultados alcanzados por cada un dos adxudicatarios, a entidade contratante poderá reducir o número de contratistas procedendo á extinción dos contratos individuais. Obviamente, o uso de tal potestade deberá terse considerado previamente na documentación do contrato, definindo ademais o procedemento para facela efectiva.

O valor e a duración dun contrato para a adquisición das subministracións, servizos ou obras resultantes deberán manterse dentro dos límites apropiados (sen as rixideces da compra ordinaria), tendo en conta a necesidade de recuperar os custos contraídos, en concreto os derivados do desenvolvemento dunha solución innovadora, e de conseguirse un beneficio razoable. Á súa vez, débese ter en conta que a nova regulación comunitaria previu, de forma lóxica ao fundamento e función deste procedemento, a necesidade de

regular o réxime aplicable aos dereitos de propiedade intelectual durante a execución e ao termo da asociación para a innovación. En prol do principio de igualdade dos licitadores, o órgano de contratación determinará o devandito réxime nos documentos preparatorios de licitación, de maneira que todos os candidatos teñan coñecemento deste no momento de realizar as súas ofertas. É este un elemento clave pois deste depende o éxito da asociación. E nun procedemento con riscos, como é este, a seguridade do modo de retribución é unha esixencia.

d) Nesta nova visión estratéxica é **obxectivo fundamental a mellora do acceso ao mercado para as PEME e as empresas incipientes**. Esta é unha das estratexias nas que vén insistindo dende hai un tempo a Comisión e que debe aconsellar redefinir o modelo normativo da contratación pública. Decisión que non é de proteccionismo, senón que pretende asegurar unha efectiva concorrència entre todos os operadores económicos dentro do marco normativo nacional-comunitario.

É elocuente o Considerando 78 da nova Directiva:

“Débese adaptar a contratación pública ás necesidades das pemes. É preciso alentar aos poderes adjudicadores a utilizar o código de mellores prácticas que se establece no documento de traballo dos servizos da Comisión titulado «Código europeo de boas prácticas para facilitar o acceso das pemes aos contratos públicos», que ofrece orientacións acerca de como aplicar o réxime de contratación pública de forma que se facilite a participación das pemes. Para tal efecto e para aumentar a competencia, animarase aos poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división poderíase realizar de xeito cuantitativo, facendo que a magnitude de cada contrato corresponda mellor á capacidade das pemes, ou de xeito cualitativo, de acordo cos diferentes gremios e especializacións implicados, para adaptar mellor o contido de cada contrato aos sectores especializados das pemes ou de acordo coas diferentes fases posteriores dos proxectos.

.....

Os Estados membros deben seguir gozando de liberdade para prolongar os seus esforzos tendentes a facilitar a participación das pemes no mercado da contratación pública, ampliando o alcance da obriga de considerar a conveniencia de dividir os contratos en lotes converténdolos en contratos máis pequenos, esixindo aos poderes adjudicadores que acheguen unha xustificación da decisión de non dividir os contratos en lotes ou facendo obrigatoria a división en lotes baixo certas condicións. A este mesmo respecto, os Estados membros deben gozar tamén da liberdade de facilitar mecanismos para efectuar pagamentos directos aos subcontratistas”.

Sen dúbida, a maior participación das PEMEs nas compras públicas xerará unha competencia máis intensa pola obtención de contratos públicos, o que ofrecerá ás entidades adjudicadoras unha mellor relación calidade-prezo nas súas adquisicións. Por outra parte, a maior competitividade e transparencia das prácticas de contratación pública permitirá ás PEMEs desenvolver o seu potencial de crecemento e innovación, co conseguinte efecto positivo sobre a economía. As posibilidades para facilitar o acceso das PEMEs aos contratos públicos pódense agrupar en torno a dúas grandes estratexias. A primeira é a reserva de contratos. E o principal expoñente desta estratexia é Estados Unidos onde o seu Small Business Act reserva o 25% dos contratos públicos federais ás PEMEs estadounidenses. Non obstante, no ámbito da UE non se formula a cuestión de fixar cotas a favor das PEMEs, posto que, dunha parte, se calcula que aproximadamente o 42% do volume global de contratos públicos (datos de 2005) se adjudica a empresas consideradas PEMEs, e doutra, considérase

que a adopción de medidas proteccionistas similares ás anteriores non contribuiría a alcanzar o obxectivo xeral que debe perseguir a Unión Europea consistente en abrir os mercados .

Convén recordar que no ámbito da UE, a Comisión Europea presentou o 25 de xuño de 2008 unha Comunicación ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións sobre «Pensar primeiro a pequena escala»: «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor das pequenas empresas . A «Small Business Act para Europa» aspira a mellorar o enfoque político global con respecto ao espírito empresarial, co fin de fixar irreversiblemente o principio de «pensar primeiro a pequena escala» na formulación de políticas, dende a elaboración de normas ata os servizos públicos, e promover o crecemento das PEME axudándoas a afrontar os problemas que seguen obstaculizando o seu desenvolvemento .

Como complemento do anterior, os Servizos da Comisión Europea presentaron tamén o 25 de xuño de 2008 un documento de traballo (orientativo, que amosa a opinión dos Servizos da Comisión, pero que non se pode considerar vinculante para a Institución) que podería ser o embrión dun CÓDIGO EUROPEO DE BOAS PRÁCTICAS para facilitar o acceso das PEME aos contratos públicos . O «Código de boas prácticas» preséntase coa intención de axudar ás autoridades públicas a desenvolver «estratexias», «programas» ou «plans de acción», co obxectivo específico de facilitar o acceso das PEME aos contratos públicos . O obxectivo xeral do «Código europeo de boas prácticas para facilitar o acceso das PEME aos contratos públicos» é permitir aos Estados membros e aos seus poderes adjudicadores aproveitar plenamente o potencial das Directivas sobre contratación pública, co fin de garantir condicións equitativas para todos os operadores económicos que desexen participar en licitacións públicas. Concorrenza que debe ser perfilada dende o cumprimento do marco normativo social, ambiental, etc. esixible ás empresas do contexto comunitario co obxectivo de non fomentar a deslocalización empresarial e poder comparar ofertas económicas dende o requisitos previo de empresas “equivalentes” no relativo ao cumprimento das políticas sectoriais articuladas polo distintos estados da Unión, o que non se debe entender como un proteccionismo senón como un instrumento de tratamento de igualdade entre as empresas (amparado, por demais no vixente Tratado GATT). E é que en modo ningún se pode xustificar que a propia recesión económica, nunha aplicación absoluta do principio do valor económico da oferta como elemento de decisión na compra pública, se traduza nun proceso de destrución do tecido produtivo empresarial español e europeo, en tanto con tal opción incrementaranse os efectos da crise creando unha fractura social de difícil recomposición . É momento de esixir a “calidade” empresarial como parámetro previo para a participación dun proceso de licitación pública, esixindo como requisito certos estándares sociais e ambientais (o que se traducirá nun axuste do mercado público a empresas “responsables” aínda que o prezo final que se obteña pola prestación sexa maior).

Os problemas que as PEME encontran para acceder aos contratos públicos encóntranse localizados, principalmente, no ámbito da capacidade/solvencia que se esixe para concorrer ás licitacións, o acceso á información sobre os contratos, as cargas administrativas e burocráticas que se deben superar na tramitación dos expedientes de contratación e os atrasos no cumprimento das súas obrigas (de pagamento, fundamentalmente) por parte das entidades adjudicadoras. Para superar estes problemas, as propias PEME chegaron a afirmar que o máis necesario para facilitar o acceso destas aos contratos públicos non é tanto a introdución de modificacións na normativa sobre contratación pública, senón máis ben un cambio na mentalidade dos poderes adjudicadores.

Ao fío de cada un dos problemas que se identificaron como obstáculos para o acceso das PEMEs aos contratos públicos se presentan a continuación unha serie de medidas a incorporar ao Código de contratos Públicos que poderían servir para superar os devanditos problemas. As medidas que se deberían adoptar, sucintamente, serían as seguintes:

1. As Directivas sobre contratación pública permiten que os contratos se adxudiquen por lotes separados (artigo 46). **A subdivisión das compras públicas en lotes** facilita, evidentemente, o acceso das PEMEs, tanto en termos cuantitativos (o tamaño dos lotes pode corresponderse mellor coa capacidade produtiva das PEMEs) como cualitativos (pode haber unha correspondencia máis estreita entre o contido dos lotes e o sector de especialización das PEMEs). Unha vez delimitados os lotes do contrato (sempre que se trate de prestacións susceptibles de utilización ou aproveitamento separado e constitúan unha unidade funcional, ou cando así o esixa a natureza do obxecto) procederá determinar, no Prego de cláusulas particulares as posibilidades de licitación. En función do tipo de prestacións, e do mercado de oferentes destas, poderase optar ben por non limitar as posibilidades de licitación, ou ben por repartir a adxudicación dos lotes entre os distintos oferentes, determinando a incompatibilidade para ser adxudicatario de varios dos lotes licitados.

Dunha parte, conceder a posibilidade de licitar por un número ilimitado de lotes presenta a vantaxe de non disuadir aos contratistas xerais de participar nin desincentivar o crecemento das empresas (é a opción de Austria ou Francia, por exemplo). Esta opción sería adecuada cando non hai un mercado de oferentes do produto moi extenso. Así e todo, presenta o inconveniente de que se pode dar o caso de que unha mesma empresa resulte adxudicataria dun número elevado de lotes e que non se encontre capacitada para executalos todos de forma simultánea.

Doutra parte, en ocasións (especialmente nos supostos nos que hai unha gran cantidade de oferentes da mesma prestación) os órganos de contratación poden estar interesados en “orientar” a licitación por lotes para fomentar que accedan ao contrato a maior cantidade posible deles. Para iso, o órgano de contratación pode establecer no Prego de cláusulas particulares regulador dun contrato cuxo obxecto fose dividido en lotes, que un licitador poida licitar a un ou uns lotes determinados, pero non a outros, ou que non pode licitar a todos os lotes en que se divide o obxecto do contrato. A subdivisión dos contratos en lotes, ademais de favorecer a participación de PEMEs, intensifica a competencia entre os licitadores, o que redundará en beneficio dos poderes adxudicadores, sempre que tal subdivisión sexa viable e resulte axeitada á luz das obras, subministracións e servizos de que se trate.

Unha variante da división en lotes é a licitación por artigos, e proporciona as mesmas vantaxes que a división en lotes do obxecto do contrato. Cando o que se pretende é a adquisición de artigos funcionalmente independentes pero cuxas características técnicas determinan unha innegable relación os uns cos outros (por exemplo, subministracións de oficina, mobiliario, etc.) pódese licitar cada categoría de artigos de xeito individual. Con iso non se produce un fraccionamento contractual senón un agrupamento de artigos en lotes que se tramitan nun único expediente.

2. Outra posibilidade (modelo irlandés) sería, de xeito simultáneo coa convocatoria, licitación e adxudicación de contratos de obras (especialmente nos casos de obras de nova planta, pero tamén nas de primeiro establecemento, reforma ou gran reparación), publicar, licitar e adxudicar os contratos correspondentes a algún dos ámbitos especializados (instalacións eléctricas, mecánicas, fontanaría, azulexados, etc.) a distintos operadores por separado. Nas condicións de execución (que se farían constar no Prego de cláusulas

particulares) de cada un destes contratos, así como nas do contrato principal, habería de sinalarse a obriga do adxudicatario destes contratos especializados de coordinarse co adxudicatario do contrato principal de obras, así como co resto de intervenientes. Para garantir a devandita coordinación, debería recorrerse á figura do responsable do contrato (máis ben do proxecto ou Project Manager), licitando o oportuno contrato cando a devandita persoa (física ou xurídica) non se encontre integrada na estrutura orgánica do Ente adxudicador. Idéntica solución pódese adoptar para a primeira licitación de servizos auxiliares ou complementarios da obra construída (por exemplo a limpeza, a seguridade ou o mantemento das instalacións construídas).

3. Débese fomentar a posibilidade de que as PEMEs se agrupen e aproveiten a súa capacidade económica, financeira e técnica conxunta. Os operadores económicos poden recorrer á capacidade económica, financeira e técnica doutras empresas, con independencia da natureza xurídica dos vínculos que teñan con elas, co fin de demostrar que satisfán o nivel de competencia ou capacidade esixido polo poder adxudicador (artigo 63). Non obstante, o operador económico debe demostrar que disporá dos recursos necesarios para a execución do contrato.

Os distintos poderes adxudicadores —á marxe da súa consideración como Administración Pública— están obrigados a aceptar esas formas de cooperación entre PEMEs. Co fin de favorecer a maior competencia posible, convén que os poderes adxudicadores poñan de manifesto esa posibilidade no anuncio de licitación. Admitida de forma xenérica na normativa a posibilidade de acreditar a solvencia propia mediante o recurso a medios alleos, conviría que os órganos de contratación orientasen o licitador sobre como se debe materializar a acreditación ante este a disposición efectiva deses medios externos. O artigo 63 da Directiva 2014/23 vén a aclarar a discrepancia sobre que tipo de solvencia se pode acreditar utilizando recursos alleos (existen criterios diverxentes en canto á posibilidade de acreditar a solvencia económica e financeira entre a XCCA do Estado —Informe 45/02, do 28 de febreiro de 2003— e a XCCA de Aragón —Informe 29/2008, do 10 de decembro-), establecendo a regra de que se poden integrar todo tipo de solvencia, incluída a económica, *“un operador económico poderá, cando proceda e en relación cun contrato determinado, recorrer ás capacidades doutras entidades, con independencia da natureza xurídica dos vínculos que teña con elas. En tal caso, deberá demostrar ao poder adxudicador que disporá dos recursos necesarios, por exemplo mediante a presentación do compromiso das devanditas entidades para tal efecto. En canto á súa solvencia económica e financeira, os poderes adxudicadores poderán esixir que o operador económico e as devanditas entidades sexan responsables solidarios da execución do contrato”*.

Polo demais, e dado que a implantación desas formas de cooperación entre PEMEs esixe tempo, os poderes adxudicadores deberían aproveitar a posibilidade de preparar o mercado para futuras contratacións, publicando anuncios de información previa que dean aos operadores económicos marxe de tempo abondo para preparar ofertas conxuntas. É evidente que todas estas disposicións e prácticas facilitan a constitución de agrupacións de PEMEs independentes.

4. Unha das ferramentas clave para incrementar o acceso das PEMEs aos contratos públicos é a extensión, na súa concreta aplicación, da figura dos acordos marco con varios operadores económicos e non exclusivamente cun único operador. A través deste procedemento “precontractual” os poderes adxudicadores contan coa posibilidade de celebrar un acordo marco con varios operadores económicos e de organizar posteriores «mini licitacións», abertas á participación das partes no acordo marco, a medida que se vaian facendo patentes

as necesidades de subministración do poder adxudicador. Fronte aos mecanismos habituais de licitación, nos que o poder adxudicador busca un provedor que lle subministre todos os bens durante un período determinado —o que podería favorecer a empresas de maiores dimensións—, os acordos marco poden brindar ás PEMEs a posibilidade de competir por contratos que se achen en condicións de executar. Tal é o caso, en particular, dos acordos marco que abranguen un gran número de operadores económicos e están subdivididos en lotes, ou dos contratos baseados en tales acordos marco que se adxudican por lotes. Estas “mini licitacións” deberían apoiarse en medios electrónicos con prazos curtos e criterios moi regulados.

5. Hai que **mellorar o acceso á información por parte das PEMEs** a través das posibilidades que ofrece a contratación pública electrónica (e-procurement). Como xa se explicou neste traballo, sen efectiva información non hai transparencia nin concorrência e iso prexudica especialmente ás PEMEs. Aínda sendo medidas moi interesantes débese avanzar na implementación dos medios electrónicos na tramitación dos procedementos de contratos públicos. Obviamente a contratación pública electrónica favorece a competencia, xa que facilita o acceso á información pertinente sobre oportunidades de negocio. Pode, ademais, resultar especialmente vantaxosa para as PEMEs, xa que lles permite unha comunicación rápida e barata; así, por exemplo, pódese descargar o prego de condicións e calquera outra documentación complementaria, sen gasto ningún de copia e envío.

6. Na liña de simplificación de trámites e aforro de “custos” é necesario insistir na implementación da administración electrónica na tramitación dos contratos públicos. A intercomunicación por medios electrónicos debe garantir non só os extremos relativos ao contido íntegro dos actos senón tamén os que fan referencia á súa autoría, competencia do órgano e á súa data de emisión, o cal é especialmente relevante en relación con trámites como as certificacións de existencia de crédito ou os informes preceptivos dos órganos que teñen encomendada a fiscalización económica dos actos ou o asesoramento xurídico. Aquí se debe ter moi en conta o disposto pola Lei 11/2007 do 2 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos Servizos Públicos, que exige de presentar documentos que xa teñen as Administracións Públicas e que dá plena validez ao envío de documentos escaneados acompañados coa sinatura dixital do interesado. Un exemplo claro son os Rexistros Electrónicos de Licitadores —bóveda do sistema para a efectiva contratación Pública electrónica-, e cuxa implantación condiciona todo o modelo.

Directamente ligado ao obxectivo anterior, e dende a perspectiva da “xanela única” parece correcta e aconsellable a creación de Rexistro de licitadores de ámbito territorial autonómico, en tanto medida de simplificación e aforro de custos para os licitadores (e tamén poderes adxudicadores) ademais de dotar de máis axilidade aos procedementos. Rexistros que, loxicamente, os seus certificados deberán ter validez e eficacia obrigatoria para todas as Administracións Públicas. Recordemos que os certificados do actual Rexistro de Licitadores da Comunidade Autónoma só teñen validez para aquelas entidades que o recoñecesen previo o oportuno convenio. O rexistro tería que ter un formato electrónico e ser accesible por medios enteiramente telemáticos. Esta dotará de maior celeridade aos procedementos proporcionando unha mellor xestión destes.

3) A integridade como elemento fundamental na política de compras públicas

Veuse insistindo na idea de que o ordenamento xurídico que se pretenda efectivo e eficiente na aplicación das súas previsións necesita de mecanismos procedementais e procesuais que

permitan “reparar e corrixir” de forma eficaz as contravencións ao disposto . Pola contra asúmese un risco de corrupción e desconfianza nun sistema que, se ben formalmente pode ser correcto, na práctica devén como “xerador ou facilitador” de incumprimentos que se consolidan e favorecen a idea de que a xustiza non é igual para todos os cidadáns . Os intereses financeiros en xogo e a estreita interacción entre os sectores público e privado fan da contratación pública un ámbito exposto a prácticas comerciais deshonestas, como o conflito de intereses, o favoritismo e a corrupción. A nova normativa europea mellora as salvagardas existentes contra tales riscos e ofrece unha protección suplementaria.

Para avanzar na efectividade do principio de integridade, a nova regulación comunitaria artículase sobre os seguintes conceptos :

a) A Directiva 2014/23 contén no seu artigo 24 unha regulación específica **sobre os conflitos de intereses** (a desenvolver pormenorizadamente polos Estados), que se refire a situacións de conflito de intereses reais, potenciais ou percibidas, que afecten ao persoal do poder adjudicador ou dos prestadores de servizos contratados que interveñen no procedemento e a membros da dirección do poder adjudicador que poden influír no resultado dun procedemento de contratación pública aínda que non participen nel oficialmente. O concepto de conflito de intereses comprenderá polo menos calquera situación na que os membros do persoal do poder adjudicador, ou dun provedor de servizos de contratación que actúe en nome do poder adjudicador, que participen no desenvolvemento do procedemento de contratación ou poidan influír no resultado do devandito procedemento teñan, directa ou indirectamente, un interese financeiro, económico ou persoal que puidese parecer que compromete a súa imparcialidade e independencia no contexto do procedemento de contratación.

A percepción de obxectividade é un elemento necesario de cara á credibilidade do modelo, polo que, con carácter preventivo e didáctico se deben ter moi en conta os conflitos de interese . Por iso, a solución que se propón é que se poderá denegar da participación do membro do persoal en cuestión no procedemento de contratación afectado ou na reasignación das súas funcións e responsabilidades (abstención), pero se o conflito de intereses non se pode solucionar de xeito eficaz por outros medios, o candidato ou o licitador en cuestión será excluído do procedemento.

A Directiva eliminou a disposición específica contra comportamentos ilícitos dos candidatos e licitadores, como os intentos de influír indebidamente no proceso de toma de decisións ou de chegar a acordos con outros participantes para manipular o resultado do procedemento que se se contiña na versión inicial (artigo 22) .

b) Importante resulta preservar a confidencialidade das ofertas co fin de preservar os lexítimos intereses empresariais (artigo 21). Como recorda a STXUE do 14 de febreiro de 2008 (VAREC), o órgano que coñeza este recurso deberá garantir axeitadamente a confidencialidade das propostas dos licitadores e o segredo da devandita información. A xustificación é a seguinte:

“O obxectivo principal das normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende a apertura á competencia non falseada en todos os Estados membros (véxase, neste sentido, a sentenza do 11 de xaneiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44).

Para alcanzar o devandito obxectivo, é necesario que as entidades adjudicadoras non divulguen información relativa a procedementos de adjudicación de contratos públicos

cujo contido poida ser utilizado para falsear a competencia, xa sexa nun procedemento de adxudicación en curso ou en procedementos de adxudicación posteriores.

Ademais, tanto pola súa natureza coma conforme ao sistema da normativa comunitaria na materia, os procedementos de adxudicación de contratos públicos baséanse nunha relación de confianza entre as entidades adxudicadoras e os operadores económicos que participan neles. Estes han de poder comunicar a tales entidades adxudicadoras calquera información útil no marco do procedemento de adxudicación, sen medo a que estas comuniquen a terceiros datos cuxa divulgación poida prexudicar aos devanditos operadores.

Polas devanditas razóns, o artigo 15, apartado 2, da Directiva 93/36 establece que as entidades adxudicadoras teñen a obriga de respectar o carácter confidencial de todas as informacións proporcionadas polos provedores”.

e) Por motivos evidentes, **o sistema de control da contratación continúa sendo o principal eixe sobre o que pivota a normativa comunitaria para preservar a integridade.** De aí a importancia das Directivas “recursos”, que teñen unha vocación de mellora na xestión da contratación pública — máis alá de instrumento para a tutela dos licitadores — como se reflicte claramente no Considerando 21 de Directiva de 2007/66, de reforma das Directivas 89/665 e 92/13, ao afirmar que: “A presente Directiva respecta os dereitos fundamentais e observa os principios recoñecidos, en particular, na Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea. En concreto, a presente Directiva ten por obxecto garantir o pleno respecto do dereito á tutela xurídica efectiva e a un xuíz imparcial, de conformidade co artigo 47, parágrafos primeiro e segundo da Carta,” .

Isto significa que o sistema de recursos, ademais da mellora da eficacia dos recursos nacionais, en particular os referentes aos contratos públicos celebrados ilegalmente, se inscribe igualmente no marco da política xeral da Unión Europea contra a corrupción atendendo ao parámetro de respecto ao dereito fundamental da Unión Europea a unha boa administración. En consecuencia, o sistema de recursos en materia de contratación pública esixe unha interpretación compatible con estes dereitos (incorporados xa ao ordenamento español en virtude da Lei Orgánica 1/2008, do 31 de xullo), atendendo ás pautas interpretativas determinadas polos tribunais, da Unión ou nacionais.

Cobra así especial importancia o sistema de recursos, como instrumento de integridade e mellora na xestión, o que obriga a que existan órganos de control independentes e especializados que resolvan as cuestións que se susciten nos prazos previstos, de forma motivada para poder corrixir as irregularidades detectadas e evitar que se volvan producir en futuras licitacións. Por iso, aínda sen ser unha acción pública, a lexitimación debe ser ampla, para favorecer a propia función de depuración que se encomenda ao sistema de recursos, e impulsar unha doutrina clara que preserve os principios de seguridade xurídica e predicibilidade, de especial impacto nun sector tan sensible como o dos contratos públicos.

Do sistema deseñado infírese que os poderes adxudicadores estarán obrigados a cancelar unha adxudicación declarada ilegal polo órgano de control (STXUE do 4 de decembro de 2003, EVN AG), sen que sexa admisible a regra xeral de que un contrato nulo continúe a súa execución (STXUE do 3 de abril de 2008, Comisión/Reino de España). E así debe interpretarse o réxime do recurso especial contido no TRLCSP, co fin de garantir o seu efecto útil. É dicir, dentro do prazo de recurso especial, o incumprimento do prazo suspensivo da formalización

non pode derivar nunha cuestión de nulidade. Así, a estimación do recurso especial dará lugar á anulación da adxudicación e “arrastrase a esa invalidez sobrevida” loxicamente, ao contrato indebidamente formalizado. Polo tanto, a formalización do contrato sen esperar a resolución do recurso supón directamente incorrer nunha nulidade absoluta de pleno dereito. Con iso non só se impide alcanzar o efecto útil do recurso preconizado polas Directivas comunitarias, senón que tamén se afecta gravemente á perfección do contrato e aos aspectos financeiros que lle son propios, pois nos contratos chamados de pasivo (obras públicas, subministracións e servizos, entre outros) a disposición do compromiso do gasto prodúcese non coa adxudicación do contrato senón coa súa formalización polo cal se esta se fai irregularmente os pagamentos ao contratista serían nulos e outro tanto acontecería cos contratos de activo como son os contratos de xestión de servizos públicos que converterían as tarifas dos usuarios e os canons concesionais percibidos polas Administracións públicas como manifestamente ilegais.

d) Ademais, e como consubstancial á idea de profesionalización, é fundamental que a actividade dos xestores públicos se ataña a un código ético estrito que evite o conflito de intereses e que se lles dote de ferramentas para detectar as prácticas colusorias e deseñar estratexias que as impidan. A profesionalización é, en suma, un dos factores clave para promover a integridade.

e) Convén destacar a previsión inicial de regular un **novo goberno** —aínda que moi limitado no texto definitivo tras as críticas das autoridades nacionais— que obrigaría a que os Estados membros designasen a unha única autoridade nacional, de natureza independente, con funcións de supervisión e control da contratación pública no que se pretende sexa un novo goberno da contratación pública. Só un organismo único en cada Estado, para proporcionar unha visión de conxunto das principais dificultades de aplicación, con competencia expresa para propoñer solucións axeitadas para os problemas de carácter máis estrutural. Entidade que asumiría, ademais, unha competencia de vixilancia para os contratos dun valor relativamente elevado: 1 000 000 de euros para as subministracións e os servizos, e de 10 000 000 de euros para o resto. A tal fin, os poderes adxudicadores terán a obriga de transmitir o texto dos contratos celebrados referidos de forma que este organismo os poderá examinar e valorar se existen prácticas incorrectas —ademais de permitir aos interesados acceder a estes documentos, sempre que non resulten prexudicados intereses públicos ou privados lexítimos— o que debe contribuír a reforzar a idea de integridade para previr supostos de corrupción e/ou clientelismo, que, á vez que erosionan a idea de obxectividade das Administracións públicas —que pode conducir a cuestionar a súa propia lexitimidade democrática— levan consigo claras e evidentes ineficiencias dos fondos públicos.

Este organismo de supervisión, en tanto poida contar con medios e preparación abondo, é un instrumento fundamental no cambio dos paradigmas da xestión dos contratos públicos en tanto sexa capaz de proporcionar información real e inmediata sobre o funcionamento da política e os posibles defectos da lexislación e as prácticas nacionais, postulando con rapidez as solucións máis axeitadas.

4) Regulación da execución de contratos: as modificacións do obxecto

Unha importante novidade na Directiva sobre contratación pública é que, xunto a outras cuestións propias dos efectos dos contratos (incluídas no Capítulo IV denominado execución do contrato), se regula como elemento das regras de adxudicación do contrato as incidencias da execución do mesmo que obrigan a unha modificación deste. Regula así os supostos en

que se poderá dar por válida unha modificación sen que sexa necesaria unha nova licitación. E abre a posibilidade ao control desta potestade mediante os instrumentos das Directivas “recursos” .

A nova regulación encontra o seu fundamento na coñecida Sentenza do 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta) , na que o Tribunal aborda a cuestión ao analizar a obriga dos poderes adjudicadores de cumprir cos documentos do contrato:

“O principio de igualdade de trato entre os licitadores (...) impón que todos os licitadores dispoñan das mesmas oportunidades ao formular os termos das súas ofertas e implica, polo tanto, que estas estean sometidas ás mesmas condicións para todos os competidores.”

O que se pretende coa doutrina desta sentenza, en palabras do propio Tribunal é que:

“todas as condicións e modalidades do procedemento de licitación estean formuladas de maneira clara, precisa e inequívoca no anuncio de licitación ou no prego de condicións, co fin de que, por unha parte, todos os licitadores razoablemente informados e normalmente dilixentes poidan comprender o seu alcance exacto e interpretalos da mesma forma e, por outra parte, a entidade adjudicadora poida comprobar efectivamente que as ofertas presentadas polos licitadores responden aos criterios aplicables ao contrato de que se trata”.

A nova normativa, quizais dun xeito confuso, intenta fixar os límites e regras que poden amparar un modificado nun contrato público. A nova regulación supón certa innovación sobre a doutrina do TXUE na materia, o que esixe certa precaución na súa concreta interpretación, limitada polo respecto aos principios de toda contratación pública e, en especial, o de igualdade de trato.

A regra xeral é que se prohíbe calquera modificación que supoña a alteración do contido substancial (non se utiliza a palabra esencial) do contrato, en cuxo caso será necesaria unha nova licitación (artigo 72). Con intención de achegar seguridade xurídica, indícase, no apartado 4, en que casos se considera que existe unha modificación substancial —o que obrigaría a unha nova licitación— cando:

- a) a modificación introduza condicións que, de ter figurado no procedemento de contratación inicial, terían permitido a selección de candidatos distintos dos seleccionados inicialmente ou a adjudicación do contrato a outro licitador;
- b) a modificación altere o equilibrio económico do contrato en beneficio do contratista;
- c) a modificación amplíe de forma considerable o ámbito do contrato para abranguer subministracións, servizos ou obras non previstos inicialmente.
- d) a substitución do socio contratista (salvo os casos de sucesión total ou parcial por reestruturación empresarial en tanto se respecten os principios da licitación).

En consecuencia, as modificacións dun contrato serán posibles se non afectan ao contido esencial. E a Directiva prevé varios supostos:

- a) cando sexan previstas na documentación da contratación, en opcións ou cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. Nas devanditas cláusulas indicárase o alcance e a natureza das posibles modificacións ou opcións, así como as condicións en que se poderán aplicar. É dicir, habilítase a regra de que os modificados convencionais poderán alterar este, co límite de que non se altere a natureza global do contrato (o que se debe entender como

límite a cambios de obxecto ou dun importe desproporcionado). A recognoscibilidade da prestación de orixe ha de ser, sen dúbida, un parámetro interpretativo de referencia.

b) Que non sexa factible a opción de cambiar de contratista por existencia de razóns económicas ou técnicas vinculadas ao procedemento inicial ou xere inconvenientes ou custos excesivos. En todo caso, co límite do cincuenta por cento do valor inicial do contrato.

c) Cando coa debida dilixencia non se puideron prever as novas condicións e non se altera a natureza global do contrato.

d) Casos de sucesión ou cesión de contratistas.

e) Modificacións non substanciais

Ata aquí pódese afirmar que o deseño normativo non resulta coherente coa doutrina do TXUE (que, en principio, seguirá sendo o principal parámetro interpretativo). Parece recoñecerse, *ex lege*, os supostos de modificación por imprevisibilidade ata o cincuenta por cento do contrato e sempre que non se afecte ao contido esencial. Ábrese un perigoso portelo que ha de xerar dúbidas interpretativas, o que pode ser contrario ao necesario principio de seguridade xurídica e que esixe un labor interpretativo conforme aos principios da contratación pública, co fin de evitar que sirva de subterfuxio a prácticas clientelares ou mal deseño do contrato. O mesmo cando —concepto xurídico indeterminado— existan motivos económicos, técnicos ou de inconveniencia.

Obviamente, a imprevisión débese referir a imprevisibilidade en sentido estrito e non á mera imprevisión aínda por falta de dilixencia, en tanto, como ben recorda a referida STXUE do 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* “un poder adxudicador dilixente que desempeñe normalmente a súa actividade debería ter previsto aterse ás condicións para a súa adxudicación” (apdos. 116-118)-. Así, as novas necesidades, en tanto non obedecen ao criterio de imprevisibilidade, deberán ser obxecto de licitación independente dado que afectarán ao contido esencial (natureza global) do contrato. Non en van, a xa citada STXUE do 23 de xaneiro de 2013, de condena ao Reino de España, sobre proxectos relativos á execución de determinadas liñas ferroviarias de alta velocidade en España —AVE-, critica que a lexislación española permitise a modificación por necesidades novas xa que tal concepto non forma parte da noción de imprevisibilidade: *“o uso dun criterio relativo á apreciación da existencia de necesidades novas permitiría á entidade adxudicadora modificar ao seu arbitrio, durante a fase de execución do contrato, as propias condicións da licitación.”*

Case idéntico réxime se contén na Directiva de Concesións que regula en única disposición e para calquera modalidade de concesión —artigo 43— o concepto de modificación, requisitos de procedencia así como os límites de aplicación. Por iso, a regulación suscita estas críticas xa apuntadas que, neste marco de concesións, aínda son máis sensibles. A interpretación deberá cohonestar os principios e intereses en xogo, evitando unha alteración indebida das regras de competencia.

Interesa destacar que a Directiva sobre contratación pública establece a obriga de publicar as modificacións contractuais, en tanto elemento de control, co fin de garantir o axeitado cumprimento e tramitación do previsto a tal efecto no prego (artigo 72.1, último inciso). Esta obriga obrigará a reformular a actual situación en España en virtude da interpretación que se está a dar á redacción do artigo 40 TRLCSP, que exclúe da posibilidade de recurso especial aos actos de modificación:

«Non obstante, non serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación os actos dos órganos de contratación ditados en relación coas modificacións contractuais non previstas no prego que, de conformidade co disposto nos artigos 105 a 107, sexa

preciso realizar unha vez adxudicados os contratos tanto se acordan como se non a resolución e a celebración de nova licitación».

A interpretación non é uniforme, tanto polas dúbidas que suxire a súa redacción coma pola propia negación a este recurso de fundamento comunitario. Así, o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón xa se pronunciou ao sinalar na súa guía de procedemento para a tramitación do recurso especial en materia de contratación que «...Son impugnables... os actos de trámite sempre que decidan directa ou indirectamente sobre a adxudicación, determinen a imposibilidade de continuar o procedemento ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos... En particular, a título de exemplo, as decisións ou adxudicacións adoptadas sen procedemento formal —por exemplo, os encargos de execución a medios propios ou *os modificados que non cumpren os requisitos legais...*» . Ademais, a recente modificación da normativa autonómica aragonesa sobre contratos públicos (Lei 3/2011, de medidas en materia de contratos do sector público de Aragón, modificada polo artigo 33 da Lei 3/2012, do 8 de marzo, de Medidas Fiscais e Administrativas da Comunidade Autónoma de Aragón), introduciu unha nova disposición (artículo 12.bis) que, tras sinalar a obriga de publicitar os acordos de modificación dos contratos, sinala expresamente a posibilidade de interpoñer recurso contra tal acordo de modificación:

«...Artículo 12 bis. Publicidade dos modificados.

1. O acordo do órgano de contratación de modificar un contrato publicarase, en todo caso, no Boletín Oficial e perfil en que se publicou a adxudicación, figurando as circunstancias que o xustifican, o seu alcance e o importe deste, co fin de garantir o uso axeitado desta potestade.

2. Igualmente, esta decisión se notificará aos licitadores que foron admitidos, incluíndo, ademais, a información necesaria que permita ao licitador interpoñer, se é o caso, recurso suficientemente fundado contra a decisión de modificación de non se axustar aos requirimentos legais...»

A finalidade do referido artigo 12 bis é xerar a transparencia axeitada sobre as causas e consecuencias dos modificados contractuais, así como posibilitar —no seu caso—, unha eventual impugnación polos que estivesen lexitimados, se se acreditase que se incumpriron os límites legais a tal potestade de modificación, xerando un acto novo de adxudicación ilegal. Para iso estarán especialmente lexitimados os licitadores non seleccionados.

Esta opinión, favorable á recorribilidade dos acordos de modificación dos contratos públicos non é, con todo, unánime. O Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade de Madrid pronunciouse sobre a cuestión en sentido contrario, ata en dúas ocasións, no mes de xuño de 2011. Na súa Resolución 17/2011, do 8 de xuño, o Tribunal Madrileño conclúe que «de acordo coa regulación do artigo 310 da LCSP, interpretada á luz da Directiva 2007/66/CE, en relación aos contratos suxeitos ao Dereito comunitario, os actos do procedemento de licitación son susceptibles do recurso especial en materia de contratación, mentres que cando se trata de actos de execución do contrato (modificación, resolución, desentendemento posterior ou calquera outro) cabe o réxime de recursos da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común, e na Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso Administrativa». A mesma opinión confirmaría máis tarde, na súa

Resolución núm. 30/2011, do 29 de xuño, na que se inadmite un recurso especial formulado contra a adxudicación dun contrato de xestión de servizos públicos cuxo presuposto de gastos de establecemento é inferior a 500.000 euros, pero cuxa adxudicación se propón a unha empresa que considera un investimento superior á devandita cifra. O Tribunal razoa que «non cabe interpretar que como consecuencia da adxudicación, unha vez superado o albor, a partir dese momento cabe o citado recurso e polo tanto agora sería competente este Tribunal cando non o foi para controlar os actos anteriores. O maior importe derivado da mellor oferta do adxudicatario afectará a unha fase posterior, que é a de execución do contrato, que non está suxeita ao control dos órganos competentes para a resolución do recurso especial en materia de contratación,».

Pero esta discusión sobre a exclusión dos «modificados» do ámbito obxectivo do recurso especial, coa nova regulación que se propón na Directiva, queda agora superada. Fronte á argumentación de aumento de carga burocrática e dificultades á xestión, óptase por un control efectivo de todo o ciclo integral do contrato, nunha nova dimensión do que se entende polo dereito a unha boa administración. Non en van unha modificación ilegal é unha «nova adxudicación» (STXUE do 19 xuño 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GMBH*, Cfr. apdo 34), e polo tanto, esa «nova adxudicación» forma parte do obxecto de recurso especial. E é que, na práctica, foi nesta fase onde proliferaron os problemas de corrupción e redes clientelares, poñendo en dúbida o principio de integridade. O concepto amplo de decisión imponse, optando, novamente, por criterios funcionais relacionados coa causa do contrato

Polo demais, se como graficamente indicaba J. COLÁS TENAS a «era do reformado» terminara, non ten sentido excluír do ámbito do recurso especial en materia de contratación o control sobre o cumprimento dos novos requisitos establecidos.

5) Os sistemas de cooperación vertical e horizontal

A nova Directiva, atendendo ás declaracións do Parlamento europeo, intenta aclarar as distintas fórmulas de cooperación, tanto vertical (utilización de medios propios) coma horizontal.

a) A Directiva 2014/23, en relación á **técnica auto-organizativa de *in house providing***, vén a positivizar a doutrina do Tribunal de Xustiza, recollendo no apartado 1 do artigo 12 (relacións entre poderes públicos) os requisitos *Teckal*. Esta técnica auto-organizativa xustifica a non aplicación da normativa contractual ao existir unha relación xurídico-administrativa:

«1. Un contrato adxudicado por un poder adxudicador a outra persoa xurídica quedará excluído do ámbito de aplicación da presente Directiva se se cumpren todas e cada unha das condicións seguintes:

a). que o poder adxudicador exerza sobre a persoa xurídica de que se trate un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos;

b). que polo menos o 80% das actividades desa persoa xurídica se leven a cabo para o poder adxudicador que a controla ou para outras persoas xurídicas controladas polo mesmo poder adxudicador;

c). que non exista participación privada na persoa xurídica controlada...»

Obviamente, estes requisitos deben ser obxecto dunha interpretación estrita, e a carga da proba de que existen realmente as circunstancias excepcionais que xustifican a excepción incumbe a quen pretenda beneficiarse dela . E, débese ter en conta o límite de non afectar ao principio de libre competencia .

Control análogo que existirá non en función da porcentaxe de participación no capital social, senón o feito de que o ente instrumental careza efectivamente de autonomía dende o punto de vista decisorio respecto do ente que realiza o encargo, non existindo nestes casos verdadeira autonomía contractual .

Iso explica que varias entidades poden dispoñer de control análogo sobre un mesmo ente propio como declarou o TXUE na súa Sentenza do 13 de novembro de 2008, *Coditel*, (apdos. 50, 52 e 54) afirmando que o esencial é que o control exercido sobre a entidade sexa efectivo, non sendo indispensable que o control sexa individual (apdo. 46). En todo caso, a consecuencia do control análogo é a da obrigatoriedade de aceptalo e executalo polo ente que o recibe, e non o contrario, como ben pon de relevo BERNAL BLAY (en correcta interpretación da doutrina Cabotermo) . Control análogo que é de carácter funcional e non formal —non abonda coa mera declaración legal— que obriga a acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante tanto sobre os obxectivos estratéxicos coma sobre as decisións importantes da Sociedade ao que se refería a Sentenza TXUE de 13 outubro de 2005 (*Aparcadoiro Brixen*). Así acaba de corroboralo a STXUE do 10 de setembro de 2009 ao indicar que:

“Sen prexuízo da comprobación polo órgano xurisdiccional remitente da efectividade das disposicións estatutarias de que se trata, cabe considerar que o control exercido polas entidades accionistas sobre a referida sociedade é análogo ao que exercen sobre os seus propios servizos en circunstancias como as do litixio principal, cando:

— a actividade da devandita sociedade se limita ao territorio das mencionadas entidades e se realiza esencialmente en beneficio destas, e

— a través dos órganos estatutarios integrados por representantes das mencionadas entidades, estas exercen unha influencia determinante tanto sobre os obxectivos estratéxicos coma sobre as decisións importantes da devandita sociedade”.

Do descrito constátase que unha das cuestións máis controvertidas é determinar, pois, cando, á marxe da participación no conxunto de accionistas, hai control análogo xa que «...o esencial é que o control exercido sobre a entidade sexa efectivo...» .. É dicir, como pode ser válido un control conxunto en supostos de cooperación vertical.

Sobre este asunto resulta de interese a recente STXUE do 29 de novembro de 2012 (asuntos acumulados C-182/11 e C-183/11, *Econord Spa*), que mantén a mesma liña que as dúas precedentes (Sentenzas do 10 de setembro, *Sea Srl* e 13 de novembro de 2008, *Coditel*). Esta doutrina admite, cos requisitos que se expoñerán, a posibilidade dun control análogo colectivo sobre un medio propio sempre que haxa unha participación tanto no capital coma nos órganos de dirección . A cuestión, que non analiza o Tribunal de Xustiza, é se o dereito a ser consultado, a nomear un dos auditores de contas e a designar un membro do Consello de administración de común acordo con outras entidades que participan permite afirmar que un accionista minoritario (cunha soa acción) ostenta un control sobre unha entidade, análogo ao que se dispón sobre os propios servizos. O Tribunal de Xustiza, conclúe que «...cando varias

administracións públicas, na súa condición de entidades adxudicadoras, crean en común unha entidade encargada de realizar a misión de servizo público que incumbe a aquelas ou cando unha administración pública se adhire á mencionada entidade, o requisito sentado pola xurisprudencia do Tribunal de Xustiza —segundo o cal, para que tales administracións públicas queden dispensadas da obriga de tramitar un procedemento de adxudicación de contratos públicos de conformidade coas normas do Dereito da Unión, han de exercer conxuntamente sobre a devandita entidade un control análogo ao que exercen sobre os seus propios servizos— considerárase cumprido cando cada unha das administracións públicas participe tanto no capital coma nos órganos de dirección da entidade en cuestión». Así e todo, o Tribunal de Xustiza remite ao *Consiglio di Stato* que formula as cuestións prexudiciais que dan lugar á Sentenza para que sexa o devandito órgano quen determine se a celebración polos Concellos de *Cagno* e de *Solbiate* dun pacto de accionistas polo que se acordaba o seu dereito a ser consultados, a nomear a un dos auditores de contas e a designar un membro do Consello de administración de común acordo con outros concellos participantes no devandito pacto permite que os devanditos Concellos contribúan efectivamente ao control de ASPEM. Hai unha importante diferenza entre as circunstancias que concorren nesta Sentenza do 29 de novembro de 2012 e as que concurrían na do 10 de setembro de 2008, das cales cabería deducir unha resposta distinta á cuestión de se se dá ou non un control análogo exercido de xeito conxunto en cada un dos supostos. Así, mentres a Sentenza do 29 de novembro de 2012 se refire a un pacto de accionistas segundo o cal os Concellos que subscribiran unha acción no capital social de ASPEM serían consultados, poderían nomear a un dos auditores de contas, e designar un membro do Consello de administración de común acordo con outros concellos participantes, a Sentenza do 10 de setembro de 2008 referíase a un suposto no que o exercicio conxunto do control análogo sobre o medio propio se manifestaba na participación de todas as entidades cun representante en órganos de dirección superpostos aos que establece o Dereito de sociedades para o goberno destas, con independencia da súa participación no conxunto de accionistas, e a través dos cales se exercían unhas importantes facultades de control tanto da Xunta Xeral de accionistas coma do Consello de administración. A posibilidade de influír de xeito determinante sobre os obxectivos estratéxicos e as decisións importantes da sociedade que poñían de manifesto —segundo o Tribunal de Xustiza— as anteriores condicións, non parece que se poida deducir de igual modo do dereito de consulta (non vinculante), de nomeamento dun auditor de contas (que non forma parte do órgano de dirección da entidade), ou da posibilidade de designar un membro do Consello de administración de común acordo con outros concellos participantes (non hai participación directa dun representante de cada entidade no órgano de dirección), polo que, sen prexuízo do que poida concluír o *Consiglio di Stato* italiano, a adxudicación do contrato sobre a que versa a Sentenza do 29 de novembro de 2012 se debería considerar realizada, na nosa opinión, infrinxindo as disposicións da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos.

En consecuencia, como ben indicou M.A BERNAL BLAY, ao requisito do control sobre o medio propio, análogo ao exercido sobre os propios servizos, fóselle dotando pouco a pouco de certo carácter flexible ou elástico, resultando admisible o seu exercicio de forma colectiva por varias entidades. Agora ben, non convén esquecer que, aínda conxunto, o control sobre o medio propio debe ser efectivo, e ese é precisamente o punto de tensión que marca o nivel máximo de elasticidade ou flexibilidade do citado requisito.

O segundo requisito que se debe esixir para admitir a existencia de *in house providing* é que a entidade provedora debe realizar —necesariamente— a parte esencial da súa actividade co ente ou os entes que a controlan (que non se debe confundir coas notas requiridas no primeiro criterio explicado) . Débese realizar por esta a actividade en proveito de quen lle realiza en encargo ou encomenda (STXUE do 18 de decembro de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Repartición e Manipulado de Correspondencia). O requisito de que o ente instrumental realice coa entidade que o controla a parte esencial da súa actividade económica é certamente coherente se se considera que todo o concepto xira en torno á falta de autonomía contractual do devandito ente controlado. En efecto, se a exención do ámbito da contratación pública se basea en que o contrato “in house” non é senón unha forma de “autoprovisión” por parte da entidade adxudicadora, tal exención perde o seu sentido se o ente instrumental se dedica a prover tamén a outros operadores públicos e privados como calquera outro axente do mercado. Dito doutro modo, esta actuación revelaría que ese ente é algo máis que un medio propio con personalidade diferenciada polo que se deberían aplicar as Directivas Comunitarias.

O último requisito é introducido pola STXUE do 11 de xaneiro de 2005 (Stadt Halle) —e corroborado pola STXUE 8 de abril de 2008, *Comisión Vs. República Italiana* — e a STXUE do 10 de setembro de 2009, *Sexa srl.*, ao afirmar que :

“No suposto de que unha entidade adxudicadora proxecte asinar un contrato a título oneroso referente a servizos comprendidos dentro do ámbito de aplicación material da Directiva 92/50, na súa versión modificada pola Directiva 97/52, cunha sociedade xuridicamente distinta dela en cuxo capital participa xunto cunha ou varias empresas privadas, deben aplicarse sempre os procedementos de contratación pública previstos na devandita Directiva”.

É dicir, a participación privada nun ente público, por mínima que esta sexa, rompe o criterio esixido nas Sentenzas TECKAL e ARGE e en modo algún pódese entender que estas empresas con participación privada poidan ser medios propios, polo que os encargos deben ser necesariamente obxecto de licitación .

Así o fixara xa a STXUE do 8 de abril de 2008 (Comisión/República de Italia) ao afirmar o seguinte:

“38 No que atinxe á primeira condición, relativa ao control da autoridade pública, débese recordar que a participación, aínda que sexa minoritaria, dunha empresa privada no capital dunha sociedade na que participe así mesmo a entidade adxudicadora de que se trata, exclúe, en calquera caso, que a devandita entidade adxudicadora poida exercer sobre a citada sociedade un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos (véxase a sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, antes citada, apartado 49).

39 Sobre este particular, segundo demostra o estudo anexo ao escrito de contestación, relativo ás participacións do Estado italiano en EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica e Agusta, esta última, que é unha sociedade privada dende a súa creación, sempre foi, dende 1974, unha sociedade de economía mixta, é dicir, unha sociedade cuxo capital está integrado por participacións que son propiedade en parte do citado Estado e en parte de accionistas privados.

40 Da mesma forma, posto que Agusta é unha sociedade aberta parcialmente ao capital privado e, en consecuencia, responde ao criterio exposto no apartado 38 da

presente sentenza, queda excluído que o Estado italiano poida exercer sobre esta sociedade un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos.

41 En tales circunstancias, e sen que sexa necesario examinar a cuestión de se Agusta desenvolve o esencial da súa actividade coa autoridade pública concedente, procede desestimar a alegación da República Italiana baseada na existencia dunha relación «in house» entre a devandita sociedade e o Estado italiano». “ (grosa nosa).

En conclusión, a técnica de cooperación vertical mediante fórmulas instrumentais propias debe ser interpretada restritivamente sen que poida ser utilizada cando a prestación estea comprendida no ámbito da aplicación da Directiva. O que resulta tamén evidente é que o instrumento para realizar esta encomenda non é o convenio —por ter natureza xurídica distinta— e que esta é aplicable á marxe do albor da prestación. Por iso, en tanto a relación xurídica non sexa coas entidades “propietarias”, tendo esta relación carácter oneroso e típica resultase de obrigada aplicación as previsións relativas a procedementos de adxudicación, pois o contrario sería unha contravención á regra de transparencia e concorrencia recollida tanto pola norma comunitaria como a nacional.

b) Esta Directiva pretende clarificar os supostos de **cooperación horizontal ou cooperación público-público** (artigo 12.4). Este foi un dos temas máis vidrosos, o que xerou grande inseguridade xurídica para establecer en que medida a lexislación de contratación pública debe cubrir a cooperación entre autoridades públicas. A xurisprudencia aplicable do Tribunal de Xustiza da Unión Europea interprétase de forma diferente polos Estados membros e mesmo polos poderes adxudicadores. Por iso, a Directiva especifica en que casos non se teñen que someter os contratos celebrados entre poderes adxudicadores ás normas de adxudicación de concesións. Esta aclaración fundaméntase nos principios establecidos na xurisprudencia aplicable do Tribunal de Xustiza.

É esta unha cuestión que se formulou xa no Parlamento Europeo na súa *Resolución sobre a colaboración público-privada e o Dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións* do 26 de outubro de 2006 (2006/2043/INI), precisamente ao fío da cooperación intermunicipal. Considera o Parlamento (apartado 45) que a devandita cooperación «se debe considerar irrelevante en materia de Dereito de contratación pública cando:

se trate de cooperación entre autoridades municipais,

b) as tarefas encomendadas a esas autoridades municipais sexan obxecto de reestruturación técnico-administrativa ou as competencias de supervisión das autoridades locais sexan semellantes ás que exercen sobre os seus propios servizos, e

c) as actividades se leven a cabo basicamente para as autoridades locais correspondentes.

O Parlamento Europeo xa rexeitara a aplicación do Dereito de contratación pública nos casos nos que os municipios desexen desempeñar cometidos conxuntamente con outros municipios no seu ámbito xeográfico de actuación como medida de reorganización administrativa, sen ofrecer a terceiros no mercado libre a prestación de tales servizos (apartado 46). Fúndase a súa opinión en que o Dereito de contratación pública se debe aplicar só cando as autoridades locais ofrezan servizos no mercado actuando como empresas privadas no contexto de cooperación entre tales autoridades locais ou prevexan que as tarefas públicas as desempeñen empresas privadas ou outras autoridades locais (apartado 48) .

Agora a Directiva trata de dar resposta a esta técnica de cooperación administrativa xustificada sobre o principio de principio de eficacia e eficiencia (e moi especialmente no

ámbito da administración local), aclarando os mecanismos de colaboración con outras autoridades públicas, tal e como expresamente se recomenda na STXUE do 13 de novembro de 2008, *Coditel Brabant SA* (apdos. 48 e 49). E é que —sen forzar os límites propios da técnica do convenio para ocultar un contrato— é posible articular mecanismos de colaboración e cooperación —moi especialmente para o desenvolvemento axeitado e eficiente dos servizos públicos—.

En definitiva, será posible e conveniente a cooperación horizontal pero deberán cumprirse os seguintes criterios:

a) que o acordo estableza unha auténtica cooperación entre os poderes ou entidades participantes para a execución conxunta de obrigas de servizo público, o que leva consigo a fixación mutua de dereitos e obrigas;

b) que o acordo se rexa exclusivamente por consideracións de interese público;

c) que os poderes ou entidades adxudicadores participantes non realicen no mercado libre máis dun 20% do volume de negocios obtido grazas ás actividades pertinentes no marco do acordo;

d) que o acordo non leve consigo transferencias financeiras entre os poderes e entidades adxudicadores participantes, agás as correspondentes ao reembolso do custo real das obras, os servizos ou as subministracións;

e) que en ningún dos poderes ou entidades adxudicadores exista participación privada.

Paradigmática na interpretación desta regulación é a STXUE do 9 de xuño de 2009, (*Comisión Vs. República Federal de Alemaña*, apdo. 47), que admite a posibilidade de articular unha colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionais ao considerar que non existe un contrato público senón unha fórmula organizativa e non contractual, en tanto se acreditaba a concorrencia dunha serie de circunstancias que permitían tal consideración:

a) obxectivo común de interese público;

b) prestación que non ten natureza comercial, por carecer de vocación de mercado; e

c) existencia de dereitos e deberes recíprocos máis alá da remuneración ou retribución .

De aquí se deduce que é condición indispensable que a prestación quede fóra do mercado, o que implica a imposibilidade de que, con base no acordo de colaboración se presten servizos a terceiros, pois iso desviaría a atención da persecución de obxectivos de interese público que é a finalidade que xustifica a súa exclusión do ámbito de aplicación da normativa sobre contratos públicos. Pódese dicir neste sentido que se trata dunha condición moito máis estrita que a que se predica en relación cos encargos a medios propios, onde se permite a actuación do medio propio con terceiros sempre que a parte esencial da súa actividade teña como destinatario ao ente ou entes que o controlan.

Como ben explicou M.A. BERNAL BLAY, tanto a opinión do Parlamento coma a doutrina do Tribunal de Xustiza parecen camiñar nunha mesma dirección: a necesidade de distinguir, para os efectos de aplicar ou non a normativa sobre contratos públicos, entre formas modernas de organización da execución (conxunta) das tarefas públicas polos poderes adxudicadores, guiadas exclusivamente por consideracións de interese público, por unha parte (é dicir, non reguladas polas normas de contratación pública), e a pura compravenda (comercial) de bens e servizos no mercado, por outra (suxeita á normativa sobre contratos públicos) . Ao igual que sucede cos encargos a medios propios, onde é a concorrencia acumulativa de dous requisitos a circunstancia que determina que a relación entre o poder adxudicador e o medio propio non teña a consideración de contrato senón que entre dentro do ámbito

da organización administrativa, a exclusión das fórmulas de cooperación interadministrativa horizontal do ámbito de aplicación da normativa sobre contratos públicos encontra o seu fundamento na concorrencia dos requisitos apuntados tanto polo Parlamento europeo coma polo Tribunal de Xustiza .

