

administración & cidadanía

Sumario_

_01 SALVADOR MARÍA MARTÍN VALDIVIA (Universidade de Jaén, España) «O novo recurso de casación: "interese casacional" ou mingua do dereito de defensa?» **_02** JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO (Universidade de Santiago de Compostela, España) «As cláusulas de emprego e condicións de traballo na contratación pública no dereito da Unión Europea» **_03** MÓNICA SIOTA ÁLVAREZ (Universidade de Vigo, España) «A potestade tributaria sobre os aproveitamentos das augas minerais e termais» **_04** JOSÉ MIGUEL MARTÍN RODRÍGUEZ (Universidade Pablo de Olavide, España) «O grupo do código de conduta sobre a fiscalidade das empresas, un mecanismo de soft law ao servizo da Unión Europea» **_05** ANDREA GARRIDO JUNCAL (Universidade de Santiago de Compostela, España) «Análise da futura Lei de servizos sociais de Andalucía» **_06** SERGIO DOMINGO BAAMONDE BOQUETE (Corpo Superior da Administración da Xunta de Galicia, España) «Os criterios de graduación na potestade sancionadora da Administración en materia de seguridade alimentaria» **_07** CRISTINA ARES CASTRO-CONDE (Universidade de Santiago de Compostela, España) «O estado da igualdade de xénero na UE» **_08** JENNIFER SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Universidade da Coruña, España) «Congreso Dereito ambiental para unha economía verde»

Sumario_

_01 SALVADOR MARÍA MARTÍN VALDIVIA (Universidad de Jaén, España) «El nuevo recurso de casación: ¿"interés casacional" o mengua del derecho de defensa?» **_02** JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO (Universidad de Santiago de Compostela, España) «Las cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en la contratación pública en el derecho de la Unión Europea» **_03** MÓNICA SIOTA ÁLVAREZ (Universidad de Vigo, España) «La potestad tributaria sobre los aprovechamientos de las aguas minerales y termales» **_04** JOSÉ MIGUEL MARTÍN RODRÍGUEZ (Universidad Pablo de Olavide, España) «El grupo del código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas, un mecanismo de soft law al servicio de la Unión Europea» **_05** ANDREA GARRIDO JUNCAL (Universidad de Santiago de Compostela, España) «Análisis de la futura Ley de servicios sociales de Andalucía» **_06** SERGIO DOMINGO BAAMONDE BOQUETE (Cuerpo Superior de la Administración de la Xunta de Galicia, España) «Los criterios de graduación en la potestad sancionadora de la Administración en materia de seguridad alimentaria» **_07** CRISTINA ARES CASTRO-CONDE (Universidad de Santiago de Compostela, España) «El estado de la igualdad de género en la UE» **_08** JENNIFER SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Universidad de A Coruña, España) «Congreso Derecho ambiental para una economía verde»

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: +34 981 546 041; fax: +34 981 546 336).

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 publicárase por medios electrónicos semestralmente, en xuño e en decembro. Non obstante, poderanse publicar anualmente un ou varios números monográficos extraordinarios.

Na revista publicáranse 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 presentáranse, 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 Revisións 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.

CONSELLO DE REDACCIÓN

_Directora

Sonia RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ
Directora da EGAP (Galicia, España)

_Codirector

Luís MÍGUEZ MACHO
USC (Galicia, España)

_Secretaría de Redacción

Andrea GARRIDO JUNCAL
USC (Galicia, España)

_Vogais

Xosé Carlos ARIAS MOREIRA
UVigo (Galicia, España)

Miguel Ángel BASTOS BOUBETA
USC (Galicia, España)

María CADAVAL SAMPEDRO
USC (Galicia, España)

Luís CARAMÉS VIÉITEZ
USC (Galicia, España)

Ricardo GARCÍA MIRA
UDC (Galicia, España)

Vicente GONZÁLEZ RADÍO
UDC (Galicia, España)

Isabel LIROLA DELGADO
USC (Galicia, España)

Begoña LÓPEZ PORTAS
USC (Galicia, España)

Juan José NIETO MONTERO
USC (Galicia, España)

M.ª Dolores RIVERA FRADE
TSXG (Galicia, España)

Diana SANTIAGO IGLESIAS
USC (Galicia, España)

Francisco Javier SANZ LARRUGA
UDC (Galicia, España)

M.ª Inmaculada VALEIJE ÁLVAREZ
UVigo (Galicia, España)

Alberto VAQUERO GARCÍA
UVigo (Galicia, España)

COMITÉ CIENTÍFICO

Adina DUMITRU
UVT (Timișoara, Romanía)

Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES
UCM (Madrid, España)

Serafín MERCADO DOMÉNECH
UNAM (México)

Nora RÄTHZEL
UMU (Umeå, Suecia)

Nieves SANIGER MARTÍNEZ
UGR (Granada, España)

David STEA
UTEXAS (Texas, EUA)

Correo-e: ac.egap@xunta.gal

Web: <http://egap.xunta.es/publicaciones>

Periodicidade: semestral (xuño e decembro)

Formato: en liña | papel

ISSN-e: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287

Depósito legal: PO-510/2006

Tradución e supervisión lingüística: Ramiro Combo García

Deseño cuberta: Campus na nube

Deseño gráfico e impresión: Campus na nube

Siglas utilizadas

UDC: Universidade da Coruña

USC: Universidade de Santiago de Compostela

UVigo: Universidade de Vigo

UCM: Universidad Complutense de Madrid

UGR: Universidad de Granada

UMU: Umeå universitet

UNAM: Universidad Nacional Autónoma de México

UTEXAS : Texas State University

UVT: Universitatea de Vest din Timișoara

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

VOL.10_nº2_2015_revista da Escola Galega de Administración Pública

administración & ciudadanía

– VERSIÓN GALEGA –



Sumario / Summary

_ARTIGOS / ARTICLES	[7-124]
_MARTÍN VALDIVIA, Salvador María (Universidade de Jaén, España) «O novo recurso de casación: “interese casacional” ou mingua do dereito de defensa?» / <i>The new resource appeal: “cassation interest” and right of defense?</i>	[9-30]
_MIRANDA BOTO, José María (Universidade de Santiago de Compostela, España) «As cláusulas de emprego e condicións de traballo na contratación pública no dereito da Unión Europea» / <i>Employment and working conditions clauses in public procurement in European Union Law</i>	[31-48]
_SIOTA ÁLVAREZ, Mónica (Universidade de Vigo, España) «A potestade tributaria sobre os aproveitamentos das augas minerais e termais» / <i>Tax power on the mineral and thermal waters exploitation</i>	[49-76]
_MARTÍN RODRÍGUEZ, José Miguel (Universidade Pablo de Olavide, España) «O grupo do código de conduta sobre fiscalidade das empresas, un mecanismo de soft law ao servizo da Unión Europea» / <i>The group of the code of conduct on business taxation, an updated soft law instrument at the service of the European Union</i>	[77-92]
_GARRIDO JUNCAL, Andrea (Universidade de Santiago de Compostela, España) «Análise da futura Lei de servizos sociais de Andalucía» / <i>Analysis of the future Law of Social Services of Andalusia</i>	[93-108]

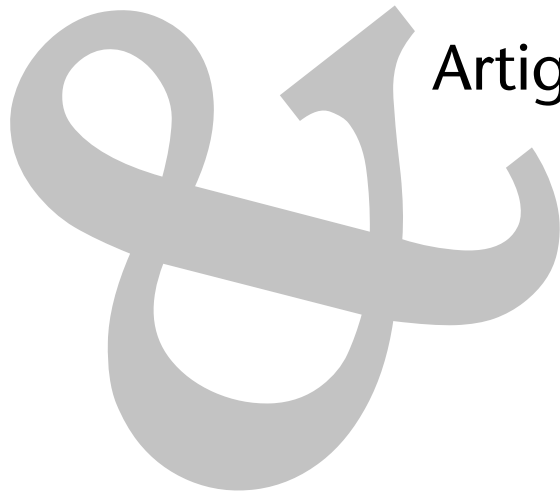
_BAAMONDE BOQUETE, Sergio Domingo (Corpo Superior da Administración da Xunta de Galicia, España) «**Os criterios de graduación na potestade sancionadora da Administración en materia de seguridade alimentaria**» / *The criteria to rate each penalty on the Administration's Power to Impose Penalties in Relation to Food Security* [109-124]

_NOTAS / NOTES [125-136]

_ARES CASTRO-CONDE, Cristina (Universidade de Santiago de Compostela , España) «**O estado da igualdade de xénero na UE**» / *The state of the gender equality of in the EU* [127-136]

_CRÓNICAS / CHRONICLES [137-142]

_SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Jennifer (Universidade da Coruña , España) «**Congreso Dereito ambiental para unha economía verde**» / *Environmental Law for a Green Economy* [139-142]



Artigos

O novo recurso de casación: “interese casacional” ou mingua do dereito de defensa? ¹

El nuevo recurso de casación: “interés casacional” o mengua del derecho de defensa?

The new appeal: “cassation interest” and right of defense?



SALVADOR MARÍA MARTÍN VALDIVIA

Abogado / Profesor titular de Dereito Administrativo
Universidade de Jaén (Andalucía, España)
smartin@ujaen.es

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

Resumo: A reforma da LOPX operada pola LO 7/2015 ten un obxectivo formalmente declarado: outorgarlle á casación un carácter netamente uniformador da doutrina legal. Desaparece, pois, o escaso vestixio de segunda instancia que puidese aínda quedar neste recurso tras a reforma da LXCA de 2011. Os esforzos por cifrar as exigencias formais para a súa admisión son loables, pero, á vez, resultan tan prolifas que poden situar a casación ao nivel dos recursos de amparo no que se refire a supostos de inadmisibilidade *a limine*. Con todo, prodúcese un efecto aínda máis pernicioso: a desaparición da segunda instancia para asuntos da importancia que se tramitaban nos TSX e na Audiencia Nacional.

Palabras clave: recurso de casación, nova regulación, criterios de admisión, interese casacional, carácter uniformador, rixidez en exigencias formais, separación entre preparación do recurso e interposición, desaparición de segunda instancia.

Resumen: La reforma de la LOPJ operada por la LO 7/2015 tiene un objetivo formalmente declarado: otorgar a la casación un carácter netamente uniformador de la doctrina legal. Desaparece, pues, el escaso vestigio de segunda instancia que pudiera aún quedar en este recurso tras la reforma de la LJCA de 2011. Los esfuerzos por cifrar las exigencias formales para la su admisión son loables, pero, a la vez, resultan de tanta prolifidad que pueden situar la casación al nivel de los recursos de amparo en lo que se refiere a supuestos de inadmisibilidad *a limine*. Con todo, se produce un efecto aún más pernicioso: la desaparición de la segunda instancia para asuntos de la importancia que se tramitaban en los TSJ y en la Audiencia Nacional.

Palabras clave: recurso de casación, nueva regulación, criterios de admisión, interés casacional, carácter uniformador, rigidez en exigencias formales, separación entre preparación del recurso e interposición, desaparición de segunda instancia.

Abstract: Reform operated by the O 7/2015 in the Organic Law of the Judiciary (LOPJ) has formally declared goal: give the appeal a purely standardizing nature of the legal doctrine. Therefore disappears all

the vestiges of second instance that might still be in this appeal after the reform Law of the administrative jurisdiction (LJCA) 2011. Efforts to encrypt the formal requirements for admission are commendable, yet, so neatly that result from you can place the appeals to the Supreme Court level appeals to the Constitutional Court, when it comes to cases of inadmissibility *a limine*. The disappearance of the second instance for cases of importance were handled and the TSJ and the National Audience (Audiencia Nacional): However, an even more pernicious effect.

Key words: appeal, new regulation, admission rules, cassation interest, standardizing character, stiff formal requirements, separation between the preparation instance and initiating proceedings text, disappearance of second instance.

Sumario: 1 O novo recurso de casación como instrumento nomofiláctico. 2 As propostas concretas do lexislador. 3 O “interese casacional” como clave de acceso ao Tribunal Supremo. 4 A importancia das exixencias formais: os requisitos de preparación do recurso de casación ante o Tribunal Supremo. 5 Substanciación do recurso de casación ante o Tribunal Supremo. 6 Reflexión final. 7 Bibliografía.

1 O NOVO RECURSO DE CASACIÓN COMO INSTRUMENTO NOMOFILÁCTICO

En recentes datas tivo lugar unha substancial reforma do sistema procesual contencioso-administrativo no noso país. O lexislador, en virtude da nova redacción dada polo apartado un da disposición derradeira terceira da LO 7/2015, do 21 de xullo –pola que se modifica a LO 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial–, *decidiu outorgarlle unha nova carta de natureza ao recurso de casación. Co declarado obxectivo mediato de alcanzar o que, segundo explica a exposición de motivos, debe ter todo recurso de casación, provocou en esencia dous efectos xurídicos; o primeiro, un propósito inmediato non confesado: a descarga de traballo do Tribunal Supremo; o segundo, un efecto, talvez non desexado, pero desde logo enteiramente reprochable: a desaparición da posibilidade dunha segunda opinión (aínda que tecnicamente non se poida considerar como “segunda instancia”) en moitos asuntos de suma transcendencia, concretamente todos aqueles cuxo coñecemento está atribuído en primeira instancia aos tribunais superiores de xustiza e á Audiencia Nacional.*

E é que, en efecto, a partir do 22 de xullo de 2016 a sección 3ª do capítulo III do título IV, integrada polos artigos 86 a 93, relativos ao recurso de casación contencioso-administrativo, se altera substancialmente. A xustificación nace da necesidade de harmonizalo coa regulación da casación civil –con algunha diferenza relevante, non obstante–, pois ese é, a xuízo do lexislador, o seu labor constitucional. En principio, desaparecen as limitacións obxectivas hoxe existentes: a posibilidade de acceder en casación ao Tribunal Supremo en asuntos cuxa contía sexa superior a 600.000 € se o asunto non ten “interese casacional” ou nos asuntos de persoal dos que ata agora coñecía se non se dá esa circunstancia; elimínase igualmente a regulación dos recursos de casación en interese de lei e unificación de doutrina, como ata agora os coñeciamos, propóndose novas fórmulas procesuais que asemellan moito esta proposta á que a LAC ofrece aos recursos civís, pero –tamén é verdade– con importantes matices. Segue viva, no entanto, a limitación relativa á soa invocación de cuestións de dereito, “con exclusión das cuestións de feito” (novo artigo 87 bis), aínda que como na nova proposta se recoñece, na resolución da controversia xurídica, «o Tribunal Supremo poderá integrar nos feitos admitidos como probados polo tribunal de instancia aqueles que, sendo omitidos por este, estean suficientemente xustificadas segundo as actuacións e cuxa toma en consideración resulte necesaria para apreciar a infracción alegada das normas do ordenamento xurídico ou da xurisprudencia, mesmo a desviación de poder». Pero talvez a máis importante variante sexa que en casación se poderá coñecer de calquera «infracción do

ordenamento xurídico, tanto procesual como substantiva, ou da xurisprudencia» denunciada respecto de sentenzas de calquera órgano desta xurisdición, pero –e niso cómpre insistir– só se o recurso presenta “interese casacional”.

É –teño que advertilo– un xuízo enteiramente persoal, pero dá a impresión de que se trata dunha proposta que se xustifica baseándose nuns fundamentos formais distintos dos reais, que presentan outro fin moi concreto, e non parece que sexa o de achegar a xustiza ao xustizable. Trátase, si, de achegar a casación administrativa á civil; pero, tras analizar todas as propostas en detalle, antóllaseme máis ben como o último esforzo por reducir a litixiosidade, descargar de traballo o Tribunal Supremo e evitar as dilacións que se puidesen apreciar nos tempos en resolver –mínimos, por outra parte, se se comparan co auténtico colapso que se sofre nalgúns salas do contencioso dalgúns tribunais superiores de xustiza e en moitos xulgados unipersoais, en situación ruborizante²–. E por iso, malia as publicitadas xustificacións da exposición de motivos da LO 7/2015, é esta unha intención que se desenmascara con só testar o sensible recorte de posibilidades dos recorrentes no acceso a esta vía casacional (“*non se trata dunha terceira instancia*”, razónase, cando nunca o foi; como moito, unha “*segunda instancia*” respecto de temas tratados en primeira polos tribunais superiores e a Audiencia Nacional), querendo con iso emular o peche abrupto ao recurso de amparo que supuxo a existencia formal e extremadamente subxectiva de demostrar a «*especial transcendencia constitucional*» do recurso (introducida pola LO 6/2007).

Pero aínda máis patente se me antolla aquel motivo coa soa lectura dalgún outro precepto realmente insólito na nosa lexislación procesual: «*A Sala de Goberno do Tribunal Supremo poderá determinar, mediante acordo que se publicará no Boletín Oficial del Estado, a extensión máxima e outras condicións extrínsecas, incluídas as relativas á súa presentación por medios telemáticos, dos escritos de interposición e de oposición dos recursos de casación*» (texto do novo artigo 87.3). Advertírame o lector de que esta substancial limitación do dereito á defensa xa se “*padece*” na nosa xustiza, pero debemos convir que só acontece nalgúns tribunais menores –e non só contenciosos, ben é certo–, nos cales con total arbitrariedade os xuíces e maxistrados mutilan de xeito xeneralizado o tempo de intervención dos letrados defensores antes de comezala. Así é, sobre todo na fase de conclusións nos xuízos orais, o que supón, sen dúbida, un grave atentado ao dereito de defensa do xustizable, á par que un menosprezo ao exercicio da súa profesión para o avogado, que se ve obrigado a resumir ata o imposible unha actuación que talvez merecese unha maior atención e detemento. E non é que se limiten a aconsellar esa medida –o que desde logo é posible nos supostos en que a intervención do letrado se manifeste innecesaria, reiterativa, superflua ou redundante, pois é ao xuíz a quen lle corresponde a dirección do proceso e, sinaladamente, a marcha e ordenación da vista oral–; o que neses supostos sobrevén é, antes de que se inicie o trámite, o recorte das posibilidades de actuación, sen reparar nas circunstancias do caso de que se trate, do interese da proba practicada ou da transcendencia do axuizado, con grave quebranto das posibilidades de defensa e da propia dignidade profesional dos letrados actuantes. Que tal imposición se convertese en *modus operandi* nalgúns tribunais menores pode pasar por unha mera contrariedade, pero que o estableza o lexislador como norma a seguir nas actuacións ante o máis alto tribunal da xustiza ordinaria é, cando menos, sintomático. Porque iso é o que o novo 87.3 impón: alixeirar o traballo do tribunal, obrigando os letrados a resumir os seus argumentos, como se dunha comunicación por Twitter se tratase (*¿140 caracteres como máximo?*). E todo iso imposto por vía legal.

A realidade é que, ao parecer, o Tribunal Supremo está aínda superado e ao lexislador tocoulle pór couto; máis discutible é que a solución pase polo peche á casación por motivos e supostos obxectivos. Todo se filtrará polo particular e relativo crisol do “*interese casacional*”, o que nos leva a pensar no pouco ponderada resposta ao problema que de verdade se aborda. A reacción do lexislador a ese tapón da xustiza parece excesiva cando, se do que se trataba era de imprimirlle ao Tribunal Supremo ese selo de modulador da doutrina, ben se puidese potenciar o remedio procesual que o noso ordenamento xa tiña habilitado para iso. O recurso para unificar a doutrina xurisprudencial regulado nos artigos 96 a 99 xa se encargaba desa tarefa³. Considero que bastaba con que o lexislador ampliase minimamente o seu ámbito de aplicación para alcanzar a pretextada xustificación deste cambio lexislativo. Pero parece obvio que non era iso do que se trataba.

Para confiárlle ese definitivo carácter de intérprete e modulador ao Tribunal Supremo, propóñense unha serie de medidas estritamente procesuais, entre as que ciframos as seguintes:

1.- En moi concretos supostos, habilitase o acceso á casación dalgunhas sentenzas ditadas polos xulgados do contencioso-administrativo⁴. Tamén ás ditadas en única instancia ou en apelación pola Sala do Contencioso-administrativo da Audiencia Nacional e polas salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza, aínda que, no caso das sentenzas ditadas en única instancia polos xulgados do contencioso-administrativo, unicamente serán susceptibles de recurso as sentenzas que conteñan doutrina que se repete gravemente danosa para os intereses xerais e sexan susceptibles de extensión de efectos, exceptuando as sentenzas ditadas no procedemento para a protección do dereito fundamental de reunión e nos procesos contencioso-electorais.

2.- O recurso de casación contra sentenzas dos tribunais superiores de xustiza tramitarase ante o Tribunal Supremo ou ante o propio TSX en atención á orixe estatal ou autonómica da norma supostamente infrinxida. Deste xeito, as sentenzas que, sendo susceptibles de casación, fosen ditadas polas salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza serán recorribles ante a Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo se o recurso pretende fundarse en infracción de normas de dereito estatal ou da Unión Europea que sexa relevante e determinante da resolución impugnada, sempre que tivesen sido invocadas oportunamente no proceso ou consideradas pola sala sentenciadora. Pero se o recurso se funda en infracción de normas emanadas da Comunidade Autónoma, será competente unha sección da sala do contencioso-administrativo que teña a súa sede no tribunal superior de xustiza composta polo presidente da dita sala, que a presidirá, polo presidente ou presidentes das demais salas do contencioso-administrativo e, se é o caso, das seccións destas, coa composición que se di no artigo 86.3 LXCA⁵.

3.- A natureza nomofiláctica do recurso é –segundo se explica– a verdadeira e única razón de ser da casación. Conforme o novo artigo 88, o recurso de casación só poderá ser admitido a trámite cando, invocada unha concreta infracción do ordenamento xurídico, tanto procesual como substantiva, ou da xurisprudencia, a Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo “estime” que o recurso presenta interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia. Decae, polo tanto, o acceso á casación en razón da contía –o que non sucede nas ordes xurisdiccionais civil e laboral–, que agora estaba en 600.000 euros por pretensión e recorrente –como ata hai uns poucos anos o estaba en 150.000– ou por razóns obxectivas, dependendo das materias –nin temas de persoal, nin dereitos fundamentais, coas excepcións que

veremos—. Con esta proposta preténdese formar un corpo de xurisprudencia aplicable en todo o territorio nacional e reforzar o recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar a uniformidade na aplicación xudicial do dereito⁶, co fin de incrementar as garantías na protección dos cidadáns, evitando que se converta nunha postrema instancia de xustiza ordinaria. Nada se di do moi significativo recorte de posibilidades de defensa ao xustizable en asuntos de transcendencia, como o son sinaladamente os que coñecen a Audiencia Nacional e os TSX en primeira instancia e que, como arriba dicíamos, quedan sen posibilidade de recurso por razón da contía.

4.- Aparecen en escena criterios, se non abertamente discrecionais, si transidos da previa e necesaria ponderación de conceptos xurídicos indeterminados que fan moi difícil a definición obxectiva –e nin moito menos apriorística– dos motivos ou causas que se entendan con transcendencia ou interese casacional. Os intentos de “obxectivación” do artigo 88.2 quedan esvaecidos pola introdución de termos decididamente imprecisos –“*doutrina gravemente danosa para o interese xeral*”, as sentenzas anulatorias de disposicións xerais, salvo que estas “*con toda evidencia, carezan de transcendencia suficiente*”, ou como cando no suposto do novo 88.2.d) entra a representar un papel suplente de Tribunal Constitucional en asuntos de dubidosa constitucionalidade se se advirte que “*a improcedencia de formular a pertinente cuestión de inconstitucionalidade apareza suficientemente esclarecida*”–. Por esta necesidade de xustificar a existencia –ou non– de interese casacional en cada un dos asuntos que se lle sometan, o Tribunal Supremo atópase coa necesidade de avaliar a relevancia casacional do recurso para a súa admisión, para o que se potencia o papel do gabinete técnico (regulado nos artigos 61 bis e seguintes), que «*asistirá á Presidencia e ás súas diferentes salas nos procesos de admisión dos asuntos de que coñezan e mediante a elaboración de estudos e informes que se lle soliciten*». O parecido co “*certiorari*” norteamericano chama a atención⁷.

5.- Seguen distinguíndose os dous momentos procesuais hoxe regulados para preparación e interposición do recurso, por separado e ante distintas instancias. Aínda así, é loable o esforzo disposto pola nova norma en esclarecer os requisitos de forma e prazo para os escritos de preparación (artigo 89), o que intenta facilitar o labor para avogados e tribunais ao momento de preparar o escrito e de, se é o caso, decidir sobre a admisión a trámite nese primeiro estadio procesual. Este esforzo exexético increméntase agora para os tribunais contra cuxa resolución se recorre, que terán que motivar a concorrencia dos requisitos e exixencias legais para a admisión da casación. Este esforzo do tribunal de instancia provoca, á súa vez, que no Tribunal Supremo só se poida abrir un trámite previo de inadmisión de xeito “*excepcional*” e “*só se as características do asunto o aconsellan*”, trámite previo en que se oírán as partes comparecidas por prazo común de trinta días “*acerca de se o recurso presenta interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia*”. Deberemos estar á espera do que a experiencia forense nos ensine de cales serán finalmente as marxes desa “*excepcionalidade*”. O que en principio parece claro é que a inadmisión previa en sede superior se deberá fundar en motivos taxados e moi específicos (ausencia dos requisitos regulados de prazo, lexitimación ou irrecorribilidade da resolución impugnada; incumprimento de calquera das exixencias formais no escrito de preparación –artigo 89.2–; non ser relevante e determinante da resolución ningunha das infraccións denunciadas ou carencia no recurso de interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia, única causa onde, en principio, entran a representar un papel fundamental os conceptos xurídicos indeterminados que esvaecerían a pretendida “*obxectivación*” das causas de inadmisión).

6.- O escrito de interposición deberá responder a unha formalidade concreta, expondo os motivos en apartados separados, que se encabezarán cunha epígrafe expresiva daquilo do que tratan, de tal maneira que:

a) non se poderán argumentar causas ou motivos de recurso nin abordarse o estudo de normas que como tales non se identificaron no escrito de preparación, sen poder estenderse a outra ou outras non consideradas entón.

b) se o fundamento é a vulneración de xurisprudencia, acontece outro tanto, debendo nestes casos ademais analizar, e non só citar, as sentenzas do Tribunal Supremo que a xuízo da parte son expresivas daquela xurisprudencia, para xustificar a súa aplicabilidade ao caso; e

c) deberán precisar o sentido das pretensións que a parte deduce e dos pronunciamentos que solicita.

7.- No que refire á sentenza que se dite, non se aprecian diferenzas respecto á actual regulación. Talvez quedase no tinteiro a desexable publicidade que se debera ofrecer da nova doutrina para xeral coñecemento (non só de tribunais inferiores, senón de todos os operadores xurídicos).

8.- Suprímense os recursos de casación para unificación de doutrina e en interese de lei, de tal forma que, se algunha sentenza puidese ser recorrible por algunha causa similar ás tratadas ata agora polas abordadas nas anteriores seccións 4.^a e 5.^a do capítulo III do título IV, se son susceptibles de estudo e tratamento casacional, serano só atendendo ás normas xerais para a casación que arriba vimos (isto é, reconducíndoo aos trámites, regras e presupostos dos artigos 86 a 95).

2 AS PROPOSTAS CONCRETAS DO LEXISLADOR

A modificación normativa que regula o acceso aos recursos de casación é xa unha realidade lexislativa que exige desde logo unha reconsideración na nosa xurisdición dos modos e os contidos que ata agora coñeciamos para o emprego desta postremeira “*instancia*” que, en realidade, deixou de selo. Contémplase agora como un xeito de depuración do ordenamento xurídico e da interpretación que del deberán facer os operadores xurídicos.

É esta unha tendencia lexislativa que, non obstante, se aparta significativamente da orientación da súa predecesora, a Lei 37/2011, do 10 de outubro, de medidas de axilización procesual, que tamén modificou de xeito substancial a regulación dos recursos de casación e extraordinario por infracción procesual no ámbito civil, pero desde logo de maneira máis xenerosa de como agora impón a nova LXCA. Tanto alí como aquí a xustificación é a mesma –malia que en 2011 se recoñecía expresamente no seu preámbulo o que aquí parece querer esconder–, non outra cousa que a preocupación polo colapso dos órganos xudiciais. Na Lei de 2011 abordábase o problema de forma decidida: os datos estatísticos sobre entrada de asuntos nos tribunais demostran unha suba exponencial da litixiosidade, aínda que apraciblemente xustificábo na «*confianza cada vez maior que os cidadáns depositan na nosa Administración de Xustiza como medio para resolver os seus conflitos e pretensións*». É xusto o que necesitaba o lexislador para introducir as «*profundas reformas para asegurar a sustentabilidade do sistema e garantir que os cidadáns poidan dispor dun servizo público de calidade*»⁸. Pero alí polo menos si se traduciu nunha maior facilidade de acceso á casación civil, aínda que en materia de recursos administrativos non o foi tanto. A elevación dos limiares económicos para o acceso á apelación e á casación recorrou sensiblemente o acceso dos cidadáns á instancia superior, moi en contra daquilo do que se

xactaba a lei. O obxectivo mediato: «a liña de reformas procesuais iniciada coas reformas que se acaban de mencionar, tratando agora de introducir na lexislación procesual melloras que permitan axilizar os distintos procedementos, sen mingua das garantías para o xustizable»; o inmediato: «O obxecto da lei é incorporar determinadas medidas de axilización procesual (...). Tales medidas son de distinto signo (...) e están orientadas a limitar o uso abusivo de instancias xudiciais». Esta última idea parece de maior peso para o lexislador de 2015⁹.

En efecto, o eixe da reforma de 2011 radicaba na universalización do recurso de casación por razón de interese casacional, que é a modalidade que mellor lle permite ao Tribunal Supremo, en palabras do preámbulo da Lei 37/2011, «cumprir de forma máis eficaz os fins legalmente establecidos». Estes fins eran os de unificación da aplicación da lei civil e mercantil e correspondían á súa sala primeira como órgano xurisdiccional superior na orde civil. Víase como se reconducía deste modo o recurso de casación por razón da contía a unha modalidade excepcional, pero, á fin e ao cabo, mantíñase ese criterio puramente obxectivo, á par que se garante a igualdade entre todos os litigantes, calquera que sexa o nivel económico do asunto. O recurso de casación por razón de interese casacional, en efecto, estaba ata entón limitado aos asuntos que se tramitan especificamente por razón da materia –son os asuntos que a LAC refire no seu artigo 248.3–. Non obstante, aquela Lei 37/2011 estableceu con carácter xeral a existencia dun interese casacional –a necesidade de unificación ou fixación da interpretación da lei– como presuposto que dá lugar á admisibilidade do recurso, calquera que sexa a forma de tramitación e a contía do asunto, pero mantendo a posibilidade de recorrer contra os asuntos de contía superior a 600.000 €, nos cales o recurso é admisible sen necesidade de demostrar a concorrencia daquel presuposto (actual apartado 2 do artigo 477 LAC). En suma, a baixa contía do asunto non opera a partir da reforma como impedimento para a admisibilidade do recurso de casación. Non acontece o mesmo coa modificación da LXCA actual, onde só se admitirán os recursos que revistan aquel especial interese, aínda que a súa contía fose millonaria.

Esa nova orientación impón unha substancial subxectivación dos criterios de admisión da casación, que terá que ser agora matizada e aclarada por algún acordo ou directriz interna, ao modo en que o fixo a Sala Primeira do Tribunal Supremo, co obxecto de publicitar os criterios para que tanto os maxistrados do contencioso de xulgados e tribunais superiores de xustiza ante os cales se preparan os recursos como os operadores xurídicos encargados de formulalos –avogados e procuradores– os poidan coñecer debidamente e acomodar a súa actuación ao que alí se decida. A nova regulación exige desenvolver un labor procesual máis complexo para dirimir a admisibilidade dos recursos discernindo a existencia dun interese casacional fronte ao carácter máis obxectivo que revestía o criterio da contía –ou o da materia, como era o caso de determinados asuntos de función pública– como modalidade de acceso ao recurso. Á súa vez, este labor pode resultar afectado pola especial exixencia formal dos trámites de preparación e de interposición imposta pola nova norma, así como pola intervención dos “letrados da Administración de Xustiza”, como agora se denominan os secretarios xudiciais. A decisión de inadmisión do recurso resérvase ao Tribunal Superior, en primeira instancia, por exixencia constitucional, como propia do exercicio da potestade xurisdiccional, pero tal decisión pode ser revisada en queixa pola Sala do Contencioso do Tribunal Supremo, que pode examinar de novo a súa admisibilidade en trámite preliminar á interposición.

Pois ben, é nese escenario en que se move a LO 7/2015, que, en efecto, dun lado amplía o ámbito obxectivo das sentenzas recorribles en casación non só ás sentenzas ditadas en única ins-

tancia pola Sala do Contencioso-administrativo da Audiencia Nacional e polas salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza das comunidades autónomas, como ata agora, senón que se abre a dous tipos de sentenzas –nunca autos– ata agora irrecorribles: por un lado, as ditadas polos xulgados do contencioso-administrativo ou polos xulgados centrais do contencioso-administrativo en única instancia (isto é, cando non proceda recurso de apelación) coa única exixencia substantiva (e enteiramente interpretable) de que «*conteñan doutrina que se reputa gravemente danosa para os intereses xerais e sexan susceptibles de extensión de efectos*»; e, por outro, as ditadas pola Sala do Contencioso-administrativo da Audiencia Nacional e dos tribunais superiores de xustiza das comunidades autónomas ao resolver recursos de apelación contra sentenzas ditadas polos xulgados do contencioso-administrativo. Pero, por outro, impón a presenza dese “interese casacional” en calquera recurso que pretenda ser revisado nesta instancia. A obxectivación dos supostos en que concorre será o auténtico cabalo de batalla para o xustizable. Pero, desde logo, perdeuse a batalla do dereito a aquela “segunda opinión”, ao recurso ordinario, nos asuntos cuxo coñecemento se lles atribúa aos tribunais superiores ou á Audiencia Nacional –que, por outra parte, adoitan ser os de maior transcendencia polo xogo dos artigos 8 a 12 da LXCA.

Continúa non obstante a criba en atención á orixe da norma discutida, polo que se reservan para o Supremo os recursos contra sentenzas das salas dos tribunais superiores de xustiza das comunidades autónomas cando se invoque a infracción de normas de dereito estatal ou comunitario europeo que sexan relevantes e determinantes da resolución recorrida e que fosen invocadas no proceso ou consideradas pola sala. Mantense o coñecemento dos tribunais superiores de xustiza para os recursos que non se funden nunha infracción de dereito estatal ou comunitario, aínda que agora tamén nestes a admisibilidade dependerá da concorrencia do novo requisito do interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia que introduce a reforma.

Os autos recorribles son os mesmos que antes da reforma; quedan excluídos os dos xulgados e só se admiten contra os ditados pola Sala do Contencioso-administrativo da Audiencia Nacional e polas salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza das comunidades autónomas, nos mesmos supostos que actualmente prevé o artigo 87 LXCA:

a) Os que declaren a inadmisión do recurso contencioso-administrativo ou fagan imposible a súa continuación.

b) Os que poñan termo á peza separada de suspensión ou doutras medidas cautelares.

c) Os recaídos en execución de sentenza, sempre que resolvan cuestións non decididas, directa ou indirectamente, naquela ou que contradigan os termos da resolución que se executa.

d) Os ditados no caso previsto no artigo 91.

e) Os ditados en aplicación dos artigos 110 e 111.

Igual que coa anterior regulación, para que poida prepararse o recurso de casación nos casos previstos no apartado anterior, é requisito necesario interpor previamente o recurso de “súplica” –debe entenderse de “reposición”, segundo a nova nomenclatura tras a reforma de 2011, aínda que o lexislador deixase pasar esta oportunidade para corrixir o erro.

Con todo, o principal problema estará en desentrañar o verdadeiro alcance da verdadeira noticia que incorpora a lei: como interpretará o Tribunal Supremo a concorrencia ou non do interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia. Isto é, cando e en que supostos se terá acceso a esta nova casación, se é que iso é posible de esbozar aprioristicamente.

3 O “INTERESE CASACIONAL” COMO CLAVE DE ACCESO AO TRIBUNAL SUPREMO

Como arriba apuntamos, a partir da entrada en vigor da reforma deixan de existir resortes obxectivos que, por contía ou materia, permitan o acceso á casación. Será pois a Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo quen decidirá cunha ampla marxe discrecional se concorre ou non interese casacional que xustifique a admisión do recurso. Talvez nun intento de obxectivar na medida do posible esas marxes, o propio lexislador incorpora unha especie de supostos tipo en que se presume que concorre interese casacional obxectivo. Propono, por certo e segundo a dicción literal da norma, a xeito de *lista aberta* (“entre outras circunstancias”, reza textualmente¹⁰) e faino propondo estas posibilidades:

a) Que a sentenza recorrida fixe, ante cuestións substancialmente iguais, unha interpretación das normas de dereito estatal ou da Unión Europea en que se fundamenta a resolución contradictoria coa que outros órganos xurisdiccionais establecesen. Trátase dunha especie de *re-styling* do actual recurso para a unificación de doutrina, que certamente tivo escaso alcance práctico pola extrema rixidez do seu presuposto básico de admisión¹¹, isto é, que os supostos fosen “idénticos”, o que levou o Tribunal Supremo a inadmitir de xeito impenitente os recursos que por esta vía se formulaban en supostos «substancialmente iguais», que é o que agora se exige e que permite unha interpretación sen dúbida máis xenerosa. A práctica cotiá mostrará, en último extremo, o alcance cuantitativo desa nova exigencia.

b) Que esa sentenza sente unha doutrina sobre as ditas normas que poida ser gravemente danosa para os intereses xerais. A interpretación do concepto xurídico indeterminado “*gravemente danosa*” resulta todo un reto exexético para o operador do dereito. Non poderá ser máis que no estudo casuístico do asunto sometido ao control xurisdiccional cando se saiba se esa sentenza é ou non revisable en casación. O intento de obxectivación neste caso é certamente dubidoso.

c) Que afecte a un gran número de situacións, ben en si mesma ou por transcender do caso obxecto do proceso. Supomos que está a pensar en impugnacións en masa ou de actos aplicativos dunha mesma disposición de carácter xeral, aínda que a interpretación que se faga desa expresión “*gran número de situacións*” tampouco resulta un parámetro demasiado obxectivo.

d) Que a sentenza resolva un debate que versase sobre a validez constitucional dunha norma con rango de lei, sen que a improcedencia de formular a pertinente cuestión de inconstitucionalidade apareza suficientemente esclarecida. Esta especie de “*sucedáneo*” da cuestión de inconstitucionalidade resulta verdadeiramente desconcertante. E se xa os anteriores supostos corrían o risco de desnaturalizar esa obxectividade, neste apartado o risco deixa de selo para converterse no paradigma da indefinición máis absoluta.

e) Que a sentenza interprete e aplique “*aparentemente con erro*” e como fundamento da súa decisión unha doutrina constitucional. Maior indefinición non cabe nesa expresión.

f) Que a sentenza interprete e aplique o dereito da Unión Europea en contradición *aparente* coa xurisprudencia do Tribunal de Xustiza ou en supostos en que aínda poida ser exigible a intervención deste a título prexudicial. Estase a referir á concorrencia ou non dun «acto claro» ou «acto aclarado» ao que en ocasións se refire a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea para a correcta aplicación directa de directivas europeas sen necesidade de formular a cuestión prexudicial.

g) Que resolva un proceso en que se impugnou, directa ou indirectamente, unha disposición de carácter xeral, o que desde logo parece que se trata dunha auténtica obxectivación do suposto previsto na letra c) anterior.

h) Que resolva un proceso en que o impugnado foi un convenio asinado entre Administracións públicas.

i) E por último un suposto xa previsto na norma anterior, isto é, que fose ditada no procedemento especial de protección de dereitos fundamentais.