III. A NOVA DIRECTIVA DE CONCESIÓN E O SEU SIGNIFICADO

Esta nova Directiva de concesións 2014/24, do 26 de febreiro é, sen dúbida, das grandes “novidades”, especialmente polo que supón de ampliación do obxecto da regulación comunitaria fronte ás prácticas nacionais (así como de depuración conceptual no ámbito dos servizos públicos) . Proposta de normativa que xerou unha importante contestación e que a súa aprobación definitiva esixirá un esforzo de trasposición . Sen esquecer que esta normativa é, sen dúbida, estratéxica para poder fomentar os investimentos e reactivar axeitadamente a economía nun mercado , onde o risco, como se verá, é unha das súas notas características (en contratos complexos e de longa duración) e que, por iso, esixe un marco xurídico estable e predicible. En consecuencia, o principal obxectivo desta nova Directiva é aclarar o marco xurídico aplicable á adxudicación de concesións, así como delimitar claramente o ámbito de aplicación do devandito marco . E, por suposto, incrementar a seguridade xurídica xa que, por un lado, os poderes e entidades adxudicadoras contarán cunhas disposicións precisas que incorporen os principios do Tratado á adxudicación de concesións e, por outro, os operadores económicos disporán dalgunhas garantías básicas respecto ao procedemento de adxudicación.

Nos actuais tempos de restricións presupostarias a política de concesións parece unha ferramenta de indubidable interese práctico. E fronte a certos reparos ideolóxicos que ven nesta modalidade de concesións como colaboración co sector privado unha privatización de servizos públicos convén recordar, en palabras de G. MARCOU que “os distintos contratos sobre cuxa base o sector privado se encarga do financiamento dos investimentos e/ou a explotación de obras públicas ou servizos públicos, non constitúen, falando con propiedade, unha forma de privatización, senón que se trata máis ben dun conxunto de institucións xurídicas, que teñen como obxectivo mobilizar os investimentos privados e o *savoir faire* industrial e técnico do sector privado, co fin de prover os equipamentos públicos necesarios para a sociedade e a economía” .

A delimitación conceptual entre contrato e concesión

Tradicionalmente existiu un problema de configuración conceptual na delimitación de concesións e contratos públicos (especialmente no ámbito dos servizos) do que se fixeron eco as propias Institucións Comunitarias. Así, nos considerandos desta Directiva — advírtese que “Existe un risco de inseguridade xurídica relacionado coas diverxentes interpretacións dos principios do Tratado polos lexisladores nacionais e de grandes disparidades entre as lexislacións dos diferentes Estados membros. O devandito risco foi confirmado por unha ampla xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, que non obstante aborda só en parte determinados aspectos da adxudicación de contratos de concesión (Cdo 4) ” .

A cuestión non é meramente dogmática, senón que resulta de especial interese práctico en tanto da incorrecta tipificación dun contrato público, pódense alterar as normas e principios esenciais nunha licitación pública . Así o advirte a Recomendación 1/2011, do 6 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, que

esixe que a tipificación responda a unha interpretación funcional, corrixindo prácticas que eludan a aplicación das Directivas (STXUE do 29 de outubro de 2009 (Comisión/Alemaña)).

Aquí radica a principal novidade desta Directiva, que decide regular de forma autónoma a cuestión das concesións. E así se expresa agora de forma clara o artigo 4.1 da Directiva ao se referir á «concesión de servizos» como *“un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtude do cal un ou máis poderes ou entidades adjudicadores confían a prestación e a xestión de servizos distintos da execución das obras contempladas na letra a) a un ou máis operadores económicos, cuxa contrapartida é ben o dereito a explotar os servizos obxecto do contrato unicamente, ou este mesmo dereito en conxunción cun pagamento”*. Engadindo que se considerará que o concesionario asume un risco operacional cando non estea garantido que, en condicións normais de funcionamento, vaia recuperar os investimentos realizados nin a cubrir os custos que contraese para explotar as obras ou os servizos que sexan obxecto da concesión. A parte dos riscos transferidos ao concesionario suporá unha exposición real ás incertezas do mercado que implique que calquera perda potencial estimada en que incorra o concesionario non é meramente nominal ou desdeñable. Idéntica definición, pero para as obras, incorpora para definir o contrato de concesión de obras.

Como se ve, esta normativa incide como nota esencial no dato do risco operacional, que deberá ser compatible co principio de equilibrio económico do contrato. Nela déixase claro que tipos de risco se consideran operacionais e en que consiste o risco significativo. Como recorda o considerando 20 da Directiva *“un risco operacional debe derivarse de factores que escapen ao control das partes. Os riscos vinculados, por exemplo, á mala xestión, aos incumprimentos de contrato por parte do operador económico ou a situacións de forza maior, non son determinantes para os efectos da clasificación como concesión, xa que tales riscos son inherentes a calquera tipo de contrato, tanto se é un contrato público coma se é unha concesión. Un risco operacional débese entender como o risco de exposición ás incertezas do mercado, que pode consistir nun risco de demanda ou nun risco de subministración, ou ben nun risco de demanda e subministración. Debe entenderse por «risco de demanda» o que se debe á demanda real das obras ou servizos obxecto do contrato. Debe entenderse por «risco de oferta» o relativo á subministración das obras ou servizos obxecto do contrato, en particular o risco de que a prestación dos servizos non se axuste á demanda. Para os efectos da avaliación do risco operacional, pódese tomar en consideración, de xeito coherente e uniforme, o valor actual neto de todos os investimentos, custos e ingresos do concesionario”*.

Este risco operacional vincúlase á utilización (que inclúe a dispoñibilidade). Definiuno ben o TXUE:

“O risco de explotación económica do servizo debe entenderse como o risco de exposición ás incertezas do mercado que se pode traducir no risco de se enfrontar á competencia doutros operadores, o risco dun desaxuste entre a oferta e a demanda dos servizos o risco de insolvencia dos debedores dos prezos polos servizos prestados, o risco de que os ingresos non cubran integramente os gastos de explotación ou mesmo o risco de responsabilidade por un prexuízo causado por unha irregularidade na prestación do servizo. “ (Sentenza do 10 de marzo de 2011, ditada no asunto C-274/09).

É preciso comprobar, polo tanto, se o modo de remuneración acordado consiste no dereito do prestador a explotar un servizo (ou obra) e implica que este asume o risco de explotación do servizo (ou obra) en cuestión. Se ben este risco pode ser certamente moi

limitado dende o primeiro momento, a cualificación de concesión require non obstante que a entidade adxudicadora transfira ao concesionario a totalidade ou, polo menos, unha parte significativa do risco que corre. Obviamente, o risco de explotación económica do servizo se debe entender como o risco de exposición ás incertezas do mercado que se pode traducir no risco de se enfrontar á competencia doutros operadores, o risco dun desaxuste entre a oferta e a demanda dos servizos, o risco de insolvencia dos debedores dos prezos polos servizos prestados, o risco de que os ingresos non cubran integramente os gastos de explotación ou mesmo o risco de responsabilidade por un prexuízo causado por unha irregularidade na prestación do servizo. Así, riscos como os vinculados a unha mala xestión ou a erros de apreciación do operador económico non son determinantes para os efectos de cualificar un contrato como contrato público ou como concesión de servizos, posto que tales riscos, en efecto, son inherentes a calquera contrato, xa se trate dun contrato público de servizos ou dunha concesión de servizos. Pero tampouco se pode esquecer, como ben indicou M.A. BERNAL BLAY, que aplicar con rigor o principio de risco e ventura nas concesións administrativas xeraría máis problemas, imposibilitaría en moitas ocasións garantir unha prestación continuada e regular dos servizos públicos.

Interesa moito esta matización á hora de interpretar un “novo” concepto de risco operacional e a súa ancoraxe na concepción tradicional do risco e ventura das concesións. Entender que a nova normativa incrementa a variable risco nestes contratos pode supoñer non só unha quebra de principios tradicionais, senón, principalmente, unha limitación non querida polo propio texto xa que as institucións comunitarias consideran estratéxica esta nova regulación de concesións. Por iso, as actuais regras de reequilibrio financeiro do contrato non parecen contrarias —máis ben o contrario— ao concepto de risco operacional. E iso pola lóxica da aplicación do principio de proporcionalidade en contratos de longa duración e de complicadas relacións xurídico-económicas (e financeiras) que xustifica unha corrección á idea do risco ilimitado por actuacións non controladas polo concesionario, a alleas á súa correcta xestión ou a debida dilixencia na planificación da concesión. En todo contrato, con independencia da súa natureza xurídica, se debe procurar que as prestacións que as partes se obrigan a dar, entregar ou recibir resulten equivalentes dende o punto de vista económico. Ese equilibrio ou equivalencia de prestacións, determinado inicialmente no momento de asinar o contrato, debe manterse posteriormente durante o tempo que dure a súa execución, en aplicación do principio xeral de vixencia das condicións contractuais *rebus sic stantibus*. Nos contratos de xestión de servizos públicos, como ben explicara ARIÑO ORTIZ ,, “o álea comercial ten un dobre alcance: hai un álea comercial ordinario que é o propio de toda explotación e cuxa alteración en ningún caso é causa de revisión; pero xunto a el hai o que poderíamos chamar un álea garantido, no sentido de que a Administración asume en todo caso os riscos de perdas por debaixo dun máximo, pero que tamén controla e limita a ventura duns beneficios extraordinarios por enriba do máximo calculado,”. O restablecemento do equilibrio das prestacións configúrase, polo tanto, como a técnica que permite devolver ás partes á situación inicial, cando, durante a execución do contrato, falla a repartición de riscos pactada.

Aceptando como inherente ao concepto de risco operacional a idea de equilibrio económico do contrato e a súa aplicación dinámica, a normativa formula dúbidas que deberán ser resoltas na trasposición (de feito a nosa actual regulación non as resolve) pois unha deficiente regulación dos riscos pode ser un impedimento —ou sobrecusto financeiro— aos investimentos que existen este tipo de contratos. Debería concretarse a nivel legal os casos

de *factum principis*, que, na miña opinión, debe englobar calquera decisión administrativa (ou lexislativa) que altere de forma imprevisible a axeitada repartición de riscos e permita non distorsionar indebidamente a taxa interna de retorno (TIR) . Non recoñecer tal opción para o equilibrio do contrato implica importantes doses de inseguridade xurídica que condicionarán os investimentos nestes contratos. E en nada rompe o principio de igualdade ou eficiencia pois permite dar seguridade para garantir a correcta execución do contrato e o seu plan financeiro con independencia de quen resulte adxudicatario. Igualmente se debe regular a cláusula de progreso e o seu concreto significado obrigacional, pois a propia evolución técnica pode conducir a tal desequilibrio que faga inviable a xestión da concesión, planificada nun ámbito da técnica distinta. Importa promover os avances tecnolóxicos a toda concesión, pero cando o investimento afecta á lóxica sobre a que se planificou o investimento debería axustarse o TIR. Por último, aínda que se entenda agora excluído ben poderían se regular os efectos do risco imprevisible. Neste punto, a responsabilidade patrimonial administrativa (RPA) é un elemento de seguridade importante, que funciona como efecto chamada nos investidores ao garantir parte do negocio máis alá do risco lóxico da xestión da concesión.

A novidades nas regras procedementais

Obviamente esta Directiva aplicarase para os contratos harmonizados (agora 5 186 000 para as que se recollen no Anexo III). Para a súa determinación pormenorízase os parámetros de cálculo, entre os que haberán de terse en conta “as eventuais variantes ou ampliacións da duración da concesión”, a totalidade das obras ou servizos si conforman un proxecto único e aínda que se adquiran por diversos contratos (con disposicións especiais para a adxudicación por lotes), ou a prohibición de fraccionamento para evitar a inaplicación da Directiva.

Esta Directiva de concesións establece tamén unha serie de requisitos concretos e precisos que se han de aplicar nas distintas fases do proceso de adxudicación sobre a base dos principios do Tratado interpretados pola xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. Ademais, fai extensiva a aplicación do Dereito derivado á adxudicación de contratos de concesión no sector dos servizos públicos, que na actualidade está exento deste tipo de lexislación. Con esta nova norma, deberán promoverse convocatorias públicas de todas aquelas concesións cuxa valoración alcance os 5 186 000 euros (o valor da concesión será o *volumen de negocios total da empresa* concesionaria xerados durante a duración do contrato, excluído o IVE, estimado polo poder adxudicador ou a entidade adxudicadora, *en contrapartida das obras e servizos obxecto da concesión, así como das subministracións relacionado coas obras e os servizos*). Admítese, como é lóxico, que o prazo do contrato se precise en función da amortización dos investimentos e da obtención dun beneficio razoable.

Ademais, deséñanse os procedementos de adxudicación utilizando os mesmos procedementos que na Directiva de contratos públicos . E de forma coherente establécese unha ampliación do ámbito de aplicación das Directivas «Recursos» (Directivas 89/665/CEE e 92/13/CE, modificada pola Directiva 2007/66/CE) a todos os contratos de concesión por enriba do albor co fin de garantir unhas canles que permitan impugnar a decisión de adxudicación ante un tribunal e de establecer unhas normas xudiciais mínimas que deben observar os poderes e entidades adxudicadores.

A Directiva, como se dixo, establece un réxime de modificacións uniforme ao previsto na Directiva de contratación pública . Igualmente limita ata o albor fixado no artigo 8 ou o 10% do prezo do contrato orixinal a posibilidade de realizar modificacións non substanciais . Ademais, regula un suposto de modificación substancial que non require a tramitación dun

novo procedemento e no que estende extraordinariamente o devandito límite cuantitativo ata un 50% do valor da concesión orixinal. Obviamente, como xa se explicou anteriormente, resulta necesaria unha interpretación estrita do devandito apartado 6 *“circunstancias que un poder adxudicador ou entidade adxudicadora dilixente non puido prever”*, pois pola contra será unha vía para eludir a tramitación dun novo expediente de contratación en supostos que *de facto* son modificacións substanciais tal e como recoñeceu a xurisprudencia comunitaria.

Convén insistir na idea de que a técnica do equilibrio financeiro do contrato non deberá ser utilizada cando o problema teña a súa causa no estudo económico de viabilidade, que en moitos casos non existe, e que é o que presenta o contratista a licitación. Esta cuestión é clave, por canto ao non existir estudo de viabilidade a administración descoñece os custos de explotación, os investimentos que debe realizar o contratista, e outros factores necesarios para determinar, no seu momento, se a explotación do servizo é rendible ou deficiente malia os esforzos do contratista. Pero iso non xustifica a alteración ou modificación do prego, en tanto a debida dilixencia debida nestes procedementos, e os principios de eficacia e eficiencia, son límites ineludibles na execución destes contratos, que, polo demais, se encontran sometidos ás normas contables de SEC 95, con efectos, polo tanto, sobre os datos de endebedamento e déficit que poderían derivar dun *“reequilibrio financeiro”* non debido.

IV. O RETO DA TRANSPARENCIA NA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Admitido o carácter estruturante do principio de transparencia —intimamente vinculado co principio de igualdade de trato—, procede contextualizar o seu significado no contexto da compra pública. Sen esquecer, claro, que garda íntima relación coa cultura de novo goberno.

A función do principio de transparencia nos contratos públicos

A contratación pública é, sen dúbida, o principal teatro onde analizar, e reflexionar sobre, a función e o efecto da transparencia. E iso por dous motivos principais. Primeiro, porque o impacto económico dos contratos públicos é de tal dimensión que afecta á consecución do obxectivo do mercado interior e desenvolvemento da actividade económica transfronteiriza. Os últimos estudos publicados pola Comisión Europea son elocuentes: no ano 2008, a compra de bens, obras e servizos por parte do sector público cifrouse en 2.155 billóns de euros que equivalen a un 17,23% do produto interior bruto (PIB) europeo e no 2010 máis do 19%. Unha axeitada e efectiva transparencia pode permitir tanto unha xestión máis eficiente dos fondos públicos —de especial interese nun contexto de redución do déficit público e que se presenta como alternativa a políticas de recortes—, como dunha xestión transparente compatible co dereito a unha boa administración (como indica a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 6 de marzo de 2003, Interporc). Neste sentido, a transparencia garante o efecto útil da igualdade, procurando que non se distorsionen as condicións de competencia (Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, de 25 abril de 1996, Autobuses Valones). O impacto económico, dende unha perspectiva de estabilidade presupostaria, é evidente, e por si mesmo aconsellaría unha revisión do modelo de transparencia co fin de conseguir a mellor optimización de fondos públicos (evidente alternativa á opción de axustar outros capítulos presupostarios sen testar un modelo máis eficiente) preservando o mesmo nivel de eficacia (ou calidade) da prestación que se contrata.

O segundo motivo está directamente ligado coa integridade, en tanto a realidade preséntanos como neste escenario concorren numerosos casos de corrupción e de prácticas clientelares, das que derivan evidentes ineficiencias económicas e, por suposto, perda de lexitimación democrática das institucións administrativas e políticas. Este obxectivo de

transparencia forma parte do dereito a unha boa administración que se garante no artigo 41 da Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea (incorporada xa ao ordenamento español en virtude da Lei orgánica 1/2008, do 31 de xullo) . Sen transparencia existe o risco da corrupción, que é a máis grave patoloxía nun estado de dereito e que supón negar o dereito a unha boa administración. Pola contra, unha xestión transparente dos contratos públicos, como política horizontal, permite explicar á cidadanía a xestión dos recursos públicos e, ben practicada, convértese na principal ferramenta para unha xestión íntegra e profesionalizada .

Nestes dous contextos convén analizar as posibilidades do principio de transparencia na contratación pública.

En materia de contratación pública, o significado do principio de transparencia foi definido polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea, relacionándoo co principio de igualdade de trato dos licitadores. De feito, chegouse a afirmar que o principio de transparencia é o corolario do principio de igualdade. Se o principio de igualdade de trato dos licitadores, cuxo obxectivo é favorecer o desenvolvemento dunha competencia sa e efectiva entre as empresas que participan nunha contratación pública, impón que todos os licitadores dispoñan das mesmas oportunidades ao formular os termos das súas ofertas e implica, polo tanto, que estas estean sometidas ás mesmas condicións para todos os competidores, o principio de transparencia ten esencialmente por obxecto limitar o risco de favoritismo e arbitrariedade por parte da entidade adxudicadora (evitar, en suma, a práctica de redes clientelares). Resulta, polo tanto, que o principio de igualdade de trato implica unha obriga de transparencia para permitir que se preserve o seu respecto (sentenzas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 12 de decembro de 2002, *Universale-Bau* e outros, C470/99, apartado 91, e do 12 de marzo de 2008, *Evropaiki Dynamiki*, T345/03, apartado 142 e seguintes).

Isto explica que a publicidade non é —nin pode ser— un mero principio formal. A publicidade, mediante os instrumentos que se utilicen —técnicos e regulatorios— debe xerar competencia ou concorrencia empresarial, tal e como ben advirte a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 15 de outubro de 2009, *Acoset*, ao afirmar que «os principios de igualdade de trato e de non discriminación por razón da nacionalidade implican en particular unha obriga de transparencia, que permite que a autoridade pública concedente se asegure de que tales principios son respectados». A obriga de transparencia que recae sobre calquera ente contratante consiste en garantir, en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade axeitada e efectiva que permita abrir á competencia o contrato licitado mediante a imparcialidade dos procedementos de adxudicación (véxase en particular a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 6 de abril de 2006, *ANAV* apartado 21) . Cuestión que queda “pechada” coa doutrina fixada pola STXUE do 16 de setembro de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter xeral ao suposto que nos ocupa:

*«66 O principio de igualdade de trato entre licitadores, que non é máis que unha expresión específica do principio de igualdade de trato (véxase, neste sentido, a sentenza do Tribunal de Xustiza do 13 de outubro de 2005, *Aparcadoiro Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 e 48, e a xurisprudencia alí citada; sentenza do Tribunal Xeral do 12 de marzo de 2008, *European Service Network/Comisión*, T-332/03, non publicada na Recompilación, apartado 72) e que pretende favorecer o desenvolvemento dunha competencia sa e efectiva entre as empresas que participan nunha licitación, impón que todos os licitadores dispoñan das mesmas oportunidades ao formular os termos das súas ofertas e implica, polo tanto, que estas estean sometidas ás mesmas condicións para todos os competidores (sentenza do Tribunal*

de Xustiza do 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). Deste modo, a entidade adxudicadora está obrigada a respectar, en cada fase do procedemento de licitación, o principio de igualdade de trato dos licitadores (sentenza do Tribunal Xeral do 17 de decembro de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), e estes deben encontrarse en igualdade de condicións tanto no momento en que preparan as súas ofertas coma no momento en que estas se someten á avaliación da entidade adxudicadora (véxanse, neste sentido, as sentenzas do Tribunal de Xustiza do 16 de decembro de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, e do 17 de febreiro de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, non publicada na Recompilación, apartado 39, e a xurisprudencia alí citada).

67 Por outra parte, o principio de igualdade de trato implica, en particular, unha obriga de transparencia para permitir á entidade adxudicadora garantir o seu respecto (véxanse as sentenzas Lombardini e Mantovani, citada no apartado 64 supra, apartado 38, e Comisión/Chipre, citada no apartado 66 supra, apartado 38, e a xurisprudencia alí citada). O principio de transparencia, que constitúe o corolario do principio de igualdade de trato, ten esencialmente por obxecto garantir que non exista risco de favoritismo e arbitrariedade por parte da entidade adxudicadora (sentenzas Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111) e controlar a imparcialidade dos procedementos de adxudicación (véxase a sentenza Aparcadoiro Brixen, citada no apartado 66 supra, apartado 49, e a xurisprudencia alí citada). Implica que todas as condicións e modalidades do procedemento de licitación estean formuladas de maneira clara, precisa e inequívoca no anuncio de licitación ou no prego de condicións, co fin de que, por unha parte, todos os licitadores razoablemente informados e normalmente dilixentes poidan comprender o seu alcance exacto e interpretalos da mesma forma e, por outra parte, a entidade adxudicadora poida comprobar que efectivamente as ofertas presentadas polos licitadores responden aos criterios aplicables ao contrato de que se trata (sentenza Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111). Por último, os principios de igualdade de trato e de transparencia constitúen a base das Directivas referentes aos procedementos de adxudicación de contratos públicos. No deber que incumbe ás entidades adxudicadoras de garantir a observancia dos devanditos principios reside a propia esencia destas Directivas (véxase a sentenza Michaniki, citada no apartado 66 supra, apartado 45, e a xurisprudencia alí citada)».

Isto significa que resulta necesario que todas as condicións e modalidades do procedemento de licitación estean formuladas de maneira clara, precisa e inequívoca no anuncio de licitación ou no prego de condicións, co fin de que, por unha parte, todos os licitadores razoablemente informados e normalmente dilixentes, poidan comprender o seu alcance exacto e interpretalas da mesma forma e, por outra parte, a entidade adxudicadora poida comprobar efectivamente que as ofertas presentadas polos licitadores responden aos criterios aplicables ao contrato de que se trate. Tamén, debe servir para evitar que mediante fraccionamento do obxecto contractual se eludan os principios de publicidade e concorrencia.

Son varias as estratexias a adoptar para facer da transparencia o eixe da contratación pública. Para garantir a transparencia, co fin de promover a competencia, a nosa lexislación contractual deseña un réxime de publicidade obrigatoria en boletíns oficiais e no perfil

de contratante argumentado que estes medios informáticos de publicidade estaban recomendados pola propia Comisión Europea. Non obstante, o desenvolvemento efectivo desta previsión afástase do obxectivo pretendido, pois se permitiu que todo ente contratante poida crear o seu propio perfil de contratante (milleiros deles), o que supón unha clara fragmentación do mercado (ao fragmentar a información), máxime cando nos contratos non harmonizados os poderes adxudicadores non administración pública só publican as súas licitacións no seu perfil (artigo 191 TRLCSP).

Encontrámonos así ante unha barreira de entrada para novos operadores económicos que introduce, ao meu xuízo, innecesarias doses de inseguridade xurídica, que poden conducir ao cabo a un mercado «cativo», que potencia a compra do «próximo» e impide o efectivo funcionamento, por inadecuada concorrència, das economías de escala. Afirmación que entendo queda avalada pola propia realidade, por canto a actividade contractual realizada polos entes instrumentais non é en modo ningún residual, tanto polo número de entes existentes na actualidade, coma polo volume dos contratos que realizan.

Para intentar corrixir esta consecuencia, algunhas comunidades autónomas reaccionaron intentando coordinar, mediante plataformas de contratación, a información dos contratos públicos no seu ámbito xeográfico (é o caso de Cataluña, Galicia ou Aragón).

Agora o Estado, para intentar corrixir o erro, propón unha reforma deste modelo de publicidade na Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado, onde aparece unha disposición adicional que afirma:

“Plataforma de Contratación do Sector Público. A Plataforma de Contratación do Estado regulada no artigo 334 do texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, pasará a se denominar Plataforma de Contratación do Sector Público. Na Plataforma publicarase, en todo caso, ben directamente polos órganos de contratación ou por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación da información das diferentes administracións e entidades públicas, a convocatoria de licitacións e os seus resultados de todas as entidades comprendidas no apartado 1 do artigo 3 do texto refundido da Lei de contratos do sector público”.

Esta previsión merece algunha reflexión. A primeira, que calquera decisión legal que adopte o Estado debe reflectir a identidade autoorganizativa das comunidades autónomas, en tanto que entes con autonomía política. Non é posible unha recentralización competencial (o que expresamente rexeita o propio proxecto de Lei), nin dende a óptica legal, nin de oportunidade, nin de eficacia. É certo que hai que «reconducir» o actual fenómeno, pero poñendo en valor o que xa existe e funciona no marco da descentralización territorial do noso Estado. A segunda, que a unidade de mercado, con apoio no artigo 139 CE, esixe uniformidade xurídica e dos sistemas de publicidade, o que non implica unicidade de plataforma de contratación cando xa existen —e foron custosas— as plataformas autonómicas. Por iso, o que procedería é unha previsión legal que establecese que co fin de asegurar unha efectiva concorrència os distintos anuncios de licitación se deberán publicar, independentemente do seu importe, na Plataforma de contratación do Estado ou nos Perfís de Contratantes das respectivas Comunidades Autónomas. Ademais, debería verse a obrigatoriedade da utilización do Código CPV (*common procurement vocabulary*) en todo contrato, á marxe do importe, de tal forma que quedarían estandarizadas as referencias utilizadas polos órganos de contratación na descrición do obxecto dos seus contratos, coa conseguinte mellora da transparencia

dos contratos públicos. Dese modo, calquera operador xurídico, con independencia da súa procedencia, poderá coñecer cal é o obxecto da licitación e decidir se resulta do seu interese ou non. Por suposto, e así debería interpretarse a previsión que contempla esta Lei de Unidade de Mercado, se debería alcanzar unha colaboración inter-plataformas que conteña toda a información sobre a licitación en España, para o que urxen estándares que favorezan a interoperabilidade.

En definitiva, é importante reforzar mecanismos de publicidade que garantan o principio de unidade de mercado, pero respectando a arquitectura institucional propia dun estado descentralizado, incorporando medidas de colaboración efectiva, e aproveitando as experiencias positivas que xa se despregaron e funcionan. Deste xeito, corríxase a actual fragmentación do mercado por indebida publicidade, o que permitirá unha maior concorrencia —da que serán especialmente beneficiadas as PEME— e se conseguira unha maior eficiencia de fondos públicos.

Por outra parte, a cuestión da publicidade efectiva queda moi condicionada coa complexidade xurídica derivada do artigo 3 TRLCSP e a dualidade de réximes xurídicos de poderes adxudicadores segundo sexan, ou, non administración pública, xa que esta complexa armazón —e que parece un tanto oculto— é a consecuencia que se deriva de que nos contratos non harmonizados (non suxeitos ao albor fixado pola normativa comunitaria) a quen non son administración pública se lles excepcióna das previsións da Lei (a xeito de deslegalización) e se determina —artigo 191 TRLCSP-, que os mesmos aprobarán manuais de instrución que dean plasmación, en todo caso, aos principios de publicidade, concorrencia, transparencia, confidencialidade, igualdade e non discriminación (nada di das prohibicións de contratar, aínda que da coherencia sistemática da Lei así se desprende). Aínda que este precepto non o prevén explicitamente, a lóxica —derivada da dicción do artigo 54 TRLCSP— obriga a entender que serán tamén de aplicación as previsións relativas a capacidade e solvencia, prohibicións de contratar, obxecto e prezo do contrato, así como as normas de fiscalización interna e externa —a través da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa competente e do Tribunal de Contas— e as relativas ao Rexistro de Contratos do Sector Público (333 TRLCSP).

Esta «deslegalización procedementa» parece perigosa, pois poden proliferar distintos e variados procedementos (distintos prazos, distinta documentación, etc.) que poden ser unha barreira de entrada para novos operadores económicos, introducindo, ao meu xuízo, innecesarias doses de inseguridade xurídica que poden conducir ao cabo a unha fragmentación do mercado potenciando a compra do «próximo» e impedindo o efectivo funcionamento, por inadecuada concorrencia, das economías de escala. Non hai nada máis contrario á efectividade do principio de transparencia que a dispersión normativa e o «caos» regulatorio dos distintos procedementos de licitación. Afirmación que entendo queda avalada pola propia realidade por canto o número de entes existentes considerados poderes adxudicadores non administración pública.

Tería sido mellor introducir flexibilización (tramitación simplificada, documentación de solvencia só esixible ao adxudicatario proposto, medios electrónicos, etc.) pero uniforme para todos estes supostos de descentralización funcional. O sistema dual normativo en contratos non harmonizados abre, por tanto, un portelo perigoso que pode derivar na inaplicación de feito das previsións e principios do TRLCSP, e en especial do principio de transparencia, mediante a configuración, por exemplo, de entes de dereito público con personalidade xurídica privada que, conservando prerrogativas públicas, se dotarán dun réxime *ad hoc*

por debaixo do albor comunitario. A isto débese sumar o feito de que estas instrucións se publicaron nos específicos perfís de contratantes, e é tal o número (de varios miles), que se dificulta —se non impide— aos licitadores ter unha visión de conxunto cernando o principio de concorrencia (se ben é certo que tras a redacción dada ao artigo 334 TRLCSP esta patoloxía debe estar en camiño de corrección). A conclusión é evidente: a publicidade, nun contexto de «dispersión de normas xurídicas» non poderá cumprir a súa función, e só servirá como argumentario formal ao cumprimento dos principios da contratación pública.

Esíxese, pois, unha revisión deste modelo e unha actuación proactiva do poder público a favor da efectiva transparencia. Por iso, deberían establecerse as seguintes obrigas :

- a. publicación dos anuncios de contratos públicos en liña;
- b. habilitación dun único portal Web centralizado para o Estado e as comunidades autónomas;
- c. libre acceso aos anuncios;
- d. motor de busca multifuncional;
- e. posibilidade de que as empresas creen un perfil, co fin de recibir avisos sobre oportunidades de negocio;
- f. descarga directa dos pregos de licitación e a documentación complementaria;
- g. sistema de licitación electrónica, que permita aos poderes adjudicadores recibir ofertas por vía electrónica con suxeición ao disposto nas directivas sobre contratación pública no que respecta á integridade da información, a confidencialidade e a accesibilidade.

O principio de transparencia como dereito á información e complemento do dereito a boa administración

A transparencia na contratación pública pode ter unha función distinta á de facilitar información aos licitadores para favorecer a concorrencia e ser máis eficientes. En concreto pode servir para dar información aos cidadáns de como se xestiona a contratación pública, coa intención de avanzar no dereito a unha boa administración e, por ende, a un control desta . A función do principio de transparencia é, neste caso, de carácter substantivo e non instrumental en tanto ten por obxectivo a rendición de contas á sociedade .

Por iso, a súa regulación debe conterse na Lei de transparencia, en tanto esa será a norma cabeceira . Neste punto pódese recordar que a Lei 19/2013, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno contén unha previsión específica ao respecto no que será o artigo 8 desta norma :

“Información económica, presupostaria e estatística.

1. Os suxeitos incluídos no ámbito de aplicación deste Título deberán facer pública, como mínimo, a información relativa aos actos de xestión administrativa con repercusión económica ou presupostaria que se indican a continuación:

a) Todos os contratos, con indicación do obxecto, o importe de licitación e de adjudicación, o procedemento utilizado para a súa celebración, os instrumentos a través dos que, se é o caso, se publicitou, o número de licitadores participantes no procedemento e a identidade do adjudicatario, así como as modificacións do contrato. Igualmente serán obxecto de publicación as decisións de desistimento e renuncia dos contratos. A publicación da información relativa aos contratos menores poderase realizar trimestralmente.

Así mesmo, publicaranse datos estatísticos sobre a porcentaxe en volume presupostario de contratos adxudicados a través de cada un dos procedementos previstos na lexislación de contratos do sector público.

b) A relación dos convenios subscritos, con mención das partes asinantes, o seu obxecto, prazo de duración, modificacións realizadas, obrigados á realización das prestacións e, no seu caso, as obrigas económicas convidadas. Igualmente, se publicarán as encomendas de xestión que se asinen, con indicación do seu obxecto, presuposto, obrigas económicas e as subcontratacións que se realicen con mención dos adxudicatarios, procedemento seguido para a adxudicación e importe desta.

c) As subvencións e axudas públicas concedidas con indicación do seu importe, obxectivo ou finalidade e beneficiarios.

d) Os presupostos, con descrición das principais partidas presupostarias e información actualizada e comprensible sobre o seu estado de execución e sobre o cumprimento dos obxectivos de estabilidade presupostaria e sostibilidade financeira das administracións públicas.

e) As contas anuais que deban renderse e os informes de auditoría de contas e de fiscalización por parte dos órganos de control externo que sobre eles se emitan.

f) As retribucións percibidas anualmente polos altos cargos e máximos responsables das entidades incluídas no ámbito da aplicación deste Título. Igualmente, se farán públicas as indemnizacións percibidas, no seu caso, con ocasión do abandono do cargo.

g) As resolucións de autorización ou recoñecemento de compatibilidade que afecten aos empregados públicos así como as que autoricen o exercicio de actividade privada ao cesamento dos cargos mencionados no artigo 3 da Lei 5/2006, do 10 de abril, de conflitos de intereses dos membros do Goberno e dos altos cargos da Administración Xeral do Estado ou asimilados segundo a normativa autonómica ou local.

h) As declaracións anuais de bens e actividades dos representantes locais así como dos membros non electos da xunta de goberno local, nos termos previstos na Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local. Cando o regulamento orgánico non fixe os termos en que se terán que facer públicas estas declaracións, aplicarase o disposto no artigo 14, apartado 4 da Lei 5/2006, do 10 de abril, de regulación de conflitos de intereses dos membros do Goberno e altos cargos da Administración Xeral do Estado. En todo caso, omitiranse os datos relativos á localización concreta dos bens inmoables e garantirase a privacidade e seguridade dos seus titulares.

i) A información estatística necesaria para valorar o grao de cumprimento e calidade dos servizos públicos que sexan da súa competencia, nos termos que defina cada administración competente,“.

Isto supón que un portal de transparencia contractual debe conter información sobre:

a) Todo contrato público —e todo contrato patrimonial—á marxe do seu importe e tipo. É dicir, que aínda nos procedementos sen publicidade que permite o TRLCSP, se debe publicar en transparencia que ese contrato se asinou. Esta información permitirá analizar a política de compra pública

b) Hai que publicar a prestación licitada —concreción do tipo de contrato—, publicidade utilizada, número de licitadores, importe de licitación e adjudicación e adjudicatario. Non se trata de replicar a información do perfil de contratante, senón de sistematizar de forma axeitada todos estes conceptos. Obviamente, a información debe poder ser obxecto de «tratamento» mediante sistema de buscas que permita, por exemplo, determinar o número de contratos adjudicados nun mesmo licitador; ou a baixa entre presuposto de licitación e de adjudicación, ou comparar a política de compras entre entes contratantes. Interesa destacar que se debe dar información de todos os contratos menores realizados, cos datos xerais de importe, obxecto e adjudicatario, o que supón «sacar» da penumbra esta modalidade contractual. Ademais, deben indicarse os motivos de elección do procedemento (de especial interese no procedemento negociado). Como unha matización nos contratos menores é a súa remisión trimestral (agrupada, claro), pero cumprindo os mesmos requisitos.

c) Igualmente se deben publicar as modificacións contractuais, o que permitirá valorar se se cumpren ou non as esixencias legais que as habilitan, así como o importe destas.

d) Igualmente se deben publicar os actos de desistimento e de renuncia á realización de contratos. E todos os convenios realizados, o que facilitará «descubrir» se se ocultan ou non verdadeiros contratos públicos.

Esta información pretende ser unha ferramenta de rendición de contas que permita explicar á cidadanía en que, como e canto se invisten os recursos públicos mediante contratación pública. Ademais, debe servir para lexitimar a actuación administrativa ao existir un control político da súa actuación. E, por iso, en tanto que permite «dar luz» a certas prácticas, debe servir de avance na idea de integridade na contratación pública. A tal fin publicaranse datos estatísticos sobre a porcentaxe en volume presupostario de contratos adjudicados a través de cada un dos procedementos previstos na lexislación de contratos do sector público, o que nos permitirá detectar a corrección ou non da utilización das formas de provisión. Interesa destacar que igualmente se debería informar sobre importe e número de contratos que recaen nos licitadores, desagregando o dato, por tipo de administración, co fin de detectar prácticas restritivas ou «posicións privilexiadas» nun concreto mercado público.

A transparencia compórtase aquí como instrumento principal de rendición de contas e de lexitimación do bo facer administrativo, directamente vinculado ao principio de “bo goberno”. Pero non se cumpre este principio cun portal que sexa mero repositorio de información non sistematizada e lista interminable de datos. Esíxese unha información accesible e comprensible, que permita unha doada valoración da xestión contractual dos distintos poderes adjudicadores. Información que debe servir para «modificar e corrixir» aquelas actuacións que revelen malas praxes ou ineficiencias.

E moi ligada a esta idea de transparencia —vinculada coa de seguridade xurídica e predictibilidade— debería, como ben suxeriron P. VALCÁRCEL e R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, consolidar un adecuada transparencia dos informes ou resolucións ditados polos órganos consultivos en materia de contratación ou os especializados na resolución dos recursos contractuais. A publicación nas distintas páxinas web dos informes da Xunta Consultiva de Contratación Pública estatal —e dos emanados dos equivalentes órganos autonómicos-, así como das resolucións dos Tribunais ou órganos especializados en recursos contractuais, xa

estatais xa autonómicos, garantindo un acceso doado e rápido á súa doutrina constitúe unha peza seminal para a mellor engrenaxe dun funcionamento transparente do sistema .

V. EPÍLOGO. CARA Á TRANSPOSICIÓN EFECTIVA DOS PRINCIPIOS DA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Analizadas as principais novidades da normativa contida na Directiva de contratos públicos e a Directiva de concesións resta, sucintamente, dar conta do contido da Directiva nos denominados “sectores especiais”, que vén a substituír a Directiva 2004/17 (trasposta en España mediante Lei 31/2007) . A nova Directiva 2014/25 pretende, na liña do obxectivo das anteriores propostas de Directivas xa referidas, tanto a simplificación coma a flexibilización do réxime procedemental . Para alcanzar tal obxectivo aclárase o ámbito de aplicación. Así, o concepto básico de «contratación», que aparece tamén no título da Directiva, introduciuse por primeira vez para delimitar mellor o ámbito de aplicación e a finalidade da lexislación sobre contratación e facilitar a aplicación dos albores. Révisanse, á luz da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, as definicións dalgunhas nocións clave que determinan o ámbito de aplicación da Directiva (como organismo de Dereito público, contratos públicos de obras e de servizos, ou contratos mixtos). Ao mesmo tempo, procurouse que a proposta dea continuidade ao uso de nocións e conceptos desenvolvidos ao longo dos anos a través da xurisprudencia do Tribunal e que son ben coñecidos para os profesionais. A este respecto, cabe sinalar que algunhas pequenas desviacións respecto da redacción ou a presentación coñecidas das Directivas anteriores non implican necesariamente un cambio de fondo, senón que se poden deber a unha simplificación dos textos.

A noción de dereitos especiais ou exclusivos é fundamental para a definición do ámbito de aplicación da presente Directiva, posto que as entidades que non son nin poderes adjudicadores nin empresas públicas a teor da presente Directiva están suxeitas ás súas disposicións unicamente na medida que exerzan unha das actividades cubertas sobre a base de tales dereitos. Nada di ao respecto a Directiva (a diferenza do seu primeiro antecedente, a Directiva 93/38), pero haberá que entender que terán consideración de dereitos exclusivos os títulos habilitantes de natureza concesional ou de autorizacións operativas continxentadas por motivos de interese público; e que se consideran dereitos especiais aquelas prerrogativas propias dunha administración pública, como a fixación de sancións administrativas, a potestade de inspección e policía, ou de ser beneficiaria dun procedemento expropiatorio por motivos de utilidade pública ou interese social.

Procede, como importante novidade, aclarar que os dereitos que se concederon mediante un procedemento no que se asegurou unha publicidade axeitada e sobre a base de criterios obxectivos, en particular de conformidade coa lexislación da Unión, non constitúen dereitos especiais ou exclusivos para os efectos da presente Directiva.

Á vista dos resultados da avaliación, o seu ámbito de aplicación, en termos de sectores cubertos, segue sendo basicamente o mesmo. Non obstante, a contratación con fins de prospección de petróleo e gas retirouse do ámbito de aplicación, posto que se observou que é un sector sometido a tal presión competitiva que a disciplina que achega a Directiva xa non é necesaria.

Tras todo o exposto, e a xeito de conclusións, pódese afirmar que a cuarta xeración de Directivas de contratos públicos pode ser o fin do ciclo da regulación na materia, máxime cando existe unha importante doutrina do TXUE que xa se incorporou e que, en todo caso,

serve de pauta interpretativa de cara á integración e harmonización dos Dereitos atendendo aos principios, categorías e institucións dos Ordenamentos nacionais .

Este novo paquete legislativo esixe do Estado español unha depuración normativa antes do fin de xuño de 2014. O contido desta nova normativa, e a experiencia práctica da nosa lexislación nacional aconsellan unha nova normativa, completamente distinta do actual TRLCSP en tanto parece lóxico que existan tres normas legais distintas ou ben un „Código de Contratos Públicos“ con partes diferenciadas en función do obxecto: contratos públicos, concesións, contratos excluídos. Un „Código“ que dote de seguridade xurídica e predictibilidade nun sector de tanta transcendencia económica e social.

En todo caso, á marxe do concreto importe do contrato, a lexislación nacional de contratos públicos deberá respectar os principios comunitarios inherentes á contratación pública evitando que existan na práctica ámbitos da contratación pública exentos en función o seu albor . Como advertise xa BAÑO LEÓN, á marxe de que en función do importe do contrato se poidan deseñar uns ou outros procedementos de selección e adxudicación de contratos, os Estados deben garantir nas súas normas e na súa concreta aplicación práctica por que a participación nun procedemento de adxudicación de contrato público dun licitador que sexa un organismo de dereito público non cause distorsión da competencia con respecto a licitadores privados . Esta afirmación queda avalada pola Comunicación interpretativa da Comisión sobre o dereito comunitario aplicable na adxudicación de contratos non cubertos ou só parcialmente cubertos polas Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, do 1 de agosto de 2006). Opinión que se corrobora na STXUE do 14 de xuño de 2007 (Medipac-Kazantzidis A e Venizeleio-Pananeio) ao afirmar que nos contratos que non alcanzan o albor comunitario :

„efectivamente, procede sinalar que o órgano xurisdiccional remitente cualificou ao Venizeleio-Pananeio de «entidade adxudicadora». Esta cualificación tamén a admite o Goberno grego, o cal declarou na vista, que o devandito hospital é un organismo de Dereito público asimilado ao Estado. Agora ben, en virtude dunha reiterada xurisprudencia, aínda cando o valor dun contrato que sexa obxecto dunha licitación non alcance o albor de aplicación das Directivas nas cales o lexislador comunitario regulase o ámbito dos contratos públicos e o contrato de que se trate non estea comprendido, por conseguinte, dentro do ámbito de aplicación destas últimas, con todo, as entidades contratantes que asinan un contrato están obrigadas a respectar os principios xerais do Dereito comunitario, tales como o principio de igualdade de trato e a obriga de transparencia que deriva daquel (véxanse, neste sentido, a sentenza do 7 de decembro de 2000, Telaustria e Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 e 61; auto Vestergaard, antes citado, apartados 20 e 21; sentenzas do 21 de xullo de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 e 17, e do 13 de outubro de 2005, Aparcadoiro Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48) „.

En conclusión, encontrámonos en tempos de cambios que esixen reformas en profundidade das normas administrativas e en concreto das de contratación pública, que permitan, agora si, configurar un modelo harmonizado e uniforme de contratación pública en Europa que permita unha axeitada optimización dos fondos públicos para consolidar as específicas políticas públicas inherentes ao noso modelo social e económico, e que incorpore como premisas da xestión a eficacia, eficiencia e integridade.

Se a necesaria estabilidade do marco normativo é desexable, tamén a necesaria profesionalización en prol de promover unha nova „cultura“ da contratación pública, que

faga desta un instrumento de políticas públicas activas afastado de prácticas clientelares ou de validación de proxectos claramente insostibles xa dende unha perspectiva financeira xa dende a propia lóxica da conveniencia e a súa sostibilidade. A necesidade derivada da nova regulación aconsella a axeitada profesionalización. Obxectivo que se recolle na Declaración de Cracovia, que contén as conclusións do primeiro Foro do Mercado Interior celebrado na devandita cidade os días 3 e 4 de outubro de 2011, e que entre as medidas para mellorar o funcionamento da lexislación comunitaria sobre contratación pública, propón *profesionalizar o sector da contratación pública a través dunha mellor formación*.

E para iso, a Directiva de contratación pública considera a obriga de constituír tanto estruturas de apoio xurídico e económico que ofrezan asesoramento, orientación, formación e axuda para preparar como órganos especialmente preparados para levar a cabo os procedementos de contratación. Ademais, e como consubstancial á idea de profesionalización, é fundamental que a actividade dos xestores públicos se ataña a un código ético estrito que evite o conflito de intereses e que se lles dote de ferramentas para detectar as prácticas colusorias e deseñar estratexias que as impidan. A profesionalización é, en suma, un dos factores clave para promover a integridade.

Para cumprir este fin de integridade hai que reforzar os mecanismos de control tanto mediante a función de inspección e control dos Tribunais de Contas, Axencias de Loita antifraude e, especialmente, mediante a necesaria independencia dun control efectivo e rápido. Hai que esixir unha maior cualificación e responsabilidade dos „xestores“ públicos (evitar a politización). Débese orientar a lexislación cara a unha cultura ética da actuación administrativa que garanta e promova a integridade na xestión dos asuntos públicos. E iso porque esta en xogo, insistimos, a efectividade do dereito a unha boa administración.

Este é o reto da transposición das novas Directivas cuxo deseño debe permitir implantar un novo goberno público —xunto con outras reformas estruturais—, incorporar como paradigmas da xestión a eficacia, eficiencia e integridade que permita impulsar un modelo harmonizado e transparente de xestión dos fondos públicos, que axude a consolidar as específicas políticas públicas inherentes ao noso modelo social e económico, impulsar a reactivación económica e empresarial e, por suposto, a lexitar democraticamente o noso modelo político.

Como conclusión, pódese afirmar que nos encontramos ante unha nova realidade xurídico-económica da contratación pública, que esixe unha visión estratéxica nun contexto económico globalizado. Unha correcta utilización de compra pública, como instrumento ao servizo de políticas públicas, debe permitir reforzar os principios inherentes ao modelo social europeo e garantir a súa sostibilidade nunha situación xeopolítica cada vez máis tensionada dende os mercados orientais, que obrigan a repensar e reforzar a estratexia do mercado interior europeo.

NOTAS

1. O presente traballo foi presentado polo autor no I Seminario sobre transparencia administrativa e protección dos intereses financeiros da UE na Erorrexión Galicia-Norte de Portugal, celebrado na sede da Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 19 e 20 de marzo de 2014.
2. Sobre o contido das novas Directivas remítoe ao meu traballo “As novas Directivas —cuarta xeración— en materia de contratación pública. Cara a unha estratexia eficiente en compra pública”, REDÁ núm. 159, 2013, páxs. 25-89 e de J.A. MORENO MOLINA, “A cuarta xeración de Directivas da Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo Observatorio dos Contratos Públicos 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, páxs. 115 a 163. De especial interese, en tanto apúntanse as liñas estratéxicas da reforma, é o traballo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA e M. A. BERNAL BLAY, “A contratación pública e o Dereito comunitario. Cuestións pendentes”, en libro col. Observatorio dos Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, páxs. 23 a 42. Sobre os principios aplicables a esta materia, por todos, remítoe ao traballo de J.A. MORENO MOLINA, “O sometemento de todos os contratos públicos aos principios xerais de contratación” no Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández, Thomson, Pamplona, 2012, páx. 3429 e ss. do tomo II.
3. Dende o ano 2004, as Directivas vixentes en materia de contratación pública son as Directivas 2004/18/CE («sectores clásicos») e 2004/17/CE («sectores especiais»), ambas as dúas aprobadas o 31 de marzo de 2004, que coordinan, respectivamente, os procedementos de adjudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos, así como dos contratos dos sectores da auga, da enerxía, dos transportes e dos servizos postais (DOUE L 134, do 30 de abril de 2004).
4. A presente iniciativa de reforma da contratación pública enmárcase na Estratexia Europa 2020 para un crecemento intelixente, sostible e integrador [COM (2010) 2020], así como as iniciativas emblemáticas de Europa 2020 «Unha Axenda Dixital para Europa» [COM (2010) 245], «Unión pola innovación» [COM (2010) 546], «Unha política industrial integrada para a era da globalización» [COM (2010) 614], «Enerxía 2020» [COM (2010) 639] e «Unha Europa que utilice eficazmente os recursos» [COM (2011) 21]. Aplica tamén a Acta do Mercado Único [COM (2011) 206], e en particular a súa duodécima medida clave: «Revisión e modernización do marco normativo dos contratos públicos». Sobre a transposición das anteriores Directivas nos Estados membros resulta de grande interese o libro colectivo coordinado por M. SÁNCHEZ MORÓN, O Dereito dos contratos públicos na Unión europea e os seus Estados membros, Les Nova, Valladolid, 2011.
5. O ‘Informe de avaliación: impacto e eficacia da lexislación comunitaria sobre contratación pública’ (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recolle as opinións e recomendacións de máis de seiscientos profesionais sobre a efectividade das actuais directivas que rexen a contratación en organismos públicos. O informe destaca que as directivas sobre contratación pública fomentaron a apertura e a transparencia provocando que a competencia se intensificase. Isto traduciuse nun aforro de custos ou investimento público adicional que se cuantifica en 20.000 millóns de euros, un cinco por cento dos 420.000 millóns de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. Tamén recolle o desexo unánime de recortar, axilizar e flexibilizar os trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para as pequenas e medianas empresas (PEME) que actualmente sofren completando a cantidade de esixencias administrativas que obrigan os procesos de licitación. Esta análise serviu de punto de partida para a revisión das directrices que se acometeu a finais do pasado ano. Con ela preténdese manter unha política equilibrada que preste apoio á demanda de bens, servizos e obras que sexan respectuosos co medio, socialmente responsables e innovadores, ofrecendo ademais ás autoridades adjudicadoras uns procedementos máis sinxelos e flexibles e que garantan un acceso máis doado ás empresas, particularmente ás PEME.
6. Con data do 23 de marzo de 2013 a Comisión Europea presentou a proposta para a decisión Consello relativa á conclusión formal do Protocolo que modifica o Acordo sobre Contratación Pública (ACP), o único acordo legalmente vinculante na OMC relativa á contratación pública. Por outro lado, en relación coa modernización da política de contratación pública da UE, apoia a petición de que se clasifiquen por prioridades as cuestións tratadas no Libro Verde e, neste sentido, pide á Comisión que examine en primeiro lugar as cuestións da simplificación das normas, o acceso equilibrado aos mercados do sector público, e a mellora do acceso das PEME, e que emprenda como un segundo paso a revisión da contratación pública e as concesións, co fin de obter a necesaria e completa participación, non só do Parlamento Europeo e os Estados membros, senón tamén dos cidadáns e as empresas. En data 7 de marzo de 2014 publicouse no DOUE o Protocolo polo que se modifica o Acordo sobre Contratación Pública, feito en Marrakech o 15 de abril de 1994. En concreto, substitúe o Preámbulo, os artigos I a XXIV e os Apéndices do Acordo de 1994, polas disposicións establecidas no seu anexo.
7. Remítoe á miña opinión en www.obcp.es de marzo de 2012: “Unidade de mercado e contratación pública: redefinindo os perfís de contratante”. Por outra parte, como recorda a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado no seu Informe 1/2009, do 25 de setembro, existe fraccionamento, aínda que se trate de varios obxectos independentes, se entre eles existe a necesaria unidade funcional ou operativa.
8. Por todos, A. RUIZ DE CASTAÑEDA, “A nomenclatura CPV na contratación”, na obra colectiva Estudos en Homenaxe a Ángel Ballesteros, A Lei, Madrid, 2011, páx. 203 e ss.
9. Remítoe ao meu traballo “Compra pública estratéxica”, en libro colectivo Contratación pública estratéxica / coord. por J. Pernas García, Aranzadi, 2013, Cizur Menor, páxs. 45-80.
10. GIMENO FELIÚ, J.M., A nova contratación pública europea e a súa incidencia na lexislación española, Civitas, 2006, páxs. 15-21 e Novos escenarios de política de contratación pública en tempos de crise económica, O Cronista do Estado Social e Democrático de Dereito, n.º. 9, 2010, páxs. 50-55. Tamén ORDÓÑEZ SOLÍS, A Contratación pública na Unión Europea, Aranzadi, Pamplona, 2002, páxs. 162-182, MORENO MOLINA, J.A., Crise económica e contratos públicos: o Real Decreto Lei 9/2008 polo que crean un fondo especial de investimento local e un fondo estatal do Estado para a dinamización da economía e do emprego”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 83, 2009, páx. 37 e ss. e L. ORTEGA ÁLVAREZ, “O equilibrio entre os principios de interese público e o de libre competencia na contratación pública local”, Revista Electrónica CEMCI, núm. 3 de 2009. Igualmente, nesta liña, pode citarse a MELERO ALONSO E.: “O contrato administrativo como instrumento para exercer políticas públicas. Fomento do emprego estable e contratación con empresas de traballo temporal”, Revista Xurídica da Comunidade de Madrid núm.1, 1999 (artigo asinado xunto a Marabillas ESPÍN SÁEZ) e BLÁZQUEZ ROMÁN, J.A. E RAMÍREZ HORTELANO, P., “As cláusulas sociais na contratación administrativa”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 42, 2005, páx. 39. Así o entendido tamén a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón no seu Informe 17/2008, do 21 de xullo. E é que, como ben tiña advertido MESTRE DELGADO, conséntase na regulación da contratación pública a existencia dun interese público por empregar mecanismos de reforzo-ou fomento— para forzar aos empresarios ao cumprimento de previsións —non necesariamente previstas co carácter de imposicións coactivas— contempladas en normativas sectoriais, “Contratos públicos e políticas de protección social e ambiental”, REÁ núm. 291, 2003, páx. 707.

11. T. MEDINA, "Comprando para asegurar o noso futuro: a utilización da contratación pública para a consecución dos obxectivos políticos da Unión Europea", en libro col. Observatorio dos Contratos Públicos 2010, Cizur Menor, 2011, páxs. 43 a 94.
12. Unha posición contraria á valoración na contratación de criterios relativos a outras políticas da Unión Europea —como cláusulas sociais ou ambientais— é sostida por ARROWSMITH, S., "The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for anew approach", *European Law Review*, vol. 21, núm. 1 de 2002, páxs. 11-13.
13. Como destaca G. VARA ARRIBAS, é posible unha contratación pública sostible que combine axeitadamente criterios económicos con criterios sociais e ambientais. "Novidades no debate europeo sobre a contratación pública", *Revista Española de Dereito comunitario* núm. 26, 2008, 128.
14. Nun caso que a Comisión tivo que examinar, o poder adxudicador baseouse principalmente nos elementos seguintes para adxudicar un contrato á empresa local de transporte: a implantación da empresa na localidade tiña, por unha parte, repercusións fiscais e supoñía, por outra, a creación de postos de traballo estables; ademais, a adquisición nese mesmo lugar dun importante volume de material e servizos por parte do provedor garantía unha serie de empregos locais. A Comisión considerou que os poderes adxudicadores non se podían basear neste tipo de criterios para avaliar as ofertas, dado que non permitían valorar unha vantaxe económica propia da prestación obxecto do contrato e que beneficiase ao poder adxudicador. Esta primeira obxección viña motivada pola violación das normas sobre adxudicación contidas no artigo 36.1 da Directiva 92/50/CEE. Así mesmo, estes elementos levaran a discriminar aos demais licitadores, posto que, ao comparar as ofertas, se deu preferencia ao único provedor establecido na localidade considerada. En consecuencia, infrinxírase o principio xeral de non discriminación entre provedores de servizos enunciado no artigo 3 da Directiva 92/50/CEE. A favor desta posibilidade tamén se posicionara en España o Consello de Estado no seu Dítame 4464/98, do 22 de decembro. Na doutrina Sen ánimo exhaustivo se poden citar os seguintes traballos: M.A. BERNAL BLAY, "Cara a unha contratación pública socialmente responsable, as oportunidades da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de Contratos do Sector Público," en libro col. O Dereito dos contratos públicos, Monográficos da Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008; J. A. MORENO MOLINA e F. PLEITE GUADAMILLAS, A nova Lei de Contratos do Sector Público. Estudo sistemático, A Lei, Madrid, 2007, páx. 516 e ss.; S. VERNIA TRILLO, "A inclusión das cláusulas sociais na contratación pública", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 20, 2002, páxs. 429-454; J. F. MESTRE DELGADO, "Contratos..." ob. Cit., páxs. 705-730; H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, "Cláusulas sociais na selección dos contratistas das Administracións públicas españolas?", *Xustiza administrativa* núm. 20, 2003, páxs. 27-67; P. LÓPEZ TOLEDO, «Contratación pública e medio», *Contratación Administrativa Práctica*, 33, 2004, páx. 25 e ss.; P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS, "O recorrente debate sobre os criterios de adxudicación dos contratos públicos", en *Contratación das Administracións públicas: análise práctica da nova normativa sobre contratación pública*, dir. J. M. Gimeno Felú, Atelier, Barcelona, 2004, páx. 61 e ss.; J. M. GIMENO FELIÚ, "Os procedementos e criterios de adxudicación e a posibilidade de valorar aspectos sociais e ambientais", en *Contratación das Administracións públicas: análise práctica da nova normativa sobre contratación pública*, dir. J. M. Gimeno Felú, Atelier, Barcelona, 2004, páx. 61 e ss.; F. VILLALBA PÉREZ, "A dimensión social da contratación pública. O sector da discapacidade na Lei de Contratos do Sector Público", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 74, 2009, páx. 49 e ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "Cláusulas sociais e licitación pública: análise xurídica", *Instituto Andaluz de Administración Pública*, Sevilla, 2009; J. A. VÉLEZ TORO, "As cláusulas sociais na contratación administrativa local", *Contratación Administrativa Práctica*, 10, 2002, páx. 32 e ss.; J. A. BLÁZQUEZ ROMÁN e P. RAMÍREZ HORTELANO, "As cláusulas sociais na contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, 42, 2005, páx. 39 e ss.; A. GONZÁLEZ ALONSO, "A contratación pública ecolóxica", *Xustiza Administrativa* núm. 47, 2010, páx. 31 e ss.; e T. MEDINA ARNÁIZ, "Social Considerations in Spanish Public Procurement Law", *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, páxs. 56 —79.
15. Vid. T. MEDINA ARNÁIZ, "Comprando para asegurar o noso futuro: a utilización da contratación pública para a consecución dos obxectivos políticos da Unión Europea", en libro col. Observatorio dos Contratos Públicos 2010, Cizur Menor, 2011, páxs. 43-104.
16. Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións: Cara a unha Acta do Mercado Único: Por unha economía social de mercado altamente competitiva, do 27 de outubro de 2010, COM (2010) 608.
17. Baixo este conceptoponse de relevo a necesidade de que os bens que se adquiren a través dos contratos públicos sexan os adecuados para cubrir as necesidades públicas, pero tamén que o contratista estea capacitado para cumprir as condicións do contrato nos termos previstos. Vid., por todos, ARROWSMITH, S., LINARELLI, J. e WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, páxs. 28 a 30.
18. O maior número de respostas procedeu do Reino Unido, Alemaña e Francia. No libro Observatorio dos Contratos Públicos 2010 (Civitas, Cizur Menor, 2011, páxs. 459-516) recóllese as contribucións presentadas polo grupo de investigación español composto por J.M. Gimeno, J.A. Moreno, I. Gallego, M.A. Bernal e T. Medina.
19. De interese é o Dítame do Comité Económico e Social europeo sobre a «proposta de directiva do parlamento europeo e do consello relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais», a «proposta de directiva do parlamento europeo e do consello relativa á contratación pública», e a «proposta de directiva do parlamento europeo e do consello relativa á adxudicación de contratos de concesión» (DOUE C 191, do 29 de xuño de 2012), e o Dítame do Comité das Rexións — Paquete en materia de contratación pública (2012/C 391/09), publicado en DOUE do 18 de decembro de 2012.
20. Vid. "Verso le Direttive di quarta generazione", en G.A. BENACCHIO/M. COZZIO *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, páx. 8.
21. Como xa anunciou o Ministerio de Facenda iniciáronse os traballos de transposición, cun grupo de expertos.
22. Vid. Borja COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, "Cara a unha nova Directiva de Contratos Públicos" revista dixital Noticias xurídicas, maio 2012 (http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/20120511-hacia_una_nueva_directiva_de_contratacion_publica.html)
23. Remítome ao meu traballo "O ámbito subxectivo de aplicación TRLCSP: luces e sombras", *RAP* 176, 2008, páxs. 9-54. Segundo xurisprudencia reiterada, o concepto de «organismo de Dereito público», concepto de Dereito comunitario que debe recibir unha interpretación autónoma e uniforme en toda a Comunidade, se define dende un punto de vista funcional con arranxo exclusivamente aos tres requisitos acumulativos que enumera o artigo 1, letra b), parágrafo segundo, das Directivas 93/36 e 93/37 (véxanse, neste sentido, as sentenzas Mannesmann Anlagenbau Austria e outros, do 15 de xaneiro de 1998, apartados 20 e 21; do 12 de decembro de 2002, *Universale-Bau* e outros, apartados, 51 a 53; do 15 de maio de 2003, *Comisión/España*, apartados 52 e 53, do 16 de outubro de 2003, *Comisión/España*, e do 13 de xaneiro de 2007, apartado 27). En relación á sentenza do 15 de maio de 2003 que condena ao Reino de España (e as subseguintes do 16 de outubro de 2003 e do 13 de xaneiro de 2005) se poden consultar na doutrina española os seguintes traballos: J.L. PINAR MANAS, "A aplicación a entidades privadas da normativa de contratos públicos e sobre a necesidade de prever medidas preventivas autónomas. Importante STXUE do 15 de maio de 2003 pola que se condena a España en materia de contratos", *Actualidade Xurídica Aranzadi* núm. 585, 2003, J.A. MORENO MOLINA, "Recente evolución do Dereito Comunitario da Contratación pública. O asunto C-214/2000", en GIMENO FELIÚ José María (Coord.) *Contratación das Administracións Públicas:*

- análise da nova normativa sobre contratación pública, Atelier, Barcelona, 2004; B. NOGUERA DE LA MUELA, "O control da contratación pública no Dereito Comunitario e no Ordenamento xurídico-administrativo español. Breve apuntamento a propósito das modificacións introducidas no TRLCAP pola Lei 62/2003, do 30 de decembro, de Medidas Fiscais, Administrativas e da Orde Social", en J.M. GIMENO FELIÚ (Coord.) Contratación das Administracións Públicas: análise da nova normativa sobre contratación pública, Atelier, Barcelona, 2004, e tamén no seu estudo "Consecuencias da Sentenza do TXUE do 15 de maio de 2003 (Comisión/España) no Ordenamento xurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables nos contratos das sociedades mercantís públicas e tutela preventiva contractual. A nova regulación introducida pola Lei 62/2003, de 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social", en Revista Andaluza de Administración Pública n.º 53, 2004, páxs. 17-45; J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, "O impacto da Xurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) no Ordenamento xurídico interno", Revista Xurídica de Navarra n.º 37 Xaneiro/Xuño 2004, páxs. 205-238, J., CARRILLO DONAIRE, "Un novo paso na xurisprudencia comunitaria sobre o concepto de poder adjudicador: a sentenza do TXUE do 16 de outubro de 2003, sobre procedemento de adjudicación dos contratos de obras públicas con ocasión dunha licitación a cargo da Sociedade Estatal de Infraestruturas e Equipamentos Penitenciarios", Revista Andaluza de Administración Pública núm. 51, 2003, páxs. 127-151 e M. A. BERNAL BLAY, "Acerca da transposición das directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario á STXUE do 13 de xaneiro de 2005, as. C-84/03 (Comisión Vs. Reino de España) e o Real Decreto Lei 5/2005, do 11 de marzo," RAP núm. 168, 2005, páxs. 167-185.
24. A STXUE do 11 de xuño de 2009 (Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik) determina unha interpretación "ampla", ao resolver a cuestión de se un acordo celebrado coa caixa pública do seguro de enfermidade, de calzado ortopédico fabricado e adaptado individualmente é ou non un contrato público sometido á Directiva 2004/18. Na sentenza afirmase que un financiamento, como o analizado, dun réxime público do seguro de enfermidade que ten a súa orixe en actos do Estado, está, na práctica, garantido polos poderes públicos e está asegurado mediante unha forma de recadación das cotizacións correspondentes regulada polas disposicións de Dereito público, cumpre o requisito relativo ao financiamento maioritario polo Estado, para os efectos da aplicación das normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos. Este dato —sen valorar se o seu actividade é ou non de interese xeral ou industrial ou mercantil— leva ao TXUE a afirmar que tales caixas do seguro de enfermidade se deben considerar organismos de Dereito público e, por conseguinte, poderes adjudicadores para os efectos da aplicación das normas desta Directiva. A recente STXUE do 12 de setembro de 2013 (Asunto IVD Gmbtt) resolveu, en relación a un colexio profesional, de dereito público, que non cumpre nin o criterio relativo ao financiamento por parte dos poderes públicos cando o devandito organismo está maioritariamente financiado polas cotas aboadas polos seus colexiados estando facultado pola lei para fixar as cotas e cobrar o seu importe, no caso de que a devandita lei non determine o alcance nin a modalidades das accións que o mencionado organismo leva a cabo no marco de cumprimento das súas funcións legais, que as mencionadas cotas debe financiar, nin o criterio relativo ao control da xestión por parte dos poderes públicos polo mero feito de que a resolución en cuxa virtude o mesmo organismo fixan importe das citadas cotas de base aprobada por unha autoridade de supervisión. En todo caso, a necesaria interpretación funcional deste criterio implica que onde exista influencia dominante, á marxe da participación efectiva, existirá control e se entenderá cumprido este requisito. Esa foi a doutrina do TJUE: sentenza do 1 de febreiro de 2001, que considera sometidas ao réxime de contratación pública ás empresas francesas dedicadas á construción de vivendas por parte de servizos públicos de construción e urbanización e de sociedades de vivenda de aluguer moderado; e a sentenza do 27 de febreiro de 2003 (Adolf Truley). En definitiva, como recorda BAÑO LEÓN ("A influencia do dereito comunitario na interpretación da Lei de Contratos das Administracións Públicas", RAP núm. 151, 2000, pág. 15) o que importa ao dereito comunitario (dende criterios funcionais), é se a actividade é ou non empresarial e se sobre ela ten influencia determinante o Estado ou outro poder adjudicador. Tamén S. GONZÁLEZ-VARAS, El contrato administrativo, Civitas, Madrid, 2003, pág. 24. Isto pode significar que unha empresa pública sen participación superior ao cincuenta por cento do seu accionador, sexa poder adjudicador se existe influencia dominante, que sempre existirá se hai de facto un dereito de veto (por exemplo, empresas públicas con participación público-privada ao cincuenta por cento).
25. Vid. M. A. BERNAL BLAY, "Os partidos políticos e a normativa sobre contratos públicos", publicado en [www.obcp.es](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.84/recategoria.208/re/menu.3/chk.aaaa00f4aae47b021abbfe36d026f5fe) (21 de xaneiro de 2013), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.84/recategoria.208/re/menu.3/chk.aaaa00f4aae47b021abbfe36d026f5fe>. É verdade que o considerando 29 parece limitar esta posibilidade. Non obstante, este reconece que hai países en que si poden ter consideración de poder adjudicador, en tanto exista unha maioría de financiamento público. Esta lóxica xustificaría en España a aplicación das previsións de contratación pública tanto polas organizacións políticas que cumpran estes requisitos así como sindicatos e organizacións empresariais.
26. Centrais de compras chamadas a se converter nun claro instrumento de colaboración administrativa e que se debe traducir en simplificación da política de compras públicas para moitos dos suxeitos sometidos a esta Lei, especialmente, os pequenos municipios. Remítome ao meu traballo "A contratación conxunta e as fórmulas de cooperación como mecanismos de xestión eficiente da organización no modelo local", en libro col. Observatorio de Contratos Públicos 2012, Civitas, Cizur Menor, 2013.
27. Esta técnica de cooperación prevista como agregación de demandas considérase no Libro Verde sobre a modernización da política de contratación pública da UE. Cara a un mercado europeo da contratación pública máis eficiente (COM (2011) 15 final), do 27 de xaneiro de 2011. Resulta de interese a contribución ao devandito documento do grupo de investigación Proxecto financiado polo Ministerio de Ciencia e Innovación do Reino de España sobre «Novos escenarios da contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica e cooperación intersubxectiva» (Ref. DER JURI 2009-12116). IP: José M. Gimeno Feliú. Pódese consultar no libro colectivo Observatorio dos Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, páxs. 459-516 (en especial, páxs. 478-479). Esta mesma opinión é sostida por R. RIVERO ORTEGA, A necesaria innovación nas institucións administrativas, INAP, 2012, pág. 109.
28. O CESE — Ditame do Comité Económico e Social europeo sobre a «proposta de directiva do parlamento europeo e do consello relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais», a «proposta de directiva do parlamento europeo e do consello relativa á contratación pública», e a «proposta de directiva do parlamento europeo e do consello relativa á adjudicación de contratos de concesión» (DOUE C 191, do 29 de xuño de 2012) — é partidario de manter a diferenza entre os servizos A e B sempre que exista seguridade xurídica, e a posibilidade de prorrogar os contratos transfronteirizos de servizos B. Xa no Ditame INT/570 preconizábase unha revisión periódica da lista de servizos B por parte da Comisión, ao obxecto de determinar se algúns servizos B poden, de xeito vantaxoso, transformarse en servizos A. En todo caso, o CESE amosa a súa preocupación en relación cos diversos contratos de servizos públicos que se encontraban previamente na lista de servizos B e que agora se eliminaron do anexo XVI e do anexo XVII, segundo o caso, das propostas, anexos onde se recollen os servizos para os que resultará aplicable o procedemento regulado nos artigos 74 a 76 ou 84 a 86 de ambas as dúas propostas. Por outro lado, o CESE entende que a referencia aos servizos relixiosos e aos prestados por sindicatos que actualmente se inclúen no anexo XVI e no anexo XVII das propostas debe ser eliminada (apartado 1.16.).
29. A xuízo da Comisión, unha análise cuantitativa do valor dos contratos para a adquisición deste tipo de servizos, adxudicados a operadores económicos estranxeiros, amosou que os contratos por debaixo deste valor non teñen, en xeral, interese transfronteirizo.
30. Resulta de interese o Informe 2/2014, do 22 de xaneiro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre Cualificación dos contratos asistenciais sanitarios e sociais. O risco asumido polo contratista como elemento clave para a cualificación

dun contrato como xestión de servizo público. Posibilidade de incorporar cláusulas propias do réxime xurídico do contrato de xestión de servizo público aos pregos que han de rexer a execución dun contrato de servizos.

31. Os considerados da Directiva recoñecen que existe unha necesidade xeneralizada de maior flexibilidade e, en particular, dun acceso máis amplo a un procedemento de contratación pública que prevexa negociacións, como as que regula o ACP explicitamente para todos os procedementos. Por iso formula que, salvo disposición en contrario na lexislación do Estado membro de que se trate, os poderes adxudicadores deben ter a posibilidade de utilizar un procedemento de licitación con negociación conforme ao establecido na Directiva, en situacións diversas nas que non é probable que se poidan obter resultados satisfactorios da contratación mediante procedementos abertos ou restrinxidos sen negociación.
32. Vid. J.A. MORENO MOLINA, "A aposta europea por un maior recurso á negociación na contratación pública", en obcp.es (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/releategoria.121/relemenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1>).
33. Este acordo non poderá adoptar a forma dunha renuncia xeral, senón que se deberá referir á comunicación intencionada de solucións específicas ou outra información confidencial.
34. Igual consecuencia infírese da Sentenza do Tribunal de Xusticia da Unión Europea, do 9 de xuño de 2011, *Evropaiki Dynamiki* contra Banco Central Europeo.
35. E é que, sen efectiva negociación non hai un procedemento negociado, que deviría, por iso, en ilegal. Sobre como negociar resulta de interese o traballo de F. Blanco, «O procedemento de negociación de adjudicación de contratos administrativos. A negociación como elemento esencial e configurador do procedemento», en Revista de Contratación Administrativa Práctica, 2011, núm. 111, páxs. 34 a 41, e *ibid.*, «O procedemento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación e desenvolvemento. Proposta de nova regulación legal», núm. 116, páxs. 36 a 43.
36. Esta técnica fundaméntase na previsión do artigo XIII. 4 do Acordo sobre Contratación Pública da Organización Mundial de Comercio que establece que «... En caso de que unha entidade recibise unha oferta anormalmente máis baixa que as demais ofertas presentadas poderá pedir información ao licitador para se asegurar de que este pode satisfacer as condicións de participación e cumprir o estipulado no contrato».
37. Sobre esta técnica, por todos, dado o seu interese práctico, poden consultarse os traballos M.A. NARVÁEZ JUSDADO, "O prezo do contrato e a apreciación das ofertas anormais" e de F. BLANCO LÓPEZ, "A oferta anormalmente baixa na contratación pública. A oferta inaceptable", en núm. Monográfico Cuestións teóricas e prácticas sobre a contratación pública local, en Revista Estudos Locais núm. 161, 2013, páxs. 353-378 e 379-406, respectivamente.
38. A oferta que contén valores anormais ou desproporcionados é un indicio para establecer que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia diso e que, polo tanto, non se debe facer a adjudicación a quen a tivese presentado. De acordo con iso a apreciación de se é posible o cumprimento da proposición ou non, debe ser consecuencia dunha valoración dos diferentes elementos que concorren na oferta e das características da propia empresa licitadora, non sendo posible, como xa advertira a STXUE 27 de novembro de 2001 (Imprimida Lombardini SpA — Imprimida Generale dei Costruzioni), a súa aplicación automática.
39. O Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, ao igual que outros órganos de recursos contractuais, ten sentada unha abundante doutrina sobre os fundamentos da baixa anormal ou desproporcionada, (entre outros, Acordo 14/2011, 4/2013, 5/2013 e 8/2013), da que se deben extraer dúas conclusións principais. En primeiro lugar que cando para a adjudicación se deban ter en conta varios criterios de valoración, os que deben servir de base para determinar se unha oferta é ou non anormalmente baixa se deben facer constar no prego de cláusulas administrativas particulares, e, en segundo lugar, que a finalidade desta apreciación é determinar «que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores anormais ou desproporcionados».
40. Por todos, Vid. J. DOMÍNGUEZ MACAYA, "A contratación electrónica TRLCSP. Análise e unha resposta, é posible obrigar aos licitadores a licitar por medios electrónicos?", en libro col. O Dereito dos contratos do Sector Público, Monografías da Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008, páxs. 194-200.
41. Esta opción xa se considerou no artigo 10 da Lei 3/2011, de medidas de contratos do Sector Público de Aragón. Vid. A.I. BELTRÁN GÓMEZ, "Medidas adoptadas polas Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos", Observatorio dos Contratos Públicos 2011, ob. Cit., páxs. 121-122.
42. Remítome ao meu traballo "A Directiva Servizos e a contratación pública: cara a simplificación administrativa", Monografías da Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XII, 2010, páxs. 409-443.
43. Así debe entenderse o considerando 57 da Directiva "Servizos". Non en van ambas as dúas Directivas —impulsadas polo mesmo Comisario europeo— teñen ou perseguen un mesmo obxectivo: a consecución efectiva do mercado interior europeo mediante a simplificación, flexibilización e modernización. Vide. T.MEDINA ARNÁIZ, "Impacto sobre a Administración autonómica en canto á simplificación dos trámites aos prestadores de servizo", en Libro colectivo Colección de Estudos do Consello Económico e Social de Castela e León, núm. 13, dedicado ao IMPACTO DA TRANSPOSICIÓN DA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN CASTELA E LEÓN dirixido por D.J. Vicente Blanco e R. Rivero Ortega, 2010, pág.435. Tamén A. SANMARTÍN AMORA defende a necesidade de simplificación do marco da contratación pública. "As competencias en materia de contratación pública no Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: unha oportunidade para desenvolver políticas propias", en libro colectivo Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante o novo marco estatutario. Zaragoza, 2010 pág. 419
44. Polo seu interese, remítome ao libro colectivo dirixido por J. PERNAS, Contratación Pública Estratéxica, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
45. Vid. G. DOMENECH PASCUAL, "A valoración das ofertas no Dereito dos contratos Públicos", Revista Xeral de Dereito Administrativo núm. 30, 2012. Neste traballo realízase un exhaustivo repaso da xurisprudencia na materia.
46. A Resolución 107/2011 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, de data 15 de abril de 2011, analiza a cuestión da necesaria precisión no Prego de cláusulas Administrativas particulares sobre os criterios concretos que se seguirán polo órgano de avaliación de ofertas en relación coa determinación dos criterios de adjudicación, sendo insuficiente a simple mención nos Pregos da puntuación máxima a outorgar.
47. Obviamente, non se poden establecer criterios que baixo a aparencia de obxectivos non teñan outra intención que a da participación final dunha determinada empresa, pois se vulnera o principio de igualdade de trato referido no artigo 18.2 da Directiva.
48. O Parlamento Europeo, na súa resolución sobre o Libro Verde da Comisión sobre a contratación pública na unión Europea: reflexións para o futuro (COM (96) 0583 —C4-0009/97) insiste na necesidade de incorporar axeitadamente os aspectos sociais e ambientais na contratación pública e, en xeral, nos distintos fins inherentes ao proceso de integración comunitaria por referencia aos contratos públicos. Sobre esta cuestión é de interese o recente traballo de T. MEDINA ARNÁIZ, "A contratación pública socialmente responsable a través da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea", REDÁ núm. 153, 2012, páxs. 213-240.

49. Estes supostos son citados, a modo exemplificativo, por Comunicación sobre a lexislación comunitaria de contratos públicos e as posibilidades de integrar os aspectos ambientais na contratación pública. E é que, como acertadamente destaca PRIETO ÁLVAREZ, resulta evidente a vantaxe comercial derivada dun certificado de garantía ecolóxica como é a ecoetiqueta. “Medio ambiente...”, ob. Cit., páx. 129.
50. No Libro Verde Do reto á oportunidade: cara a un marco estratéxico común para o financiamento da investigación e a innovación pola UE, COM (2011) 48 final, do 15 de febreiro de 2011, indícase que o logro dos obxectivos amplamente avalados de crecemento intelixente, sostible e integrador fixados en Europa 2020 depende da investigación e a innovación, que constitúen os motores fundamentais da prosperidade social e económica, así como da sostibilidade do medio.
51. Especial interese ten o estudo de T. MEDINA ARNÁIZ, “Comprando para asegurar o noso futuro: A utilización da contratación pública para a consecución dos obxectivos políticos da Unión Europea”, Observatorio de Contratos Públicos 2010 (...), op. cit., páxs. 43— 101.
52. Sobre a contratación precomercial resulta de interese a Comunicación da Comisión A contratación precomercial: impulsar a innovación para dar a Europa servizos públicos de alta calidade e sostibles, COM (2007) 799, do 14 de decembro de 2007 e a Resolución do Parlamento Europeo, do 3 de febreiro de 2009 (2008/2139 (INI), publicada no DOUE C 67E, do 18 de marzo de 2010. Acerca da súa incidencia na lexislación española, CORTÉS MORENO, Á., “A contratación precomercial e a Lei de Contratos do Sector Público. O seu reflexo na Lei de Economía Sostible”, El Consultor de los Concellos e dos Xulgados, núm. 9, 2011, páxs. 1109 — 1119.
53. A este respecto, ha de sinalarse que a «contratación precomercial» se incorpora á lexislación contractual española a través da reforma da LCSP por parte da LES. Así, o artigo 38 LES persegue fomentar a contratación pública de actividades innovadoras mediante contratos de investigación e desenvolvemento. Estes contratos encóntranse excluídos do ámbito de aplicación da LCSP ao incorporarse á Lei de Contratos un novo suposto ao artigo 4.1 LCSP — concretamente a letra r —. Esta reforma da LCSP concrétese na Disposición final décimo sexta LES que amplía o elenco destes negocios ao sinalar que están excluídos da aplicación da LCSP “Os contratos de investigación e desenvolvemento remunerados integramente polo órgano de contratación, sempre que este comparta coas empresas adxudicatarias os riscos e os beneficios da investigación científica e técnica necesaria para desenvolver solucións innovadoras que superen as dispoñibles no mercado. Na adxudicación destes contratos deberá asegurarse o respecto aos principios de publicidade, concorrencia, transparencia, confidencialidade, igualdade e non discriminación e de elección da oferta economicamente máis vantaxosa”. Así mesmo, no noso dereito, a promoción da innovación dende a contratación pública ademais de ter encaixe na LES, ten recoñecemento na Lei 14/2011, da 1 de xuño, da Ciencia, a Tecnoloxía e a Innovación e na Estratexia Estatal de Innovación (e2i) 2010. Véxase, T. MEDINA ARNÁIZ, T., “As principais novidades na normativa contractual (...)”, Comentarios á lei de economía sostible, libro coord. por Santiago A. Bello Paredes, A Lei, 2011, páxs.119-163.
54. Este novo procedemento non se debe confundir coa compra pre-comercial. A contratación pre-comercial foi expresamente excluída do ámbito de aplicación da normativa contractual comunitaria (artigo 16 f) da Directiva 2004/18/CE). A asociación para a innovación contén un só procedemento dividido en dúas fases principais. Pola contra, o punto e final da contratación pre-comercial no deseño dos bens ou servizos reclamados polo órgano de contratación. A súa produción ou prestación licítase nun procedemento separado. Esta técnica é analizada no Informe 2/2010, do 17 de febreiro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón: características onde se advirte que estes contratos teñen certas singularidades: a) O interese público perseguido é a obtención de recursos e o fomento da investigación. b) A regra xeral é a aleatoriedade do contrato, que non responde a unha necesidade previa do ente público. c) O impulso e iniciativa do contrato procede de fóra da Administración, polo tanto non cabe promover concorrencia e a falta deles non compromete fins esencialmente administrativos. Como advertiu A. LÓPEZ MIÑO, que analiza de forma excelente as diferentes formas de compra innovadora, a falta dun marco xurídico europeo sobre compra pre-comercial acrecenta as posibilidades de imputación de axudas públicas incompatibles, aproveitando o carácter variable e evanescente dos diferentes protocolos que a desenvolven caso a caso nos diferentes Estados membros, de aí que haxa que extremar o coidado na elección desta modalidade contractual “A compra pública innovadora nos sistemas europeo e español de contratación pública” en J. PERNAS GARCÍA (Dir.) Contratación pública estratéxica, Aranzadi, 2013, páxs. 213-248.
55. Ao respecto é interesante a descrición que se realiza no traballo xa citado de A. LÓPEZ MIÑO, “A compra pública innovadora nos sistemas europeo e español de contratación pública” en J. PERNAS GARCÍA (Dir.), ob.cit., páxs. 229-237.
56. Con data 20 de novembro de 2013 publicouse unha nova Norma UNE-EN 16271:2013 Xestión do Valor. Expresión funcional de necesidades e prego de especificacións funcionais. Requisitos para a expresión e validación das necesidades a satisfacer por un produto no proceso de adquisición ou obtención deste. Esta Norma é a versión oficial en español da Norma Europea EN 16271:2012, e foi elaborada polo comité técnico AEN/CTN 144 Xestión do Valor. Análise do Valor. Análise Funcional, cuxa Secretaría desempeña IAT. O PEF é compatible coas normas aplicables a contratos públicos e achega gran valor nos mecanismos de Compra Pública Innovadora (CPI), actuación administrativa de fomento da innovación orientada a potenciar o desenvolvemento de novos mercados innovadores dende o lado da demanda, a través do instrumento da contratación pública, na medida que nas licitacións se deben expresar as necesidades requiridas en termos funcionais.
57. Como recorda a STXUE do 14 de febreiro de 2008, VAREC, o órgano que coñeza este recurso debe garantir axeitadamente a confidencialidade das propostas dos licitadores e o segredo da devandita información.
58. En extensión, remítome ao meu traballo “A necesidade dun Código de Contratos Públicos en España. A contratación pública e as PEMES como estratexia de reactivación da economía”, en libro Observatorio dos Contratos Públicos 2011, Ob. Cit., páxs. 59-84.
59. En extenso remítome ao meu traballo “A necesidade dun código de contratos públicos en España. A contratación Pública e as PEMES como estratexia de reactivación económica”, en libro Observatorio dos Contratos Públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, páxs. 59 a 84.
60. Vid. O meu traballo Novidades da Lei de Contratos do Sector Público do 30 de outubro de 2007 na regulación da adxudicación dos contratos públicos, Cizur Menor, 2010, páxs. 360 a 363. Tamén J.A. MORENO MOLINA defende unha nova regulación máis eficiente que favoreza o acceso das PEMES aos mercados públicos, “O novo TRLCSP”, núm 115 Revista Contratación Administrativa Práctica, A Lei, 2012, páx. 19.
61. O texto da Small Business Act pódese consultar dende a páxina web <http://www.sba.gov/regulations/sbaact/sbaact.pdf> da Small Business Administration. Unha axencia federal creada en 1953 para axudar, aconsellar, asistir e protexer os intereses dos pequenos empresarios (en español— <http://www.sba.gov/espanol/>).
62. Ditame do Comité Económico e Social Europeo do 29 de maio de 2008 sobre o tema «Contratos públicos internacionais» (2008/C 224/06).
63. COM (2008) 394 final. A denominación simbólica de «Act» desta iniciativa subliña a vontade política de recoñecer o papel central das PEMES na economía da UE e de articular por primeira vez un marco político completo para a UE e os sus Estados membros.
64. O DOUE do 22 de decembro de 2011, publica o Ditame do Comité Económico e Social Europeo sobre a «Comunicación da Comisión ao Consello, ao Parlamento Europeo, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións — Revisión da “Small Business

Act" (SBA) para Europa» COM(2011) 78 final (2011/C 376/09). O Comité afirma no devandito ditame, en materia de contratación pública:

"3.3 Acceso aos mercados

3.3.1 A SBA reconece a necesidade de facilitar o acceso das PEME á contratación pública. Para fomentar a súa participación na contratación pública, non só se deben simplificar os procedementos, senón tamén crear políticas favorables ás PEME nos Estados membros, algo que polo momento só acontece nalgúns deles.

3.3.2O CESE considera urxente aplicar plenamente o «Código Europeo de Boas Prácticas» (3) na contratación pública; exhorta á Comisión e aos Estados membros a adoptar políticas favorables para facilitar un acceso máis eficaz das PEME e as microempresas aos contratos públicos

65. SEC (2008) 2193. Este documento ten por obxectivos: 1) proporcionar aos Estados membros e aos seus poderes adxudicadores orientacións sobre como poden aplicar o marco xurídico comunitario de maneira que facilite a participación das PEMEs nos procedementos de adxudicación de contratos, e 2) destacar as normas e prácticas nacionais que potencian o acceso das PEMEs aos contratos públicos.
66. Para máis información pódese consultar a páxina web: http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/public_procurement.htm
67. Así o defendín no meu traballo "A necesidade...", ob. Cit., , páxs. 64-65.
68. A propia Dirección Xeral do Servizo Xurídico do Estado avalou tal posibilidade no seu Informe do 28 de xullo de 2006 ao razoer que "... o establecemento de varios lotes e a posibilidade de adxudicar cada un deles a contratistas distintos permite á Administración contar cunha maior garantía de cumprimento, pois se algún dos contratistas non pode cumprir coa entrega do lote ou lotes adxudicados, a circunstancia de que o resto de lotes fosen adxudicados a empresarios distintos evita que a Administración quede completamente desabastecida. De aí que resulte lóxico entender que o que establece o artigo 67.5.a) do RXCAP é unha facultade da Administración de decidir se se admite a licitación dun, varios, ou todos os lotes, pois, segundo as concretas circunstancias de cada contrato, pode interesar á Administración diversificar, mediante unha repartición por lotes, o número de subministradores contratados..."
69. Deste xeito, poderían acceder á licitación PEMEs especializadas en cada categoría de produtos que, cando se licitan lotes, non poden licitar por nno dispoñer da totalidade dos produtos ou artigos que integran cada lote.
70. J. DOMÍNGUEZ-MACAYA, "A icontratación...", ob. Cit., , páxs. 52-54.
71. A xeito de exemplo o Rexistro Electrónico de Empresas Licitadoras, regulado por Decreto 107/2005, do 31 de maio, de Cataluña, ofrece un Rexistro en formato electrónico, voluntario e gratuito que é único para todo o sector público de Cataluña e que colabora con outros rexistros de licitadores e que pon a disposición de todos os órganos de contratación un completo "informe electrónico" da empresa —con solvencia completa— que é accesible de maneira segura e permanente.
72. A lóxica da colaboración administrativa impón esta solución. Só así se evitan duplicidades e custos administrativos innecesarios superando unha visión centralista da función dos Rexistros. Nesta posición, de carácter xeral, resulta de interese o traballo de GONZÁLEZ BUSTOS "A cooperación administrativa como mecanismo de funcionamento do mercado interior de servizos á luz da Directiva Bolkestein", en libro col. Dirixido por R. Rivero, Mercado Europeo e reformas administrativas. A trasposición da Directiva servizos en España, Civitas, Cizur menor, 2009, páx. 219
73. Vid. GIMENO FELIÚ, Novidades da Lei de Contratos do Sector Público do 30 de outubro de 2007 na regulación da adxudicación dos contratos públicos, ob.cit, páxs. 361-362.
74. Remítome á miña monografía Novidades da Lei de Contratos do Sector Público do 30 de outubro de 2007 na regulación da adxudicación dos contratos públicos, ob. cit. , páxs. 297-313.
75. Sobre a necesidade dun sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas remítome ao meu traballo A Lei de Contratos do Sector Público: unha ferramenta eficaz para garantir a integridade?. Mecanismos de control da corrupción na contratación pública", REDA núm. 147, 2010, páx. 517-535. Tamén. T MEDINA ARNÁIZ, "As respostas normativas ao fenómeno da corrupción na contratación pública", Diario A Lei, n.º 7382, Sección Doutrina, 16 Abril 2010. Transparencia Internacional afirma que "A corrupción na contratación pública é reconecida actualmente como o factor principal de desperdicio e ineficiencia no manexo dos recursos na rexión. Estímase que, de media, o 10% do gasto en contratacións públicas se desperdicia en corrupción e suborno. Fronte a esta problemática, o combate da corrupción na contratación pública vólvese unha condición básica para propiciar a axeitada satisfacción das necesidades dos cidadáns, así como para promover a ética pública e a responsabilidade empresarial.
76. Vid. A Integridade na Contratación Pública. Boas prácticas do A ao Z, INAP, Madrid, 2010.
77. Os conflitos de intereses reais, posibles ou percibidos teñen un elevado potencial para influír indebidamente nas decisións de contratación pública, co efecto de falsear a competencia e poñer en perigo a igualdade de trato dos licitadores. Polo tanto, deben instaurarse mecanismos eficaces para previr, detectar e solucionar os conflitos de intereses.
78. Resulta de especial interese a opinión de PÁX. VALCÁRCEL "Acordos colusorios entre licitadores: un problema sen resolver na normativa de contratación pública española" publicada en www.obcp.es (11 de marzo de 2013), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.92/relmenu.3/chk.ce79f7126b46baf20017646abf71e3f>. As consultas do mercado son un instrumento que resulta útil aos poderes adxudicadores para obter información sobre a estrutura e a capacidade dun mercado, ao mesmo tempo que informa aos axentes do mercado sobre os proxectos e os requisitos de contratación dos compradores públicos. Non obstante, os contactos preliminares cos participantes do mercado non deben dar lugar a vantaxes desleais e falseamentos da competencia. Polo tanto, a proposta contén unha disposición específica de protección contra o trato de favor inxustifico a participantes que asesorasen ao poder adxudicador ou participasen na preparación do procedemento.
79. Sobre esta cuestión resulta de interese o Informe 15/2012, do 19 de setembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón sobre "Confidencialidade das proposicións dos licitadores. Vid. o traballo de A. I. GÓMEZ, "O dereito de acceso a un expediente de contratación e a confidencialidade das propostas", en núm. Extraordinario Revista Estudos Locais núm. 161, 2013, páxs. 287-308 e M. RAZQUIN LIZARRAGA, A confidencialidade dos datos empresariais en poder das Administracións Públicas (Unión Europea e España), Iustel, 2013.
80. Especial interese ten a monografía de S. DÍEZ, A tutela dos licitadores na adxudicación de contratos públicos, Marcial Pons, 2012, que analiza con detalle o réxime comunitario e a súa trasposición en España.
81. Remítome aos meus traballos, "O dereito a tutela xudicial efectiva mediante recursos rápidos e eficaces: o modelo dos contratos públicos ", en Libro Dereito Fundamental e Outros estudos, Libro Homenaxe ao prof. Lorenzo Martín Retortillo Zaragoza, Ed. Justicia de Aragón, 2008, páxs. 1473-1498 e O novo sistema de recursos en materia de contratación", libro col. Observatorio dos Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, páxs. 211-258.

82. Así o entendeu o Acordo 55/2013, do 1 de outubro, do TACPA, onde se afirma, ante un suposto de formalización incumprindo o período de espera que “No deseño inicial da «Directiva Recursos» de 1989 se establecía que os efectos da declaración de invalidez da adxudicación se determinarían conforme ao Dereito nacional. Era, polo tanto, este dereito o que determinaba a sanción que anoaba á declaración de invalidez dos actos precontractuais (artigo 1.6), que, en consecuencia, podía ser ben a conservación do contrato, ben a declaración de ineficacia dos contratos celebrados con vulneración do Dereito europeo, como foi a solución tradicional no noso ordenamento. É dicir, a Directiva permitía a declaración de invalidez dun contrato aínda en impugnación dun acto de adxudicación. Con todo, as prácticas nacionais eludían o efecto do recurso, permitindo que un contrato nulo puidese continuar despregando efectos, o que foi considerado ilegal na STXUE do 3 de abril de 2008, pola que se condenaba ao Reino de España por este motivo.

O obxectivo explicitado pola vixente Directiva 2007/66/CE é reforzar os mecanismos de recurso, para matizar a regra tradicional de indiferenza do Dereito europeo en relación coa sorte que habería de correr o contrato adxudicado con vulneración das normas europeas sobre contratación pública. A actual Directiva de recursos pretende incorporar unha sanción efectiva, proporcionada e disuasoria que funcione como mecanismo de peche do sistema e que garanta o cumprimento de todo o sistema de garantías das normas substantivas sobre contratación (de feito, na proposta orixinal da Comisión a ineficacia era unha posibilidade só na circunstancia de que o período de suspensión non se observase por parte da entidade contratante). Desta forma, o Dereito da Unión Europea obriga agora aos Estados membros a sancionar con «ineficacia» o que a norma considera violacións máis grosseiras do Dereito da Unión europea. Estes supostos de especial gravidade son dous: as chamadas adxudicacións directas —é dicir, as adxudicacións de contratos sen publicación previa dun anuncio de licitación no Diario Oficial da Unión Europea, sempre que iso sexa preciso— e os casos nos que, ademais de producirse unha infracción dunha norma substantiva que tivese impedido ao recorrente obter a adxudicación ao seu favor, non se respecte o período de suspensión previo á formalización do contrato, ou a suspensión automática dos supostos de interposición do recurso, establecidos no noso ordenamento nos artigos 40.3 e 45 TRLCSP, respectivamente.

É certo que o recurso especial se limita aos actos de preparación e adxudicación. Non obstante, para garantir o efecto útil do recurso, e atendendo aos principios de favor actionis e de economía procedemental, convén acumular a este recurso a acción de nulidade —que non a cuestión de nulidade— derivada da nosa resolución, tal e como aparece no petitum da UTE recorrente. Opción compatible cunha tradición xurídica como a española, na que se admitiu con naturalidade que a invalidez da adxudicación se transmite como lóxica consecuencia ao contrato, perfeccionábase ou non.

Procede, en definitiva, unha interpretación integradora do sistema de control polo Tribunal Administrativo dos distintos incidentes do contrato impugnado, co fin de garantir o dereito á tutela xudicial efectiva que deriva do artigo 24 CE e a eficacia do sistema de control administrativo deseñado polo TRLCSP (con fundamento na Directiva 2007/66).

En definitiva, procede a tramitación do recurso especial. E sendo ilegal a adxudicación, que debe recaer a favor da UTE recorrente, ao ser o operador económico que realiza a oferta economicamente máis vantaxosa non incursa en anormalmente baixa, debe declararse igualmente, e de forma simultánea, a nulidade do contrato do IASS coa empresa ARALIA por infracción do artigo 62.1 e) da Lei 30/1992, do 27 de novembro, ao ser un acto que non respectou o procedemento debido. Así se deriva polo demais da doutrina do TXUE na Sentenza do 3 de abril de 2008, de condena ao Reino de España, que considera contrario ao dereito da Unión que un contrato anulando continúe producindo efectos xurídicos. En consecuencia, de conformidade co artigo 35 TRLCSP, o contrato indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debendo restituírse ás partes de forma recíproca as cousas que tivesen recibido en virtude deste.”.

83. Comisión Nacional da Competencia, Guía sobre Contratación Pública e Competencia. Dispoñible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>
84. Ver GIMENO FELLIÚ, J.M., A Lei de Contratos do Sector Público: unha ferramenta eficaz para garantir a integridade?, REDA, núm 147, páx. 518 e ss.
85. Vid. o meu traballo “A modificación dos contratos: límites e dereito aplicable”, en libro colectivo coordinado por T. Cano e E. Bilbao A contratación pública: problemas actuais, Consello Consultivo da Comunidade de Madrid, 2013, páxs. 83-142. Un resumo xeral da doutrina do TXUE e o seu impacto práctico pódese ver nos traballos de I. GALEGO CÓRCOLES, “Modificación de contratos públicos e lexislación aplicable. Algunhas consideracións dende o Dereito da Unión Europea”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 109, 2011, páxs. 52 a 58 e “ Que é unha modificación das condicións esenciais dun contrato público? Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 110, 2011, páxs. 56 a 66. Tamén en J.M. GIMENO FELLIÚ, “O réxime da modificación de contratos públicos: regulación actual e perspectivas de cambio”, Revista Española de Dereito Administrativo, núm. 149, 2011; M. GARCÉS SANAGUSTÍN, “O novo réxime xurídico da modificación dos contratos públicos”, libro col. O novo marco da contratación pública, Bosch, Barcelona, 2012; J. VÁZQUEZ MATILLA “Novo réxime xurídico para as modificacións dos contratos públicos: Proxecto de Lei de Economía Sostible”, Revista Aragonesa Administración Pública núm. 37, 2010, páxs. 317-351, T. MEDINA ARNÁIZ, “As principais novidades na normativa contractual do sector público”, en libro col. Comentarios á Lei de Economía Sostible, A Lei, Madrid, 2011, páx. 153 e ss; J. COLAS TENAS, “A reforma da lexislación de contratos do sector público na Lei de Economía Sostible: o réxime de modificación dos contratos do sector público”, REDA núm. 153, 2012 e P. CALVO RUATA, “O naufragio da modificación de contratos públicos, Tempos de facer da necesidade virtude? ” Anuario Aragonés do Goberno Local 2011, Fundación Sainz de Varanda, Zaragoza, 2012.
86. Os antecedentes desta Sentenza veñen referidos a un contrato licitado pola Comisión Europea para a subministración de zume de froitas e confeituras destinadas ás poboacións de Armenia e de Acerbaixán, co obxecto de poder responder ás peticións de zume de froitas e confeituras dos países beneficiarios, e previa así mesmo, que o pagamento ao adxudicatario se realizaría en especie, e máis concretamente, en froitas que estaban fóra do mercado como consecuencia de operacións de retirada, adxudicou varios lotes á mercantil Trento Frutta. O motivo do recurso interposto pola mercantil Succhi di Frutta foi a modificación do aludido contrato, que permitiu ás empresas adxudicatarias que o desexaran, aceptar en pagamento, en substitución das mazás e as laranxas, outros produtos (en concreto nectarinas) retirados do mercado nas proporcións de equivalencia que sinalou ex novo. Á vista de todo o anterior, Succhi di Frutta, non resultou adxudicatario, nin recorreu a adxudicación do contrato, interpuxo un recurso de anulación da Decisión da Comisión que modificaba o contrato. A STPI (Sala Segunda) do 14 de outubro de 1999 (asuntos acumulados T-191/96 e T-10), CAS Succhi di Frutta SpA/Comisión, estimou o recurso de Succhi di Frutta Spa, mantendo que se producira unha vulneración dos principios arriba aludidos, polo que a Comisión interpuxo o 5 de decembro de 2006 recurso de casación fronte á STPI. O TXUE admitiu a lexitimación de Succhi di Frutta e estimou o seu recurso. Sobre o contido desta relevante Sentenza do TXUE resulta de interese o traballo de J. VÁZQUEZ MATILLA, “A modificación dos contratos administrativos: reflexións en torno á STXUE do 24 de abril de 2004 e a Lei de Contratos do Sector Público”, ob. cit. en especial páxs. 536 a 544.
87. Desapareceu a previsión que se contiña no proxecto de que nunca será posible unha modificación cando a modificación teña por obxecto emendar deficiencias na execución do contrato polo contratista ou as súas consecuencias, que se poidan solucionar mediante a aplicación das obrigas contractuais; ou cando a modificación teña por obxecto compensar riscos de aumento de prezos que fosen cubertos polo contratista (artigo 72.7).

88. Debe, en definitiva, concorrer unha causa razoablemente imprevisible ao tempo de preparación do proxecto ou de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LÓPEZ, en libro colectivo Contratación do sector público local, ob. Cit, páx. 1035.
89. MELÁN GIL, J.L., A estrutura dos contratos públicos, Lustel, Madrid, 2008, páx. 245. Así, unha ampliación do obxecto do contrato, aínda no suposto de que se poida integrar no proxecto inicial mediante unha corrección, constituirá, en moitos casos, unha modificación dunha condición esencial para a adxudicación xeral da facultade de modificar o contrato e das normas procedementais para efectuar modificacións.
90. Os considerandos 34 a 37 da proposta de Directiva introducían interesantes elementos explicativos (por exemplo, precisión do concepto “circunstancias imprevistas”) que deben ser tidos en conta á hora de interpretar as devanditas regras. Vid. X. LAZO VITORIA, “A proposta de Directiva de concesións: trazos fundamentais”, publicado en www.obp.es, 23 de marzo de 2013.
91. Vid. E. LÓPEZ MORA, “A futura regulación da modificación os contratos de concesión durante a súa vixencia”, publicado en www.obcp.es, 28 de xaneiro de 2013. Na súa opinión, débese criticar o feito de non ter sabido aproveitar a oportunidade para particularizar o límite cuantitativo das modificacións en función do contrato ou concesión en proporción á magnitude e duración do contrato en cuestión.
92. Así se preve no artigo 19.2 da lei 4/2011, do 31 de marzo de 2011, da boa administración e do bo goberno das Illas Baleares e no artigo 10.3 da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e de boas prácticas na Administración pública galega. Tamén a Lei 3/2011, de Contratos do Sector Público de Aragón, que ex artigo 12 bis esixe a publicación de todo modificado—independentemente do seu importe—e a súa modificación aos licitadores. Resulta de interese o Informe 12/2012, do 23 de maio, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, sobre Réxime de publicidade, notificación e formalización dos modificados contractuais en aplicación do artigo 12 bis da Lei 3/2011, do 24 de febreiro, de medidas en materia de Contratos do Sector Público de Aragón. Vid, M.A. BERNAL BLAY, “Reflexións sobre o réxime de execución dos contratos públicos”, en libro col. Observatorio dos Contratos Públicos 2010, ob. Cit., páxs. 203-210.
93. Contrario á posibilidade de recurso especial posiciónase P. CALVO RUATA, ao considerar que contrario ao recurso especial: “o que é execución destes, e o recurso especial esta concibido para depurar os actos contrarios ao ordenamento xurídico en fase de preparación e adxudicación. Pero ademais, porque a concreción da modificación cando estea prevista, ao ser consecuencia directa do prego leva consigo que se este non foi impugnado no seu momento mediante ese especial recurso, caiba a posteriori”. “O naufragio da modificación de contratos públicos, Tempos de facer da necesidade virtude?” ob. Cit., páx. 407.
94. Como ben explica M.A BERNAL BLAY, a devandita «aclaración» non se encontraba no Proxecto de Lei de contratos do sector público nos ámbitos da defensa e da seguridade, senón que foi introducida no texto ao ser aprobada a emenda n.º 31, formulada no Congreso polo Grupo Parlamentario Socialista. Resulta sorprendente, cando menos, a xustificación ofrecida para iso. “O control sobre a modificación dos contratos públicos”, en www.obcp.es, 1 de setembro de 2011.
95. Esta guía encóntrase dispoñible na web do Tribunal de Aragón: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/Tribunal_admvo_contratos/Guia_procedimiento_recurso_especial_TRLCSP.pdf
96. Vid. A. I. BELTRÁN GÓMEZ, “A transparencia na modificación dos contratos públicos”, en www.obcp.es, 8 de outubro de 2012.
97. O Informe 12/2012, de 23 de maio, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, sobre o réxime de publicidade, notificación e formalización dos modificados contractuais, analiza o significado deste novo precepto e o seu fundamento na xurisprudencia do TXUE, concluíndo que «Il. Contra os actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cando se trate de modificacións previstas en contratos de valor considerado superior a 1 000 000 € para os contratos de obras, e de 100 000 € para os contratos de subministracións e servizos, ou recurso contencioso-administrativo (artigo 46 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa). No caso de modificacións non previstas aplicarase o réxime ordinario de recursos».
98. A posibilidade de recurso especial nun modificado poderá ser utilizada unicamente polos licitadores non adxudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer dos elementos que o fundamentan, oculta en si mesmo un novo acto de adxudicación, e non unha mera decisión de execución contractual. Opción que se xustificaría no dato de que non hai liberdade para o «ius variandi» na medida que está en xogo a necesidade de que o obxecto da contratación-prestación sexa reconecible e non altere as iniciais regras de comparación de ofertas e, por iso, o principio de igualdade de trato. En consecuencia, o adxudicatario, pola súa propia condición, non poderá utilizar este recurso especial, pois para el a decisión de «ius variandi» da Administración é inherente ás propias regras do contrato subscrito. Así o declarou o Acordo 3/2013, do 16 de xaneiro de 2013 do TACPA: “O que alega o recorrente é unha alteración das condicións do « seu contrato», cuestión claramente allea ao fundamento e finalidade do recurso especial, en tanto non hai un vicio procedemental en fase de adxudicación senón, insistimos, unha controversia «inter partes» sobre a execución do contrato, que ten os seus propios mecanismos de resolución, que se concretan nunha tramitación especial con intervención do Consello Consultivo de Aragón (artigo 211.3 TRLCSP) e que conclúe cunha resolución inmediatamente executiva, que poderá ser impugnada conforme ao sistema ordinario de recursos. Por iso, non ten ningún sentido estender, como pretende o recorrente, o recurso especial de contratación a esta fase de execución e a concreción da potestade de «ius variandi»”.
99. Vid. as oportunas reflexións ao respecto de I. GALEGO CÓRCOLES «Novidades na regulación do recurso especial en materia de contratación: a discutible exclusión das modificacións contractuais ex lege do seu ámbito de aplicación», en Contratación administrativa práctica: revista da contratación administrativa e dos contratistas, Ed. A Lei, n.º 113 (2011), Tamén. M.A BERNAL BLAY, “Reflexións sobre o réxime de execución...” ob. Cit., páxs. 203-208.
100. Como ben recordou J.A. MORENO MOLINA, o concepto de decisión para os efectos de recurso que se contempla nas Directivas é un concepto amplo que non distingue entre a función do seu contido ou o momento da súa adopción (A reforma da Lei de Contratos do Sector Público en materia de recursos, A Lei, Madrid, 2011, 101.) Hai que estar a unha interpretación útil dos principios comunitarios e a súa implicación en calquera decisión que teña impacto sobre as regras do contrato.
101. Fronte á falta de coñecemento do modificado, que avoca xa en moitos casos a unha cuestión de nulidade ex artigo 37 TRLCSP, a publicidade deste pode facilitar a interposición do recurso especial sempre que non se formalizase o contrato. Da finalidade do recurso para facer fronte á corrupción abonda recordar agora a Comunicación da Comisión do 28 de maio de 2003, unha política global da UE contra a corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación fai balance dos progresos da Unión Europea (UE) na loita contra a corrupción e indica as melloras necesarias para darlle un novo impulso. O obxectivo é reducir toda clase de corrupción, a todos os niveis, en todos os países e institucións da UE e mesmo noutras partes. O texto tamén pretende definir aqueles ámbitos nos que a UE podería adoptar axeitadamente iniciativas contra a corrupción.)
102. J. COLAS TENAS, “A reforma da lexislación de contratos do sector público na Lei de Economía Sostible”, REDA núm. 153, 2012, páxs. 253-276.
103. Resultan de interese os considerandos 5, 31 e 34.

104. Na bibliografía máis recente pódese consultar: F. SOSA WAGNER, El emprego de recursos propios polas Administracións locais, en libro Homenaxe ao prof. S. Martín-Retortillo, Estudos de Dereito Público Económico, Civitas, 2013, páxs. 1309-1341; M.A. BERNAL BLAY, “A problemática relativa aos negocios excluídos da aplicación da Lei: os encargos in house, con especial referencia ao ámbito local”, en libro colectivo A Lei de Contratos do Sector Público e a súa aplicación polas entidades locais, CEMCI, Granada, 2008, páxs. 172-175, J. PERNAS GARCÍA, As operacións in house e o dereito comunitario de contratos públicos, Iustel, Madrid, 2008 e M. VILALTA REIXACH, As encomendas de xestión. Entre a eficacia administrativa e a contratación pública, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, en especial páxs. 313-376.
105. Entre outras, as Sentenzas Stadt Halle, apartado 46, e Aparcadoiro Brixen, apartados 63 e 65. Vid. J.A. MORENO MOLINA, “O ámbito de aplicación da Lei De Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), páx. 76 e M. PILLADO QUINTÁNS, “TRAGSA: Un caso irresoluto convertido en modelo legal dos encargos das Administracións aos seus medios instrumentais”, Documentación Administrativa, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), páx. 291. J. L. MEILÁN GIL xa advertiu, con acerto, que a interpretación das notas que xustifican a excepción á normativa sobre contratos públicos ha de ser restritiva polo carácter excepcional que ten o suposto, co obxecto, polo tanto, de evitar vulneracións do Dereito comunitario de contratos públicos, A estrutura dos contratos públicos, Iustel, Madrid, 2008, páx. 116. Tamén BERBEROFF AYUDA, D., “Contratación pública...” ob. Cit., páxs. 56 a 58.
106. Sobre esta cuestión, resultan de interese o Informe da Comisión Nacional da Competencia “Os medios propios e as encomendas de gestión: implicacións do seu uso dende a óptica da promoción da competencia”, de xullo de 2013 e o Informe n.º 1003 do Tribunal de Contas sobre encomendas de xestión e o “Acordo do Consello de Ministros do 6 de xuño de 2008, polo que se dan instrucións para a atribución da condición de medio propio e servizo técnico a sociedades mercantís estatais cuxo capital corresponde na súa integridade á Administración Xeral do Estado ou á SEPI e a fundacións constituídas con achega íntegra desta entidade.
107. Afirmación desenvolvida pola STXUE do 21 de xullo de 2005 (Padania Acque) ao afirmar que “o criterio do control análogo non se enche cando o poder público adjudicador non posúe máis que o 0.97% do capital da sociedade adxudicataria”, pero da que se separa a STXUE do 19 de abril de 2007 (ASEMFO). Remítome, por todos, a M.A. BERNAL BLAY, “Un paso en falso na interpretación do criterio do control análogo ao dos propios servizos nas relacións in house. Comentario de urxencia á STXUE do 19 de abril de 2007 (as. c-295/05, Asemfo vs. Tragsa), REDA num. 137, 2008, páxs. 115-138. Tamén Xulio GONZÁLEZ GARCÍA, “Medios propios da Administración, colaboración interadministrativa e sometemento á normativa comunitaria de contratación,” RAP núm. 173, 2007, páxs. 217-237.
108. Como destaca este autor o control análogo nada ten que ver coa facultade de conferir singularmente encomendas de xestión, posto que o encargo singular non determina per se a existencia dun poder de influencia sobre as decisións estratéxicas do medio propio.
109. Sentenza do 13 de novembro de 2008, As C-324/07, Coditel, apdo. 46.
110. Resulta moi interesante a apreciación do Avogado Xeral Sr. P. Cruz Villalón no apartado 48 das súas Conclusións presentadas o 19 de xullo de 2012. Alí indica «...que as entidades adxudicadoras exercerán un control análogo sobre a sociedade adxudicataria sempre que dispoñan dunha posición estatutaria que lles permita influír conxuntamente na adopción das decisións importantes e os obxectivos estratéxicos da devandita sociedade. En todo caso, esta non pode estar exclusivamente controlada pola entidade pública que ten unha participación maioritaria».
111. Nese mesmo sentido pronunciábase o Avogado Xeral Sr. Pedro Cruz Villalón nos apartados 52 a 54 e dun xeito concluínte no apartado 60 das súas Conclusións presentadas o 19 de xullo de 2012:«... 52. No presente caso dáse, polo tanto, e máis alá do carácter simbólico da súa participación no capital, certa participación dos socios minoritarios nos órganos de xestión da sociedade. Hai que convir, non obstante, en que a designación dun membro do Consello de administración de común acordo por todos os socios minoritarios (36 concellos en total), ademais dun membro do Consello de auditores tamén común a todos eles, e a existencia dun abstracto «dereito de consulta» de frecuencia semestral podería non ser suficiente para apreciar que os citados concellos teñen capacidade de influír de forma efectiva sobre os «obxectivos estratéxicos» e as «decisións importantes» da sociedade ASPEM.
53. Por outro lado, non sería aventurado apreciar que a eficacia xurídica do pacto de accionistas onde se articulou esa participación pode resultar discutible, e que o referido «dereito de consulta» respecto do «desenvolvemento do servizo» non garante que se estenda ás «decisións importantes» e aos «obxectivos estratéxicos» da sociedade considerada na seu conxunto.
54. Á primeira vista, polo tanto, e salvo apreciación definitiva en contrario polo órgano de reenvío, a dependencia da sociedade parece operar ante todo respecto ao accionista maioritario, cun papel moi problemático respecto dos socios minoritarios no control de facto daquela.
- ...
60. En suma, a estas alturas debéra quedar claro que o problema básico non é que a participación dos Concellos de Cagno e Solbiate no capital de ASPEM sexa tan patentemente minoritaria, senón que as facultades adicionais de control que se lles outorgaron poderían ser, aínda exercidas de forma conxunta, claramente insuficientes para que se poida falar dunha influencia que se puidese cualificar de «determinante» na toma de decisións e na fixación de obxectivos da sociedade e, en definitiva, dunha falta de autonomía desta respecto daqueles...».
112. M.A. BERNAL BLAY, “O control análogo sobre os medios propios e o seu exercicio colectivo por varias entidades”, Revista Contratación administrativa práctica, núm. 124 2013, páxs. 88-93.
113. Vid. Sentenza do 11 de maio de 2006, Carbotermo, apdo. 70.
114. Os motivos que levan ao Tribunal a formular esta afirmación son dous; en primeiro lugar, que a relación entre unha autoridade pública, que é unha entidade adxudicadora, e os seus propios servizos se rexe por consideracións e esixencias características da persecución de obxectivos de interese público. Pola contra, calquera investimento de capital privado nunha empresa obedece a consideracións características dos intereses privados e persegue obxectivos de natureza distinta (apartado 50). En segundo lugar, que a adxudicación dun contrato público a unha empresa de economía mixta sen licitación previa prexudicaría ao obxectivo de que exista unha competencia libre e non falseada e ao principio de igualdade de trato dos interesados, xa que, entre outras cousas, este procedemento outorgaría a unha empresa privada que participa no capital da citada empresa unha vantaxe en relación cos seus competidores (apartado 51).
115. Como máximo, en tanto non se falsee a competencia, poderá acudir e participar na licitación como unha empresa privada. Vid. P. VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ “Sociedades mercantís e realización de obras públicas: incumprimento da normativa comunitaria de contratación, extralimitación da marxe constitucional de reserva de Dereito Administrativo e incongruencia no emprego de técnicas de auto organización para a xestión de actuacións administrativas”, RGDA, núm. 12, 2006, páx. 17.