Ante o pouco éxito na “obxectivación” que a propia proposta legal lle auspicia a este nomenclátor, enumérase a continuación outra relación de circunstancias que, agora si, fan presumir que existe interese casacional, de tal xeito que, cando concorran, o recurso deberá ser necesariamente admitido. Aínda que, necesario é recoñecelo, volve introducir un ulterior resorte para que o tribunal inadmita *a limine* o recurso: nos supostos a), b) e e), poderá inadmitirse “se o tribunal aprecia que o asunto carece manifestamente de interese casacional”. Máis do mesmo: a decisión libérrima do órgano xurisdiccional como luz de guía. Estes supostos en que se “presumirá” o interese casacional pasan por ser:

a) Cando na resolución impugnada se apliquen normas en que se sustente a razón de decidir sobre as que non exista xurisprudencia. É entón cando se xustifica plenamente ese labor nomofiláctico ao que en teoría responde a modificación legislativa. Como acontece co segundo dos supostos;

b) Cando a dita resolución se aparte deliberadamente da xurisprudencia existente ao considerala errónea. O Tribunal Supremo debe corrixir entón esa interpretación, afectando con iso, na eventualidade dunha sentenza estimatoria, as situacións xurídicas derivadas do caso, a diferenza do que acontecía co recurso para unificación de doutrina actual.

c) Cando a sentenza recorrida declare nula unha disposición de carácter xeral, salvo que esta, “*con toda evidencia*”, careza de transcendencia suficiente. Esa “*evidencia*” avalíase sen posibilidade de recurso nese trámite previo de admisión. Máis do mesmo neste empeño na subxectivación de criterios.

d) Cando resolva recursos contra actos ou disposicións dos organismos reguladores ou de supervisión ou axencias estatais cuxo axuizamento lle corresponde á Sala do Contencioso-administrativo da Audiencia Nacional.

e) Cando resolva recursos contra actos ou disposicións dos gobernos ou consellos de goberno das comunidades autónomas.

Ante o perigo de dispersión de criterios interpretativos, non é de estrañar que o novo artigo 264 LOPX, redactado tamén *ex novo* conforme o apartado 37 da LO 7/2015 propoña que os maxistrados das diversas seccións dunha mesma sala se reúnan para a unificación de criterios e a coordinación de prácticas procesuais, especialmente nos casos en que os maxistrados das diversas seccións dunha mesma sala ou tribunal sostivesen nas súas resolucións diversidade de criterios interpretativos na aplicación da lei en asuntos substancialmente iguais, para o que o presidente do tribunal convocará pleno xurisdiccional (ao que asistirán todos os maxistrados da sala correspondente que por repartición coñezan da materia en que a discrepancia se puxese de manifesto) para que resolvan sobre eses asuntos co obxecto de unificar o criterio. Por iso, sería desde logo aconsellable que na nosa xurisdición o Tribunal Supremo decidise, ao xeito en que xa o fixo a Sala Primeira (acordos do 12 de decembro de 2000 e do 30 de decembro de 2011)¹², elaborar unha proposta cos criterios que se consideran precisos para a aplicación das reformas introducidas

pola Lei orgánica 7/2015, con carácter orientador para a unificación das prácticas procesuais e para que en definitiva o recurso de casación cumpra os seus fins constitucionais recentemente perfilados nesta nova proposta e non se transforme, como se xustifica no preámbulo da lei, nun instrumento de dilación indebida do proceso nin nunha terceira instancia. Desde logo, un acordo dese tipo serviría como guía para a organización do traballo interno do propio Tribunal Supremo e, asemade, para o coñecemento polos tribunais inferiores e de todos os profesionais xurídicos¹³. En todo caso, e como recorda o apartado 3 do artigo 264 LOPX, eses acordos non teñen carácter vinculante nin valor xurisprudencial, nin obrigan ningún tribunal. Son só criterios orientadores.

Neste sentido, cómpre lembrar que o recurso de casación por razón de interese casacional vai encamiñado á fixación da doutrina que se estima correcta, sobre todo naqueles casos en que se sentencia na instancia en contra do criterio seguido fronte a outras sentenzas doutros tribunais do mesmo nivel, en contra do criterio da xurisprudencia do Supremo ou cando na resolución impugnada se apliquen normas en que se sustente a razón de decidir sobre as que non exista xurisprudencia. Como consecuencia diso, como requisito xeral, o escrito de interposición do recurso de casación por razón de interese casacional debe expresar con claridade, no encabezamento ou formulación do motivo, a xurisprudencia que se solicita que se fixe ou que se declare infrinxida ou descoñecida.

Se tivéssemos que empregar os mesmos razoamentos que a Sala Primeira utiliza para a casación civil, poderíamos aventurar que, ademais deste requisito xeral de carácter formal, para que o recurso de casación por razón de interese casacional sexa admisible debe concorrer algún dos elementos que o poden integrar. Por razóns de congruencia e contradición procesual, a parte recorrente debería indicar claramente no encabezamento ou formulación do motivo en cal deles se funda a admisibilidade do recurso interposto. Estes elementos serían os seguintes:

1. A oposición ou descoñecemento na sentenza recorrida da doutrina xurisprudencial do TS. A xustificación, coa necesaria claridade, da concorrencia deste elemento correspóndelle á parte recorrente. O concepto de xurisprudencia comporta, en principio, reiteración na doutrina da Sala do Contencioso do Tribunal Supremo. É preciso, en consecuencia, que no escrito de interposición se citen dúas ou máis sentenzas daquela sala, e que se razoe como, cando e en que sentido a sentenza recorrida vulnerou ou descoñeceu a xurisprudencia que se establece nelas. A doutrina mantida nas sentenzas da Sala do Contencioso do TS invocadas no escrito de interposición do recurso de casación non ten carácter xurisprudencial cando exista outra formulada en sentenzas máis recentes que se afasten dela. Non obstante, non é necesario que as sentenzas invocadas se refiran a un suposto fáctico idéntico ao resolto na sentenza recorrida, como ata agora se viña exixindo na casación para unificación de doutrina. En todo caso, a parte recorrente debe xustificar que a resolución do problema xurídico formulado no recurso se opón ao criterio seguido pola xurisprudencia. Non sería admisible esta modalidade de recurso cando:

a.- a alegación de oposición á xurisprudencia da Sala do Contencioso do TS careza de consecuencias para a decisión do conflito, atendida a *ratio decidendi* da sentenza recorrida;

b.- o criterio aplicable para a resolución do problema xurídico formulado dependa das circunstancias fácticas de cada caso, salvo que estas sexan idénticas ou existan só diferenzas irrelevantes;

c.- a aplicación da xurisprudencia da Sala do Contencioso do TS invocada só poida levar a unha modificación da resolución recorrida mediante a omisión total ou parcial dos feitos que o tribunal de instancia considere probados;

d.- conorra calquera outra circunstancia análoga que implique a inexistencia de interese casacional.

As regras anteriores só deberían sufrir dúas excepcións:

1.- Cando se trate de sentenzas do Pleno da Sala do Contencioso do TS ou de sentenzas ditadas fixando doutrina por razón de interese casacional. Nestes casos basta a cita dunha soa sentenza invocando a súa xurisprudencia, sempre que non exista ningunha sentenza posterior que modifícase o criterio seguido.

2.- Cando, a criterio da Sala do Contencioso do TS, a parte recorrente xustifique debidamente a necesidade de modificar a xurisprudencia en relación co problema xurídico formulado porque evolucionase a realidade social ou a común opinión da comunidade xurídica sobre unha determinada materia. Esta última excepción ten o carácter extraordinario que se desprende da súa natureza. Por iso, o recurso non é admisible cando a Sala do Contencioso do TS non aprecie a posibilidade razoable de que deba ser modificada a xurisprudencia. Os matices subxectivos aquí empregados serán unha constante nesta toma de decisións.

2. A existencia de xurisprudencia contraditoria dos tribunais superiores de xustiza sobre algún dos puntos ou cuestións resoltos pola sentenza recorrida.

Trátase deses supostos previstos no apartado 2.a) do artigo 88 que se refire á «*interpretación das normas de dereito estatal ou da Unión Europea en que se fundamenta a resolución contraditoria coa que outros órganos xurisdiccionais estableceran*». A xustificación da concorrencia deste elemento correspóndelle á parte recorrente. O concepto de xurisprudencia contraditoria dos “outros tribunais” comporta a existencia de criterios dispaes entre eles mantidos cada un coa suficiente extensión e igual nivel de transcendencia, de modo que se poidan cualificar como xurisprudencia operativa no grao xurisdicional correspondente a estes tribunais. Na xurisdición civil, este elemento exige que sobre un problema xurídico relevante para a resolución da sentenza recorrida se invoquen dúas sentenzas firmes dun mesmo tribunal que decidan en sentido contrario ao seguido noutras dúas sentenzas, tamén firmes, dunha mesma sección. Deberemos quedar á espera de se a Sala do Contencioso do Tribunal Supremo impón este mesmo criterio interpretativo do concepto “*xurisprudencia*” no noso ámbito. Esta última debe ser distinta, pertenza ou non ao mesmo tribunal. As sentenzas deben ter sido ditadas con carácter colexiado. Unha das sentenzas invocadas debe ser a recorrida. Co fin de evitar toda confusión, por razóns de congruencia e contradición procesual, cando se cite un número elevado de sentenzas en cada grupo, só se poden ter en conta, ademais da recorrida, as que a parte recorrente destaque expresamente ou, no seu defecto, a máis recente ou as dúas máis recentes. O problema xurídico resolto debe ser o mesmo. En consecuencia, a parte recorrente debe expresar o problema xurídico sobre o que existe a contradición que alega, indicar de que xeito se produce esta e expor a identidade de razón entre cada punto do problema xurídico resolto na sentenza recorrida e aquel sobre o que versa a xurisprudencia contraditoria invocada.

Non é admisible o recurso en que se demande este elemento cando:

- 1.- exista xurisprudencia da Sala do Contencioso do TS sobre o problema xurídico formulado;
- 2.- se invoquen menos de dúas sentenzas firmes ditadas por unha mesma sección de tribunal inferior nas cales se decida colexiadamente nun sentido;
- 3.- se invoquen menos de dúas sentenzas firmes ditadas por unha mesma sección dun tribunal superior, diferente da primeira, nas que se decida colexiadamente en sentido contrario;

4.- no primeiro grupo ou no segundo non figure a sentenza recorrida;

5.- a contradición entre as sentenzas invocadas careza de consecuencias para a decisión do conflito, atendida a *ratio decidendi* da sentenza recorrida;

6.- o criterio aplicable para a resolución do problema xurídico formulado dependa das circunstancias fácticas de cada caso, salvo que estas sexan idénticas ou existan só diferenzas irrelevantes;

7.- a aplicación da xurisprudencia invocada como contraditoria só poida levar a unha modificación da resolución recorrida mediante a omisión total ou parcial dos feitos que o tribunal de instancia considere probados na sentenza recorrida;

8.- concorra calquera outra circunstancia análoga que implique a inexistencia de interese casacional.

As regras anteriores poderían sufrir unha excepción; sería admisible o recurso de casación cando, a criterio da Sala do Contencioso do TS, conste de xeito notorio a existencia de xurisprudencia contraditoria dos tribunais superiores sobre o problema xurídico formulado. Para iso é necesario que ese debate fose debidamente puntualizado pola parte recorrente e se xustificase a existencia dun criterio dispar entre tribunais superiores mediante a cita de sentenzas contrapostas.

3. Cando se trate de supostos nos cales na resolución impugnada se aplicasen normas en que se sustente a razón de decidir sobre as que non exista xurisprudencia. Nos supostos de aplicación pola sentenza recorrida de normas sobre as que non existise doutrina xurisprudencial do TS relativa a normas anteriores de igual ou similar contido, debe xustificarse a concorrencia deste elemento pola parte recorrente, que debe identificar con claridade cal é o problema xurídico sobre o que non existe xurisprudencia e que foi resolto ou debeu selo mediante a aplicación dunha norma en vigor. Non concorrería este elemento de interese casacional cando no momento de ditarse a sentenza recorrida exista xa xurisprudencia sobre o problema xurídico formulado.

4 A IMPORTANCIA DAS EXIXENCIAS FORMAIS: OS REQUISITOS DE PREPARACIÓN DO RECURSO DE CASACIÓN ANTE O TRIBUNAL SUPREMO

O recurso de casación preparárase ante a sala de instancia no prazo de trinta días (en lugar dos dez ata agora habilitados pola LXCA de 1998), desde a notificación da sentenza, estando lexitimados para iso os que fosen parte no proceso, ou debesen telo sido. O escrito de preparación deberá responder estritamente ao seguinte contido, que é similar ao que ata agora se exixía nesta xurisdición¹⁴, pero tamén con claras transposicións da orde civil:

a) Acreditar o cumprimento dos requisitos regulados no que se refire ao prazo, á lexitimación e a recorribilidade da resolución que se impugna. Poderase declarar a inadmisión pola concorrencia de defectos de forma non emendables –ou non emendados no caso de que se instase– consistentes en:

- A falta de representación por procurador (artigos 23.1 LXCA e tamén 23.1 LAC).

- A falta de asistencia de avogado (artigos 23 LXCA e 31.1 LAC).

- A interposición do recurso fóra de prazo –30 días desde o seguinte á notificación da sentenza– (artigo 89.1 LXCA).

- A falta de constitución do depósito para recorrer ou da debida emenda de tal omisión (DA 15.^a LOPX).

- A falta de concorrencia de presupostos para que a resolución sexa recorable, conforme os artigos 86 e 87 LXCA.

b) Identificar con precisión as normas ou a xurisprudencia que se consideran infrinxidas, xustificando que foron alegadas no proceso, ou tomadas en consideración pola sala de instancia, ou que esta debera observarlas mesmo sen seren alegadas. Poderá, polo tanto, ser inadmitido o recurso pola falta de indicación no escrito de interposición da norma substantiva, a xurisprudencia do TS ou o principio xeral do dereito infrinxidos –que se debe facer no encabezamento ou formulación de cada un dos motivos en que se funde o recurso ou deducirse claramente da súa formulación sen necesidade de acudir ao estudo da súa fundamentación– ou a indicación de norma, xurisprudencia ou principio xeral do dereito que non sexa aplicable ao fondo do asunto, a teor da *ratio decidendi* da sentenza recorrida. Por este motivo, poderían resultar inadmitidos os recursos en que se aprecie unha acumulación de infraccións, a cita de preceptos xenéricos ou a cita de preceptos heteroxéneos nun mesmo motivo que xeren a existencia de ambigüidade ou indefinición sobre a infracción alegada (por aplicación analóxica do artigo 481.1 LAC), así como a falta no escrito de interposición do recurso da razoable claridade expositiva para permitir a individualización do problema xurídico formulado (artigo 481.1 e 3 LAC). Igualmente, neste recurso de casación por razón de interese casacional poderá declararse a inadmisión pola falta de indicación no encabezamento ou formulación do motivo da xurisprudencia que se solicita da Sala do Contencioso do TS que se fixe ou se declare infrinxida ou descoñecida, salvo cando se deduza claramente da súa formulación sen necesidade de acudir ao estudo da súa fundamentación (por analogía do artigo 481.1 LAC), o que se reproduce no recurso de casación por razón de interese casacional fundado en oposición á doutrina xurisprudencial de tribunais inferiores, por falta de achega de texto de sentenzas en que se pretenda apoiar a existencia de interese casacional.

c) Acreditar, se a infracción imputada o é de normas ou de xurisprudencia relativas aos actos ou garantías procesuais que produciu indefensión, que se pediu a emenda da falta ou transgresión na instancia, de existir momento procesual oportuno para iso. Nestes casos poderá inadmitirse a casación cando se omita deber de esgotar todos os medios posibles para a denuncia ou emenda da infracción ou o defecto procesual (por analogía co artigo 470.2 LAC, en relación co artigo 469.2 LAC). Nesta causa de inadmisión inclúese a alegación de falta de motivación, da vulneración do principio de congruencia e doutros vicios *in iudicando* ou *in procedendo* da sentenza recorrida se non se solicitou a aclaración, corrección, emenda ou complemento da sentenza (artigos 214 e 215 LAC aplicados supletoriamente).

d) Xustificar que a ou as infraccións imputadas foron relevantes e determinantes da decisión adoptada na resolución contra a que se pretende recorrer. Deste xeito, poderíase inadmitir o recurso cando non se expoña razoadamente a infracción ou vulneración cometida ou non se exprese de que xeito influíu no resultado do proceso (artigo 471 LAC). Estímase comprendida nesta causa de inadmisión a alegación no escrito de interposición do recurso de infraccións procesuais respecto das cales non se xustifique que comportan unha efectiva indefensión para a parte.

e) Xustificar, no caso de que esta fose ditada pola sala do contencioso-administrativo dun tribunal superior de xustiza, que a norma supostamente infrinxida forma parte do dereito estatal ou do da Unión Europea.

f) Especialmente, fundamentar, con singular referencia ao caso, que concorren algún ou algúns dos supostos que, conforme os apartados 2 e 3 do artigo anterior, permiten apreciar o interese casacional obxectivo e a conveniencia dun pronunciamento da Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo.

Se o escrito de preparación cumpre os requisitos formais arriba expostos, a sala de instancia terá por preparado o escrito de casación mediante auto. É importante salientar que nestes casos a lei permite –que non impón– emitir «*opinión sucinta e fundada sobre o interese obxectivo do recurso para a formación de xurisprudencia, que unirá ao oficio de remisión*», o que resulta especialmente interesante para os efectos de obrigar o Tribunal Supremo a redobrar esforzos na xustificación dunha eventual inadmisión en trámite posterior, como veremos¹⁵.

Non se entende ben a razón pola que o lexislador decide impor a forma de providencia para algunhas decisións sobre inadmisión, cando se trata dunha decisión importante para o devir do proceso. Enténdese que a providencia non exige un especial esforzo no razoamento que leva o tribunal a rexeitar a casación. As providencias de inadmisión unicamente indicarán –a dicción literal do 90.4 parece non requirir nada máis que esa “indicación”– se no recurso de casación concorre unha destas circunstancias:

a) ausencia dos requisitos regulados de prazo, lexitimación ou recorribilidade da resolución impugnada, cos mesmos criterios e atendendo a idénticas exixencias formais que as abordadas no trámite de admisión do tribunal de instancia, polo que é de supor que se se superou aquela primeira criba na instancia, sexa pouco frecuente que o non advertido alí sirva para rexeitar o recurso neste trámite posterior. Trátase de causas de inadmisión estritamente formais e taxadas dificilmente disimuladas ao control do secretario da sala de instancia, tal como sucede coa seguinte causa de inadmisión;

b) incumprimento de calquera das exixencias que o artigo 89.2 impón para o escrito de preparación;

c) non ser relevante e determinante da resolución ningunha das infraccións denunciadas. É especialmente significativo que unha decisión tan complexa como resultará sen dúbida esa tarefa poida despacharse con esa sinóptica decisión, enteiramente subxectiva, indefinida, case etérea (...). A situación de desamparo do recorrente pode ser angustiosa cando, tras discutir as cuestións substantivas do proceso na instancia e resolver as estritas e exixentes imposicións formais do escrito de interposición, o Tribunal Supremo poida por providencia decidir a inadmisión do recurso porque lle pareza que as infraccións denunciadas non son relevantes nin determinantes da resolución, e así poderá ventílalo de maneira postremeira sen máis xustificación e sen posibilidade de recurso. Poderase argumentar que cabe contra iso formular o incidente de nulidade de actuacións dos artigos 228 LAC e 241 LOPX e, no suposto de que sexa inadmitido –como acontecerá con alta probabilidade–, presentar recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional –con escasísima esperanza de que prospere, á vista das estatísticas que o propio TC publica ano a ano–. Na práctica, polo tanto, aquela inadmisión suporá a morte do proceso. Igual acontece co cuarto posible suposto de inadmisión;

d) carencia no recurso de interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia. A práctica forense dará ou quitará razóns, pero moito temo que será a auténtica espita pola que se dilúan as posibilidades dunha postremeira opinión do máis alto tribunal da xustiza ordinaria. Esa opinión é xustamente a que buscan os que se ven desasistidos na única instancia en que fosen rexeitadas as súas pretensións en tribunais superiores ou na Audiencia Nacional. O couto á casación consúmase, pois, como xenuíno recorte do dereito á defensa do cidadán.

En concreto, di o artigo 90.3. a) que a resolución sobre a inadmisión do recurso se decidirá mediante providencia se non se aprecia a existencia de interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia, aínda que exceptúa de tal regra o suposto en que o tribunal de instancia emitise no trámite que prevé o artigo 89.5, opinión que, ademais de fundada, sexa favorable á admisión do recurso. Tratándose de inadmitir o recurso, nese caso a inadmisión acordarase por auto motivado. E igual sucede nos supostos do apartado 3 do artigo 88, isto é, aqueles en que se presume a existencia de interese casacional obxectivo. Tamén se impón, entón, un especial deber de motivación da inadmisión, que se acordará por auto motivado en que se xustificará que concorren as excepcións que naquel artigo se establecen¹⁶.

Pola contra, os autos de admisión marcarán o desenvolvemento procesual do recurso e a actuación das partes, pois alí precisaranse a cuestión ou cuestións en que se entende que existe interese casacional obxectivo e identificaranse a norma ou normas xurídicas que en principio serán obxecto de interpretación, sen prexuízo de que a sentenza se deba estender a outras se así o exixise o debate finalmente trabado no recurso. Contra as providencias e os autos de admisión ou inadmisión non caberá recurso ningún. Nestes últimos supostos, o letrado da Administración de Xustiza de sala comunicarlle inmediatamente á sala de instancia a decisión adoptada e devolveralle as actuacións procesuais e o expediente administrativo recibidos. A inadmisión tamén provoca un efecto económico inmediato e taxado, pois comportará a imposición das custas á parte recorrente, podendo tal imposición –como acontece coas normas xerais das custas– ser limitada a unha parte delas ou ata unha cifra máxima.

O labor de depuración do ordenamento xurídico impón unha tarefa de publicidade que, en efecto, se cumpre nos supostos en que a casación se tramita no Tribunal Supremo, non así se o labor nomofilático o é dos tribunais superiores no axuizamento de normas autonómicas. Así, o artigo 90.7 impón que os autos de admisión do recurso de casación se publiquen na páxina web do Tribunal Supremo e, ademais, cunha periodicidade semestral, a súa Sala do Contencioso-administrativo deberá publicar, na mencionada páxina web e no *Boletín Oficial del Estado*, a listaxe de recursos de casación admitidos a trámite, con mención sucinta da norma ou normas que serán obxecto de interpretación e da programación para a súa resolución. Talvez fose desexable que ese labor de publicidade dos criterios interpretativos se estendese a aquelas resolucións do tribunal que contivesen doutrina exxética de normas de dereito estatal ou comunitario. Se ese é o labor que a reforma lle reserva ao Tribunal Supremo, sería moi conveniente a publicación na páxina web e no BOE de cal é o seu teor, para xeral coñecemento dos tribunais inferiores e de todos os operadores xurídicos de cal é esa doutrina legal, como actualmente sucede coas sentenzas ditadas no recurso de casación en interese da lei. Pero tal exixencia nin aparece nese artigo nin no 93, que é o que a reforma dedica ás sentenzas que poñen fin á casación cando é admitida a trámite.

5 SUBSTANCIACIÓN DO RECURSO DE CASACIÓN ANTE O TRIBUNAL SUPREMO

Admitido o recurso, concederase un prazo de trinta días para a presentación do escrito de interposición, con novas e concretas exixencias formais, transcorrido o cal sen substancialo, o letrado da Administración de Xustiza declarará deserto o recurso, ordenando a devolución das actuacións recibidas á sala de que procedesen. A esta perención non lle será de aplicación

o prazo de graza do 128 LXCA, ao estaren expresamente excluídos os prazos para preparar e interpor recursos (como se pode interpretar da lectura que deste artigo fai o Tribunal Supremo en supostos parecidos, como o abordado na Sentenza do 7 de abril de 2011, Sala Terceira, do Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 4726/2008).

Polo de pronto, e como refería ao principio deste comentario sobre a reforma, chama poderosísimamente a atención a posibilidade que se habilita para que o tribunal decida como se debe estruturar este escrito de interposición. O máis extraordinario –que á súa vez anuncia cal é a última intención do lexislador– é que permite a posibilidade de que a Sala de Goberno do TS determine, mediante acordo que se publicará no BOE, “a extensión máxima e outras cuestións extrínsecas ao recurso”. Non se explica que criterios se terán en conta para fixar esa “xustiza ao peso” que se impón, cando procede, que extensión se lles concederá ás partes, como se medirá –se por folios ou por caracteres–, cal é a consecuencia xurídica dun eventual incumprimento por “exceso de tara máxima” do escrito correspondente... En fin, un auténtico despropósito do lexislador que só se poderá mitigar nunha hipotética intervención na vista pública que parece ser que se vai converter en regra unha vez admitido o recurso. Por certo, outra importante novidade na súa tramitación. Porque, en efecto, na substanciación do recurso prevese a celebración de vista pública (que poderá ser mesmo ante o pleno da sala, se así se decide), agás que se entenda que o asunto a fai innecesaria.

Admitido a trámite, o escrito de interposición deberá responder a un estrito formulismo que pasa por:

1.- empregar apartados separados e encabezados cunha epígrafe expresiva daquilo do que tratan, onde aparezan expresados os distintos motivos en que se substancie o recurso;

2.- expor en cada un deses apartados de xeito razoado (TS, Sala Terceira, do Contencioso-administrativo, Sección 6ª, S do 10 de marzo de 2014) por que foron infrinxidas as normas ou a xurisprudencia que como tales se identificaron no escrito de preparación. O recurso de casación débese fundar na infracción de normas aplicables para resolver as cuestións obxecto do proceso. Este motivo é único ou exclusivo, no sentido de que o recurso de casación, en calquera das súas modalidades, non se pode amparar en causas alleas á infracción daquelas normas. Non se debe confundir, porén, o carácter único do motivo coa imposibilidade de alegar diversas infraccións nun mesmo recurso. Por iso, para lograr a debida claridade, por razóns de congruencia e contradición procesual, débese citar con claridade e precisión a norma, xurisprudencia ou principio xeral do dereito que se consideren infrinxidos. Cando se alegue máis dunha infracción, cada unha delas debe ser formulada nun motivo distinto e todos eles deben ser numerados correlativamente. Pola mesma razón, cando comporte ambigüidade ou indefinición, non cabe a cita dun precepto seguido de fórmulas tales como «e seguintes», «concordantes» ou similares para sinalar a infracción legal que se considere cometida. Tampouco cabe a cita de preceptos heteroxéneos nun mesmo motivo, nin a cita de preceptos de carácter xenérico que poida comportar ambigüidade ou indefinición. Como é reiterado na xurisprudencia do Alto Tribunal mesmo en aplicación das normas anteriores á reforma de 2015 (TS, Sala Terceira, do Contencioso-administrativo, Sección 6ª, S do 22 de maio de 2012), a casación non é unha segunda instancia, pois trátase dun recurso de carácter extraordinario destinado á protección da norma e da xurisprudencia, estando suxeito, entre outros requisitos, ao de expresar os motivos que se aducen de entre os establecidos no artigo 88 da Lei da xurisdición, e á exigencia de que en cada motivo de casación se concreten as normas ou a xurisprudencia que se estimen infrinxi-

das, explicando ademais en cada caso como e por que as infrinxiu a sentenza recorrida, debendo conter, por iso, unha crítica razoada da fundamentación da sentenza para pór de manifesto os erros xurídicos que se lle imputan, sen poder estenderse a outra ou outras non consideradas entón. Esta exigencia xa se revelaba como esencial coa anterior redacción da LXCA, como lembra o Tribunal Supremo, Sala Terceira, do Contencioso-administrativo, Sección 1ª, no Auto do 30 de xuño de 2011, Rec. 6236/2010, e máis concretamente na sentenza da Sala Terceira do Contencioso-administrativo, Sección 6ª, do 20 de outubro de 2014, onde xa advertía que «*conforme reiterada xurisprudencia, que aínda que non é exigible unha perfecta e completa correlación entre as infraccións que se denuncian no escrito de preparación e no de interposición, si o é que exista unha mínima vinculación, desde logo non existente no suposto de autos (sentenzas do 13 de maio de 2011 –recurso de casación 2100/2005– e os nela citados)*». No recurso, ademais, débense analizar, e non só citar, as sentenzas do Tribunal Supremo que a xuízo da parte son expresivas daquela xurisprudencia, para xustificar a súa aplicabilidade ao caso. A infracción invocada de norma, xurisprudencia ou principio xeral do dereito aplicable ao caso debe ser relevante para a resolución, atendida a *ratio decidendi* da sentenza recorrida.

3.- precisar o sentido das pretensións que a parte deduce e dos pronunciamentos que solicita. Isto é, deixar consignados con total concisión cales van ser as pretensións que se deducen, as causas de pedir e o contido da resolución ao que se aspira.

Tanta importancia se lle confire na nova regulación ás formas que se volve habilitar unha ulterior posibilidade de revisión do seu estrito cumprimento, un postreireiro trámite de inadmisión que se abre unha vez presentado o escrito de interposición do recurso e advertida a eventualidade do incumprimento destas últimas exigencias formais. Advirte o apartado 4 dese artigo 92 LXCA que, se o escrito de interposición non cumprixe o exigido no apartado anterior, o tribunal acordará oír a parte recorrente sobre o incumprimento detectado e, sen máis trámites, ditará sentenza inadmitíndoo se entendese tras a audiencia que o incumprimento foi certo, con imposición en custas ao recorrente. É de supor que aquí si se permitirá a emenda dos defectos advertidos ao xeito en que a propia xurisprudencia do Tribunal Supremo permite outras sandacións procesuais de corte meramente formal. Recordemos a liña xurisprudencial claramente acorde co principio *pro actione* que tivo ocasión de fraguar na interpretación das regras que vertebran a proba, cando con referencia á formal obriga de establecer os puntos de feito e os medios de proba nos escritos de demanda e contestación, o seu incumprimento podía dar lugar ou non á inadmisión do recibimento a proba. A tal respecto, a xurisprudencia do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional veu resultando xenerosamente permisiva con este incumprimento, permitindo que os puntos de feito se poidan extraer dunha lectura do conxunto da demanda para evitar indefensións e, en calquera caso, admitindo a posibilidade de emenda (Sentenza do Tribunal Supremo do 16 de febreiro de 2011, recurso de casación 1.046/2008). Mesmo o Tribunal Constitucional, na sentenza 94/1992, do 11 de xuño, suavizou a rixidez de certas exigencias formais, establecendo que o defecto inicial na solicitude se poida emendar interpondo recurso de súplica contra a decisión xudicial que denegase o recibimento do preito a proba cando o demandante lles deu unha nova redacción aos puntos de feitos sobre os que debería versar a proba. Nesta mesma liña manifestouse o Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 6.ª, na Sentenza do 27 de xaneiro de 2003, relator: Lecumberri Martí, cando permite tales emendas, baseándose na interpretación antiformalista, que inspira, segundo a exposición de motivos, a lei xurisdiccional e en atención á tutela xudicial efectiva que preconiza o artigo 24

da CE. Ou, máis recentemente e xa en vigor a LXCA de 1998, o Tribunal Supremo, Sala Terceira, do Contencioso-administrativo, da Sección 2ª, na Sentenza do 29 de outubro de 2009, Rec. 7393/2003, relator: Agullo Avilés, e da Sección 5ª, na Sentenza do 11 de novembro de 2009, Rec. 4212/2005, relator: Fernández Valverde, que permiten emendas de defectos cuxa existencia estrita «*resulta lesiva, polo seu rigor formalista, do dereito de defensa xurídica e do dereito ao proceso debido que garante o artigo 24 da Constitución*» (con cita expresa doutra anterior STS do 24 de abril de 2007). Ben é certo que esa liña se articula arredor da existencia ao xuíz do contencioso-administrativo dunha «*aplicación razoable, funcional e congruente destas normas procesuais que disciplinan a admisión das probas, que modula o arbitrio xudicial*», pero iso ben se podería aplicar ao cumprimento doutros requirimentos meramente formais en casos, como o que agora tratamos, que poden ser perfectamente emendados nese trámite de audiencia conferido.

En fin, se se admitise o recurso a trámite –tras tantas posibilidades de inadmisión como as estudadas–, acordarase dar traslado do escrito de interposición á parte ou partes recorridas e comparecidas para que se poidan opor ao recurso no prazo común de trinta días. Non é de estrañar pois que, tras tantos filtros de admisión, no escrito de oposición non se lle permita ao recorrido pretender –de novo!– a inadmisión do recurso.

Resulta sumamente interesante a pegada de oralidade que se lle quixo impor a esta última actuación ante o Tribunal Supremo, pois, como avanzamos, transcorrido o prazo de presentación da oposición, presentásen se ou non os escritos das partes recorridas, a sección competente para a decisión do recurso, de oficio ou a petición de calquera das partes formulada ademais nos escritos de interposición ou oposición, acordará a celebración de vista pública, pero con ese criterio como regra –que se rexerá na orde temporal polo principio de prioridade formal de antigüidade do recurso–, deixando a excepción da non celebración aos supostos en que «*enténdese que a índole do asunto a fai innecesaria, caso en que declarará que o recurso queda concluso e pendente de votación e resolución*».

En fin, a sentenza ditada na nova casación deberá conter un pronunciamento similar á que ata agora se lle exixía á que puña fin ao recurso de casación en unificación de doutrina fixando a interpretación daquelas normas estatais ou a que teña por establecida ou clara das da Unión Europea sobre as que, no auto de admisión a trámite, se considerou necesario o pronunciamento do Tribunal Supremo. Nada se di, como advertiamos máis arriba, da necesidade ou conveniencia da publicación desa doutrina na páxina web do Tribunal Supremo nin no BOE, coas importantes vantaxes que esa medida lle proporcionaría ao labor de depuración e esexese que desta nova tarefa se predica.

E, de conformidade con ela e cos restantes normas que fosen aplicables, resolverá as cuestións e pretensións deducidas no proceso, con tres posibles pronunciamentos: a incompetencia xurisdiccional, o desestimatorio do recurso e o estimatorio do recurso formulado, anulando a sentenza ou auto recorrido, en todo ou en parte, podendo neste caso, cando xustifique a súa necesidade, ordenar a retroacción de actuacións a un momento determinado do procedemento de instancia para que siga o curso ordenado pola lei ata a súa culminación. O réxime da imposición de custas non se aparta do criterio xeral do vencemento coas excepcións e limitacións que rexen para todo tipo de recursos.

Se apreciase que a orde xurisdiccional contencioso-administrativa non é competente para o coñecemento daquelas pretensións ou que non o era o órgano xudicial de instancia, di o apartado 2 do artigo 93 LXCA que anulará a resolución recorrida e indicará, no primeiro caso, a orde

xurisdiccional concreta que se estima competente, cos efectos que prevé o artigo 5.3 desta lei, ou remitíralle, no segundo, as actuacións ao órgano xudicial que debera coñecer delas.

6 REFLEXIÓN FINAL

Como xa anticipamos, trátase dunha substancial reforma da casación no ámbito contencioso que agrava mesmo o recorte habilitado para a casación civil coa reforma da Lei 37/2011. A mutilación dos motivos e supostos obxectivos que dan acceso ao recurso é máis acusada que noutros ámbitos xurisdicionais. A desaparición dos motivos obxectivos (por contía ou algunhas materias, como as funcionariais) contrasta coa teórica apertura do recurso a resolucións de tribunais inferiores en grao (sinaladamente, ás sentenzas dos xulgados unipersoais). Pero é o “interese casacional” o verdadeiro protagonista da reforma. Cos seus aspectos positivos –a definitiva atribución ao Tribunal Supremo da súa competencia nomofiláctica do dereito– e negativos –a excesiva “subxectivación” dos criterios de admisión dos recursos e, moi sinaladamente, a perda do dereito a unha opinión máis autorizada, á segunda instancia, nos asuntos de maior transcendencia, os tramitados ante os TSX e a Audiencia Nacional–. É esta a verdadeira carga negativa na opinión que me merece a reforma; a mutilación do dereito de defensa do cidadán pola importantísima limitación do acceso aos recursos en temas de interese.

Eses recortes únense a outros dous escollos desde a perspectiva do xustizable: dun lado, o enxeñoramento da discrecionalidade como “criterio” practicamente único de admisión da casación; e, doutro, a extrema tecnificación do labor procesual dos profesionais do dereito. Todo iso debuxa un panorama certamente difícil e incerto para acceder á casación. Os escritos de preparación e interposición deben reunir tantos presupostos, deben superar tantos filtros e tan exhaustivos controis procesuais que, a non dubidar, dan noticia do verdadeiro propósito do legislador. Non é, como se pregoa no preámbulo da LO 7/2015 para esta xurisdición, ningún intento de dotar dun “*alto grao de eficiencia e axilidade no sistema xudicial*”; o que se pretende parece ser outra cousa ben distinta: alixeirar a carga de traballo do Tribunal Supremo. Pero axilizar o sistema non se pode assimilar a eclipsar o dereito aos recursos. Nin se persegue “*unha xustiza eficaz, ademais de garantir o respecto dos dereitos fundamentais de todos e de facilitar con iso a paz social*”; se así fose, non privarían o cidadán da posibilidade de coñecer unha segunda opinión do Alto Tribunal en temas de tanto contido e xerarquía como os tratados polos tribunais superiores ou a Audiencia Nacional en única instancia. Non se arela de verdade “*un reforzamento da seguridade xurídica, lograr unha maior axilización e especialización nas respostas xudiciais*”; insisto, a axilidade non se consegue mediante a aniquilación do sistema de recursos. É máis, o problema que alí se denuncia de “*atraso (...) nalgúns órganos xurisdicionais*” o que exige é “*incrementar a calidade da resposta ofrecida ao cidadán*”, que desde logo non pode pasar por privalo do acceso ao recurso. Tense o descaro de propor como medida para “*intensificar as garantías na protección dos dereitos dos cidadáns*” a obstaculización do acceso ao recurso de casación, que desde logo queda só “*como instrumento por excelencia para asegurar a uniformidade na aplicación xudicial do dereito*”, pero só iso. De ningún xeito a casación foi nunca unha “terceira instancia”; nunca o foi, pero agora xa non é nin segunda instancia en moitísimos outros procesos. Podemos entender precisa a redefinición do papel que debe representar o Tribunal Supremo na xustiza española, e talvez sexa necesario orientalo no sentido que agora se debuxa, pero iso non pode selo a custa do debilitamento dos medios de defensa dos cidadáns.