116. Así o advertiu J.L. MEILÁN GIL, co fin de evitar o incumprimento do dereito comunitario dos contratos públicos. A estrutura dos contratos públicos, lustel, Madrid, 2008, páx. 116. Denunciaba xa como contraria ao dereito comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS. “O título xurídico que habilita o exercicio da actividade das sociedades mercantís...” ob. Cit., 393-394.
117. Nesta idea insiste a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón no seu Informe 10/2011, do 6 de abril, afirmando que “O encargo a un medio propio deberá sustentarse mediante ordes, instrucións ou protocolos, sen que proceda utilizar a figura do convenio, tal e como se recolle no Informe desta Xunta 1/2007”.
118. A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, mediante Informe 21/08, do 28 de xullo de 2008. «Imposibilidade de formar convenios de colaboración entre unha Corporación e unha empresa para a execución dunha obra». declarou que TRAGSA non pode ser considerado medio propio dunha Entidade Local ao non cumprir os requisitos esixidos polo artigo 4 n) e 24 LCSP nin a DA 30 LCSP. A cuestión referida á consideración de medio propio dos órganos das Administracións públicas respecto da mercantil TRAGSA foi obxecto do pronunciamento do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas na sentenza do 19 de abril de 2007, no asunto C-295/05, que declara, despois de analizar se se cumpren as dúas condicións esixidas a tal fin na sentenza Teckal do mesmo Tribunal (do 18 de novembro de 1999, no asunto C-107/98, apartado 50), a saber que a autoridade pública que é poder adxudicador exerce sobre a persoa, que é distinta de que se trate, un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos e que tal persoa realice a parte esencial da súa actividade co ente ou entes públicos que a controlan. Na sentenza o Tribunal de Xustiza declara a condición de medios propios de TRAGSA respecto daquelas Administracións que son titulares do seu capital ao considerar que respecto destas se cumpren os requisitos. Non obstante, non se pode dicir o mesmo respecto do Concello de Ribeira, xa que ao non ser titular do seu capital nin dispoñer de ningunha acción de control sobre a actividade de TRAGSA se cumpre a primeira condición, e tampouco se cumpre a segunda, toda vez que TRAGSA non realiza a parte esencial da súa actividade para a Corporación.
- Así mesmo advirte que a figura do convenio, obxecto de nova regulación na LCSP, non posibilita a relación con TRAGSA mediante esta técnica. E é que TRAGSA non é un organismo integrado nunha Administración pública senón que, como sinala a súa norma de creación, é unha sociedade mercantil de carácter público, carácter que a exclúe de toda posibilidade de poder celebrar tal tipo de convenio. Resulta de especial interese o recente Informe da Comisión Nacional da Competencia “Os medios propios e as encomendas de xestión: implicacións do seu uso dende a óptica da promoción da competencia (xullo 2013). O informe analiza as restricións á competencia derivadas das encomendas de xestión aos medios propios, tanto aquelas inherentes á propia utilización da figura coma aquelas outras que poden aparecer adicionalmente. Tamén explica os efectos sobre o aprovisionamento público e, dende un punto de vista máis xeral, sobre os mercados en que as Administracións actúan como demandantes que se poden derivar dunha utilización extensiva e inxustificada das encomendas. Finalmente, analiza as posibles xustificacións que poden subxacer á creación de medios propios e ao propio uso das encomendas.
- O Informe inclúe unha serie recomendacións que inclúen, en particular, propostas de cambios regulatorios, en especial da normativa de contratación pública. Ademais, recoméndanse diversas boas prácticas administrativas dirixidas a todas as Administracións Públicas, encamiñadas a reforzar con medidas concretas a xustificación previa ao recurso á encomenda de xestión e a introducir, de xeito específico, maior transparencia e publicidade en relación coa súa utilización.
119. No seu Informe sobre novos aspectos da política de contratación pública do 10 de maio de 2010 (2009/2175/INI), o Parlamento Europeo reitera a súa opinión de que a cooperación entre municipios non está suxeita á normativa de contratación pública se cumpren os criterios seguintes (apdo. 9 in fine): a) se se trata da prestación dun servizo público que incumbe ás entidades locais interesadas, b) se o servizo o prestan exclusivamente os organismos públicos interesados, sen participación de empresas privadas, e c) se a actividade de que se trate se presta esencialmente para as autoridades públicas participantes.
120. A Sentenza refírese a un acordo de cooperación entre catro Landkreise de Baixa Saxonia (Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. und St. e Stade) e os servizos de limpeza urbana da cidade de Hamburgo, para a eliminación dos seus residuos na nova instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, construída a instancias da cidade de Hamburgo. En tal suposto non se articulou a cooperación a través dunha organización distinta dos Landkreise e a cidade de Hamburgo, senón a través dun “contrato de colaboración” entre todas elas. Sobre os requisitos que deben concorrer para que sexa técnica organizativa e non contrato remítome á comunicación de Miguel A. BERNAL BLAY “A cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. A súa articulación no ámbito local dende a óptica do Dereito dos contratos públicos”. Organización Local. Novas Tendencias, Civitas, Cizur Menor, 2011, páxs. 361-376.
121. M. A. BERNAL BLAY “A cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. A súa articulación no ámbito local dende a óptica do Dereito dos contratos públicos”. Organización Local. Novas Tendencias, ob. Cit., páxs. 366-367. O Libro Verde sobre a modernización da política de contratación pública da UE. Cara a un mercado europeo da contratación pública máis eficiente (COM(2011) 15 final, páx. 24), manifestou que «podería ser útil explorar se ten cabida un concepto con algúns criterios comúns para as formas de cooperación dentro do sector público que quedan exentas». Sobre este, e as respostas, remítome ao Libro Observatorio Contratos Públicos 2010, ob.cit., páxs. 475-479.
122. A cooperación non pode, baixo fórmulas de convenios interadministrativos ocultar contratos públicos. De especial interese é a Sentenza do Tribunal de Xustiza (Gran Sala) do 19 de decembro de 2012, C-159/11, que trae causa dunha cuestión prejudicial presentada ante o Tribunal de Xustiza en relación con contrato de consultoría celebrado entre a Azienda Sanitaria Locale del Lecce e a Universidade de Salento. O Tribunal de Xustiza responde recordando, en primeiro lugar, que un contrato oneroso e asinado por escrito entre un operador económico e unha entidade adxudicadora cuxo obxecto sexa a prestación de servizos considerados no anexo II A da Directiva 2004/18/CE constitúe un contrato público. Resulta irrelevante que o devandito operador sexa o mesmo unha entidade adxudicadora ou que a entidade de que se trate non teña, con carácter principal, ánimo de lucro, careza dunha estrutura empresarial ou non estea presente de modo continuado no mercado. Así, polo que se refire a entidades como Universidades públicas o Tribunal de Xustiza declarou que estas teñen, en principio, nun procedemento de adxudicación dun contrato público de servizos. Non obstante, os Estados membros poden regular as actividades das devanditas entidades autorizando ou non que operen no mercado tendo en conta os seus obxectivos institucionais e estatutarios. En consecuencia, na medida que tales entidades estean facultadas para ofrecer determinados servizos no mercado, non se lles pode prohibir que participen nunha licitación sobre tales servizos.
123. Esta proposta de Directiva foi anunciada pola Comisión Europea na súa Comunicación “Acta do Mercado Único — Doce prioridades para estimular o crecemento e reforzar a confianza” do 13 de abril de 2011. COM (2011)-206 final.
124. Por exemplo, o Informe do Comité económico e social, publicado no Diario oficial do día 26 de xuño de 2012 (C 191/84) é crítico coa proposta, o mesmo que o Informe do Comité das rexións publicado no Diario oficial o día 13 de setembro de 2012 (C 277/74) ambos os dous alertan da complexidade da regulación, así como da necesidade de precisar a que tipo de concesións afectaría ao ser tan diversa a regulación nos Estados membros. Tamén o Parlamento europeo aprobou un Informe sobre a modernización da política de contratación pública do 25 de outubro de 2011, no que se afirma con relación ás concesións de servizos que “ha de terse debidamente en conta tanto a complexidade dos procedementos coma as diferenzas existentes entre os Estados membros en materia de cultura e práctica xurídicas con respecto á concesión de servizos; ... insiste en que unha proposta de acto lexislativo relativo á concesión de

- servizos só estaría xustificada se ten por obxecto corrixir posibles distorsións do funcionamento do mercado interior; resalta que, a día de hoxe, non se observou ningunha distorsión deste tipo e que un acto legislativo relativo á concesión de servizos será, polo tanto, innecesario se non persegue unha mellora evidente do funcionamento do mercado interior”. Como curiosidade un exemplo dos problemas de tradución foi outro Informe do Parlamento europeo sobre os novos aspectos da política de contratación pública, do 10 de maio de 2010, onde se incorre no erro de falar de “servizo de concurso” en lugar de concesións de servizos públicos.
125. Non se pode descoñecer a directa relación que coas políticas presupostarias e de estabilidade teñen estas modalidades contractuais. Vid., por todos, J, GONZÁLEZ GARCÍA, *Financiamento de infraestruturas públicas e estabilidade presupostaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
126. Resultan de interese as reflexións de X. LAZO “O futuro do mercado concesional en Europa” *REVISTA CEFLEGAL*, CEF, num. 154 (novembro 2013), páxs. 137-174. Neste traballo advirte que mentres o lexislador comunitario inclúe no “risco operacional substancial” aos de uso e de dispoñibilidade, o mercado concesional (polo menos no que respecta ás grandes infraestruturas de transporte) amosa unha clara preferencia por retribuír ao concesionario sobre a base de estándares de dispoñibilidade. De aí a oposición ou, cando menos, fortes receos que a Directiva concesións espertou nas empresas concesionarias españolas. É imprescindible, como sinala un recente informe da CEOE, que os riscos que se transfiran ao operador privado en virtude do contrato “non excedan dos que unha dilixente xestión empresarial poida prever e asumir, é dicir, aqueles que poida xestionar” e, polo mesmo, subliñase por X. LAZO a necesidade de flexibilizar o concepto de “risco operacional substancial” contido na Directiva. O que, na miña opinión, non parece sinxelo, dado que a nova normativa comunitaria parece bloquear o concepto, o que limita (senón exclúe) calquera posibilidade de flexibilización a adaptación.
127. G. MARCOU, «A experiencia francesa de financiamento privado de infraestruturas e equipamentos», *VV.AA. RÚJZ OJEDA, A., e GOH, J., La participación do sector privado no financiamento de infraestruturas e equipamentos públicos: Francia, Reino Unido e España, Civitas, Madrid, 2000*, páxs. 27-90. Tamén. T. BRUNETE, “Colaboración público-privada...” ob. Cit., páxs. 331-335. Dende a perspectiva da contabilidade pública resulta de grande interese en libro de PINA V., TORRES L. e BASILIO ACERETE J., *A iniciativa privada no sector público: externalización de servizos e financiamento de infraestruturas*, Edit. AECA, 2004.
128. Para estes efectos é sumamente ilustrativa a Comunicación Interpretativa da Comisión do 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), sobre as concesións en Dereito Comunitario, nas que se nos advirte que na definición resultante da Directiva 93/37/CEE o lexislador comunitario optou por definir a noción de concesión de obras a partir da noción de contrato público de obras. O texto da «Directiva obras» prevé, en efecto, que os contratos públicos de obras son «contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por unha parte, e un poder adxudicador (...), por outra, que teñan por obxecto ben a execución, ben conxuntamente a execución e o proxecto de obras relativas a unha das actividades contempladas no Anexo II ou dunha obra (...), ben a realización, por calquera medio, dunha obra que responda ás necesidades especificadas polo poder adxudicador» [letra a) do artigo 1]. A letra d) do artigo 1 da mesma Directiva define a concesión de obras como un «contrato que presenta os caracteres contemplados na a), coa salvedade de que a contrapartida das obras consista, ou ben unicamente no dereito a explotar a obra, ou ben no devandito dereito acompañado dun prezo.» Resulta desta definición que a principal característica distintiva do concepto de concesión de obras é que outorga o dereito de explotación da obra como contrapartida da construción desta; este dereito de explotación pode tamén estar acompañado dun prezo.
129. Vid. J.M. GIMENO FELIÚ, „Delimitación conceptual entre o contrato de xestión de servizos públicos, contrato de servizos e o CPP”, *REDA* núm. 156, páx. 17 e ss.; e M.M. RAZQUÍN LIZARRAGA, „O contrato de xestión de servizos públicos: a necesaria recondución deste tipo contractual (comentario ás sentencias do Tribunal de xustiza da Unión europea do 29 de abril de 2010 e do 10 de marzo de 2011”, no *Liber amicorum* a Tomás Ramón Fernández. Administración e Xustiza, Thomson, Pamplona, 2012., páx. 3549 e ss. do II tomo. Para a correcta delimitación destas figuras pódense ver os traballos de M.A. BERNAL BLAY *O contrato de concesión de obras públicas e outras técnicas „paraconcesionais”, Civitas, Cizur Menor, 2011*; P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, „Colaboración público-privada, estabilidade presupostaria e principio de eficiencia dos fondos públicos”, en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, páx. 450 e ss. Doutrina aplicada polo Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón no seu Acordo 52/2013 do 11 de setembro, que cualifica como contrato de servizos a prestación de hemodiálise, por non existir risco (crieiro confirmado por Acordo 55/2013, do TACPA).
130. A doutrina explicou as singularidades do equilibrio económico nos contratos administrativos, así como as técnicas de compensación nas figuras do ius variandi, o factum principis e o risco imprevisible. Sirva o recordatorio á obra clásica de G. ARIÑO, *Teoría do equivalente económico nos contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, así como os recentes traballos de J. PUNZÓN MORALEDA e F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “O equilibrio económico nos contratos públicos” no *Observatorio de contratos públicos 2011*, libro col, Cizur Menor, 2012, páx. 515 e ss; e a análise da xurisprudencia que realizan J. AMENÓS CHOPO e J.E. NETO MORENO, “A languidecente vida do principio de equilibrio económico fronte a riscos imprevisibles na contratación pública”, *REDA* núm. 156, páx. 119 e ss. Especial interese sobre o risco nestas propostas de Directivas ten o estudo de M. FUERTES “Os riscos do risco de explotación”, en libro colectivo *Observatorio dos Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, páxs. 197-239.
131. “Situación desalentadora” é como califica M.A. BERNAL BLAY as consecuencias da severidade na súa existencia, *O contrato de concesión de obras públicas...*, ob. Cit., cit., páx. 272.
132. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría do equivalente económico nos contratos administrativos*, ENAP, Alcalá de Henares 1968.
133. Ademais, atendendo ao principio de equidade e boa fe —STS do 27 de outubro de 2009— ben puidera afirmarse que os feitos imprevisibles que, aínda actuando coa debida dilixencia, alteran a regra natural da reparación de riscos rompendo a causa do contrato orixinal. Neste sentido, a STS do 14 de xullo de 2010 admitiu a técnica do equilibrio financeiro cando existe un desequilibrio financeiro suficientemente importante e significativo que non pode ser subsumido na estipulación xeral de risco e ventura ínsita en toda contratación de obra pública.
134. Por suposto non debe ser utilizada a favor dunha xestión non adecuada da concesionaria para retornar e recuperar os iniciais índices de retorno.
135. Este albor, que xa se aplica ás concesións de obras, faise agora extensivo ás concesións de servizos, tendo en conta as consultas públicas efectuadas e dos estudos realizados pola Comisión para a elaboración da presente proposta. Preténdese que a carga administrativa adicional, así como os seus custos, garden proporción co valor do contrato e co seu interese transfronterizo. Os alcores aplícanse ao valor dos contratos, calculado conforme a unha metodoloxía exposta nestes. No caso dos servizos, este valor reflicte o valor total estimado de todos os servizos que debe prestar o concesionario durante toda a execución da concesión. En concreto, para estes efectos de valor estimado debe terse en conta a previsión do artigo 8.3 da Directiva: O valor estimado da concesión calcularase empregando un método especificado nos documentos relativos á concesión. Para a estimación do valor da concesión, os poderes adxudicadores e entidades adxudicadoras, se é o caso, terán en conta, en particular:

- a) o valor de calquera tipo de opción e as eventuais prórrogas da duración da concesión; b) a renda procedente do pagamento de taxas e multas polos usuarios das obras ou servizos, distintas das recadadas en nome do poder, adxudicador ou entidade adxudicadora; c) os pagamentos ou vantaxes financeiras, calquera que sexa a súa forma, ao concesionario efectuados polo poder ou a entidade adxudicadora ou por outra autoridade pública, incluída a compensación polo cumprimento dunha obriga de servizo público e subvencións ao investimento público; d) o valor dos subsidios ou vantaxes financeiras, calquera que sexa a súa forma, procedentes de terceiros a cambio da execución da concesión; e) a renda da venda de calquera activo que forme parte da concesión; f) o valor de todas as subministracións e servizos que os poderes ou entidades adxudicadores poñan a disposición do concesionario, sempre que sexan necesarios para a execución das obras ou a prestación de servizos; e g) as primas ou pagamentos aos candidatos ou licitadores
136. As concesións relativas a servizos sociais ou outros servizos específicos recollidos no anexo IV e que entran no ámbito de aplicación da presente Directiva se someterán unicamente ás obrigas consideradas no artigo 31, apartado 3, e nos artigos 32, 46 e 47.
137. A proposta de Directiva de contratos de concesión facía referencia ao “balance económico” (equilibrio económico); pero a previsión desapareceu do corpo legal. O mesmo sucede respecto aos límites da figura da modificación, o apartado 7 do artigo 42 da proposta de Directiva de contratos de concesión, que dispoñía que os poderes e entidades adxudicadores non modificasen as concesións para asegurar o cumprimento das obrigas do concesionario ou compensar o risco de incremento de riscos.
138. A enmenda núm. 30 do Ditame do Comité de Rexións (2012/C 277/09 DOUE C 277/74, do 13 de setembro de 2012) fixa nun dez a porcentaxe de modificacións admisibles ao ter en conta que as concesións adoitan ter un período de vixencia máis prolongado que os contratos públicos.
139. O Libro Branco sobre o Goberno Europeo aprobado no ano 2001 pola Comisión, a transparencia formaba parte directa de dous dos cinco principios do denominado bo goberno: apertura, participación, responsabilidade, eficacia e coherencia. O obxectivo é lograr integrar a transparencia nas propostas de elaboración das políticas europeas, permitindo un grao maior de participación e apertura da sociedade civil europea. Libro Branco sobre o Goberno Europeo, COM (2001), 428, Bruxelas, 25 de xullo de 2001. Esta nova non é só unha moda que pasará. Debe ser un dos paradigmas sobre os que reformar o noso modelo de organización e actividade administrativa. Vid. R. GARCÍA MACHO, Presentación do libro, Dereito administrativo da información e administración transparente, Marcial Pons, Madrid, 2010, páx. 8.
140. Principio de publicidade (e competencia) que xa foron recollidos na nosa primitiva lexislación de contratación administrativa, (Real Decreto do 27 de febreiro de 1852, relativo aos contratos de servizos públicos), como ben explica M. BASSOLS COMA no seu estudo “Evolución da lexislación sobre contratación administrativa”, en libro col. Coordinado por B. Pendas, Dereito dos contratos públicos, Práxis, Madrid, 1995, páx. 25 a 25.
141. Son datos, respectivamente, extraídos do documento de traballo da Comisión Europea Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008, do 27 de abril de 2010, dispoñible en: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf e do documento Public Procurement Indicators 2009, Comisión Europea (DG Mercado Interior), 11 de novembro de 2010, en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf. Convén advertir que a importancia dos contratos públicos por estados membros é moi variable: dende o 11,1% do PIB de Grecia, ao 18,5% de España, pasando polo 19,3% de Francia ou o 30,9% que significan en Holanda.
142. Estudo da OCDE A integridade na contratación pública. Boas prácticas do A ao Z. Madrid: INAP, 2010, como o Código europeo de boas prácticas para facilitar o acceso das PEME aos contratos públicos, do 25 de xuño de 2008— SEC(2008) 2193-). Vide. J. M. GIMENO FELIÚ, «A Lei de Contratos do Sector Público: unha ferramenta eficaz para garantir a integridade? Mecanismos de control da corrupción na contratación pública», Revista Española de Dereito Administrativo, 2010, núm. 147, páx. 517-535. Acáboo de poñer de manifesto o Informe sobre a loita contra a corrupción na UE presentado pola Comisión (3 de febreiro de 2014): <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>. Resultan de interese as reflexións de J. VÁZQUEZ MATILLA, “A corrupción unha barreira á eficiencia e integridade na compra pública”, Observatorio da Contratación Pública, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/chk.7d9f65e7d35bd7a933a591d1c145855>.
143. Por todos, J. PONCE, Deber de boa administración e dereito ao procedemento administrativo debido. As bases constitucionais do procedemento administrativo e do exercicio da discrecionalidade. Valladolid: Lex Nova, 2001; B. TOMÁS MALLÉN, O dereito fundamental a unha boa administración. Madrid: INAP, 2005; J. RODRÍGUEZ ARANA, O Bo goberno e a boa administración das Institucións Públicas, Madrid: Aranzadi, Cizur Menor, 2006; J.B. LORENZO DE MEMBIELA, «A boa administración como estratexia promotora da excelencia xestora», Revista Aragonesa de Administración Pública, 2007, núm. 30, páx. 445 e ss; J. TORNOS MAS, «O principio de boa administración ou o intento de dotar de alma á Administración Pública», Dereitos fundamentais e outros estudos en homenaxe ao profesor doutor Lorenzo Martín-Martín-Retortillo. Volume I. Zaragoza: Facultade de Dereito da Universidade de Zaragoza e outros, 2008, páx. 629-642 e J. CARRILLO DONAIRE, «Boa administración un principio, un mandato, un dereito subxectivo?», Os principios xurídicos do dereito administrativo. Madrid: A Lei, 2010, páxs. 1137-1165.
144. O Parlamento Europeo, mediante a Resolución do 25 de outubro de 2011, sobre a modernización da contratación pública (2011/2048 (INI)), sinala que a loita contra a corrupción e o favoritismo é un dos obxectivos das Directivas; subliña o feito de que os Estados membros afrontan diferentes retos neste aspecto e que cun enfoque europeo máis elaborado se corre o risco de debilitar os esforzos para racionalizar e simplificar as normas e de crear máis burocracia; sinala que os principios de transparencia e competencia son claves para loitar contra a corrupción; solicita un enfoque común sobre as medidas de «autocorrección» co fin de evitar a distorsión do mercado e asegurar certeza xurídica tanto aos operadores económicos como ás autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interese a previsión do artigo 9 da Convención das Nacións Unidas contra a Corrupción sobre “Contratación pública e xestión da facenda pública”, onde se incide nas medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, baseados na transparencia, a competencia e criterios obxectivos de adopción de decisións, que sexan eficaces, entre outras cousas, para prever a corrupción.
145. Nesta liña de existencia de publicidade axeitada: STXUE do 13 de abril de 2010, Asunto Landgericht Frankfurt am Main; STXUE do 9 de setembro de 2010, Asunto Ernst Engelmann; STXUE do 3 de xuño de 2010, Asunto Raad van State.
146. Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 29 de abril de 2004, «Succhi di Frutta», apartado 111.
147. Como recorda a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado no seu Informe 1/2009, do 25 de setembro, existe fraccionamento, aínda que se trate de varios obxectos independentes, se entre eles existe a necesaria unidade funcional ou operativa.
148. S. ARROWSMITH identificou atinadamente os catro eixes esenciais: a) asegurar unha publicidade axeitada das licitacións que garanta o coñecemento polos potenciais interesados das posibilidades de contratación; b) garantir que os poderes adxudicadores poñen en coñecemento dos potenciais licitadores as regras ou criterios de adxudicación dos contratos; c) favorecer a consolidación dun sistema que limita no posible as facultades discretionais dos órganos de contratación; d) facilitar que se poida verificar que se cumpriron as regras que se han de observar e, no seu caso, poder garantir o seu respecto a través dun sistema de recursos que teña por finalidade

- facér cumprir as normas observables. "The revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions", The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform; Cambridge University Press, Cambridge, 2011, páx. 286.
149. Modelo iniciado con Cataluña mediante Acordo do Consello de Goberno, do 17 de xullo de 2007, e seguido en sentido semellante por Galicia mediante Orde, de 4 de xuño de 2010, pola que se regula a Plataforma de Contratos Públicos de Galicia (o artigo 10 da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e de boas prácticas na Administración pública galega avanzaba esta liña).
150. As novas tecnoloxías poden axudar a dar resposta a este problema, mediante a creación dun "google" da contratación pública. Así, por exemplo pódese destacar o caso británico que puxo en funcionamento a web denominada "Contracts Finder" (www.contractsfinder.businesslink.gov.uk). É a única plataforma do Goberno para facilitar ao sector da contratación pública acceso á información relacionada coa contratación pública. Sobre esta cuestión e o seu fundamento resulta de interese o traballo de HENTY, PAUL; MANNING, CHRIS; "The public sector transparency Agenda", Public Procurement Law Review, núm. 1, 2011, NA45-NA50.
151. Suscítase unha dúbida adicional. Cal é a natureza xurídica destas instrucións que non proveñen, para os efectos deste TRLCSP, de administracións públicas e quen pode controlar o seu contido? No caso de entidades públicas empresariais ben se podería defender que aquí son administración pública e o seu control correspondería á xurisdición contencioso-administrativa, pero non resulta tan doado estender esta conclusión a empresas públicas, fundacións ou mutuas.
152. Como ben advirte S. DEL SAZ, hai diferenzas esenciais de réxime xurídico en función da forma xurídica de difícil xustificación («A nova Lei de Contratos do Sector Público, Un novo traxe coas mesmas raízas?» Revista de Administración Pública, 2007, núm. 174, páx. 341). Igualmente crítico con esta deslocalización e as súas consecuencias prácticas pode verse A. PEÑA OCHOA, «A contratación administrativa dos entes que non teñen a consideración de Administración Pública», libro col. Estudos sobre a Lei de Contratos do Sector Público. Barcelona: Fundación Democracia e Goberno Local, 2009, páx. 134.
153. Entendemos que debería existir unha «xanela única de contratación» onde o licitador puidese recibir información de todas as administracións públicas e presentarse ás correspondentes licitacións (posibilidade normativa que recolle a Lei navarra de contratos públicos 6/2006 ou a recente Plataforma de servizos de contratación pública de Cataluña, creada mediante Acordo do Consello de Goberno do 17 de xullo de 2007). Esta obriga deriva agora do artigo 334 TRLCSP, tras a redacción dada pola Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sostible.
154. Vid. J.M GIMENO FELIÚ, As reformas legais da Lei 30/2007, de contratos do sector público. Alcance e efectos prácticos. Madrid: Civitas, Cizur Menor, 2011, páxs. 136-137.
155. Por todos, E. GUICHOT, «O novo Dereito europeo de acceso á información pública», Revista de Administración Pública, 2003, núm. 160, páxs. 283-316; Transparencia e acceso á información en Dereito europeo e comparado, Sevilla: Dereito Global, 2010. Interesa destacar o informe elaborado pola Oficina Antifraude de Cataluña Dereito de acceso á información pública e transparencia, que se pode consultar na súa web.
156. Por todos me remito ao Informe especial sobre transparencia e bo goberno na comunidade, do Xustiza de Aragón, do 1 de outubro de 2013, que aporta medidas en varios sectores, incluídos a contratación pública (pódese consultar en http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n005986_Informe%20Especial%20sobre%20Transparencia%20y%20Buen%20Gobierno.pdf).
157. Opinión expresada tamén por A. SANMARTÍN MORA, no seu suxestivo traballo "A transparencia na contratación pública, novas perspectivas", Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 129, 2014, páxs. 36 a 42.
158. Esta redacción ten a súa orixe na emenda que dende o Observatorio de Contratos Públicos (www.obcp.es) se presentou ao primeiro texto e o trámite de audiencia que facilitou o Goberno: http://www.obcp.es/index.php/mod.consultas/mem.descargar/fichero.documentos_1_2012_ParticipacionLeytransparencia_f0858b32%232E%23pdf/chk.2685d8dd69351509bf5b979770c626bc.
159. Non é posible unha interpretación extensiva da figura do convenio entendida como elemento propio en todo caso da cooperación, se o que se oculta é unha relación contractual típica, para o que resulta decisivo tanto o contido como a causa. É suficientemente coñecido como dereito europeo da contratación pública (tanto as directivas coma a xurisprudencia interpretativa) depurou un concepto de contrato que se identifica co ámbito obxectivo das devanditas normas, xa sexa no caso dos contratos suxeitos á Directiva ou no daqueles outros non cubertos por estas pero afectados en todo caso polos principios xa referidos recollidos polos Tratados. En especial, ademais do carácter escrito que esixe a Directiva, deben destacarse a onerosidade e a bilateralidade, de modo que quedan excluídas do concepto de contrato as relacións xurídicas nas que as prestacións son gratuítas e aquelas nas que non se pode falar en sentido estrito de dúas partes diferenciadas por estar sometida a prestadora do servizo ao poder adxudicador encomendante, para o que realiza a parte esencial das súas prestacións. Así o determinou a xurisprudencia do TXUE: entre outras, Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 18 de xaneiro de 2007 (Aurooux /Commune de Roanne), Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 18 de decembro de 2007, pola que se condena ao Reino de España ("Asociación Profesional de Empresas de Reparación e Manipulado de Correspondencia") ou a Sentenza do Tribunal de Xustiza (Gran Sala) do 19 de decembro de 2012, C-159/11, que trae causa dunha cuestión prexudicial presentada ante o Tribunal de Xustiza en relación cun contrato de consultoría celebrado entre a Azienda Sanitaria Locale dei Lecce e a Universidade de Salento.
160. No Libro Branco sobre o Goberno Europeo aprobado no ano 2001 pola Comisión, a transparencia formaba parte directa de dous dos cinco principios da denominada bo goberno: apertura, participación, responsabilidade, eficacia e coherencia. Ao longo do documento, percíbese que se busca integrar a transparencia nas propostas de elaboración das políticas europeas, permitindo un grao maior de participación e apertura da sociedade civil europea. Cfr., Libro Branco sobre o Goberno Europeo, COM (2001), 428, Bruxelas, 25.7.2001.
161. A Comunidade Autónoma de Aragón deu un primeiro paso neste sentido. O Portal de Servizos do Goberno de Aragón ofrece aos cidadáns a canle Transparencia coa intención de informar e formar a unha cidadanía sensible, responsable e participativa, para que coñeza e exerza os seus dereitos e obrigas e colabore activamente no fomento dunha sociedade mellor. A Administración formula a transparencia na comunicación da súa actividade diaria, porque facilita a confianza e o control directo por parte da cidadanía que pode exercer un maior control sobre os seus xestores e realizar accións construtivas. A finalidade deste Portal é transmitir información de xeito comprensible, sinxela de entender polo conxunto dos cidadáns/ás, de tal forma que estean informados e coñezan as responsabilidades, procedementos, regras, normas e demais información xerada polo Goberno de Aragón, nun marco de aberta participación social. En materia de contratación pública, a través da canle Transparencia, do Goberno de Aragón, ofrécese información sobre contratos adxudicados, contratos modificados e datos estatísticos.
162. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ e R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, "Órganos consultivos e de recursos para o control da contratación pública en España", en libro col dirixido por D. Sorace Amministrazioni Pubbliche dei contratti, Ed. Scientifica, Napoles, 2013. E iso porque, como ben indican, estes órganos están a servir para limpar e depurar a contratación do sector público. Ademais, se esta comezando a apreciar como os entes do sector público contratantes están a adaptar o seu comportamento á vista das resolucións dos tribunais,

- por exemplo: redactan mellor os pregos, concretan máis e mellor os criterios de valoración das ofertas e de adxudicación do contrato” (páxs. 371-373). M. A. BERNAL BLAY destacou tamén o labor didáctico destes tribunais administrativos e a auctoritas da súa doutrina. “Observatorio da actividade dos órganos de recursos contractuais en 2011”, en libro col. Observatorio de contratos públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, páxs. 328-331.
163. Trátase da Lei 31/2007, do 30 de outubro. Un completo estudo desta pódese ver no traballo de BERMEJO VERA, “O réxime de contratación pública nos sectores especiais da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais”, RAP núm. 179, 2008, páxs. 115-159.
 164. Sobre o contido das Directivas dos anos 90 e o fundamento da regulación pódese consultar o libro colectivo dirixido por V. LÓPEZ-IBOR, A contratación pública nos chamados sectores excluídos, Civitas, Madrid, 1997 e libro col. Contratación empresarial nos sectores de transportes, enerxía, telecomunicacións e auga potable. Os chamados contratos de interese público, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1996.
 165. Recorda este proceso de mutuas influencias, con cita das sentenzas máis significativas, S. GONZÁLEZ VARAS no seu Tratado de Dereito administrativo. Tomo II O Dereito administrativo europeo, Thomson, Pamplona, 2012, 2ª ed., páx. 36 e ss.
 166. Vid. o traballo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA, unha nova categoría no Dereito español da contratación pública, os contratos suxeitos a regulación harmonizada.” RAP núm. 178, 2009, páxs. 175-213. Coa positivización desta categoría preténdese, en suma, modelar a aplicación das normas da Directiva nos diferentes contratos do sector público, restrinxíndoa só aos casos esixidos pola devandita norma e deseñando para os demais, como declara a Exposición de Motivos un réxime para o que o lexislador nacional ten plena liberdade.
 167. E é que, como ben afirma este autor non cabe que un concepto da lexislación de contratos públicos se interprete dunha forma cando o contrato está condicionado polas Directivas comunitarias que cando non o está. “A influencia do Dereito comunitario na interpretación da Lei de Contratos das Administracións Públicas”, RAP 151, 2000. páx. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS no seu traballo “O título xurídico que habilita o exercicio da actividade das sociedades mercantís estatais de infraestruturas viarias. Convenio ou contrato administrativo?” en libro col. Estudos de Dereito Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, páx. 392.
 168. E a máis recente de Sentenza do Tribunal de Xustiza (Gran Sala) do 13 de abril de 2010, Wall AG (petición de decisión prexudicial plantexada polo Landgericht Frankfurt am Main — Alemaña) na que se insiste na idea de que unha concesión de servizos —excluída do ámbito de aplicación— está sometida aos principios do Tratado.
 169. Neste punto resulta de grande interese o traballo contido neste libro de M.A. SANMARTÍN MORA, “A profesionalización da contratación pública no ámbito da Unión Europea”, en libro col. Observatorio dos Contratos Públicos 2011, ob.cit., páxs. 407-434.
 170. Comisión Nacional da Competencia, Guía sobre Contratación Pública e Competencia. Dispoñible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/Tabld/105/Default.aspx?contentid=296580>
 171. Ver GIMENO FELIÚ, J.M., A Lei de Contratos do Sector Público: unha ferramenta eficaz para garantir a integridade?, REDA, núm. 147, páx. 518 e ss.
 172. Sen dúbida pode ser unha importante ferramenta función fiscalizadora do Tribunal de Contas (e os seus homólogos autonómicos), co fin de controlar legalidade e eficacia (que inclúe a fase de execución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independentemente da personificación pública ou privada que lícite en tanto sexa poder adxudicador. Sobre iso resulta de interese o traballo de J. MEDINA GUIJARRO J.C. LÓPEZ LÓPEZ, “A fiscalización da contratación administrativa polo Tribunal de Contas”, Documentación Administrativa núms. 275-276, 2006, páxs. 407-424. Obviamente se deberá “incentivar” a aplicación do procedemento de responsabilidade contable regulado na LO 2/1982, do 12 de maio, do Tribunal de Contas, para os casos de danos ao erario público por unha “mala práctica” da normativa de contratación pública (incluída a contable e presupostaria. C. CUBILLO RODRÍGUEZ, “As responsabilidades xurídicas derivadas da contratación do sector público”, en libro col. A contratación no sector público tras a Lei 30/2007, do 30 de outubro, Comares, Granada, 2009, páxs. 634-638. A dificultade de esixir responsabilidades está a ser un factor que “incentiva” o incumprimento das regras e principios que quebran cos modificados ilegais. Labor de control que vai resultar máis difícil a raíz da STS núm. 8506/2012, do 28 de novembro de 2012 (que casa e anula outra da Sala de xustiza da Sección de Axuizamento do Tribunal de Contas (TCu) ditada o 17 de marzo de 2010 resolvendo o procedemento de reintegro por alcance en relación co Concello de Boadilla del Monte, de Madrid), que limita a capacidade de control por alcance e o condiciona á existencia dun recurso contencioso previo. O argumento de que “non sendo impugnado o devandito convenio, nin despois de ser reparados tales pagamentos pola Intervención Municipal, nin tendo emitido informe con tacha ningunha por parte dos Servizos Xurídicos do Concello” non hai responsabilidade contable pode condicionar a función de control do Tribunal de Contas e os seus homólogos, máxime cando, ata agora, no caso dos modificados nunca se acudiu ante os tribunais. Queda o control, non obstante, remitido á función de asesoramento de intervención e servizos xurídicos que han de ser a peza clave no cumprimento da legalidade.
 173. Un exemplo é a Lei 14/2008, do 5 de novembro (modificada por 7/2009, do 13 de maio), da Oficina Antifraude de Cataluña crea a Oficina Antifraude de Cataluña, entidade de dereito público con personalidade xurídica propia e plena capacidade de obrar, co fin de prever e investigar posibles casos de uso ou destino ilegais de fondos públicos ou calquera outro aproveitamento irregular derivado de condutas que leven consigo conflito de intereses ou o uso en beneficio privado de informacións derivadas das funcións propias do persoal ao servizo do sector público. En Portugal, dende hai un par de anos existe o Consello para a Prevención da Corrupción, que é un órgano administrativo independente que traballa “con” o Tribunal de Contas de Portugal para a prevención da corrupción e os delitos conexos (art.º 1º dá Leus n.º 54/2008).
 174. Remítome ao meu traballo “Os tribunais administrativos especiais de contratación pública ante as previsións do Informe CORA. Balance e prospectiva”, Revista Catalana de Dret Public núm. 47, 2013.
 175. Por todos, Jesús González Pérez, “Corrupción, ética e moral nas Administraciones públicas”, Revista de Dereito Urbanístico e Medio — Núm. 229, Outubro 2006. Tamén A. SABÁN GODOY, O marco xurídico da corrupción, Cadernos Civitas, Madrid, 1991.
 176. Para iso debe promoverse a colaboración de organizacións sociais —non politizadas— para o control de riscos de corrupción así como dos empregados públicos, prevendo un sistema eficaz de denuncias (sen “custo” para o denunciante). Resultan tamén de interese as opinións de J. VÁZQUEZ MATILLA, “A corrupción unha barreira á eficiencia e integridade na compra pública.” en www.obcp.es e A. MADARIAGA VENEGA, “Algunhas propostas para prever e combater a corrupción na Contratación Pública”, en www.obcp.es.

ROBERTO IGNACIO FERNÁNDEZ LÓPEZ_(rfernandez@uvigo.es)_Profesor Titular de Dereito Financeiro e Tributario da Universidade de Vigo, España

Os mecanismos heterocompositivos ante a litixiosidade tributaria: a necesidade de transitar do inmovilismo ao pragmatismo xurídico*



Los mecanismos heterocompositivos ante la litigiosidad tributaria: la necesidad de transitar del inmovilismo al pragmatismo jurídico

The Mediation and the Arbitration in Tax Matters: the Necessary Advance from Immobility to Juridical Pragmatism

&Resumo: Os instrumentos extraxudiciais para previr ou resolver conflitos tributarios foron escasamente desenvolvidos pola lexislación española. O presente traballo ten por obxecto analizar as causas que levaron ao actual estado de inmovilismo do Dereito tributario español en materia de arbitraje, constatar os escasos avances acadados con outras técnicas extraxudiciais orientadas a reducir a conflitividade tributaria para, finalmente, concluir con distintas propostas *de lege ferenda* tendentes a fomentar a aplicación de tales mecanismos resolutivos de controversias.

&Palabras clave: litixiosidade tributaria, mediación, arbitraje, contribuíntes e Administración tributaria, reforma legal.

&Abstract: The extrajudicial instruments to anticipate or to solve tax conflicts have been scantily developed by the Spanish legislation. The present paper has for object analyze the reasons that have led to the current condition of immobility of the Spanish Tax law as for arbitration, state the scanty advances obtained with other extrajudicial mechanisms orientated to reducing the tax litigation, finally, to conclude with different offers *de lege ferenda* tending to promote the application of such decisive mechanisms of controversies.

&Keywords: tax litigation, mediation, arbitration, taxpayers and tax Administration, legal reform.

I. FORMULACIÓN PREVIA

Desde que o Informe da Comisión para o estudo e proposta de medidas para a reforma da Lei Xeral Tributaria, publicado en 2001 (VV.AA., 2001: 226-234), insistira na necesidade de introducir técnicas de mediación e arbitraje no ordenamento tributario español transcorreu máis dun decenio, e o certo é que *de lege data* a arbitraje tributaria segue a ser a día de hoxe unha institución baleira de contido e, por ende, carente de aplicación en España.

É verdade que a mediación e a arbitraje constitúen mecanismos de composición heterónoma ou heterocomposición que actúan cando, xurdido xa o conflito, un terceiro aproxima posicións ou adopta unha resolución que pon termo ao mesmo (medidas resolutivas). Iso podería levar a pensar que o Dereito tributario español centrouse máis en regular outros instrumentos que intentan prever a controversia mesmo antes de que esta xurda en aras de evitar un litixio posterior (medidas preventivas), pero o certo é que tampouco a lexislación española experimentou avances salientables nesta segunda vertente.

Pois ben, a pretensión deste traballo non é outra que a de analizar as causas que levaron ao actual estado de inmovilismo do Dereito tributario español en materia de arbitraje, constatar os escasos avances acadados con outras técnicas extraxudiciais orientadas a reducir a conflitividade tributaria para, finalmente, concluir con distintas propostas *de lege ferenda* susceptibles de contrarrestar o excesivo nivel de litixiosidade existente entre a Administración e os obrigados tributarios.

II. OS MOTIVOS TRADICIONALMENTE OPOSTOS Á INTRODUCCIÓN DE TÉCNICAS ARBITRAIS NO DEREITO TRIBUTARIO ESPAÑOL

As reticencias que se viron invocando para frear o desenvolvemento da arbitraje no Dereito tributario español apóianse na prevalencia dos principios de legalidade e indispoñibilidade da obriga tributaria, así como na posible vulneración do dereito á tutela xudicial efectiva (GARCÍA NOVOA, 2002: 76-80; LÓPEZ DÍAZ, 2005: 694-699; CATARINO e GOMES FILIPPO, 2011: 630-637; SERRANO ANTÓN, 2011: 665-673; e CASAS AGUDO, 2011: 706-716).

A estreita conexión entre a legalidade e a indispoñibilidade do tributo conduce a soste que a Administración, en tanto en canto ampara un interese público, non pode renunciar á defensa dese interese que encarna a Lei. Así pois, se é a lei a que articula todo o réxime substantivo que rodea o tributo (singularmente, o seu nacemento, contía e extinción), a Administración non pode apartarse dese mandato legal por medio de pactos, acordos ou contratos. Desde esta perspectiva, a indispoñibilidade é unha manifestación da *positive Bindung*, é dicir, da vinculación positiva da Administración á vontade do lexislador, o que, en palabras de GARCÍA NOVOA, supón unha garantía de certeza para o contribuínte “ao saber que aquela carecerá dun ámbito de libre decisión á hora de concretar o contido de cada obriga tributaria” (2002: 80). O apoio xurídico a tal razoamento atoparíase en distintos preceptos do ordenamento español, algúns recollidos no texto constitucional (arts.31.3 e 9.3 CE) e outros de rango legal. Entre estes últimos destacan o art.18 da Lei 58/2003, de 17 de decembro, Xeral Tributaria (LXT), e o art.7.3 da Lei 47/2003, de 26 de novembro, Xeral Orzamentaria (LXP).

De acordo co art.18 da LXT, “o crédito tributario é indisponible agás que a lei estableza outra cousa”. Pola súa parte, o art.7.3 da LXP establece que, coa única excepción dos acordos adoptados pola Administración acreedora no seo dos procesos concursais, “non se poderá transixir xudicial nin extraxudicialmente sobre os dereitos da Facenda Pública estatal, nin

someter a arbitraje as contendas que se susciten respecto dos mesmos, senón mediante real decreto acordado en Consello de Ministros, previa audiencia do de Estado en pleno”.

O primeiro dos preceptos citados contén dous mandatos perfectamente diferenciados. Dun lado, o que afecta en exclusiva aos particulares, cuxos pactos ou acordos en modo ningún vinculan nin teñen efectos fronte á Administración no que atinxe á natureza e contía das débedas tributarias. Doutro lado, o art.18 da LXT prohibelle á Administración dispoñer do seu crédito tributario de forma unilateral ou bilateral, pero cun importante matiz e é que esa prohibición opera exclusivamente na esfera aplicativa do tributo, non na normativa, polo que o propio precepto introduce a salvidade de que é posible que a lei sí autorice a dispoñibilidade da obriga tributaria en determinados casos. Poderían ser estes os supostos susceptibles de someterse a arbitraje? Desde o noso punto de vista, a resposta pode e debe ser afirmativa pois en todo caso seguirá a ser a lei, e non a libre vontade das partes, a que delimite as cuestións ou materias dispoñibles por medio da arbitraje. Unha vez acoutados os asuntos obxecto de posible arbitraje, a Administración tributaria, o particular e, por suposto, o árbitro actuarán todos eles suxeitos á lei buscando unha solución xusta en Dereito.

Neste mesmo sentido, xa existen algúns exemplos no Dereito tributario español nos que a Lei bendice a adopción de pactos que, a modo de transacción ou aproximación de posicións entre as dúas partes da relación tributaria, poñen solución a unha incerteza e evitan un conflito posterior. A este respecto, ANDRÉS AUCEJO ofrece unha clasificación das distintas técnicas paccionadas recoñecidas polo ordenamento español. Entre as técnicas en sede de xestión tributaria, dirixidas á prevención ou evitación dun litixio posterior, esta autora cita os acordos previos de valoración, as propostas de valoración no Imposto sobre Sociedades e outros exemplos que cualifica como “actos administrativos unilaterais participados” (2010: 2-3). Pero quizais o caso máis palmario de aproximación de posicións sexa o das actas con acordo, reguladas no art.155 da LXT, as cales poñen termo a un procedemento de inspección tributaria e levan consigo unha dobre dispoñibilidade dos dereitos de crédito da Facenda Pública. En efecto, a propia substancia do acto transaccional supón un acordo entre a Administración e o particular que afecta á natureza e elementos cuantitativos da obriga tributaria nacida do feito imponible, pero é que ademais das actas con acordo deriva unha redución do 50% da sanción resultante da regularización tributaria. É máis, quizais se quedara curto o ordenamento español na regulación deste tipo de actas e así, en aras dunha maior publicidade ou transparencia que garanta a protección do interese público e aumente o control das actuacións da Inspección tributaria, FERREIRO preconiza que tal vez tivese sido conveniente que, chegado o caso, interviñese un terceiro en funcións de mediación, conciliación e arbitraje. A xuízo do devandito autor, ese mediador ou árbitro —que ben podería ser un funcionario público non integrado na liña xerárquica do inspector actuário— podería solucionar o posible enquistamento de posicións que se producira por parte de quen viñesen discutindo sobre cuestións de feito ou dereito ao longo do procedemento inspector (2005: 248-249), participando da mesma idea GONZÁLEZ-CUÉLLAR (2010: 268).

Atendendo á vixente regulación da LXT, non faltaron os que rexeitaron que as actas con acordo posúan natureza transaccional, ao considerar que non permiten concesións recíprocas entre as partes que interveñen no procedemento inspector e que ese tipo de cesións é o trazo típico da transacción (MARTÍNEZ MUÑOZ, 2004: 179-180; e BUSTILLO BOLADO, 2010: 438-439), pero —ao noso xuízo— do que non cabe dúbida é que se trata dun mecanismo convencional de aproximación de posicións inicialmente distantes sobre determinados aspectos que xeran incerteza á hora de cuantificar o importe do crédito tributario (conceptos

xurídicos indeterminados, estimacións, valoracións, etc.) e que poderían desembocar nun litixio posterior. Algo similar ocorre coas actas de conformidade (art.156 LGT), aínda que a principal diferenza coas primeiras radica en que nas actas de conformidade a adhesión polo particular á regularización tributaria proposta pola Administración implica unha aceptación íntegra dos feitos recollidos na acta, que xa non poderán ser refutados a posteriori, co que a súa capacidade de debate e negociación sobre os devanditos elementos fácticos é bastante máis limitada que nas actas con acordo. Obsérvese que, en relación a estas últimas, unha das posibles causas da súa incoación é que “resulte necesaria a apreciación dos feitos determinantes para a correcta aplicación da norma ao caso concreto” (art.155.1 LGT). Por iso, algúns autores defenden que as actas de conformidade non posúen natureza negocial, senón que a conformidade é un acto do particular de contido complexo, moi próximo a unha confesión extraxudicial sobre os feitos plasmados na mesma e cualificable como acto de adhesión ás cualificacións xurídicas formuladas polo inspector (ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, 1994: 380 e seguintes).

Por outro lado, segundo avanzabamos, tamén o art.7.3 da LXP constitúe un aparente impedimento á dispoñibilidade dos seus dereitos de contido económico por parte da Facenda Pública, coa singularidade de que aquí a citada norma se refire expresamente á prohibición da transacción e da arbitrase. Agora ben, ao igual que ocorre co art.18 da LXT, tamén o art.7.3 da LXP debe ser entendido nos seus xustos termos. En realidade, o que ambos os dous preceptos consagran non é unha indispoñibilidade absoluta dos dereitos de crédito da Facenda Pública senón unha “legalidade na disposición”, o que abriría a porta a unha arbitrase que evitase colisionar con principios de rango constitucional, particularmente a capacidade económica e a tutela xudicial efectiva (VV.AA., 2013: 21). Evidentemente, esa legalidade na disposición do tributo esixe que o lexislador defina coa maior precisión posible os supostos e o alcance do instrumento de mediación ou arbitrase articulado pola norma, porque o único que proscriben o art.18 da LXT e o art.7.3 da LXP é a libre dispoñibilidade dos seus créditos pola Administración ou unha habilitación en branco ao acredor que lle permita sortear a salvagarda do interese público (SERRANO ANTÓN, 2011: 670). En definitiva, os diques de contención aos potenciais excesos da actividade administrativa neste ámbito, como en tantos outros, constitúeno a prohibición da arbitrariedade e da eventual desviación de poder no exercicio da potestade pública dirixida a facer efectivo o cobro do tributo.

Esa prohibición non é máis que unha consecuencia do principio de legalidade, o cal non pode ser entendido como sinónimo do absoluto carácter regrado de toda actuación administrativa en materia tributaria (LÓPEZ DÍAZ, 2005: 696), pero si como a pretensión de que a norma legal non pode substraerse de acoutar con maior ou menor grao de precisión determinados ámbitos (conceptos xurídicos indeterminados, valoracións, etc.) nos que se fai necesario substituír a discrecionalidade da Administración na aplicación do tributo por fórmulas convencionais ou arbitrais que doten de fixeza e seguridade os contornos ambiguos ou imprecisos do propio ordenamento tributario. Esta formulación en modo ningún tende a desvirtuar a natureza indispoñible do dereito de crédito da Facenda Pública senón que, todo o contrario, máis ben se orienta a reforzala (DE FLORA, 2008: 49-61 e 278-288). Se a validez ou eficacia do acto de liquidación tributaria son cuestionadas polo particular, a Administración non está dispoñendo do seu dereito de crédito polo feito de que sexa un terceiro distinto a un xuíz o que dirima e resolva a controversia, sempre que a lei predetermine con suficiente claridade as materias, competencias e alcance con que se pronuncie ese terceiro.

Así pois, se a indispoñibilidade non é un verdadeiro escollo no Dereito español á implantación da arbitrase en materia tributaria, só queda por despegar a incógnita de se as posibles trabas á utilización desa técnica extraxudicial resolutiva de conflitos poden vir da man dos principios constitucionais de capacidade económica e igualdade e do dereito á tutela xudicial efectiva (arts.31.1 e 24.1 CE).

A capacidade económica e a igualdade, criterios interdependentes de xustiza tributaria, proclaman a defensa da equitativa contribución polos cidadáns ao mantemento das cargas públicas. O respecto á igualdade, desde a óptica da utilización de fórmulas arbitrais para a resolución de controversias tributarias, presenta unha dobre proxección: dunha parte, a igualdade formal ante a lei esixe que calquera contribuínte teña libre acceso á arbitrase ou á mediación; doutra, a igualdade material postula que, ao facer uso dos devanditos mecanismos heterocompositivos, os particulares non sufran tratos discriminatorios carentes de xustificación razoable nos seus respectivos dereitos subxectivos ou intereses lexítimos. En suma, a igualdade substancial entre dous contribuíntes, en termos de capacidade contributiva, proscribe criterios de aplicación dos tributos que conduzan a diferenzas nas cantidades a pagar por cada un deles (CASAS AGUDO, 2011: 697). Desde este punto de vista, SERRANO ANTÓN advertiu que se podería violar o principio de igualdade como consecuencia da intervención de *lobbies* ou grupos de presión sobre os órganos arbitrais para obter resultados favorables, e isto é algo que evidentemente debe evitar a lei dotando da máxima transparencia e garantías posibles ao sistema convencional ou arbitral que se instaure (2011: 673-674). Por conseguinte, adoptando o ordenamento xurídico as cautelas necesarias, o principio de igualdade non debe verse afectado pola implementación da mediación ou a arbitrase en materia tributaria.

Polo demais, tampouco debe sufrir ningún quebranto o principio de capacidade económica senón todo o contrario, pois a través das fórmulas de resolución extraxudicial dos conflitos tributarios o que se consegue é que, finalmente, o devandito principio se faga efectivo aínda que non quizais con toda a precisión e certeza que cabería agardar dunha aplicación estrita ou taxativa da norma, xa que a indeterminación ou vaguidade causante do conflito pode ser normativa, fáctica ou mesmo mixta. A maiores, cabe subliñar que a mediación e a arbitrase en dereito actuarán sempre con posterioridade ao nacemento da obriga tributaria para, en último termo, dotar de fixeza os elementos de cuantificación da débeda, polo que non se corre o risco de desvirtuar o contido da prestación pecuniaria xurdida do feito imponible (SERRANO ANTÓN, 2011: 674). Polo tanto, os principios de xustiza tributaria non só non limitan senón que, lonxe diso, amparan o emprego de mecanismos resolutivos de controversias que fagan posible o exercicio libre e responsable dos seus dereitos polos contribuíntes, elevando o nivel de equidade fiscal nun Estado de Dereito (CATARINO e GOMES FILIPPO, 2011: 645).

Finalmente, resta por determinar se as técnicas arbitrais poden contravir o dereito á tutela xudicial efectiva, de maneira particular cando a arbitrase pecha o paso a todo posible recurso xudicial posterior. É completamente pacífica a opinión de que a arbitrase non conculca o dereito á tutela xudicial efectiva cando aquel opera no ámbito das relacións xurídico-privadas, pero as dúbidas suscítanse cando o papel da arbitrase se traslada ao terreo das relacións xurídico-públicas como é o caso do tributo (VICENTE-ARCHE, 2005: 38-39). Neste segundo escenario, se se parte da premisa de que a arbitrase pode actuar como substitutivo ou alternativa ás reclamacións e recursos tributarios en vía administrativa, a xurisprudencia do Tribunal Constitucional admitiu a compatibilidade do instituto arbitral co dereito á tutela

xudicial efectiva [STC de 22 de marzo de 1991 (F) 5º); STC de 14 de novembro de 1991 (F) 5º); e STC de 11 de novembro de 1996 (F) 4º)] e fíxoo, como explica VICENTE-ARCHE, considerando que a arbitrase pode acadar para as partes os mesmos obxectivos que a xurisdición, que se garante o dereito de acceso a un procedemento dirixido a resolver unha controversia, que se pode obter —ao igual que nun proceso ante os xuíces ou tribunais— unha resolución fundada en dereito sobre o fondo do asunto, e que esa resolución ou laudo arbitral ten os mesmos efectos que a cousa xulgada (2005: 41).

En calquera caso, agás que concorra algún dos motivos taxados previstos na Lei 60/2003, de 23 de decembro, de Arbitrase, para instar a anulación do laudo arbitral, tampouco se vulnera o dereito á tutela xudicial efectiva ante os posibles impedimentos á ulterior revisión xurisdiccional do laudo porque, en realidade e coa única salvidade da orde penal, o dereito aos recursos establecidos na Lei non ten natureza constitucional senón legal (VICENTE-ARCHE, 2005: 42).

Por último, convén reparar no importante dato de que cando a Administración tributaria e o particular acordan acudir á vía arbitral non están renunciando á resolución da controversia senón que optan por unha alternativa distinta á vía dos recursos administrativos podendo, en calquera caso, rehusar o procedemento arbitral para que o conflito sexa sometido á decisión do órgano administrativo competente (VICENTE-ARCHE, 2005: 44).

Así pois, non hai razóns que sustenten posibles obxeccións de natureza legal ou constitucional á utilización da arbitrase para resolver conflitos de natureza tributaria, máxime cando o art.14 da mencionada Lei 60/2003 contempla unha “arbitrase institucional” no que as partes poden someter a súa controversia á decisión de corporacións de Dereito Público integradas por funcionarios ou membros do sector público e expertos ou representantes de sectores profesionais, o que disipa posibles dúbidas ou receos á instauración dunha arbitrase en materia tributaria no que puidese primar a autonomía da vontade propia do Dereito privado (VV.AA., 2013: 11).

III. CAUSAS QUE XUSTIFICAN A INTRODUCCIÓN DE FÓRMULAS HETEROCOMPOSITIVAS NO ORDENAMENTO TRIBUTARIO ESPAÑOL

Se entendemos por fórmulas heterocompositivas aquelas que, como a arbitrase, se basean en solucións consensuais propostas ou instadas por terceiros independentes e cuxas decisións, fundadas en Dereito, resulten doadas de executar (VV.AA., 2013: 24), hai sobrados motivos que apoian a súa introdución e aplicación no ordenamento tributario español.

A este respecto invocáronse tres principios que amparan a implantación de solucións arbitrais: simplificación, eficacia e practicabilidade. O primeiro deles encerra no seu significado non só a vertente estritamente normativa do ordenamento, é dicir, a conveniencia de que existan leis tributarias de doada comprensión e aplicación polos seus destinatarios, senón que tamén se proxecta sobre a actuación administrativa traducíndose nunha “limitación de custos indirectos” para o contribuínte e nunha maior eficiencia na actividade da Administración tributaria, de tal sorte que a arbitrase coaduxaría a desenvolver procedementos resolutivos sinxelos para cuestións con escaso grao de complexidade (VV.AA., 2013: 25).

O principio de eficacia da actuación administrativa é unha das esixencias demandadas polo art.103 da Constitución española, e esa eficacia tamén resulta esixible da Administración de xustiza, concretamente dos xulgados e tribunais, cuxa saturación e lentitude actuais aconsellan a procura de técnicas alternativas que desactiven ou resolvan os conflitos que agardan unha solución en Dereito (VV.AA., 2013: 25). Esa axilidade e rapidez na resolución da controversia

podería conseguirse dando entrada a expertos con coñecementos técnicos especializados en Dereito tributario. En palabras de SERRANO ANTÓN, “coa previsión constitucional do principio de eficacia, a administración atópase compelida a conseguir o mellor resultado posible, cuantitativo e cualitativo, en relación cos medios á súa disposición. Noutras palabras, trátase da consecución dos obxectivos previstos co menor gasto de recursos e instrumentos” (2011: 674-675). Se iso é así, non hai motivo ningún para descartar o emprego da mediación e a arbitrase en aras dunha xustiza máis áxil para os asuntos tributarios.

En terceiro lugar, a practicabilidade, ao igual que a simplificación, non só opera na esfera legislativa na que a norma debe ser deseñada de acordo cos atributos da claridade, a sinxeleza e a abstracción, senón que tamén actúa no plano aplicativo do Dereito tributario evitando a pendencia de recursos sen resolver durante dilatados períodos de tempo. É aquí onde entran en xogo os medios alternativos de resolución de litixios procurando a efectividade inmediata do crédito tributario, ante o excesivo atraso no ingreso de débedas frecuentemente suspendidas a causa dos recursos presentados en vía administrativa ou xurisdiccional (VV.AA., 2013: 26). Nesta mesma liña, FERREIRO considera que non está defendendo o interese xeral quen poida preferir a recadación aprazada en virtude dun litixio ao pagamento inmediato que debe rexer o acordo (2005: 242).

No plano das medidas autocompositivas, LÓPEZ DÍAZ identificou as vantaxes da súa introdución diferenciándoas en tres grupos: político-organizativas, xurídicas e económicas (2005: 690-694). As primeiras fomentan a participación dos cidadáns na toma de decisións públicas e “esa participación achega ese maior grao de democratización da actuación administrativa”, a cal é unha das esixencias do Estado Social de Dereito. A xuízo do citado autor, “as novas funcións da Administración, non limitada á simple aplicación automática de normas unívocas, require dese esforzo a través da participación dos destinatarios da actuación, o que, á súa vez, redundará nunha maior eficacia” (2005: 692). Desde logo non é esta unha opinión nin moito menos illada no seo da doutrina, senón que tamén participan da mesma idea FERREIRO LAPATZA (2005: 241-242), CATARINO e GOMES FILIPPO (2011: 626-628), e SERRANO ANTÓN (2011: 676-677).

As vantaxes xurídicas das técnicas autocompositivas son evidentes: reforzase a seguridade xurídica do contribuínte (coñecemento e certeza do Dereito, confianza dos cidadáns e previsibilidade); relativízase o maior custo que supón o acceso aos tribunais de xustiza cando os asuntos litixiosos son de escasa ou reducida contía; por último, as fórmulas autocompositivas e heterocompositivas optimizan o emprego dos recursos públicos —singularmente os medios humanos e materiais ao servizo dos tribunais de xustiza— xa que estes poden dedicarse a resolver con maior eficacia os asuntos máis complexos (LÓPEZ DÍAZ, 2005: 693).

Desde un punto de vista económico, non cabe dúbida que se aprecia unha notable redución dos custos ocasionados polo conflito, e iso sen obviar que o maior atraso na resolución dunha controversia tributaria orixina a obriga de satisfacer intereses de demora —a cargo do particular ou da Administración— mentres dura o proceso de revisión en vía administrativa ou xudicial (LÓPEZ DÍAZ, 2005: 693-694).

Por outra parte, existen unha serie de razóns derivadas da experiencia contrastada doutros ordenamentos xurídicos comparados, que demostran as moitas vantaxes e escasos inconvenientes da utilización de técnicas extraxudiciais de resolución de conflitos de natureza tributaria.

Por exemplo, no Dereito italiano constitúe unha boa mostra diso o seu modelo de *accertamento con adesione* (CASAS AGUDO, 2011: 705-706). Trátase dunha comprobación

na que tanto a Administración tributaria como o contribuínte formulan, por escrito e formalmente, as súas propostas e contrapropostas, chegando a unha solución pactada (DE FLORA, 2008: 146-198). Ademais, o contribuínte beneficiase dunha importante redución nas sancións. Como explica ANDRÉS AUCEJO, “o *accertamento con adesione* é unha figura de natureza convencional ínsita no procedemento de xestión tributaria italiano, polo cal Administración e contribuínte —xa sexa a instancia de oficio, xa sexa a instancia de parte— procuran chegar a un acordo ante incertezas de feito ou dereito sobre a determinación do débito tributario. Tal acordo formalízase por escrito no denominado «atto di accertamento con adesione» asinado pola Administración e subscrito polo contribuínte. A adhesión do suxeito e conseguinte subscrición do *accertamento* comporta, dun lado, a redución ata un cuarto do mínimo da sanción que no seu caso tiver correspondido, doutro, a imposibilidade de impugnación, de maneira que, se o contribuínte perfecciona o acto mediante o ingreso da débeda convida, o «atto di accertamento con adesione» devén eficaz, poñendo fin ao procedemento, non cabendo recurso ulterior sobre o seu contido; contido que deberá respectar tamén a Administración, quen non poderá modificar o *atto di accertamento* agás casos excepcionais taxados na norma” (2010: 35; e 2008: 47-77).

Tamén Portugal se sumou aos países occidentais que se decantan pola utilización de técnicas arbitrais, e fíxoo mediante o Decreto-Lei 10/2011, de 20 de xaneiro, no que se regula a composición e funcións dos órganos e tribunais arbitrais adscritos ao *Centro de Arbitragem Administrativa*¹. Os seus laudos, ditados nun prazo máximo de seis meses, son vinculantes sempre que a Administración afectada se adhirese ao devandito Centro. O Ministerio de Finanzas portugués fíxoo para os asuntos litixiosos que non superen os 10.000 euros. Para as controversias de importe superior deben concorrer unha serie de requisitos adicionais, entre os que destacan que o árbitro desempeñase funcións como maxistrado en tribunais tributarios e que teña o título de *Doutor en Direito Fiscal*.

Por último, ben merecen unha reflexión as propostas previas de tributación contempladas, non na normativa estatal española, senón nas normas forais dos Territorios Históricos do País Vasco. Para MERINO JARA, as devanditas propostas permiten “que os obrigados tributarios formulen á administración o coñecemento previo de determinadas operacións de especial complexidade, aos efectos de que esta se pronuncie con antelación á realización do feito impositivo en canto á súa conformidade ou desconformidade co tratamento tributario proposto pola persoa interesada, no que á operación concreta se refire. Atopámonos ante un suposto de cuantificación anticipada da débeda tributaria” (2011: 743). As operacións de especial transcendencia ou complexidade que contemplan as normas forais de Guipúzcoa e Vizcaya son, entre outras, as seguintes: operacións de reestruturación empresarial (fusións, escisións, etc.); operacións de reorganización de patrimonios de persoas físicas; aquelas nas que estean implicadas outras administracións tributarias ou que posúan unha dimensión internacional; operacións ou negocios xurídicos cuxo importe supere os 600.000 euros, etc.

Polo demais, a aprobación pola Administración tributaria dunha proposta previa de tributación vinculará ao devandito ente público, o cal estará obrigado a aplicar o contido da proposta aprobada, agás que se acredite que as circunstancias expostas na proposta no se axustan á realidade ou que se modificou a normativa aplicable. As vantaxes destas fórmulas concréntanse na bilateralidade, na instantaneidade e na posibilidade de coñecer a argumentación do interlocutor, ao tempo que potencian o principio de seguridade xurídica (MERINO JARA, 2011: 751).

IV. A PLURALIDADE DE PROPOSTAS *DE LEGE FERENDA* SOBRE A REGULACIÓN TRIBUTARIA DA MEDIACIÓN E A ARBITRAXE NO DEREITO ESPAÑOL

A partir das consideracións e conclusións acadadas nos apartados precedentes, parece oportuno formular algunhas propostas que fagan posible a introdución da mediación e a arbitrase no Dereito tributario español. Foron moitas as voces, tanto desde o eido estritamente académico como desde distintos sectores profesionais, que formularon proposicións moi definidas de por onde debería avanzarse na implantación de técnicas heterocompositivas que encaixasen no actual marco normativo e constitucional español. Salientaremos a continuación aquelas que concitaron un maior grao de consenso nos distintos foros científicos e profesionais.

O Informe da Comisión para o estudo e proposta de medidas para a reforma da Lei Xeral Tributaria, de 2001, propuxo tres posicións doutriniais diferentes sobre a forma de regular a arbitrase. A proposta cun desenvolvemento máis acusado defendía unha arbitrase tributaria caracterizada polas seguintes notas: a) Ha de tratarse dunha arbitrase en Dereito e non en equidade. b) A arbitrase debe estar encomendada a órganos administrativos especializados, prefixados e determinados conforme a unhas normas de competencia fixadas de antemán. c) As materias que se sometan a arbitrase deben ser obrigatorias —sen posibilidade de acudir ás vías tradicionais de recurso en vía administrativa-, sinxelas e de doada verificación (valoracións, taxación pericial contraditoria, notificacións, enderezo fiscal, taxas ata unha determinada contía, erros de feito, etc.). d) A arbitrase debe ser gratuíta e só nos casos en que o árbitro aprecie temeridade ou má fe imporá as custas a quen corresponda (VV.AA., 2001: 227-232).

Unha segunda proposta da citada Comisión apostou por unha arbitrase baseada en cinco puntos: a) A arbitrase ha de ser de equidade, pois do que se trata é de ofrecer unha solución xusta aos casos en que a norma, aínda que ben aplicada, dá lugar a situacións contrarias á equidade. b) O árbitro non debe ser unipersoal nin tampouco funcionario da Administración tributaria. c) A arbitrase, por ser de equidade, debería limitarse a asuntos dunha contía moi reducida. d) A arbitrase debe configurarse como voluntaria. e) No debe existir, con carácter xeral, posibilidade de recurso fronte ao laudo (VV.AA., 2001: 233).

A terceira posición que xurdiu no seo da Comisión para o estudo e reforma da LXT fixo especial fincapé na imposibilidade constitucional de limitar a arbitrase por razón da contía, pois iso suporía aplicar estas fórmulas só aos menos dotados economicamente o que sería contrario ao principio de igualdade ante a lei. Polo demais, tamén avoga porque a arbitrase non deba encomendarse a unha das partes senón a árbitros independentes. Por último, esta terceira liña de opinión sinala que as cuestións susceptibles de arbitrase non deben afectar exclusivamente a feitos senón a outros asuntos nos que a distinción feito-dereito non é tan sinxela, tales como presuncións, conceptos xurídicos indeterminados, supostos de estimación indirecta, operacións vinculadas, valoracións, etc. (VV.AA., 2001: 233-234).

Posteriormente, a Comisión creada ao ano seguinte e que elaborou o “Informe sobre o Borrador do Anteproxecto da nova Lei Xeral Tributaria”, apenas achegou nada ao respecto, agás para salientar a conveniencia de que se estudase a posibilidade de introducir no futuro unha medida específica que favorecese a conciliación e a arbitrase (VV.AA., 2002: 98-99). En concreto, propúxose que no escrito de interposición da reclamación económico-administrativa, o recorrente puidese solicitar, como alternativa ao procedemento económico-administrativo, a celebración dun acto de conciliación que, no caso de desacordo entre

as partes, dese lugar a unha arbitrase ante un órgano unipersoal do Tribunal Económico-Administrativo correspondente. Trataríase polo tanto dunha arbitrase residenciaada nos propios Tribunais Económico-Administrativos e cos mesmos efectos que as actas con acordo, isto é, cunha redución das sancións impostas. A xuízo da devandita Comisión, esta medida conseguiría fomentar o entendemento entre os obrigados tributarios e a Administración con vistas a reducir o inxente volume de litixiosidade existente e, por ende, a excesiva tardanza e lentitude no actual sistema de reclamación económico-administrativa e ulterior recurso contencioso na vía xurisdiccional (VV.AA., 2002: 99).

Pola súa parte, a Asociación Española de Asesores Fiscais (AEDAF) manifestou no seu día a súa contrariedade ante o feito de que a LXT de 2003, concretamente o seu Anteproxecto, non introducise ningunha fórmula arbitral na resolución de conflitos entre a Administración e os contribuíntes. En tal sentido, a AEDAF formulou unha proposta articulada arredor de tres supostos e figuras distintas cuxas diferenzas derivan das materias e contías sobre as que verse a controversia (VV.AA., 2003: 48-50; e GARCÍA NOVOA, 2002: 97-98):

- 1) Cando a desconformidade do contribuínte respecto das liquidacións realizadas pola Administración fose igual ou superior a 3.000 euros, a resolución, a instancia do contribuínte, poderíase ditar polo Consello para a Defensa do Contribuínte (órgano técnico e independente adscrito ao Ministerio de Facenda), que resolvería en equidade.
- 2) Cando a discrepancia versase exclusivamente sobre feitos ou valoracións de natureza técnica, a Administración e o contribuínte poderán someterse ao criterio dun tribunal de árbitros, previa renuncia a ulteriores recursos. Só poderán integrar o devandito órgano arbitral aquelas persoas con capacitación e titulación técnica axeitada á natureza dos feitos.
- 3) Para as restantes cuestións derivadas da aplicación dos tributos, calquera que sexa a súa contía, a AEDAF propón un sistema de arbitrase baseado nos seguintes principios:
 - a) O órgano de arbitrase resolverá en Dereito, non en equidade.
 - b) O prazo máximo de duración do procedemento será de tres meses.
 - c) A procedencia da solución arbitral farase a petición do interesado, a cal será vinculante para a Administración.
 - d) A resolución que dite o tribunal arbitral non será susceptible de ulterior recurso, agás os que procedan contra esta clase de órganos.
 - e) Cada comisión ou tribunal comporase de tres membros, o Presidente e dos vogais. Un dos vogais será designado polo contribuínte e o outro pola Administración. O Presidente será elixido de común acordo polo particular e a Administración de entre unha lista de profesionais ou funcionarios independentes con titulación axeitada e acreditada especialización en Dereito tributario, lista que se confeccionará polo Ministerio de Facenda.

Tampouco faltaron institucións académicas de ámbito internacional que expresasen, con propostas concretas *de lege ferenda*, a súa favorable predisposición á incorporación da arbitrase nos ordenamentos internos dos seus países membros. Un dos foros científicos máis concluíntes ao respecto foi o Instituto Latinoamericano de Dereito Tributario (ILADT) con ocasión das súas XXII Xornadas, celebradas en Quito en 2004. Deixando á marxe as súas propostas en materia de arbitrase internacional, as recomendacións máis destacadas do ILADT sobre a arbitrase tributaria no plano do Dereito interno poden sintetizarse nos seguintes puntos:

- a) A denominación de arbitrase tributaria debe reservarse exclusivamente para a técnica de solución de controversias en materia tributaria consistente en someter a decisión

dun diferendo a un órgano non pertencente á xurisdición ordinaria estatal, cuxo laudo ten a mesma forza que unha sentenza.

- b) A lei debe regular os acordos tributarios entre a Administración e os suxeitos pasivos, que na práctica adóitanse acadar, precisando os seus supostos, contido, alcance, condicións, oportunidades de admisión e efectos.
- c) A lei debe asegurar que os acordos tributarios que se celebren sexan transparentes e que a súa documentación conteña necesariamente o fundamento da súa adopción, os seus antecedentes, os elementos de feito, os motivos xurídicos e a cuantificación da débeda tributaria.
- d) Os acordos tributarios deberían prever a intervención de órganos administrativos dotados de independencia funcional respecto daqueles axentes fiscais que interviron previamente nos procedementos de verificación, fiscalización ou determinación.
- e) É aconsellable contemplar a arbitraje para diferendos que se produzan en materia tributaria entre entes públicos, en países de réxime federal ou de réxime unitario descentralizado onde coexisten potestades tributarias ou de creación, as cales poden entrar en colisión.
- f) Os contribuíntes deben ter o dereito de instar e coadxuvar no procedemento arbitral tributario.
- g) Os laudos arbitrais deben ser obrigatorios para as autoridades fiscais e para o contribuínte, con autoridade de cousa xulgada².

Por último, sen descartar a eventual operatividade das citadas propostas do ILADT sobre a arbitraje, tamén parece aconsellable explorar as posibilidades da mediación como instrumento dirixido a evitar unha eventual controversia tributaria, de modo particular cando se suscita unha incerteza obxectiva respecto á vontade do lexislador ou á realidade dos feitos con transcendencia tributaria (GONZÁLEZ-CUÉLLAR, 2010: 266-267; e ANDRÉS AUCEJO, 2010: 9 e seguintes). A tal efecto, sería necesario diferenciar segundo que a figura do mediador a intervir entre a Administración tributaria e o particular actuase con carácter previo á emisión do acto de liquidación tributaria (no seo dos procedementos de xestión tributaria) ou ben con posterioridade ao devandito acto (na vía económico-administrativa).

Segundo a GONZÁLEZ-CUÉLLAR (2010: 268-271), no primeiro caso a mediación podería aproximar posicións despexando a posible incerteza e faríao mediante un acordo que tivese carácter preparatorio da liquidación tributaria. Para sortear a posible conculcación do dereito á tutela xudicial efectiva, a intervención do mediador debería ter carácter voluntario para o particular, e a figura de mediador podería recaer nunha oficina técnica especializada, no defensor do contribuínte ou nun superior xerárquico ao funcionario instrutor do procedemento de xestión. Por último, un aspecto non menos relevante desta primeira hipótese atinxe á natureza e efectos do acordo acadado entre a Administración e o obrigado tributario: trataríase “dun acordo de fixación” coa forza vinculante propia destes negocios xurídicos. Por conseguinte, o posterior acto administrativo de liquidación deberá reflectir o contido dese acordo previo e o particular tributará de acordo a este último sen posibilidade de impugnación da liquidación, agás que no acordo de fixación concorresen causas de nulidade ou vicios de consentimento (GONZÁLEZ-CUÉLLAR, 2010: 271-272).

Finalmente, na segunda hipótese formulada, isto é, a mediación que opera cando a controversia xa está residenciada na vía económico-administrativa previa á contenciosa, trataríase de instaurar unha “mediación institucional”, a modo de órgano colexiado especializado en Dereito tributario e con independencia funcional, en ocasións substitutivo

dos actuais tribunais económico-administrativos e noutras inserido no procedemento de reclamación ante estes últimos. Por exemplo, FERREIRO propón empregar na vía económico-administrativa órganos unipersoais que permitan combinar tarefas arbitrais con medidas conciliatorias. Ao mesmo tempo, este autor defende que os Tribunais económico-administrativos abran a súa composición non só a funcionarios da propia Administración tributaria senón tamén a expertos alleos á Administración, o que conduciría a unha maior notoriedade e prestixio dos devanditos Tribunais sobre todo cando actuaran en funcións de mediación e arbitraje (2005: 254-257). En calquera caso, o acordo acadado a instancia do devandito órgano colexiado tería natureza contractual e sería así mesmo vinculante para ambas as dúas partes (GONZÁLEZ-CUÉLLAR, 2010: 273-276).

En conclusión, o ordenamento tributario español ten aínda por diante un longo camiño que percorrer para facer realidade calquera das distintas propostas *de lege ferenda* que acabamos de formular. Non facelo significa ignorar que a mediación e a arbitraje constitúen medios extraxudiciais de resolución de controversias que, ben configurados, en modo ningún baten cos principios e regras básicas informantes do Dereito tributario. Os tempos actuais demandan solucións aos conflitos nos que a defensa do interese público pola Administración non debe estar reñida coa esperada eficacia e axilidade desta última en procurar a efectividade do crédito tributario.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS AUCEJO, Eva (2008): *La resolución alternativa de conflictos tributarios en Italia*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- ANDRÉS AUCEJO, Eva (2010): "Mecanismos convencionales y transaccionales de resolución de conflictos en Derecho Tributario Nacional y Comparado. La mediación en Derecho Tributario: una propuesta *de lege ferenda*", *Quincena Fiscal*, 21 (versión electrónica BIB 2010/2454): 1-39.
- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan (1994): *Las actas de la Inspección de los Tributos*. Madrid: Civitas.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto Orlando (2010): *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. Cizur Menor: 3ª edic., Aranzadi.
- CASAS AGUDO, Daniel (2011): "Sobre la admisibilidad constitucional y dogmática de los mecanismos consensuales y negociales de aplicación de los tributos. Especial mención al ordenamiento italiano", en VV.AA.: *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario. Estudios en honor a Andrea Amatucci*. Bogotá — Napoli: Volume V, Editorial Temis — Jovene Editore.
- CATARINO, Joao Ricardo e GOMES FILIPPO, Luciano (2011): "L'arbitrato nel diritto tributario: stato attuale e prospettive", en VV.AA.: *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario. Estudios en honor a Andrea Amatucci*. Bogotá — Napoli: Volume V, Editorial Temis — Jovene Editore.
- DE FLORA, Menita Giusy (2008): *Modalità alternative di gestione del procedimento tributario*. Salerno: Università degli Studi di Salerno.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan (2005): *La justicia tributaria en España*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- GARCÍA NOVOA, César (2002): "Mecanismos alternativos para la resolución de controversias tributarias. Su introducción en el Derecho español", *Revista Técnica Tributaria*, 59: 71-98.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, María Luisa (2010): "La posibilidad de incorporar la mediación como forma de terminación convencional de los procedimientos tributarios", en VV.AA.: *Tratado sobre la Ley General Tributaria*. Cizur Menor: Tomo II, Aranzadi.
- LÓPEZ DÍAZ, Antonio (2005): "Autocomposición de intereses en materia tributaria", en VV.AA.: *Estudios de Derecho Tributario en homenaje al Profesor Calvo Ortega*. Valladolid: Tomo I, Lex Nova.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Yolanda (2004): *Las actas con acuerdo en la nueva LGT*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- MERINO JARA, Isaac (2011): "Las propuestas previas de tributación en el País Vasco", en VV.AA.: *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario. Estudios en honor a Andrea Amatucci*. Bogotá — Napoli: Volume V, Editorial Temis — Jovene Editore.
- SERRANO ANTÓN, Fernando (2011): "Métodos alternativos de solución de conflictos en materia tributaria: admisibili-

- dad, compatibilidad constitucional y remedio a la litigiosidad”, en VV.AA.: *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario. Estudios en honor a Andrea Amatucci*. Bogotá — Napoli: Volume V, Editorial Temis — Jovene Editore.
- VICENTE-ARCHE COLOMA, Paula (2005): *El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- VV.AA. (2001): *Informe para la Reforma de la Ley General Tributaria*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- VV.AA. (2002): *Informe sobre el Borrador del Anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria*. Madrid: Secretaría de Estado de Hacienda.
- VV.AA. (2003): *Informe de la Asociación Española de Asesores Fiscales al Anteproyecto de Ley General Tributaria*. Madrid: Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF).
- VV.AA. (2013): “La conveniencia de la implantación de fórmulas transaccionales y arbitrales en materia tributaria”, *Papers AEDAF*, 8: 9-33.

NOTAS

- * O presente traballo baséase parcialmente nunha comunicación presentada polo autor ao II Congreso Internacional “Mediación: Aproximación psicológica y jurídica”, celebrado en Ourense os días 23, 24 e 25 de outubro de 2013.
1. Vid. <http://www.caad.org.pt/userfiles/file/CAAD%20AT%20-%20RJAT%20Consolidadeo%20-%202013-01-01.pdf> (17-02-2014).
 2. Vid. <http://www.iladt.org/FrontEnd/ResolutionDetailPage.aspx> (17-02-2014).

ALBERTO VAQUERO GARCÍA (VAQUERO@UVIGO.ES)_Profesor Titular do Departamento de Economía Aplicada da Universidade de Vigo, España

Reflexións sobre o sistema de financiamento das comunidades autónomas de réxime común: receitas para a comunidade autónoma de Galicia

Reflexiones sobre el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común: recetas para la comunidad autónoma de Galicia

Considerations about the Financing Scheme of Autonomous Regions of Ordinary System: Some Recipes for Galicia

&Resumo: O sistema de financiamento autonómico en España experimentou numerosos cambios que trataron de mellorar a capacidade financeira-fiscal dos gobernos rexionais. Porén, aínda non se acadou un modelo que permita dotar de suficiente autonomía. O obxectivo deste artigo é realizar un conxunto de recomendacións en materia financeira-fiscal para a comunidade autónoma de Galicia.

&Palabras clave: descentralización, comunidades autónomas, competencias.

&Abstract: The financing system of Spanish autonomous regions has undergone numerous changes that have tried to improve the financial and fiscal capacity of regional governments. However, it has not yet achieved a model to provide sufficient autonomy. The objective of this paper is to make a set of recommendations on financial and tax matters for Galicia.

&Key words: decentralization, regional government, competencies.

I. INTRODUCCIÓN

A estrutura da facenda autonómica en España é o resultado dun proceso iniciado fai cinco lustros coa aprobación dos primeiros estatutos autonómicos. Desde entón, a Administración Xeral do Estado foi transferindo competencias aos gobernos rexionais.

Este proceso de transferencias competenciais implicou a necesidade de configurar un novo sistema de financiamento, que permitise garantir a obtención dos recursos necesarios para exercer as competencias que se foron asumindo.

Os catro piares básicos sobre os que se conforma a base do sistema de financiamento: autonomía, solidariedade, igualdade e coordinación deron lugar a modelos distintos de facendas autonómicas e, mesmo dentro do mesmo modelo, diferentes teitos competenciais.

Malia os importantes esforzos dedicados a mellorar a descentralización dos gastos e dos ingresos, a realidade amosa como aínda queda moito camiño por percorrer. Unha das queixas máis estendidas é que a meirande parte dos esforzos, en vez de orientarse a configurar un modelo de facenda autonómica máis perfeccionado, se destinaron a culminar un proceso de transferencia de servizos e competencias. Polo tanto, se ten que seguir traballando en descubrir cal é o volume de gasto asociado ás competencias de cada comunidade e a forma de financialo. Unicamente así se acadará unha vinculación efectiva entre os gastos e os ingresos das Comunidades Autónomas (CC.AA).

O artigo que se presenta ten a seguinte estrutura. Tras esta introdución, no apartado segundo analízase a xestión pública e os principios de reforma do financiamento autonómico. O terceiro apartado se centra en xustificar, desde a perspectiva teórica, a descentralización fiscal. O cuarto apartado presenta as competencias do gasto e a descentralización fiscal. O apartado quinto afonda en algúns resultados da descentralización fiscal en España. O sexto epígrafe determina o papel das balanzas fiscais desde a perspectiva da descentralización de competencias. No sétimo apartado realízase unha reflexión, tanto a nivel xeral como para a Comunidade Autónoma de Galicia, sobre os modelos de reforma do sistema de financiamento autonómico. Remata o artigo cunha serie de recomendacións.

II. A XESTIÓN PÚBLICA E OS PRINCIPIOS DE REFORMA DO FINANCIAMENTO AUTONÓMICO

Unha das cuestións que máis interese xera no campo da xestión pública é o modelo de organización territorial do Estado, e en especial, as relacións económico-financeiras entre o Estado e as CC.AA.

Así, ata a década dos anos 70 o sector público español tiña unha dimensión moi reducida, xestionando ao redor do 25% do PIB, fronte ao 40% na UE. Este resultado se debía a que no noso país, a actividade pública se centraba nos sectores tradicionalmente xestionados polo sector público e o control da actividade privada.

Co paso do tempo pasouse dun sector público que xestionaba unicamente os servizos públicos básicos (xustiza, defensa, seguridade cidadá e política exterior), a un escenario onde a actividade pública foi gañando máis peso en políticas de protección e promoción social (pensións, outras prestacións económicas, servizos sociais, fomento do emprego, desemprego ou acceso á vivenda), produción de bens públicos de carácter preferente (sanidade, educación, cultura e atención á dependencia), actuacións de carácter económico (agricultura, pesca e alimentación, industria e enerxía, comercio, industria e pemes, subvencións no transporte, infraestrutura e I+D+i), así como actividades públicas de carácter xeral.

En España, a distribución funcional do gasto por niveis de goberno pon de manifesto o diferente reparto de competencias do sector público. A **táboa 1** permite determinar a distribución de gasto medio por niveis de goberno para o período 2005-2011. Así, a Administración Central é a responsable da prestación de servizos públicos tradicionais: defensa, política exterior, seguridade cidadán e administración de xustiza de ámbito nacional, achegas financeiras a outras Administracións Públicas (AA.PP.) e á UE e a débeda pública. A Administración Central ten un importante papel financiador doutras AA.PP., xa que o 40% do seu gasto son transferencias. O mesmo sucede coa carga da débeda pública, que a soporta especialmente a Administración Xeral do Estado

As CC.AA. son as responsables da oferta de bens e servizos máis próxima aos cidadáns. Así, o 60% do seu gasto é para sanidade e educación, mentres que preto do 12% se destina a servizos económicos, por exemplo, infraestruturas e agricultura.

As Corporacións Locais (CC.LL.) formadas polos concellos e as deputacións, prestan unha oferta de servizos moito máis ampla. O 60% das actividades realizadas son en materia de seguridade cidadán, vivenda, servizos comunitarios, actividades culturais, servizos sociais e protección ao medio ambiente. Finalmente as prestacións sociais son xestionadas conxuntamente pola Seguridade Social e as CC.AA.

Táboa 1: Distribución do gasto público por niveis de goberno (2005-2011)

	Estado	CC.AA.	CC.LL.
Gastos de funcionamento	23%	55%	22%
Investimento Público	30%	43%	27%
Intereses da débeda	80%	15%	5%
Prestacións sociais	Compartida coa Seguridade Social		

Fonte: Elaboración propia a partir de datos de Eurostat (2013)

A xestión do gasto debe ter unha contrapartida sobre os ingresos. Desta forma, os gobernos que teñen a capacidade para decidir en que y canto van gastar, deben ter a capacidade para decidir canto van ingresar. Desta forma o sistema de descentralización impositiva debe garantir aos gobernos subcentrais a discrecionalidade suficiente para determinar o seu nivel de ingresos.

Ademais, a descentralización impositiva debe evitar movementos de persoas ou factores produtivos que procuran unicamente pagar menos impostos. Ao mesmo tempo debe garantir equidade, de forma que o tratamento fiscal debe ser o mesmo entre iguais. Así, os gobernos subcentrais deberían establecer gravames sobre aquelas bases impositivas con menor mobilidade entre xurisdicións.

III. A CONVENIENCIA DA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL

A conveniencia ou non de descentralizar o sector público está moi ligada ás funcións que debe desempeñar. É dicir, haberá determinadas actividades públicas que poderán ser desenvolvidas de maneira máis eficiente pola administración pública central, local, ou rexional.

As administracións rexionais (e tamén as locais) son, polo xeral, pequenas economías cun alto grao de apertura ao exterior (cara a rexións máis próximas). En consecuencia, os obxectivos de estabilización económica serían mellor desenvolvidos por un sector público centralizado. Por exemplo, as políticas contracíclicas en situacións de depresión terán efectos expansivos tanto na localidade que toma tal decisión como nas rexións veciñas, debilitando os beneficios esperados no seo da xurisdición local e, polo tanto, a súa utilidade e conveniencia.

Para que as políticas redistributivas sexan eficaces é necesario que non exista unha gran mobilidade dos recursos (capital, traballo) entre territorios. O grao de mobilidade dos recursos entre xurisdicións do mesmo nivel condicionará a conveniencia de aplicar políticas redistributivas con menor ou maior intensidade por cada goberno. É desaconsellable que xurisdicións pequenas acometan estas políticas xa que se poden producir ineficiencias na localización de recursos, empresas e individuos. Pola contra, os gobernos centrais estarían nas mellores condicións para garantir o seu éxito.

Polo que respecta á utilización das políticas de gasto con obxectivos redistributivos, tamén é posible que se oferten a nivel local. Algúns exemplos poden ser os comedores escolares ou o transporte público urbano.

Diferente é o tema da asignación de recursos. Os bens públicos presentan beneficios indivisibles, posto que son accesibles por igual a todos os cidadáns. Así, nunha administración completamente descentralizada na que os gobernos subcentrais asignan bens públicos locais e estatais, a provisión de bens públicos estatais sería insuficiente, ao ter en conta unicamente unha pequena parte dos beneficios na sociedade. Así, existirían incentivos para que sexan outras comunidades as que fagan a provisión, participando gratuitamente do consumo.

No caso dunha administración completamente centralizada, comprobaríase unha tendencia á provisión ineficiente en todo o ámbito xeográfico. A provisión eficiente daríase cando todos os cidadáns revelasen as mesmas preferencias. Pola contra, a provisión sería ineficiente cando as preferencias son heteroxéneas. Neste escenario, cun sistema de goberno completamente descentralizado é máis probable que un ben público local sexa provisto e consumido de maneira eficiente.

IV. AS COMPETENCIAS DO GASTO E A DESCENTRALIZACIÓN FISCAL

A descentralización fiscal en España foi un proceso que se desenvolveu en varias etapas, debido ao comportamento do gasto público, baseado en tres eixos fundamentais: i) efecto desprazamento ao alza do gasto ata un nivel similar á UE; ii) fonda descentralización do gasto e iii) cambios na natureza e composición do gasto, caracterizado por un menor consumo e investimento público e máis transferencias redistributivas e ás empresas.

O proceso de descentralización fiscal pódese formular en varias etapas:

Primeira etapa (1979-1986). A descentralización desde a Administración Xeral á Administración Autonómica comeza coa aprobación da Lei Orgánica 8/1980, de 22 de setembro, de Financiamento das Comunidades Autónomas (LOFCA). Ata mediados dos 80 prodúcese a maior parte dos traspasos (agás educación e sanidade para as CC.AA. da “vía lenta”). Durante este período levouse a cabo a primeira cesión de competencias de gasto ás CC.AA., á vez que se lle transferían os recursos necesarios para financiar as competencias, a través do método do “custo efectivo”. Ademais, prodúcese unha separación entre os instrumentos destinados ao principio de solidariedade e aqueles que aseguraban un financiamento suficiente dos servizos públicos transferidos desde a Administración Xeral do Estado (Vaquero, 1997).

En 1983 procedeu-se á cesión de algúns tributos do Estado ás CC.AA., aínda que o sistema de financiamento era especialmente transferencias. Nesta primeira etapa as CC.AA. acadan o 20% do gasto público fronte ao 45% da Administración Xeral do Estado.

Segunda etapa (1986-1992). É o denominado “período definitivo”. Iníciase co acordo do Consello de Política Fiscal e Financeira (CPFF) en 1986, no que se establece o método de financiamento para o quinquenio 1987-1991. O acordo de 1986 ven a prorrogar a lóxica do período transitorio, con pequenos retoques no modelo de financiamento (Vaquero, 1997).

A diferenza da primeira etapa, a repercusión orzamentaria dos trasposos foi menor. A principal característica é o mantemento da participación en ingresos do Estado como principal mecanismo de financiamento. Ademais, dótaselle dunha maior estabilidade ao redefinirse a base de aplicación e uns índices de evolución.

Ao final desta etapa as CC.AA. estabilizan a súa participación no gasto arredor do 25%, porén, os problemas de corresponsabilidade fiscal, a necesidade de establecer un conxunto de mecanismos de nivelación financeira e o uso excesivo ao instrumento da débeda quedaron novamente sen solución.

Terceira etapa (1992-1996). Co acordo do CPFF de 20 de xaneiro de 1992 establécese un novo modelo de financiamento para o período 1992-1996. Durante estes anos confirmase o modelo anterior e establécese a necesidade de coordinar o endebamento autonómico para cumprir as condicións do Tratado da UE. En 1993 prodúcese un importante cambio na participación das CC.AA. nos ingresos do Estado, ao establecerse a cesión do 15% da cota líquida territorializada do IRPF (Vaquero, 1997).

Porén, quedan sen resolver os principais problemas do modelo de financiamento das facendas autonómicas, en especial, a corresponsabilidade fiscal e as asignacións de nivelación de servizos públicos esenciais.

Cuarta etapa (1997-2001). Concédese ás CC.AA. capacidade normativa sobre certos aspectos do tramo autonómico do IRPF e dos demais impostos cedidos. A partir de 1999 prodúcese unha segunda gran vaga descentralizadora co trasposo das competencias en educación e sanidade ás CC.AA. que aínda non as tiñan asumidas.

Durante este período tratouse de afondar na corresponsabilidade fiscal, empregando o IRPF como tributo compartido entre a Facenda Central e Autonómica, así como a concesión aos gobernos rexionais de capacidade normativa sobre algúns elementos do tramo autonómico e outros impostos cedidos.

Quinta etapa (2002-2008). O 1 de xaneiro de 2002 comeza o novo sistema de financiamento. A diferenza doutros sistemas, este presenta a característica da súa estabilidade no tempo, xa que os anteriores tiñan unha vixencia quinquenal. Ademais, posúe un carácter integrador, ao comprender varios bloques de competencias das CC.AA.: o tradicional (dentro do cal está a educación) e o novidoso (de asistencia sanitaria e dos servizos sociais da Seguridade Social, que ata 2001 financiábanse á marxe do sistema).

Ademais contéplanse asignacións suplementarias ás CC.AA. para garantir unha prestación dos servizos de educación e sanidade sen grandes diverxencias entre as CC.AA. e unha ampla batería de fondos: renda relativa, desprazados, de compensación interterritorial, etc.

En materia tributaria amplíase o principio de corresponsabilidade fiscal, para mellorar o financiamento das novas competencias e continúaase coa cesión parcial territorializada do IRPF (33%), IVE (35%) e dalgúns Impostos Especiais (II.EE.) nun 40%. Tamén se aproba a cesión do 100% da recadación dos II.EE. sobre a Electricidade, sobre Determinados Medios de Transporte e do Imposto sobre as Ventas Retailistas de Determinados Hidrocarburos (IVMDH).

Ademais, atribúense maiores competencias normativas ás CC.AA. sobre algúns dos impostos cedidos: IRPF, Imposto sobre o Patrimonio (IP), Imposto sobre Sucesións e Doazóns (ISD), Impostos sobre Transmisións Patrimoniais e Actos Xurídicos Documentados (ITPeAXD) e o IVMDH. Precisamente, neste último prevese a aplicación dun tipo autonómico e con afectación da recadación ao financiamento da sanidade ou de actuacións medioambientais (máis coñecido como céntimo sanitario).

Sexta etapa (2009—). Esta comeza coa aprobación da Lei 22/2009, de 18 de decembro, pola que se regula o sistema de financiamento das CC.AA. de réxime común e Cidades con Estatuto de Autonomía e modifícanse determinadas normas tributarias.

Nesta etapa os obxectivos que se formulan son: i) reforzar as prestacións do Estado de Benestar, incrementando os recursos por parte do Estado; ii) aumentar a equidade e a suficiencia financeira, por medio do fondo de garantía dos servizos públicos fundamentais (que terá en conta variables como a poboación, superficie, dispersión, insularidade e poboación protexida equivalente distribuída) e o fondo de suficiencia global; iii) aumentar a autonomía e corresponsabilidade, incrementando a cesión das porcentaxes de cesión dos tributos parcialmente cedidos e o aumento das competencias normativas e iv) mellorar a dinámica e a estabilidade do sistema e da capacidade de axuste ás necesidades dos cidadáns, por medio de mecanismos de axuste dos recursos ás necesidades dos cidadáns e avaliación quinquenal dos resultados do sistema.

Desde unha perspectiva cuantitativa a **táboa 2** permite describir a evolución dos orzamentos consolidados iniciais por CC.AA. do réxime común para o período 2002-2011, reflectindo os cambios producidos. Compróbase como neste decenio os orzamentos autonómicos aumentaron a súa importancia respecto ao PIB, ao pasar do 12,3% en 2002 ao 16,4% en 2011. Porén, o aumento do peso orzamentario non é o mesmo en todas as CC.AA., xa que Estremadura (28,5% do PIB) e Andalucía (22,1% do PIB) son as que reflicten unha maior importancia orzamentaria. A situación contraria dáse na Comunidade de Madrid (9,9%) e Illas Baleares (12,8%). A Comunidade Autónoma de Galicia situábase en 2011 arredor da media, cun 17,5%, e iso considerando o forte descenso do orzamento no último ano da serie, ao que hai que engadir o descenso do PIB rexional desde 2009.

Táboa 2: Orzamentos consolidados iniciais por CC.AA., réxime común (porcentaxe do PIB)

Comunidades Autónomas	2002	2005	2009	2010	2011
Andalucía	19,4	19,5	23,6	23,6	22,1
Aragón	11,1	15,1	18,0	17,6	16,2
Principado de Asturias	12,6	17,3	19,8	20,2	18,9
Illas Baleares	5,8	11,7	13,5	12,9	12,8
Canarias	14,2	14,8	18,5	19,7	16,7
Cantabria	11,1	16,4	18,5	18,4	17,7
Castela e León	12,9	17,4	18,9	18,8	17,5
Castela-A Mancha	16,1	22,1	26,8	26,9	24,0
Cataluña	11,0	12,9	15,5	16,9	16,7
Estremadura	20,6	27,1	32,8	31,4	28,5
Galicia	19,3	19,6	21,6	21,3	17,5
Comunidade de Madrid	6,0	9,4	10,6	10,1	9,9
Rexión de Murcia	9,5	14,2	19,0	18,6	18,0
A Rioxa	9,9	14,7	17,0	17,2	16,1
Comunidade Valenciana	12,0	12,2	14,5	14,6	13,9
CC.AA. réxime común	12,3	14,7	17,3	17,5	16,4

Fonte: Dirección Xeral de Cooperación Autonómica, Ministerio de Facenda e Administracións Públicas (2013)

A **táboa 3** permite establecer unha comparación entre o orzamento consolidado por habitante entre as CC.AA. do réxime común. Así, en termos xerais, o orzamento por habitante en euros correntes pasou dos 2.132 por habitante en 2002 aos 3.617 en 2011, o que reflicte un incremento en termos nominais do 69,6% durante este decenio e case 1.500 euros máis en relación ao primeiro ano estudado. Ao igual que sucedía ao comparar os orzamentos respecto ao PIB, obsérvanse diferentes comportamentos por CC.AA. Así, o Principado de Asturias, Cantabria, Castela— A Mancha, Cataluña e Estremadura son as Comunidades Autónomas que presentan un maior incremento deste ratio. O comportamento da Comunidade Autónoma de Galicia aseméllase máis á evolución media, ao pasar de 2.668 euros por habitante en 2002 aos 3.473 euros en 2011.

Táboa 3: Orzamentos consolidados iniciais por CC.AA. (euros por habitante)

Comunidades Autónomas	2002	2005	2009	2010	2011
Andalucía	2.565	3.162	4.096	4.030	3.764
Aragón	2.079	3.368	4.333	4.246	3.935
Principado de Asturias	1.878	3.196	4.141	4.242	4.032
Illas Baleares	1.202	2.729	3.255	3.070	3.052
Canarias	2.353	2.807	3.644	3.832	3.244
Cantabria	1.897	3.371	4.234	4.152	4.047
Castela e León	2.079	3.449	4.128	4.131	3.930
Castela-A Mancha	2.228	3.610	4.515	4.583	4.076
Cataluña	2.351	3.191	4.047	4.390	4.379
Estremadura	2.349	3.880	5.233	5.076	4.684
Galicia	2.668	3.347	4.217	4.177	3.473
Comunidade de Madrid	1.401	2.567	3.128	2.974	2.895
Rexión de Murcia	1.405	2.499	3.551	3.466	3.347
A Rioxa	1.916	3.296	4.132	4.195	3.924
Comunidade Valenciana	2.021	2.351	2.894	2.190	2.783
CC.AA. réxime común	2.132	3.021	3.809	3.837	3.617

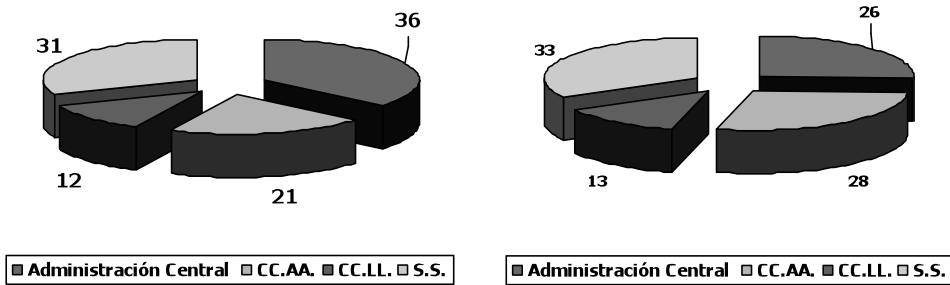
Fonte: Dirección Xeral de Cooperación Autonómica, Ministerio de Facenda e Administracións Públicas (2013)

V. ALGÚNS RESULTADOS DA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL

As cifras acompañan á descentralización desde a perspectiva do gasto (**gráfico 1**). En 1997, a Administración Xeral do Estado xestionaba o 36% do gasto público, que sumado á participación da Seguridade Social (31%), acadaba dúas terceiras partes do gasto público total. Nese ano as CC.AA. xestionaban o 21% do gasto e as CC.LL. o 12%.

En 2011 as porcentaxes anteriores amosan un cambio importante, posto que a participación do gasto público por parte da administración central redúcese en 10 puntos, ata o 26%, aumentando lixeiramente a participación da Seguridade Social (33%) e das CC.LL. (13%), pero de forma considerable a porcentaxe de xestión das CC.AA. (28%). Polo tanto, sumando a capacidade de xestión dos gobernos autonómicos e locais, obtense como o 41% é xestionado polas administracións subcentrais.

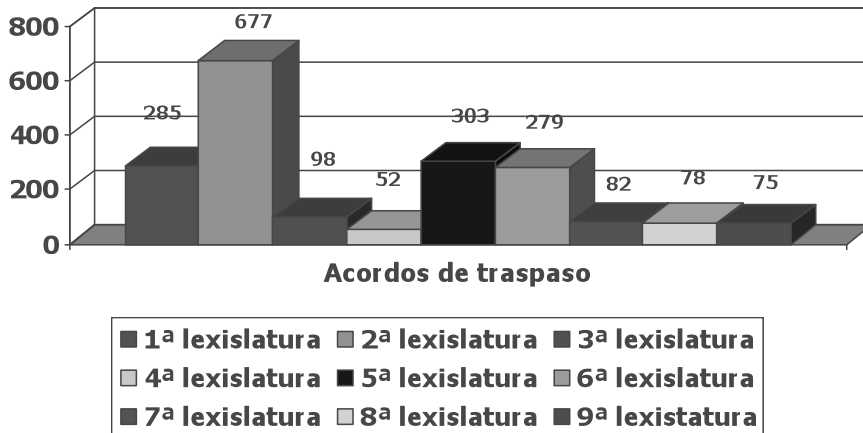
Gráfico 1: Estrutura porcentual do gasto público por administración pública (1997 e 2011)



Fonte: IGAE (Varios anos)

O anterior, sen dúbida, é froito da inxente actividade dos acordos de traspasos de competencias desde a Administración Xeral do Estado e as CC.AA, en especial na segunda, quinta e sexta lexislatura, tal e como queda reflectido no gráfico 2.

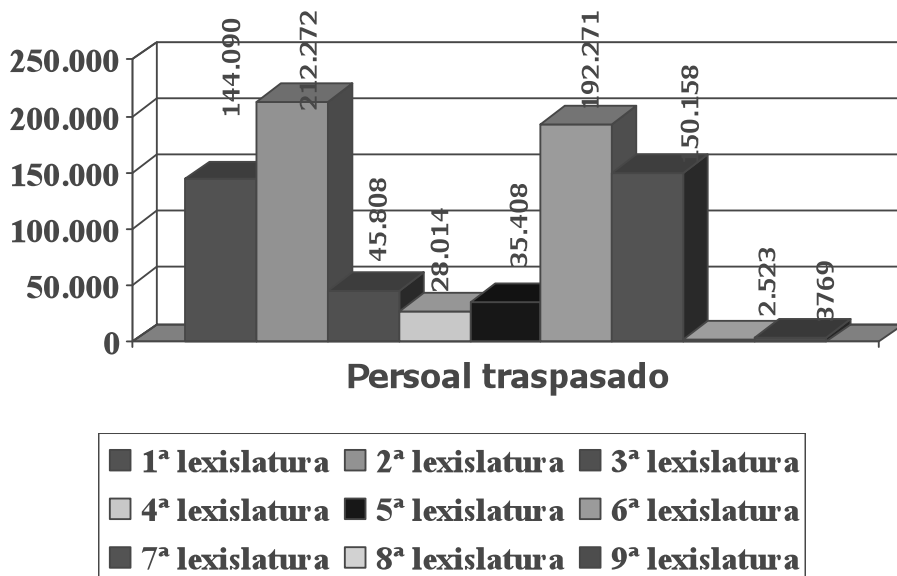
Gráfico 2: Evolución dos acordos de traspaso ás CCAA (1979-2011³)



Fonte: Gil e Iglesias (2007) e elaboración propia a partir dos acordos de traspaso

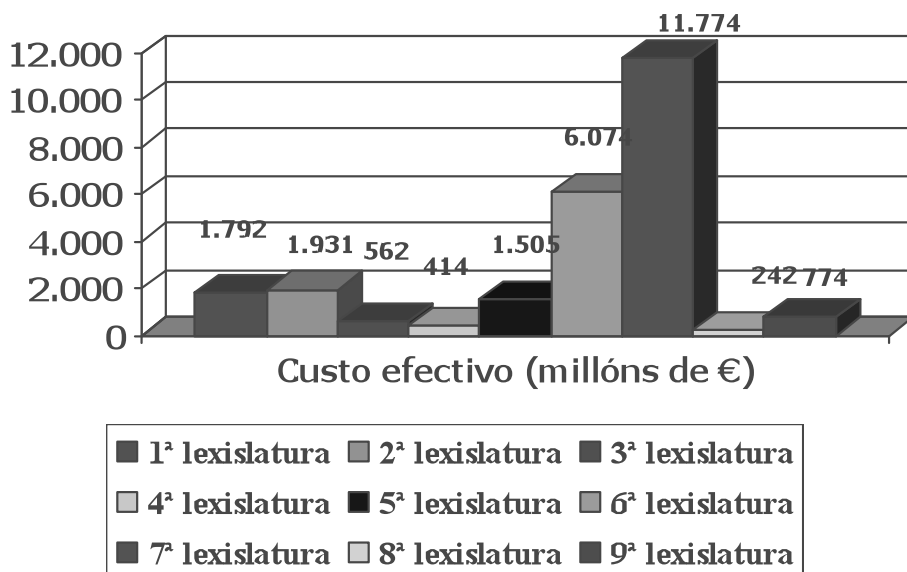
Ademais dos efectos sobre a xestión do gasto público, o crecente proceso de descentralización trouxo consigo un traspaso do persoal desde a Administración Central cara as CC.AA, especialmente na segunda, sexta e sétima lexislatura (gráfico 3) é un aumento dos fondos transferidos en base aos devanditos acordos de traspaso, especialmente na sexta e sétima lexislatura (gráfico 4).