Se iso é o que pretendía o lexislador, abondaríalle con xustificarse só no atraso dalgúns órganos xudiciais. Motivos teñen. Pero con iso correríamos o risco de que –como xa se intentou, por certo, nesa mesma lexislatura coa imposición a todos os cidadáns das taxas xudiciais para acceder á xustiza– o día de mañá, por esa mesma razón e con ese mesmo obxectivo, se decida suprimir a segunda instancia en todos os supostos, rabeñar o acceso á xurisdición segundo que contías ou supostos, ou impor os suficientes –e impertinentes– requisitos ou presupostos procesuais que, impedindo o dereito á defensa, alixeirasen a carga dos tribunais, de todos os tribunais españois. Alcanzarían así, seguro, o arelado silencio no *cemiterio* xurisdiccional. Debemos quedar á espera do resultado práctico desta reforma en mans da sala terceira na confianza de non rematar por advertir que non se trata senón dun grave e histórico erro na configuración legal do sistema de recursos na xurisdición contencioso-administrativa.

7 BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Mas, M. J. 2013 «Recurso de casación en el orden contencioso-administrativo y derecho autonómico», *Revista de Administración Pública*, 190, 101-148.
- Alonso Mas, M. J. 2015 «El acceso al recurso de casación en el orden contencioso-administrativo: una oportunidad perdida», *Revista de Administración Pública*, 197, 237-269.
- Díez-Picazo Giménez, I. 2015 «La admisión discrecional de asuntos por el Tribunal Supremo», *Revista de Jurisprudencia*, 1, 3.
- Gómez-Ferrer Rincón, R. 2007 «Recurso de casación y unidad del ordenamiento jurídico», *Revista de Administración Pública*, 175, 599-637.
- Lozano Cutanda, B. 2015 «La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley orgánica 7/2015: análisis de sus novedades», *Diario La Ley*, 8609.
- Martín-Romo Capilla, R. M. 2005 «El recurso de casación contencioso-administrativo: su inadmisión en sentencia y la previa audiencia de las partes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2004», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 125.
- Muñoz Aranguren, A. 2015 «La curiosidad del jurista persa y la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo», *Diario La Ley*, 8634.
- Ruiz López, M. Á. 2009 «La inadmisión del recurso de casación por competencia de los juzgados: ¿hacia una doble instancia contencioso-administrativa? (A propósito de la STC 119/2008, de 13 de octubre)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 141, 167-176.
- Ruiz López, M. Á. 2011 «La intensificación de las exigencias formales del recurso de casación (a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2.011, rec. de casación n.º 2927/2010)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 150, 469-481.
- Soriano García, J. E. 2002 «¿Alguna esperanza de flexibilización en la casación?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 113, 89-92.

NOTAS

- 1 Este traballo realízase no eido dos proxectos de investigación “Los intereses colectivos: representación y defensa ante la Administración y los Tribunales. Las «otras» legitimaciones”, referencia, DER2011-26080, e Grupo de Investigación SEJ 317, “El Derecho Público ante la crisis económica e institucional” do Plan Andaluz de Investigación, Desenvolvemento e Innovación (PAIDI), dos que son membro.
- 2 Muñoz Aranguren, 2015.
- 3 Gómez-Ferrer Rincón, 2007.
- 4 En tal sentido, resulta de interese Ruiz López, 2009.
- 5 Alonso Mas, 2013.
- 6 Gómez-Ferrer Rincón, 2007.
- 7 Lozano Cutanda, 2015.
- 8 Muñoz Aranguren apunta «nos últimos anos conseguiu-se rebaixar –co esforzo dos maxistrados da Sala do Contencioso-Administrativo– a carga de traballo de xeito moi notable (pasouse de 11.272 asuntos pendentes a finais de 2011 a 6.475 a finais de 2013 –e iso sen descontar, dentro destes últimos, os suspendidos por pendencia de cuestión de inconstitucionalidade ou prexudicial–)» (Muñoz Aranguren, 2015).

- 9 Como lembra Muñoz Aranguren, é significativo o peso da opinión dos maxistrados do TS na redacción da nova proposta: «Agora ben, é importante facer notar que os propios maxistrados da Sala Terceira avogaran recentemente por unha reforma na liña finalmente acollida polo lexislador. No “Informe da Sala de Goberno do Tribunal Supremo sobre o Anteproxecto do 4 de abril de 2014 de LOPX” rexeitouse o modelo casacional proposto daquela polo prelexislador e propúxose un alternativo, ata o punto de suxerir mesmo o teor literal deses eventuais novos preceptos da LXCA, que a Lei orgánica 7/2015 reproducíu de forma case mimética» (Muñoz Aranguren, 2015).
- 10 No mesmo sentido, Muñoz Aranguren, 2015.
- 11 Soriano García, 2002.
- 12 A Sala do Social do TS tamén adoptou recentemente un acordo, moito menos ambicioso, sobre os criterios de admisión do recurso de casación para unificación de doutrina (Acordo non xurisdiccional do 11 de febreiro de 2015), como indica Muñoz Aranguren, 2015.
- 13 Mesmo cando, como se denunciou no ámbito civil, «a miúdo, o TS unifica criterios sobre cuestións menores, moi concentradas, por exemplo, no dereito de familia, o de propiedade horizontal e o de arrendamentos urbanos» (Díez-Picazo Giménez, 2015:3).
- 14 Exixencias formais que xa se incrementaron sensiblemente na reforma de 2011, como pon de relevo Ruiz López, 2011.
- 15 Unha razoada crítica a esta dualidade de control entre as salas de instancia e Tribunal Supremo é a que formula Alonso Mas, 2015. Avógase nese traballo pola instauración do “interese casacional” como medida de acceso á casación, criterio que só debe manexar este Alto Tribunal.
- 16 O que xa non parece posible é que a inadmisión se proclame en sentenza. A tal respecto, e no que toca á regulación anterior, *vid.* Martín-Romo Capilla, 2005.

As cláusulas de emprego e condicións de traballo na contratación pública no dereito da Unión Europea¹

Las cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en la contratación pública en el derecho de la Unión Europea

Employment and working conditions clauses in public procurement in EU Law



JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

Profesor contratado doutor de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)
josemaria.miranda@usc.es

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

Resumo: O ordenamento da Unión Europea, paulatinamente, foi admitindo a presenza de cláusulas de contido socio-laboral na contratación pública. A evolución histórica da normativa pon de manifesto que foi un proceso longo e lento, pero a nova Directiva 2014/18/UE semella augurar a consolidación desta situación. A xurisprudencia do Tribunal de Xustiza foi, pola súa parte, bastante errática. Nun primeiro momento admitiu, sen apoio normativo ningún, a presenza destas cláusulas no tráfico xurídico público. A continuación, coas emblemáticas sentenzas *Rüffert* e *Bundesdruckerei*, as tornas cambiaron completamente, ao impor taxativamente o respecto das liberdades mercantís. A moi recente sentenza *Regiopost*, en cambio, apostou firmemente pola admisibilidade de cláusulas sobre salario mínimo.

Palabras clave: Administración pública, contratación pública, cláusulas sociais, cláusulas de emprego e condicións de traballo, dereito da Unión Europea.

Resumen: El ordenamiento de la Unión Europea, paulatinamente, fue admitiendo la presencia de cláusulas de contenido socio-laboral en la contratación pública. La evolución histórica de la normativa pone de manifesto que fue un proceso largo y lento, pero la nueva Directiva 2014/18/UE parece augurar la consolidación de esta situación. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia fue, por su parte, bastante errática. En un primer momento admitió, sin apoyo normativo alguno, la presencia de estas cláusulas en el tráfico jurídico público. A continuación, con las emblemáticas sentencias *Rüffert* y *Bundesdruckerei*, las tornas cambiaron completamente, al imponer taxativamente el respeto de las libertades mercantiles. La muy reciente sentencia *Regiopost*, en cambio, apostó firmemente por la admisibilidad de cláusulas sobre salario mínimo.

Palabras clave: Administración pública, contratación pública, cláusulas sociales, cláusulas de empleo y condiciones de trabajo, derecho de la Unión Europea.

Abstract: EU Law, gradually, has incorporated the possibility of clauses related to social and work issues in public procurement. The historical evolution of this normative shows clearly the length of this slow

itinerary; nonetheless, the new Directive 2014/18/EU can be seen as a herald of the consolidation of this trend. The case law of the European Court of Justice, on the other hand, has been erratic. In a first moment, it admitted, without any legal base, the presence of this type of clauses in the public legal traffic. Next, with the emblematic rulings *Rüffer* and *Bundesdruckerei*, the tables turned completely, imposing the most severe respect for the economic freedoms. Surprisingly, the recent ruling *Regiopost* has changed again the trend, betting firmly on the possibility of clauses establishing minimum wages.

Key words: Public Administration, public procurement, social clauses, employment and working conditions clauses, European Union Law.

Sumario: 1 O matiz terminolóxico previo: cláusulas sociais fronte a cláusulas de emprego e condicións de traballo. 2 A normativa da UE en materia de contratos públicos: un breve panorama histórico. 3 O dereito vixente. 4 O dereito que chega. 5 Inciso: de novo sobre a transcendencia do dereito da competencia no ámbito social. 6 Os desprazamentos transnacionais de traballadores nas directivas de contratos públicos. 7 O caso *Rüffert*. 8 A sentenza *Bundesdruckerei*. 9 O inesperado cambio de sentido na xurisprudencia do Tribunal de Xustiza sobre o salario mínimo e os contratos públicos. 10 Un esbozo de conclusión. 11 Bibliografía.

1 O MATIZ TERMINOLÓXICO PREVIO: CLÁUSULAS SOCIAIS FRONTE A CLÁUSULAS DE EMPREGO E CONDICIÓNS DE TRABALLO

Antes de abordar a análise da lexislación vixente na Unión Europea e a futura, cómpre comezar cunha breve precisión terminolóxica. Na normativa que se recolle neste traballo non faltan as mencións de orde social e laboral, pois tal é o deslinde terminolóxico: por unha banda está “o social” e pola outra o relativo ao emprego e ás condicións de traballo.

A redacción inicial destas cuestións na normativa e documentación que se exporá, posiblemente elaborada en francés, semellaba indicar unha correspondencia co *droit social*, entendido en termos xerais como o conxunto do dereito do traballo, do dereito da protección social e o da asistencia social, “chamado así por ter nacido da preocupación de enfrontarse á cuestión social xurdida da Primeira Revolución Industrial”².

Examinando as versións lingüísticas do artigo 18.2 da Directiva 2014/24/UE, esta dicotomía aparece exposta en termos lexislativos, que nalgúns idiomas pode semellar superflua ou redundante, mentres que noutros casos si ten unha transcendencia real. Así, obsérvase unha mención ao respecto do ordenamento xurídico, no caso do texto alemán (*sozial-und arbeitsrechtlichen*), checo (*sociálního a pracovního práva*), danés (*social-og arbejdsmarkedetslovgivning*), francés (*droit (...) social et du travail*), inglés (*social and labour law*), italiano (*diritto (...) sociale e del lavoro*), holandés (*sociaal en arbeidsrecht*), húngaro (*szociális és munkajogi követelményeket*) ou sueco (*social-och arbetsrättsliga*).

A versión en castelán, porén, fala de obrigas establecidas en materia *social o laboral*, xa non de dereito. As versións portuguesa e romanese coinciden ao referirse, respectivamente, ás *obrigações aplicáveis em matéria (...) social e laboral* e *obligațiile aplicabile în domeniul (...) social și al muncii*. Nestes tres textos, a noción apártase do terreo da normativa e semella facer referencia a unha cuestión de perfís máis amplos e menos xurídicos.

Esta situación carecería, no fondo, de transcendencia se o desenvolvemento real da posta en práctica da normativa da Unión Europea non tivese borrado por completo a idea clásica reflectida na maior parte dos idiomas. No tratamento que se fixo no século XXI desta materia,

os contidos “sociais” afastáronse por completo da vella cuestión social. Responden hoxe en día, en cambio, aos intereses da sociedade contemporánea.

É un exemplo perfecto desta evolución a enumeración incluída no Libro verde de 2011 sobre a modernización da política de contratación pública da UE “Cara a un mercado europeo da contratación pública máis eficiente”³: «protexer o medio ambiente, facer un uso máis eficiente dos recursos e da enerxía e loitar contra o cambio climático, promover a innovación e a inclusión social e asegurar as mellores condicións posibles para a prestación de servizos públicos de alta calidade».

As cláusulas de emprego e condicións de traballo, que se intentan deslindar aquí das cláusulas simplemente sociais, tamén aparecen exemplificadas no Libro verde, malia non existir unha listaxe comparable á anterior. Pola contra, cómpre realizar unha criba, principalmente na consulta dirixida pola Comisión aos *stakeholders*. Resultan especialmente relevantes as preguntas 74 e 75, onde se interrogaba, na segunda, sobre as cláusulas sociais (entre outras), e na primeira polas abstrusamente redactadas “consideracións sociais relacionadas co emprego e as condicións laborais dos traballadores”. A pregunta 76, pola súa parte, cuestionaba a conveniencia de establecer xa ao nivel da UE determinadas cláusulas xerais de execución do contrato, en particular as relacionadas co emprego e as condicións laborais dos traballadores que participaban na súa execución. Por último, ao considerar se sería posible separar as cláusulas deste tipo dunha vinculación estreita coa execución do contrato, sinalaba especificamente actuacións concibidas como «política de emprego que respecte a igualdade de xénero, ou unha política xeral de cotas de emprego de categorías específicas de persoas, por exemplo, desempregados, persoas con discapacidade».

En definitiva, a identificación das cláusulas sociais coa materia socio-laboral concluíu, aínda que de forma laxa siga conservando a súa validez, dado o carácter inconstante da terminoloxía. A extensión do termo é moito máis ampla que o máis concreto “cláusulas de emprego e condicións de traballo” e apunta a distintas finalidades, especialmente tras afianzarse a idea de responsabilidade social empresarial. Non obstante, facer un cabalo de batalla desta cuestión é esforzo van, xa que a inercia asegura a subsistencia dos termos empregados tradicionalmente.

2 A NORMATIVA DA UE EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS: UN BREVE PANORAMA HISTÓRICO

A importancia económica da licitación pública en Europa non se pode pasar por alto. As operacións derivadas da contratación do sector público nos anos anteriores ás doutrinas económicas da década dos oitenta representaban un segmento moi considerable do mercado. Aínda en anos posteriores, nun modelo de menor intervención estatal, a relevancia económica do sector facía especialmente desexable unha regulación que favorecese o tráfico internacional. De acordo con cifras manexadas pola propia Comisión Europea, hoxe en día representa case o 20% do PIB da Unión⁴.

O acervo comunitario a propósito da contratación pública ten xa unha longa tradición, que se remonta no tempo ata o ano 1971, coa tríade composta pola Directiva 71/304/CEE do Consello, relativa á supresión das restricións á libre prestación de servizos no sector dos contratos administrativos de obras e á adxudicación de contratos administrativos de obras por medio de axencias ou sucursais; a Directiva 71/305/CEE do Consello, sobre coordinación dos procede-

mentos de adjudicación dos contratos públicos de obras; e a Decisión do Consello, do 26 de xullo de 1971, de creación dun comité consultivo para os contratos públicos de obras.

Nos anos noventa, o acervo comunitario dotouse de varias normas que abordaban de forma pormenorizada a cuestión. Tratábase, entre outras, das directivas 92/50/CEE do Consello, do 18 de xuño de 1992, sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de servizos; 93/36/CEE do Consello, do 14 de xuño de 1993, sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de subministración; e 93/37/CEE do Consello, do 14 de xuño de 1993, sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de obras.

Paga a pena sinalar, para ir abordando xa o tema que centrará o contido deste traballo, que en ningunha delas había a mínima mención da materia social⁵. Era unha clara testemuña da preponderancia da Dirección Xeral de Mercado Interior da Comisión Europea sobre a Dirección Xeral de Emprego e Asuntos Sociais⁶, aínda na época en que Jacques Delors tentaba insuflar unha *alma social* no nacente Mercado Interior.

A carencia normativa, en calquera caso, era evidente. En 1996 adoptouse o Libro verde “A contratación pública na Unión Europea: reflexións para o futuro”⁷, por iniciativa do daquela comisario de Mercado Interior, Mario Monti, xa na Comisión Santer. O libro dedicaba unha epígrafe específica, dentro do capítulo “Contratación pública e outras políticas comunitarias”, a “contratación pública e políticas sociais”, os apartados 5.38 a 5.44. O tratamento era manifestamente pobre, ofrecendo exemplos tan pintorescos como cualificar de cláusula social a exclusión dos empresarios que cometesen delitos contra a súa moralidade profesional. Incluía algunhas reflexións sobre as cláusulas de acción positiva e a distinción entre concesión e execución do contrato, pero remataba concluíndo a necesidade dunha comunicación interpretativa do acervo vixente que aclarase «as posibilidades que o dereito de contratación pública lles ofrece ás diversas categorías afectadas para realizar os obxectivos comunitarios e nacionais de política social. Así mesmo, cómpre determinar se estas posibilidades son suficientes para responder ás necesidades, ou se serán necesarias outras medidas para garantir a consecución destes obxectivos na aplicación das normas comunitarias sobre os contratos públicos, ao tempo que se salvagarda unha competencia leal». As palabras terribles de peche anunciaban como heraldo de catástrofe o que había de ser o devir xurisprudencial, non moito tempo despois, da materia ante o Tribunal de Xustiza en Luxemburgo.

Na súa Comunicación de 1998 “A contratación pública na Unión Europea”⁸, a Comisión tentou resolver algunhas das interrogantes que se estableceran no Libro verde, e entre elas atopábase a vertente social. Baixo o pomposo título “Alcanzar e consolidar un efecto de sinerxía con outras políticas comunitarias”, a Comisión dedicoulle unha epígrafe a esta cuestión. Basicamente, admitiu a posibilidade de excluír contratistas que violasen a lexislación social vixente e aceptou a posibilidade de incluír cláusulas de acción positiva, potenciando mulleres e colectivos desfavorecidos, como condición de execución do contrato. Consideraba, en definitiva, que, malia non existiren previsións expresas, había suficiente marxe de actuación para os poderes públicos. Pero non resolveu de xeito completo a cuestión: a comunicación interpretativa da dimensión social quedaba aínda pendente de desenvolvemento e elaboración.

Estes chegaron en 2001, coa “Comunicación interpretativa da Comisión sobre la lexislación comunitaria de contratos públicos e as posibilidades de integrar aspectos sociais nesos contratos”⁹. A preocupación central da Comisión, en todo caso, era evitar que se producisen situacións

en que se eliminasen os competidores estranxeiros. Baixo ningún concepto podería tolerar o executivo comunitario que coa forma de preocupacións sociais se establecesen barreiras á libre competencia, e en varios parágrafos do texto recalcábase esta cuestión¹⁰.

3 O DEREITO VIXENTE

No momento de pecharse estas liñas, están vixentes, xa por pouco tempo, dúas directivas do Parlamento Europeo e do Consello, ambas do 31 de marzo de 2004, que simplificaron o panorama lexislativo existente¹¹. Trátase da Directiva 2004/17/CE, sobre a coordinación dos procedementos de adjudicación de contratos nos sectores da auga, da enerxía, dos transportes e dos servizos postais, e da Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizo. Como se pode ver, unha está dedicada a obxectivos específicos, os denominados “sectores excluídos”¹², mentres que a outra adopta un perfil máis xeral. Non debe ser esquecido, non obstante, que, conforme a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, aínda os contratos públicos que non quedan cubertos polo ámbito das directivas están sometidos ás disposicións xerais dos tratados, en especial no relativo ao dereito da competencia e á libre prestación de servizos.

A Directiva 2004/18/CE recolleu¹³, polo menos formalmente, o indicado nas comunicacións da Comisión expostas, abrindo a porta á denominada “utilización estratéxica da contratación pública”¹⁴, a “modulación teleolóxica das regras da contratación administrativa”¹⁵. A preocupación que transmitían os diversos documentos de traballo intermedios atopaba así un certo acomodo na normativa da Unión, grazas á intervención do Parlamento Europeo no proceso lexislativo¹⁶.

Todo o elenco de mencións podería, nunha síntese preliminar, agruparse en tres chanzos. En primeiro lugar, o establecemento do obxecto mesmo do contrato cunha finalidade socio-laboral¹⁷; en segundo lugar, a utilización de estándares laborais como criterio de selección; e, en terceiro lugar, o uso de indicadores laborais para a selección ou a exclusión de candidatos¹⁸.

Así, nos seus considerandos iniciais, falábase do emprego e do traballo como elementos esenciais para a obtención da igualdade na sociedade e a consecución da igualdade de oportunidades. Con esta entrada, anunciábase a posibilidade de reservar a participación ou de condicionar a execución dos contratos públicos á intervención de establecementos especializados no emprego de discapacitados.

En liña con esta afirmación, posteriormente sinalábase que as condicións á hora de licitar contratos públicos podían ter como obxecto «favorecer a formación profesional no lugar de traballo, o emprego de persoas que teñan especiais dificultades de inserción, combater o paro», entre outras finalidades admitidas. Como se ve, neste escenario o emprego sería un elemento central á hora de perfilar o contrato mesmo¹⁹.

Na enumeración exemplificativa recollida no considerando 33, referente á execución do contrato, falábase de «contratar desempregados de longa duración ou de organizar accións de formación para os desempregados ou os mozos, de respectar no substancial as disposicións dos convenios fundamentais da Organización Internacional do Traballo (OIT) no suposto de que estes non se tivesen aplicado no dereito nacional, de contratar un número de persoas discapacitadas superior ao que exige a lexislación nacional».

Inmediatamente a continuación, o considerando 34 sinalaba algo obvio, pero que, non obstante, faría bo o dito de Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord no inicio do Congreso de

Viena: “*Ce qui va sans dire va encore mieux en le disant*”. O obvio era sinalar que «as leis, regulamentacións e convenios colectivos, tanto nacionais como comunitarios, vixentes en materia de condicións de traballo e de seguridade do traballo, se aplicarán durante a execución dun contrato público, sempre que as ditas normas, así como a súa aplicación, se axusten ao dereito comunitario». É de imaxinar que o resto do ordenamento xurídico se atopa sometido á mesma condición sen que a directiva o mencione, salvo que a finalidade non declarada deste artigo sexa recalcar a espada de Damocles que pende sobre a lexislación laboral. A afirmación de que o seu incumprimento podería implicar a exclusión da licitación tería, a finais de 2015, insospeitadas consecuencias xudiciais.

Todas estas intencións traducíanse en varios preceptos da directiva. En primeiro lugar, o artigo 19 abría a posibilidade de condicionar tanto as licitacións como a súa execución á participación nela de traballadores discapacitados, concretamente no caso de empresas en que a maioría do seu persoal tivese tal condición. O título do artigo, “contratos reservados”, indica claramente a potestade do poder público de acoutar este tipo de contratos cando a finalidade o xustifique²⁰. Non obstante, non pode deixar de observarse, cunha lamentable dose de pragmatismo, que a escasa contía económica deste tipo de contratos lle permite ao ordenamento da Unión Europea salvar a cara presentando unha sensibilidade social que implica un custo escaso, se non nulo, para a libre prestación de servizos.

A propósito doutro tipo de limitacións, no seu artigo 26, a directiva recollía que «as condicións en que se execute un contrato poderán referirse, en especial, a consideracións de tipo social e ambiental». A mención debe entenderse, no entanto, coas precisións terminolóxicas apuntadas antes. Xa non se pensa unicamente no traballo e no emprego, senón noutros beneficios para a sociedade.

Á súa vez, o seu artigo 27.1 sinalaba que «o poder adjudicador poderá sinalar, ou ser obrigado por un Estado membro a sinalar, no prego de condicións, o organismo ou organismos dos que os candidatos ou licitadores poidan obter a información pertinente sobre as obrigas relativas ás (...) disposicións en materia de protección e ás condicións de traballo vixentes no Estado membro, a rexión ou a localidade en que se vaian realizar as prestacións e que serán aplicables aos traballos efectuados na obra ou aos servizos prestados durante a execución do contrato». Estes deberes de información sobre o estándar laboral non teñen, verdadeiramente, gran relevancia, xa que en pouco difiren do obrigado cumprimento da normativa vixente.

Por último, esta exigencia pódese traducir, así mesmo, na capacidade para o Estado (artigo 55) de revisar as ofertas anormalmente baixas, cando a dita anomalía poida provir do incumprimento da normativa laboral.

A posta en práctica desta normativa tiña o seu *manual de instrucións* nun documento preparado pola Comisión, conxuntamente pola Dirección Xeral de Emprego, Asuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades e pola Dirección Xeral de Mercado Interior e Servizos, titulado “Adquisicións sociais. Unha guía para considerar aspectos sociais nas contratacións públicas”²¹. Non se pode pasar por alto o simbolismo do título, que xa acollía a moderna terminoloxía de “responsabilidade social”, así como a case incompresible mención das adquisicións sociais, unha mala tradución do francés *acheter social*.

Este texto ofrecía unha caracterización exemplificativa deste tipo de cláusulas, que de ningún xeito pode ser considerada exhaustiva: «As “contratacións públicas socialmente responsables” refírense ás operacións de contratación que teñen en conta un ou máis dos seguintes aspectos

sociais: oportunidades de emprego, traballo digno, cumprimento cos dereitos sociais e laborais, inclusión social (incluídas as persoas con discapacidade), igualdade de oportunidades²², deseño de accesibilidade para todos, consideración dos criterios de sustentabilidade, incluídas as cuestións de comercio ético e un cumprimento voluntario máis amplo da responsabilidade social das empresas (RSE), á vez que se respectan os principios consagrados no Tratado da Unión Europea (TUE) e as directivas de contratación»²³.

É doado constatar que a noción se expande de novo, nun conxunto social 2.0 onde case todo ten cabida. O documento desenvolvía cunha certa intensidade a mencionada lista, elaborando un apreciable catálogo de cuestións socio-laborais que permitirían matizar os contratos públicos, se se chegasen a aplicar en toda a súa extensión. E seguía a continuación, de xeito un tanto sorprendente, un excursio sobre a vinculación entre os contratos públicos e o modelo social europeo. O resto do documento contiña instrucións detalladas para as administracións públicas nacionais sobre a forma de incorporar este tipo de cláusulas ás súas licitacións²⁴.

4 O DEREITO QUE CHEGA

En 2016 entrarán en vigor dúas novas directivas, froito case póstumo da Comisión Durão Barroso, que substituirán as dúas indicadas²⁵, e ás que se lles engade un terceiro pilar relativo ás concesións. Non nacerán no baleiro, senón que forman parte dun amplo paquete de medidas, reflectido na Comunicación da Comisión "Cara a unha Acta do Mercado Único: por unha economía social de mercado altamente competitiva"²⁶, a cal incluía a reforma sobre a contratación pública como unha das doce accións prioritarias inscritas na denominada Acta do Mercado Único²⁷. Seguírona o xa mencionado Libro verde sobre a modernización da política de contratación pública da UE "Cara a un mercado europeo da contratación pública máis eficiente"²⁸, en xaneiro de 2011, e a Resolución do Parlamento Europeo do 25 de outubro de 2011, sobre a modernización da contratación pública.

A primeira das normas futuras é a colosal Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, que derroga a anterior Directiva 2004/18/CE a partir do 18 de abril de 2016 e que ocupa nada menos que 179 páxinas do *Diario Oficial da Unión Europea*. Nela a dimensión socio-laboral gañou en presenza. A segunda, mantendo o binomio existente, é a Directiva 2014/25/UE, relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais e pola que se derroga a Directiva 2004/17/CE. Como pode verse, esta perdura co seu obxectivo específico, mentres que a primeira das dúas gañou en dimensión, ao dedicarse agora, con carácter xeral, á contratación pública, entendida en toda a súa extensión, salvo as excepcións expresas. A novidade é achegada pola Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adxudicación de contratos de concesión²⁹. De novo porase a atención principal na primeira delas.

Nos considerandos iniciais pódense atopar diversas referencias respecto da lexislación laboral e das condicións de traballo, subliñando o papel dos convenios colectivos e da lexislación internacional. Repítense así mesmo as alusións xa existentes á protección de colectivos en situación desfavorable. A elas engadíronse novas condicións, como é a conciliación da vida laboral e familiar, entre outras. Os subcontratistas, ademais, pasan a estar incluídos nesta cadea de obrigas.

O artigo 18.2 recolle o que a partir de agora será o recoñecemento de estándares laborais na execución, plasmando no articulado o que antes só se reflectía nos considerandos da norma: «Os Estados membros tomarán as medidas pertinentes para garantir que, na execución de contratos públicos, os operadores económicos cumpren as obrigas aplicables en materia ambiental, social ou laboral establecidas no dereito da Unión, o dereito nacional, os convenios colectivos ou polas disposicións de dereito internacional ambiental, social e laboral enumeradas no anexo X». No que ao dereito do traballo afecta, o recollido no dito anexo son os oito convenios fundamentais da OIT. Volverase sobre eles a propósito dos desprazamentos transnacionais de traballadores. En canto aos convenios colectivos, non hai que esquecer, nunca, a doutrina *Rüffert*. En virtude do artigo 71, por riba, este deber de respecto esténdese tamén de forma expresa aos subcontratistas, facendo así crecer a cadea de responsabilidades.

Esta “cláusula social horizontal”³⁰ é a tradución xurídica das boas intencións que expresaba o antigo considerando da directiva anterior, dando o crucial paso das exposicións de motivos ao articulado da norma. Formalmente, débese considerar un logro. Materialmente, impónse unha sa dose de escepticismo. Cómpre lembrar que na execución dun contrato público se respecta o ordenamento xurídico? Pódese interpretar, *sensu contrario*, que o resto da normativa dun país non ha de ser tida en conta? Este argumento é unha redución ao absurdo, por suposto, pero serve para pór de relevo o carácter de “brinde ao sol” do precepto.

Este artigo engárgase directamente co artigo 56, en que se faculta os Estados para denegarlle ao mellor ofertante a licitación, se se constata que non respecta o indicado no artigo 18.2. Velaquí a doutrina *Regiopost*, que se comentará ao final do traballo, plasmada nunha directiva que non entrou en vigor, *avant la lettre*.

O artigo 20 recolle, pola súa parte, o xa referido na Directiva 2004/18/CE aos traballadores discapacitados. Pero engade unha importante modificación, ao incluír no ámbito dos contratos reservados aos traballadores “desfavorecidos”, sobre cuxa caracterización se volverá máis adiante. É un avance moi considerable, xa que as cláusulas sobre discapacidade son frecuentes nos ordenamentos nacionais, pero non así estas últimas³¹. Certamente, non é unha cláusula obrigatoria, senón unha posibilidade para os Estados, pero o feito de crear esta habilitación legal debe ser valorada de forma positiva³². Por outra parte, hai que sinalar que a mención á maioría do persoal na Directiva de 2004 se transforma nun 30% coa nova regulación.

A condena pola realización de traballo infantil, ademais, é unha causa de exclusión de contratación, conforme o artigo 57. O artigo 69 trata o xa existente a propósito da capacidade de rexeitar as ofertas anormalmente baixas, incluíndo entre os motivos de exclusión a falta de respecto das condicións laborais.

O artigo 70, por último, matiza o disposto no artigo 26 da anterior directiva a propósito das condicións para a execución do contrato, ao sinalar que «as ditas condicións poderán incluír consideracións económicas ou relacionadas coa innovación, consideracións de tipo ambiental, social, ou relativas ao emprego». Exixe o precepto, non obstante, que as condicións estean ligadas ao obxecto do contrato, o cal pode verse como un matiz que desvirtúa por completo o inicialmente optimista contido do artigo³³.

Facendo balance de luces e sombras³⁴, o resultado desta directiva, aparentemente, fai do respecto á lexislación laboral un puntal firme do proceso de contratación pública en Europa³⁵. Rexístranse nela importantes avances no recoñecemento dun mínimo social, pero queda aínda superar a ordalía definitiva.

En efecto, se a Unión Europea resultase destruída por un algún tipo de catástrofe posmoderna e un xurista alienígena do futuro estudase o aquí considerado a partir dos documentos enumerados, concluiría sen dúbida que o social era un elemento de referencia indispensable na contratación pública europea. Porén, o xurista contemporáneo non pode compartir plenamente esa avaliación ao considerar a obra do Tribunal de Xustiza.

5 INCISO: DE NOVO SOBRE A TRANSCENDENCIA DO DEREITO DA COMPETENCIA NO ÁMBITO SOCIAL

Como se puido constatar ata agora, a normativa analizada contén referencias a determinados grupos de persoas, buscando favorecer o seu acceso ao emprego, pero sen conter caracterización ningunha deles. Para a súa correcta identificación neste contexto, cómpre acudir ao Regulamento (UE) núm. 651/2014 da Comisión, do 17 de xuño de 2014, polo que se declaran determinadas categorías de axudas compatibles co mercado interior en aplicación dos artigos 107 e 108 do tratado.

Esta norma, estrito dereito da competencia, contén catro definicións relevantes no que agora nos ocupa. En primeiro lugar, o seu artigo 2.3 caracteriza o traballador con discapacidade como «toda persoa que estea recoñecida como persoa con discapacidade segundo a lexislación nacional, ou teña deficiencias físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais a longo prazo que, ao interactuaren con diversas barreiras, poidan dificultar a súa participación plena e efectiva nun ámbito de traballo, en igualdade de condicións cos demais traballadores». Para os efectos de interpretar esta definición, en calquera caso, debe terse en conta a interpretación expansiva que da noción de discapacidade levou a cabo o Tribunal de Xustiza nas sentenzas *HK Danmark* e *Kaltoft*.

En segundo lugar, o artigo 2.4 caracteriza os traballadores desfavorecidos como «toda persoa que no tivese un emprego fixo remunerado nos seis meses anteriores, ou teña entre 15 e 24 anos, ou non conte con cualificacións educativas de formación secundaria ou profesional superior (Clasificación Internacional Normalizada da Educación 3), ou finalizase a súa educación a tempo completo nos dous anos anteriores e non tivese antes un primeiro emprego fixo remunerado, ou teña máis de 50 anos, ou sexa un adulto que viva como solteiro e do que dependan unha ou máis persoas, ou traballe nun sector ou profesión nun Estado membro onde o desequilibrio entre sexos sexa polo menos un 25% superior á media nacional no conxunto dos sectores económicos do Estado membro de que se trate, e forme parte dese grupo de xénero subrepresentado, ou sexa membro dunha minoría étnica nun Estado membro e necesite desenvolver o seu perfil lingüístico, de formación profesional ou de experiencia laboral para mellorar as súas perspectivas de acceso a un emprego estable». Non é posible describir con maior precisión as principais vítimas da crise que sacudiu os alicerces de Europa.

En terceiro lugar, o artigo 2.99³⁶ define o traballador moi desfavorecido como «toda persoa que non tivese un emprego fixo remunerado durante polo menos 24 meses, ou non tivese un emprego fixo remunerado durante polo menos 12 meses e pertenza a unha das categorías b) a g) mencionadas na definición de “traballador desfavorecido”».

En cuarto e último lugar, o artigo 2.100 caracteriza o emprego protexido como o «emprego nunha empresa cuxo cadro de persoal estea composto, como mínimo, por un 30% de traballadores con discapacidade».

6 OS DESPRAZAMENTOS TRANSNACIONAIS DE TRABALLADORES NAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS PÚBLICOS

A perspectiva de optimismo laboral debe ser matizada, iso si, cando se aborda a cuestión da contratación transnacional, un elemento de gran relevancia dentro do obxectivo de liberalización do mercado de servizos. Os dez anos que corren entre unha e outra directiva supoñen o paso da Europa dos 15 á dos 28 e no ámbito laboral esa transición é particularmente relevante. As mencións aos desprazamentos transnacionais de traballadores multiplicáronse nos considerandos iniciais.

En efecto, a Directiva de 2004 limitábase a sinalar, no seu considerando 34, que «para as situacións transfronteirizas, en que os traballadores dun Estado membro prestan os seus servizos noutro Estado membro para a realización dun contrato público, a Directiva 96/71/CE (...) enuncia as condicións mínimas que cómpre respectar no país de acollida en relación cos ditos traballadores desprazados. Se o dereito nacional considerase disposicións para tal efecto, o incumprimento desas obrigas poderase considerar unha falta grave ou un delito que lle afecta á moralidade profesional do operador económico, podendo causarlle a súa exclusión do procedemento de adxudicación dun contrato público». Esta era, a primeira vista, unha indicación neutra, unha simple mostraxe do ordenamento en vigor.

A directiva de 2014, en cambio, altera por completo o enfoque, incluíndo dúas relevantes mencións nos seus considerandos iniciais. A primeira aparece no número 37, matizando as medidas de vixilancia do respecto da lexislación laboral: «As ditas medidas pertinentes débense aplicar de conformidade coa Directiva 96/71/CE (...) e dun xeito que garanta a igualdade de trato e non discrimine, directa ou indirectamente, os operadores económicos e os traballadores doutros Estados membros».

Recalcando esta dimensión da protección transnacional, hai que sinalar o número 98: «É fundamental que os criterios de adxudicación ou as condicións de execución dun contrato relacionados cos aspectos sociais do proceso de produción se refiran ás obras, subministracións ou servizos que se deban facilitar de acordo co contrato de que se trate. Ademais, deberíanse aplicar de conformidade coa Directiva 96/71/CE, segundo é interpretada polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea, e non elixirse ou aplicarse dunha forma que discrimine, directa ou indirectamente, os operadores económicos doutros Estados membros ou de países terceiros que sexan parte no ACP ou nos acordos de libre comercio en que a Unión sexa parte. Por conseguinte, os requisitos que lles afecten ás condicións básicas de traballo reguladas pola Directiva 96/71/CE, como as contías de salario mínimo, deben seguir situándose no nivel establecido pola lexislación nacional ou por convenios colectivos que se aplican de conformidade co dereito da Unión no contexto da dita directiva».

A mención da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza interpretando a Directiva 96/71/CE debería chamar a espanto o lector, dado que se alude veladamente ao caso *Rüffert*. E non menos pavor deberían suscitar as referencias ao ACP e os acordos de libre comercio. Nos días en que o máis parecido a un fantasma que percorre Europa é o TTIP, a indicación permite visualizar unha nova versión do Desembarco de Normandía protagonizada por traballadores desprazados e non a 101ª Aerotransportada.

É neste momento cando cobran relevo as indicacións a propósito do respecto dos convenios fundamentais da OIT. Como é sabido, estes xa foron utilizados anteriormente como un criterio de referencia pola Unión Europea. En efecto, xa o Regulamento (CE) núm. 980/2005 do Conse-

llo, un acto enmarcado na política comercial común, recollía un réxime denominado “réxime de estímulo do desenvolvemento sustentable e o bo goberno” (SPX+). A existencia de respecto da normativa internacional estendeuse a outros acordos que van máis alá do estritamente social³⁷. Os beneficios do seu cumprimento e as consecuencias da súa infracción localízanse no plano arancelario. O que serviu, polo tanto, para o comercio de mercadorías trasládase agora ao tráfico de servizos e prestacións para os poderes públicos.