Gráfico 3: Evolución dos efectivos persoais dos acordos de traspaso ás CCAA (1979-2011)



Fonte: Gil e Iglesias (2007) e elaboración propia a partir dos acordos de traspaso

Gráfico 4: A evolución dos fondos transferidos en base aos acordos de traspaso ás CC.AA. (en millóns de euros)



Fonte: Gil e Iglesias (2007) e elaboración propia a partir dos acordos de traspaso

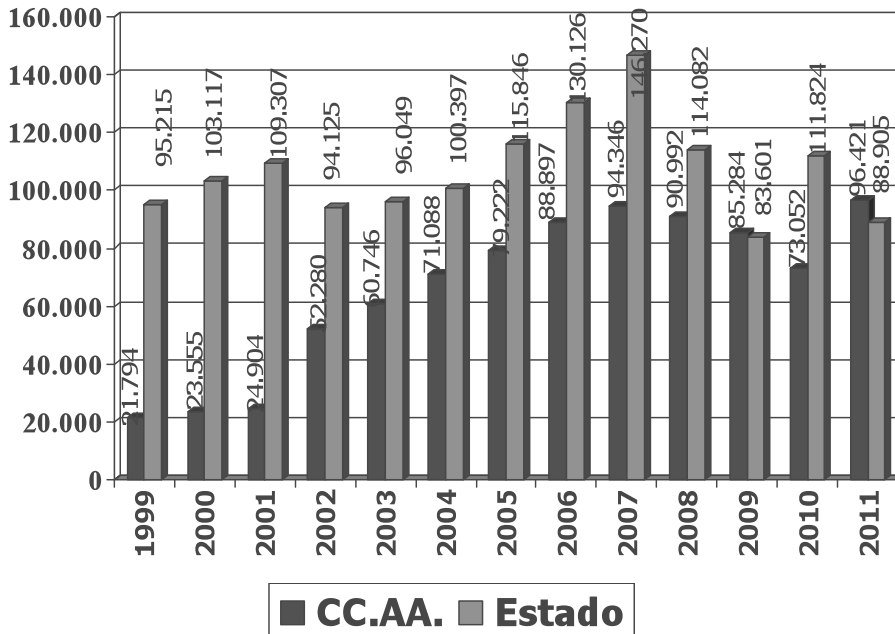
As CC.AA. non empregaron de forma significativa a capacidade que confire a LOFCA para o deseño dunha política fiscal diferenciada. Polo tanto, fronte a rápida descentralización do gasto, a aplicación aos ingresos foi moito máis serodia. Este escaso interese por unha política fiscal diferenciada responde a un proceso de competencia fiscal entre as CC.AA., xa que o incremento do gasto autonómico foi sendo financiado principalmente pola vía dos déficits públicos.

As posibilidades de creación de tributos atópanse moi limitadas, xa que non se poden establecer gravames sobre os feitos impositivos sometidos a tributación polo Estado.

En tributos propios a capacidade é bastante escasa e non se aplican recargos sobre os tributos estatais. O mesmo acontece coa posibilidade de usar a capacidade normativa sobre os tributos cedidos e o tramo autonómico do IRPF, aínda que si para establecer beneficios fiscais aos contribuíntes.

O **gráfico 5** sinala a recadación total para os capítulos I, II e III e a participación das CC.AA. nos impostos con recadación cedida para o período 1999-2011. Como se pode comprobar, o período analizado amosa claramente os cambios en materia fiscal que se traducen nunha maior recadación das CC.AA., debido á cesión de impostos e, sobre todo, ao incremento da participación no IRPF e o IVE, superando en 2011 a recadación autonómica aos ingresos estatais.

Gráfico 5: Recadación total, capítulos I, II, III e participación das CC.AA. no IRPF, IVE e II.EE. e recadación do Estado (en millóns de euros)

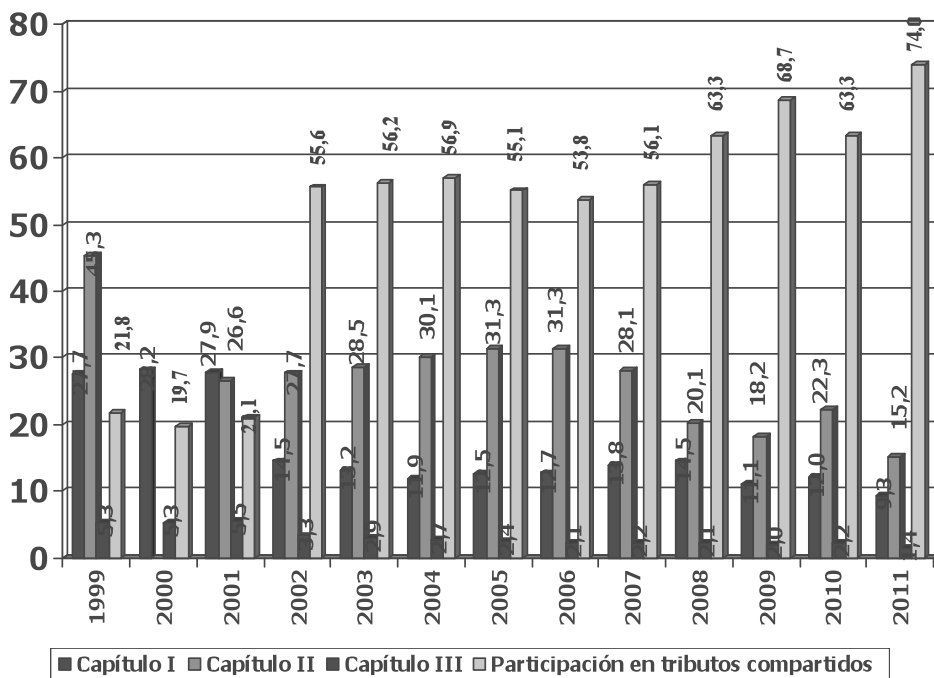


Fonte: Memorias da Administración Tributaria (Varios anos). Ministerio de Facenda e Administracións Públicas.

A distribución porcentual da recadación total para os capítulos I, II, III e participación das CC.AA. no IRPF, IVE e II.EE, queda reflectida no **gráfico 6**. Como se pode comprobar en 1999 o capítulo I (27,7%) e, especialmente, o capítulo II (45,3%) son as principais fontes de ingresos. A participación en tributos compartidos supón o 21,8% dos ingresos totais, mentres que o capítulo III unicamente supón o 5,3%. A partires de 2002, coa cesión do 15% da recadación territorializada do IRPF ás CC.AA. a porcentaxe de participación en tributos compartidos aumenta ata o 55,6% da recadación total, porcentaxe que se mantén ata 2007. En 2008 prodúcese un aumento da participación, consecuencia do incremento da participación no IRPF e o IVE. En 2011 de novo aumenta a recadación.

O resto dos capítulos reducen a súa importancia relativa debido ao aumento da participación das CC.AA. nos impostos estatais. Para 2011 as porcentaxes relativas acadan o 9,3% para o capítulo I, 15,2% para o capítulo II e o 1,4% para o capítulo III.

Gráfico 6: Recadación total, capítulos I, II, III e participación das CC.AA. no IRPF, IVE e II.EE.(en porcentaxe)



Fonte: Memorias da Administración Tributaria (Varios anos). Ministerio de Facenda e Administracións Públicas.

VI. O PAPEL DAS BALANZAS FISCAIS DESDE A PERSPECTIVA DA DESCENTRALIZACIÓN DE COMPETENCIAS

Como foi sinalado o papel das transferencias é importante para o financiamento das CC.AA. Para determinar o saldo da actividade financeira da Administración Central (incluíndo a Seguridade Social) nun determinado territorio empréganse as balanzas fiscais. As balanzas fiscais (Gobierno de España, 2012) supoñen un instrumento de información económica que trata de imputar a cada territorio os ingresos e gastos do sector público nun determinado momento para calcular o saldo fiscal (positivo ou negativo) territorializado.

Polo tanto, trátase de medir a diferenza entre os ingresos xerados e os gastos realizados pola Administración Central nunha determinada Comunidade Autónoma. Desta forma, se o conxunto da poboación dun determinado territorio paga unha cantidade de impostos que supera os beneficios que recibe en forma de servizos públicos ten déficit fiscal. Pola contra, se os servizos percibidos superan os impostos satisfeitos, o territorio ten superávit fiscal.

A análise das balanzas fiscais non resulta doada. De feito, a metodoloxía permite dúas aproximacións: i) método de carga-beneficio e ii) método do fluxo monetario, e cada un deles posibilita varios escenarios a partir dos supostos de reparto.

O primeiro deles consiste en imputar os ingresos no territorio onde residen as persoas que finalmente soportan a súa carga (incidencia económica), ao marxe de quen sexa e onde residan as persoas obrigadas legalmente a pagar (incidencia legal). Os gastos impúntanse ao territorio en que residen as persoas ás que van destinados os servizos públicos ou as transferencias públicas que financian, á marxe do territorio en que se producen os servizos ou se pagan tales transferencias. O **gráfico 7** resume os resultados para 2005.

O método do fluxo monetario (IEF, 2005, 2008) consiste en que os ingresos tributarios impúntanse ao territorio onde se localiza a capacidade económica sometida a gravame (renda, riqueza ou consumo). Os ingresos non tributarios impúntanse ao territorio onde ten lugar o pago polas unidades que o realizan. Os gastos impúntanse, no caso das operacións de bens e servizos (consumo final, consumo intermedio e formación bruta de capital) ao territorio onde ten lugar o gasto. Nas operacións de distribución, os gastos impúntanse ao territorio onde se efectúan (remuneración de asalariados, subvencións, prestacións sociais, transferencias correntes e de capital). O **gráfico 8** resume os resultados para 2005.

Como se pode observar a partir dos modelos anteriores as CC.AA. cun réxime fiscal común que teñen maior renda per cápita son as que máis contribúen. As CC.AA. con menor renda per cápita coinciden con as que teñen superávit fiscal.

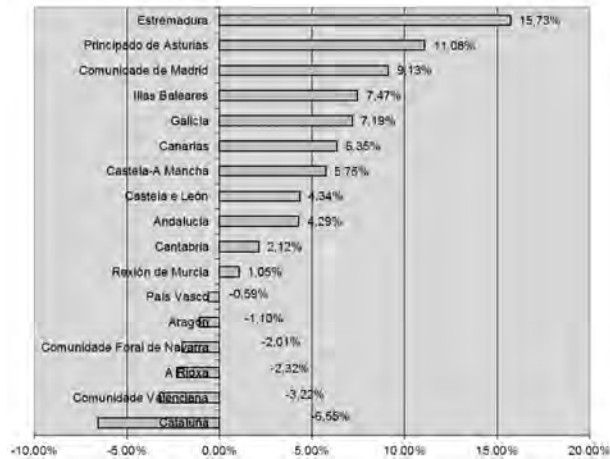
Así, para o método da carga-beneficio: Extremadura (15,7%), Principado de Asturias (11,1%) e Galicia (7,2%) son as que presentan un maior beneficio respecto ao PIB. A situación contraria dáse na Comunidade de Madrid (-9,1%), Illas Baleares (-7,5%), Cataluña (-6,6%) e Comunidade Valenciana (-3,2%).

Polo que respecta ao método do fluxo monetario, Extremadura (17,8%), Principado de Asturias (14,3%), Galicia (8,2%) e Castela e León (7,6%) son as máis beneficiadas. A situación contraria dáse nas Illas Baleares (-14,2%), Cataluña (-8,7%), Comunidade Valenciana (-6,3%) e a Comunidade de Madrid (-5,6%). Polo tanto, aínda que a intensidade en función do método sexa distinta, reproducécese o reparto entre CC.AA. con saldo positivo e negativo.

Ademais, cómpre ter en conta que os resultados non reflicten equidade, porque só constan actuacións da Administración Central. Así, o saldo negativo que presentan sistematicamente algunhas CC.AA. foi sinalado como mostra da insolidariedade do sistema, de forma que algunhas CC.AA. están financiando o gasto doutras. Ás veces indícase que o resultado negativo

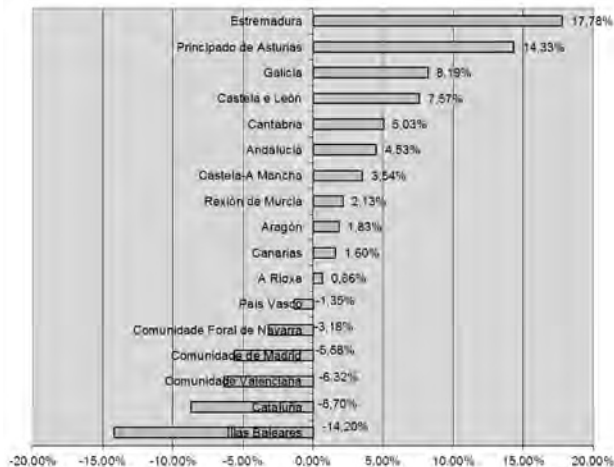
é un saldo fiscal de natureza inxusta, vinculando este dato ao incorrecto deseño do sistema de financiamento autonómico do réxime común. Porén, este argumento non é correcto. Non se pode identificar o modelo de financiamento autonómica co saldo da balanza fiscal, xa que como se verá máis adiante son cuestións claramente diferentes.

Gráfico 7: Balanzas fiscais. Método da carga-beneficio. Saldo sobre o PIB (2005)



Fonte: IEF (2006) e Gobierno de España (2012). Nota: imputación do imposto de sociedades en proporción 70/30, e dos intereses da débeda por poboación

Gráfico 8: Balanzas fiscais. Método do fluxo monetario. Saldo sobre o PIB (2005)



Fonte: Gobierno de España (2012). Nota: Imputación territorial da recadación do imposto de sociedades, que se leva a cabo en función da distribución territorial da remuneración dos asalariados, do valor engadido bruto e do investimento nun 33,3%

O importante é determinar por que existen déficits y superávits. Esta situación débese basicamente a dúas razóns: i) o funcionamento automático das distintas políticas públicas e ii) a decisión da Administración Central de gastar proporcionalmente máis nuns territorios por motivos de necesidade ou por razóns políticas.

Así, no caso dunha nova infraestrutura, mentres dure o investimento, obterase un saldo máis favorable. Unha vez rematado o investimento se se mantén a corrente de servizos xerada pola infraestrutura, o saldo fiscal positivo tamén se mantén. Ademais, a situación nun momento que amosa a balanza fiscal dun ano determinado, ignora os investimentos que se puideran facer en anos anteriores e que aínda está xerando esta corrente de beneficios.

A segunda razón que pode xustificar o saldo fiscal das balanzas fiscais é a utilización de diferentes ferramentas redistributivas do Estado do Benestar, tanto desde a perspectiva dos ingresos como desde os gastos.

Desde a perspectiva tributaria o IRPF é un imposto progresivo, o que significa que se nun determinado territorio existe un maior número de persoas con rendas elevadas, é lóxico que a recadación sexa máis alta, pero non significa que o esforzo fiscal sexa maior, xa que o imposto é practicamente o mesmo.

Desde a óptica do gasto público unha das prestacións que ten maior impacto redistributivo son as pensións. Así, onde existen un maior número de pensionistas, a Seguridade Social ten que realizar un maior esforzo. Isto non se debe a que as prestacións sexan de maior contía, senón que se gasta máis porque existen máis beneficiarios. O mesmo sucedería co tratamento das prestacións por desemprego, dependencia, servizos sociais, etc.

A combinación destes instrumentos provocan que as CC.AA. máis ricas, nas que por exemplo, os niveis de desemprego son menores, contribúan proporcionalmente máis a soste o presuposto de gastos e perciban unha corrente de beneficios menor. Este é o mesmo esquema que se aplica no IRPF, que grava a renda obtida en función da capacidade económica dos individuos. Polo tanto, cando se critica o signo e a cuantía do saldo da balanza fiscal, o que se cuestiona é a estrutura do Estado de Benestar e as políticas redistributivas aplicadas.

VII. MODELOS DE REFORMA DO SISTEMA DE FINANCIAMENTO AUTONÓMICO

O sistema de financiamento autonómico das CC.AA. de réxime común presenta dificultades normativas, especialmente limitacións prácticas nos tributos propios e unha forte dependencia das decisións alleas (externalidades verticais⁴). Estas aparecen cando un determinado nivel de goberno non ten en conta os ingresos do resto dos niveis de goberno nunha determinada decisión tributaria. Por exemplo, os efectos dunha modificación de tipos impositivos sobre o importe dunha base imponible común.

Polo tanto, resulta necesario evitar os conflitos entre as diferentes administracións para favorecer a coordinación fiscal. Ademais, hai que evitar as prácticas de competencia fiscal perniciosas. Ademais, é conveniente potenciar a cesión nos ámbitos nos que se poda ampliar a competencia normativa e que a nova cesión de competencias favoreza a visibilidade da autonomía das CCAA

En materia de tributos propios o espazo fiscal resulta moi reducido, o mesmo que a súa incidencia recadatoria. Desta forma existe pouco marxe de manobra, a non ser que se reduzan as limitacións da LOFCA neste eido (Lago e Vaquero, 2010).

No campo dos tributos cedidos, se ben se mellorou na ampliación do espazo fiscal, especialmente no ISD e o IP se poden introducir melloras nalgunha cesión adicional relacionada

con competencias propias das CC.AA. e, especialmente, no ámbito medioambiental (Lago e Vaquero, 2010). En relación á utilización de recargos sobre tributos do Estado compróbase como a súa utilización foi moi escasa, pero con posibilidades de implantación e especialmente de recadación (Lago e Vaquero, 2010).

Finalmente convén indicar que se ben o papel das transferencias é importante no esquema de financiamento dos gobernos rexionais de réxime común, segundo os principios do federalismo fiscal, as transferencias non deben ser un compoñente importante no financiamento dos gobernos descentralizados. Así, se un goberno subcentral financia a maior parte dos gastos mediante transferencias, quen realmente decide canto se gasta será o goberno que concede a transferencia, xa que unha parte importante destes fondos son condicionados.

As transferencias condicionadas deben utilizarse para a procura da eficiencia, mentres que as incondicionadas deben orientarse cara a equidade, en especial reducindo as diferenzas en termos de capacidade fiscal. Polo tanto, as transferencias non deben ser un elemento esencial de financiamento dos gobernos territoriais ao limitar a súa liberdade para determinar o nivel de gasto (Vaquero, 1997).

Polo que respecta á Comunidade Autónoma de Galicia, nun momento de consolidación fiscal como o actual, non é recomendable optar polas grandes rebaixas de impostos (Lago e Vaquero, 2010). Optar por unha formulación de fortes baixadas tributarias implicaría seguir con máis recortes polo lado do gasto. Unido ao anterior cómpre realizar un debate conxunto entre a administración tributaria rexional e a estatal, o que evitaría medidas tributarias parciais.

Ademais, a capacidade para introducir cambios impositivos en figuras tributarias en exclusividade para Galicia é limitada. Así, impostos como o IVE e os II.EE. son xestionados polo Ministerio de Facenda e Administracións Públicas, cunhas CC.AA. que son tan só beneficiarias da recadación. O mesmo sucede co IS e as cotizacións sociais, que se atopan plenamente centralizados. Mesmo o campo da reforma fiscal verde segue a estar pendente dunha reforma en profundidade do Ministerio de Facenda e Administracións Públicas (Vaquero, 2006).

VIII. RECOMENDACIÓNS

A partir do sinalado cómpre reformar os mecanismos de financiamento das CC.AA. do réxime común. A solución pasa por introducir un maior grao de corresponsabilidade fiscal, estabilidade e continuidade no tempo.

A descentralización do gasto fíxose de forma rápida, pero sen contar con instrumentos fiscais que permitan manter o gasto sen acudir as transferencias da Administración Xeral do Estado. Se ben esta situación foise corrixindo co paso do tempo, especialmente pola participación na recadación do IRPF e o IVE, aínda se manifesta unha significativa dependencia das transferencias do Estado e un limitado poder tributario das CC.AA.

Ademais, o sistema presenta certas doses de perversión, porque incentiva a gastar sen preocuparse en exceso pola falta de ingresos, xa que en caso de necesidade de liquidez, pódese pedir axuda á Administración Xeral. Isto xera unha perigosa ilusión fiscal, xa que non parece que haxa unha excesiva presión fiscal polo lado das CC.AA., que mesmo apostan por políticas de redución importantes de tributos. Sen dúbida o feito de que os réditos políticos dun maior gasto sexan inmediatos e que o custo se pode trasladar cara adiante son, en parte, as responsables desta conducta.

Así, o proceso de descentralización foi asimétrico na vertente dos gastos fronte aos ingresos. No 2014 as CC.AA. de réxime común carecen aínda dun grao axeitado de autonomía e de

corresponsabilidade fiscal. O anterior provocou que as tensións para acadar financiamento se desviaran cara a débeda, xerando fortes déficits e unha acumulación de cargas.

Por outra parte, é imprescindible que antes de actuar, se avalíen os posibles resultados das actuacións. Para iso resulta necesario a realización dunha análise económica dos cambios normativos, cuestión na que no se fai todo o que debera.

Asimesmo, cómpre unha maior coordinación entre as diferentes AA.PP. O volume e rapidez do proceso de transferencias do gasto creou presións, en ocasións, duplicando as tarefas e competencias.

Unido ao anterior, debería garantir o nivel mínimo de bens e servizos para todos. A Administración Xeral do Estado deberá dotar as CC.AA. dos instrumentos necesarios. A partir deste nivel, cada Comunidade Autónoma podería priorizar as súas actuacións en materia de gasto, a través dunha maior autonomía fiscal. Este comportamento é totalmente lícito e implica unha maior corresponsabilidade das CC.AA., que é precisamente a onde se debe orientar o sistema de financiamento de réxime común.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) Varios anos. *Informe anual de recaudación tributaria*, Madrid, dispoñible en http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/datosabiertos/catalogo/hacienda/Informes_anuales_de_Recaudacion_Tributaria.shtml (15-5-2014)
- Consejo de Política Fiscal y Financiera 2009. *Acuerdo 6/2009, de 15 de julio, para la reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas*, dispoñible en <http://www.meh.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Financiacion%20Autonomica/Paginas/Acuerdos%20del%20Consejo%20de%20Politica%20Fiscal%20y%20Financiera.aspx> (10-5-2014)
- Dirección General de Cooperación Autonómica, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas 2013. *Datos estadísticos*, Madrid, dispoñible en <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Estadistica%20e%20Informes/PresupuestosCuentas-publicasysistemasdefinanciacion/Paginas/presupuestosCuentaspublicasysistemasfinanciacion.aspx>
- EUROSTAT Varios anos. *Datos estadísticos*, Comisión Europea, Bruxelas, dispoñible en [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/\(15-6-2014\)](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/(15-6-2014))
- Gil Ruiz, C. e Iglesias, L. 2007. <<El gasto público en España en un contexto descentralizado>>, *Presupuesto y gasto público*, núm. 47, pp. 185-206, Instituto de Estudios Fiscais, Madrid dispoñible en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/47_Gil.pdf(15-5-2014)
- Gobierno de España 2012. *Balanzas fiscales de las CC.AA. con el sector público estatal*, Madrid, dispoñible en <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/7799A507-C58E-4572-BE29-EC87EE6CBDDA/89951/150708Balanzasfiscales.pdf> (15-5-2014)
- Intervención General de Administración del Estado (IGAE) Varios años. *Estadísticas e Informes de la Intervención General de la Administración del Estado*, Madrid, dispoñible en <http://www.igae.pap.minhap.gob.es/sitios/igae/es-ES/ClnEstadisticas/Paginas/Estadisticas.aspx> (15-5-2014)
- Instituto de Estudios Fiscais (IEF) 2006. *Informe sobre metodología del cálculo de las Balanzas Fiscales*, Madrid, dispoñible en http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Varios/Metodologia_BalanzasFiscales.pdf (15-4-2014)
- Instituto de Estudios Fiscales (IEF) 2013. *Badespe, Base de Datos Económicos del Sector Público Español*, Madrid, dispoñible en <http://www.estadief.meh.es/> (1-5-2014)
- Ministerio de Hacienda 2008. *Las balanzas fiscales de las CC.AA. españolas con las AA.PP. centrales*, Madrid, dispoñible en <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Varios/BalanzasFiscalesCCAA.pdf> (1-4-2014)
- Lago, S. e Vaquero, A. 2010. <<As finanzas da Xunta de Galicia: Análise e propostas>>, *I foro económico de Galicia*, Ourense, dispoñible en <http://www.foroeconomicodegalicia.es/reuni%C3%B3ns-do-foro/i-foro/documentos/> (1-4-2014)
- Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas 2011. *Recaudación y estadísticas del sistema tributario español 2000-2010*, dispoñible en http://www.minhap.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Impuestos/Direccion%20General%20de%20Tributos/Paginas/Estadisticas_Recaudacion.aspx (5-4-2014)

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas 2012. *Recaudación y estadísticas del sistema tributario español 2000-2011*, dispoñible en http://www.minhap.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Impuestos/Direccion%20General%20de%20Tributos/Paginas/Estadisticas_Recaudacion.aspx (5-3-2014)

Vaquero, A. 1997. <<El proceso de financiación de las Comunidades Autónomas: Problemas y limitaciones>>, *Gaceta Fiscal*, núm. 151, pp.144-161.

Vaquero, A. 2006. <<Conclusiones y clausura del seminario sobre financiación del estado de las autonomías a la vista de las reformas estatutarias: problemas y soluciones>>, *Seminario de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo*, Pontevedra, xullo.

Vaquero, A. 2014. <<Novos modelos de financiamento das Administracións Públicas ante os cambios políticos e administrativos>>, *XI Xornadas Sociedade e Dereito*, Ourense (en prensa),

NORMATIVA

Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), dispoñible en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-21166> (15-5-2014)

Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, dispoñible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-20374> (15-5-2014)

Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, dispoñible en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-20375 (15-5-2014)

Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, dispoñible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-24962> (15-5-2014)

NOTAS

1. As CC.AA. da vía rápida son as do artigo 141 da Constitución Española: Cataluña, País Vasco, Galicia e Andalucía. As CC.AA. da vía lenta son o resto.
2. Esta técnica consistiu en calcular o custo derivado das transferencias da descentralización, por medio da suma dos custos directos, indirectos e o investimento de conservación, mellora e substitución.
3. 1ª lexislatura:1979-1982; 2ª lexislatura: 1982-1986; 3ª lexislatura:1986-1989; 4ª lexislatura: 1989-1993; 5ª lexislatura:1993-1996; 6ª lexislatura: 1996-2000; 7ª lexislatura: 2000-2004; 8ª lexislatura: 2004-2007 e 9ª lexislatura: 2008-2011
4. As externalidades verticais se producen cuando varias administracións aplican tributación sobre a mesma base.

DAVID SOTO OÑATE_(davidsoto@uvigo.es)_Investigador predoutoral do Departamento de Economía Aplicada da Universidade de Vigo, España

O compoñente estrutural do capital social

El componente estructural del capital social

The Structural Component of Social Capital



&Resumo: Numerosos traballos adicados ao capital social, especialmente os máis recentes, téndense a centrar exclusivamente na súa dimensión cultural, salientando valores, crenzas e actitudes como os seus principais trazos. Porén, nas orixes da formación do concepto si se facía constante referencia á súa esencia estrutural. O presente artigo pon de relevo este compoñente estrutural e a necesidade de telo en consideración para a análise tanto da súa propia constitución como dos seus efectos e a súa reprodución ao longo do tempo.

&Palabras clave: capital social, economía política, cultura, estrutura social, desenvolvemento económico, rendemento institucional.

&Abstract: A large number of works devoted to social capital, especially the most recent ones, tend to focus exclusively on its cultural dimension, emphasizing values, beliefs, and attitudes as its main features. However, in the origins of the concept, constant reference was made to its structural essence. The present article highlights this structural component and the need to take it into account for the analysis of its own constitution, its effects, and its reproduction over time.

&Keywords: social capital, political economy, culture, social structure, economic development, institutional performance.

I. INTRODUCCIÓN

Nas últimas dúas décadas asistimos ao xurdimento e consolidación do concepto de capital social como variable de interese económico e político. As aproximacións máis coñecidas consisten en indicadores de confianza xeralizada, participación en asociacións, a presenza estendida de determinados valores ou normas considerados cívicos e a orientación cara os asuntos políticos. Estudouse o seu impacto sobre unha ampla variedade de asuntos, como o desenvolvemento económico (Knack e Keefer, 1997; Zak e Knack, 2001; Beugelsdijk et al., 2004; Beugelsdijk e van Schaik, 2005), tamaño das organizacións (La Porta et al., 1997), desenvolvemento do sistema financeiro (Guiso et al., 2004), funcionamento das institucións políticas (Putnam et al., 1993; Mota e Subirats, 2000), rendición de contas das elites políticas (Boix e Posner, 2000; Nannicini et al., 2013), acumulación de capital humano (Coleman, 1988; Goldin e Katz, 1999), nivel de criminalidade (Glaeser et al., 1995; Rosenfeld et al., 2001), difusión de tecnoloxía (Barr, 1996; Conley e Udry, 2010).

O esforzo dos investigadores do capital social desde o primeiro momento foi encamiñado a clarificar e dar forma a un concepto que aínda hoxe segue a ser confuso. Aínda que se fixeron grandes avances desde entón, Solow (1999), que non dubidaba da importancia do concepto, afirmaría que ata o momento só vira “ideas vagas e empirismo casual”. Ahn e Ostrom (2002) consideran que o escepticismo dos máis críticos co programa de investigación non é totalmente inxustificable, e consideran que un paso clave para facer o concepto menos confuso será definilo axeitadamente, distinguilo das outras formas de capital, identificar as súas propias formas, aclarar o significado de cada unha das súas formas, establecer relacións causais entre elas e as súas consecuencias, desenvolver mellores medidas e deseñar estudos empíricos máis sólidos para comprobar as teorías do capital social. Este traballo está orientado nesta dirección.

A demostración da súa importancia chegara antes que unha definición clara e sólida do termo. Como referencia fundamental sitúase o influínte *Making Democracy Work* de Putnam et al. (1993), onde fundamenta en termos de capital social a diverxencia en rendemento político e económico das rexións do norte e do sur de Italia. Unhas rexións que ao comezo do século XX partían de condicións económicas similares. Sostiñan no seu estudo que as comunidades mellor dotadas en termos de capital social eran máis capaces de aproveitar as oportunidades económicas e políticas que se lles brindaban. Putnam et al. (1993:236) identificaban o capital social con “determinadas características da organización social, como a confianza, as normas e as redes, que podan mellorar a eficiencia da sociedade facilitando as accións coordinadas”. Esta definición é xeralmente aceptada aínda que segue a ser obxecto de novos matices por outros autores. Segundo Dasgupta (2003), esta definición que Putnam ofrece obríganos a amalgamar conceptos inconmensurables, como crenzas, regras condutuais, lazos interpersoais, etc. sen ofrecer un indicio de como todo iso pode ser conectado. Sostén ademais que todo isto non pode ser mesturado e que debemos tratar os seus compoñentes por separado para poder entender que son e como se relacionan.

Alejandro Portes (2006) revisaba as orixes da socioloxía para poñer de relevo algúns elementos que sempre estiveron presentes nesa tradición pero que a ciencia económica estaba pasando por alto no seu estudo das institucións. Suxería que cumpría, polo menos a efectos analíticos, establecer unha separación entre a esfera simbólica ou cultural e a esfera material ou estrutura social dunha sociedade. Dentro do ámbito cultural atópanse os “elementos simbólicos esenciais para a interacción humana, a comprensión mutua e a orde [...] é a esfera dos valores, dos marcos cognitivos e do coñecemento acumulado”. A

dimensión material compoñe de “persoas reais que desempeñan roles ordenados nunha escala xerárquica dalgún tipo [...] é a esfera dos intereses individuais e colectivos, respaldados por diferentes cantidades de poder”.

No programa de investigación do capital social podemos atoparnos con definicións que destacan só elementos esencialmente simbólicos. Para Solow (1999) son esas “ cousas como a confianza, a disposición e a capacidade de cooperar e coordinarse, e o hábito de contribuir ao esforzo común, mesmo se ninguén está mirando”. Guiso et al. (2011) consideran que o capital social é “capital cívico, é dicir, aqueles valores e crenzas compartidos e persistentes que axudan a un grupo a superar os problemas do *free rider* á hora de acometer actividades socialmente valiosas”. Esta perspectiva levounos a cualificar o capital social simplemente como “boa” cultura (Guiso et al., 2008). Tabellini (2010) identifica tamén o capital social unicamente con trazos culturais que fomentan a cooperación.

Porén, as primeiras definicións de capital social tendían a recoñecer o seu compoñente estrutural. A primeira mención explícita é probablemente a de J. L. Hanifan (1916) que consideraba que o capital social é “iso na vida que tende a construír esa substancia tanxible coa que conta a maior parte da vida cotiá dun pobo, a saber, a boa vontade, o compañeirismo, a mutua simpatía e as relacións sociais entre un grupo de individuos e familias que conforman unha unidade social”. Xa nun período máis recente Pierre Bourdieu definiríao como “o agregado dos recursos reais ou potenciais que se vinculan coa posesión dunha rede duradeira de relacións máis ou menos institucionalizadas de coñecemento ou recoñecemento mutuo” (Bourdieu, 1985:248). Para James Coleman (1988), o capital social “non é unha simple entidade senón unha variedade de diferentes entidades, con dous elementos en común: todas consisten nalgún tipo de estrutura social e todas facilitan certas accións dos actores —sexan persoas ou corporacións— dentro de tal estrutura”. Nan Lin (1999) define o capital social como recursos incorporados ás redes sociais, accesibles e empregados polos actores para as accións recíprocas. Neste sentido, Krishna e Uphoff (1999) desagregan o capital social en dúas categorías principais:

- Formas cognitivas, que predispoñen aos individuos cara o que eles chaman *Mutual Beneficial Collective Action* (MBCA), sobre a base de normas compartidas, valores, actitudes e crenzas, “o que crea e reforza a interdependencia positiva de funcións de utilidade (altruismo) e apoia o MBCA”.
- Formas estruturais: facilitan a MBCA a través dos roles establecidos e as redes sociais complementadas por regras, procedementos e precedentes. Isto reduce os “custos de transacción, coordinación, esforzos, creación de expectativas, facendo certos resultados máis probables e achegando seguridade sobre como actuarán os demais”.

Numerosos traballos adicados ao capital social céntranse exclusivamente na súa dimensión simbólica, salientando fundamentalmente o papel de crenzas, actitudes e valores. Sen menoscabo da importancia deste compoñente cultural, este artigo trata de salienta a importancia de non desprenderse da estrutura material no estudo do capital social.

O traballo organízase da seguinte maneira. No seguinte apartado trátase o compoñente estrutural do concepto en si de capital social. Interesámonos polos efectos deste compoñente estrutural sobre o rendemento institucional e sobre o desenvolvemento económico nos apartados 3 e 4, respectivamente. O apartado 5 reflexiona sobre o papel da estrutura social na reprodución do capital social. O apartado 6 pecha o artigo con algunhas consideracións finais.

II. O COMPOÑENTE ESTRUCTURAL DO CAPITAL SOCIAL

Dicía o sociólogo James Coleman (1988) que o concepto de capital social xurdía para conciliar dous enfoques ben estendidos do estudo social. O primeiro destes enfoques era o que dominaba na socioloxía, onde se explicaba o comportamento dos individuos dunha sociedade como altamente determinado pola constrición do feito social¹. O outro enfoque é o individualismo metodolóxico, máis propio de economistas, que parte da base de que “todos os fenómenos sociais (a súa estrutura e o seu cambio) son en principio explicables só en termos de individuos (as súas propiedades, os seus obxectivos e as súas crenzas)” (Elster, 1982). A intención de Coleman é a de importar o principio de racionalidade do individualismo metodolóxico economista e estendelo á análise dos sistemas sociais sen desbotar a influencia da organización social no proceso.

De maneira similar, Granovetter (1985) desenvolvía o seu concepto de *embeddedness* ou inserción social nun lugar intermedio entre a infrasocialización do individuo económico e a sobresocialización do individuo sociolóxico. Granovetter, sociólogo económico procedente da análise de redes, presenta ao individuo racional como inserido nunha estrutura de redes e institucións que darán forma á estrutura de incentivos. Esta formalización do feito social permite dar conta de cuestións tan fundamentais como o *enforcement* social ou a introdución e acumulación de normas, costumes e solucións a problemas recorrentes, que quedan no acervo da sociedade aínda tras a desaparición dos individuos que as axudaron a crear.

Dasgupta (2003) asegura que os compromisos baseados no que se chama capital social ocorren nalgún lugar da mesoestrutura que se forma entre o individuo e o Estado. Considera que o capital social ha de ser identificado con redes interpersoais e que a súa interacción a nivel mesoestructural tradúcese nun desempeño macroeconómico de maior complexidade que unha simple agregación das operacións microeconómicas.

Neste apartado afóndase sobre algúns aspectos da topografía da estrutura social — como a extensión das redes sociais, a existencia de clubs pechados, a verticalidade ou horizontalidade da estrutura ou a distribución de poder— que foron considerados parte do concepto de capital social e ofrécese algúns exemplos recollidos na literatura.

A. Redes sociais

As redes sociais poden definirse como un conxunto ben delimitado de actores — individuos, grupos, organizacións, comunidades, sociedades globais, etc. vinculados uns a outros a través dunha relación ou un conxunto de relacións sociais (Lozares, 1996). Gran parte dos autores da literatura do capital social fan referencia explícita ás redes sociais como compoñentes esenciais do concepto.

A teoría de redes ten un extenso campo fértil no ámbito do capital social. Wellman (1983) afirma que as relacións sociais estruturadas son unha fonte máis poderosa de explicación sociolóxica que os atributos persoais dos membros dun sistema. A idea central consiste en que a análise non se constrúe tanto a través das categorías sociais ou atributos individuais como a través dos lazos ou vínculos entre actores.

Segundo Dasgupta (2003), o capital social é máis útil se se ve como un sistema de redes interpersoais e engade á contabilidade do capital social non só as redes sociais creadas senón a capacidade de crear novos lazos, e o alcance e a fortaleza cos que se crean. Putnam et al. (1993) conceden un considerable peso ás redes de compromiso cívico dentro do capital social. Sosteen que a existencia destas redes aumentan os custos do oportunismo, fomentan normas robustas de reciprocidade e facilitan o fluxo de información.

Pero non só a extensión das redes ha de ser tida en conta, tamén outras características estruturais como a existencia de subgrupos ou clubs, a concentración-dispersión de recursos que conceden poder e a verticalidade-horizontalidade da estrutura social son dimensións de importancia fundamental.

B. Clubs e redes segregadas

Durlauf e Fafchamps (2005) recorren ao concepto de clubs para explicar a relación entre as redes e o capital social. Redes e clubs son conceptos diferentes que teñen que ver coa estrutura dos lazos entre os axentes. Unha rede “describe as situacións máis complexas nas cales os axentes individuais están relacionados soamente a outros axentes, non todos”. Porén un *club* considérase un “grupo pechado e finito”, onde existe unha vinculación de identidade e confianza do axente individual cos membros no seu conxunto. Segundo Durlauf e Fafchamps, a perfecta confianza xeralizada dentro dunha sociedade “correspondería ao caso no que todos os axentes pertencen a un único club (ou unha red completa de relacións interpersoais) e confíase en todos os membros”. Con respecto a isto, Putnam (2000) distingue entre dous tipos de capital social: *bonding* —que une-, dentro dun club, e *bridging* —que tende pontes-, que afecta ou crea lazos que se establecen con xente que é considerada doutro *club*.

Segundo Boix e Posner (2000), habería que facer distinción entre as comunidades con *redes segregadas* e con *redes non segregadas*. Nas comunidades con *redes segregadas* —é dicir, onde as redes non se superpoñen— a creación de capital social pode aumentar a cooperación no seo destas redes pero obstaculízala no conxunto da comunidade. Este tipo de estrutura pode crear problemas serios de convivencia. Un tema recorrente cando se trata o capital social é o de se sempre os seus efectos son benignos sobre a sociedade e cítanse exemplos como o Klu Klux Klan ou a Mafia. Estas organizacións son estruturas esencialmente xerárquicas, baseadas en relacións de dependencia e están unidos por un sentimento de identificación —un capital social tipo *bonding*, como diría Putnam— pero nunha actitude segregadora. A dimensión identidade/alteridade e cuestións derivadas da distancia xeralmente percibida entre *nós* e os *outros* nunha sociedade tería que ser unha variable máis presente á hora de estudar o capital social. Pérez-Díaz (2000) chamouno capital social *incivil*, é dicir, aquel sentimento forte de club que impida colaboración áxil con outros membros da comunidade e que ademais pode xerar externalidades negativas (Fukuyama, 2000).

Platteau (2000) distinguía entre moralidade limitada e moralidade xeralizada. A moralidade limitada ocorre cando a honestidade, a confiabilidade e os códigos de boa conduta se aplican unicamente dentro do club, permitíndose o oportunismo fóra de tal grupo. Un estudo empírico de referencia é o de Banfield (1967), que identifica a presenza estendida do chamado familiarismo amoral en certa rexión do sur de Italia, á cal considera responsable do atraso que sofre a comunidade. Esta distinción entre moralidade limitada e moralidade xeralizada é só entendible introducindo o concepto de identidade, que é o que xera estes clubs dentro dunha comunidade máis ampla.

III. O COMPOÑENTE ESTRUCTURAL DO CAPITAL SOCIAL E O RENDIMENTO INSTITUCIONAL

A vocación de Putnam et al. (1993) era fundamentalmente o estudo do rendemento institucional. O traballo localízase abertamente dentro da perspectiva da Cultura Política asociada ao traballo de Almond e Verba (1963). Esta literatura interesábase polo tipo de

contexto social que faría render as institucións políticas democráticas e faríaaas sostibles no tempo. Putnam et al. (1993) descubren un poderoso vínculo entre o rendemento institucional e a comunidade cívica: “algúns gobernos rexionais acadaron sistematicamente máis éxito que outros, foron máis eficaces no seu funcionamento interno, máis creativos nas súas iniciativas políticas, máis efectivos na implementación das devanditas iniciativas [...] [e estas diferenzas foron] amplamente recoñecidas polos electores dos gobernos rexionais, tanto polos cidadáns correntes como polos líderes comunitarios [...] Algúns lugares están mellor gobernados que outros, mesmo cando os gobernos en cuestión contan con estruturas [formais] idénticas e recursos legais e financeiros equivalentes” (Putnam et al., 1993:126).

Parte deste éxito débese a cuestións esencialmente estruturais. Sosteñen, que “a igualdade é unha característica esencial da comunidade cívica” e que “a efectividade do goberno rexional está estreitamente relacionada co grao en que a autoridade e o intercambio social na vida da rexión están organizados horizontal ou xerarquicamente” (Putnam et al., 1993:154). Recoñecen que aínda que atopan unha alta correlación positiva da igualdade de renda co rendemento institucional (0,81), ao controlar pola súa variable de civismo desaparece a significatividade, pois “a multicolinealidade ensombrece os resultados”.

En canto a como esa capacidade cívica se traduce en gobernos máis eficientes, creativos e eficaces, Boix e Posner (2000), propoñen catro modelos onde se mesturan factores simbólicos e materiais:

- Votantes racionais e elites competitivas. Democracia perfectamente competitiva, onde os votantes, que están ben informados e se mobilizan rapidamente, castigan a aqueles representantes políticos que son incompetentes. Por exemplo, nun estudo empírico, Nannicini et al. (2013) demostran a alta relación entre o nivel de capital social e o nivel de rendición de contas —*accountability*— das elites políticas.
- Eficiencia burocrática. O capital social incrementa a eficacia e a eficiencia institucional dado o alto nivel de capacidade para traballar xuntos burocracia e cidadáns. Se o capital social facilita o compromiso e a cooperación, unha burocracia cívica producirá un mellor funcionamento goberamental.
- Virtude cívica. Supón que o capital social afecta á propia natureza —*ética*— das demandas articuladas polos cidadáns.
- Capital social e cooperación entre elites. O grao en que as elites políticas poden buscar ou ben obxectivos particularistas ou, pola contra, chegar a pactos consociais pode estar en función do grao de capital social que teñen tanto eles como as comunidades que representan.

Por outro lado, é de sobra recoñecido o papel da distribución de poder para o cambio institucional (Knight, 1992; Portes, 2006; Acemoglu et al. 2005). Porén, tamén é crucial para que os axentes poidan forzar o cumprimento por parte dun actor e previr o *free-riding*. Esta función do capital social foi cualificada por Portes (1998) como *control comunitario*. Ostrom (1995) ofrece exemplos de como sistemas cooperativos eficaces colapsan tras a intervención externa, xeralmente o Estado, ao desestabilizar a distribución de poder. O cumprimento de normas pode estar dependendo en boa medida non só da boa vontade dos actores senón da capacidade de reacción da rede, que vai en función do seu poder para penalizar o *free-rider*. Deste modo, a estrutura social condiciona a produción de normas axeitadas, lexítimas e autosostibles.

IV. O COMPOÑENTE ESTRUCTURAL DO CAPITAL SOCIAL E O RENDIMENTO ECONÓMICO

Hoff e Stiglitz aseguraban que xa non se concibe o “desenvolvemento como un proceso de acumulación de capital, senón máis ben como un proceso de cambio organizacional” (Hoff e Stiglitz, 2001:390). Eles ven a “sociedade como unha organización, na cal o intercambio e a produción están mediados non soamente polos mercados senón por unha serie de arranxos formais e informais”. No apartado 2 introducíase o concepto de *embeddedness*, popularizado por Granovetter (1985), que ve os actores económicos e políticos como inseridos e obrigados dentro dunha estrutura de relacións sociais. O capital social emerxe como concepto fundamental para o estudo do desenvolvemento económico na medida na que todos os seus compoñentes fan referencia á organización social.

Na literatura téndese a salientar o clásico efecto positivo dos factores simbólicos do capital social —crenzas, valores, confiabilidade e confianza xeralizada— sobre o desenvolvemento económico por medio da redución dos custos de transacción e axencia e dunha maior facilidade para a cooperación. Porén, hai outros efectos recoñecidos que parten directamente de factores estruturais. Neste apartado centrámonos en como elementos da dimensión material poden afectar ao desempeño económico.

Redes e clubs no funcionamento de mercados deficientes e difusión tecnolóxica

As redes sociais e os clubs facilitan a procura de relacións de tipo social, económico ou político. Durlauf e Fafchamps (2005) contan que isto é especialmente evidente en ausencia dun mercado eficiente, ilustrándoo cunha comparación entre o mercado de valores e o mercado de traballo nos Estados Unidos. Mentres no mercado de valores, un vendedor e un comprador poden poñerse axilmente de acordo para o intercambio, no caso do mercado laboral non existe tal institución eficaz na que circule información tan precisa e actualizada sobre os traballos ofertados e demandados. En ausencia dun mercado laboral tan eficiente, as relacións interpersoais desempeñan un papel importante na canalización da información, sendo unha gran proporción a de contratos que se materializan a raíz dunha recomendación persoal ou o boca-a-boca (Granovetter, 1975).

O capital social resultou un concepto clave para o estudo do desenvolvemento económico de países do Terceiro Mundo, sendo as estruturas e asociacións locais un ingrediente fundamental nas estratexias de desenvolvemento rural. Segundo Grootaert e Bastelaer (2002), o capital social afecta ao desenvolvemento económico nos países en desenvolvemento fundamentalmente a través de facilitar transaccións entre individuos, fogares e grupos por tres razóns: primeiro, porque a participación por parte dos individuos nas redes incrementa a dispoñibilidade de información e reduce os seus custos; segundo, porque a participación nas redes sociais e actitudes de confianza mutua fan máis doado para calquera grupo acadar decisións colectivas; e terceiro, porque estas redes e actitudes reducen o comportamento oportunista dos membros da comunidade.

Grootaert (2001) demostra a virtude que ten o capital social para o alivio da pobreza, pois esa maior interacción social produce unha maior capacidade para o apoio mutuo, a cooperación en provisión de crédito, en xestión de recursos forestais ou na implementación de programas de servizos de saúde. A maneira en que o asociacionismo local desempeña a súa función útil baséase, asegura, en tres mecanismos: o intercambio de información entre os seus membros, a redución do comportamento oportunista e a facilidade para a toma de decisións colectiva.

Barr (1996) analizou a diversidade das fontes de información usadas polas redes de produtores de manufacturas de Ghana e atopou que canto máis diversa era a rede social, maior era a produtividade das empresas. As minorías étnicas, normalmente estranxeiras, tiñan redes moito máis diversas que as que tiñan as empresas posuídas por individuos de raza negra. Tiñan unha maior produtividade, e iso explicábase completamente pola maior diversidade das súas redes. Conley e Udry (2010), tamén en Ghana, demostraron que a rendibilidade da produción de piñas dun granxeiro dependía da rede local de información, e que esta diferenza entre redes determinaba unha diverxencia tecnolóxica entre áreas con similares condicións —propiedades do solo, clima, topografía, etc.

B. Redes e clubs no *enforcement* social

Dasgupta (2003) recoñece catro tipos de situacións polas que as partes dun acordo poderían agardar que a outra manteña o previsto:

1. *Mutual affection*. No grupo coidan uns doutros e impórtalles o seu benestar.
2. *Pro-social disposition*. As partes son honorables e é coñecido por todos tal honorabilidade. A súa integridade lévao a cumprir *motu proprio* aínda en ausencia de afecto.
3. *Mutual Enforcement*. O acordo é reforzado mutuamente a través dun sistema de sancións ante comportamentos desviados.
4. *External Enforcement*. Existe unha terceira parte externa que se encarga de reforzar o acordo.

Ten sentido pensar que a menor presenza de capital social obriga a recorrer a estruturas último tipo. Porén, en presenza de altos niveis de capital social existe unha maior integridade e un maior respecto ás normas comúns e increméntanse os custos potenciais para un infractor debido ao control comunitario. Durlauf e Fauchamps (2005) entendían a *identidade de grupo* como un factor transcendente para o cumprimento das institucións, pois as sancións sociais e a culpabilidade derivadas de violar un pacto ou unha norma ou non cumprir coas expectativas da xente coa que un se identifica teñen un alcance máis fondo.

O xogo do ultimato, é especialmente útil para explicar como se produce este *enforcement* social. No xogo do ultimato hai dous xogadores; o xogador 1 recibe unha cantidade e pídeselle que a reparta á súa conveniencia entre ambos os dous. Se o outro xogador acepta o reparto, os xogadores lévanse o que o xogador 1 decidiu distribuir; se non o acepta, os dous perden as súas cantidades. Este xogo non se repite, polo que non hai posibilidade de represalia por parte do xogador 2. O resultado agardado pola lóxica máis simple do principio de racionalidade neoclásico sería que o individuo 2 aceptará calquera cantidade maior que 0, polo que o xogador 1 —que é racional e considera que o outro tamén o é— tenderá a distribuir a maior cantidade posible para si mesmo que deixe ao xogador 2 cunha cantidade positiva para que acepte. O resultado experimental demostra que un entendemento tan simple do principio de racionalidade non se corresponde coa natureza social do ser humano. Na práctica, o xogador 1 tende a distribuir cantidades equitativas *motu proprio* e o xogador 2 tende a vetar as que non sexan así (Güth, Schmittberger e Schwarze, 1982). É consecuente con outros experimentos onde castigar aos *free-riders* costa mesmo máis que o beneficio de provocar unha conduta íntegra (Fehr e Gächter, 2000). A violación de normas ás que todos están suxeitos —normas tácitas de reciprocidade, neste caso— non quedan impunes, pero non só con motivo de corrixir o comportamento futuro de *free-riders* potenciais —pois o xogo non se repite— senón como unha penalización visceral a condutas socialmente indeseables.

C. Verticalidade-horizontalidade da estrutura social

A verticalidade-horizontalidade nas estruturas sociais pode ter enormes implicacións para o resultado económico sectorial ou rexional. Putnam et al. (1993:246) afirman que as redes de compromiso cívico representan unha intensa interacción horizontal e que canto máis densas sexan estas redes, máis probable será que os cidadáns sexan capaces de cooperar en beneficio mutuo. Engaden que unha rede esencialmente vertical, por moi densa e importante que sexa para os seus participantes, non pode soste a confianza e a cooperación social. Os fluxos de información serán menos fiables e no caso de impoñer unhas normas de reciprocidade é menos probable que sexan coherentes, aceptadas ou interiorizadas e, polo tanto, eficientes (Putnam et al., 1993:248). No apartado 5 afondarase máis sobre o papel de factores estruturais na reprodución do capital social.

Granovetter (2002) revisa algúns estudos comparados de socioloxía económica que se centran en como o modo no que están estruturadas as relacións nunha sociedade ten un grande impacto na economía. Saxenian (1994) presenta como causa principal do rápido progreso tecnolóxico de Silicon Valley en comparación coa Ruta 128 —coñecidas rexións industriais de alta tecnoloxía nos Estados Unidos— a apertura das súas redes sociais e unha estrutura máis horizontalmente organizada, atravesando as tradicionais fronteiras empresariais. O relato comparativo de Saxenian pon de manifesto o carácter central tanto das redes sociais como de particularidades culturais na diferenza de resultados económicos entre ambas as dúas rexións industriais.

Por outra banda, Locke (1995) analiza o resultado da reestruturación de persoal nas décadas dos setenta e oitenta dos dous maiores fabricantes italianos de automóviles, Fiat e Alfa-Romeo, que daquela teñan as súas sedes en Turín e Milán, respectivamente. O proceso de reestruturación de Alfa-Romeo, aínda que foi máis longo, tivo un desenlace moito máis beneficioso tanto para as partes como para a comunidade en xeral. Locke expón como a forma na que se configuraban as asociacións nas rexións de Milán e de Turín, e, en concreto, os axentes económicos e políticos involucrados, determinaron o proceso e o resultado da operación. A relativa horizontalidade da estrutura e a leve concentración dos poderes de Milán contrastaban coa polaridade estrutural de Turín, onde se organizaron dous poderosos bloques enfrontados e sen vínculos mediadores de suficiente solidez e independencia.

V. ESTRUCTURA NA REPRODUCCIÓN DO CAPITAL SOCIAL

Unha cuestión de fundamental importancia é a forma na que o capital social se reproduce ou se contrae ao longo do tempo. Os factores estruturais de novo parecen desempeñar un rol clave para explicalo. Neste apartado veremos algúns exemplos sobre a relación da configuración estrutural dunha comunidade e a reprodución do capital social.

A. Redes sociais

Brehm e Rahn (1997), nun estudo empírico atopan evidencias para soste que, aínda que existe unha relación retrocausal, a participación cívica é máis capaz de estender a confianza que a confianza de estender a participación cívica. É por isto que Putnam et al. (1993) lle dan tanta importancia ás asociacións civís, pois inculcan nos seus membros os hábitos de cooperación, solidariedade, espírito público e, como sinala Tocqueville, provoca que “os sentimentos e as ideas se renoven, o corazón se ensanche, e a comprensión se desenvolva só pola recíproca acción dos homes entre si” (Tocqueville, 1840). O que implica que a participación en asociacións de compromiso cívico inflúe na reprodución do capital social a

través de estender as redes sociais, fomentar a integridade e incrementar o stock de normas de reciprocidade e convencións.

B. Clubs e redes segregadas

Xa apuntabamos anteriormente que as comunidades con redes segregadas e moralidade limitada poden obstaculizar a reprodución do capital social no conxunto da comunidade. Non obstante, segundo Durlauf e Fafchamps (2005), as redes segregadas e os clubs tamén teñen a miúdo consecuencias distributivas dado o seu carácter discriminador. Se os beneficios económicos se acumulan dentro dunha rede social ou club, aqueles que quedan excluídos dela vense excluídos tamén de tales beneficios. Os clubs representan grandes obstáculos á equidade cando restrinxen as súas actividades ao seu grupo específico ou cando non se aceptan novos membros. Se, como aseguran Putnam et al. (1993), a igualdade é unha característica fundamental da comunidade cívica, a segregación da rede podería estar afectando tamén deste modo á reprodución.

C. Verticalidade-horizotalidade da estrutura social

Tamén se argumentou que a dimensión verticalidade-horizotalidade da organización xoga un papel fundamental na reprodución do capital social. Boix e Posner (2000) aseguran que as organizacións verticais se basean en relacións de dependencia e autoridade, non de mutualidade —non entre iguais—, polo que teñen unha capacidade moi limitada de xerar normas de reciprocidade e confianza social. Son as organizacións horizontais as que afectan positivamente ao capital social, creando esa confianza que *lubrica* as conexións das redes sociais para que flúa a cooperación.

Pero a verticalidade parece que non só non axuda a producir confianza xeralizada, senón que tamén a dificulta. Boix e Posner (2000), falando dunha sociedade polarizada, sosteñen que “entre axentes desiguais a cooperación é particularmente problemática porque sempre haberá incentivos por unha das partes para abandonar calquera sistema baseado en pautas cooperativas”. Putnam et al. (1993) aseguran que “a igualdade é unha característica esencial da comunidade cívica” e que “a diferenza das máis igualitarias e cooperativas comunidades cívicas, a vida nunha comunidade verticalmente estruturada, e horizontalmente fracturada, produce xustificacións diarias para os sentimentos de explotación, dependencia e frustración, especialmente nos chanzos máis baixos da escala social, pero tamén en niveis algo máis altos”. Knack e Keefer (1997), ademais de considerar que existen evidentes razóns teóricas para agardar unha consistente relación negativa entre a desigualdade e os niveis de capital social, demostran empiricamente unha forte influencia deste tipo.