7 O CASO RÜFFERT

Sete anos despois desta sentenza, resulta ocioso volver sobre o caso *Rüffert*³⁸, do que xa está todo escrito. Non foi, de ningún xeito, a primeira sentenza do Tribunal de Xustiza en materia de contratación pública condicionada por cláusulas de tipo laboral³⁹. Baste con lembrar, simplemente, que naquela ominosa ocasión a subcontratista polaca dunha empresa alemá, gañadora dunha licitación de obra pública, aboaba salarios inferiores aos establecidos no convenio da construción. O Tribunal de Xustiza resolveu naquela ocasión que exixir o respecto do dito convenio pola Administración licitadora era contrario á libre prestación de servizos, atendendo moi significativamente á falta de carácter universal da regulación exixida.

Non está de máis sinalar que en toda a sentenza non houbo unha soa mención da Directiva 2004/18/CE. Si foi mencionada nas conclusións do avogado xeral como un factor considerable á hora de delimitar as condicións de contratación: «a adxudicación de contratos públicos permite tamén a realización doutras necesidades de interese xeral». O feito de que o tribunal pasase por alto esta indicación foi obxecto dunha pregunta escrita no Parlamento Europeo⁴⁰. A Comisión, na súa resposta un tanto inxusta, indicou outro parágrafo das propias conclusións en que o avogado xeral consideraba que a Directiva 93/37/CEE, antecesora da 2004/18/CE, non resultaba relevante para o caso.

8 A SENTENZA BUNDESDRUCKEREI

Tras uns anos de silencio, as cláusulas deste tipo volveron ao Tribunal de Xustiza. En efecto, a sentenza do 18 de setembro de 2014, *Bundesdruckerei GmbH e Stadt Dortmund*, asunto C-549/13⁴¹, engadiuse á ominosa lista de sentenzas do Tribunal de Xustiza nas cales as liberdades mercantís desgarran gravemente o tecido da Europa social.

Na situación estudada, a cidade de Dortmund licitara un contrato público relativo á dixitalización de documentos e outras actividades, entre cuxas condicións se lle exixía ao vencedor que lles aboase aos seus traballadores e aos posibles empregados das subcontratistas un salario mínimo por hora de 8,62 euros. Unha das empresas participantes na licitación comunicoulle á Administración que todas as prestacións se realizarían en Polonia, onde tal condición non era viable. Ante a negativa do Concello de Dortmund a eximir do requisito a empresa *Bundesdruckerei*, esta impugnou a decisión ante un órgano de control da competencia. Como o Tribunal de Xustiza lle recoñece natureza de órgano xurisdiccional, a cuestión prexudicial elevouse.

O feito de que a primeira sentenza citada ao abordar o fondo da cuestión fose a mencionada *Rüffert* xa podía facer intuír por onde se ía dirimir o caso. En efecto, a primeira declaración do tribunal foi considerar inaplicable a Directiva 96/71/CE, xa que non había desprazamento

ningún de traballadores, dado que estes non chegarían a saír nunca de Polonia, onde realizarían integramente as tarefas obxecto da licitación.

O conflito debíase dirimir, pois, no ámbito do artigo 56 TFUE, a libre prestación de servizos. Seguindo de novo *Rüffert*, «a imposición, en virtude dunha normativa nacional, dunha retribución mínima aos subcontratistas dun licitador establecidos nun Estado membro distinto do da entidade adxudicadora e no que os salarios mínimos sexan inferiores constitúe unha carga económica adicional que pode impedir, obstaculizar ou facer menos interesante a execución das súas prestacións no Estado membro de acollida».

A esa restrición opúñase a finalidade de protexer os intereses dos traballadores e evitar o *dumping* social, que foi rexeitada polo tribunal recorrendo por terceira vez aos argumentos de *Rüffert*, considerándoa desproporcionada⁴². En palabras do tribunal, «privaría, por iso, os subcontratistas establecidos neste último Estado membro de obter unha vantaxe competitiva das diferenzas existentes entre as contías dos salarios respectivos»⁴³. O obxectivo de protección do equilibrio da seguridade social seguiu o mesmo camiño, xa que os problemas recaerían en Polonia e non en Alemaña.

E que foi da Directiva 2004/18/CE nesta sentenza? O tribunal despachouna de xeito tallante no considerando 26. “Supuxo” que unha exigencia como a analizada podía ser entendida como unha consideración de tipo social das amparadas pola directiva. Pero eliminou calquera influencia que puidese ter ao afirmar que, en calquera caso, debía estar sometida ao dereito comunitario, conclusión á que chegou de xeito tácito e veloz.

9 O INESPERADO CAMBIO DE SENTIDO NA XURISPRUDENCIA DO TRIBUNAL DE XUSTIZA SOBRE O SALARIO MÍNIMO E OS CONTRATOS PÚBLICOS

A xurisprudencia descrita do Tribunal de Xustiza en materia de cláusulas de emprego na contratación pública poderíase cualificar como ominosa, cos precedentes dos casos *Rüffert* e *Bundesdruckerei*. En contraste, a Sentenza do 17 de novembro de 2015, *RegioPost GmbH & Co. KG e Stadt Landau in der Pfalz*, asunto C-115/14⁴⁴, trouxo un sopro de aire fresco para a Europa social que ultimamente era difícil atopar en Luxemburgo. O caso non se diferenciaba en gran medida de acontecementos anteriores⁴⁵, aínda que algúns matices resultaron de enorme importancia á hora de determinar a decisión final do Tribunal de Xustiza.

Acolléndose ás cláusulas sobre emprego e condicións de traballo que ampara a Directiva 2004/18/CE, o Concello de Landau, no Palatinado alemán, estableceu no contexto da adxudicación dun contrato público de servizos postais unha cláusula pola cal lles impuña aos licitadores e aos seus subcontratistas pagar un salario mínimo ao persoal que executase as prestacións obxecto desa licitación. *RegioPost*, unha das empresas que concorreu ao concurso, considerou que dita cláusula era ilegal e na súa proposta non respectou o seu contido. Obviamente, o Concello non a tivo en conta, e a decisión municipal foi impugnada ante os tribunais. No curso do litixio, estableceuse a cuestión prexudicial, para intentar determinar se a normativa europea era relevante no caso estudado, posto que tanto a autoridade licitadora como a empresa (e as restantes empresas competidoras) se atopaban en Alemaña.

Proba da importancia do asunto é a participación no litixio, ademais das partes implicadas, dos gobernos alemán, danés, italiano, austríaco e noruegués e da Comisión Europea. Para salvar

o obstáculo preliminar das conexións exclusivamente alemás, o Tribunal de Xustiza levou a cabo una finta encadrando o estudo do caso na transposición da Directiva 2004/18/CE e nos posibles efectos disuasorios que a normativa podería ter en prestadores de servizos establecidos noutros Estados membros.

Primeiro gran contraste co caso *Bundesdruckerei*: a sentenza considerou, sen o menor asomo de dúbida, que a cláusula descrita constituía unha “condición especial en relación coa execución do contrato” referida a “consideracións de tipo social” no sentido do artigo 26 da Directiva 2004/18/CE. O que en 2014 era unha simple suposición, aquí transformábase en afirmación rotunda. Procedía, pois, o seu exame de compatibilidade co dereito da Unión, condición á que sempre quedan sometidas este tipo de cláusulas. A norma de contraste, semellaba claro, había de ser a Directiva 96/71/CE.

O feito de que o salario mínimo viñese imposto expresamente por unha norma xeral con rango de lei favoreceu, sen dúbida, que o primeiro exame do tribunal fose positivo. Nada do dito en *Rüffert* podía volver aquí á luz, excepto para ser sinalado expresamente como o modelo de actuación incorrecta por remisión. Examinando a continuación o contraste co artigo 56 TFUE con base no argumento de *Rüffert* sobre a distinción entre aplicación a contratos públicos e privados, o tribunal non atopou obstáculo ningún á validez da norma. Constituía un zócolo mínimo xustificado pola protección dos intereses dos traballadores, e o feito de que se aplicase a todos os contratos públicos dáballe a suficiente natureza de xeneralidade para resistir o contraste coa doutrina xurisprudencial anterior.

En último lugar, a sentenza analizou a validez da exclusión da licitación que impuña a norma, considerada pola empresa como pouco proporcionada. O tribunal non acolleu esta alegación, empregando como criterio de ponderación o considerando 34 da Directiva 2004/18/CE, que indica que a normativa laboral se debe respectar na execución do contrato e que o seu incumprimento pode dar lugar á exclusión do contrato. Por outra parte, sinalou que o cumprimento da obriga non resultaba gravoso en absoluto. En ocasións anteriores, o tribunal condenara medidas nacionais pola burocracia que implicaban⁴⁶, pero non nesta, xa que era de sinxelo cumprimento.

10 UN ESBOZO DE CONCLUSIÓN

O Tribunal de Xustiza, en definitiva, deu indicacións moi claras de como pór en práctica as cláusulas de contido socio-laboral na contratación pública, non para o agrado de todos, certamente⁴⁷. Non deixa de sorprender que nesta ocasión a sala cuarta estivese composta polas tres persoas que compuñan a sala novena, autora de *Bundesdruckerei*, e dous xuíces máis. Tanto cambiou o criterio de afectación ao tráfico transnacional? A lexitimación do *dumping* a distancia que supuxo a sentenza de 2014 atoparía a forma do seu zapato? Esta sentenza pode representar, en conclusión, un importante impulso á nova regulación das cláusulas de emprego e condicións de traballo nos contratos públicos que entrará en vigor en 2016.

A transposición da Directiva 2014/24/UE ofrece agora unha oportunidade para introducir no dereito español as bases dunha contratación pública onde as cláusulas de emprego e condicións de traballo teñan unha importancia considerable. O referendo da sentenza *Regiopost* a unha dimensión social, levada a cabo a través de ferramentas de eficacia xeral, abre un panorama particularmente claro no noso ordenamento, que se adapta á perfección ás exigencias do tribunal.

O anteproxecto de Lei de contratos do sector público de abril de 2015 non chegou a prosperar na pasada lexislatura, e a incerta conxuntura política, con todo, non permite aventurar que esta tarefa figure nas prioridades inmediatas do próximo Goberno, sexa cal for a súa cor política. Se a situación de indefinición persiste, España perderá formalmente a ocasión de levar a cabo a transposición e será obxecto, con toda probabilidade, dun recurso por incumprimento exposto pola Comisión Europea. Pero, o máis importante, perderá, materialmente, a oportunidade de incorporar unha boa ferramenta de tutela dos dereitos dos traballadores ao seu sistema de contratación pública.

11 BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Olea, M. 1994. *Introducción al derecho del trabajo*, 5ª ed. Madrid: Civitas.
- Bernete García, J. 2013 «Cláusulas sociales en la contratación pública: Nuevos instrumentos para el fomento del empleo a nivel local», *Cuadernos de Trabajo Social*, 26 (1), 85-94.
- Borrajó Dacruz, E. 1996. *Introducción al derecho del trabajo*, 9ª ed. Madrid: Tecnos.
- Broche, A. 2015 «L'arrêt "Bundesdruckerei" ou l'effacement de protection sociale des travailleurs face à la libre prestation de services», <http://blogs.u-paris10.fr/content/!%E2%80%99arr%C3%AAt-%C2%AB-bundesdruckerei-%C2%BB-ou-%E2%80%99effacement-de-la-protection-sociale-des-travailleurs-face-%C3%A0> (08-01-2016).
- Comisión Europea, 2010 «Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas», <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6457&langId=es> (08-01-2016)
- Cosculluela Montaner, L. 2007 «La Ley de contratos del sector público», *Revista Española de Control Externo*, 27, 15-40.
- Costa Gonçalves, P. 2015 «A nova contratação pública. As directivas de 2014», en M. Almeida Cerredá e I. Martín Delgado (dirs.), *La nueva contratación pública*, Santiago de Compostela: Campus na Nube.
- Federación Europea da Construción e a Madeira, 2015 «Considérations sociales dans le cadre des marchés publics. Un choix politique! "Mieux vaut prévenir que guérir"», http://www.efbww.org/pdfs/PublicProc_FINAL_FR1_GB2.pdf (08-01-2016).
- Larrazábal Astigarraga, E. 2014 «Las cláusulas sociales en la contratación pública y la posibilidad de establecer un salario mínimo en la ejecución de los contratos», *Lan Harremanak*, 31, 135-156.
- Mazuyer, E. 2015 «Droit du travail et passation de marchés publics en Europe», *Observateur de Bruxelles*, 101, 8-12.
- Observatoire Social Européen, 2008 «Les clauses sociales dans les marchés publics», <http://www.ose.be/files/publication/fichesFEC/39-%20Clauses%20mp.pdf> (08-01-2016).
- Paniagua Zurera, M. 2013 «Las empresas de inserción sociolaboral y las cláusulas sociales en la contratación pública: dos instrumentos necesarios para la innovación social hacia el desarrollo», *Revista de Estudos Cooperativos*, 112, 176-212.
- Pélissier et al. 2002. *Droit du travail*, 21ª ed. París: Dalloz.
- Pérez-Illarbe, J. A. 2006 «Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público», *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuatarako aldizkaria = Revista de Servicios Sociales*, 40: 21-30.
- Plataforma Social Europea, 2015 «Des marchés publics pour le progrès social. Guide de la Plate-forme sociale pour la Directive Européenne sur la passation des marchés publics», http://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2015/10/Public_procurement_for_social_progress_fr.pdf (08-01-2016).
- Porta, J. 2015 «Le salaire minimum, un instrument national pour lutter contre le dumping social?», *Montesquieu Law Review*, 3, 101-109.
- Renvoisé et al., 2013 «Les clauses sociales dans la commande publique du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, et du ministère de l'égalité des territoires et du logement», <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000044.pdf> (08-01-2016).
- Rodríguez Escanciano, S. 2009. *Cláusulas Sociales y Licitación Pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Román Vaca, E. 2006 «Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho comunitario. El ejemplo sevillano», *Revista de Dereito Social*, 36, 193-228.
- Schulten et al., 2012 «Pay and other social clauses in European public procurement. An overview on regulation and practices with a focus on Denmark, Germany, Norway, Switzerland and the United Kingdom», http://www.boeckler.de/pdf/wsi_schulten_pay_and_other_social_causes.pdf (08-01-2016).

- Semple, A. 2015 «Living wages in public contracts: A chance to reconsider Rüffert», http://www.procurementanalysis.eu/resources/Living+wages+in+public+contracts_RegioPost.pdf (08-01-2016).
- Ureña Salcedo, J. A. 2011 «Libertades económicas y contratación pública», en J. M. Goerlich Peset (dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Vallecilla Gámez, M. R. 2008 «Cláusulas sociales y empresas de inserción: de las inciertas subvenciones a la creación de mercados tutelados», *Trabajo. Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, 21, 17-38.
- Van den Abeele, E. 2014 «La nouvelle directive européenne 2014/24/EU: une évolution constructive», [http://clausesociale-bruxelles.be/?ailleurs-aussi\(08-01-2016\)](http://clausesociale-bruxelles.be/?ailleurs-aussi(08-01-2016)).
- Vázquez Lacunza, E. 2015 «El impacto del concepto europeo de concesión en el derecho español», en M. Almeida Cerrada y I. Martín Delgado (dirs.), *La nueva contratación pública*. Santiago de Compostela: Campus na Nube.
- Villalba Pérez, F. 2014 «La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del derecho comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, Nueva época*, 2, 1-20.
- Zúñiga Rial, G. 2008 «El tratamiento de las cláusulas sociales en la normativa reguladora de la contratación pública. Su consideración como criterios de adjudicación de los contratos administrativos», *Dereito*, 17 (2), 65-90.

NOTAS

- 1 Este traballo forma parte dos resultados do proxecto de investigación DER2015-66922-R - A adaptación do ordenamento español á xurisprudencia social do Tribunal de Xustiza.
- 2 Péliissier *et al.*, 2002:58, «[Le Droit du travail] compose, avec la droit de la sécurité sociale et celui de l'aide sociale, un droit social ainsi nommé parce que né du souci de traiter la question sociale surgie avec la première revolution industrielle». E matiza na n. 33, *ibidem*, «Droit social n'a pas le même sens en France ou en Belgique, par exemple, qu'en Allemagne (où il s'agit essentiellement du droit de la protection sociale). L'expression n'a pas, non plus, le sens que lui attribuait G. Gurvitch pour désigner un genre de droit dans lequel le tout (groupe, classe) intervient dans l'enchaînement des prestations et des devoirs (...). Bien que les fondateurs de la revue *Droit social* n'aient pas emprunté à ce sociologue très original, les deux usages de l'expression ont quelque rapport». Na doutrina clásica española, Borrajo Dacruz, 1996:48, «A expresión "dereito social" pode ser equívoca, pois é multívoca: comprende, polo menos, tres posibles acepcións, a saber: o dereito é social en canto regula (...) relacións sociais (...); o dereito preséntase como norma de *orixe estatal* (lexislación) e, á vez, como norma de *orixe social* (costumes, usos sociais positivizados, etc.) (...); o dereito inspírase na idea de xustiza. *A idea social da xustiza* maniféstase no réxime xurídico do traballo por conta allea, e fábase así do dereito *social* do traballo (...) a socialización do dereito é un dos fenómenos característicos do noso tempo, e non só do dereito das relacións de traballo». En contra, Alonso Olea, 1994:37, «Rexeitar a afirmación *dereito social* coa mera afirmación de que se trata dun pleonasmo porque todo dereito é social é ignorar as profundas implicacións do que no seu día se chamou problema ou *cuestión social*».
- 3 COM (2011) 15 final, do 27 de xaneiro de 2011.
- 4 Schulten *et al.*, 2012:4, «In 2010, the public sector in the European Union (including public authorities at all levels, state agencies and state - owned enterprises) spent more than 2,400 billion Euros for works, goods and services. This amount corresponds to nearly one fifth (19.7 per cent) of total EU Gross Domestic Product (GDP) varying between 10.5 per cent of GDP in Cyprus and 30.6 per cent in the Netherlands. The money is spent by a very large number of more than 250000 contracting authorities in Europe. In recent years the economic importance of public procurement has even been growing as many European states have followed a policy of liberalization and privatization of public services, so that the state no longer provides such services itself directly but purchase s them from private companies and other organizations».
- 5 Rodríguez Escanciano, 2009:159, «Moi significativo é tamén o feito de que durante os traballos de preparación da Directiva 1993/37 (...) os Estados membros se manifestasen explicitamente en contra da introdución de criterios de carácter non estritamente económico para a adjudicación dos contratos». Nas palabras da avogada xeral Kokott, nas súas conclusións no asunto C-368/10, «A persecución de obxectivos ambientais e de política social estivo proscriba durante moito tempo pola lexislación en materia de contratación pública, o que se manifestaba, entre outras cousas, no uso da expresión "obxectivos alleos á adjudicación"».
- 6 Observatoire Social Européen, 2008.
- 7 COM (96) 583, do 26 de novembro de 1996.
- 8 COM (98) 143, do 11 de marzo de 1998.
- 9 COM (2001) 566, do 15 de outubro de 2001.
- 10 Zúñiga Rial, 2008:72, «En todo caso, a Comisión cóidase de establecer que tales cláusulas ou condicións de execución deberán aterse ao dereito comunitario e, en particular, non ter un efecto discriminatorio directo o indirecto para os licitadores doutros Estados, debendo igualmente, y a prol do necesario cumprimento do principio de transparencia, ser obxecto de mención expresa no anuncio do contrato, co fin de que os candidatos ou licitadores teñan coñecemento delas».
- 11 Nótese que foron aprobadas pouco tempo antes da grande ampliación ao centro e ao leste de Europa de 2004. Como sinala o informe elaborado por Renvoisé *et al.*, 2013:7, «Il est incontestable que la réflexion européenne structure celle conduite au plan national dans tous les États membres. C'est vrai pour la France qui a pourtant une tradition juridique bien établie, mais c'est vrai peut-être plus encore

pour les nouveaux États membres, dont les marchés sont désormais ouverts à toutes les entreprises établies en Europe, et les entreprises françaises y sont très présentes. L'apport de la démarche européenne à la sécurité juridique souhaitée à juste titre par les entreprises est de ce point de vue indiscutable». As directivas de 2004 poderían ser vistas, polo tanto, como un intento de estruturar a competencia en mercados públicos que se ían abrir ás grandes potencias industriais e de servizos europeas, alterando lixeiramente o punto de vista. O mesmo informe, p. 9, sinalaba a decisiva importancia da xurisprudencia inicial do Tribunal de Xustiza: «Et c'est à ces conditions que les deux types de clauses ont cessé définitivement d'être "étrangers aux marchés", autorisant d'utiliser la commande publique comme un levier de lutte contre le chômage et comme un levier de protection de l'environnement. Dans un souci de garantir la sécurité juridique, le législateur européen, profitant de la réforme/codification intervenue en 2004, a introduit pour la première fois en droit positif la possibilité de recourir aux clauses sociales dans les marchés publics».

- 12 Cosculluela Montaner, 2007:16.
- 13 Sobre a directiva nesta dimensión, Ureña Salcedo, 2011:108 e ss.
- 14 Costa Gonçalves, 2015:24.
- 15 Rodríguez Escanciano, 2009:21. Na p. 113: «A súa principal finalidade debe ser a institucionalización dun modelo de competencia funcional, eficaz e efectiva, o cal debe tomar en consideración os custos sociais reais que o propio sistema competitivo xera».
- 16 Observatoire Social Européen, 2008:4. «Les ministres ont notamment abouti à un compromis ambigu sur la possibilité de prendre en compte des considérations sociales lors de l'adjudication des marchés. Le texte de l'accord permet clairement la prise en compte de critères environnementaux lors des adjudications, en classant les caractéristiques environnementales parmi les critères d'attribution. Le cas des critères sociaux, comme l'emploi obligatoire de personnes handicapées ou exclus du marché du travail, est beaucoup plus ambigu».
- 17 Sobre a nova Directiva de 2014, Larrazábal Astigarraga, 2014:142, «A directiva, como novidade respecto á súa antecesora, aclara o significado da dita vinculación: existirá sempre que o criterio de adxudicación faga referencia a calquera factor que intervéñe no proceso específico de produción, prestación o comercialización, incluíndo as condicións relativas ao proceso de execución do contrato».
- 18 Román Vaca, 2006:209-210, «Está claro que a oposición empresarial a este tipo de pregos, como a da Comisión Europea, pretende basearse no sacrosanto principio da libre competencia. Pero, coa debida transparencia, en que danan as cláusulas sociais a libre competencia? Debidamente publicitadas, todas as empresas son coñecedoras dos criterios a utilizar pola Administración e todas poderán acomodar a estes a súa política laboral para concorrer en igualdade de condicións cos demais».
- 19 Pérez-Illzarbe, 2006:24, «Salvando as posibles reservas para talleres protexidos destinados a persoas con discapacidade, a Comunidade Europea optou por priorizar a libre competencia a escala europea na contratación administrativa baixo o seu control. Non será doado que admita de verdade a escala europea criterios de adxudicación como, por exemplo, o da porcentaxe de emprego fixo na empresa, xa que o custo do despedimento difire en cada país. Tampouco coinciden en todos os países conceptos como o de "grupos en risco de exclusión social", poñamos por caso».
- 20 Vallecilla Gámez, 2008:24-25, «Máis explícita, con expresión dun gran número de matices resulta a definición desenvolvida no ámbito comunitario no ano 2004 (...) no que contempla unha definición moi extensa de partenariado público-privado, incluíndo, non só algúns contratos públicos, senón tamén partenariados institucionais do estilo das sociedades de economía mixta, sendo este último o que realmente nos interesa desde a perspectiva das empresas de inserción».
- 21 O propio texto indicaba como base o documento da Comisión Europea, 2010.
- 22 Rodríguez Escanciano, 2009:169, «Vistas as previsións destas dúas directivas [2000/78/CE y 2006/54/CE], cabe chegar á conclusión de que a inclusión das cláusulas de calidade social entre os criterios de adxudicación dos contratos non constitúe senón unha acción positiva a favor de certos colectivos que non debe ser limitada, senón potenciada; non en van intentan acelerar o proceso de igualación de oportunidades e compensar unha situación histórica e tradicional de inferioridade».
- 23 Bernete García, 2013:86, «Trátase de concibir a contratación administrativa como un instrumento que posibilite políticas públicas transversais. É unha ferramenta innovadora que lles pode dar un novo pulo ás políticas de emprego, á inserción laboral de colectivos excluídos do mercado de traballo, como parte das políticas sociais de loita contra a exclusión. Conecta perfectamente cun dos eixes da Estratexia Europea de "Inclusión Activa" que fai referencia á vinculación con medidas activas do mercado laboral propiciando mercados laborais inclusivos».
- 24 Schulten *et al.*, 2012:9, «In a recent evaluation report on the "impact and effectiveness of EU Public Procurement Legislation" the European Commission (2011a: ix) came to the conclusion that in practice public procurement is increasingly used to support the achievement of other policy objectives. This is true, in particular, for the promotion of environmental goals but also for the support of innovations and the development of social standards. The Commission's estimation is based on the so in the so – called "Adelphi - Study" which contains a broad empirical evaluation on the "strategic use of public procurement in Europe" (Kahlenborn *et al.*, 2011). According to this study, which carried out among others a web – based survey of contracting authorities (CAs) in Europe, 45 per cent of all surveyed CAs have said that they take into account some form of social considerations in their procurement policy».
- 25 Costa Gonçalves, 2015:20, sobre o asombroso modo de preparación da transposición da anterior normativa en Portugal, case un auténtico exemplo da súa propia posta en práctica: «Num ponto, existe, porém, a convicção de que se vai seguir um modelo diferente do que se adotou aquando da transposição das diretivas de 2004 e que conduziu à elaboração do atual Código dos Contratos Públicos: tudo parece indicar que o trabalho conducente à transposição será realizado diretamente por um organismo público do Estado, não repetindo o regime de outsourcing e a encomenda de tal tarefa a um gabinete de advogados».
- 26 COM (2010) 608, do 27 de outubro de 2010.
- 27 Villalba Pérez, 2014, «A nova directiva sobre contratación pública (...) busca flexibilizar e simplificar os procedementos contractuais pondo á disposición dos poderes adxudicadores algunhas técnicas ou ferramentas de contratación non previstas na Directiva de 2004».
- 28 COM (2011) 15 final, do 27 de xaneiro de 2011.

- 29 Vázquez Lacunza, 2015:292, «Debido a que as directivas comunitarias en materia de contratación pública non regulaban as concesións de servizos, foron continuos os erros na cualificación dos contratos que incluían prestacións de servizos. Esta situación motivou que as características diferenciadoras das concesións de servizos se fosen consolidando a través de numerosas sentenzas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE). De aí que a orixe da noción de concesión de servizos, que foi positivizada primeiro na Directiva 2004/18/CE e posteriormente na Directiva 2014/23/UE, derive da xurisprudencia comunitaria».
- 30 Mazuyer, 2015:9.
- 31 Cfr. a valoración da Plataforma Social Europea, 2015:8, «Cependant, les statistiques officielles montrent que les entreprises préfèrent souvent payer une amende plutôt que de respecter la loi. Ceci rend l’insertion des personnes handicapées dans le marché du travail très difficile. Mais en général, il n’y a pas de lois semblables pour les personnes défavorisées. C’est pourquoi la transposition de l’article 20 est d’une importance capitale».
- 32 Larrazábal Astigarraga, 2014:143, «Ademais de aos programas de talleres e empregos protexidos, poderase reservar o dereito a participar nos procedementos de adxudicación ou reservar a súa execución a outro tipo de entidades, tales como cooperativas ou empresas de traballo asociado. A reserva a estas entidades terá que efectuarse exclusivamente no caso dos servizos sociais, culturais e de saúde que se recollen no seu artigo 74 e que leven determinados códigos. Malia iso, cómpre que se aprobe unha norma que garanta esa posibilidade, xa que a directiva deixa en mans dos Estados membros o seu exercicio». Tamén Bernete García, 2013:88, «O Comité Económico e Social Europeo (CESE) recomenda a adxudicación obrigatoria dun número ou unha porcentaxe determinada de contratos específicos a Centros Especiais de Emprego naqueles Estados membros en que exista un número importante de persoas con discapacidade que poden traballar pero que seguen inactivas».
- 33 Plataforma Social Europea, 2015:18, «En pratique, les conditions d’exécution peuvent inclure tous les facteurs compris dans le processus de production spécifique, la fourniture ou la commercialisation de l’objet du contrat. Elles excluent les exigences liées aux politiques générales de l’entreprise, comme la responsabilité sociale des entreprises (RSE)».
- 34 A opinión esperanzada, pero vixiante, da Federación Europea da Construción e a Madeira, 2015:9, «Mais sans conception correcte, cette politique échouera. Par conséquent, la transposition doit être soigneusement suivie, et des mesures concrètes doivent être évaluées et contrôlées depuis la pré-jusqu’à la post-passation des marchés. Les initiatives doivent être bien préparées. Dans l’intervalle, les États membres ont lancé les préparatifs da transposition, et certaines initiatives sont prometteuses».
- 35 Cfr. o balance de Van den Abeele, 2014, «Certes, il reste encore un long chemin à parcourir pour avoir une législation qui soit totalement compatible avec le développement durable, le respect irréfragable d’un haut niveau de protection sociale et la définition de critères d’emplois de qualité. Mais l’évolution est encourageante notamment au regard du rapport de forces, qui ne penche pas nécessairement en faveur d’une Europe progressiste. Espérons que le nouvelle Commission Juncker aura à cœur de confirmer la tendance».
- 36 Numeración que indica sen ningún xénero de dúbida o carácter prolixo deste regulamento.
- 37 O anexo correspondente do regulamento recolle o Pacto internacional de dereitos civís e políticos; o Pacto internacional de dereitos económicos, sociais e culturais; a Convención internacional sobre a eliminación de todas as formas de discriminación racial; a Convención sobre a eliminación de todas as formas de discriminación contra a muller; o Convenio para a prevención da tortura e das penas ou tratos inhumanos ou degradantes; a Convención sobre os dereitos do neno; a Convención para a prevención e a sanción do delito de xenocidio; o Convenio relativo á idade mínima de admisión ao emprego (n.º 138); o Convenio relativo á prohibición das peores formas de traballo infantil e a acción inmediata para a súa eliminación (n.º 182); o Convenio sobre a abolición do traballo forzoso (n.º 105); o Convenio relativo a traballo forzoso ou obrigatorio (n.º 29); o Convenio relativo á igualdade de remuneración entre a man de obra masculina e a man de obra feminina por un traballo de igual valor (n.º 100); o Convenio relativo á discriminación en materia de emprego e ocupación (n.º 111); o Convenio sobre a liberdade sindical e a protección do dereito de sindicación (n.º 87); o Convenio relativo á aplicación dos principios do dereito de sindicación e de negociación colectiva (n.º 98); e a Convención internacional sobre a represión e o castigo do crime de apartheid.
- 38 ECLI:EU:C:2008:189.
- 39 Mazuyer, 2015:8, «Dans un arrêt dit *Beentjes*, la Cour avait jugé valable dans son principe un critère d’attribution additionnel lié à la lutte contre le chômage, pourvu que soient respectés tous les principes fondamentaux du droit communautaire. Puis, elle avait admis la prise en considération de données sociales dans l’attribution des marchés publics à l’occasion de la passation de plusieurs marchés de travaux ayant pour objet la construction et la maintenance de bâtiments scolaires menées par la région Nord-Pas-de-Calais et le département du Nord. Dans cet arrêt, l’exigence du lien avec l’objet du marché n’était pas posée. Enfin, dans l’arrêt *Concordia Bus Finland* de 2002, la Cour a reconnu que les critères pouvaient ne pas être tous de nature économique. Les critères d’attribution peuvent prendre la forme d’un combinaison de critères qualitatifs et économiques sous quatre conditions: 1. le critère doit être lié à l’objet du marché; 2. le critère doit être objectif et suffisamment précis, c’est-à-dire que son utilisation ne doit pas donner lieu à une liberté inconditionnée de choix pour le pouvoir adjudicateur; 3. le critère doit respecter les obligations de publicité; 4. le critère ne doit pas violer le principe de non-discrimination». Cfr. a valoración desta xurisprudencia de Paniagua Zurera, 2013:203, «Non exaxeramos se afirmamos que o maior impulso aos criterios sociais na contratación pública harmonizada se debe á sensibilidade (social) e a valentía (xurídica) do Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea».
- 40 [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+P-2008-2404+0+DOC+XML+V0//ES \(08-01-2016\)](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+P-2008-2404+0+DOC+XML+V0//ES (08-01-2016)).
- 41 ECLI:EU:C:2014:2235.
- 42 O acertado comentario de Porta, 2015:4, «A ce compte, il y a peu de règle du droit social qui ne soit susceptible d’être qualifiée de restriction à la libre prestation. Toute à l’idée libérale de la notion de restriction, la Cour paraît bien convaincue que le respect du droit (social) constitue en soi un péché économique, une externalité négative entravant la libre circulation. Or, si elle n’est pas fermée, la voie du rachat est étroite. Il faut aux autorités nationales justifier da poursuite strictement proportionnée d’un objectif européen-compatible».
- 43 Broche, 2015, «Au niveau national, on note donc une difficulté à régler la matière sociale. Au niveau européen, on dénote une inaptitude et une insuffisance du droit dérivé en la matière. La directive 96/71 ne se révèle pas suffisamment adaptée aux deux objectifs

énoncés ci-dessus et ne s'adresse qu'aux seuls travailleurs détachés, ne couvrant pas la sous-traitance exécutée dans un Etat membre autre que celui proposant la conclusion du marché».

44 ECLI:EU:C:2015:760.

45 Tanto era así que a opinión do Goberno escocés

(http://www.scottish.parliament.uk/S4_InfrastructureandCapitalInvestmentCommittee/General%20Documents/Letter_from_Cabinet_Secretary_on_Prestwick_Airport.pdf (08-01-2016)) apostaba sen dúbida pola continuidade: «There is another case on which the Court of Justice of the European Union has been asked to provide a ruling; *RegioPost vs Stadt Landau* (C-115/14). The Court has been asked whether a public body can only award public contracts to contractors that agree to a condition set for public contract only (i.e. not including private contracts) to pay a specified rate of pay where there is an existing legal obligation to do so. We await the Court's findings on this issue, but have no reason to expect that it will differ substantially from previous rulings».

46 Entre outras, na Sentenza do 7 de outubro de 2010, *Vitor Manuel dos Santos Palhota e outros*, asunto C-515/08, ECLI:EU:C:2010:589.

47 Sobre as Conclusións do Avogado Xeral Mengozzi, que anticipaban o resultado da sentenza, véxase a opinión contraria de Semple, 2015, «Mengozzi's opinion will be welcomed by those who support the use of living wages in public contracts, as it creates a line of argumentation which the CJEU may adopt to distance itself from Ruffert. Although he does not mention the 2014 directives, Mengozzi's reasoning appears to be more in line with the expanded ability to apply social considerations under the new directives, including the explicit ability to reject tenders which do not comply with applicable social or labour laws or collective agreements under Article 56.1 of Directive 2014/24/EU. I agree with the criticism (put forward by Albert Sánchez Graells in his timely blog [here](#)) that just because an authority has a competence to do something – in this case, to apply minimum wages in respect of workers on public contracts only – it does not necessarily have a commensurate ability to do that thing in the context of an EU regulated procurement».

A potestade tributaria sobre os aproveitamentos das augas mine-rais e termais¹

La potestad tributaria sobre los apro-vechamientos de las aguas minerales y termales

Tax power on the mineral and ther-mal waters exploitation



MÓNICA SIOTA ÁLVAREZ

Profesora contratada doutora de Dereito Financeiro e Tributario
Universidade de Vigo (Galicia, España)
msiota@uvigo.es

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

Resumo: Este traballo ten como obxectivo principal analizar os distintos tributos –estatais, autonómicos e locais– que gravan os aproveitamentos das augas mineiras e termais. Non obstante, e con carácter previo, será necesario estudar algunhas cuestións relativas ao particular réxime xurídico deste tipo de recursos naturais, como por exemplo a súa controvertida titularidade, ou a súa especial distribución constitucional de competencias, na medida en que son aspectos que condicionan o exercicio da potestade tributaria sobre as augas mineiras e termais.

Palabras clave: augas mineiras e termais, canons, bens de dominio público, taxas.

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo principal analizar los distintos tributos –estatales, autonómicos y locales– que gravan los aprovechamientos de las aguas minerales y termales. Sin embargo, y con carácter previo, será necesario estudiar algunas cuestiones relativas al particular régimen jurídico de este tipo de recursos naturales, como por ejemplo su controvertida titularidade, o su especial distribución constitucional de competencias, en la medida en que son aspectos que condicionan el ejercicio de la potestad tributaria sobre las aguas minerales y termales.

Palabras clave: aguas minerales y termales, cánones, bienes de dominio público, tasas.

Abstract: The main subject of this study is to analyze state, regional and local taxes, which impose the mineral and thermal waters exploitation. However, and prior to this, it will be required to study certain issues of the particular legal regime, concerning this sort of natural resources. For instance, its controversial property or its special constitutional distribution of competences, these are aspects which determine the practice of tax power on the mineral and thermal waters.

Key words: mineral and thermal waters, charges, fees, public domain goods.

Sumario: 1 Introducción. 2 A complexa delimitación conceptual das augas mineiras e termais. 3 Algunhas particularidades do réxime xurídico das augas mineiras e termais. 3.1 A distribución constitucional de competencias en materia de augas mineiras e termais e a súa exclusión da Lei de augas. 3.2 A controver-

tida titularidade das augas minerais e termais. 4 Potestade tributaria sobre augas minerais e termais. 4.1 As augas minerais e termais e a Directiva marco de augas. 4.2 Análise das principais figuras tributarias que gravan os aproveitamentos de augas minerais e termais. 4.2.1 Tributos estatais. 4.2.2 Tributos autonómicos. 4.2.3 Tributos locais. 5 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Na abundantísima bibliografía xurídica sobre augas publicada nos últimos anos, apenas existen referencias específicas ao réxime xurídico das augas minerais e termais. Esta circunstancia é aínda máis evidente se nos referimos á fiscalidade destas augas: ningunha das publicacións que, nos últimos tempos, afondou sobre o réxime tributario da auga dedica un tratamento específico a este tipo de recursos.

Non obstante, as augas minerais e termais presentan, ademais dun gran desenvolvemento nos seus aproveitamentos e utilización –pensemos no rexurdimento da balneoterapia e na crecente demanda das augas minerais naturais envasadas–, un singularísimo réxime xurídico² que as converte en merecedoras dun estudo específico como o que pretendemos abordar.