Portes (2006) salientaba a relación da distribución de poder coa creación de valores. É frecuente o caso no que unha elite que concentra suficiente poder, úsao para promover certo tipo de valores dentro da comunidade. Nas súas propias palabras, “as elites que controlan os recursos que confiren poder tratan de estabilizar e perpetuar a súa posición moldeando os valores de modo que a masa da poboación sexa persuadida da ‘xustiza’ da orde existente”. De aí que a persistencia en baixos niveis de participación cívica poida estar dependendo en boa medida dunha distribución de poder concentrada, que se resiste con todos os seus medios a abandonar a súa posición privilexiada. Neste sentido, Tabellini (2010), indagando sobre as orixes históricas de certos trazos culturais relacionados co capital social, argumenta que “un réxime autocrático e corrupto que sobrevive grazas a unha forte xerarquía de privilexios e que subxuga á poboación co uso arbitrario da forza [...] promoverá a desconfianza cara

os descoñecidos, [...] un sentimento de impotencia e resignación”; sendo o caso contrario un lugar “onde os emprendedores produtivos ou comerciantes participan abertamente na organización política da sociedade, o imperio da lei é respectado e a autoridade suprema é restrinxida por controis e contrapesos”.

VI. CONCLUSIÓN

Este traballo ofreceu argumentos para a recuperación do compoñente estrutural no estudo do capital social. A extensión das redes sociais, a segregación da comunidade en grupos pechados e excluíntes, a distribución de poder e a verticalidade ou horizontalidade da estrutura social preséntanse como elementos de peso e non desligables dos compoñentes simbólicos do capital social.

Repasáronse algunhas das referencias fundamentais da literatura, que orixinalmente salientaban o papel central da estrutura social á hora de definir o capital social. Tamén se puxeron de relevo as transcendentais implicacións dos factores estruturais sobre o rendemento institucional e o desempeño económico, que a miúdo quedan eclipsadas por definicións baseadas case por enteiro na confianza xeralizada. Finalmente, salientouse a necesidade de recorrer aos compoñentes estruturais para a comprensión da reprodución do capital social.

Os estudos empíricos sobre a orixe histórica do capital social botan luz sobre o modo en que se acumulan de maneira sostida estes recursos de tipo simbólico, se estenden as redes de compromiso cívico e se transforma a topografía da estrutura. Putnam et al. (1993) e outros autores (Guiso et al., 2008; Tabellini, 2010) centráronse en factores históricos de tipo político para explicar as traxectorias comparativas de capital social entre rexións ou países europeos. Aínda que a miúdo se empreguen institucións formais clave como *proxies* de toda a organización da sociedade nun momento histórico, estas características son dificilmente desvinculables da esfera material. É tamén probable que xunto cos elementos culturais estea persistindo tamén ou evolucionando de maneira *path-dependent* a estrutura social. De modo que dentro diso que se veu chamar legado cultural das institucións políticas formais debamos considerar tamén elementos da esfera material. Próximos estudos poderían ir encamiñados a dilucidar o papel da estrutura social como factor de persistencia das diferenzas en capital social e os seus efectos políticos e económicos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, D. et al. 2005 «Institutions as a Fundamental Cause of Long-Run Growth», en P. Aghion y S. Durlauf (eds.), *Handbook of Economic Growth*. Amsterdam: North-Holland.
- AHN, T.K. e Ostrom, E. 2002 «Social capital and the second generation theories of collective action: an analytical approach to the forms of social capital», *Annual Meeting of the American Science Association*.
- ALMOND, G.A. e Verba, S. [1963] 1970. *Cultura cívica: estudio sobre la participación política democrática en cinco naciones*. Madrid: Euramérica.
- BARR, A. 1996. *Entrepreneurial Networks and Economic Growth* (Disertación doutoral). Oxford: Oxford University.
- BEUGELSDIJK, S. et al. 2004 «Trust and economic growth: a robustness analysis», *Oxford Economic Papers*, 56:118-134.
- BEUGELSDIJK, S. e van Schaik, T. 2005 «Social capital and growth in European regions: An empirical test», *European Journal of Political Economy*, 2: 301-324.
- BOIX, C. e Posner, D. 2000 «Capital social y democracia», en *Revista Española de Ciencia Política*, 1(2): 159-185.
- BOURDIEU, P. 1985 «The forms of capital», en J.G. Richardson (comp.), *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*. Nova York: Greenwood.
- COLEMAN, J.S. 1988 «Social Capital in the Creation of Human Capital», *American Journal of Sociology*, 94: 95-121.
- CONLEY, T.G. e Udry, C.R. 2010 «Learning about a New Technology: Pineapple in Ghana», *American Economic Review*,

100(1): 35-69.

- DASGUPTA, P. 2003 «Social Capital and Economic Performance: Analytics», en E. Ostrom e T.K. Ahn (eds.), *Foundations of Social Capital*. Cheltenham: Edward Elgar.
- DURLAUF, S.N. e Fafchamps, M. 2005 «Social Capital», en P. Aghion e S.N. Durlauf (eds.), *Handbook of Economic Growth*. Amsterdam: North-Holland.
- ELSTER, J. 1982 «Marxism, Functionalism, and Game Theory: The Case for Methodological Individualism», *Theory and Society*, 11: 453-482.
- FEHR, E. e Simon G. 2000 «Cooperation and Punishment in Public Goods Experiments», *American Economic Review*, 90: 341-369.
- FUKUYAMA, F. 2000 «Social Capital and Civil Society», *IMF Working Papers*, No. 74.
- GLAESER, E.L. et al. 1995 «Crime and Social Interactions», *The Quarterly Journal of Economics*, 111(2): 507-548.
- GOLDIN, C. e Katz, L. 1999 «Human Capital and Social Capital: The Rise of Secondary Schooling in America, 1910—1940», *Journal of Interdisciplinary History*, 29: 683-723.
- GRANOVETTER, M. 1975. *Getting a Job: A Study of Contacts and Careers*. Chicago: University of Chicago Press.
- GRANOVETTER, M. 1985 «Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness», *American Journal of Sociology*, 91(3): 481-510.
- GRANOVETTER, M. 2002 «A theoretical Agenda for Economic Sociology», en M. Guillén, R. Collins, P. England e M. Meyer (eds.), *The New Economic Sociology: Developments in an emerging Field*. New York: The Russell Sage Foundation.
- GROOTAERT, C. 2001 «Does Social Capital Help the Poor? A Synthesis of Findings from the Local Level Institutions Studies in Bolivia, Burkina Faso, and Indonesia», *Local Level Institutions Working Paper N° 10*, World Bank.
- GROOTAERT, C. e van Bastelaer, T. 2002. *Understanding and Measuring Social Capital: A Multi-Disciplinary Tool for Practitioners*. Washington: World Bank.
- GUIISO, L. et al. 2004 «The role of Social Capital in Financial Development», *American Economic Review*, 94(3): 526-556.
- GUIISO, L. et al. 2008 «Social Capital as Good Culture», *Journal of the European Economic Association*, 6(2-3): 295-320.
- GUIISO, L. et al. 2011 «Civic Capital as the Missing Link», en J. Benhabib, M.O. Jackson e A. Bisin (eds.), *Handbook of Social Economics* (Volume 1A). Amsterdam: North-Holland.
- GÜTH, W. et al. 1982 «An experimental analysis of ultimatum bargaining», *Journal of Economic Behavior & Organization*, 3(4): 367-388.
- HANIFAN, L.J. 1916 «The Rural School Community Centre». *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 67: 130-138.
- HOFF, K. e Stiglitz, J.E. 2001 «La teoría económica moderna y el desarrollo», en G.M. Meier e J.E. Stiglitz (eds.), *Fronteras de la economía del desarrollo: el futuro en perspectiva*. Washington, D.C.: Banco Mundial e Alfaomega.
- KNACK, S. e Keefer, P. 1997 «Does Social Capital Have an Economic Payoff? A cross-country Investigation», *Quarterly Journal of Economics*, 112 (4): 1251-1288.
- KNIGHT, J. 1992. *Institutions and Social Conflict*. New York: Cambridge University Press.
- KRISHNA, A. e Uphoff, N. 1999. *Mapping and Measuring Social Capital: A Conceptual and Empirical Study of Collective Action for Conserving and Developing Watersheds in Rajasthan, India*. Washington, D.C.: World Bank.
- LA PORTA, R. et al. 1997 «Trust in Large Organizations», *American Economic Review*, 87(2): 333-338.
- LIN, N. 1999 «Building a network theory of social capital», *Connections*, 22(1): 28-51.
- LOCKE, R.M. 1995. *Remaking the Italian Economy*. Ithaca: Cornell University Press.
- MOTA, F. e Subirats, J. 2000 «El quinto elemento: el capital social de las comunidades autónomas. Su impacto sobre el funcionamiento del sistema político autonómico», *Revista Española de Ciencia Política*, 1(2): 123-158.
- NANNICINI, T. et al. 2013 «Social Capital and Political Accountability», *American Economic Journal*, 5(2): 222-50.
- PORTES, A. 1998 «Social Capital: Its Origins and Applications in Modern Sociology», *Annual Review of Sociology*, 24:1-24.
- PORTES, A. 2006 «Instituciones y desarrollo: una revisión conceptual», *Cuadernos de Economía*, 25(45): 13-52.
- PUTNAM, R.D. et al. [1993] 2011. *Para que la democracia funcione: las tradiciones cívicas en la Italia moderna*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- PUTNAM, R.D. 2000. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. New York: Simon & Schuster.
- ROSENFELD, R. 2001. «Social Capital and Homicide», *Social Forces*, 80(1): 283-310.

- SAXENIAN, A.L. 1994. *Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128*. Cambridge: Harvard University Press.
- SOLOW, R. 1999. «Notes on Social Capital and Economic Performance», en P. Dasgupta e I. Serageldin (eds.), *Social Capital: A Multifaceted perspective*. Washington, D.C.: The World Bank.
- TABELLINI, G. 2010 «Culture and Institutions: Economic Development in the Regions of Europe», *Journal of the European Economic Association*, 8(4): 677-716.
- TOCQUEVILLE, A. ([1840] 2000): *Democracy in America*. Chicago: University of Chicago Press.
- WELLMAN, B. 1983 «Network Analysis: Some Basic Principles», en R. Collins (ed.), *Sociological Theory*. San Francisco: Jossey-Bass.
- ZAK, P.J. e Knack, S. 2001 «Trust and Growth», *Economic Journal, Royal Economic Society*, 111(470): 295-321.

NOTAS

1. Para Emile Durkheim, o feito social é o conxunto de “formas de obrar, pensar e sentir, exteriores ao individuo e [que] están dotadas dun poder de coacción en virtude do cal se lle imponen” (Durkheim, 1895).

JESÚS AMADOR VALDÉS DÍAZ DE VILLEGAS_(jesus.valdes@ibero.mx)_Dpto. de Estudos Empresariais da Universidade Iberoamericana, México

Relendo a teoría económica de Marx: un concepto posmarxista do diñeiro

Releyendo la teoría económica de Marx: un
concepto posmarxista del dinero

*Rereading Marx's Economic Theory: a Post-Marxist
Concept of Money*

&Resumo: Os procesos especulativos xerados cara o interior das economías industrializadas, principalmente a economía dos Estados Unidos, e o estalido da crise financeira do 2008, é unha mostra concreta da necesidade de analizar as causas que son xeradoras da irracionalidade especulativa no mundo monetario financeiro. A crise amosa que existen formulacións teóricas que foron superadas e o FMI, chamou á investigación e mecanismo que axuden a formular políticas económicas que dean a posibilidade de maior estabilidade. Polo tanto o obxecto do noso estudo é explicar conceptualmente o diñeiro actualmente co uso da metodoloxía de Marx, de tal forma que se poida contribuir a un maior control dos procesos especulativos no mundo financeiro, reducindo os efectos que estes grandes desequilibrios chamados crises financeiras provocaron sobre o benestar.

&Palabras claves: valor, diñeiro, circulante, inflación, interese, tipo de cambio.

&Abstract: Speculative processes generated into industrialized economies, mainly the U.S. economy, and the outbreak of the crisis in the financial crisis of 2008, is a concrete example of the need to analyze the causes which generate speculative irrationality financial and monetary world. The crisis shows that there are theoretical approaches that have been overcome and the IMF, has called mechanism research and help formulate economic policies that give the possibility of greater stability. Thus the object of our study is to explain conceptually the money currently using Marx's methodology, so as to contribute more speculative process control in the financial world, reducing the effects that these great crises calling imbalances have caused financial welfare.

&Keywords: value, money, current, inflation, interest, exchange rate

I. INTRODUCCIÓN

Un dos problemas de interese permanente na teoría económica ten que ver co diñeiro e a política monetaria, importancia determinada en parte pola posición que isto ocupa, hoxe, na coordinación de políticas, como resultado do proceso de globalización e o que se coñece como estabilidade macroeconómica.

A globalización trouxo consigo un gran desenvolvemento da industria financeira e os fluxos de capital a nivel internacional condicionaron unha alta complexización das relacións económicas entre países. Convertíndose este fenómeno económico financeiro nun dos elementos máis importantes para o funcionamento das economías subdesenvolvidas e en particular as emerxentes polas fallas estruturais que existen cara o interior das mesmas. Comprender a súa natureza, segue a ser unha necesidade para a explicación de varios procesos e fenómenos do mundo actual.

A exteriorización da contradición interna da mercadoría, na obra de Marx, é o punto metodolóxico, que conduce ao estudo das formas do valor de cambio: forma relativa e forma equivalencial. Formas contraditorias en si mesmas, que no seu desenvolvemento lóxico histórico, fundamentan o xurdimento do diñeiro e a súa definición. O diñeiro na teoría de Marx é considerado, como o resultado dun proceso de evolución e desenvolvemento dunha relación social dunha produción específica e constitúe unha mercadoría cun valor de uso especial: servir de equivalente a todas as demais mercadorías.

A análise do capítulo I do Tomo I de “El Capital”, ofrece unha definición clara de catro etapas lóxicas históricas, que están asociadas ao desenvolvemento da produción social e á profundización da División Social do Traballo. Estas etapas ofrecen unha explicación histórica do xurdimento do diñeiro.

Conceptualmente, durante a época de Marx e con posterioridade a el, o diñeiro é igual ao ouro. Pero a literatura neomarxista fai pensar que a evolución do diñeiro se detivo no que se denominou —dentro do método histórico materialista—, de análise da economía: forma diñeiro. Esta interpretación que pode considerarse como unha forma dogmática e apartada do propio método de Marx, é unha das grandes limitacións neomarxistas, para poder proxectar o concepto do diñeiro nas novas condicións e fundamentar moito dos novos fenómenos e procesos que ocorren na actividade monetaria financeira.

O estudo do diñeiro dentro dun enfoque posmarxista, permite presentar unha visión alternativa de interese tanto para analizar a actividade económica financeira doméstica, ter unha visión máis clara dos factores que provocaron nun momento histórico determinado o esgotamento dos sistemas financeiros, amosar as causas xeradoras de frecuentes crises financeiras no sistema internacional e dos grandes desequilibrios macroeconómicos que vive unha inmensa cantidade de países dentro do sistema.

Desde o punto de vista histórico a observación evolutiva dos sistemas monetarios domésticos e internacionais e o desenvolvemento histórico dos mesmos, amosan a importancia e significado do estudo do diñeiro. O paso do sistema Patrón Ouro, ao sistema monetario entre guerras, ao sistema monetario Bretton Woods e por último ao réxime de tipos cambios flotantes, son unha confirmación do xurdimento doutras etapas do desenvolvemento das formas do valor de cambio, determinadas polo desenvolvemento da produción material baixo a súa forma de organización mercantil e unha confirmación da complexidade do proceso de cousificación das relacións sociais de produción ou o que tamén se denomina fetichismo mercantil.

A análise do patrón, pola súa definición, estrutura e funcionamento está estreitamente relacionado co concepto de diñeiro que se ofrece na teoría de Marx: o concepto de

mercadoría diñeiro. O patrón ouro foi o sistema monetario financeiro internacional, que existiu entre 1870-1914 e nel pódese observar a existencia dunha certa coincidencia no seu funcionamento, coa forma teórica dada por C. Marx ao explicar o diñeiro como o resultado evolutivo das relacións sociais de produción, tese fundamentada no estudo da evolución da formas relativa e equivalencial do valor de cambio a nivel de sistema.

Pola súa parte, o Sistema Bretón Woods amosa historicamente o desenvolvemento dunha nova etapa de evolución da forma diñeiro en si mesma, onde só queda unha moeda vehicular a nivel mundial equivalente a 35USD = 1 onzas de ouro. Pero este sistema tamén trouxo consigo un nivel superior de fetichización, ao establecer as demais divisas unha equivalencia fixa con relación ao dólar estadounidense e non co ouro directamente¹. Non é casual, polo tanto, que o proceso de finiquito deste sistema como resultado dos cambios que se producían no contexto internacional, xerara nun inicio un proceso de anarquía internacional no funcionamento da actividade monetaria nas grandes potencias, cuxas decisións a longo prazo redundaron noutros problemas de alta complexidade no mundo económico financeiro internacional como o constituiu a chamada crise da débeda externa.

A base da evolución e desenvolvemento das relacións sociais de produción capitalista, conduciron á profundización do alleamento monetario, materializado en complexos procesos especulativos a nivel doméstico e internacional que provocaron profundas crises de carácter financeiro e que expresan a necesidade de restablecer os equilibrios ante conceptos imaxinarios que se apartan da realidade. A especulación como unha forma irracional de obtención de utilidades snunha xeración real de valor no mundo material, converteuse na práctica nunha regularidade no funcionamento dos mercados na globalización, que en determinados momentos rebasa os marcos xurídicos institucionais onde se desenvolven os mercados, ao erixirse nun factor que contrarresta os efectos da tendencia decrecente das cotas de ganancias nas grandes economías globais.

O proceso de evolución e desenvolvemento das relacións sociais de produción capitalistas, conducen a preguntas de interese teórico-práctico. Deixou de ser o diñeiro unha mercadoría? Como definir o diñeiro no mundo moderno? Non obstante, o ouro segue a ser unha reserva monetaria de importancia e en épocas marcadas polas profundas crises financeiras onde a incerteza se erixe como un comportamento na procura de certa racionalidade, converteuse no commodity² refuxio por excelencia (Valdés; J: 2009, p. 65).

Analizar e estudar o diñeiro desde unha postura posmarxista, é de interese teórico—práctico por:

1. A inflación todas as escolas consideran que é un problema puramente monetario. Entón acadar unha comprensión do diñeiro é buscar unha acción de solución non só a curto prazo, senón tamén a longo prazo, nos establecementos escenarios de inestabilidade macroeconómica. A importancia radica en que a inflación é un problema que afecta aos individuos no seu benestar.
2. Afondar no coñecemento do diñeiro mellorará o deseño de políticas económicas públicas, aspecto que pode propiciar un mellor ámbito para o crecemento da empresa en particular e da economía nacional no xeral.

A hipótese fundamental do traballo sustenta que o diñeiro segue a ser o resultado dunha evolución das formas do valor. O diñeiro en si mesmo non deixou de ser mercadoría e a incompreensión do concepto pola complexidade do proceso de fetichización das relacións sociais de produción capitalista, foi un obstáculo para o deseño de políticas económicas

racionais e estruturadas que minimicen os efectos negativos das crises na época da globalización.

A importancia do tema na orde teórico-práctica, polo seu significado para o establecemento de políticas económicas, determina en si mesmo o obxecto de estudo deste traballo: explicar conceptualmente o diñeiro actualmente co uso da metodoloxía de Marx, de tal forma que se poida contribuir con ideas que dean un maior control dos procesos especulativos no mundo financeiro, reducindo os efectos que estes grandes procesos de recomposición violenta dos equilibrios, chamados crises financeiras provocaron sobre o benestar. Polo tanto, pártese dos enfoques actuais sobre o diñeiro, para poder volver ao concepto de diñeiro dado por Marx e sobre esta base construír o concepto posmarxista que permita unha interpretación alternativa neste contexto teórico conceptual.

Pola amplitude do tema establecéronse neste traballo tres direccións fundamentais de análise: a primeira ten que ver co concepto do diñeiro, as formulacións desenvolvidas polas escolas tradicionais actuais e unha proposta teórica sobre a definición contextualizada do diñeiro co emprego da metodoloxía utilizada por Marx; a segunda parte ten que ver cos tipos de interese e o crédito, pola relación directa ao concepto do diñeiro e a importancia que ten na definición de políticas económicas e o comportamento do ciclo económico e, por último, realízase unha análise do tipo de cambio pola súa incidencia na estabilidade macroeconómica e na dinámica do sector externo das economías.

O estudo cuantitativo reducímolo, pola propia finalidade que busca o traballo, ás variables PIB de México e Estados Unidos, M_2 dos Estados Unidos e a taxa de interese de equilibrio da economía mexicana. A utilización do PIB e de M_2 dos Estados Unidos, respondeu ás condicións de ser a maior economía do mundo cunha participación do 25% no PIB mundial; mentres os datos da economía mexicana serven de base de comparación na análise dos tipos de interese e os tipos de cambio.

O interese fundamental do estudo é incentivar o desenvolvemento de actividades investigadas nesta dirección, pola necesidade ante os novos retos que situou a crise económica iniciada no 2007 ante a xeneralización e *bursatilización* dos chamados créditos subprime e a ineficacia das políticas económicas para evitar os desastres ocorridos cara o interior de moitas economías que inflúen no comportamento das tendencias da economía mundial.

II. DEFINICIÓNS ACTUAIS DO DIÑEIRO

Na teoría económica pódense atopar diversas definicións de diñeiro. Paul Samuelson e William D Nordhaus, no seu libro "Economía" definen o diñeiro, como todo aquilo que constitúe medio de pago (Samuelson; 1993, p. 601). Este autor acepta que nun principio o diñeiro constituíu unha mercadoría, pero na súa evolución transfórmase en papel diñeiro e contas correntes, que constitúen instrumentos que son aceptados como medios de pago para a compra de bens e servizos. Este concepto é compartido por case todos os teóricos modernos, incluíndo a P. Krugman e a Dornbusch e Fisher, que no libro "Macroeconomía", aceptan a definición de Samuelson e engaden que o diñeiro tñunha función central de servir de determinante do ingreso e o emprego (Dornbusch; 2008, p. 220).

O diñeiro como determinante do ingreso e do emprego é unha tese que estivo presente en todo o pensamento económico clásico desde a aparición do segundo tomo de "El Capital", onde se estudan los modelos de produción e realización do capital social e a teoría keynesiana, que se considera como a base da teoría macroeconómica moderna. Tanto Marx como Keynes consideraron que é imposible levar a cabo un proceso de reprodución ampliada

(ou o que Keynes denomina efecto multiplicativo do investimento), sen que se produza un proceso de adianto de diñeiro á circulación para a adquisición dos factores necesarios para a creación de bens e servizos³.

Para Samuelson e William D. Nordhaus, P. Krugman, Dornbusch, Fisher e seguidores, o diñeiro cumpre, polo tanto, tres funcións:

- Medio de pago.
- Depósito de valor.
- Unidade de conta.

Teoricamente, a explicación da evolución do diñeiro considera a definición do diñeiro, mercadoría axustada a un momento histórico onde o medio de pago era un ben e, en particular, este ben era fundamentalmente un metal prezoso como o ouro, a prata ou o cobre (Krugman; 2007, p. 323). Neste caso estanse considerando dous valores de uso dos metais prezosos: o primeiro como medio de pago; o segundo como cousas que van satisfacer outras necesidades humanas.

O interesante na teoría económica moderna é que o papel moeda como representante legal do diñeiro explicábase como “diñeiro signo respaldado como mercadoría”, é dicir, un medio de pago que tiña un valor, que se garantía co compromiso de que os bancos emisores podían cambialo por ouro en calquera momento (Krugman; 2007, p. 323). Aspecto que se sitúa como diferenza fundamental co diñeiro na actualidade, de acordo á teoría moderna. Dous aspectos son necesarios ter presentes nesta definición:

- Pártese dunha posición metodolóxica onde o mercado é considerado como un feito a-histórico. Por conseguinte o valor de uso, como propiedade da mercadoría, analízase á marxe da categoría valor e considérase como unha categoría a-histórica, é dicir, non se comprende que o valor de uso é como forma propia de manifestación do valor e parte intrínseca das relacións sociais de produción, o que o converte tamén nunha propiedade historicamente determinada.
- Non se explica a necesidade do xurdimento do diñeiro, nin a súa evolución histórica, a cal só se institúe como resultado dunha análise empírica e sen conexión, o que non permite ver aspectos de interese na formulación das políticas públicas para a procura de estabilidade macroeconómica.

Sustentado nos aspectos teóricos ofrecidos pola teoría moderna, o Fondo Monetario Internacional describe o ouro como un activo financeiro⁴ para o que non existen pasivos financeiros correspondentes. O ouro monetario é só o que está en poder do banco central ou o goberno (ou doutras entidades suxeitas ao control efectivo do banco central ou o goberno) e forma parte das reservas oficiais. A tenzas de ouro que non forman parte das reservas oficiais clasifícanse como activos non financeiros (FMI; 2001; p. 24).

No “Manual de Estatísticas Monetarias e Financeiras” elaborado polo FMI, o diñeiro en sentido amplo, conforma a súa definición sobre a base de catro funcións básicas, nas cales ademais das citadas con anterioridade se inclúe o *patrón para pagos diferidos*, cuxa definición non é máis que un medio de vincular valores actuais e futuros en contratos financeiros (FMI; 2001; p. 55). Esta definición é elaborada para satisfacer a necesidade de avaliar o grao de monetización da variedade de activos financeiros, centrándose na capacidade de cada clase de activo financeiro para proporcionar *liquidez*⁵ e servir como depósito de valor (FMI; 2001; p. 55).

De acordo coa liquidez do activo clasifícanse en varios tipos:

1. *Billetes e monedas e os depósitos transferibles*. Eles constitúen activo financeiro máis líquido e empréganse como medio directo de pago.

2. *Outros depósitos e os valores distintos de accións.* A partida doutros depósitos abrangue todas as clases de depósitos non transferibles: depósitos a prazo; depósitos de aforro; depósitos denominados en moeda estranxeira; depósitos á vista que non poden usarse directamente para pagos a terceiros; participacións de capital ou outros comprobantes de depósito emitidos por asociacións de aforro e préstamo, sociedades hipotecarias, cooperativas de crédito, etc., e outras clases de depósitos (FMI; 2001; p. 57).

Estes conceptos sustentan a definición de base monetaria, a cal é considerada como os pasivos do banco central que sustentan a expansión do diñeiro en sentido amplo e do crédito. Tamén pode chamárselle á base monetaria (BM), *diñeiro de alta potencia*, dado que as súas variacións xeralmente dan lugar a incrementos máis grandes do diñeiro e do crédito (FMI; 2001; p. 60). O propio manual aclara que a base monetaria non pode considerarse como un agregado monetario, produto que é unha unidade de medida de diñeiro primario, que constitúe a base dos agregados monetarios. Por conseguinte, o concepto de base monetaria como unidade de medida determina os billetes e moedas emitidos polo banco central que forman parte dos agregados monetarios, as tenzas de depósitos das outras sociedades de depósito no banco central e as súas tenzas de moeda nacional (FMI; 2001; p. 60).

Os conceptos reflicten a complexidade das relacións financeiras e polo tanto a dimensión en épocas da globalización do concepto de diñeiro e o seu nivel de fetichización. O proceso de profundización e complicación das relacións sociais de produción capitalistas como resultado do seu desenvolvemento nas súas formas crean a aparencia de que o diñeiro deixou de ser unha mercadoría e que se produciu un paso onde a posición do diñeiro é ocupada polo papel moeda e o que se coñece como diñeiro electrónico, tal e como pode apreciarse nunha lectura das flutuacións diarias que aparece en calquera diario.

Non obstante estes estudos, sen lugar a dúbidas, contribuíron ao establecemento dos compoñentes monetarios. Se ben na práctica monetaria dos países, podemos atopar varios compoñentes, no caso particular de México, BANXICO sitúa como agregados:

- M_1 = O agregado monetario M_1 está composto polos billetes e moedas en poder do público, as contas de cheques en poder de residentes do país e os depósitos en conta corrente. Os billetes e moedas en poder do público obtéñense ao excluír a caixa dos bancos do total de billetes e moedas en circulación.
- M_2 = O agregado monetario M_2 inclúe a M_1 , a captación bancaria de residentes, os valores públicos e privados en poder de residentes e os fondos para o retiro.
- M_3 = M_3 inclúe a M_2 , a captación bancaria de residentes do exterior e os valores públicos en poder de residentes do exterior.
- M_4 = O agregado monetario M_4 inclúe, ademais de M_3 , a captación das sucursais e axencias de bancos mexicanos no exterior provenientes de residentes no exterior e de nacionais (BANXICO; Glosarios).

Para os efectos deste estudo, empregaremos dous agregados: M_1 y M_2 . De acordo á definición de base monetaria obtido do manual do FMI, son estes compoñentes determinados pola base monetaria. Tecnicamente pódese afirmar de acordo aos conceptos empregados polo FMI que:

$$M_1 + M_2 = f(\text{BM})$$

A suma dos dous compoñentes, polo tanto, podestablecerse na seguinte identidade:

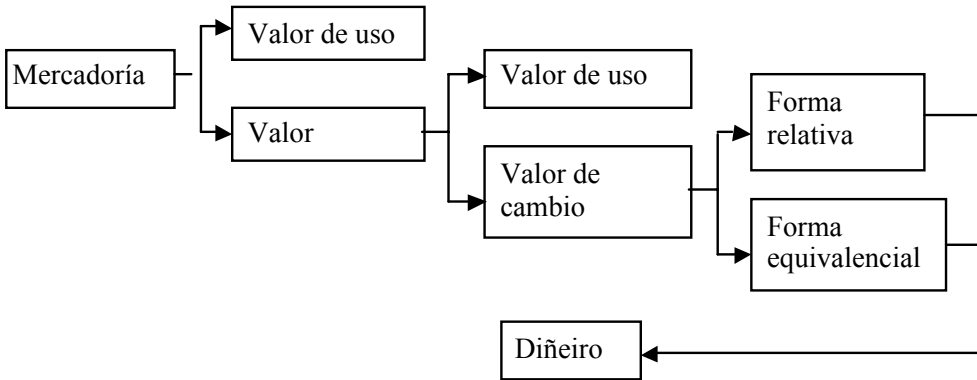
$$\text{BM} \geq M_1 + M_2$$

Considerando que a base monetaria ou diñeiro primario, é a base a partir da cal os bancos comerciais poden crear diñeiro bancario e influir sobre o medio circulante e está composta

polo numerario en poder do público máis as reservas bancarias. Como é posible establecer unha interpretación correcta da mesma se o diñeiro se define como papel diñeiro e contas correntes? Esta interrogante é un problema non resolto teoricamente, que sitúa nun plano importante á especulación como factor determinante nos mercados financeiros, dado que non se indica como se construiu esta medida nun marco económico determinado.

III. A EVOLUCIÓN DAS FORMAS DO VALOR DE CAMBIO E O CONCEPTO DO DIÑEIRO

Para Marx o diñeiro, ten a súa aparición condicionado historicamente e amósase mediante o estudo, lóxico⁶ histórico das formas do valor de cambio: forma relativa e forma equivalencial do valor. Estas formas son a forma en que se produce unha exteriorización da contradición interna da mercadoría e do valor. A lóxica de exposición pode ser esquematizada como segue:



De acordó coa concepción marxista clásica, o desenvolvemento das forzas produtivas trae consigo un proceso de especialización a nivel social que é coñecido como división internacional do traballo, proceso sobre o cal descansa a aparición da propiedade privada sobre os medios de produción e un illamento relativo dos produtores. Estes procesos son a causa do xurdimento da organización mercantil da produción e da conversión histórica do produto do traballo en mercadoría.

A mercadoría contén en si mesma unha contradición, en canto ás súas propiedades e elas describen o sistema de contradicións da organización mercantil da produción. Pero tamén describen o proceso de cousificación das relacións sociais de produción ou o que sexa denominado dentro da teoría clásica de Marx, o fetichismo mercantil.

As formas relativas e equivalencial, polo tanto, se ben son formas de exteriorización da contradición interna da mercadoría, elas pasan por un proceso de evolución e desenvolvemento que describen desde as formas máis simples de intercambio ás máis complexas⁷, ata chegar á forma diñeiro. O diñeiro na teoría marxista defínese como unha mercadoría especial que ten monopolio específico dentro do mundo das mercadorías de ser o seu equivalente universal, papel que é asumido polo ouro (C. Marx; 1972, p. 35-36). É dicir estamos en presenza, dunha concepción teórica que deixa perfectamente situado historicamente a aparición do diñeiro.

É precisamente o feito de estar sustentada na teoría valor polo traballo, que polo tanto, nesta concepción teórica, estase admitindo a evolución do concepto asociado á propia

evolución da produción material, o que implica identificar entre as formas fetichistas ou alleadas da súa presentación coa evolución da esencia mesma. Aspecto non reflexionado polas teorías económicas modernas, xa sexa por razóns políticas e ideolóxicas como por razóns de marxinalización dos aspectos teóricos contidos na teoría de Marx pola súa incompreensión teórica ou as súas interpretacións dogmáticas e maniqueas.

A diferenza da teoría económica moderna e sustentado na súa teoría valor traballo, Marx define as seguintes funcións do diñeiro:

1. Medida de valor: que se deriva da propia definición do diñeiro como equivalente universal. Nesta función o diñeiro é a medida necesaria da medida inmanente do valor das mercadorías: o tempo de traballo necesario (C. Marx; 1972; p.56). Esta é unha definición diferente á función prezo do diñeiro, a cal o que fai é medir as cantidades de ouro, polo tanto é unha función que necesita fixar unha unidade de medida (C. Marx; 1972, p.99). Baseado nestas condicións é que o prezo se define como a expresión monetaria do valor das mercadorías.
2. Medio de circulación: é unha función asociada ao cambio mercantil, onde se presentan dous procesos de metamorfose: $M - D$, que expresa un proceso de venda e $D - M$, que expresa a antítese do proceso anterior ou proceso de compra. O diñeiro funciona como medio de circulación ao ser o valor substantivado das mercadorías, polo tanto o seu movemento como medio de circulación é simplemente un movemento formal das propias mercadorías (C. Marx; 1972, p. 75-76), onde o seu representante constitúe o diñeiro.
3. Medio de atesouramento: a interrupción do proceso de metamorfose cando o diñeiro cumpre a función como medio de circulación, o diñeiro atesóurase. Nesta función o atesouramento revela a posesión de riqueza.
4. Medio de pago: esta función xorde como unha necesidade da separación cronolóxica dos diferentes ciclos. Os pagos compénsanse uns con outros e o diñeiro funciona de maneira ideal como diñeiro aritmético ou medida de valor (C. Marx; 1972, p. 95).
5. Diñeiro mundial: función que se deriva cando as mercadorías saen da órbita dos mercados domésticos e estamos en presenza do comercio internacional.

A teoría do diñeiro de Marx parece ser unha explicación ao concepto do diñeiro mercadoría da teoría económica moderna; porén, a posición metodolóxica é diferente e non existe unha fundamentación histórica. O resultado explícase en fetichismo mercantil e en especial no proceso de alleamento das relacións sociais na forma diñeiro, onde como ben sinala Marx se encobre o carácter social dos traballos privados e polo tanto das relacións sociais de produción (C. Marx; 1972, p.41).

A análise do concepto do diñeiro na teoría económica moderna permite lembrar a Marx cando sinalou:

“Estas formas son precisamente as que constitúen as categorías da economía burguesa. Son formas mentais aceptadas pola sociedade, e polo tanto obxectivas, que expresan as condicións de produción deste réxime social de produción historicamente dado que é a produción de mercadorías. Por iso todo o misticismo do mundo das mercadorías se esfuma tan pronto como os desprazamos a outras formas de produción.” (C. Marx; 1972, p. 41).

Deste enfoque hai dúas teses de orde teórico-metodolóxica de interese e están contidas na definición das funcións do diñeiro e en particular da función de diñeiro como medio de circulación:

— A primeira está referida á masa de diñeiro en circulación. De acordo a Marx é:

$$M = (P*Q) / V$$

Esta ecuación segundo Marx expresa que dado o valor creado e dado o ritmo medio do diñeiro a masa de diñeiro en circulación está en función do propio valor (C. Marx; 1972, p.82). Un despexo a esta interpretación de Marx sitúanos na ecuación que amosa a teoría cuantitativa do diñeiro:

$$M*V = P*Q$$

— A segunda tese é a moeda como signo de valor e onde Marx a considera como resultado da necesidade de dissociar a lei real da lei nominal da moeda como resultado do desenvolvemento do intercambio mercantil. Esta dissociación xa ten implícita a posibilidade de acuñar como representantes do diñeiro outros materiais ou simples símbolos. Aspecto que provoca que o ouro como diñeiro se disocie da súa substancia de valor. Na vida económica o papel moeda é un signo do diñeiro e a súa relación co mundo das mercadorías consiste simplemente en que este expresa idealmente unha cantidade de ouro simbólica (C. Marx; 1972, p. 86).

Polo tanto para Marx a inflación é un fenómeno historicamente determinado e un problema monetario, que brota do propio proceso de alleamento monetario. O símbolo do diñeiro provoca o xurdimento dun diñeiro imaxinario e, con iso, os procesos de desequilibrios macroeconómicos que provocan a súa propia dinámica que as crises da economía real comecen a evidenciarse con máis forza, nun primeiro momento, dentro da actividade financeira das economías.

IV. O DIÑEIRO: UNHA DEFINIÇÃO POSMARXISTA

A complexidade das relacións sociais de produción impostas pola propia lóxica do desenvolvemento, como resultado da profundización da división do traballo a nivel internacional, trae consigo unha maior exacerbación alleante da propiedade privada a nivel doméstico e a nivel internacional e polo tanto un maior illamento económico relativo malia ser a produción un proceso cada vez máis social.

Isto significa que a exteriorización da contradición interna do valor faise máis complexa e prodúcese un efecto de maior dissociación entre o diñeiro propiamente dito e o seu representante legal. O ouro ao converterse nunha reserva monetaria é parte do diñeiro, pero o diñeiro constitúe un concepto máis amplo. Feito que queda marcado despois do proceso de derogación do modelo do sistema Bretton Woods, onde o dólar estadounidense converteuse en único representante legal do ouro a nivel mundial: 35 USD = 1 onza de ouro⁸.

Co esgotamiento do Sistema Bretton Woods e coa libre flotación das divisas internacionais é cando se pode afirmar que a sociedade dá paso á “forma diñeiro da produtividade social”. Unha análise a fondo permite afirmar que o equivalente universal das demais mercadorías é a propia produción material, o que polo tanto a converte nunha mercadoría en si mesma, cun valor de uso especial, servir de equivalente universal ás demais mercadorías: Diñeiro = PIB. Esta afirmación está presentada sobre a base dunha regresión simple empregando os datos dos Estados Unidos. Tómase de base unha serie datos de 30 observacións desde 1980 a 2009 e establécese o PIB constante como variable independente e o compoñente monetario M_2 como variable dependente. A función pode ser expresada como:

$$M_2 = f(\text{PIB}_{\text{prezos constantes}})$$

Análise de regresión xeral: M_2 versus PIB constante

Ecuación de regresión

$$M_2 = -3004.23 + 0.776411 \text{ PIB constante}$$

Coefficientes

Termo	Coef	EE do coef.	T	P
Constante	-3004.23	365.887	-8.2108	0.000
PIB constante	0.78	0.038	20.5326	0.000

Resumo do modelo

S = 500.386 R-cuad. = 93.77% R-cuad. (axustado) = 93.55%

PRESS = 8298342 R-cuad. (pred.) = 92.63%

Análise de varianza

Fonte	GL	SC	Sec.	SC Axust.	MC Axust.	F	P
Regresión	1	105560110	105560110	105560110	421.589	0	
PIB constante	1	105560110	105560110	105560110	421.589	0	
Error	28	7010824	7010824	250387			
Total	29	112570934					

Axustes e diagnósticos para observacións pouco comúns

EE de Residuo

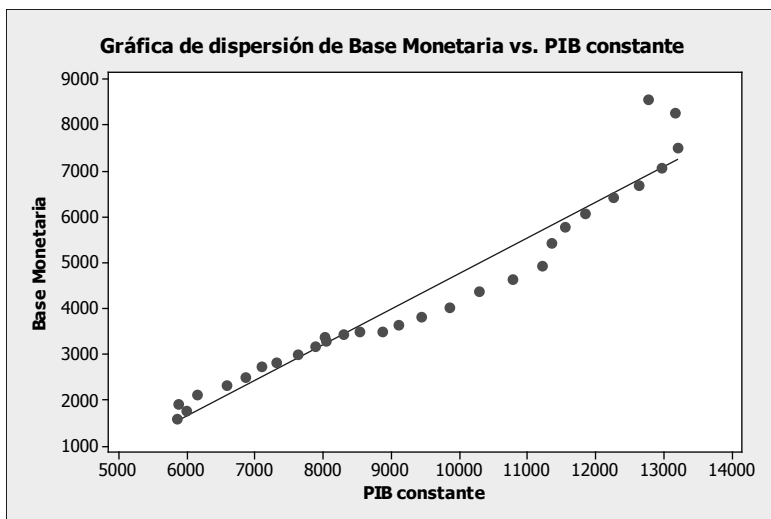
Obs	M2	Axuste	axuste	Residuo	estándar	R
29	8257.5	7214.83	170.030	1042.67	2.21555	R
30	8544.4	6901.18	157.361	1643.22	3.45941	R

R denota unha observación cun residuo estandarizado grande.

Correlación de Pearson de M2 e PIB constante = 0.968 Valor P = 0.000

Os datos amosan un coeficiente de forte correlación entre as dúas variables, ao que cómpre engadir que o coeficiente de determinación R^2 , é dun 93.55%. Reafirmando a tese antes sinalada.

Gráfico 1



A conduta da gráfica de dispersión, reafirma unha correlación entre ambas as dúas variables. Porén na observación 29 e 30 ubica un residuo grande. Este resultado é a situación do comportamento de crise económica durante o 2008 e 2009. A crise comeza sendo un proceso totalmente financeiro durante a primeira metade do 2008 ata que os efectos se transmiten á economía real, como necesidade de restablecemento do equilibrio necesario, constituíndo o momento máis argüido o ano 2009. Neste momento dáse un proceso de desequilibrio entre a cantidade de circulante e o diñeiro en si mesmo, que se pon de manifesto no que evidencia o residuo estándar da regresión.

A análise da regresión permite afirmar que:

$$M = M(\text{PIB})$$

Onde de acordo á ecuación de regresión, o coeficiente indícanos que todo crecemento do PIB provocará un crecemento do circulante do 0.78/10 da masa de circulante no mercado. Polo tanto:

$$\Delta M / \Delta \text{PIB} = k_m$$

Onde:

K_m , é un multiplicador da masa de diñeiro en circulación

Seguindo, polo tanto, a continuidade do desenvolvemento das formas do valor na actualidade e apoiado no exercicio da estatística inferencial, pode afirmarse que o valor da produción material se allea no mesmo como resultado do desenvolvemento da produción. O diñeiro non deixa de ser un resultado da contradición exteriorizada da mercadoría, porén a súa esencia encóbrese nas mesmas redes do mecanismo económico e a súa complexidade, amosándose como un instrumento que lonxe de ser propio e inherente ás relacións sociais de produción, é só un facilitador do proceso de cambio mercantil. Tres aspectos xeran esta interpretación fetichizada:

1. Prodúcese unha suposta desconceptualización histórica do concepto do diñeiro e a identificación dos conceptos diñeiro e o seu representante legal, polo tanto faise unha negación da teoría do valor polo traballo, como fundamento teórico que amosa o xurdimento do diñeiro. O estudo do diñeiro, exclúe os cambios na produtividade do traballo e polo tanto subtrae da análise do diñeiro o concepto de eficiencia.
2. O anterior separa de maneira ficticia o monetario da economía real, pois o imaxinario sobrepasa o real, conducindo a unha exacerbación das fórmulas especulativas, que evidencian condutas irracionais por individuos, empresas e gobernos, erixíndose nuns dos factores fundamentais xeradores de crises estruturais na actualidade.
2. É unha xustificación ao emprego de políticas económicas públicas a curto prazo como única forma de xustificar a procura dos equilibrios macroeconómicos, os cales só están referidos aos excesos de circulantes e ás formas irracionais de endebedamento.

Resultado das deficiencias interpretativas do diñeiro, defínese o mercado de diñeiro como aquel en que concorren toda clase de oferentes e demandantes das diversas operacións de crédito e investimentos a curto prazo, tales como: descontos de documentos comerciais, pagarés a curto prazo, descontos de certificados de depósitos negociables, reportes, depósitos á vista, pagarés e aceptacións bancarias⁹ (definición.org). Definición que non fai referencia ao punto de equilibrio de canto valor se encerra. Polo tanto, o que fai o concepto en si, do mercado de diñeiro, é considerar a oferta e demanda do circulante monetario, sen consideralo como un reflexo metamorfoseado do comportamento das curvas de oferta e demanda do mercado de bens e servizos. O concepto de mercado de diñeiro estuda só un ángulo da estrutura monetaria dun país: o representante legal do diñeiro e non o diñeiro en

sí. Déixase de considerar que o diñeiro en si mesmo é un alleamento do valor do universo de mercadorías e polo tanto portador dunha relación social de produción.

George Soro, compartindo os conceptos clásicos, define o diñeiro como un medio para un fin, non un fin en si mesmo, polo tanto un valor de cambio, non un valor intrínseco. En tal sentido o valor do diñeiro queda en función do valor dos bens e servizos polos que poida cambiarse (Soro, G; 1999, p. 9). A afirmación é interesante aínda que o seu enfoque dáse desde o punto de vista teórico da valía subxectiva¹⁰, deixándose todo a un subxectivismo determinado pola frase “o que poida cambiarse”¹¹. O valor do diñeiro conceptualmente desde a súa propia definición como equivalente universal do valor das mercadorías creadas, non é máis que a sumatoria do universo dos valores das mercadorías que expresa o seu equivalente universal¹² nel. Isto pode constituir a razón que fundamenta a resposta ao que Soro chama unha pregunta non respostada satisfactoriamente: cales son os valores intrínsecos para os que as actividades económicas se supón que serven?

Ao constituir o diñeiro unha mercadoría, é contraditoria en si mesma e portadora dunha relación social de produción altamente desenvolvida, onde a cousificación da mesma é unha característica significativa. Esta relación social de produción concretada historicamente na categoría valor, evoluciona e desenvólvese en función da produtividade do traballo ou, o que é o mesmo, a eficiencia do traballo como valor de uso da mercadoría especial forza de traballo. Por conseguinte é positivo afirmar que a posesión do representante legal do diñeiro e facer por tratar de conseguilo fai del un sinónimo de poder, e o poder pode ser un fin en si mesmo. Aqueles que triunfan poden non saber que facer coa súa riqueza materializada en circulante, pero polo menos poden estar seguros de que outras persoas envexan o seu éxito. Isto pode ser suficiente para telas en marcha indefinidamente malia a ausencia de calquera outra motivación. Aqueles que seguen en marcha son os que rematan exercendo máis poder e influencia no sistema capitalista (Soro, G; 1999, p. 9). Esta é a forma concreta que sempre tivo o fetiche do diñeiro.

É este proceso de alleamento que brota do diñeiro, o que provoca una carreira desenfreada ante o afán do lucro, produto de que o éxito se mide polos resultados a curto prazo. Na necesidade de maximización dos seus beneficios, a racionalidade dá lugar á especulación.

V. O REPRESENTANTE LEGAL DO DIÑEIRO E A ESTABILIDADE MACROECONÓMICA

Identificando o M como o representante legal do diñeiro e non como o diñeiro en si mesmo e considerando que é acuñado con curso legal para a representación do diñeiro poderíamos formular que:

$$V*M = Pr*Q = PIB^{13}$$

Onde se descarta o valor pretérito contido nos medios de produción para evitar unha contabilización dobre, do valor xerado en procesos de produción anterior, nesta ecuación:

M, é o representante legal do diñeiro.

O que significa que:

$$V*M > Pr*Q = PIB$$

$$V*M < Pr*Q = PIB$$

Ecuacións que expresan exceso ou carencia de circulante e que ten como condición de medida a taxa de inflación —a cal pode diminuír ou aumentar-, amosando o comportamento ou fluctuacións da masa de circulante na economía, aínda que estas fluctuacións non significan a desaparición dun proceso inflacionario acumulado, que soamente pode ser explicado a

partir do capital constante como compoñente de valor pretérito na estrutura de valor da produción material¹⁴.

Consideramos π como taxa de inflación entón teremos que ela sería:

$$\pi = \frac{p_{(n+1)} - p_{(n)}}{p_{(n)}}$$

Onde: p ; é a variación de prezo no nivel da economía

n ; é período considerado.

Polo tanto podemos afirmar que:

$\Delta M = [p_{(n+1)} - p_{(n)}] * b(Pr*Q) = \pi * b(Pr*Q)$ O que significa que a variación da cantidade de circulante existente, ademais do valor da produción total a prezos constantes, está, tamén, en función da taxa de inflación ou proceso de elevación sostida dos prezos dos bens e servizos.

De acordo á tese formulada, se $(Ms/P)^{15} < M$, isto traería consigo unha distorsión do prezo sobre o valor real da produción material, fenómeno que se traduce como inflación, o cal fai razoable que a determinación da inflación se faga segundo $\pi = \frac{p_{(n+1)} - p_{(n)}}{p_{(n)}}$. Resulta entón que este problema estritamente do mecanismo de funcionamento, está intimamente relacionado coa estrutura económica. Máis que encarecer o nivel de vida da sociedade (efecto derivado) enmascara os verdadeiros aspectos que afectan ao crecemento da produción material.

Polo tanto, é posible comprender que ao allearse o valor da produción social no mesmo e estar expresado baixo o seu representante legal, o problema da inflación é polo tanto un problema de política monetaria e política industrial e non monetario en si mesmo; é dicir, convértese nun problema de desproporcionalidade provocado esoxenamente polos axentes que toman decisións na emisión do representante legal do diñeiro.

A análise da ecuación $P = PIB/Q$, indica que ao diminuír a cantidade de mercadorías producidas, o prezo só pode aumentar se se deteriora a capacidade produtiva manténdose constante a intensidade do traballo, efecto difícil de crer dado que ambos os dous son dous compoñentes da produtividade do traballo, que aumentan ao unísono a nivel social. Este efecto só pode provocarse se $Ms/P < M$, que dá a aparencia de incremento da intensidade do traballo manténdose constante a capacidade produtiva do traballo, provocando un desprazamento subxectivo da demanda sen que exista un crecemento suficiente da oferta e polo tanto a magnitude de valor creada é menor ao prezo, dado que $Ms/P < M$, dando unha aparencia de que $SA^{16} < Ms/P$.

Por conseguinte o que coñecemos actualmente como políticas monetarias, son políticas conxunturais para corrixir os desequilibrios entre a produción material e o representante legal do diñeiro —mal conceptualizado como diñeiro pola teoría moderna—, no que se está alleado o valor da produción material. Resulta entón máis factible elevar a produción material mantendo constante o nivel de circulante existente. Esta formulación suxire a necesidade dunha política industrial.

VI. O TIPO DE INTERESE

A definición do diñeiro como o valor da produción material alleado no propio universo de valores de usos creados e o capital como un valor que se valoriza a si mesmo. Cando se outorga capital diñeiro a outra persoa en forma de préstamo, estáselle cedendo o dereito da súa valorización e polo tanto terá que pagar polo valor de uso do mesmo ao seu propietario, fenómeno que chamamos interese e que non é outra cousa que a transferencia de parte da ganancia producida polo capital ao propietario do mesmo, pero pola súa forma preséntasenos como o pago que se lle fai ao propietario do capital por ceder o uso do mesmo, o capital diñeiro, pola súa forma, preséntasenos como unha mercadoría.

O capital diñeiro cedido a outra persoa por un propietario, xera a este último unha ganancia, pero preséntasenos como un prezo que recibe, é dicir un prezo que se paga polo uso do diñeiro, polo tanto o capital para o propietario é unha mercadoría. Polo tanto se o capital se converte nunha mercadoría para o seu propietario e o interese preséntasenos como o prezo da mercadoría capital diñeiro: faremos referencia á definición de interese real.

Se o valor da produción material é igual ao valor do diñeiro entón o interese é parte do valor xerado socialmente. Ao producirse un incremento da produción material, determinado por un cambio na produtividade do traballo, o interese diminuíría, o que significa que o interese terá un comportamento inversamente proporcional ao incremento da cantidade de diñeiro, é dicir:

$$M = f(\text{PIB})$$

Considerando que:

$$i = i(M^{-1})$$

Polo tanto:

$$i = i(\text{PIB})^{-1}$$

Polo tanto o interese é inversamente proporcional ao nivel de eficiencia da economía. Considerando o nivel de eficiencia da produción como a forma de valorización do capital variable (p'/v) e vemos que ela se allea na cota de ganancia $p' / [(c/v) + 1]$, entón o interese será inversamente proporcional á cota de ganancia, razón que permite explicar, como a maiores niveis de eficiencia, se produce unha diminución das taxas de interese, facilitando o incremento dos investimentos produtivos. Esta tese é de importancia ao considerarse que a taxa de interese é un obxectivo operacional para os bancos centrais, cuxa taxa de interese é seguida de facto polos bancos comerciais.

Análise de regresión xeral: LN(r) versus LN (PIB) mex

Ecuación de regresión

$$\text{LN}(r) = 39.1268 - 4.61824 \text{ LN (PIB) mex}$$

Coefficientes

EE do

Termo	Coef	coef.	T	P
Constante	39.1268	4.77787	8.18918	0.000
LN (PIB) mex	-4.6182	0.53359	-8.65498	0.000

Resumo do modelo

$$S = 0.313815 \text{ R-cad.} = 82.40\% \quad \text{R-cad. (axustado)} = 81.30\%$$

$$\text{PRESS} = 1.90389 \text{ R-cad. (pred.)} = 78.73\%$$

Análise de varianza

Fonte	GL	SC	Sec.	SC Axust.	MC Axust.	F	P
Regresión	1	7.37698	7.37698	7.37698	74.9087		
0.0000002							
LN (PIB) mex	1	7.37698	7.37698	7.37698	74.9087		
0.0000002							
Erro	16	1.57567	1.57567	0.09848			
Total	17	8.95265					

Axustes e diagnósticos para observacións pouco comúns

Residuo

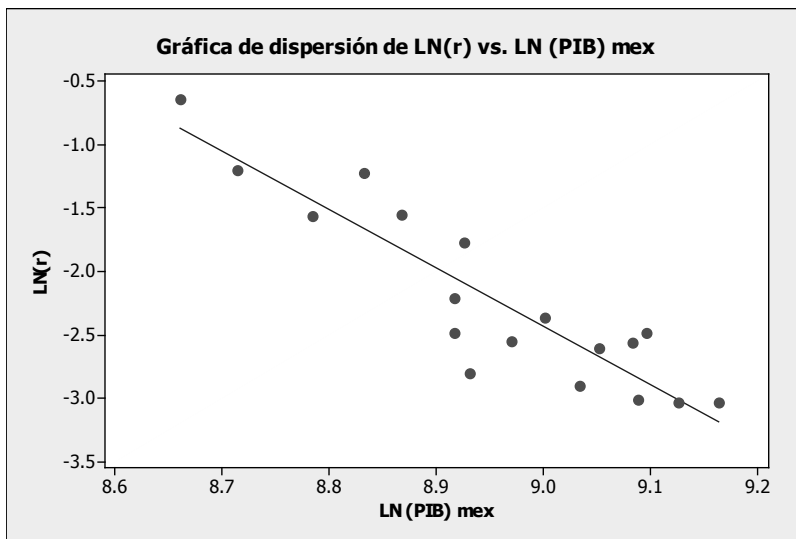
Obs	LN(r)	Axuste	EE de axuste	Residuo	estándar
9	-2.80181	-2.11562	0.0749547	-0.686195	-2.25180 R

R denota unha observación cun residuo estandarizado grande.

A observación 9 corresponde ao ano 2003, neste ano México amosaba que a recuperación no seguiu a traxectoria agardada. O PIB real creceu en 1.34%, evidenciando unha falta de dinamismo motivada por unha falta de estímulo na recuperación dos Estados Unidos, que inhibía o crecemento das exportacións manufactureiras do país, e ao mesmo tempo non se verificaba unha significativa recuperación do consumo privado nin do investimento. Esta situación influíu na evolución da actividade industrial, incluída a industria maquiladora. Desta forma, non resultou estraño que a industria manufactureira no seu conxunto rexistrase, ao longo dos dez primeiros meses dese ano, unha taxa de crecemento negativa reflexo en gran parte de que as ramas tiveran, con poucas excepcións, taxas negativas. Malia isto a TIIE durante o 2003, diminuíu un 27.39% con relación ao 2002.

A gráfica de dispersión amosa claramente a relación entre estas variables, tal e como as presenta a regresión. Os datos corroboran que o interese se move inversamente proporcional ao comportamento do ciclo económico, efecto que se revela na contracción da actividade crediticia ao consumo e á produción. Creando a necesidade de operar con políticas a curto prazo de carácter fiscal e monetario: a inflación moderada convértese nunha necesidade para que se inxecte circulante provocando un efecto imaxinario á necesidade de investir que se reflicte na taxa de interese nominal, ou o que se coñece tamén, diminuír o proceso de incerteza nos investidores.

Gráfica 2



Sempre que ocorra unha diminución do valor da produción material cara o interior dun país isto reflectirase automaticamente nun aumento do interese real, pero se ocorre un aumento do valor da produción material a taxa de interese real diminuíría. Este efecto reflectirase na taxa de interese nominal¹⁷ e a razón está dada porque a taxa de interese nominal depende da taxa de interese real e das variables que teñen que ver co representante legal do diñeiro, polo tanto ter presente a especulación e a política monetaria do país.

Considerando a:

$$i_{\text{nominal}} = f(i_{\text{real}}; \text{política monetaria; variables de especulación}^{18})$$

Cando a taxa de interese real é menor que a taxa de interese nominal ($i_{\text{real}} < i_{\text{nominal}}$), prodúcese un desestímulo ao proceso de mobilización de recursos nominais e reflíctese no proceso de contracción do crédito doméstico. Nunha economía afectada polas desproporcionalidad que se dá internamente entre $M > P \cdot Q = \text{PIB}$, a aplicación de políticas monetarias contractivas unidas aos crecementos baixos da súa produción, tradúcese nun custo social moi elevado.

Nas condicións das economías emerxentes onde as taxas de interese nominal son maiores que nas economías desenvolvidas, podería pensarse que isto estimula o investimento de capital nestas economías. A práctica económica moderna amosa que as economías subdesenvolvidas vense afectadas tanto nos investimentos de portfolio como nos investimentos directos (Ver táboa 1). As taxas de interese máis altas dos países subdesenvolvidos contribúen a acentuar as condicións de dependencia co gran capital internacional e xerando unha insuficiencia de crédito doméstico que imposibilita a procura de procesos multiplicativos do investimento, para a superación das deformacións estruturais que presentan.

Tabla 1 Fluxo de capital en IED e en IEP nas economías emerxentes

	Direct investment, net (Billóns de USD)	Taxa de crecemento anual da IED	Private portfolio flows, net (Billóns de USD)	Taxa de crecemento anual da IEC
2000	148.516		0.005	
2001	169.11	13.87	-29.472	-589540.00
2002	150.637	- 10.92	-39.994	35.70
2003	153.786	2.09	33.332	-183.34
2004	198.703	29.21	67.477	102.44
2005	277.281	39.55	36.744	-45.55
2006	301.084	8.58	-30.736	-183.65
2007	439.348	45.92	106.74	-447.28
2008	479.778	9.20	-70.207	-165.77
2009	334.463	- 30.29	90.412	-228.78
2010	400.922	19.87	224.497	148.30
2011	473.151	18.02	96.712	-56.92
2012	446.321	- 5.67	164.902	70.51
Taxa media anual do 2000 ao 2012		11.62		-49207.86

Fonte: FMI. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2013/01/weodata/weoselser.aspx?c=273&t=1>

Os datos do FMI reflicten como as economías emerxentes e subdesenvolvidas presentan unha taxa negativa nos fluxos de investimento privado de capital de portfolio do —49207.86%, o que significa que estes fluxos son máis dependentes doutras variables, que do tipo de interese das economías. As economías subdesenvolvidas e emerxentes continúan a ter o crédito internacional como a forma principal de financiamento internacional.

VII. O CRÉDITO NA ACTUALIDADE E A SÚA PARTICULARIDADE FUNDAMENTAL

O concepto do diñeiro, expresa na súa evolución interna, a lóxica do desenvolvemento de sistemas de leis económicas da sociedade capitalista e as modificacións que sofren no seu funcionamento interno, provocando modificacións importantes do mecanismo, no que destaca o crédito, o cal inflúe significativamente no funcionamento da economía. O crédito é a forma do capital diñeiro, que se outorga a outra persoa — sexa física ou moral-, en forma de préstamo. O crédito é unha forma de mobilización de recursos monetarios temporalmente libres, que é adiantado para poder xerar un aumento da demanda agregada, permitindo un efecto multiplicativo do investimento.

Marx en “El Capital”, tomo III, sinalaba, que ao outorgarse un crédito o capital que se presta, unha mesma cantidade de capital diñeiro desdóbrase e funciona como capital propiedade en mans do acredor e como capital función en mans do prestatario. Este divorcio entre a propiedade sobre o capital e a súa función condiciona a existencia dos capitalistas monetarios (rendistas, banqueiros, especuladores de bolsa, etc.), que participan da redistribución do valor sen participar directamente na produción social nin no comercio. Por conseguinte o capital de préstamo considérase a forma máis parasitaria do capital, pero necesaria para o funcionamento dos mercados.

Na práctica social o capital de préstamo é unha forma altamente fetichizada, que no seu movemento describe a anticipación de diñeiro e o seu retorno incrementado (D — D’). Esta forma de capital está sempre na forma de diñeiro e en ningún momento adopta nin a forma produtiva nin comercial capital. Polo tanto, o seu nivel de alleamento sempre agacha moi ben a forma de acrecentamento do valor: o diñeiro, como capital préstamo, crece ao comprarse por parte do prestatario co capital monetario recibido medios de produción e forza de traballo. Polo tanto, o capital de préstamo é unha parte segregada do capital industrial, valor que os propietarios do capital ceden a título de préstamo aos empresarios en funcións e que rende interese como forma concreta de excedente, converténdose na forma de adianto fundamental de recursos monetarios para acadar unha acumulación > 0.

A capacidade de endebedamento, na vida moderna, por parte dos empresarios en funcións, potencia en gran medida a rendibilidade dos investimentos, onde a taxa de rencibilidade prevista debe ser máis alta que a taxa de interese sen risco¹⁹. Os investimentos máis apancadas son os máis atractivos sempre e cando o custo do diñeiro continúe a ser o mesmo. Por conseguinte, os elementos máis importantes para influir o nivel de actividade económica constitúeno: o custo do diñeiro e a dispoñibilidade de crédito.

O interese e a dispoñibilidade de crédito son dous aspectos determinantes do ciclo económico. A contracción do crédito determina a duración de recesión ou depresión económica. As liquidacións forzadas de débedas crediticias, provocan un efecto de diminución dos valores de garantía²⁰, diminuindo o tempo da fase de expansión de ciclo, independentemente de se o crédito se outorga polos bancos ou polos mercados financeiros e se o endebedamento foi contra valores ou contra activos materiais (Soro, G; 1999, p. 12).

A liquidación forzada, observada desde a visión do funcionamento do sistema de leis, é o resultado dunha saturación da demanda de consumo, que amosa a acción e esixencia da tendencia decrecente da cota media xeral de ganancia provocando unha orientación do diñeiro, da esfera da produción á esfera da especulación. Razón que explica claramente o porqué dalgunhas das formulacións expostas no decálogo do “Consenso de Washington” e sen o cal é imposible comprender a orixe das famosas “burbullas inmobiliarias” que explotaron a finais do 2007, na industria hipotecaria estadounidense (Valdés J; 2011; p. 5).

O obxectivo dos investimentos e dos movementos de capital, sostidos polos créditos é a obtención de ganancia aínda que ela ten os seus propios límites físicos, determinada pola participación relativa do traballo vivo na xeración de riqueza: a un maior incremento de investimento en infraestrutura, tecnoloxía e equipo, a parte que crea verdadeiramente a riqueza: o traballo humano, reduce a súa participación xerando con isto unha redución na rencibilidade do capital. Isto pódese contrarrestar cun aumento masivo da produción, pero isto a súa vez require a realización da mesma en mercados limitados. Nestas condicións o crédito entrégase baixo o suposto de que unha vez realizada ou vendida a produción o ciclo poderá continuar.

As limitacións do mercado sustentadas no tamaño das economías nacionais e no da economía mundial constitúen a causa directa que obrigan a buscar parámetros máis aldos que propón a economía real. Este feito induce a un xogo co afán de obter beneficios no vaivén especulativo, máis que ocuparse en desenvolver as forzas produtivas onde se corre o risco de non vender os seus produtos e quebrar por ser incapaz de cubrir as súas débedas. A posibilidade de novos capitais de préstamos permite continuar adiante no funcionamento económico malia o aumento da débeda creando a esperanza de ser posible cubrila no futuro.

Cando as débedas están baseadas en capital produtivo ou en bens tanxibles hai certa posibilidade de recuperar algo, non obstante, o atractivo de obter diñeiro fácil pola vía da especulación levou a que se destinen recursos cada vez máis amplos ás devanditas actividades. O capitalismo actual presta, inviste, compra e vende en función de papeis que non teñen garantías físicas como papel moeda, outras débedas e a suposición do prezo das hipotecas das casas no futuro.

A voráxine e o nivel de fetichización das relacións sociais é tan grande que as apostas polos devanditos documentos crecen tanto que xeran a imaxinación de que realmente valen o que se paga e se compra por eles pero ante a primeira mala noticia do mundo real o temor dos especuladores por desfacerse dos seus “papeis” é tal que estralan verdadeiros crack bolsistas. Toda fortuna que desvía o capital produtivo á especulación pode desaparecer en cuestión de horas, situación máis negativa se o diñeiro investido é o resultado dun préstamo.

Tal é o caso dos créditos subprime, que ao igual que calquera outro, poden ser negociados polas entidades bancarias con outras empresas, de tal forma que se poden ceder os mesmos a cambio de obter o pago dun interese menor. A vantaxe da entidade financeira ao efectuar a cesión é poder garantirse o cobro do crédito de maneira rápida. As empresas que adquiren créditos subprime tratan de obter un beneficio pola diferenza entre o pagado á entidade financeira e o que efectivamente teñen dereito a cobrar do debedor particular.

Dado que a débeda pode ser obxecto de venda e transacción económica mediante compra de bonos ou titularizacións de crédito, as hipotecas subprime podían ser retiradas do activo do balance da entidade concesionaria, sendo transferidas a fondos de investimento ou plans de pensións. O problema xurdiu cando el inversor (que pode ser unha entidade financeira, un banco ou un particular) descoñecía o verdadeiro risco asumido. Nunha economía global, na que os capitais financeiros circulan a gran velocidade e cambian de mans con frecuencia

e que ofrece produtos financeiros altamente sofisticados e automatizados, non todos os investidores coñecen a natureza última da operación contratada (BANXICO; 2011).

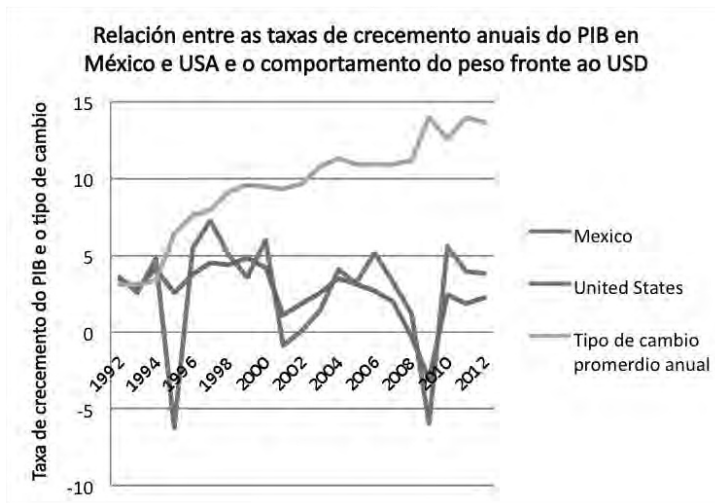
A crise financeira que estalou no 2008, amosou como institucións financeiras e bancarias tiveron que “cancelar” o valor dos activos que mercaran (préstamos hipotecarios de vivendas en EEUU ou bonos que estaban “respaldados” polo valor das hipotecas en EEUU). Citibank 10,000 millóns de dólares; HSBC 5,000 millóns; Merrill Lynch 8,000 millóns e así sucesivamente. Os bancos confesaron unhas perdas de 60.000 millóns de dólares. A gran crise crediticia localizouse máis alá dos EEUU abrangendo a todas as economías industrializadas. A OCDE calculou que as perdas finais da contracción do crédito serían de 300.000 millóns de dólares; mentres outros calculaban unha contracción duns 400-500.000 millóns de dólares, aproximadamente o 1% da produción mundial anual. (Micheal R; 2007, Marxist.com).

VII. TIPOS DE CAMBIO E O COMPORTAMENTO DO CICLO ECONÓMICO

Outro aspecto vinculado conceptualmente ao diñeiro constitúeno os tipos de cambios. Como resultado do esgotamento do Sistema Bretón Woods e a chegada do tipo de cambios flotantes, as políticas cambiarias convertéronse no mundo actual, nun dos tipos de políticas económicas máis significativas, altamente sensibles ás políticas monetarias, e con grande incidencia no comportamento do sector externo das economías dos países que integran o sistema de economía internacional.

A teoría económica define o tipo de cambio nominal como un prezo relativo, é dicir, o prezo dunha moeda expresado no prezo doutra moeda. Tomando en consideración o PIB a prezos constantes de México e Estados Unidos, o concepto asumido do diñeiro e as variacións nos tipos de cambio desde 1992, amosan que toda contracción do PIB na nosa economía máis que proporcional ás variacións do PIB nos Estados Unidos, trae consigo un aumento do tipo de cambio e viceversa, tal e como se presenta porcentualmente no gráfico.

Gráfico 3



Fonte: Estadísticas de Banxico sobre tipo de cambio e de FMI. <http://www.imf.org/external/index.htm>. <http://www.banxico.org.mx/>

Unha ratificación da tese sinalada amósase cos resultados ofrecidos por unha regresión xeral. Onde establecendo unha serie de datos de 20 observacións comprendidas entre o 1992 ao 2012 do PIB que se toma como variable independente e o tipo de cambio medio anual tomado como variable dependente verte a seguinte información:

Análise de regresión xeral: LN (e) versus LN(PIB) mex, LN(PIB)usa

Ecuación de regresión

$$\text{LN (e)} = -22.9981 - 3.62711 \text{ LN(PIB) mex} + 6.16738 \text{ LN(PIB)usa}$$

Coeficientes

EE do

Termo Coef coef. T P

Constante -22.9981 2.16600 -10.6178 0.000

LN(PIB) mex -3.6271 1.23554 -2.9356 0.009

LN(PIB)usa 6.1674 1.24113 4.9692 0.000

Resumo do modelo

S = 0.166557 R-cad. = 88.32% R-cad.(axustado) = 87.02%

PRESS = 0.695295 R-cad.(pred.) = 83.73%

Análise de varianza

Fonte GL SC Sec. SC Axust. MC Axust. F P

Regresión 2 3.77454 3.77454 1.88727 68.0313 0.0000000

LN(PIB) mex 1 3.08954 0.23907 0.23907 8.6180 0.0088372

LN(PIB)usa 1 0.68500 0.68500 0.68500 24.6925 0.0000993

Erro 18 0.49934 0.49934 0.02774

Total 20 4.27389

Polo tanto o concepto de diñeiro considerado como o propio PIB son indicadores que amosan que o tipo de cambio real na economía sempre estará en función da relación do PIB na nosa economía co PIB da economía do resto do mundo:

$$e_{\text{real}} = f(\text{PIB}; \text{PIB}^{*-1})$$

Se:

$$e_{\text{nominal}} = f(e_{\text{real}})$$

Entón o aumento do tipo de cambio nominal está asociado aos procesos de contracción do PIB doméstico, cando as contraccións no resto do mundo son menos que proporcionais ás nosas. É dicir a diminución do diñeiro nunha economía en termos de valor manténdose constante o PIB das economías do resto do mundo trae consigo unha diminución do tipo de cambio real, efecto que se ve reflectido no tipo de cambio nominal.

Pero isto non exime da existencia doutras variables que provoquen un efecto sobre o tipo de cambio nominal. Se observamos o tipo de cambio nominal existen aspectos importantes vinculados ao seu funcionamento como categoría fetichizada: o tipo de cambio nominal como todo prezo relativo é o alleamento monetario do tipo de cambio real, pero o tipo de cambio nominal pode diferir do tipo de cambio real dada a existencia doutras variables que inflúen directamente no seu comportamento, entre as que salientan a oferta e demanda no mercado de divisas, a inflación e o comportamento dos tipos de interese.

Un exemplo desta situación constitúeno as devaluacións competitivas, as cales se converten nunha estratexia nos momentos de contracción. O seu obxectivo básico é abaratar as exportacións e encarecer as importacións para mellorar o saldo da balanza comercial e diminuír a débeda.

No marco da crise actual esta foi unha acción realizada por Estados Unidos en política económica, buscando un proceso de estimulación da súa economía. Ao baixar o prezo do USD, non só pode impulsar as exportacións e o mercado interno (e mellorar a situación do emprego) senón que ademais axúdao a soportar a débeda co resto do mundo, a cal na maioría dos casos está en dólares. Polo tanto os países posuídores de dólares como México, China, Xapón ou Brasil veranse afectados por unha diminución no valor das súas reservas en dólares.

A devaluación do dólar é un proceso de especulación o xogo de casino no cal Estados Unidos traslada a crise aos seus socios comerciais, cos perigos de que esta vez os socios comerciais non estean en condicións de absorber unha crise dado que xa teñen unha moi fonda. Esta devaluación do dólar provocará un fortalecemento do euro, amosando ao circulante europeo como unha moeda forte, aspecto que a vincularía automaticamente coa especulación financeira e a creación de burbullas, as que se orixinaron desde outubro de 2000 a abril de 2008.

O proceso de devaluación do dólar aspira tamén a outro ansiado tema monetario que é o de xerar inflación para crear as condicións do necesario impulso á alza da taxa de interese nominal. As taxas de interese case en 0 e vivindo en plena trampa de liquidez, a economía está empantanada nun curso deflacionario onde se postergan as decisións de consumo e investimento dado que mercar ou investir mañá será máis rendible e barato que mercar ou investir hoxe. Se se xera un impulso inflacionario da orde do 4 a 5%, as decisións de consumo e investimento adiántanse para o presente dado que o presente “faise máis barato”.

O problema da devaluación de rumbo é que hoxe todo o mundo está en crise e cada país quere ter a vantaxe fetichista do diñeiro barato para superar os seus problemas. É unha guerra de divisas na cal ninguén está a salvo. Esta é unha medida perigosa para Europa e para os países periféricos.

VIII. CONCLUSIÓN

O diñeiro é, sen lugar a dúbidas, un dos problemas actuais que máis ocupa á teoría económica internacional, pola súa posición no contexto da globalización, aspecto que se volveu máis significativo coa actual crise que se vive a nivel de sistema desde o 2008 e onde os problemas especulativos que se xeraron dos chamados créditos subprime foron significativos.

É imposible un deseño de políticas económicas públicas, na actualidade, sen unha comprensión atinada do diñeiro na súa xeneralidade e a súa relación esencia-formas de manifestación. O mellor deseño de política monetaria é un deseño de política industrial de economía aberta que permita un crecemento do valor da produción sustentado nun efecto cara dentro da economía de consolidación das MIPYMES e facer accesible o aproveitamento da cadea de valor das empresas multinacionais para assimilar as novas tecnoloxías e o incremento dos niveis de eficiencia.

O diñeiro continúa a ser un equivalente universal, por conseguinte segue a estar condicionado historicamente. Non existe o diñeiro se non que é ante todo unha mercadoría, pero a fetichización do diñeiro faise máis complexa no marco das relacións sociais capitalistas. Este proceso dá a aparencia dunha maior interdependencia entre o mundo da produción material e as finanzas, cando en realidade as interconexións entre ambos os dous aspectos da economía son cada vez maiores. Estudiar o nivel de fetichización actual do diñeiro permítenos sinalar tres aspectos de interese teórico— práctico:

- os procesos inflacionarios son un problema monetario. Porén a mellor forma de combater a inflación é mediante a elevación da eficiencia da produción material mantendo constante o nivel de circulante en mans do público.
- a ampliación da produción material expande a base monetaria e provoca un efecto de redución da taxa de interese. Este efecto debe traer consigo un proceso de estimulación do crédito doméstico contribuíndo a un fortalecemento interno do proceso de acumulación do capital.
- os problemas cambiarios están altamente relacionados co comportamento do ciclo económico. Polo tanto non pode existir estabilidade cambiaria a longo prazo se non se presta atención aos problemas de industrialización.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- APPLEIARD Field (1997) "International Economics". Ed. Mc Graw Hill. México.
- D. LEVI Murice (2001) "Finanzas Internacionales", Ed. Mc Graw Hill. México.
- DORNSBUSCH R. (1993) "Macroeconomía de una economía abierta. Ed. Antoni Bosch, España.
- EUN AND RESNICK (1998) "International Financial Management." Ed. Mc Graw Hill. México.
- HULL, Jonh, (2009) "Introducción a los Mercados de Futuros y Opciones". Ed. Perarson/Prentice Hall, México.
- KRUGMAN, P (2007) "Introducción a la Economía: Macroeconomía". Ed. Reverté. España.
- MARX Carlos (1943) "El capital: crítica de la economía política" Tomo I Sección I. Ed. Fondo de Cultura Económica, México.
- SAMUELSON P, Nordhaus, D. (2010) "Economía: con aplicaciones a Latinoamérica" Ed. McGraw-Hill, México.
- SOROS George, (1999), "El sistema capitalista global" <http://www.economia.unam.mx/profesores/eliezer/soros.pdf>
- VALDÉS, J (2011) "Diario de una crisis: una muestra de un mundo globalizado". Editorial Académica Española. España.
- VALDÉS, J. (2012) "Análisis Microeconómico para Administradores". Editorial IBERO México.

NOTAS

1. O seu fundamento mantíña unha identificación co concepto do diñeiro como mercadoría.
2. Un commodity é un produto ou ben polo que existe unha demanda no mercado e comércianse sen diferenciación cualitativa en operacións de compra e venda.
3. Cómpre sinalar que aínda que se ten puntos de partida metodolóxicos diferentes entre Marx e Keynes moitas das propostas teóricas deste último poden ser deducidas dos modelos da reprodución de Marx, porén, cómpre considerar que as propostas deste último presentan unha construción conceptual de categorías sustentadas en bases socioeconómicas, mentres que Keynes as presente desde unha posición técnico-económica.
4. O concepto de activo financeiro na economía moderna describe unha forma concreta de ben económico, que só existe nos mercados financeiros.
5. No manual a que hacemos referencia, la liquidez se refiere á medida en que pueden venderse los activos financieros a su pleno valor de mercado, o a un valor muy próximo, nun plazo breve.
6. Cómpre salientar que dentro da teoría marxista clásica o método lóxico considérase un método histórico sen que se teñan en conta as contingencias perturbadoras que contén a historia e que pode entorpecer con feitos non significativos o estudo dos procesos e fenómenos.
7. C. Marx. “El Capital” tomo I (1972), deixa claro cales son as formas lóxicas históricas que permiten analizar a evolución e desenvolvemento das formas do valor de cambio: forma simple ou fortuita; forma total ou desenvolvida; forma xeral e forma diñeiro. No seu estudo Marx sinala que o paso da forma I á forma II e desta á forma III entraña cambios substanciais, pero considera que da forma III á IV non existen grandes cambios, só que o ouro pasa a converterse en equivalente universal. Fondo da Cultura Económica. México p. 14-36.
8. A confianza internacional no valor da moeda ou incapacidade do sistema para dar solución conxunta ao problema de liquidez e ao de confianza. O dilema de Triffin anticiparía que o resultado final sería que cando os pasivos exteriores norteamericanos se tivesen feito demasiado abundantes, os bancos centrais dos demais países empezarian a converter os dólares en ouro ao prezo fixo de 35USD a onza, o que ao reducir as reservas de ouro norteamericanas destruíriáanse os fundamentos do propio sistema e faríao finiquitar.
9. As aceptacións bancarias, por definición, son a letra de cambio (ou aceptación) que emite un banco en respaldo ao préstamo que fai a una empresa. O banco, para fondearse, coloca a aceptación no mercado de débeda, grazas ao cal non se respalda nos depósitos do público.
 - Valor nominal: \$100 pesos.
 - Prazo: vai desde 7 ata 182 días.
 - Rendemento: fíxase con relación a una taxa de referencia que pode ser CETES ou TIIE (taxa de interese interbancaria de equilibrio), pero sempre é un pouco maior porque non conta con garantía e implica maior risco que un documento gubernamental.
10. A teoría da valía subxectiva, formulada pola escola austríaca, postula que a valía reside na utilidade da mercadoría.
11. A presentación e fundamentación que derivamos do enfoque deste autor está totalmente fundamentada cando afirma: “O problema é que, no mundo real, os valores non están dados. Nunha sociedade aberta, as persoas son libres de elixir por si mesmas pero non saben necesariamente o que desexan. En condicións de cambio acelerado, cando as tradicións perderon o seu poder e as persoas vense acosadas por suxestións desde todas as partes, os valores de cambio poderían chegar a substituír perfectamente aos valores intrínsecos.”
12. Cómpre salientar que a teoría de Marx, ao constituir o valor unha ración social de produción, que constitúe unha forma de organización das forzas produtivas sociais, sempre existe unha obxectividade conceptual da cal non podemos separar o concepto do diñeiro se consideramos que el é un resultado da evolución desta relación social.
13. En Marx o novo valor creado represéntase desde unha posición clasista como V+P. Este concepto é equivalente en economía moderna ao concepto de PIB, razón pola que substituímos V+P = PIB. Ver, Valdés J. “Releyendo la Teoría económica de Marx” (p.10-11).
14. Para poder comprender esta afirmación cómpre ver os “Modelos de Reprodución del Capital Social”, que parecen expostos no tomo II de “El Capital” escrito por Marx. Neste escrito afirmase que o valor da produción material é igual produto social global (PSG), o cal se desglosa en $c + v + p$; onde c , é o capital constate, unha cantidade igual ao valor materializado nos medios de produción, mentres que $(v + p)$ é o novo valor creado. Desde esta concepción clasista entón o PIB sería igual $(v + p)$.
15. Ms/P a cantidade de diñeiro ofertada emprégase nesta expresión para facela análoga á que emprega a economía moderna de oferta monetaria real.
16. Oferta agregada
17. A taxa de interese nominal calcúlase tomando como base a taxa LIBOR (London Interbank Offer Rate). A taxa LIBOR é a encargada das transferencias interbancarias, ela calcúlase sobre a base das medias das taxas de préstamos nas moedas respectivas dos seis bancos líderes de Londres e que pode ser vista nas páxinas financeiras de calquera diario especializado a nivel mundial.
18. Son cada vez máis presentes como resultado da profundización do fetichismo mercantil ou cousificación das relacións sociais de produción.
19. Condición necesaria para que se poida realizar o investimento, baixo outras condicións non se realiza, dado que non existe marxe de beneficio positivo sobre o endebedamento.
20. Títulos valores que se entregan como garantía do cumprimento dunha obrigan para coa sociedade onde se depositan. O Plan Xeral de Contabilidade reserva unhas partidas pertencentes ao grupo das contas de orden especiais, onde se leva a contabilidade destes valores depositados.

VACA MEDINA JESÚS E JOSÉ G. VARGAS-HERNÁNDEZ_(josevargas@cucea.udg.mx)_Centro Universitario de Ciencias Económico-Administrativas da Universidade de Guadalajara, México

Impacto da reforma enerxética no mercado dos fertilizantes en México

Impacto de la reforma energética en el mercado de los fertilizantes en México

Impact of the Energy Reform in the Mexican Fertilizers Market

Resumo: A reforma enerxética traerá consigo grandes cambios na economía de México, debido principalmente á incursión da iniciativa privada —tanto nacional como estranxeira— na explotación e comercialización de produtos petroquímicos. O sector dos fertilizantes é, sen dúbida, un dos máis afectados por esta aprobación. As medidas pactadas dentro desta reforma impactarán directamente á produción nacional, a cantidade de importacións e, sobre todo, á demanda destes produtos. O obxectivo deste traballo é analizar a situación actual e futura deste sector, coa finalidade de estudar o impacto económico desta reforma, así como presentar alternativas referentes á situación que vivirán as empresas existentes e emerxentes neste mercado.

Palabras clave: fertilizantes, México, reforma enerxética.

Abstract: Energy reform will bring about major changes in the economy of Mexico, mainly due to the introduction of domestic and foreign-in the exploitation and marketing of petrochemical products—both private initiative. The fertilizer sector is undoubtedly one of the most affected by this approval. The measures agreed within this reform will directly impact domestic production, the quantity of imports and, above all, the demand for these products. The aim of this paper is to analyze the current and future situation of the sector, in order to study the economic impact of this reform and alternatives concerning the present situation live existing and emerging companies in this market.

Key words: fertilizers, Mexico, energy reform.

I. INTRODUCCIÓN

A poboación mundial sufriu grandes cambios ao longo da súa existencia, porén, está a punto de enfrontarse a un dos retos máis complicados e nunca antes experimentado pola raza humana: a sobrepopoación do planeta. Enfróntase a un ciclo mundial que traerá complicacións en aspectos sociais e económicos, visibles principalmente en países con economías débiles con altos índices de pobreza e marxinação. Neste documento centraremos no correspondente á escaseza de alimentos, e ao impacto económico en México dunha das principais alternativas tomadas polas organizacións mundiais para contrarrestar esta eminente problemática: os fertilizantes químicos.

Segundo estudos realizados pola Organización das Nacións Unidas, a poboación mundial que no 2011 era de 7 mil millóns de habitantes, para o ano 2050 estímase que sexan aproximadamente 9.1 mil millóns de persoas as que se atopen no planeta. Gran parte deste fenómeno será provocado polos países en vías de desenvolvemento, os cales sofren o apoxeo da transición demográfica e os estragos deste fenómeno farán efecto dentro de 30 ou 40 anos.

En aspectos de produción agrícola, segundo o mesmo estudo da ONU, prevese que para satisfacer as demandas mundiais haberá que aumentar a produción nun 70%. Porén, países en desenvolvemento —entre eles México— terán que aumentar a produtividade nun 100% para poder facer fronte ás demandas locais (Gauchin, 2013). O maior reto nos próximos anos para o sector agrícola mexicano é acadar o abastecemento de alimentos para unha poboación crecente. Pero, que medidas debemos implementar para incrementar o nivel de produción nun país en proceso de urbanización que reduce a súa superficie dispoñible para cultivo día a día? Os fertilizantes son os chamados a ser precursores desta gran revolución e xogarán un papel significativo no impulso á produtividade dos cultivos.

II. ANTEDECENTES

Segundo a Asociación Internacional da Industria dos Fertilizantes (IFA polas súas siglas en inglés), en 2012 o consumo global rexistrou unha cifra de 176.1 millóns de toneladas, das cales 61 % foron de fertilizantes nitroxenados, 23 % de fosfatados e 16 % de potásicos. No mesmo artigo a IFA proxecta que para o ano 2018 haberá un incremento na taxa media anual de utilización e consumo de fertilizantes do 1.8 %; dos cales o 3 % corresponde a nitroxenados, o 1.5 % a fosfatados e o 1.9 % a potásicos.

En México, a fabricación de fertilizantes sufriu de grandes altibaixos ao longo do tempo. A partir da súa privatización e apertura á competencia en 1991, a produción nacional mantívose á alza ata 1997, ano no que o Estado restrinxiu o gas natural. Deste ano a 2006 rexistrouse unha redución constante. Porén, desde 2007, a produción de fertilizantes mantivo un crecemento considerable (soamente 2009 rexistrou diminución pola crise económica que viviu o noso país) debido á necesidade deste produto nas actividades agrícolas e a varias accións tomadas polo goberno para impulsar este mercado (Sagarpa, 2013).

Os fertilizantes xogan un papel fundamental na agricultura, xa que estes contribúen ao melloramento da produtividade dos cultivos ao prover nutrientes necesarios para o desenvolvemento produtivo (Rosso, 2011). Tamén, co avance tecnolóxico e científico no estudo e fabricación dos fertilizantes, creáronse novos produtos que non acidifican a terra e que incrementan a súa esperanza de vida produtiva (García, 2014). Isto permite elevar a cantidade e calidade dos cultivos, ao mesmo tempo que coida o solo e estende o seu ciclo de produción, o cal vese reflectido nun aumento na rendibilidade da terra.

México é un país arraigado e dependente das actividades primarias. Aínda que a agricultura foi un tanto desprotexida nos últimos anos por parte do Estado, esta non deixou de ser fonte importante para os ingresos nacionais. Segundo datos do Banco Mundial, a contribución da agricultura ao PIB rondou entre o 3 e o 4 % entre os anos 2009 e 2012. Ademais, é un país que concentra unha proporción considerable de poboación rural. Neste medio viven aproximadamente 26 millóns de persoas, que equivalen ao 22 % dos habitantes nacionais (Banco Mundial). Desta poboación rural, a maior parte viven de actividades agropecuarias.

Estrutura de mercado

O mercado dos fertilizantes en México ten una estrutura oligopólica con tendencia á competencia perfecta. Unha pequena cantidade de fabricantes e comercializadores abranguen gran parte do mercado nacional e abastecen a millóns de agricultores. Porén, este oligopolio non foi capaz de satisfacer a demanda total do país, polo que a competencia entre empresas pequenas e emerxentes, polo mercado residual, é cada día máis forte (Ruiz Funes, 2010).

Esta estrutura, unido á situación demográfica nacional e ás estimacións de produción e consumo agrícola, incrementaron as posibilidades de entrada a novas empresas, xa que case a metade da demanda no país ten que ser abastecida por fertilizante estranxeiro. As empresas nos mercados oligopólicos caracterízanse por ter beneficios positivos debido á dominancia que teñen do mercado. No sector dos fertilizantes, isto ocasionou que empresas novas entraran ao mercado. Nos próximos 20 a 40 anos, prevese que a demanda aumente e o mercado se estenda, incrementando os beneficios das firmas existentes e incentivando a entrada de novas empresas.

O feito de que as empresas líderes no mercado non lograran abastecer a demanda doméstica pode ser, principalmente, por tres motivos. Primeiro, a capacidade produtiva das empresas, aínda implementado todos os recursos para a produción, non alcanza para producir os 4 millóns de toneladas que demandan os consumidores.

Segundo, o principal obxectivo dunha empresa non é satisfacer as necesidades do mercado, senón maximizar os seus beneficios. As firmas dominantes do mercado, probablemente, lograron esta meta sen preocuparse pola demanda restante. Se as empresas quixesen aumentar os seus niveis de produción e obter maiores proporcións de mercado, entón terían que investir en novos factores produtivos para non caer nos rendementos decrecentes.

Por último, o custo de produción é moi elevado en comparación co prezo de mercado, é dicir, o custo medio unitario é maior ao prezo de venda dos fertilizantes. A causa disto débese á falta de tecnoloxía axeitada ou aos altos custos de insumos e materia prima, o cal non permite producir a prezos competitivos.

Destas hipóteses dedúcese que as empresas deben xerar estratexias intelixentes para aproveitar as oportunidades reais e potenciais que presenta o mercado, e deste modo, maximizar os seus beneficios e gañar a maior proporción de mercado posible.

III. DELIMITACIÓN DO PROBLEMA

O sector dos fertilizantes é moi competitivo. Isto débese, especialmente, a que os fertilizantes son considerados bens “commodities”, é dicir, produtos homoxéneos con normas e estándares de calidade específicos. A variable clave neste mercado é o prezo. As empresas compiten por vendas e por maiores porcentaxes de proporción de mercado na parte residual do mesmo. Debido á competitividade, o prezo de mercado é próximo ao custo medio mínimo, o cal ocasiona que as marxes de utilidade sexan mínimas e as cantidades de diñeiro que se moven sexan grandes.

O obxectivo de toda firma nun mercado tan competitivo é maximizar os seus beneficios e aumentar a participación no mercado. Isto só se pode acadar a través de estratexias que permitan diferenciar o seu produto e xerar vantaxes competitivas e comparativas que permita á empresa acadar as súas metas. Porén, para elixir a mellor estratexia cómpre analizar e dominar todos os aspectos e fenómenos que afectan á industria.

A reforma enerxética é un tema moi controversial desde o punto de vista social, porén, é un paso moi importante no crecemento e desenvolvemento económico do país. A entrada de novas tecnoloxías privadas permitirán eliminar as deficiencias por parte do estado —PEMEX principalmente-, e poderán explotar e comercializar maior cantidade de produtos a prezos competitivos.

Esta reforma dará acceso a varios produtos como petróleo e gas natural. Estes son importantes na produción de fertilizantes, porén, o gas natural xoga un papel vital dentro deste sector, xa que é o principal insumo destes produtos químicos.

Pregunta de investigación

Como impactará a reforma enerxética á estrutura do mercado de fertilizantes en México; e como afectará á vida e existencia das empresas pequenas encargadas de abastecer o mercado residual do oligopolio?

IV. ANTECEDENTES TEÓRICO-CONCEPTUAIS

Segundo Pedro Parenti, vicepresidente da Asociación Nacional de Produtores e Comercializadores de Fertilizantes (ANACOFER), o consumo nacional está estimado en 4 millóns de toneladas anuais, cun valor aproximado de 2 mil millóns de dólares. Porén, a relación oferta-demanda é moi pobre neste sector. A produción total no país non é o suficiente para cubrir a demanda nacional, xa que serve para abastecer soamente un terzo do consumo total. No 2012, a fabricación total nacional foi de 1.5 millóns de toneladas; pero tívose que importar 2.7 millóns de toneladas para abastecer o consumo nacional (Perea, 2013).

Entre 2011 e 2012 rexistrouse un decremento do 5.9 % nacional na fabricación de fertilizantes. Estímase que a causa principal sexa o pouco acceso e o alto custo do gas natural no país, o cal é a materia prima para producir amoníaco, e este para a maioría dos fertilizantes, especialmente os nitroxenados. A causa desta produción insuficiente, México caracterizouse nos últimos anos por ser importador de grandes cantidades de fertilizantes. No mesmo lapso de tempo as importacións aumentaron 23.8 %. Ademais, ocasionou unha redución no consumo do 4.5 % (ANIQ, 2014).

Cadro 1. Crecemento anual en produción, importacións e consumo de fertilizantes en México de 2011 a 2012.

FERTILIZANTES			
	2011	2012	Crecemento
Produción	\$1,870,879	\$1,759,255	-6.3%
Importacións	\$2,767,796	\$3,426,254	23.8%
Consumo	\$4,358,602	\$4,162,083	-4.5%

Fonte: Elaboración propia con datos da ANIQ.

Os fertilizantes teñen unha importancia significativa no concerniente aos custos de produción, debido a que son un dos principais insumos. Os agricultores que fertilizan os seus terreos vense obrigados a comprar produto estranxeiro, a maioría das veces a un prezo maior, debido á escaseza do produto no mercado doméstico e aos inminentes custos da importación.

Tamén, gran parte dos agricultores a pequena escala (os cales predominan no país) non teñen recursos suficientes para consumir fertilizantes a prezo de mercado, e dependen de programas governamentais nos que se lles regalan estes produtos ou se subsidia para que os adquiren a un menor prezo. Disto despréndese que, de 2008 a 2013, se fertilicen soamente entre o 55 e o 65 % da superficie sementada (INEGI, 2014).

Os fertilizantes inorgánicos clasifícanse en 3 tipos:

- A. Nitroxenados (sulfato amónico, nitrato amónico e urea, entre outros).
- B. Fosfatados (simple, dobre e triple).
- c. Potásicos (cloruro, sulfato e nitrato potásico).

Segundo cálculos propios, con base en datos da Asociación Nacional da Industria Química (ANIQ), no ano 2012 aumentou a proporción de fertilizantes fosfatados con respecto á produción total en México, cuxa cifra acadou o 65%, e diminuíron os nitroxenados con 31 % e potásicos 4 %.

Figura 1. Producción estimada por tipo de fertilizantes no ano 2012.



Fonte: Elaboración propia con datos da ANIQ.

Con datos referentes ao consumo de fertilizantes inorgánicos, segundo o anuario estatístico da ANIQ, repórtase para 2012 un estimado de 54 % de nitroxenados, 29 % de fosfatados e 17 % de potásicos. O consumo estimouse mediante a suma da produción máis as importacións, menos as exportacións. Nos produtos onde non houbo produción en México, o consumo equivale simplemente ás importacións.

Figura 2. Consumo estimado por tipo de fertilizantes no ano 2012



Fonte: Elaboración propia con datos da ANIQ.

A gran diferenza que se amosa nas gráficas débese a que desde 1999 pechou a empresa que tiña o monopolio total da urea en México, ano no cal deixou de producirse este fertilizante no país. Isto ocasionou que, tanto a urea como o nitrato de amonio, sexan importados na súa totalidade.

Ata 2012, en materia de fertilizantes nitroxenados, soamente se produce sulfato de amonio. Porén, este fenómeno agrávase cando notamos que é o fertilizante inorgánico máis empregado en México, especialmente a urea.

Os fertilizantes inorgánicos máis empregados no noso país son a urea e o fosfato diamónico. Entre os dous suman un consumo de 2.6 millóns de toneladas, equivalente ao 63 % do consumo total nacional. Mentres que detrás destes dous, atópase o de sulfato de amonio cun 19 %.

Figura 3. Concentración do consumo de fertilizantes no ano 2012.



Fonte: Elaboración propia con datos da ANIQ.

VI. IMPACTO DA REFORMA ENERXÉTICA NO SECTOR DOS FERTILIZANTES QUÍMICOS

Segundo fontes oficiais, coa entrada en vigor da reforma enerxética en México, PEMEX reactivará a produción de gas natural e amoníaco a prezos competitivos, co cal planean incrementar a fabricación de fertilizantes a prezos baixos. O obxectivo desta acción é aumentar a produción de fertilizantes no noso país e diminuír a dependencia do consumo nacional das importacións (Perea, 2013).

O gas natural é un dos principais insumos para a fabricación de agroquímicos, mesmo implica o 60 % de custo de produción dos fertilizantes. Producilo en México é caro, debido a que a súa explotación coa infraestrutura existente representa custos moi elevados. Ademais, toda a produción non abrangue a demanda total. Polo tanto, tense que recorrer á importación, cuxa cantidade supera o terzo do consumo total (Perea, 2013).

A reforma enerxética permitirá a inserción da iniciativa privada —nacional e estranxeira— na explotación e comercialización de gas natural no país. Deste modo, empregaranse tecnoloxías de primeiro nivel para obter esta materia prima ao menor custo posible, e así produciranse fertilizantes a prezos baixos e competitivos. Ao haber máis empresas no mercado, tanto na produción como na distribución de gas natural, este ofrecerá maior cantidade de produtos a menores prezos; o cal sempre é vantaxoso para o consumidor e para as empresas produtoras de fertilizantes (Varian, 1999).

O impacto de ter máis distribuidores de gas natural verase no aumento da súa dispoñibilidade e permitirá fabricar agroquímicos nacionais con menores custos e mellores prezos de venda. Os fertilizantes a prezos competitivos axudarán a reducir o custo da produción de alimentos agrícolas e aumentar o consumo de fertilizantes, ademais de reducir as cantidades importadas (PRI, 2014). Porén, a reforma enerxética non só trae boas novas, tamén ocasionará grandes ameazas no sector dos fertilizantes. A mala nova xurdiu cando PEMEX anuncia a compra da planta Agro-Nitroxenados S.A de C.V por unha cantidade de 475 mdd. (CNN, 2014).

Esta empresa, localizada en Veracruz, era monopolio da urea no noso país, xa que era a única empresa produtora deste fertilizante. As súas cifras de fabricación acadaron as 3 mil toneladas mensuais deste produto entre 1992 e 1994. Porén, coa sinatura do Tratado de Libre Comercio de América do Norte (TLCAN) en 1994, sobreviviu soamente por cinco anos máis. Non puido competir contra os fertilizantes dos Estados Unidos e pechou as súas portas en 1999, unido a que PEMEX deixou de abastecer amoníaco debido a débedas millonarias da empresa. Con esta decisión, México deixou de producir urea importando o 100 % do consumo nacional.

A empresa que adquiriu PEMEX leva 15 anos parada, con maquinaria vella, desgastada e tal vez inservible. E se funcionase sería o mesmo, xa que a súa tecnoloxía está obsoleta para a produción de fertilizantes na actualidade. Polo que, segundo PEMEX, terán que facer outro forte investimento de 200 mdd para rehabilitar a fábrica e operala. Planéase que todo o proceso se cumpra en 15 meses. Unha vez concluídas as operacións de Agro-Nitroxenados, PEMEX estima reactivar a produción de 900,000 toneladas anuais de urea. Esta cifra representa preto do 75 % da demanda nacional actual deste produto. Este nivel de produción podería substituír máis de 400 mdd anuais correspondentes a importacións (CNN, 2014).

Con esta decisión, PEMEX e Agro-Nitroxenados súmanse ás empresas exercentes do oligopolio no sector dos fertilizantes en México, diminuíndo en certa medida o mercado residual para os pequenos produtores. Moitas destas pequenas empresas que planeaban

iniciar operacións de produción despois da reforma enerxética e a baixa no prezo do gas natural, terán que limitarse a seguir importando o produto e loitar por sobrevivir no mercado, xa que as grandes empresas serán as que dominen en gran parte as actividades de produción.

Será interesante observar como reaccionarán as empresas líderes do mercado ante a inminente entrada en vigor da reforma enerxética. Poderase abastecer a demanda nacional con produción local, e as empresas pequenas só poderán sobrevivir como distribuidoras?,ou seguirá existindo un mercado residual aínda despois da reforma enerxética que permita a empresas de menor escala a produción de fertilizantes? Hai que lembrar que a demanda neste sector manterá índices crecentes constantes durante os próximos 30 ou 40 anos. É probable que os índices de crecemento do mercado e da demanda teñan un ritmo máis acelerado que a propia oferta e produción.

As empresas medianas e pequenas poderían verse tentadas a investir en plantas e reactores para a produción destes agroquímicos, porén, os rendementos a escala favorecerán ás grandes empresas debido ao volume da súa produción. Como se mencionou anteriormente, a variable clave neste sector é o prezo. Polo tanto, avenciónanse alianzas estratéxicas entre empresas pequenas, buscando compartir tecnoloxía e capital coa finalidade de comprar reactores e realizar as producións en conxunto para minimizar custos e ter a capacidade de fabricar a prezos competitivos.

Seguramente, as empresas líderes aumentarán o seu dominio no mercado con esta reforma, polo que a competencia por sobrevivir no mercado residual será incesante. O fenómeno de entrada de novas empresas verase revertido totalmente, xa que comezarán a baixar os seus beneficios ata facerse negativos, o cal ocasionará a saída de moitas firmas.

Unha estratexia bastante agradable para as empresas pequenas é a formación de alianzas entre eles. Unha alianza estratéxica é un acordo voluntario entre dúas ou máis empresas que involucra intercambiar, combinar ou desenvolver conxuntamente bens, servizos ou tecnoloxía. (Peng, 2010). Enfrontar ao mercado individualmente será moi complicado, polo que a cooperación é unha boa saída.

Ao combinar recursos e tecnoloxía, as empresas serán capaces de reducir os seus custos de produción e maximizar os seus beneficios, o cal permitirá ter marxes máis elevadas de ganancia e un crecemento máis acelerado. Porén, enfróntanse a un problema social xeneralizado en todo o mundo: a cooperación e o oportunismo.

Formar alianzas non é tan sinxelo, e menos para empresas que se xogan o seu capital e a súa supervivencia. A maior parte das alianzas disólvense polas prácticas oportunistas da súa contraparte, o que xerou unha sensación de malestar e incomodidade fronte a estas estratexias de cooperación. Porén, non deixan de ser unha boa opción, e neste caso específico, ao parecer é o máis viable.

A alianza e cooperación entre estas firmas ten unha ameaza crible que pode favorecer a durabilidade da alianza xa que resta incentivos ás firmas para desviarse da estratexia. Que unha empresa decida romper o acordo, poría en xogo o capital investido e en mercados como este, pode significar a desaparición da firma.

VII. MÉTODO

A metodoloxía que se levou a cabo nesta investigación foi totalmente descritiva. Con base en datos obtidos no INEGI, FAO e ANIQ principalmente, analizáronse para determinar a situación actual e as predicións a futuro do devandito mercado. O estudo realizouse en maior medida desde o punto de vista da microeconomía e da xestión estratéxica.

VIII. CONCLUSIÓNS

A reforma enerxética traerá consigo consecuencias que afectarán directamente a moitos sectores industriais mexicanos. Un deles é o mercado dos fertilizantes químicos ou inorgánicos. Coa entrada de nova tecnoloxía da iniciativa privada, aumentarase a explotación e produción de gas natural. Isto permitirá aumentar a produción nacional, reducir as importacións, incrementar o consumo e diminuír os prezos dos alimentos agrícolas.

Porén non todo é tan bo. Desde un punto de vista microeconómico podemos predicir que esta reforma beneficiará ás grandes empresas e prexudicará ás pequenas. O oligopolio existente farase máis forte e abranguerá maior porcentaxe de mercado, obrigando a empresas pequenas a saír da competencia. Por outro lado, a interrelación estratéxica levará ás empresas en perigo de extinción a tomar medidas co afán de poder competir polo mercado residual deste oligopolio e procurar aumentar a súa concentración de mercado. Algunhas destas medidas serán as alianzas estratéxicas e as colusións, onde combinarán capital, recursos e tecnoloxía co obxectivo de maximizar os seus beneficios e minimizar custos e manterse en pé firme dentro da competencia.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA INDUSTRIA QUÍMICA (ANIQ), 2014.
- CNN. (2014, 16 de xaneiro). *Pemex compra planta AHMSA por 475 mdd*. Recuperado de: <http://www.cnnexpansion.com/negocios/2014/01/16/pemex-compra-empresa-a-ahmsa-por-475-mdd>
- FAO. (2002). *Los fertilizantes y su uso*. Roma: FAO.
- GARCÍA, K. (2014, 16 de enero). Adquiere Pemex negocio de fertilizantes de AHMSA. *El economista*. Recuperado de: <http://eleconomista.com.mx/industrias/2014/01/16/pemex-alista-produccion-fertilizantes-mexico>
- GARCÍA, M. (2014, 23 de marzo). *Falta producción de fertilizantes*. Diario am. Recuperado de: <http://www.am.com.mx/notareforma/24980>
- GAUCHIN, D. (2013). El mercado de los fertilizantes. *El economista*. Recuperado de: <http://eleconomista.com.mx/columnas/agro-negocios/2013/08/19/mercado-fertilizantes>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), 2014.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONS UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA. (FAO), 2014.
- PENG, M. (2010). *Estrategia global*. México: Cengage Learning
- PEREA, E. (2013). *Sagarpa busca reducir importación de fertilizantes d el 70 al 30 %*. Recuperado de: <http://imagenagropecuaria.com/2013/sagarpa-busca-reducir-importacion-de-fertilizantes-do-70-al-30/>.
- PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL (PRI), 2014.
- ROSSO, L. M. (2011). *El mercado de los fertilizantes en México*. México: Instituto Español del Comercio Exterior (ICEX).
- RUIZ FUNES, M. (2010, 10 de outubro). Producción de fertilizantes. *El Financiero*. Recuperado de: <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/produccion-de-fertilizantes-no-solo.html>
- SAGARPA. (2013). *El mercado de los fertilizantes: 2011-2012*. Recuperado de: <http://www.infoaserca.gob.mx/claridades/revistas/239especial/ca239especial-45.pdf>
- VARIAN, H. R. (1999). *Microeconomía intermedia: un enfoque actual*. Barcelona: Antoni Bosch.

Normas de publicación

Proceso de selección e avaliación dos orixinais

A selección dos textos responderá a criterios de orixinalidade, novidade, relevancia, rigor e calidade metodolóxica. Os orixinais que non se atean estritamente ás normas de publicación que se indican a continuación, serán devoltos aos autores para a súa corrección antes do seu envío aos avaliadores externos. Unha vez que a secretaría comprobe o cumprimento das normas de publicación, os responsables da súa autoría recibirán aviso do recibo dos orixinais remitidos coa indicación da duración aproximada do proceso de avaliación. Os textos serán sometidos á revisión de dous expertos alleos ao equipo editorial (doutores ou outras persoas de recoñecido prestixio) do rexistro de avaliadores da revista, seguindo o sistema para o anonimato de dobre cego. Os responsables da avaliación disporán de quince días para presentar o resultado do estudo, que poderá ser positivo, positivo con suxestións ou negativo. No caso de que os responsables da avaliación propongan modificacións de forma motivada na redacción do orixinal, será responsabilidade da revista -unha vez informado o autor- o seguimento do proceso de reelaboración do traballo. O autor disporá de dez días para incorporar as suxestións dos responsables da avaliación. No suposto de non ser aceptado para a súa edición, o orixinal será devolto ao seu autor xunto cos ditames emitidos polos avaliadores. Antes da súa publicación, os autores recibirán por correo electrónico a versión definitiva do artigo para facer as correccións oportunas das probas de imprenta no prazo de dez días (non se aceptarán cambios substanciais, soamente modificacións sobre a versión enviada).

A revista componse de dúas seccións fixas: Artigos e Recensións. Os artigos son traballos de investigación de interese científico con contribucións orixinais nas áreas da: Ciencia Política e da Administración, Socioloxía, Economía e Políticas Públicas. As Recensións son comentarios de libros editados preferentemente no ano anterior ao de publicación do correspondente número da Revista.

Normas para autores

1_ As propostas de colaboración coa Revista Galega de Administración Pública remitíranse en formato editable como arquivo adxunto a unha mensaxe de correo electrónico ao seguinte enderezo electrónico:

ac.egap@xunta.es.

A persoa que envía o correo deberá indicar que coñece o contido destas normas de publicación, así como que o traballo é un texto orixinal e non está incluído noutro proceso de avaliación.

2_ Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os dous números anuais. As datas de remisión e aceptación figurarán nun lugar visible da revista.

3_ Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:

- a) Seren inéditos e non estaren incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
- b) Estaren redactados en calquera dos seguintes idiomas: galego, castelán, portugués, francés, italiano ou inglés.
- c) Conteren unha extensión mínima de 30.000 caracteres e máxima de 45.000 no caso dos "Artigos"; e, entre 3.000 e 10.000 caracteres nas "Recensións".

4_ Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:

- a) Un título descriptivo do contido coa súa tradución ao inglés. Ademais se incorporará a información de todos os autores do texto (nome, apelidos, profesión ou cargo, a institución de adscrición, o país da institución e o enderezo electrónico).
- b) Un resumo (dun máximo de 120 palabras) no idioma no que se presenta o texto principal e a súa tradución ao inglés de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.
- c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión ao idioma inglés, de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.
- d) Un sumario seguindo a estrutura da CDU. (Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

- e) O corpo principal do texto.
 - f) A bibliografía.
 - g) As táboas, os diagramas e cadros (máximo de 7).
- 5_ Os traballos deberán ser coidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo e respectarán ademais os seguintes requisitos:**
- a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo, con formato de fonte Times New Roman, tamaño 12.
 - b) As notas figurarán a pé de páxina, gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo. As referencias bibliográficas inclúranse en formato abreviado (Exemplo: Peters, 2002:123)
 - c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, serán indicados o título e o número do volume ou a parte correspondente), segundo o sistema Harvard.

- LIBRO: Alesina et. al. 1997. Political Cycles and the Macroeconomy. Cambridge: MIT Press.
 - CAPÍTULO: Castles, F.G. 1982 «Politics and public policy», en F.G. Castles (ed.), The Impact of Parties. Politics and Policies in Democratic Capitalist States. Londres.
 - REVISTA: Peters, G. e Pierre, J. 1998 « Governance without Government? Rethinking Public Administration», Journal of Public Administration, 8 (2): 223-243.
- d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo, incluíndo a data de consulta (dia-mes-ano). Por exemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26-09-2013).

- 6_ Dereitos de autoría.** Unha vez que o consello editorial acepte publicar calquera material (artigo ou recensión) recibido, os dereitos exclusivos e illimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma e país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).



administración & cidadanía.

galicia Revista da Escola Galega de Administración Pública

administración & cidadanía.

administración & cidadanía.

Revista da Escola Galega de Administración Pública.

administración & cidadanía.

administración & cidadanía.

Revista da Escola Galega de Administración Pública.

administración & cidadanía.



XUNTA DE GALICIA

Revista da Escola Galega de Administración Pública.

stración & cidadanía.

administración & cidadanía.

Revista da Escola Galega de Administración Pública.