A principal particularidade deste tipo de augas reside en que o artigo 3.1 da vixente Lei de minas de 1973 as inclúe dentro das substancias minerais da sección B. Isto é, aínda que se trata de recursos hídricos de especiais características en canto á súa composición química e temperatura de nacemento, e que, maioritariamente, forman parte do ciclo hidrolóxico por seren augas comúns que adquiren a súa mineralización ao seu paso polo subsolo, xuridicamente van ser consideradas recursos mineiros. Neste sentido, díxose que se atopan nun territorio fronteirizo entre o dereito de augas e o dereito de minas³.

A consideración como recursos mineiros deste tipo de augas e a súa separación, en xeral, do resto de augas continentais condicionarán aspectos básicos do seu réxime xurídico, como a súa distribución constitucional de competencias, a súa titularidade ou, mesmo, a súa propia delimitación conceptual. Só tras analizar estas cuestións será posible abordar, con certas garantías de éxito, o principal obxectivo do noso traballo: identificar os distintos tributos que gravan os aproveitamentos das augas minerais e termais.

2 A COMPLEXA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DAS AUGAS MINERAIS E TERMAIS

A Hidroloxía refírese ás minerais como aquelas augas que presentan concentracións moi elevadas dalgúns substancias químicas en disolución, ou un residuo seco moi elevado. En cambio, as termais ou termominerais son augas que se caracterizan por presentaren unha elevada temperatura de nacemento, e que adoitan engadir á súa condición de termais a de augas minerais, porque, grazas á súa elevada temperatura, presentan un alto grao de mineralización, ben en orixe, ou ben adquirida polos terreos a través dos que discorren ata chegaren á superficie⁴.

Non obstante, xuridicamente, a cuestión non é tan clara, xa que ao longo dos últimos dous séculos distintas normas estatais de carácter sectorial se referiron tanto ás augas minerais como ás termais, pero sen proporcionaren unha clara delimitación destas respecto do resto de augas continentais, e sen facer referencia aos concretos parámetros físicos e químicos que debían presentar para obter a condición de minerais ou termais. Con frecuencia, as diversas regulacións sectoriais limitábanse a establecer distintas clasificacións deste tipo de augas en función do

ámbito de aplicación concreto que tivesen, pero sen ofrecer un concepto unívoco das augas minerais e das termais.

Así, e polo que respecta ás augas minerais, a Lei de minas de 1973, que ten por obxecto instituír o réxime xurídico da investigación e aproveitamento dos depósitos minerais, non as define expresamente; só establece que, para os efectos desa norma, as augas minerais se clasifican en: augas mineromedicinais, que son as nacidas natural ou artificialmente, e que polas súas características e calidades serán declaradas de utilidade pública; e augas minero-industriais, que son as que permiten o aproveitamento racional das substancias que conteñen⁵. A ausencia dunha definición xurídica precisa das augas minerais, e en particular das mineromedicinais –ao non facerse mención ás características e calidades que debían reunir para seren cualificadas como tales–, levou a doutrina a afirmar que nos atopabamos ante un “concepto xurídico indeterminado”⁶.

Xunto a esta clasificación das augas minerais da Lei de minas convivían outras dúas. Por unha parte, o Código alimentario de 1967, polo que se determinaban as condicións mínimas que debían reunir as augas que se usaban como bebida, e que clasificaba as augas en mineromedicinais –ou simplemente minerais– e augas de mesa. E a regulamentación técnico-sanitaria para a elaboración, circulación e comercio das augas de bebida envasada de 1981, que distinguía entre augas mineromedicinais envasadas e augas minerais naturais envasadas.

O panorama conceptual en relación con este tipo de augas aclarouse considerablemente grazas á influencia que a normativa comunitaria exerceu no noso ordenamento xurídico. A Directiva 80/777/CEE, do 15 de xullo de 1980, relativa á aproximación das lexislacións dos Estados membros sobre a explotación e comercialización de augas minerais naturais⁷, conseguiu que os distintos países da Unión Europea harmonizasen as súas definicións xurídicas de augas minerais⁸, permitindo que en España se ofrecese unha delimitación precisa do que se debe entender por este tipo de augas. Esta directiva recolle unha definición de augas minerais que pon o acento na pureza de tales augas e na súa composición. De aí que o artigo 2.B.a) do Real decreto 1074/2002, do 18 de outubro, polo que se regula o proceso de elaboración, circulación e comercio de augas de bebida envasadas, e polo que actualmente se traspón ao noso ordenamento a dita directiva, defina as “augas minerais naturais”, en termos moi similares aos da directiva, como: «aquelas bacterioloxicamente sas que teñan a súa orixe nun estrato ou depósito subterráneo e que abrollen dun manancial nun ou varios puntos de nacemento, naturais ou perforados. Estas augas pódense distinguir claramente das restantes augas potables: a) pola súa natureza, caracterizada polo seu contido en minerais, oligoelementos e outros compoñentes e, en ocasións, por determinados efectos; b) pola súa pureza orixinal, características estas que foron conservadas intactas, dada a orixe subterránea da auga, mediante a protección do acuífero contra todo risco de contaminación».

Deste xeito, a cualificación tradicional da Lei de minas de “augas mineromedicinais” actualmente só se podería aplicar respecto das augas minerais e termais empregadas en establecementos balnearios, utilizándose a de “augas minerais naturais” para as augas minerais envasadas⁹.

As augas termais, non obstante, foron definidas por primeira vez na Lei 22/1973, do 21 de xullo, de minas. Ata ese momento, ningunha normativa se ocupara especificamente deste tipo de augas. A vixente Lei de minas non só as define como «aquelas cuxa temperatura de nacemento sexa superior en catro graos centígrados á media anual do lugar onde nazan»¹⁰, senón

que, ademais, pretende distinguilas das minerais. E é que, como puxo de manifesto Barriobero Martínez, a escisión que leva a cabo esta norma entre ambos os dous tipos de augas é máis aparente que real¹¹, xa que o artigo 30 da propia Lei de minas dispón que «as augas termais que sexan destinadas a usos terapéuticos ou industriais se considerarán como augas minerais...». Polo tanto, habería que supor que se as augas termais son usadas con fins terapéuticos poderían ser consideradas augas mineromedicinais, e se son empregadas con fins industriais poderían cualificarse como augas minero-industriais¹².

Tampouco axuda a perfilar a delimitación conceptual das augas minerais e termais o feito de que o noso ordenamento non aclare se as augas de manancial se poden considerar ou non incluídas dentro da categoría das augas minerais naturais, como unha subespecie destas. Todo parece indicar que as augas de manancial e as minerais, malia teren distinta natureza –a súa composición e grao de mineralización é distinto–, comparten unha serie de características comúns. E, aínda que a doutrina se mostrou partidaria de considerar as de manancial como augas comúns¹³, o certo é que algunhas comunidades autónomas, no uso das súas competencias normativas, incluíron as augas de manancial entre as minerais e termais¹⁴.

Aínda que, quizais, un dos principais problemas á hora de ofrecer un concepto xurídico de augas minerais e termais é o de atopar o lexislador competente para facelo¹⁵.

As comunidades autónomas, como se analizará a continuación, poden asumir competencias sobre as augas minerais e termais en virtude do artigo 148.1.10ª da Constitución, e todas elas o fixeron a través dos seus respectivos estatutos de autonomía. Esta circunstancia determinou, na práctica, que moitas delas establecesen diversas definicións de augas minerais e termais, para os efectos da súa propia normativa.

Non obstante, a maioría da doutrina considera que, tendo en conta o título competencial “bases do réxime mineiro” do artigo 149.1.25ª da Constitución, debería ser competencia exclusiva do lexislador estatal establecer a definición do que, para efectos xurídicos, cómpre entender por estas augas¹⁶. En consecuencia, as comunidades autónomas terían que axustarse, nas súas respectivas normativas sobre a materia, á definición e clasificación das augas minerais e termais que ofrezca o lexislador estatal¹⁷.

3 ALGUNHAS PARTICULARIDADES DO RÉXIME XURÍDICO DAS AUGAS MINERAIS E TERMAIS

3.1 A distribución constitucional de competencias en materia de augas minerais e termais e a súa exclusión da Lei de augas

Afirmouse que un dos aspectos máis transcendentais que presenta a regulación das augas minerais e termais é o réxime de distribución de competencias que para elas establece a Constitución española de 1978¹⁸. Como consecuencia deste, o réxime xurídico destas augas, e en especial a súa xestión, vai quedar completamente illado do que resulta de aplicación para o resto dos recursos hídricos¹⁹.

De entrada, a Constitución dedica preceptos distintos a instaurar o réxime competencial dos recursos hídricos e das augas minerais e termais. Así, o artigo 149.1.22ª ocúpase dos primeiros e o artigo 148.1.10ª refírese ás segundas. Iso determina, ademais, que as augas minerais e termais presenten un sistema de distribución de competencias distinto do establecido para o resto dos recursos hídricos.

En opinión de Barriobero Martínez²⁰, a singular consideración xurídica que, en pleno proceso de elaboración do texto constitucional, se tiña sobre as augas minerais e termais tería influído notablemente no constituínte á hora de establecer a repartición competencial sobre as mencionadas augas, aínda que se debe advertir que, malia considerarse tradicionalmente como recursos minerais, se fixo referencia ás augas minerais e termais nun título competencial en materia de augas e non de minas, materia que, por outra parte, non aparece no artigo 148.1 da Constitución española²¹.

O artigo 148.1.10^a da Constitución dispón que as comunidades autónomas “poderán asumir” competencias en materia de proxectos, construción e explotación dos aproveitamentos hidráulicos, canles e regadíos cando sexan do seu “interese”, así como en materia de augas minerais e termais, mentres que o artigo 149.1.22^a establece que o Estado ten competencia exclusiva en materia de lexislación, ordenación e concesión de recursos e aproveitamentos hidráulicos cando as augas “discorran por máis dunha Comunidade Autónoma”.

O teor de ambos os dous preceptos, como expuxo a doutrina²², é de difícil harmonización polo que respecta aos aproveitamentos hidráulicos ao utilizarse criterios non coincidentes para deslindar as respectivas competencias; a saber, o do interese para o caso das posibles competencias autonómicas, e o territorial para determinar as competencias estatais. Ademais, os excesos cometidos por algúns estatutos de autonomía á hora de asumir competencias nesta materia contribuíron a introducir maior confusión na repartición competencial²³.

Houbo que agardar á aprobación da Lei 29/85, do 2 de agosto, de augas²⁴, para deslindar de forma precisa as competencias do Estado e das comunidades autónomas en materia de recursos hídricos²⁵. A dita norma recoñeceu o principio de unidade do ciclo hidrolóxico do que deriva, en relación coa cuestión competencial que estamos a analizar, o principio de unidade de xestión das cuncas hidrográficas²⁶, diferenciando entre cuncas que excedan o ámbito territorial dunha Comunidade Autónoma e as que se atopen comprendidas integramente dentro do territorio dunha delas. No primeiro caso, o das cuncas intercomunitarias, a xestión dos recursos hídricos correspóndelle ao Estado, mentres que no segundo, o das cuncas intracomunitarias, a xestión poderíalles corresponder ás comunidades autónomas.

O debate sobre a distribución de competencias en materia de recursos hídricos péchase definitivamente coa famosa STC 227/88, do 29 de novembro, pola que se confirma a constitucionalidade da maior parte da Lei de augas, e con ela da cunca hidrográfica como ámbito territorial de xestión das augas, ao tempo que serve de criterio delimitador de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas nesta materia.

En calquera caso, a consideración de recursos mineiros das augas minerais e termais²⁷ permitiu que estas permanecesen á marxe da polémica suscitada arredor da dificultade de harmonizar os criterios de distribución de competencias empregados para o resto de augas dos artigos 148.1.10^a e 149.1.22^a da Constitución, atribuíndoselles ás comunidades autónomas competencias sobre as augas minerais e termais, con independencia da súa pertenza ou non ao ciclo hidrolóxico²⁸, e ao tipo de cunca en que se atopasen radicadas, xa que, como afirma Álvarez Fernández, «non existe ningunha dificultade en recoñecer a competencia das comunidades autónomas sobre as augas minerais e termais (...), competencia que se deberá exercer conforme as bases do réxime mineiro e enerxético»²⁹.

E así, desde a aprobación inicial dos seus primeiros estatutos de autonomía³⁰, todas as comunidades autónomas puideron asumir competencias lexislativas, regulamentarias e de execución

en materia de augas minerais e termais³¹. Aínda que se dixo que o lexislador autonómico debería ser particularmente cauteloso nesta materia³², sobre todo se se teñen en conta os intentos frustrados de regulación estatal dos últimos anos³³.

Como consecuencia natural do sistema de distribución de competencias previsto na Constitución, estas augas veranse excluídas, inicialmente, dos principios contidos na Lei de augas³⁴, os cales rexen a ordenación do resto de recursos hídricos. Esta circunstancia foi abertamente criticada pola doutrina³⁵, tendo en conta, ademais, que a Hidroloxía defendeu a pertenza da maioría destas augas ao ciclo hidrolóxico³⁶.

3.2 A controvertida titularidade das augas minerais e termais

A titularidade das augas termais foi, e é, unha cuestión polémica entre a doutrina³⁷, ben que ultimamente, como apunta López Ramón³⁸, as dúbidas sobre o carácter privativo ou demanial destas augas xorden como consecuencia da superposición de sucesivas remisións normativas que, tras a Lei de augas de 1985, remataron por crear un agudo problema interpretativo, aínda que para parte da doutrina nos atopariamos, en realidade, ante un problema integrativo ao non existir ningunha norma que actualmente regule a titularidade destas augas.

Para coñecer a cuestión nos seus xustos termos cremos conveniente realizar, en primeiro lugar, un breve percorrido histórico sobre a regulación xurídica desta cuestión para, a continuación, analizar os principais argumentos que barallou a doutrina á hora de pronunciarse sobre a titularidade destas augas.

Conforme o dereito de augas do século XIX, e en particular a Lei de augas de 1879, a titularidade das augas dependía tanto da forma en que estas se manifestaban na natureza –augas superficiais, augas subterráneas...– como da natureza xurídica do terreo onde nacían. Así, por exemplo, no caso das augas subterráneas, o criterio diferenciador era o da condición pública ou privada dos terreos onde as ditas augas vían a luz, de xeito que, se os terreos onde as augas xurdían, natural ou artificialmente, eran privados, as augas eran de propiedade privada; e, se aqueles eran públicos, as augas tiñan tal natureza. As augas minerais e termais –ao seren de natureza maioritariamente subterránea– non constituían unha excepción a esta regra, asumindo a mesma condición xurídica que a do terreo sobre o que nacían ou xurdían³⁹. E dado que, nese momento histórico, os predios de propiedade privada superaban amplamente os de propiedade pública, a maior parte das augas minerais e termais eran de titularidade privada.

Posteriormente, a Lei de minas de 1944 mantivo expresamente o réxime de propiedade que para estas augas establecera a Lei de augas de 1879 e, en consecuencia, só podían ser explotadas mediante concesión administrativa as augas minerais que tivesen a consideración de augas públicas, isto é, as nadas natural ou artificialmente en predios de propiedade pública.

A continuación, o artigo 2.2 da vixente Lei de minas de 1973, que inclúe entre o seu obxecto as augas minerais e termais, estableceu que, «en canto ao dominio das augas, se observará o disposto no Código civil e leis especiais, sen prexuízo do que establece esta lei no relativo á súa investigación e aproveitamento». Así, o réxime das augas minerais e termais queda dividido en dous sectores normativos: o relativo ao dominio das augas, contido “no Código civil e leis especiais”, e o correspondente á “súa investigación e aproveitamento”, incluído na Lei de minas. Para López Ramón, a finalidade desta distinción era evitar que a xenérica declaración de dominio público dos recursos mineiros, levada a cabo mediante o artigo 2.1 da mesma Lei de minas, afectase ás augas minerais e termais, que podían, polo tanto, seguir sendo cualificadas

como públicas ou privadas segundo os mesmos criterios xerais que entón se aplicaban a todas as augas⁴⁰.

Así as cousas, certas previsións normativas da Lei de augas de 1985 xerarán importantes dúbidas á hora de determinar a titularidade das augas minerais e termais, xa que, se por un lado o artigo 2.2 da Lei de minas de 1973 segue contendo a mesma remisión ao Código civil e ás leis especiais en canto ao dominio das augas minerais e termais⁴¹, por outro lado a lexislación de augas dispuxo, especificamente para as augas minerais e termais, que “se regularán pola súa lexislación específica”⁴². En consecuencia, a cuestión da titularidade das augas minerais e termais aparece agora remitida: na lexislación mineira ao Código civil e a “leis especiais” –isto é, á lexislación de augas–; e na lexislación de augas a unha “lexislación específica” que, ou ben se considera que non existe, xerándose así unha lagoa que habería que encher⁴³, ou ben se estima que a dita lexislación é a mineira –que non regula a titularidade destas augas–, ou a normativa autonómica sobre as augas minerais e termais –que non pode regular esta materia–, ou o Código civil. É evidente que este xogo de remisións non dá solución directa ao problema da titularidade desta auga, circunstancia esta que será capital non só, como xa se indicou⁴⁴, para determinar o título administrativo necesario para os seus aproveitamentos, senón tamén, e polo que a nós respecta, para determinar o posible establecemento de certos tributos –concretamente, taxas– sobre os seus aproveitamentos.

Tratando de resolver este dilema, a doutrina posicionouse, basicamente, entre dúas grandes teses: os que sosteñen que as augas minerais e termais son de dominio público, podendo distinguirse entre eles, á súa vez, autores que vinculan a demanialidade desas augas á lexislación mineira e autores que a relacionan coa lexislación de augas; e os que defenden que as ditas augas poden ser de titularidade privada e de titularidade pública. A continuación trataremos de sintetizar os argumentos que dan uns e outros para sustentar as súas respectivas posturas⁴⁵.

Entre os autores que apostan pola natureza demanial das augas minerais e termais, vinculando esa natureza á Lei de minas, atópase Bermúdez Sánchez⁴⁶. Considera este autor que as augas minerais e termais estarían integradas no dominio público desde a Lei de minas de 1944, e, por iso, a remisión da Lei de minas de 1973 ao Código civil e á lexislación de augas referiríase exclusivamente ás augas comúns, e non ás minerais e termais. Non obstante, esta tese, ademais de pretender reavivar un debate que xa estaba pechado no noso ordenamento xurídico sobre a cuestión da titularidade das augas minerais e termais conforme a lexislación vixente no período 1944-1985⁴⁷, parece obviar que, na Lei de minas, só as augas minerais e termais son obxecto dunha regulación específica sobre “a súa investigación e aproveitamento”, e polo tanto só a elas –e non ás augas comúns– ha de entenderse referida a remisión a outras leis para determinar “o seu dominio”⁴⁸.

De feito, a maioría da doutrina que defendeu o carácter de dominio público destas augas vinculouno coa Lei de augas⁴⁹. Así, e tendo en conta que a maior parte das augas superficiais xa tiñan a consideración de augas públicas, e que o principio de unidade de ciclo hidrolóxico facía aconsellable declarar o carácter demanial de todas as augas⁵⁰, considérase por parte de certos autores que, na declaración xeral de dominio público de todas as augas subterráneas renovables do artigo 1.3 da Lei de augas⁵¹, estarían incluídas as augas minerais e termais.

Pero, unha vez máis, estimamos que hai argumentos que demostrarían que esta posición doutrinal é errónea. En primeiro lugar porque non todas as augas subterráneas teñen carácter demanial, xa que a Lei de augas só declara como tales as renovables⁵². E aínda que se cuestionou

e criticou a razón mesma da non inclusión das augas subterráneas non renovables no dominio público hidráulico, o certo é que, á vista do artigo 2.a) do Texto refundido da Lei de augas, hai que entender que as ditas augas non están incluídas na cláusula xeral de demanialidade⁵³.

E en segundo lugar porque, aínda no hipotético caso de atoparnos na natureza ante augas minerais e termais que forman parte das augas subterráneas renovables incluídas no ciclo hidrolóxico, xuridicamente falando non sería posible soste que as augas minerais e termais son de dominio público. Como moi ben explicou López Ramón, «a exclusión dese réxime para as augas minerais e termais, con todo o contradictorio e anticuado que puidese parecer, está ordenada –referíndose ao Texto refundido da Lei de augas– por partida dobre: no artigo 1.5 (as augas minerais e termais regularanse pola súa lexislación específica) e no artigo 1.2 (ao establecer que ás augas minerais e termais se lles apliquen as normas básicas de protección, pero sen prexuízo da súa cualificación xurídica e da lexislación específica que lles sexa de aplicación)»⁵⁴. Trataríase, como este mesmo autor recoñece, dunha “incoherencia conscientemente mantida polo lexislador”⁵⁵, xa que a Lei de augas de 1985 renunciou a regular en bloque, sen ningún tipo de precisión, as augas minerais e termais e, nun segundo momento, tras a reforma de 2003 desta norma, precisouse que, malia a exclusión do réxime das augas minerais e termais, a estas se lles aplican “as normas básicas de protección” establecidas na Lei de augas, indicando ademais, para evitar todo tipo de dúbidas, que tales normas básicas de protección non comprendían a súa cualificación xurídica. Por iso, López Ramón afirma que «traizoariamos a literalidade e o espírito da Lei de augas se, a pesar de tan tallantes exclusións, mantivésemos que ás augas minerais e termais lles resulta de aplicación a cualificación xurídica como bens do dominio público cando resulten ser augas subterráneas renovables»⁵⁶.

En definitiva, aínda que puidese ser certo que, en termos físicos, a maior parte das augas minerais e termais se atopan confundidas coas augas subterráneas renovables e que estas constitúen dominio público, non hai argumentos normativos que nos permitan soste que as augas minerais e termais son de dominio público, ao quedaren estas explicitamente excluídas de tal declaración. A Lei de augas non altera o feito físico de que as augas subterráneas renovables poidan ser augas minerais e termais; “o que fai é establecer unha cualificación xurídica diferente para unhas e outras”⁵⁷.

Como indicabamos máis arriba, son dúas as teses que baralla a doutrina á hora de determinar a titularidade das augas minerais e termais. A segunda delas, e á que nos sumamos, considera, en liñas xerais, que a estas augas lles son aplicables os criterios de titularidade contidos no Código civil, baseados no principio de accesión, e en virtude dos cales as augas terán a mesma titularidade que o fondo onde ven a luz ou son nacidas.

O seu principal adañil é Martín-Retortillo Baquer⁵⁸, quen, en primeiro lugar, recoñece que a exclusión das augas minerais e termais da titularidade pública ordenada para as augas subterráneas renovables choca frontalmente coa Lei de augas de 1985, e en especial co principio de integración no ciclo hidrolóxico. Pero, ao mesmo tempo, advirte da improcedencia de lles aplicar ás augas minerais e termais o réxime establecido para as augas subterráneas renovables na Lei de augas, xa que esta exclúe do seu ámbito de aplicación as ditas augas, remitindo á lexislación mineira para definir a súa titularidade. E dado que a Lei de minas de 1973, á súa vez, remite a cuestión da titularidade das augas minerais e termais tanto ao Código civil como á lexislación especial de augas, ante o silencio desta última, o autor propón aplicar o establecido nos artigos 407 a 425 do Código civil, preceptos que só foron derogados pola Lei de augas

de 1985 “en canto se opoñan ao establecido nesta lei”⁵⁹. Polo tanto, haberá que entender, mediante a interpretación da normativa que resulta de aplicación, que as referencias do Código civil á titularidade das augas subterráneas continúan en vigor, exclusivamente, para as augas minerais e termais.

Así, e malia que algúns autores consideraron que para determinar a titularidade das augas minerais e termais nos atoparíamos ante unha lagoa normativa que o lexislador tería que encher declarando a demanialidade destas mediante regulación expresa⁶⁰, o certo é que actualmente hai lei aplicable⁶¹: son os artigos 407 e seguintes do Código civil⁶². Deste xeito, e combinando os mencionados artigos do Código civil e os artigos 23 e seguintes da Lei de minas, ou, o que é o mesmo, os principios de ocupación e accesión co de intervención administrativa, que garante o aproveitamento racional do recurso, é posible distinguir un réxime xurídico para as augas minerais e termais de titularidade pública, e outro distinto para as augas minerais e termais cando son de propiedade privada⁶³. E iso con independencia de que nos pareza máis apropiado que o lexislador estatal, nalgún momento⁶⁴, declare a demanialidade das augas minerais e termais⁶⁵.

Algúns lexisladores autonómicos pronunciáronse sobre a titularidade destas augas⁶⁶; non obstante, defendemos que a competencia para levar a cabo esta operación sería única e exclusivamente do lexislador estatal⁶⁷, pois trátase de bens que pertencen ao dominio público natural. Neste sentido, a STC 227/1988, do 29 de novembro, recoñeceu que a declaración do carácter demanial de determinadas categorías ou xéneros enteiros de bens definidos polas súas características físicas ou naturais homoxéneas lle corresponde ao Estado, xa que a Constitución non ofreceu unha lista pechada dos bens que forman parte dese dominio público natural “pero si quixo explicitamente reservarlle á lei, e precisamente á lei estatal, a potestade de completar esa enumeración”. Esta doutrina do Tribunal Constitucional complétase coa Sentenza 247/2007, do 12 de decembro, na que se afirma que, «coa remisión á lei que realiza o artigo 132.2 CE, hai que dicir que a lei que inclúa determinados bens no dominio público estatal só pode ser no noso ordenamento complexo a lei do Estado. E iso, no substancial, por unha dobre orde de razóns. A primeira, porque a titularidade estatal do dominio determina potestades dominicais que só pode atribuír para si e autoimpor o propio Estado. A segunda, porque a demanialidade aparta os bens así cualificados das relacións ordinarias entre particulares (artigo 132.1 CE), o que remite a diversas competencias estatais».

4 POTESTADE TRIBUTARIA SOBRE AUGAS MINERAIS E TERMAIS

4.1 As augas minerais e termais e a Directiva marco de augas

A política de augas é obxecto de preocupación específica por parte da Unión Europea⁶⁸, como o demostra, entre outras disposicións, a Directiva 2000/60/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de outubro de 2000, pola que se establece un marco comunitario de actuación no ámbito da política de augas (en diante DMA)⁶⁹.

A citada directiva nace co obxectivo de establecer un marco para a protección das augas superficiais continentais, as augas de transición, as augas costeiras e as augas subterráneas, encamiñado a: previr ou reducir a contaminación; promover un uso sustentable da auga baseado na protección a longo prazo dos recursos hídricos dispoñibles; protexer o medio ambiente e o medio acuático; mellorar o estado dos ecosistemas acuáticos e paliar os efectos das inundacións e secas. Define, en consecuencia, a estratexia global dos obxectivos e das actuacións prioritarias

dunha política de augas da Unión Europea e consagra o bo estado ecolóxico da auga como o obxectivo primordial a conseguir antes de 2016⁷⁰.

Aínda que a DMA non contén ningunha referencia expresa ás augas minerais e termiais⁷¹, o certo é que as ditas augas «se van ver beneficiadas dos instrumentos xerais de protección das augas previstos na Directiva marco», de aí que indirectamente se vexan favorecidas polos instrumentos de protección das augas fronte á contaminación, previstos na DMA⁷².

Neste sentido, e desde a perspectiva do dereito tributario, interesa destacar que o artigo 9 da DMA establece, como principio reitor, o de recuperación de custos dos servizos relacionados coa auga, incluídos os custos ambientais, e os relativos aos recursos, e en particular de conformidade co principio de “quen contamina paga”.

Como se puxo de manifesto, este principio de recuperación de custos dos servizos non aparece enumerado expresamente entre os principios comunitarios en materia de medio ambiente, pero deriva do principio de “quen contamina paga”, xa que «todo aquel que cause un dano ambiental deberá asumir os custos da súa prevención ou da compensación correspondente»⁷³.

En consecuencia, os distintos Estados membros estableceron diversas exaccións que recaen sobre as diferentes fases do ciclo integral da auga, e que teñen como finalidade recuperar os custos correspondentes a cada unha das ditas fases. Así, é posible distinguir: as que gravan a extracción e captación da auga; as relativas ao uso ou consumo de auga; e as concernentes á contaminación derivada das verteduras ao recurso hídrico, onde o gravame se establece en función da cantidade e calidade dos efluentes⁷⁴.

Tamén o noso país se viu obrigado a asumir o principio comunitario de recuperación de custos dos servizos relacionados coa auga por parte de todas as administracións intervenientes no ciclo da auga.

A transposición da DMA, no eido estatal, realizouse a través do artigo 129 da Lei 62/2003, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e de orde social, a cal dá entrada, entre outros preceptos, ao artigo 111.bis no Texto refundido da Lei de augas. Pero a aplicación efectiva da DMA tamén vincula as comunidades autónomas e as entidades locais, dentro dos seus respectivos ámbitos competenciais, de xeito que, cando os ditos entes públicos aproben ou modifiquen o réxime dos tributos vinculados ás prestacións dos servizos do ciclo da auga, deberán ter en consideración os mandatos comunitarios⁷⁵.

4.2 Análise das principais figuras tributarias que gravan os aproveitamentos de augas minerais e termiais

Igual que acontece co resto de augas, as minerais e termiais son susceptibles de seren gravadas polos tres niveis de goberno que gozan de poder tributario (Estado, comunidades autónomas e concellos). Por iso, e a continuación, trataremos de sistematizar os diferentes tributos que gravan os aproveitamentos desas augas atendendo a quen é o seu acreedor.

En calquera caso, chama a atención que a maioría de figuras que se crearon para someter a gravame as augas en xeral, e as minerais e termiais en particular, reciban a denominación de “canons”⁷⁶, sobre todo se temos en conta que o artigo 2.2 da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria, establece que os tributos, “calquera que sexa a súa denominación, se clasifican en taxas, contribucións especiais e impostos”, e sen que poidamos recoñecer, en consecuencia, o canon como unha cuarta categoría tributaria. Polo tanto, e con independencia de cales fosen as razóns polas que os lexisladores –estatal e autonómicos– se afastaron das categorías tributa-

rias clásicas para crearen, entre outras figuras, “canons” sobre as augas⁷⁷, haberá que analizar o réxime xurídico de cada un deles para tratar de encadralos, na medida do posible, nalgunha das figuras tributarias que recoñece o noso ordenamento: imposto, taxa e contribución especial⁷⁸. Porque, como sinalou Herrera Molina, mesmo admitindo que é posible crear novas figuras, «as categorías xurídicas tradicionais son camiños seguros e ben trazados. Se se abandonan debe ser porque existe unha clara idea de a onde se quere chegar e por que novos medios se pode conseguir con vantaxe ese obxectivo»⁷⁹.

4.2.1 Tributos estatais

Quizais o tributo que, por definición, mellor podería gravar o aproveitamento das augas termais sería a taxa, ao integrarse tradicionalmente no seu feito imponible a utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público. No entanto, actualmente, non sería posible establecer unha taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial das augas minerais e termais, por non teren estas a condición de demaniais.

Lembremos que, para que o lexislador poida crear este tipo de tributos, non só é necesario que o ente público impositor sexa titular das ditas augas, senón que ademais estas deben ter a consideración de bens de dominio público⁸⁰. Ao respecto, o artigo 132 da Constitución dispón que «son bens de dominio público estatal os que determine a lei e, en todo caso, a zona marítimo-terrestre, as praias, o mar territorial e os recursos naturais da zona económica e da plataforma continental». Polo tanto, e ademais dos bens especificamente clasificados pola Constitución como bens de dominio público estatal, correspóndelle á lei estatal non só establecer os bens que van ter a consideración de demaniais⁸¹, senón tamén determinar a titularidade de tales bens, sexa estatal, autonómica, etc.⁸².

Por iso se dixo que, no caso de que se producise a demanialización das augas minerais e termais, o Estado podería crear algunha figura tributaria como un canon de aproveitamento de augas minerais e termais. Cuestión distinta sería a súa xestión e recadación, tendo en conta a competencia autonómica na materia subxacente⁸³, aínda que o Tribunal Constitucional admitiu a posible disociación entre o titular do dominio público con poder tributario para establecer unha taxa e o competente para a xestión do dominio público e o outorgamento da correspondente concesión. A STC 227/1988, relativa á Lei de augas de 1985, axuizou os artigos 104 e 105 desta norma –actualmente artigos 112 e 113 do Texto refundido da Lei de augas– que establecían cadanseus canons pola utilización de determinados bens de dominio público hidráulico e a realización de verteduras en augas públicas. Tales artigos foron recorridos por distintas comunidades autónomas por consideraren que, tratándose de augas intracomunitarias –as que discorren integramente no territorio dunha Comunidade Autónoma–, a competencia para a súa exacción lle correspondía á Comunidade Autónoma, por ser a titular das competencias de execución e xestión deste aproveitamento, e non ao Estado, malia tratarse de bens integrantes do dominio público estatal. Tendo en consideración o artigo 7.1 da Lei orgánica de financiamento de comunidades autónomas, que lles outorga a competencia para establecer taxas sobre a utilización do seu dominio público, o Tribunal Constitucional confirmou a competencia do Estado para establecer estas taxas, sen prexuízo de que, como dispón o Texto refundido da Lei de augas, os tributos regulados nos artigos 112 e 113 poidan ser xestionados, recadados ou percibidos pola Administración hidráulica das comunidades autónomas, que poderá establecer, ademais, outras taxas polos procedementos administrativos que desenvolva para o outorgamento da concesión⁸⁴. Esta doutrina foi reiterada na Sentenza do Tribunal Constitucional

149/1991, do 4 de xullo, que resolveu os recursos de inconstitucionalidade presentados fronte á Lei 22/1988 de costas⁸⁵.

Nos últimos anos tivemos coñecemento de dous proxectos normativos que, aínda que non prosperaron, contemplaban a demanialización das augas minerais e termais, ao tempo que prevían distintos tributos cos que se gravaban os seus aproveitamentos.

En primeiro lugar, o Anteproxecto de Lei de bases das augas minerais e termais do ano 2007, que, tras declarar abertamente a pertenza ao dominio público estatal destas augas, prevía unha taxa cuxos suxeitos pasivos eran os titulares de concesións para o seu aproveitamento. Tratábase do denominado “Canon de aproveitamento de augas minerais”, regulado na disposición adicional cuarta do anteproxecto. O seu feito imponible viña determinado polo «uso privativo das augas minerais que pertencen ao dominio público estatal». En consecuencia, a través deste canon gravaríase tanto o aproveitamento das augas mineromedicinais e termais en balnearios como calquera das augas enunciadas no artigo 2 do anteproxecto (augas minerais naturais para o consumo humano, augas minero-industriais e augas de manancial) mediante algún dos usos previstos no artigo 3⁸⁶. Tratábase dunha taxa estatal, aínda que a normativa prevía que fose recadada polos municipios, ao devindicarse “a favor do municipio en que se atope o aproveitamento”. A exposición de motivos do anteproxecto xustificaba que a taxa “revertese” nos concellos “por ser a Administración máis próxima aos aproveitamentos”.

En segundo lugar, o borrador do Anteproxecto de reforma da Lei de minas, que se coñeceu en 2014, consideraba no seu título VI (“Normas tributarias”) dous novos tributos: un canon de superficie e un imposto sobre o valor da extracción dos recursos minerais e xeolóxicos. Polo que se refire ao canon de superficie, o artigo 67 do anteproxecto dispuña que os «titulares de dereitos mineiros da sección B desta lei están obrigados ao pagamento do canon de superficie cuxo feito imponible é o uso exclusivo dos recursos minerais e xeolóxicos que son de dominio público»⁸⁷, mentres que o artigo 68 do anteproxecto se ocupaba de establecer os distintos elementos esenciais do imposto sobre o valor da extracción dos recursos minerais e xeolóxicos, que se configuraba como un tributo de carácter directo e natureza real que gravaba o valor dos recursos minerais e xeolóxicos de dominio público extraídos no ámbito de aplicación do imposto. Constituía o seu feito imponible a extracción en territorio español de minerais e demais recursos xeolóxicos, mediante as autorizacións de explotación ou concesións de aproveitamento ás que facía referencia este anteproxecto de lei. A base imponible estaba constituída polo valor da extracción dos recursos que formaban parte do ámbito obxectivo do imposto. Ese valor determinábase atendendo ao importe total que lle correspondese percibir ao contribuínte por aqueles recursos que fosen vendidos ou entregados no período impositivo.

Non obstante, actualmente non existe ningunha taxa estatal que grave a utilización privativa ou o aproveitamento especial das augas minerais e termais. Por unha parte, o canon por superficie de minas previsto nos artigos 40 a 43 da Lei 6/1977, de fomento da minaría, refírese só aos recursos mineiros da sección C) e non aos da sección B), que é onde se atopan clasificadas estas augas. E, como analizaremos a continuación, nin o canon de utilización dos bens de dominio público hidráulico, previsto no artigo 112 do Texto refundido da Lei de augas, nin o canon pola concesión ou autorización de ocupación ou aproveitamento do dominio público marítimo-terrestre, considerado no artigo 84 da Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas, someten a gravame as augas minerais e termais.

Agora ben, na medida en que fisicamente este tipo de augas son recursos hídricos, haberá que analizar se algún dos tributos que prevé o Texto refundido da Lei de augas é susceptible de someter a gravame as augas minerais e termais. En principio, e tendo en conta o título VI do dito texto normativo (“Do réxime económico-financeiro da utilización do dominio público hidráulico”), en que se establecen distintos tipos de figuras tributarias relacionados coas augas, puidese parecer que as minerais e termais quedarían excluídas de todo gravame ao non formaren parte, como xa se analizou, dese dominio público. Só tras unha análise máis detallada dos distintos canons que considera o Texto refundido da Lei de augas, e polo que respecta a algunha figura en concreto, poderíamos chegar a unha conclusión diferente.

Referímonos, en particular, ao canon de control de verteduras do Texto refundido da Lei de augas, regulado no seu artigo 113. Tras esta figura, a maioría da doutrina coincide en afirmar que nos atopamos ante unha taxa⁸⁸ que grava as verteduras⁸⁹, sometidas a autorización⁹⁰, que se realizan ao dominio público hidráulico. En consecuencia, toda vertedura de augas minerais ou termais, susceptible de contaminar⁹¹, que se realizase sobre dominio público hidráulico, estaría suxeita a este canon. Se a vertedura, en lugar de en augas continentais, se producise en augas mariñas, resultaría de aplicación o canon por verteduras contaminantes, previsto no artigo 85 da Lei de costas⁹².

Por último, cremos conveniente aclarar que o canon de utilización dos bens de dominio público hidráulico, regulado no artigo 112 do Texto refundido da Lei de augas, é un tributo que grava a ocupación ou aproveitamento do dominio público hidráulico previsto nas letras b) e c) do artigo 2 do propio Texto refundido da Lei de augas, isto é, leitos de correntes naturais e leitos dos lagos, lagoas e encoros, e, polo tanto, non resultaría de aplicación ás augas minerais e termais. Como poñen de manifesto Adame Martínez e De Vicente García, este canon non somete a gravame «a utilización privativa de augas continentais, o que por certo podería dar xogo a impor unha taxa por ese concepto»⁹³. E é que, como sinalan estes mesmos autores, non existe ningún gravame sobre o aproveitamento da auga, xa que o artigo 61 da Lei 25/1998, do 13 de xullo, de modificación legal das taxas estatais e locais e de reordenación das prestacións patrimoniais de carácter público, que impón con carácter xeral unha taxa sobre a utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público, exclúe expresamente do seu ámbito de aplicación, no seu apartado 2.B), a utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público hidráulico e marítimo-terrestre, que se seguen rexendo polo establecido na Lei de augas e na Lei de costas, respectivamente. Engaden, ademais, que «a dita taxa debería ter en conta os principios fixados na Lei 25/1998 para todo uso privativo do dominio público estatal, como, por exemplo, a exclusión de gravame da utilización privativa cando non implique unha utilidade económica para o concesionario ou adxudicatario»⁹⁴. As mesmas consideracións poderían facerse respecto do canon pola concesión ou autorización de ocupación ou aproveitamento do dominio público marítimo-terrestre, recollido no artigo 84 da Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas⁹⁵.

4.2.2 Tributos autonómicos

No ámbito autonómico, e polo que respecta ás taxas, a maioría de comunidades autónomas establecéronas pola prestación de servizos administrativos vinculados a este tipo de augas, ao teren recoñecidas, nos seus estatutos de autonomía, competencias en materia de minas, ou ben directamente en materia de augas minerais e termais. Así, é común atoparse con taxas por

declaración da condición de augas minerais e termais, ou por autorización ou concesión de aproveitamento das ditas augas⁹⁶.

Non obstante, as comunidades autónomas non poderán establecer taxas por utilización privativa ou aproveitamento especial das augas minerais e termais, xa que, como se expuxo previamente, estas non constitúen bens de dominio público e, polo tanto, non se podería verificar o aspecto material do elemento obxectivo do seu feito impositivo. De aí que, entre outras razóns, non poidamos compartir con Gil Rodríguez que a taxa pola prestación dos servizos administrativos relativos á ordenación, as concesións, as autorizacións preceptivas e a inspección da actividade mineira da Comunidade Autónoma de Castela e León, cando se refire ás augas minerais e termais⁹⁷, teña por obxecto gravar a utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público⁹⁸.

En calquera caso, e como indicou Cordero González⁹⁹, o ámbito de aplicación dalgunha destas taxas verase reducido tras a reforma de certos estatutos de autonomía como os de Castela e León ou Andalucía, xa que limitaron as competencias exclusivas das comunidades autónomas sobre as augas minerais e termais a aquelas que pertencen a cuncas de carácter intracomunitario, adoptando tamén para estas augas o criterio de repartición de competencias establecido no Texto refundido da Lei de augas para o resto dos recursos hídricos.

Xunto ás taxas, as comunidades autónomas estableceron distintos canons vinculados ao uso, consumo e contaminación da auga, que compartirían certas características comúns¹⁰⁰, aínda que, e amparándose no distinto modo en que o lexislador autonómico asumiu a transposición das directivas comunitarias na materia, certa doutrina agrupounos en dous grandes modelos: os denominados canons da auga e os denominados canons de saneamento¹⁰¹, de xeito que os primeiros gravarían o uso ou consumo real ou potencial de auga, respondendo ás exixencias da directiva marco de augas¹⁰², e os canons de saneamento serían impostos cuxo establecemento respondería ás necesidades de financiar as infraestruturas de tratamentos de augas residuais¹⁰³. Por esta razón, o feito impositivo deses canons xira arredor das verteduras, e toma, en todo caso, o consumo de auga como indicador da vertedura que logo terá lugar.

En principio, consideramos que as augas minerais e termais son susceptibles de estaren suxeitas a estes canons autonómicos, canons que, ademais, serían compatibles cos estatais¹⁰⁴. Pero, ante a imposibilidade de analizar cada un dos feitos impositivos dos distintos canons autonómicos –esta tarefa excedería as pretensións iniciais do noso estudo–, consideramos oportuno referirnos ao actual canon de saneamento de Galicia, entre outros motivos porque é unha das primeiras normas tributarias autonómicas que prevé un tratamento específico para certos aproveitamentos das augas termais¹⁰⁵.

A Lei 9/2010, do 4 de novembro, de augas de Galicia, creou no seu artigo 42, e con natureza de imposto, o canon da auga como tributo propio da Comunidade Autónoma¹⁰⁶. Como se pon de manifesto na exposición de motivos da dita norma, «a definición positiva do aspecto material do elemento obxectivo do feito impositivo do canon fai referencia ao uso e consumo real ou potencial da auga con calquera finalidade, en razón da súa potencial afección ao medio, co cal se está a dar paso ao cumprimento dos mencionados principios da directiva marco (refiríndose á Directiva marco das augas)».

Pero este non é o primeiro gravame hidrolóxico propio da Comunidade Autónoma de Galicia. Previamente, a Lei 8/1993, do 23 de xuño, reguladora da Administración hidráulica de Galicia, creaba o canon de saneamento¹⁰⁷, polo que se gravaba «a produción de verteduras de

augas e de produtos residuais, realizadas directa ou indirectamente. En todo caso, enténdese realizado o feito imponible polo consumo ou pola utilización potencial ou real da auga de calquera procedencia»¹⁰⁸, de xeito que, como sinalou Fernández López, o lexislador, consciente da relación causa-efecto existente entre consumo e verteduras, presumía *iuris et de iure* realizado o presuposto de feito do tributo pola simple utilización ou consumo da auga¹⁰⁹.

O certo é que as empresas que explotaban establecementos balnearios en Galicia, mesmo recoñecendo que realizaban intensivos consumos de auga, se opuxeron á aplicación do canon por considerar que a auga utilizada na actividade balnearia, e en particular a usada con fins terapéuticos, ou ben se destinaba directamente á inxestión ou ben apenas producía verteduras. E, neste sentido, algún autor propuxo a configuración dunha exención para o consumo de augas nos tratamentos terapéuticos deste tipo de establecementos, sempre que se constatase a inocuidade de utilizar as augas nos ditos tratamentos e o mantemento de idénticos niveis de calidade respecto do momento da súa captación¹¹⁰. Cabe indicar, ao respecto, que a Lei 5/2000, do 25 de outubro, de augas residuais da Comunidade Autónoma da Rioxá, prevé no seu artigo 35, e entre os consumos exentos do seu canon de saneamento: «A utilización de augas termais na actividade balnearia, cando dispoñan de instalacións axeitadas e non se xeren verteduras á rede de rede de sumidoiros, todo iso nos termos que regulamentariamente se determinen».

Non obstante, o recente canon da auga galego, creado mediante a Lei 9/2010, do 4 de novembro, de augas de Galicia, decantouse por outro tipo de solución en que, en última instancia, se ofrece un tratamento fiscal beneficioso para certos aproveitamentos das augas termais¹¹¹, ao establecer para eles un tipo de gravame específico: superior ao previsto para os usos domésticos, pero inferior ao establecido para os usos non domésticos¹¹². Así, o artigo 59 da Lei 9/2010 de augas de Galicia prevé que, para usos de augas termais e mariñas na actividade balnearia, a cota do canon resultará da adición dunha parte fixa e dunha parte variable. A parte fixa de cota será de 2,5 euros por contribuínte e mes. E o tipo de gravame da parte variable nas augas termais e mariñas destinadas a uso terapéutico será de 0,05 euros por metro cúbico.

Desta regulación queremos destacar un par de aspectos. En primeiro lugar, e desde o noso punto de vista, non queda claro o ámbito de aplicación da parte variable do tipo de gravame polo que ás augas termais se refire. Aplícase ese tipo de gravame para todo tipo de usos das augas termais na actividade balnearia, ou só para os usos terapéuticos? As nosas dúbidas xorden porque, ben que o artigo 59 da Lei 9/2010 de augas de Galicia leva por título xenérico “Usos de augas termais e mariñas na actividade balnearia”, sen que se especifique un determinado tipo de uso, posteriormente, o apartado 3 deste mesmo artigo dispón «o tipo de gravame da parte variable nas augas termais e mariñas *destinadas a uso terapéutico*»¹¹³. E non sabemos se esta última expresión é a condición que deben reunir, en exclusiva, as augas mariñas para poder aplicar o tipo de gravame estudado, ou é unha condición común ás augas termais e mariñas.

A normativa de desenvolvemento tampouco nos axuda a resolver esta cuestión. O artigo 45 do Decreto galego 136/2012, do 31 de maio, polo que se aproba o Regulamento do canon da auga e do coeficiente de vertedura a sistemas públicos de depuración de augas residuais, establece as condicións que deben cumprir as augas para que teñan a consideración de augas termais usadas na actividade balnearia, indicando que «as augas destinadas á actividade balnearia serán aquelas que expresamente veñan recollidas na autorización administrativa emitida polo órgano competente en materia de industria, de acordo co establecido no Decreto 402/1996, do 31 de outubro, polo que se aproba o Regulamento de aproveitamento de augas

mineromedicinais e termais e dos establecementos balnearios da Comunidade Autónoma de Galicia». E aínda que o artigo 2.2 desta última norma establece que «son augas termais, para os efectos previstos neste regulamento, aquelas augas cuxa temperatura de nacemento sexa superior, polo menos en catro graos centígrados á media anual do lugar onde nazon e sexan declaradas de utilidade pública e aptas para usos terapéuticos en instalacións balnearias situadas nas áreas de emerxencia», o artigo 30 deste mesmo regulamento dispón, no seu apartado 1, que «os establecementos balnearios son aqueles que, estando dotados dos medios axeitados, utilizan as augas mineromedicinais ou termais para usos terapéuticos declaradas de utilidade pública con fins terapéuticos e preventivos para a saúde. Consideraranse establecementos sanitarios e, como tales, quedan suxeitos ao disposto na lexislación sanitaria», e no seu apartado 3, que «estes establecementos poderán dispor de instalacións de complemento turístico, de lecer e industriais, que quedarán sometidas ás súas normativas específicas». É dicir, a normativa galega considera os balnearios, fundamentalmente, como establecementos sanitarios en que se utilizan augas termais e mineromedicinais con fins terapéuticos e preventivos, pero tamén reconece a posibilidade de que neles se desenvolvan actividades de lecer, industriais, etc., e que, en consecuencia, as augas mineromedicinais e termais poidan ser utilizadas con eses fins; por exemplo, ofrecendo tratamentos cosméticos con elas, ou elaborando produtos como sales, cremas, produtos de toucador, etc.

En todo caso, consideramos que unicamente se lles debería aplicar o tipo de gravame previsto no artigo 59 da Lei 9/2010 de augas de Galicia ás augas termais destinadas a usos terapéuticos. Son varias as razóns polas que defendemos tal interpretación. En primeiro lugar, porque, se temos en conta a propia redacción deste artigo, cremos que, se se quixese vincular a condición do uso terapéutico das augas exclusivamente ás mariñas, se tería podido reflectir mediante comas¹¹⁴. En segundo lugar, porque o uso fundamental das augas termais nos balnearios é o terapéutico, como o demostra o feito de que a autorización para aproveitar este tipo de augas nos balnearios está vinculada á súa declaración previa como augas aptas para usos terapéuticos¹¹⁵. E, por último, porque cremos que outro tipo de usos das augas termais poderían ser, con carácter xeral, máis contaminantes e, en consecuencia, merecedores do tipo de gravame máis elevado que se aplica aos usos non domésticos. En calquera caso, e por razóns de seguridade xurídica, parécenos oportuno que se especifique na normativa o que se entende por usos terapéuticos. Se temos en conta a definición de “terapéutico” do Dicionario da Real Academia de la Lengua Española, os usos terapéuticos serían os relativos ao tratamento de enfermidades, pero moitas veces as augas termais úsanse cunha mera finalidade preventiva ou como práctica saudable, sen que aos usuarios destas se lles diagnosticase unha enfermidade.

Outro dos aspectos que chamou a nosa atención, ao examinar o tipo de gravame específico que prevé o artigo 59 da Lei 9/2010 de augas de Galicia, é o inexplicable silencio da norma respecto da utilización das augas mineromedicinais na actividade balnearia, silencio que, ademais, non poderá ser cuberto mediante analoxía porque ao tratarse dun tipo de gravame reducido nos atoparíamos ante un beneficio fiscal, e o artigo 14 da Lei xeral tributaria proscribire o recurso á analoxía nestes supostos. Desde o noso punto de vista, as augas mineromedicinais merecen o mesmo trato fiscal que o das augas termais, sempre que se utilicen con finalidade terapéutica¹¹⁶. E se o motivo último do lexislador galego para omitir toda referencia ás augas mineromedicinais neste artigo era evitar que se puidese aplicar aos supostos en que estas son envasadas para o seu consumo¹¹⁷, poderíase indicar de forma expresa na norma que esta non resultaba de aplicación nos ditos supostos.

Recentemente, e quizais recollendo a testemuña da norma galega, a Comunidade Autónoma de Cantabria tamén estableceu un tipo de gravame reducido no seu canon da auga residual¹¹⁸ para certos usos das augas minerais e termais. Concretamente, o artigo 28.1.c) da Lei 2/2014, do 26 de novembro, de abastecemento e saneamento de augas da Comunidade Autónoma de Cantabria, referíndose ao tipo de gravame do canon da auga residual doméstica, dispón: «Cando se trate do aproveitamento de augas mineromedicinais ou termais por parte de balnearios autorizados, minorarse nun 90 % o tipo de gravame xeral». En todo caso, obsérvanse dúas grandes diferenzas respecto da norma galega: en primeiro lugar, a cántabra equipara o tratamento das augas mineromedicinais ás termais; e, por outra parte, non vincula a aplicación do beneficio fiscal aos usos terapéuticos das augas mineromedicinais e termais, de xeito que calquera aproveitamento destas augas nun balneario se beneficiaría do tipo de gravame reducido.

4.2.3 Tributos locais

O artigo 20.3 do Texto refundido da Lei reguladora das facendas locais (en diante TRLRFL) recolle unha relación exemplificativa das distintas taxas que poden establecer as entidades locais pola utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público local. A letra c) do citado precepto refírese aos «balnearios e outros desfrutes de augas que non consistan no uso común das públicas», como un dos supostos que lexitiman a existencia deste tipo de taxas.

Son escasas, non obstante, as ordenanzas fiscais que impoñen esta taxa na actualidade¹¹⁹. Algúns concellos, baixo o título “taxa de balnearios e outros desfrutes de auga”, vinculan este tributo coa prestación de determinados servizos de subministración de auga, alterando así o feito imponible previsto no TRLRFL para tal denominación. Outros concellos exigen taxas pola entrada e prestación de servizos en balnearios e outras instalacións deportivas municipais. Polo tanto, o seu feito imponible non consiste na utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público local, sendo discutible, ademais, a súa natureza de taxa, dado que xeralmente se trata de servizos que se prestan con carácter voluntario e en concorrencia co sector privado.

En opinión de Cordero González¹²⁰, iso debería ser a que o precedente histórico desta taxa –o artigo 444 da Lei de réxime local de 1950¹²¹– se incorporou á Lei reguladora de facendas locais sen ter en conta o cambio transcendental que a aprobación da Lei de augas de 1985 supuxo sobre a titularidade das augas continentais. A Lei de augas de 1879 integraba certas augas no dominio público local, circunstancia que xustificaba a existencia da dita taxa. Non obstante, e en opinión desta autora, á vista do carácter estatal do dominio público hidráulico, a taxa do artigo 20.3.c) do TRLRFL só atoparía aplicación en relación cos réximes transitorios previstos no vixente Texto refundido da Lei de augas, que respectan os dereitos adquiridos sobre as augas baixo a lexislación anterior, ou en relación con certas augas minerais e termais, sempre que prosperase a tese de certo sector doutrinal que considera que quedaron á marxe da demanialización operada pola Lei de augas de 1985¹²².

Cabe preguntarse, entón, se é posible actualmente configurar taxas como as previstas no artigo 20.3.c). Para iso será necesario analizar, en primeiro lugar, os seus posibles elementos esenciais, tendo en conta, ademais, que se poden distinguir dous supostos ou taxas distintas, aínda que ambas as dúas terían o denominador común de tratarse de tributos que se exigen pola utilización privativa ou aproveitamento do dominio público local se atendemos á súa localización no TRLRFL: a taxa sobre os balnearios e a taxa sobre outros desfrutes de augas que non consistan no uso común das públicas.

Polo que respecta á primeira delas, a taxa sobre os balnearios, xorde inicialmente a dúbida sobre que tipo de bens son os que motivan que o seu aproveitamento ou utilización poida constituír o feito impositivo dunha taxa. Trátase do solo sobre o que se asenta o balneario ou a auga cuxa explotación se cede a través deste, sempre que se considerase de dominio público local e a súa instalación e aproveitamento se outorgase mediante concesión administrativa? En opinión de Cordero González, debe prevalecer o aproveitamento da auga sobre o do solo, xa que, noutro caso, o artigo 20.3.c) tería aludido á ocupación de terreos de uso público local cun balneario, como nas letras g) e l) do mesmo precepto¹²³.

Unha vez aclarado este punto, só se xustificaría a exacción dunha taxa sobre o aproveitamento ou uso privativo das augas minerais e termais se se puidese afirmar que estes son bens de dominio público local. Ao respecto, o artigo 3 do Real decreto legislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o Regulamento de bens das entidades locais, dispón que son bens de uso público local, entre outros, «as augas de fontes ou estanques (...) cuxa conservación e policía sexan da competencia da entidade local». Non obstante, e aínda que se puidese verificar que manasen augas minerais ou termais dunha fonte ou estanque de dominio público local, e a dita fonte ou estanque estivesen integrados nas instalacións dun balneario ou fosen explotados por un balneario, consideramos que non sería posible concluír que esas augas teñen a consideración de bens de dominio público local. Como xa se puxo de manifesto previamente, as augas minerais e termais non só quedaron expresamente excluídas do dominio público hidráulico pola Lei de augas de 1985, senón que, ademais, na actualidade non existe ningunha outra lei que as declare bens de dominio público. Polo tanto, hoxe por hoxe, a taxa sobre os balnearios, concibida como taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público local, está baleira de contido e non se podería exixir.

Algo semellante acontece co segundo suposto que recolle o artigo 20.3.c) do TRLRFL, “outros aproveitamentos das augas que non consistan no uso común das públicas”, e que tamén se configura como unha taxa cuxo feito impositivo é a utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público local, xa que ningunha das augas que a doutrina identificou como recursos susceptibles de estaren gravados por esta taxa –augas minerais reguladas na Lei de minas de 1973, pero distintas das mineromedicinais e termais; augas continentais e subterráneas, integrantes do dominio público hidráulico estatal; e augas pertencentes ao dominio público marítimo estatal–¹²⁴ constitúen bens de dominio público local.

Polo tanto, podemos concluír que as taxas actualmente previstas no artigo 20.3.c) do TRLRFL non resultarían exixibles, en caso de que se regulasen mediante a oportuna ordenanza fiscal, por estaren baleiras de contido.

Non obstante, as augas minerais e termais si poderían estar suxeitas a certas taxas por prestación de servizos públicos locais relacionados coas augas, e en particular ás taxas de saneamento¹²⁵ previstas no artigo 20.4. r) do TRLRFL¹²⁶, xa que, se as ditas augas son vertidas á rede sumidoiros municipal e, posteriormente, tratadas para eliminar as substancias contaminantes contidas nelas antes da súa vertedura ao medio, estarían a realizar o feito impositivo do dito tributo¹²⁷.

5 BIBLIOGRAFÍA

Adame Martínez, F. 2007 «Régimen económico-financiero del agua», en VV. AA., *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua. Estudios de Derecho Judicial*, 97. Madrid: Consello Xeral do Poder Xudicial.

Adame Martínez, F. 2009 «Los cánones de saneamiento de las Comunidades Autónomas», en A. Embid Irujo (dir.), *Régimen económico-financiero del agua. Los precios del agua*. Cizur Menor: Civitas.

- Alcaín Martínez, E. 2007 «Voz Aguas subterráneas», en A. Embid Irujo (dir.), *Diccionario de Derecho de aguas*. Madrid: lustel.
- Alonso González, L. M. 2012 «Los tributos estatales sobre el agua. Los tributos de la Ley de aguas», en L. M. Alonso González y H. Taveira Torres, H (coords.), *Tributos, aguas e infraestructuras*. Barcelona: Atelier.
- Álvarez Carreño, S. M. 2009 «Las aguas minerales y termales en el contexto de la Directiva marco de aguas», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Álvarez Fernández, M. 2007 «El nuevo enfoque estatutario sobre la distribución de competencias en materia de aguas», *Revista de Administración Pública*, 173, 317-353.
- Andrés Aucejo, E. 2012 «Principios rectores del régimen económico financiero comunitario de la gestión del agua ex "Directiva marco de aguas" (Directiva 2000/60/CE) y su transposición al ordenamiento jurídico español», en L. M. Alonso González e H. Taveira Torres, H. (coords.), *Tributos, aguas e infraestructuras*. Barcelona: Atelier.
- Barcelona Llop, J. 1996. *La utilización del dominio público por la Administración. Las reservas dominiales*. Pamplona: Aranzadi.
- Barriobero Martínez, I. 2002 «Causas y consecuencias jurídicas de la consideración como recursos mineros de las aguas minerales y termales», *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 0, 9-35.
- Barriobero Martínez, I. 2006. *El régimen jurídico de las aguas minerales y termales*. Murcia: Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua.
- Barriobero Martínez, I. 2007 «Voz Aguas minerales y termales», en A. Embid Irujo (dir.), *Diccionario de Derecho de aguas*. Madrid: lustel.
- Barriobero Martínez, I. 2009 «Régimen jurídico de las aguas minerales y termales. Discusión sobre su demanialidad», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Barriobero Martínez, I. 2010 «El régimen jurídico de las aguas minerales y termales», *Diario La Ley*, 7366.
- Bermúdez Sánchez, J. 2007. *Aguas comunales, minerales y termales*. Granada: Comares.
- Cañal García, F. 2012 «La potestad tarifaria de las entidades locales en el suministro de aguas», en L. M. Alonso González e H. Taveira Torres, H. (coords.), *Tributos, aguas e infraestructuras*. Barcelona: Atelier.
- Carro Fernández-Valmayor, J. L. 2009 «Prólogo», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Cordero González, E.M. 2011 «Tasa sobre los balnearios y otros disfrutes de aguas que no consistan en el uso común de las aguas públicas», en P. Chico de la Cámara e J. Galán Ruiz (dirs.) *Las tasas locales*, Cizur Menor: Civitas-Thomson.
- Del Saz, S. 1990. *Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo derecho de aguas*. Madrid: Marcial Pons.
- De la Rosa Jorge, M.ª C. e Mosso Romeo, M.ª A. 2000 «Diversidad microbiana de las aguas minerales y termales», en J. A. López Geta e J. L. Pinuaga Espejel (dirs.), *Panorama actual de las aguas minerales y mineromedicinales en España*. Madrid: Instituto Geológico y Minero de España.
- De Vicente García, J. e Adame Martínez, F. 2008. *Régimen fiscal del agua. Tributos estatales, autonómicos y locales*. Granada: Comares.
- Erice Baeza, V. 2013. *La protección de las aguas subterráneas en el Derecho español*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Fanlo Loras, A. 2009 «Prólogo», en I. Barriobero Martínez (dir.). *El régimen jurídico de las aguas minerales y termales*. Murcia: Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua.
- Fernández López, R. I. 1996 «La fiscalidad autonómica en materia medioambiental: su aplicación en Galicia», *Crónica tributaria*, 80, 9-38.
- Gallego López, J. B. 2012 «Las competencias de las distintas administraciones públicas en la prestación de los servicios hídricos y su conexión con la Directiva marco sobre Aguas: una perspectiva tributaria», en A. M. Aura y Larios de Medrano (coord.), *La política comunitaria de aguas: marco de la acción estatal y autonómica*. Madrid: Dyckinson.
- Gil Rodríguez, I. 2005 «Tasa en materia de minas», en VV. AA., *Comentario a la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Castilla y León*. Madrid: Dyckinson.
- González García, J. V. 2009 «Notas sobre el régimen general del dominio público», en J. V. González García (dir.), *Derecho de los bienes públicos. 2ª edición*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Herrera Molina, P. M. 2000 «Naturaleza de los cánones sobre el agua», en VV. AA., *Derecho de Aguas*. Murcia: Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua.
- López Díaz, A. 2009 «Competencias y tributación sobre el agua y sus aprovechamientos», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.

- López Ramón, F. 2008 «El debate sobre la titularidad de las aguas minerales y termales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 138, 171-187.
- Martín-Retortillo Baquer, S. 1997. *Derecho de aguas*. Madrid: Civitas.
- Martínez Sospedra, M. e Marco Marco, J. 2012, «Agua: Competencias estatales y autonómicas», en A. M. Aura y Larios de Medrano (coord.), *La política comunitaria de aguas: marco de la acción estatal y autonómica*. Madrid: Dyckinson.
- Melgosa Arcos, F. 2001 «Régimen jurídico-administrativo de las aguas mineromedicinales, termales y de los balnearios en Galicia», en VV. AA., *Curso de inspección turística*. Santiago de Compostela: Ed. Xunta de Galicia.
- Moreno Rebato, M. 2002 «El aprovechamiento de las aguas minerales y termales: el problema del título jurídico habilitante», *Revista de Administración Pública*, 158, 415-429.
- Nogueira López, A. 2009 «Gestión autonómica de las aguas minerales y termales: un nuevo marco normativo que difumina la dualidad jurídico-competencial», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Pagès y Galtès, J. 2005. *Tributos sobre las aguas (estatales, autonómicos y locales)*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- Perdigó I Solà, J. 2009 «Distribución competencial en materia de aguas minerales y termales», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Santamaría Pastor, J. A. 2004 «Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias», en C. Chinchilla Marín (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Sartorio Albalat, S. e Casanellas Chuecos, M. 2012 «La tributación autonómica del agua: cánones de saneamiento y cánones del agua», en L. M. Alonso González e H. Taveira Torres, H. (coords.), *Tributos, aguas e infraestructuras*. Barcelona: Atelier.
- Tovillas Morán, J. M.ª 2012 «Tributación en la Ley de costas», en L. M. Alonso González e H. Taveira Torres (coords.), *Tributos, aguas e infraestructuras*. Barcelona: Atelier.
- Valencia Vila, S. 2009 «El encuadre competencial de las aguas minerales y termales: el caso de Galicia», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Vázquez Cobos, C. 2004 «La fiscalidad de las aguas en España», en VV. AA., *Tributación medioambiental: teoría, práctica y propuestas*. Madrid: Civitas.
- Villar Ezcurra, J. L. 1980. *Régimen jurídico de las aguas mineromedicinales*, Madrid: Montecorvo.
- Villaverde Gómez, B. 2007 «El Canon de Saneamiento y la fiscalidad hidrológica en Galicia», *Noticias de la Unión Europea*, 274, 125-141.

NOTAS

- Este estudo enmárcase no proxecto de investigación INOU14-10 relativo á "Potestade tributaria sobre os aproveitamentos das augas termais e mineromedicinais", financiado pola Universidade de Vigo.
- Como sinalaba Martín-Retortillo Baquer, o réxime xurídico das augas minerais e termais «foi sempre cuestión polémica en van, por outra parte nunca ben definida» (Martín-Retortillo Baquer, 1997:186).
- Fanlo Loras, 2009:7.
- Así se recolle en Barriobero Martínez, 2007:192; Barriobero Martínez, 2006:33-34.
- Trataríase de augas que son susceptibles de aproveitamentos industriais ou mineralúrxicos, ben pola separación de elementos minerais que conteñen en disolución, ben pola súa aplicación directa para a preparación de sales, gases, produtos de toucador, etc. (Barriobero Martínez, 2010:2).
- Villar Ezcurra, 1980:37. E neste mesmo sentido, López Ramón recoñece que a Lei de minas emprega conceptos xurídicos indeterminados para definir as distintas categorías de augas minerais e termais, como, por exemplo, reunir as "características e calidades" propias das augas mineromedicinais (López Ramón, 2008:179).
- A expresión "augas minerais naturais" fai referencia á denominación que, no ámbito da Unión Europea, adoptan as augas minerais envasadas.
- Explica Barriobero Martínez como, no seo da Unión Europea, e a propósito das diverxencias que xurdiron en relación con esta directiva, se puxeron de manifesto dúas concepcións opostas respecto do concepto de augas minerais mantido polos Estados membros: dun lado os países de tradición latina, entre os que se atopaba España, e, doutro, os de tradición xermánica. Os primeiros definían as augas minerais en atención ás "calidades favorables á saúde" que presentaban no momento de emerxer á superficie, eludindo establecer unha composición

química e microbiolóxica para estas augas. En cambio, nos países de tradición xermánica, as augas minerais eran definidas simplemente en función da súa composición química (Barriobero Martínez, 2006:47-48).

- 9 Barriobero Martínez, 2010:3.
- 10 Artigo 23.2 da Lei 22/1973, do 21 de xullo, de minas.
- 11 Barriobero Martínez, 2006:43.
- 12 *Ibidem*: 43. De feito, Barriobero Martínez, partindo da clasificación da Lei de minas de 1973 entre “augas mineromedicinais” e “augas minero-industriais”, sostén que dentro da primeira categoría –a de augas mineromedicinais– habería que distinguir dúas posibilidades: en primeiro lugar, que esas augas se destinen a tratamentos balneoterápicos, casos en que serán empregadas con esta finalidade baixo as denominacións “augas mineromedicinais” ou “augas termais”, contidas na Lei de minas; en segundo lugar, se as augas mineromedicinais son explotadas e comercializadas como augas envasadas, deberán cumprir os requisitos sinalados no Real decreto 1074/2002, e pasarán a denominarse “augas minerais naturais”, podendo comercializarse, en función das operacións a que fosen sometidas, baixo diversas variantes desta denominación xeral. Se, en cambio, as augas minerais e termais son destinadas a fins industriais, ben por utilizarse directamente en procesos industriais para a preparación de sales ou gases, ben pola extracción das substancias minerais que levan en disolución, terán a consideración de “augas minero-industriais” (*Ibidem*: 57).
- 13 En opinión de Barriobero Martínez, as augas de manancial non formarían parte das augas minerais e termais, senón que se trataría de augas “comúns”, porque, aínda que están dotadas de certos compoñentes en disolución, a presenza destes é tan baixa que non poden ser elevadas á categoría de minerais (*Ibidem*: 62).
- 14 Así, por exemplo, a Lei de Castela-A Mancha 8/1990, do 28 de decembro, sobre o aproveitamento, ordenación e fomento das augas minerais e termais, inclúe dentro da clasificación das augas minerais as augas de manancial, definíndoas como «augas subterráneas nadas natural ou artificialmente cuxo contido en minerais, oligoelementos e outros compoñentes, cumpren as normas de potabilidade vixentes e que, pola súa pureza bacteriolóxica natural, son susceptibles de utilización como augas de bebidas envasadas».
- 15 Carro Fernández-Valmayor, 2009:13.
- 16 Entre outros, Barriobero Martínez, 2006:63-64; Martín-Retortillo Baquer, 1997:193; Moreno Rebato, 2002:428.
- 17 Precisamente Martín-Retortillo Baquer, a propósito da normativa autonómica sobre augas minerais e termais, xa cuestionou a posibilidade de que as leis autonómicas establecesen clasificacións destas augas distintas das contidas na normativa estatal, apuntando a posibilidade de que a clasificación das augas minerais e termais formase parte da lexislación básica de minas e, polo tanto, fose inalterable para o lexislador autonómico (Martín-Retortillo Baquer, 1997:194, nota ao pé 237).
- 18 Díxose que a cuestión competencial en materia de augas minerais e termais non é unha cuestión de interese en si mesma, no sentido habitual de conflito entre a Administración xeral do Estado e as comunidades autónomas. O interese da cuestión competencial, en palabras de Perdígol Solà, está, máis ben, no que achega á natureza e réxime xurídico destas augas: recurso hídrico ou recurso mineiro, susceptibles de propiedade privada ou bens de dominio público, dominio público hidráulico ou dominio mineiro, etc. (Perdígol Solà, 2009:85).
- 19 Barriobero Martínez, 2006:127-128.
- 20 *Ibidem*: 134-135.
- 21 Perdígol Solà indica, ademais, que a vinculación constitucional de augas minerais con respecto a minas se manifesta no feito de que, de acordo co artigo 149.1.25ª da Constitución, a competencia do Estado sobre as bases do réxime da minaría implicaba, inicialmente, que só podían asumir competencias de desenvolvemento as comunidades autónomas “históricas” da disposición transitoria 2ª da Constitución e as que accedían á autonomía pola vía do artigo 151 da Carta Magna. E en cambio, ao abeiro do artigo 148.1.10ª da Constitución, todas as comunidades autónomas asumiron competencias en materia de augas minerais e termais (Perdígol Solà, 2009:86).
- 22 Erice Baeza, 2013:91-92.
- 23 Así o pon de manifesto Barriobero Martínez, 2006:131.
- 24 Actualmente, régúlase no Real decreto lexislativo 1/2001, do 20 de xullo, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de augas.
- 25 Aínda que para Martínez Sospedra e Marco, esta lei operou unha auténtica mutación constitucional ao cambiar, polo menos no que ao alcance competencial se refire, o significado dos enunciados constitucionais relativos á materia hídrica. Así, mentres por un lado se amplía a competencia estatal, por outro, o criterio de cunca introducido pola Lei de augas afecta de forma secundaria á competencia exclusiva da Comunidade Autónoma (Martínez Sospedra e Marco, 2012:25-26).
- 26 O artigo 16 do Texto refundido da Lei de augas define a cunca hidrográfica como «a superficie de terreo cuxo escorrimento superficial flúe na súa totalidade a través dunha serie de correntes, ríos e eventualmente lagos cara ao mar por unha única desembocadura, esteiro ou delta».
- 27 As causas que, en opinión de Barriobero Martínez, explican a inclusión das augas mineromedicinais e termais entre os recursos mineiros son de diversa natureza, destacando especialmente tres aspectos: en primeiro lugar, porque unha parte das augas minerais –as augas minero-industriais a que se refire a Lei de minas– se dedican ao aproveitamento industrial das substancias que conteñen, ou ao seu emprego directo en procesos industriais relativos á preparación de sales ou gases, circunstancia que permitiu asociar as augas minerais á explotación mineira; en segundo lugar, e malia que a maior parte das augas minerais e termais se destinen ao uso e consumo humano, ben como augas de bebida, ben en forma de baños, o feito de que estas augas teñan maioritariamente unha natureza subterránea e sexan doadamente vulnerables requiriu o emprego de facultativos do ramo mineiro e técnicas mineiras para a súa investigación, descubrimento e protección; finalmente, e en relación co anterior, a división da nosa Administración pública en corpos de funcionarios permitiu a progresiva atracción de competencias sobre as augas minerais e termais por parte do Corpo de Enxeñeiros de Minas (Barriobero Martínez, 2002:9-35).
- 28 O *Libro branco da auga* define o ciclo hidrolóxico como «o conxunto de transferencias de auga entre a atmosfera, o mar e a terra en tres estados, sólido, líquido e gasoso».
- 29 Álvarez Fernández, 2007:320, nota ao pé núm. 4.

- 30 Sobre o tratamento que os distintos estatutos de autonomía lles dan ás augas minerais e termais, véxase Perdígol Solà, 2009:87 e ss.
- 31 Aínda que, en opinión de Barriobero Martínez, as ditas competencias non poderán ser exercidas con carácter exclusivo polas comunidades autónomas, pois o seu exercicio haino que pór en conexión con diversos títulos competenciais que lle atribúen ao Estado a competencia para ditar a lexislación básica de determinadas materias relacionadas co aproveitamento, a protección e a comercialización das augas minerais e termais.
- En particular, o Estado pode intervir a través da súa competencia para establecer as bases do réxime mineiro e enerxético, definindo o que cómpre entender por augas minerais e termais, e establecendo os requisitos esenciais que se deben observar nos procedementos para declarar a condición de augas minerais e autorizar a súa explotación. Ademais, tendo en conta os usos a que se destinan estas augas, o Estado tamén poderá intervir na regulación do seu aproveitamento, a través das súas competencias en materia sanitaria, comercio exterior, bases e coordinación xeral da actividade económica, e propiedade industrial, entre outras (Barriobero Martínez, 2006:136 e ss.).
- Non obstante, Fanlo Loras considera que o título competencial en virtude do cal o Estado debe establecer a lexislación básica en materia de augas minerais e termais é o relativo ás augas continentais e non, como propón Barriobero Martínez, o do artigo 149.1.25ª (bases do réxime mineiro e enerxético) (Fanlo Loras, 2009:9).
- 32 Nogueira López, 2009:24.
- 33 En primeiro lugar, atopámonos cun Anteproxecto de Lei de bases das augas minerais e termais, elaborado polo Ministerio de Industria a comezos de 2007. Nel afirmábase: «esta lei dítase ao abeiro do artigo 149.1.25 da Constitución, que recolle como competencia exclusiva do Estado as bases do réxime mineiro, sen prexuízo das competencias exclusivas que as comunidades autónomas asumiron nesta materia a través dos seus respectivos estatutos de autonomía». E máis recentemente, no ano 2014, coñeceu un Anteproxecto de reforma da Lei de minas, que será analizado máis adiante.
- 34 Aínda que o artigo 1.4 da Lei de augas dispuña que «as augas minerais e termais se regularán pola súa lexislación específica», excluindo así do ámbito de aplicación desta norma as augas minerais e termais. Posteriormente, a través do artigo 129 da Lei 62/2003, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e de orde social, procedeuse a modificar, entre outros, o artigo 1.4 do Texto refundido da Lei de augas –que pasa a ser o actual artigo 1.5–, permitindo que as augas minerais e termais se beneficien das normas básicas de protección dos recursos hidráulicos contidas no Texto refundido da Lei de augas.
- 35 Así, por exemplo, Martín-Retortillo Baquer reconece, a propósito da exclusión que a Lei de augas de 1985 realiza das augas minerais e termais, que, “á vista dos presupostos de que parte a lei, non parece que teña a debida coherencia nin o debido apoio técnico” (Martín-Retortillo Baquer, 1997:582).
- E Barriobero Martínez pon de manifesto a conveniencia de que fose unha mesma Administración –a Administración hidráulica, é dicir, os organismos de cunca– a competente para xestionar todas as augas, incluídas tamén as minerais e termais que formen parte do ciclo hidrolóxico, pertencentes a unha mesma cunca (Barriobero Martínez, 2002:11).
- 36 O principio de unidade de ciclo hidrolóxico implica que as augas, independentemente da forma baixo a cal se manifesten na natureza, ben como augas superficiais, ben como augas subterráneas, constitúen un recurso unitario. Pero existe unha pequenísima porción de augas que, no momento do seu nacemento, non forman parte do ciclo hidrolóxico, ben que con posterioridade acaban integrándose nel. Trátase das denominadas augas xuvenís, augas formadas nas profundidades da terra que teñen a súa orixe en procesos magmáticos e metamórficos acontecidos no interior da codia terrestre, polo que non estiveron nunca na superficie.
- A maioría das augas minerais e termais forman parte do ciclo hidrolóxico, ben porque proveñen de augas superficiais infiltradas no subsolo, as cales xa forman parte do citado ciclo desde antes da súa infiltración, ou ben porque son o resultado da mestura de augas de infiltración con augas profundas. Unicamente no suposto de que se trate de augas profundas “en estado puro” se podería afirmar que as augas minerais e termais non forman parte do citado ciclo, aínda que o verdadeiro problema, neste caso, radicará na verificación técnica desta realidade. Todas estas cuestións son explicadas con maior detalle en Barriobero Martínez, 2006:165 e ss.
- 37 Así o pon de manifesto, entre outros, Bermúdez Sánchez, 2007:55.
- 38 López Ramón, 2008:173.
- 39 Barriobero Martínez, 2009:55-66.
- 40 López Ramón, 2008:173.
- 41 Como sinala Barriobero Martínez, a mencionada remisión tiña todo o seu sentido no momento de aprobarse a normativa mineira, pois permanecía vixente a Lei de augas de 1879, que regulaba a titularidade das augas; pero o problema xorde coa aprobación da Lei de augas de 1985 porque esta crea un baleiro normativo no que se refire á titularidade das augas minerais e termais (Barriobero Martínez, 2010:3).
- 42 Artigo 1.5 do Texto refundido da Lei de augas, coincidente coa redacción dada no artigo 1.4 da Lei de augas de 1985.
- 43 Erice Baeza, 2013:202.
- 44 Barcelona Llop, 1996:251.
- 45 Para iso seguimos, en liñas xerais, a López Ramón, 2008:174 e ss.
- 46 Unha síntese da súa tese explícase en Bermúdez Sánchez, 2007:116 e ss.
- 47 Ao respecto véxase López Ramón, 2008:175-176, e Barriobero Martínez, 2009:60-66.
- 48 Moreno Rebato, 2002:416. E, no mesmo sentido, Barriobero Martínez, 2009:71.
- 49 Entre outros: Del Saz, 1990:22; Alcaín Martínez, 2007:214.
- 50 En todo caso, López Ramón sostén que o principio de unidade do ciclo hidrolóxico non impón necesariamente a universalidade do dominio público hidráulico. Así o demostran, en opinión deste autor, as disposicións transitorias da propia Lei de augas, das que cabe deducir que se levou a cabo unha limitada demanialización das augas subterráneas (López Ramón, 2008:185).

- 51 Artigo que actualmente se corresponde co 1.3 do Texto refundido da Lei de augas, e que dispón: «As augas continentais superficiais, así como as subterráneas renovables, integradas todas elas no ciclo hidrolóxico, constitúen un recurso unitario, subordinado ao interese xeral, que forma parte do dominio público estatal como dominio público hidráulico».
- 52 Como explica Martín-Retortillo Baquer, a Lei de augas asume a diferenciación entre augas subterráneas, renovables e fluentes, e as non renovables ou estancadas. Esta distinción establécese como determinante do réxime xurídico, e tamén do réxime de aproveitamento dunhas ou outras augas, aínda que este mesmo autor advirte, a continuación, que a maior parte das augas subterráneas son augas fluentes, augas que circulan subteraneamente, augas renovables, como as cualifica a lei. E as augas subterráneas non renovables, isto é, as que non circulan, as que están simplemente almacenadas, as augas que están en espazos absolutamente estancos, augas fósiles, como tamén se lles chama, son cuantitativamente moi reducidas. E incluso se cuestionou tecnicamente a existencia mesma de caudais subterráneos non sometidos a renovación ningunha (Martín-Retortillo Baquer, 1997:158-159).
- 53 Erice Baeza, 2013:202. Tamén Barriobero Martínez considera que as augas minerais e termais quedan excluídas da listaxe de bens que integran o dominio público hidráulico estatal contida no artigo 2 do Texto refundido da Lei de augas, ao tempo que considera pouco rigorosas as interpretacións doutrinais que, con carácter xeral, xustifican sen ningún tipo de razoamento a demanialidade de todas as augas minerais e termais por serlles de aplicación directa o artigo 1.3 do Texto refundido da Lei de augas. Non obstante, e a continuación, este autor sostén, baseándose no citado artigo, a demanialidade das augas minerais e termais, pero unicamente cando estas se formasen a partir de augas que antes da súa mineralización xa formaban parte do ciclo hidrolóxico (Barriobero Martínez, 2009:70-71).
- 54 López Ramón, 2008:177.
- 55 *Ibidem*: 177.
- 56 *Ibidem*: 178.
- 57 *Ibidem*: 178.
- 58 Martín-Retortillo Baquer, 1997:185 e ss. Tamén defende a mesma tese López Ramón, 2008:186.
- 59 Disposición derogatoria 1ª.1 da Lei 29/1985, do 2 de agosto, de augas.
- 60 Así, por exemplo, Fanlo Loras é partidario de que este baleiro se cubra mediante regulación expresa que declare a demanialidade de todas as augas, sen prexuízo do respecto dos dereitos adquiridos nados ao abeiro da lexislación anterior (Lei de 1879) (Fanlo Loras, 2009:9).
- 61 Así o pon de manifesto López Ramón, 2008:184.
- 62 Os ditos artigos combinan os principios de accesión e de ocupación. O principio de accesión leva a establecer que son de dominio público as augas subterráneas que existan en terreos públicos (artigo 407.7º) e de dominio privado as augas subterráneas que se achen en predios de dominio privado (artigo 408.3º). En cambio, o principio de ocupación refléctese na regra que lle atribúe a propiedade das augas subterráneas “a quen as descubriu” (artigo 419), ben por ser “o propietario dun predio ou outra persoa coa súa licenza para investigar”, ben por contar “con licenza administrativa” en terreos de dominio público (artigo 417).
- 63 Segundo explica López Ramón, no caso das augas minerais e termais de dominio público –que será cando se atopen en terreos de dominio público–, o principio de ocupación leva a establecer un dereito preferente para o aproveitamento destas a favor do seu descubridor, legalmente identificado como «a persoa que tivese instado o expediente para obter a declaración da condición mineral das augas» (artigo 25.2 da Lei de minas). As restantes regras aplicables xustificanse, en cambio, polo principio da intervención administrativa. E, neste sentido, o dereito preferente de aproveitamento do descubridor prescribe se non se exerce no ano seguinte á declaración administrativa da natureza especial das augas (artigo 25.3 da Lei de minas). En tal suposto, o aproveitamento das augas minerais e termais sácase a concurso público (artigo 27.2 da Lei de minas). Nestes casos, o exercicio dos dereitos de aproveitamento suxéitanse sempre a concesión administrativa.
- En cambio, cando nos atopamos ante augas minerais e termais de propiedade privada, o dereito preferente para o seu aproveitamento atribúeselle ao propietario de tales augas, «quen poderá exercelo directamente na forma e condicións que neste título se determinan ou cedérllelo a terceiras persoas» (artigo 25.1 da Lei de minas). O dereito preferente de aproveitamento prescribe se non se exerce no ano seguinte á declaración administrativa da natureza especial das augas (artigo 25.3 da Lei de minas). Nese suposto, igual que se se produce un inadecuado exercicio do dereito de aproveitamento polo propietario, aplícase o principio de ocupación, de xeito que nos seguintes seis meses se lle outorga un segundo dereito de preferencia ao descubridor (artigo 27.1 da Lei de minas). Por último, o principio de intervención administrativa leva a prever que, en caso de non exercicio das anteriores preferencias ou de caducidade da correspondente autorización, o aproveitamento das augas minerais e termais se saque a concurso público (artigo 27.2 da Lei de minas). Nestes casos, e coa finalidade de garantir o exercicio efectivo e racional do dereito de aproveitamento, impónse a necesidade de autorización da administración mineira (*Ibidem*: 186-187).
- 64 Neste sentido, e nos últimos anos, coñecéronse dous intentos lexislativos de demanialización das augas minerais e termais por parte do lexislador estatal.
- En primeiro lugar, o Anteproxecto de Lei de bases das augas minerais e termais, elaborado polo Ministerio de Industria a comezos de 2007, que procedía a demanializar as augas minerais e termais, ao abeiro do artigo 149.1.25 da Constitución. Así, o artigo 4 do citado anteproxecto sinalaba que “para os efectos do artigo 132.2 da Constitución, as augas minerais existentes no territorio do Estado español son dominio público estatal”. Non obstante, o citado texto non chegou a aprobarse como lei.
- E máis recentemente, no ano 2014, coñeceu un borrador de anteproxecto de reforma da Lei de minas que no seu artigo 3.1 establece que «para os efectos do artigo 132.2 da Constitución son bens de dominio público estatal os depósitos minerais e demais recursos xeolóxicos, incluídas as augas minerais e termais, existentes no territorio do Estado e no subsolo do mar territorial e dos fondos mariños que estean baixo a soberanía do Reino de España, conforme a lexislación vixente e os convenios e tratados internacionais dos cales sexa parte». Non obstante, a prensa económica especializada reconecía a finais de 2014 que este borrador non ía prosperar pola oposición do poderoso *lobby* de embotelladores de auga. Distintas multinacionais do sector mostraríanse abertamente contrariadas porque o novo anteproxecto de lei, aínda que garantía as concesións actuais, limitaba os anos que podían durar as novas concesións e, ademais, aumentaba a presión fiscal ao crear un imposto sobre o valor da extracción dos recursos minerais e xeolóxicos.

- 65 É da mesma opinión Moreno Rebato, 2002:428-429.
- 66 Así, a Lei de Castela-A Mancha 8/1990, do 28 de decembro, de augas minerais e termais, establece, no seu artigo 1, que «as augas minerais e termais constitúen un recurso declarado de utilidade pública, que forma parte do dominio público do Estado nos termos que establecen as lexislacións básicas estatais de augas e minas».
- Tamén a Lei 9/2010, do 30 de xullo, de augas de Andalucía, inclúe dentro do seu ámbito de aplicación as augas minerais, e sostén que as devanditas augas «forman parte do dominio público nos termos que establece a disposición básica de augas e de minas».
- Non obstante, a Lei 5/1995, do 7 de xuño, de regulación das augas minerais, termais e de manancial e dos establecementos balnearios da Comunidade Autónoma de Galicia, mantén, na órbita do réxime mineiro, as augas minerais e termais e unha titularidade dependente da propiedade do terreo en que nacen ou se extraen as augas: pública nos terreos públicos, privada nos terreos privados.
- 67 Así o consideran: Érice Baeza, 2013:204; López Ramón, 2008:187; Moreno Rebato, 2002:428-429; Barriobero Martínez, 2009:78.
- 68 Sobre a evolución do dereito de augas en Europa, véxase Álvarez Carreño, 2009:114 e ss.
- 69 Para unha análise máis profunda desta norma, Andrés Aucejo, 2012:141 e ss.
- 70 Ao respecto, Álvarez Carreño, 2009:118 e ss.
- 71 Segundo Barriobero Martínez, a causa radicaría en que a principal preocupación mostrada pola Unión Europea en relación con estas augas –lograr a uniformidade respecto das condicións que deben reunir para que poidan ser consideradas como minerais, así como as condicións do seu embotellamento e venda ao público– xa fora lograda mediante a Directiva 80/777/CEE (Barriobero Martínez, 2006:342, nota ao pé núm. 1035).
- 72 *Ibidem*: 342, nota ao pé núm. 1035.
- 73 Villaverde Gómez, 2007:126.
- 74 Gallego López, 2012:148.
- 75 Así, por exemplo, o artigo 64 da Lei 9/2010, do 30 de xullo, de augas para Andalucía, dispón que: «As administracións públicas competentes, en relación con todos os recursos que conforman o réxime económico-financieiro contido neste título, atenderán aos principios derivados da Directiva 2000/60/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de outubro de 2000, pola que se establece un marco comunitario de actuación no ámbito da política de augas.
- En particular, as administracións terán en conta o principio de recuperación de custos dos servizos relacionados coa xestión das augas, incluíndo os custos ambientais e do recurso, de conformidade co establecido no artigo 111 bis.3 do Texto refundido da Lei de augas».
- 76 Neste sentido, De Vicente García e Adame Martínez, 2008:3.
- 77 Para De Vicente García e Adame Martínez, quizais os ditos lexisladores quixeron utilizar o termo “canon” para eludir a súa responsabilidade fiscal e en última instancia o custo electoral que deriva do establecemento de impostos, taxas ou contribucións especiais. «A palabra canon parece ter connotacións menos negativas que as tres anteriores» (*Ibidem*: 3).
- 78 López Díaz, 2009:153.
- 79 Herrera Molina, 2000:1054. E, no mesmo sentido, Gallego López, 2012:172.
- 80 O artigo 5 da Lei 33/2003, do 3 de novembro, do patrimonio das administracións públicas, dispón que: «Son bens e dereitos de dominio público os que, sendo de titularidade pública, se atopen afectados ao uso xeral ou ao servizo público, así como aqueles aos que unha lei lles outorgue expresamente o carácter de demaniais».
- 81 Aínda que López Díaz sostén que, dado que o artigo 128.2 da Constitución recoñece, sen atribuírlo con exclusividade ao Estado, que mediante lei se lle poderán reservar ao sector público recursos ou servizos esenciais, determinados estatutos de autonomía atribúenlle á Comunidade a posibilidade de reservarlle recursos ao sector público, o que, nalgúns casos, pode incidir sobre a titularidade demanial de certos bens (López Díaz, 2009:148).
- 82 Neste sentido, afirmouuse que, «malia que en ocasións se mesture o seu tratamento, a cuestión da competencia para demanializar bens non é unha consecuencia necesaria da titularidade destes, polo menos no que afecta aos que están incluídos no artigo 339.1 do Código civil. En efecto, en relación con estes bens, a competencia de demanializar posúea en exclusiva o Estado» (González García, 2009:78). E, pola súa banda, Santamaría Pastor, criticando o actual criterio de deslinde entre bens patrimoniais e bens de dominio público, propón acudir ao da cualificación legal expresa dos bens de dominio público. E iso responde a dúas razóns: «En primeiro lugar, á realidade evidente de que o réxime dos bens de dominio público constitúe unha singularidade no marco xeral do dereito patrimonial, que, polo mesmo, deber ser excepcional na súa extensión e debe ser, tamén, obxecto dunha decisión consciente do lexislador. Esta é, polo demais, a idea que latexa na doutrina que o Tribunal Constitucional expuxo no fundamento xurídico 7º da súa notoria STC 227/1988, sobre a Lei de augas de 1985 (...) e, posteriormente, con maior claridade, na STC 149/1991, sobre a Lei de costas. (...). E, en segundo lugar, a razón igualmente elemental de que o artigo 132.2.CE establece unha reserva de lei para a regulación dos bens de dominio público e, polo tanto, para decidir formalmente cales merezan esta cualificación» (Santamaría Pastor, 2004:43-109).
- 83 Valencia Vila, 2009:100-101.
- 84 O criterio da cunca hidrográfica é o que se aplica para xestionar o dominio público hidráulico, de maneira que as augas pertencentes a cuncas intercomunitarias son xestionadas polo Estado a través dos chamados organismos de cunca, as confederacións hidrográficas, e os recursos pertencentes a cuncas que discorran integramente no territorio dunha Comunidade Autónoma serán xestionados pola Administración autonómica.
- 85 Na dita sentenza analízase, en particular, a constitucionalidade do artigo 84 desta lei, que establecía o denominado canon de ocupación do dominio público marítimo-terrestre, segundo o cal «toda ocupación ou aproveitamento do dominio público marítimo-terrestre estatal en virtude dunha concesión ou autorización, calquera que fose a Administración outorgante, devindicará o correspondente canon a favor da Administración do Estado, sen prexuízo dos que sexan exixibles por aquela». Esta norma foi recorrida por diversas comunidades autó-

nomas, ao considerarse suxeitos activos do canon naqueles casos en que o dominio público lles fose adscrito para as vías de comunicación ou os portos da súa competencia, correspondéndolle tamén á Comunidade Autónoma o outorgamento das oportunas concesións. O Tribunal Constitucional destaca, reiterando a súa doutrina anterior, que «o presuposto ou feito imposible desta exacción é a utilización do dominio público marítimo-terrestre, non a realización das actividades encamiñadas a adxudicar a concesión ou a autorización que fai posible esa utilización, pois estas actividades darán lugar, se é o caso, a taxas como as previstas polo artigo 86 (...). De aí despréndese que é indiferente, ao valorar o canon que establece o artigo 84.1, que sexa a Administración do Estado ou a dunha Comunidade Autónoma quen expida o título administrativo que permite a ocupación ou o aproveitamento gravados. O determinante é que é o Estado quen posúe a titularidade do dominio público pola utilización do cal se exige o canon (...), polo que é ao lexislador estatal a quen lle corresponde establecer o canon demanial en cuestión. Non se desnaturaliza así a figura da adscrición de bens de dominio público estatal ás comunidades autónomas, pois tal adscrición non altera a titularidade disposta polo artigo 132.2 CE en favor do Estado, como sinala expresamente o artigo 49.1 da Lei de costas».

- 86 No dito artigo distínguase entre usos das augas minerais e usos das augas termais. Entre os primeiros recóllese os seguintes: augas mineromedicinais, usos tópicos e/ou hidropínicos en instalacións balnearias, así como para envasar polas súas propiedades medicamentosas; augas minero-industriais, usos industriais para a extracción de sales disoltos ou outros compoñentes, como salmóiras, fabricación de cosméticos, sales ou xabóns e a auga do mar utilizada en centros de talasoterapia; augas minerais naturais, augas de bebida envasada e para a elaboración de bebidas refrescantes analcohólicas, e augas de manancial, augas de bebida envasada e para a elaboración de bebidas refrescantes analcohólicas. E, no caso das augas termais, facíase referencia a aplicacións balneoterapias ou para a obtención de enerxía calorífica con usos industriais.
- 87 O parágrafo segundo do artigo 67 dispúña que o canon se debía exixir por área mineira e ano conforme as seguintes tarifas:
- Tarifa primeira. Permisos de investigación outorgados segundo lexislacións anteriores á Lei 22/1973. Por cada hectárea ou fracción e ano pagarase 1 € por hectárea. Outorgados conforme a Lei 22/1973; por cada cuadrícula e ano pagarase: -As primeiras 150 cuadrículas, 30 € por cuadrícula. -A partir da cuadrícula 151, 40 € por cuadrícula. Outorgados conforme esta lei; por cada ano e área pagarase: -As primeiras 300 cuadrículas, 7,5 € por área. -A partir da cuadrícula 301, 10 € por área.
- Tarifa segunda. Concesións de aproveitamento outorgadas segundo lexislacións anteriores á Lei 22/1973; por cada hectárea ou fracción e ano pagarase: 13 € por hectárea. Outorgadas conforme a Lei 22/1973; por cada cuadrícula e ano pagarase: -As primeiras 50 cuadrículas, 400 € por cuadrícula. -A partir da cuadrícula 51, 800 € por cuadrícula. Outorgadas conforme esta lei; por cada área e ano pagarase: -As primeiras 100 cuadrículas, 100 € por área. -A partir da cuadrícula 101, 200 € por área.
- 88 De Vicente García e Adame Martínez, 2008:78; Pagès e Galtès, 2005:28; López Díaz, 2009:164. Configurándose para Alonso González como unha taxa por ocupación do dominio público (Alonso González, 2012:17-26).
- 89 Segundo o artigo 100 do Texto refundido da Lei de augas, «consideraranse verteduras as que se realicen directa ou indirectamente nas augas continentais, así como no resto do dominio público hidráulico, calquera que sexa o procedemento ou técnica utilizada. Queda prohibida, con carácter xeral, a vertedura directa ou indirecta de augas e de produtos residuais susceptibles de contaminar as augas continentais ou calquera outro elemento do dominio público hidráulico, salvo que se conte coa previa autorización administrativa».
- 90 Para López Díaz, atopariámonos ante unha utilización privativa do dominio público como destino das verteduras. «Non se trata da ocupación física do dominio público con instalacións físicas, senón do esgotamento das posibilidades de asunción de verteduras polas augas continentais ou do dominio público marítimo-terrestre segundo proceda. Esta utilización privativa está sometida a un réxime de autorización, pero sen que poida considerarse esta como o feito xerador do tributo. Iso determina que se poida exixir canon sempre que se realicen verteduras, mesmo cando non se conte coa preceptiva licenza» (López Díaz, 2009:164).
- 91 «As augas minerais termais dos balnearios son un destes hábitats extremos, xa que teñen altas temperaturas e elevadas concentracións de sales, condicións desfavorables para a vida de moitos seres vivos. Non obstante, desde hai tempo coñécese que estas augas minerais, como calquera ambiente acuático natural, posúen unha poboación microbiana autóctona que adoita ser característica de cada tipo de auga e que depende das súas propiedades fisicoquímicas (temperatura, pH, sales minerais, nutrientes). Tamén se poden atopar nelas microorganismos alóctonos, procedentes doutros hábitats (solo, feces, vexetais), considerados contaminantes, pero que coexisten cos anteriores, adaptándose ás condicións adversas, sendo os de maior interese sanitario *Salmonella*, *Escherichia coli*, *Clostridium perfringens*, *Pseudomonas aeruginosa* e *Legionella*» (De La Rosa Jorge e Mosso Romeo, 2000:154).
- 92 E iso aínda que nos atopemos con que esta norma presenta falta de definición. Non se define expresamente o feito imposible, nin o suxeito pasivo, nin a devindicación, nin o sistema de xestión (Tovillas Morán, 2012:125).
- 93 De Vicente García e Adame Martínez, 2008:9. Sobre a posibilidade de establecer un gravame polo aproveitamento da auga, véxase tamén Vázquez Cobos, 2004:172.
- 94 De Vicente García e Adame Martínez, 2008:10.
- 95 Sobre o canon por ocupación ou aproveitamento do dominio público marítimo-terrestre (Tovillas Morán, 2012:121 e ss.).
- 96 Por exemplo, o artigo 6 da Lei 7/2008, do 13 de novembro, de regulación de taxas en materia de industria, enerxía e minas de Castela-A Mancha, establece diversas taxas cuxo feito imposible está constituído pola «prestación polos órganos competentes da Administración da Xunta de Comunidades de Castela-A Mancha, dos servizos e actuacións administrativas relativas á ordenación das actividades mineiras que se mencionan a continuación: a) A expedición de autorizacións de explotación e aproveitamento de recursos minerais, os seus cambios de titularidade e outras incidencias relacionadas con elas (...)». Taxas semellantes establécense na Lei 4/1988, de taxas e prezos públicos da Comunidade Autónoma de Andalucía, cuxo artigo 150.5 se refire á taxa por «Autorización de aproveitamento ou concesións da sección B, augas minerais e termais, e xacementos de orixe non natural».
- 97 A dita taxa regúlase no artigo 147 da Lei 12/2001, de taxas e prezos públicos de Castela e León.
- 98 Para Gil Rodríguez, atopariámonos ante unha taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público na cal, non obstante, e á hora de establecer a súa cuantificación, o lexislador optou por cifrar o valor do aproveitamento ou utilidade sinalando cotas fixas en euros non dependentes de bases imposíbeis ou parámetros, en lugar de ter en conta as súas dimensións –que son perfec-

tamente medibles e graduables en unidades de tempo e espazo– se o que se quere gravar é o valor do aproveitamento (Gil Rodríguez, 2005:423-438).

- 99 Cordero González, 2011:365.
- 100 Adame Martínez, 2007:274-275.
- 101 Ao primeiro grupo pertencerían os canons vixentes en Cataluña, Galicia e o País Vasco, mentres que ao segundo, os canons establecidos polas comunidades autónomas de Aragón, Baleares, Canarias, Castela-A Mancha, Valencia, A Rioxa, Madrid, Murcia, Navarra e Principado de Asturias, aínda que tamén existirían modelos autonómicos de tributación da auga que non se inscriben estritamente dentro destes dous grupos de canons (Sartorio Albalat e Casanellas Chuecos, 2012:28).
- 102 Con estas figuras trátase de dar cumprimento ao previsto na Directiva marco de augas, que obriga os Estados membros a garantir, non máis tarde do 31 de decembro de 2010, que a política de tarificación incite os consumidores a utilizar os recursos de forma eficiente e a que os diferentes sectores económicos, desagregados, polo menos, en industria, fogares e agricultura, contribúan á recuperación dos custos dos servizos relacionados coa auga, baseada na análise económica efectuada conforme o anexo III e tendo en conta o principio de que “quen contamina paga” (Adame Martínez, 2009:167-233).
- 103 A xustificación da existencia de tributos autonómicos sobre saneamento e depuración atoparíase na transposición ao ordenamento xurídico interno da Directiva 91/271/CEE, do 21 de maio, relativa á recollida, o tratamento e a vertedura das augas residuais urbanas e o tratamento e vertedura das augas residuais procedentes de determinados sectores industriais. En concreto, o Plan nacional de saneamento e depuración de augas residuais urbanas 1995-2005 exige que as comunidades autónomas garantan a calidade da depuración e da vertedura das augas urbanas. Con tal finalidade, este plan fomenta que estas administracións territoriais introduzan canons específicos que, preferentemente, cubran os custos de establecemento e explotación das infraestruturas necesarias para aplicar a mencionada Directiva 91/271/CEE, do 21 de maio (De Vicente García e Adame Martínez, 2008:139).
- 104 Ao respecto, véxase: Adame Martínez, 2007:276 e ss.; De Vicente García e Adame Martínez, 2008:231 e ss.
- 105 Iso quizais se deba a que a oferta balnearia de Galicia é unha das máis ricas de España (Melgosa Arcos, 2001:254-295).
- 106 Téñase en conta, ademais, o Decreto 136/2012, do 31 de maio, polo que se aproba o Regulamento do Canon da Auga e do coeficiente de vertedura a sistemas públicos de depuración de augas residuais.
- 107 Para unha análise desta figura, véxase Villaverde Gómez, 2007:125 e ss.
- 108 Así se recollía no artigo 34.1 da Lei 8/1993, do 23 de xuño, reguladora da Administración hidráulica de Galicia.
- 109 Fernández López, 1996:20. Aínda que para López Díaz o consumo de auga non era o feito imponible do canon, senón unha presunción legal *iuris tantum* de produción de tal realidade imponible –verteduras–, que obedecía á evidencia de que a produción de augas residuais só se podería levar a cabo se previamente existía un consumo do dito elemento, de xeito que, segundo este autor, se se acreditaba que o consumo de auga, aínda que elevado, non producía vertedura ningunha de augas residuais, ese consumo de auga non resultaba gravado polo canon (López Díaz, 2009:170-171).
- 110 Nogueira López, 2009:44-45.
- 111 Segundo manifestan Sartorio Albalat e Casanellas Chuecos, a aplicación dun tratamento fiscal beneficioso estaría amparado pola Directiva marco da auga, xa que esta, aínda que ordena unha contribución adecuada dos diversos usos da auga á recuperación de custos, considera a posibilidade de que os Estados membros exceptúen a súa aplicación para un determinado uso, sempre e cando iso “non comprometa nin os fins nin o logro dos obxectivos desta directiva” (Sartorio Albalat e Casanellas Chuecos, 2012:41-42).
- 112 Segundo dispón o artigo 2 da Lei 9/2010, do 4 de novembro, de augas de Galicia, e para os efectos da aplicación do principio de recuperación de custos, os usos da auga deberán considerar, polo menos, o consumo para uso doméstico, os usos industriais e os usos agrarios. Indicando que serán usos domésticos da auga: os usos particulares que se corresponden co uso da auga para beber, para sanitarios, duchas, cociña e comedor, lavados de roupa e de vaixelas, limpeza, regas de parques e xardíns, refraxeración e acondicionamentos domiciliarios sen actividade industrial, e con outros usos da auga que se poidan considerar consumos inherentes ou propios da actividade humana non industrial, nin comercial, nin agrícola, nin gandeira, nin forestal.
- Mentres que serán usos non domésticos da auga: os correspondentes ás actividades incluídas na Clasificación nacional de actividades económicas, aprobada polo Real decreto 475/2007, do 13 de abril, agás que se asimilen a usos domésticos.
- E asimílanse a usos domésticos os usos non domésticos de auga indicados no parágrafo anterior que usen un volume total de auga nun ano natural inferior aos 2.000 metros cúbicos, agás que da súa carga contaminante vertida resulte unha cota do canon da auga nesta modalidade superior nun 20% do resultante a se se aplicase na modalidade de volume.
- 113 As cursivas son nosas.
- 114 Nese caso, estimamos que a redacción do artigo 59 da Lei 9/2010 de augas de Galicia tería que ser: «o tipo de gravame da parte variable nas augas termais, e mariñas destinadas a uso terapéutico, será...».
- 115 Nogueira López, 2009:49.
- 116 De feito, o artigo 22 da Lei 5/1995, do 7 de xuño, de regulación das augas minerais, termais, de manancial e dos establecementos balnearios da Comunidade Autónoma de Galicia, dispón que «os establecementos balnearios son aqueles que, estando dotados dos medios axeitados, utilizan as augas mineromedicinais declaradas de utilidade pública con fins terapéuticos e preventivos para a saúde», isto é, a lei galega refírese exclusivamente ás mineromedicinais como as augas que son obxecto de aproveitamento polos balnearios. Posteriormente, o Decreto 402/1996, do 31 de outubro, polo que se aproba o Regulamento de desenvolvemento da devandita lei, é o que admite que tanto as augas termais como as mineromedicinais sexan aproveitadas con finalidade terapéutica nos balnearios.
- 117 Téñase en conta que o artigo 2.1 do Decreto 402/1996, do 31 de outubro, polo que se aproba o Regulamento de aproveitamento de augas mineromedicinais, termais e dos establecementos balnearios da Comunidade Autónoma de Galicia, establece que: «Son augas

mineromedicinais as nadas natural ou artificialmente e que polas súas características e calidades sexan declaradas de utilidade pública e aptas para tratamentos terapéuticos.

As augas mineromedicinais só poderán ser aproveitadas para usos terapéuticos en instalacións balnearias situadas nas áreas de emerxencia.

Tamén se poderán envasar para o seu consumo sempre que cumpran os requisitos sinalados no Real decreto 1164/1991, do 22 de xullo, polo que se aproba a regulamentación técnica sanitaria para a elaboración, circulación e comercio de augas de bebida envasada».

- 118 De acordo co artigo 23 da Lei 2/2014, do 26 de novembro, de abastecemento e saneamento de augas da Comunidade Autónoma de Cantabria, constitúe o feito impositivo deste canon: «a xeración de auga residual que se manifesta a través do consumo real ou potencial de auga, calquera que sexa a súa procedencia, no caso das augas residuais domésticas, e da carga contaminante vertida no caso das augas residuais industriais, sen prexuízo dos supostos de exención e non suxeición previstos no artigo 25 desta lei».
- 119 Cordero González, 2011:355.
- 120 Ibídem: 354.
- 121 Concretamente, o artigo 444 da dita norma sinalaba que se entenderán comprendidas nos aproveitamentos do dominio público sinalados no parágrafo segundo do artigo 435 «as concesións ou licenzas para establecer balnearios ou outros desfrutes de augas que non consistan no uso común das públicas».
- 122 Ibídem: 354, e en especial 365 e 366.
- 123 Ibídem: 355.
- 124 Ibídem: 366-367.
- 125 Como explica Cañal García, a actividade de saneamento comprende a rede de sumidoiros e os sistemas colectores (ou saneamento en baixa) e a depuración (ou saneamento en alta) (Cañal García, 2012:108).
- 126 Este precepto sinala: «conforme o previsto no apartado 1 anterior, as entidades locais poderían establecer taxas por calquera suposto de prestación de servizos ou de realización de actividades de competencia local, e en particular polos seguintes: (...) r) servizos de rede de sumidoiros, así como de tratamento e depuración de augas residuais, incluídas a vixilancia especial de sumidoiros particulares».
- 127 A pesar de que aínda hoxe se discute sobre cal é a natureza xurídica da contraprestación que satisfai o usuario destes servizos, chegando uns a encadralos baixo a figura da taxa, outros nos prezos públicos e algúns nos prezos privados. Sobre esta discusión, véxase De Vicente García e Adame Martínez, 2008:328-348.

O grupo do código de conduta sobre fiscalidade das empresas, un mecanismo de *soft law* ao servizo da Unión Europea

El grupo del código de conducta sobre fiscalidad de las empresas, un mecanismo de *soft law* al servicio de la Unión Europea

The group of the code of conduct on business taxation, an updated soft law instrument at the service of the European Union



JOSÉ MIGUEL MARTÍN RODRÍGUEZ

Profesor axudante doutor
Universidade Pablo de Olavide (Andalucía, España)
jmmarrod1@upo.es

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

Resumo: A finais dos 90, creceu na Unión Europea a preocupación polos efectos da competencia fiscal prexudicial. O principal resultado foi a aprobación do Código de conduta sobre fiscalidade das empresas (1997).

O obxectivo orixinal do código era eliminar as medidas de competencia fiscal prexudicial vixentes nos Estados membros. O éxito no desmantelamento destas primeiras medidas sinaladas no coñecido como “Informe Primarolo” levou o Grupo do Código a reformular en 2006 cal debería ser o seu papel no futuro. Desde o ano 2006, mediante unha interpretación expansiva do mandato inicial, este instrumento de *soft law* converteuse nun instrumento fundamental para entender as cuestións de maior actualidade do panorama fiscal comunitario.

Palabras clave: Código de conduta, competencia fiscal, híbridos, *patent box*, *rulings*.

Resumen: A finales de los 90, creció en la Unión Europea la preocupación por los efectos de la competencia fiscal perjudicial. El principal resultado fue la aprobación del Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas (1997).

El objetivo original del código era eliminar las medidas de competencia fiscal perjudicial vigentes en los Estados miembros. El éxito en el desmantelamiento de estas primeras medidas señaladas en el conocido como “Informe Primarolo” llevó al Grupo del Código a replantearse en 2006 cuál debería ser su papel en el futuro.

Desde el año 2006, mediante una interpretación expansiva del mandato inicial, este instrumento de *soft law* se ha convertido en un instrumento fundamental para entender las cuestiones de mayor actualidad del panorama fiscal comunitario.

Palabras clave: Código de conducta, competencia fiscal, híbridos, *patent box*, *rulings*.

Abstract: At the end of the 90s, the concerns about the effects of harmful tax competition grew up in the European Union. The main outcome of this concern was the Code of Conduct on Business Taxation (1997).

The original aim of the Code was to eliminate harmful tax competition measures in force in the Member States. Success in the dismantling of these first measures identified by the “*Primarolo Report*” led the Group to rethink in 2006 what its role should be in the future.

Since 2006 through an expansive interpretation of the initial mandate this soft law instrument has emerged as an essential platform to understand the main issues of European taxation such as hybrids, patent boxes, rulings, etc.

Key words: Code of Conduct, tax competition, hybrids mismatches, patent box, rulings.

Sumario: 1 Enfoque do estudo: evolución dos traballos do Código de conduta desde 2006. 2 Resumo dos aspectos fundamentais do código. 3 O proceso de desmantelamento e os traballos do grupo previos a 2006. 4 O informe de maio de 2006. 4.1 Continuación coa vixilancia dos compromisos de *rollback* e *standstill*. 4.2 Ampliación do ámbito de traballo do Código de conduta. 4.3 Clarificación da relación co réxime de axudas de Estado. 5 Informes 2006-2015: A evolución do código de conduta. 5.1 O ano 2007. 5.2 O ano 2008. 5.3 O ano 2009. 5.4 O ano 2010. 5.5 O ano 2011. 5.6 O ano 2012. 5.7 O ano 2013. 5.8 O ano 2014. 5.9 O ano 2015. 6 Presente e futuro do código de conduta: un instrumento de *soft law* máis vivo que nunca. 7 Bibliografía.

1 ENFOQUE DO ESTUDO: EVOLUCIÓN DOS TRABALLOS DO CÓDIGO DE CONDUCTA DESDE 2006

O informe “A fiscalidade da Unión Europea”, do 20 de marzo de 1996, SEC (96) 487 final, coñecido como “Primeiro informe Monti”, marcou a saída para a aprobación sete anos despois do “Paquete de loita contra a competencia fiscal”, o mellor exemplo da estratexia comunitaria de coordinación en materia de imposición directa. Ao respecto, cómpre advertir que, malia que os termos de harmonización e coordinación poden chegar a empregarse indistintamente para facer referencia á acción non normativa das institucións comunitarias que desemboca en propostas formais (xa que as accións de coordinación poden derivar na creación de instrumentos estritamente harmonizadores como as directivas), o uso do termo coordinación, ao noso modo de ver, permite resaltar o respecto ao principio de subsidiariedade e é mellor acollido polos Estados membros (Hinneken, 1997:44).

Cando os Estados participan no proceso de coordinación, a súa soberanía fiscal, lonxe de ser un obstáculo para a consecución dos obxectivos comunitarios, transfórmase no seu mellor baluarte (Altintag, 2009:349). Os Estados autolimitan a súa capacidade de acción a cambio de cesións equivalentes por parte doutros Estados e coa garantía (ou o medo) de que a participación comunitaria pode activar en calquera momento os instrumentos coactivos presentes nos tratados.

Pois ben, esta estratexia de coordinación no campo da fiscalidade empresarial tivo frutíferos resultados: as directivas 2003/48/CE¹ e 2003/49/CE² e a aprobación do Informe final do Grupo do Código de Conduta sobre fiscalidade das empresas (en diante, o Grupo), coa súa lista de 66 medidas prexudiciais³. O feito de que se vinculase o destino das directivas coa aprobación do informe en que se enumeraban as medidas prexudiciais foi un acerto, xa que contribuíu a que os Estados fosen máis flexibles e estivesen dispostos a ceder desde as súas posicións iniciais para lograr un acordo común (Mors, 2003:135).

O Código de conduta en concreto (en diante, o código) foi o piar, xunto co réxime de axudas de Estado, da loita contra a competencia fiscal prexudicial na UE. De feito, como instrumen-

to de *soft law* co máximo apoio, o código serviu para lexitimar un xiro substancial na aplicación das axudas de Estado ás medidas fiscais (Dos Santos, 2009:563).

Deste xeito, para dotar de maior poder disuasorio os traballos do código, a Comisión comprometiase no mesmo código (letra J) a aplicar os preceptos en materia de axudas de Estado cando as medidas perniciosas, como axudas de índole fiscal, puidesen ser perseguidas por este procedemento. Baixo esta ameaza, materializada na Comunicación da Comisión relativa á aplicación das normas sobre axudas estatais ás medidas relacionadas coa fiscalidade directa das empresas, do 12 de decembro de 1998 (98/C 384/03), o poder coactivo do código foi moito maior. Amparar os traballos do código cun réxime baixo a protección directa do Tribunal de Xustiza supuxo un apoio para un instrumento de *soft law* como o Código de conduta, cargado de boas intencións e dun relativo consenso, pero sen forza xurídica vinculante para a súa defensa (Lamadrid de Pablo, 2005:42).

Convén lembrar, en todo caso, a advertencia de Alonso García en relación co *soft law* da Unión: «a ausencia de efectos vinculantes non implica *per se* ausencia de efectos xurídicos (...) o *soft law* pode servir de parámetro interpretativo do *hard law* (...)». Un instrumento como o código, tal como quedou demostrado case vinte anos despois, estaba chamado en realidade a producir os denominados efectos *ad extra* sobre os propios Estados membros e os cidadáns (Alonso García, 2001:64-65).

Desde o 1 de decembro de 1997, en que se aprobou a primeira versión do código, o traballo no seo do Grupo foi incesante. Despois do Informe de 1999, que sinalaba as medidas prexudiciais (aprobado en 2003 con cesións a algúns Estados en forma de réximes transitorios), o Grupo retomou o seu papel ao avaliar os sistemas fiscais dos NEM ao fío da ampliación da UE, tanto en 2003 como en 2006 e 2014. Desde entón, non obstante, os traballos do código permaneceron bastante na sombra.

O noso obxectivo neste traballo non é reavaliar os éxitos pasados do código, senón examinar a súa actividade e a súa transformación desde o ano 2006 ata os nosos días. Despois desta análise, o lector poderá entender por que o Consello, o pasado 8 de decembro de 2015, reafirmou a súa utilidade e eficiencia para avaliar as medidas fiscais dos Estados membros (Consello da Unión Europea, 2015:2) ou por que a Comisión, no seu recente COM(2016) 23 final “Paquete de loita contra a elusión fiscal: próximos pasos para lograr unha imposición efectiva e unha maior transparencia fiscal na UE”, do 28 de xaneiro de 2016, o sitúa como unha ferramenta alternativa aos instrumentos legislativos para loitar contra a elusión fiscal (Comisión Europea, 2016:4). Máis adiante veremos algúns exemplos claros deste labor de “coordinación na sombra”.

Antes de nada, cremos oportuno realizar unha breve exposición dos principios básicos do código. Deste xeito, teremos os medios para entender o papel clave da avaliación contida no primeiro informe de 2006, en que tanto os Estados membros como a Comisión expresaron o seu parecer respecto ao futuro do código de conduta. Despois de analizar este fito, examinaremos brevemente os sucesivos informes publicados en que se fan constar os traballos do código ata a data de peche desta investigación. En último termo, exporemos unha serie de ideas conclusivas, centrándonos na evolución do rol do Grupo desde a súa creación e no seu papel nas novas liñas de traballo abertas pola Comisión.

2 RESUMO DOS ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO CÓDIGO

O obxectivo orixinal do código era eliminar as medidas de competencia fiscal prexudicial vixentes nos Estados membros. Este concepto débese identificar, como indica o código (letra A), con todo tipo de medidas (legais, regulamentarias ou administrativas) que influán ou poidan influír na localización da actividade empresarial. Serán, ademais, potencialmente prexudiciais aquelas que “impliquen un nivel impositivo considerablemente inferior, incluído o tipo cero, ao aplicado habitualmente no Estado membro de que se trate” (letra B). Na avaliación do carácter pernicioso das medidas, o código de conduta apunta cinco criterios que cómpre ter en conta:

1) Que as vantaxes se outorguen só a non residentes, ou con respecto ás operacións realizadas con non residentes.

2) Que as vantaxes están totalmente illadas da economía nacional, de maneira que non afecten á base fiscal nacional (*ring fencing*).

3) Que as vantaxes se outorguen, mesmo cando non exista ningunha actividade económica real, nin presenza económica substancial, dentro do Estado membro que ofrezca as ditas vantaxes fiscais.

4) Que as normas para determinar os beneficios derivados das actividades internas dos grupos de empresas multinacionais non se axusten aos principios internacionalmente recoñecidos pola OCDE.

5) Que as medidas fiscais carezan de transparencia e, en particular, que as disposicións legais se apliquen con escaso rigor no eido administrativo.

Conforme estes criterios, o Grupo (Consello da Unión Europea, 1998) encargouse de elaborar durante dezoito meses o coñecido como “Informe Primarolo” coa avaliación dos sistemas fiscais dos Estados e territorios implicados, presentándoo ao Consello ECOFIN do 29 de novembro de 1999. Das 271 medidas examinadas, 66 identificáronse como prexudiciais⁴. Cabe destacar que 23 delas correspondían a territorios dependentes ou asociados dos Estados membros.

A clave de bóveda do funcionamento do código residía en dous procesos paralelos para eliminar estas medidas fiscais prexudiciais do panorama da UE. En primeiro lugar, os Estados aceptaban desmantelar aqueles réximes sinalados como prexudiciais polo Grupo, o coñecido como proceso de *rollback*. Complementariamente, os Estados comprometíanse a non establecer novas medidas fiscais perniciosas de conformidade cos criterios do código: a cláusula de *standstill*. Para que este sistema funcionase, os Estados membros acordaron subministrarse reciprocamente información sobre medidas vixentes ou pendentes de adopción que puidesen entrar en conflito co código (letras E e F). Deste xeito, despois de realizar o informe final sobre esta primeira avaliación, as funcións do Grupo foron controlar o citado proceso de *rollback* e continuar revisando o cumprimento da cláusula de *standstill* por todos os Estados e territorios implicados.

Ninguén discute que o código era un instrumento netamente político. De feito, o seu funcionamento estaba pouco institucionalizado, con gran respecto polas decisións gobernamentais e cunha sorte de dereito de veto implícito igual para todos os Estados membros (Florindo Gijón, 2003:117). Por iso resultou crucial para dotalo de forza xurídica que a Comisión se compromete, como xa destacamos, á rigorosa aplicación da normativa en materia de axudas de Estado cando as medidas perniciosas, como axudas de índole fiscal, puidesen ser perseguidas por este procedemento.

Por último, queremos facer mención tamén ao ámbito territorial de aplicación do código. Como sinalou a Comisión no seu “Plan de acción para reforzar a loita contra a fraude fiscal e a evasión fiscal” do ano 2012, a loita contra a competencia fiscal prexudicial non pode ser efectiva sen a implicación doutros Estados e territorios, sen facer da causa un combate global. Por iso, entre a batería de medidas que propuña (reforma dos CDI, adopción de normas de boa gobernanza, compromisos no ámbito da tributación do aforo, intercambio de información, etc.), incluíase a proposta de estender os criterios de avaliación do código a outros Estados e territorios especialmente próximos, por exemplo Suíza e Liechtenstein.

Do mesmo modo, no momento de elaborar o código xa se era consciente de que un dos principais focos de competencia fiscal eran os territorios dependentes ou asociados a algúns Estados membros, fundamentalmente a Gran Bretaña, os Países Baixos e Francia. En principio, estes territorios non son parte integrante da UE e non ratificaron o Tratado (e, polo tanto, non lles resulta de aplicación o réxime de axudas de Estado); non obstante, gozan xeralmente de CDI moi beneficiosos que lles permiten ser lugares preferentes de localización de capitais e empresas. Un dos maiores logros do código foi obter o compromiso dos Estados membros para velar polo cumprimento dos seus principios nos ditos territorios.

Antes de pasar a analizar a evolución do código a partir do crucial informe de maio de 2006, queremos facer un breve repaso do proceso de desmantelamento das medidas e dos traballos previos a esa data, único xeito en que entenderemos a relevancia do seu contido.

3 O PROCESO DE DESMANTELAMENTO E OS TRABALLOS DO GRUPO PREVIOS A 2006

Respecto ao proceso de desmantelamento ou *rollback*, a oposición de países como Bélxica, Holanda e Irlanda á cualificación como prexudicial dalgunhas das súas medidas obrigou (polo atraso que supuña e co obxectivo de alcanzar un acordo) a unha importante flexibilización do proceso de desmantelamento, cuxa data límite inicial era o 1 de xaneiro de 2003.

A parálise inicial deste proceso negociador fíxose patente no informe de situación presentando polo Grupo ao Consello o 26 de novembro de 2002 (SN 14812/02), en que se apreciaba un estancamento no desmantelamento das medidas. En resposta a este, o Consello ECOFIN, inicialmente na súa reunión de Bruxelas do 21 de xaneiro de 2003 (ECOFIN, 2003a:27) e finalmente na reunión de Luxemburgo do 3 de xuño de 2003 (ECOFIN, 2003b:20-21), conxuntamente coas outras dúas directivas do “paquete fiscal”, previu a ampliación do prazo ata o 1 de xaneiro de 2004, á par que recoñecía, nun xesto cara aos países reticentes, un prazo especial para algunhas medidas⁵. Adicionalmente, a 11 réximes de territorios asociados ou dependentes, co fin de fomentar o seu desmantelamento e a cambio de impedir o acceso a novos suxeitos, permitiúselles manter a súa vixencia, nalgúns casos, ata o ano 2019.

Acordados os prazos para as medidas de *rollback* dos Estados membros, o código mantiña a función de vixiar a adecuación das medidas estatais aos principios do código. En primeiro lugar, tivo que avaliar as medidas e cambios formulados polos Estados para substituír ou corrixir as cualificadas como prexudiciais, unhas medidas que quedaron por enteiro validadas no propio Consello ECOFIN do 3 de xuño de 2003. Posteriormente, correspondeulle avaliar por completo os sistemas dos trece Estados incorporados á Unión Europea desde entón. A adaptación ou eliminación destas medidas constituía no seu momento un criterio favorable dentro dos compro-

misos para a adhesión dos novos Estados membros, obrigados en todo caso a asumir as obrigas propias do xa nomeado “paquete fiscal”.

Como conclusión a este pequeno repaso, podemos considerar que o proceso de desmantelamento das medidas orixinariamente cualificadas como perniciosas foi un éxito. Un éxito da estratexia de coordinación que superou problemas que non tiñan resposta nos instrumentos institucionalizados da Unión. Malia ser certo que nunca chove a gusto de todos, os traballos do código ata 2006 gozaron do apoio case unánime dos Estados. Non obstante, este ano 2006 supuxo un punto de inflexión no futuro do código. Tanto os Estados como a Comisión tiveron que facer fronte á pregunta de que facer con este proxecto cuxo mandato parecía esgotarse. O informe de maio de 2006 é crucial para entender a evolución dos traballos do código ata os nosos días.

4 O INFORME DE MAIO DE 2006

No ano 2006 o Grupo afrontou as súas tres primeiras reunións baixo a presidencia austríaca. Nestas reunións, á parte de se formularen as habituais cuestións en relación co proceso de *rollback* e *standstill*, discutiuse acerca do futuro dos traballos do Grupo. O informe trasladado ao Consello recolleu a posición pública do mesmo Grupo, de varios Estados e mesmo da Comisión. As alternativas eran tres: a súa desaparición ou, como xa advertira anos atrás a doutrina, unha evolución, ben cara a unha maior institucionalización mantendo o seu carácter de foro informal, ben cara a certa harmonización das lexislacións dos Estados membros en materia de fiscalidade das empresas (Florindo Gijón, 2003:118). A continuación, expomos un breve resumo das opinións vertidas polos diferentes axentes nas principais áreas de debate:

4.1 Continuación coa vixilancia dos compromisos de *rollback* e *standstill*

Existía un consenso máis ou menos xeneralizado respecto ao éxito dos traballos do código ata entón (Grupo do Código de Conduta, 2006:37). Non obstante, varios Estados (entre eles España, os Países Baixos ou Polonia) e a propia Comisión eran partidarios de limitar as reunións do Grupo de Alto Nivel para deixar paso a un perfil máis técnico, sempre que o traballo se limitase a controlar o proceso de *rollback* e o compromiso de *standstill*. O transfondo destas propostas, en cambio, era diferente. Mentres que España ou a Comisión apuntaban á necesidade de reducir as reunións políticas aos asuntos imprescindibles, os Países Baixos propuñan pór punto final ao labor do Código de conduta, limitando as súas funcións a cuestións meramente técnicas. Segundo o Estado neerlandés, os instrumentos de *soft law*, polo seu alto contido político, non contribuían á creación dun *level playing field* na UE, meta que unicamente se podería alcanzar mediante un acordo lexislativo sobre uns estándares comúns mínimos (Grupo do Código de Conduta, 2006:19 e ss.). En último extremo, criticaban, o código prexudicaba a competitividade interna da UE co exterior, especialmente a dos Estados membros de menor tamaño.

4.2 Ampliación do ámbito de traballo do Código de conduta

En primeiro lugar, hai que sinalar que os Estados con políticas máis agresivas no campo da fiscalidade empresarial se opuñan frontalmente á ampliación dos traballos do código, entre eles:

Bélxica, Irlanda, os Países Baixos e Estonia (Grupo do Código de Conduta, 2006:11). En cambio, outros moitos Estados vían unha clara oportunidade para a súa expansión, tanto material como xeográfica. Austria, por exemplo, advertía da necesidade de controlar os réximes vantaxosos de tributación dos ingresos pasivos (intereses, dividendos e canons) e propuña adoptar unhas directrices mínimas. Alemaña, pola súa banda, insistía na necesidade de recoñecer o carácter pernicioso dos réximes de impatriados. Neste sentido tamén se pronunciou Portugal, que adiantou outras dúas cuestións que ocupan hoxe o debate das institucións comunitarias: ampliar a influencia xeográfica do Código a países terceiros e controlar as medidas que poden provocar dobre non imposición.

Faltaba por coñecer a posición da Comisión, clave se temos en conta o seu poder de iniciativa na UE. Pois ben, en primeiro lugar considerou que ampliar o ámbito de actuación a novos campos relacionados coa fiscalidade empresarial non eximiría, en principio, realizar cambios no Código (Grupo do Código de Conduta, 2006:42). De feito, a Comisión propuña certa flexibilidade que permitise dar resposta a medidas estatais contrarias ao espírito do Código pero que, nun sentido literal, estarían en principio fóra do seu alcance. Á parte de pór o foco sobre os propios réximes de impatriados, sen apenas resultados como demostra a doutrina (Martín Rodríguez, 2014:37-45), a Comisión advertía que desde a aprobación do Código se desenvolveran novas formas de competencia como os instrumentos híbridos, mentres que outras continuarían evolucionando ao estaren en permanente mutación, como as prácticas administrativas arbitrarias ou *rulings*. Finalmente, no que responde ao alcance xeográfico do Código (Grupo do Código de Conduta, 2006:45), a Comisión admitía que para evitar un efecto fuxida cara a territorios terceiros era necesario que os seus principios fosen incluídos nas relacións da UE con países terceiros, condicionando deste xeito a adopción de acordos económicos e comerciais ao respecto a estas regras de xogo.

4.3 Clarificación da relación co réxime de Axudas de Estado

Unha das cuestións máis sensibles do traballo do código é a súa relación co réxime de axudas de Estado, co *hard law stick*, como o chegou a cualificar a doutrina (Bratton e McCahery, 2001:688). Nun primeiro momento ambos os dous camiñaron da man. De feito, como xa indicamos anteriormente, o código recollía na súa letra J o compromiso da Comisión coa citada Comunicación coas directrices para a aplicación das normas sobre axudas de Estado ás medidas relacionadas coa fiscalidade directa das empresas, unha comunicación que se aprobou apenas un ano despois.

O papel preponderante que adoptou o réxime de axudas de Estado respecto ao propio Código (e a súa oposición a que continuasen os traballos deste último) levou os Países Baixos e Bélxica a solicitar que, para non superpor esforzos, o código deixase de empregarse para perseguir de forma simultánea algunhas medidas. Como veremos nos informes posteriores, o código implementou en parte esta práctica, esperando á resolución do procedemento de axudas de Estado antes de avaliar unha medida (Grupo do Código de Conduta, 2006:36). En todo caso, a Comisión quixo tamén lembrar que cada proceso conta cun espazo e principios propios, de maneira que unha medida prexudicial pode non ser declarada axuda de Estado e viceversa. É dicir, aínda que estean relacionados, non debemos perder de vista que estamos ante compartimentos diferenciados con obxectivos moi diferentes e “en ningún caso resultan intercambiables entre si” (Malvárez Pascual, 2012:159).

5 INFORMES 2006-2015: A EVOLUCIÓN DO CÓDIGO DE CONDUTA

O completo informe de maio de 2006, en que se recolleu o parecer tanto dos Estados como da propia Comisión, foi un punto de inflexión para orientar o futuro do código. Desde entón, grazas aos diferentes informes semestrais do Grupo ao Consello, puidemos realizar un seguimento do seu labor. A continuación, sen entrar en detalle das medidas sinaladas como prexudiciais e no seu proceso de desmantelamento, queremos destacar os fitos que marcan a reorientación dos traballos do Grupo para adaptalos ao novo escenario de competencia fiscal internacional.

5.1 O ano 2007

Nos informes de 2007 queremos destacar en primeiro lugar como o Grupo paralizou o seu exame do *Interest Box* dos Países Baixos ata que non finalizase o procedemento aberto en materia de axudas de Estado contra esta medida (Grupo do Código de Conduta, 2007:6). Por outro lado, o primeiro informe de xuño contiña tamén unha importantísima declaración respecto ao futuro do código, ao propor seis campos concretos en que desenvolver un programa de traballo adicional á revisión dos dous compromisos clásicos. Estes seis campos (cuxa inclusión no programa do Grupo aínda estaba daquela pendente) son:

- a) Procedemento e papel do precedente e da comparación;
- b) Actuación en caso de que medidas avaliadas estean incursas nun procedemento por axudas de Estado;
- c) Busca dunha posición común en materia de normas antiabuso, especialmente en relación co concepto de *genuine economic activity*;
- d) Transparencia e intercambio de información en materia de prezos de transferencia, avaliando a implantación nos Estados da proposta do ano 2002⁶;
- e) Revisar ata que punto as prácticas administrativas (*rulings*) poden ser consideradas prexudiciais;
- f) Proporlles solucións aos Estados para promover o código respecto a países terceiros.

5.2 O ano 2008

Durante o ano 2008, o principal fito foi a aprobación o 28 de novembro polo Consello ECOFIN do definitivo *Future Work Package* (cos mesmos seis elementos previstos no ano 2007 e que enumeramos anteriormente). Ademais, dentro desta declaración, o Grupo achegou a solución aos dous primeiros aspectos procedementais do dito *Future Work Package*. Entre eles cobra especial importancia o papel do precedente e os criterios de comparabilidade que se poderían invocar para a súa aplicación. En concreto, o documento aprobado polo ECOFIN admite a importancia de recorrer ao precedente, para cuxo emprego propón unha serie de pautas. A máis importante, unha táboa de comparabilidade entre as medidas conforme os diferentes criterios do código que, iso si, non debe conducir a unha equiparación absoluta entre ambas as dúas para a aplicación do precedente (Grupo do Código de Conduta, 2008:3-4).

5.3 O ano 2009

O feito máis destacado en 2009 foi a intensa actividade do Grupo en relación co seu novo programa de traballo. Tras a aprobación dos aspectos procedementais deste, eran catro as cuestións que o seguían integrando (Grupo do Código de Conduta, 2009:5 e ss.):

1) Normas antiabuso

Para un estudo máis especializado, creouse un subgrupo específico en materia de normas antiabuso, orientando o seu traballo a dous campos: o transvasamento de resultados (*inbound* e *outbound*) e as discordancias entre ordenamentos (*mismatches*), especialmente por acción das entidades híbridas ou os *profit participation loans*.

2) Transparencia e intercambio de información en materia de prezos de transferencia

Neste campo o Grupo decatouse, tras examinar as respostas dos Estados membros a un cuestionario, que os acordos pactados en 2002 non foran implementados pola inexperiencia no intercambio espontáneo de información entre os Estados. Por iso, a principal proposta foi ofrecer unha maior asistencia técnica no contexto do programa Fiscalis. Este informe púxolles punto final aos traballos en relación con esta materia.

3) Prácticas administrativas (rulings)

Esta cuestión, tan de actualidade na Unión, foi tratada xa polo Grupo en 2009, cando lles solicitou aos Estados membros que informasen dos acordos asinados e o seu alcance. As principais cuestións observadas nestes primeiros meses de traballo foron a falta dunha definición común de *rulings*, a necesidade de mellorar a transparencia e a conveniencia de intercambiar esta información cando estes acordos puidesen afectar a bases impoñibles doutros Estados membros.

4) Vínculos con países terceiros

A implicación de países terceiros para o futuro da loita contra a competencia fiscal na UE é fundamental. Para promover os principios do código, o Grupo propuxo nas súas reunións do 23 de setembro e 28 de novembro de 2009 identificar e valorar o carácter prexudicial e as medidas que cumpría adoptar contra aqueles réximes que puidesen influír en maior xeito sobre os Estados membros. Para iso, invitou a Comisión a establecer contactos bilaterais con algúns Estados e a incluír, no marco das súas negociacións sobre a boa gobernanza con outros Estados, unha análise das posibles medidas prexudiciais dos seus sistemas fiscais⁷.

5.4 O ano 2010

Unha vez pechados os traballos en relación co intercambio de información en materia de prezos de transferencia, eran tres as áreas do novo programa de traballo que mantiveron o seu curso. No ámbito das normas antiabuso o subgrupo que examinaba a cuestión obtivo axiña resultados en materia de *inbound profits transfers* (dividendos entrantes) desde países terceiros. Era manifesto que existía un serio problema cando se transferían dividendos á UE desde un Estado terceiro que practicaba unha nula ou baixa tributación na fonte. A variedade de CDI permitíalles ás sociedades filiais dunha matriz residente elixir o Estado de entrada para minimizar a tributación e, unha vez na UE, transferir libremente os beneficios á matriz aproveitando dos instrumentos da Directiva Matriz-Filial. Tras barallar diversas opcións, o Grupo acabou aprobando a seguinte recomendación (Grupo do Código de Conduta, 2010:6): «*Member States may opt to tax inbound profit transfers or to operate a participation exemption. Member States which operate a participation exemption should either ensure that the profits which give rise to foreign source dividends are subject to effective anti-abuse or countermeasures, or apply switch-over provisions targeted at ensuring effective taxation. The first could be achieved through a Member State having CFC-legislation or other anti-abuse provisions which ensure that profits artificially diverted from that Member State which may give rise to foreign source dividends are appropriately taxed*».

Non debemos esquecer que, se un só Estado membro se mostra laxo ao permitir a entrada de dividendos desde territorios terceiros, serán inútiles os esforzos dos demais neste ámbito porque o nivel de protección da UE é o nivel do Estado que o fixe a un nivel máis baixo.

En materia de *rulings* o Grupo comezou por brindar unha definición destes cualificándoos como: «(T)he advance interpretation or application of tax provisions by the tax administration to a specific fact pattern of a specific taxpayer». Non obstante, para identificalos invitaba os Estados membros a denunciar aquelas prácticas, mesmo sospeitosas, doutros Estados membros. A operatividade destas “delacións” mostrouse moi limitada: se os *rulings* xa son opacos dentro dun mesmo ordenamento, aínda máis o serán de cara ao exterior. De feito, o principal impulso para alcanzar o acordo de intercambiar obrigatoriamente os *rulings* (Proposta de directiva aprobada o pasado 6 de outubro de 2015, 12774/15) non foi outro que a coñecida filtración do chamando asunto *LuxLeaks*, que supuxo unha carga de profundidade contra os propios alicerces da Unión.

En relación cos *vínculos con países terceiros*, o Grupo identificou Suíza e Liechtenstein como os países terceiros que debían constituír unha prioridade para tratar de promover os principios de Código de conduta pola súa proximidade xeográfica e as súas tradicionais políticas fiscais agresivas.

5.5 O ano 2011

Á marxe de continuar o seu labor de mantemento do *statu quo*, o Grupo centrou o seu traballo durante estes meses en combater o abuso e en mellorar os vínculos con países terceiros. Ademais, ante o éxito da aprobación do *Future Work Package* en 2008 como guía programática para expandir as súas actuacións, o Grupo acordou o novo *Work Package 2011*, consumando así a firme aposta por ampliar o alcance dos traballos do Grupo do Código de Conduta máis alá da súa misión tradicional de controlar o cumprimento dos compromisos de *rollback* e *standstill*. Son tres as novas liñas de traballo propostas:

1. Controlar a posta en marcha das recomendacións do Grupo (*guidance notes*) por parte dos Estados membros.
2. Preparar novas recomendacións que permitan trasladar as avaliacións individuais realizadas a principios xerais que se poidan empregar como guía no futuro. Como punto de partida, os esforzos neste ámbito centraranse nos réximes sobre o capital móbil e sobre as zonas económicas especiais.
3. Fondos de investimento. O obxectivo será examinar as medidas aplicadas polos Estados que poidan propiciar unha planificación fiscal prexudicial por parte das multinacionais, tratando de ofrecer solucións comúns que impidan o seu emprego abusivo.

Un dos principais problemas sinalados polo Grupo xa en 2011 eran os instrumentos híbridos de financiamento, cuxa disparidade de cualificación e trato fiscal entre os Estados membros creaban *mismatches* que podían fomentar a práctica de arbitraje fiscal en busca de situacións de dobre non imposición. Non obstante, as propostas realizadas polo Grupo para solucionar as lagoas observadas en materia dun destes instrumentos, os *Profit Participating Loans* (operacións híbridas en que a retribución do préstamo está ligada aos beneficios da sociedade prestameira) quedaron paralizadas. Un claro exemplo da conflitividade desta materia é a desaparición dos parágrafos que resumían os avances nas diferentes versións públicas dos informes (Nouwen, 2012:8).

5.6 O ano 2012

No ano 2012 corroborábase de novo como o labor habitual do Grupo (*rollback & standstill*) foi pasando paulatinamente a un segundo plano. Como fito principal dos traballos nese ano quere-mos destacar os avances en materia de *mismatches*, para o cal o Grupo tomou como referencia inicial, para evitar duplicidades, os traballos desenvolvidos no seo da OCDE, en concreto o documento *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax policy and compliance issues*, publicado o 5 marzo de 2012. Aínda que é evidente a vantaxe de partir dun documento xa elaborado, resulta paradoxal que apenas se faga mención á consulta pública lanzada pola propia Comisión unha semana antes (o 29 de febreiro) co título *Mercado interior: exemplos concretos de casos de dobre non imposición*, TAXUD D1 D(2012). De feito, aínda que o seu formato de cuestionario pechado limitou a utilidade das contribucións, é un documento máis ambicioso respecto ás situacións fronteirizas potencialmente prexudiciais que pretende vixiar, tal como se pode observar na táboa 1.

Táboa 1. Comparación do ámbito das iniciativas da UE e a OCDE en materia de dobre non imposición

UE	OCDE
Hybrid entities	Hybrid entities
Hybrid Instruments	Hybrid Instruments
Application of Double Tax Conventions	Hybrid transfers
Transfer pricing and unilateral Advance Pricing Arrangements	Dual residence entities
Entities with no or low taxation	
Debt financing of tax-exempt income	
Different treatment of passive and active income	

Fonte: *Global Tax Policy and Controversy Briefing*, Vol. 10, 2012, p. 36

O carácter prioritario desta materia púidose constatar de novo na *Recomendación sobre a planificación fiscal agresiva* do 6 de decembro de 2012, C (2012) 8806 final, na cal se propón unha cláusula específica para solucionar situacións de dobre non imposición pola interacción entre CDI.

5.7 O ano 2013

Nos dous informes deste ano aprécianse importantes avances en materia de *rulings*. O Grupo por exemplo propuxo incluír no futuro intercambio de *rulings* os acordos previos de prezos de transferencia (Grupo do Código de Conduta, 2013:6), cuestión que posteriormente se incorporou ao artigo 8 bis da citada Proposta de directiva aprobada o pasado 6 de outubro de 2015, 12774/15 para o intercambio automático e obrigatorio de *rulings*.

Outro aspecto destacable este ano son as optimistas negociacións con Suíza para que asuma os principios do código nas cales o país helvético mostra a súa disposición a considerar cinco medidas fiscais sobre as que o grupo tería reservas (Grupo do Código de Conduta, 2013:7).

5.8 O ano 2014

En decembro de 2013, o Consello ECOFIN pediulle ao Grupo que reexaminase, á luz do terceiro criterio do código (que as vantaxes se lles outorguen a entidades sen presenza económica substancial), os réximes de *patent box* de todos os Estados membros tendo presentes os avances no seo da iniciativa BEPS da OCDE. Deste xeito, o Grupo, no seu primeiro informe de 2014, somete a exame as tres fórmulas propostas pola OCDE: *value creation approach*, *transfer pricing approach* y *modified nexus approach*, sendo esta última a que recibe un maior apoio por parte dos representantes dos Estados membros (Grupo do Código de Conduta, 2014a:4). Unha boa proba do difícil equilibrio no seo do Grupo e das sensibles negociacións que leva a cabo é a eliminación neste informe do apartado relativo aos avances en materia de vinculación con países terceiros, seguramente Suíza (Grupo do Código de Conduta, 2014a:7).

O segundo informe de 2014 é posiblemente no que quede máis de manifesto o labor que realizou o Grupo do Código de Conduta na última década. Neste informe contéñense no anexo dúas propostas de gran relevancia na loita contra a competencia fiscal prexudicial e a planificación fiscal abusiva, fundamentais para solucionar problemas críticos da fiscalidade comunitaria.

O primeiro documento é un importantísimo compromiso en relación coa aplicación do *modified nexus approach* nos *patent box* por parte de todos os Estados membros, exixindo a adaptación paulatina a este de todos os réximes existentes (Grupo do Código de Conduta, 2014b:7-8). A outra proposta incorpora unha recomendación en materia de híbridos que lles afecten a dous Estados membros (Grupo do Código de Conduta, 2014b:9-10) á que se engaden unhas extensas notas aclaratorias.

Non só iso, o 14 de outubro de 2014 Suíza e a Unión Europea asinaban unha histórica declaración conxunta de mutuo entendemento en materia de fiscalidade societaria pola cal se sentan os principios para unha negociación aberta e sen obstáculos para rematar principalmente coa competencia fiscal prexudicial desde o país helvético e as medidas antiabuso en resposta por parte dos Estados membros. As negociacións no seo do Grupo contribuíron sen dúbida a este primeiro éxito que deberá consolidarse en próximos anos.

5.9 O ano 2015

Este último ano o Grupo continuou co seu labor recibindo ademais un forte apoio mediante a aprobación dun novo *Work Package 2015*. No primeiro informe semestral incorpórase unha recomendación en materia de establecementos permanentes híbridos e os problemas xerados pola súa diferente cualificación en dous Estados membros (Grupo do Código de Conduta, 2015a:6-7); igual que no caso da recomendación sobre produtos híbridos que afectasen a dous Estados membros, engádense unhas amplas notas aclaratorias. No segundo informe inclúese así mesmo unha recomendación e as súas respectivas notas aclaratorias sobre híbridos que lles afecten a un Estado membro e a países terceiros (Grupo do Código de Conduta, 2015b:6-7).

O futuro do Grupo foi sen dúbida ningunha o principal punto da axenda neste ano 2015. Este informe contén as cinco diferentes propostas (Irlanda, Comisión, Austria, Luxemburgo e o G-5) sobre a orientación que debían adoptar os traballos no seu seo, propostas que se materializaron na aprobación no segundo informe do *Work Package 2015*. O Grupo está máis vivo que nunca.

En concreto, o renovado mandato do Grupo fai especial fincapé en:

- Controlar a adecuación dos réximes de *patent box* ao compromiso acordado no ano 2014 sobre a aplicación do *modified nexus approach*.
- Promover a aplicación dos principios e criterios do código a Estados terceiros.
- Vixiar o cumprimento das recomendacións acordadas e daquelas froito do traballo no seo do proxecto BEPS da OCDE.
- Elaborar novas recomendacións sobre a aplicación dos criterios do código a aspectos conflictivos da fiscalidade comunitaria e internacional.

6 PRESENTE E FUTURO DO CÓDIGO DE CONDUTA: UN INSTRUMENTO DE *SOFT LAW* MÁIS VIVO QUE NUNCA

Desde a súa creación e ata os nosos días, o Grupo do Código de Conduta realizou un labor moi destacado na identificación, valoración e eliminación de medidas fiscais prexudiciais. Máis de 400 medidas foron avaliadas e máis de 100 delas foron eliminadas ou modificadas tras recibiren o cualificativo de prexudiciais, conseguindo ademais romper de forma excepcional unha das grandes barreiras invisibles da UE: o control sobre os territorios dependentes ou asociados aos Estados membros.

Non obstante, pouco a pouco, dado o seu propio éxito, a misión primixenia encomendada ao Grupo de controlar o proceso de desmantelamento das medidas (*rollback*) e vixiar os ordenamentos estatais para asegurar o cumprimento dos principios do Código (*standstill*) foi perdendo relevancia.

O Grupo, en cambio, sóubose reinventar. Mediante unha interpretación expansiva do mandato inicial e co Informe de maio de 2006 como resorte, erixiuse como plataforma de debate dalgunhas das cuestións de maior actualidade do panorama fiscal comunitario. Deste xeito, con maior ou menor influencia, pasaron polas súas mans as relacións da UE con terceiros Estados, a adopción de medidas antiabuso, a limitación aos *patent box*, o intercambio automático de *rulings* ou a solución ao problema dos híbridos. O Grupo do Código, a pesar de irse da primeira plana da política comunitaria, serviu como foro ao máis alto nivel, dando un paso adiante apoiado polo Consello desde o ano 2006. Con 15, con 28 ou con 30 Estados membros, o Grupo é, foi e será un punto de encontro aberto ao diálogo que, ao realizar gran parte do *traballo sucio*, facilita acordos de maior calado. De feito, así o recoñece recentemente a Comisión no Paquete de loita contra a elusión fiscal.

Non podemos deixar de mostrarnos esperanzados porque os Estados acepten a expansión dos traballos do Grupo máis alá da concepción estrita da fiscalidade empresarial. Unha vez que entrou de cheo no exame de medidas antiabuso ou que retomou unha cuestión aprazada desde a súa creación como os fondos de investimento, cremos firmemente, como xa indicou Monti no seu informe de 2010: *A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society*, que o código pode asumir funcións en relación con algúns aspectos da fiscalidade persoal con incidencia na competencia fiscal prexudicial (Monti, 2010:82). Do mesmo xeito, como eixe da coordinación comunitaria, cremos que está lexitimado e capacitado para examinar de maneira transversal cuestións de gran complexidade e casuística, como os supostos de dobre non imposición.

Como principais conclusións deste traballo podemos extraer dúas. En primeiro lugar, que os traballos do Grupo teñen unha gran lexitimidade derivada da participación de todos os Estados nas súas deliberacións, aínda que, para dotar de valor as súas solucións, cómpre elevar o nivel político das súas discusións. Os traballos no seo do Grupo, en contraposición á parálise dos grandes proxectos de harmonización da Comisión (principalmente a BICCSIS), dan voz a todos os Estados membros, lexitimidade que permite superar as reticencias da subsidiariedade e o fantasma da unanimidade, amparando a discusión de solucións flexibles a algunhas das cuestións máis candentes da fiscalidade comunitaria. Á marxe de ampliar o seu renovado campo de acción, este perfil técnico dos traballos debe completarse cunha participación política a maior nivel que dote de maior forza as propostas e solucións alcanzadas.

Ademais, atrevémonos a sinalar que a entrada en escena do Código de Conduta, xunto co activismo da Comisión en materia de axudas de Estado, modificaron as pautas de competencia fiscal entre os Estados membros.

Xa existe moi pouco espazo para que unha sociedade se aproveite dun réxime especial concreto dun Estado, polo que proliferou unha arbitrase fiscal moito máis complexa que aproveita a descoordinada (intencionada ou non) interacción entre elementos macro de diferentes sistemas. A infinita rede de CDI, as disparidades de tipos e as diferenzas de tratamento e cualificación das rendas pasivas (xuros, dividendos, canons) provocan unha morea de combinacións que multiplican as oportunidades de arbitrase fiscal.

Os dous focos máis incontrolables desta nova forma de competencia son, por un lado, a consentida conexión con paraísos fiscais cuxas operacións se “lavan” ao canalizarse a través dun Estado membro. Sen unha resposta común ou coordinada, calquera porta entreaberta convértese nun billete de primeira clase para gozar das liberdades comunitarias.

O segundo, a aprobación de *rulings* opacos que lles conceden un trato preferente ás multinacionais. Non nos enganemos, estes acordos *ad hoc* foron a resposta dalgúns Estados membros ante a forzada eliminación de réximes preferenciais sinalados polo código hai xa máis de dez anos. Nunca esquezamos mirar atrás, daquelas risas veñen estes choros.

7 BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García, R. 2001. «El Soft Law comunitario», *Revista de Administración Pública*, 154, 63-94.
- Altindag, S. 2009. *La concurrence fiscale dommageable. La coopération des États membres et des autorités communautaires*. París: L'Harmattan.
- Bratton, W.W. e McCahey, J. A. 2001 «Tax coordination and tax competition in the European Union: evaluating the Code of Conduct on business taxation», *Common Market Law Review*, 38, 677-718.
- Comisión Europea, 2012 «Comunicación: Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal», COM (2012) 722/2.
- Comisión Europea, 2016 «Comunicación: Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE», COM(2016) 23 final.
- Consejo de la Unión Europea, 1998 «Conclusiones del Consejo de 9 de marzo de 1998 sobre la creación del Grupo del Código de Conducta (fiscalidad de las empresas)», 98/C 99/01.
- Consejo de la Unión Europea, 2015 «8 de diciembre de 2015 (OR. en)», 15148/15 FISC 184 ECOFIN 964.
- Dos Santos, A. C. 2009. *L'Union européenne et la regulation de la concurrence fiscale*. París: Bruylant.
- ECOFIN, 2003a «Sesión núm. 2480 del Consejo ECOFIN en Bruselas. 21 de enero de 2003», Documento 5506/03 (Presse 15).
- ECOFIN, 2003b «Sesión núm. 2513 del Consejo ECOFIN en Bruselas, 3 de junio de 2003», Documento 9844/03 (Presse 149).

- Florindo Gijón, F. 2003 «El Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen Comunitario de control de las ayudas estatales», *Crónica Tributaria*, 109, 101-118.
- Grupo del Código de Conducta, 2006 «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 7 de junio de 2006», Doc. 9655/06 LIMITE FISC 73.
- Grupo del Código de Conducta, 2007 «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 5 de junio de 2007», Doc. 9047/07 LIMIT FISC 62.
- Grupo del Código de Conducta, 2008 «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 2 de diciembre de 2008», Doc. 16084/1/08 REV 1 LIMIT FISC 166.
- Grupo del Código de Conducta, 2009 «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 2 de diciembre de 2009», Doc. 16233/09 LIMITE FISC 163.
- Grupo del Código de Conducta, 2010 «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 7 de diciembre de 2010», Doc. 16766/10 LIMITE FISC 139.
- Grupo del Código de Conducta, 2013 «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 21 de junio de 2013», Doc. 11465/13 LIMITE FISC 134.
- Grupo del Código de Conducta, 2014a «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 6 de junio de 2014», Doc. 10608/14 LIMITE FISC 95.
- Grupo del Código de Conducta, 2014b «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 11 de diciembre de 2014», Doc. 16553/1/14, REV 1 LIMITE FISC 225.
- Grupo del Código de Conducta, 2015a «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 11 de junio de 2015», Doc. 9620/15 LIMITE FISC 60.
- Grupo del Código de Conducta, 2015b «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 23 de noviembre de 2015», Doc. 14302/15 LIMITE FISC 159.
- Hinneken, L. 1997 «The Monti Report: the uphill task of harmonizing direct tax system of EC Member States», *EC Tax Review*, 1, 31-49.
- Lamadrid de Pablo, A. 2005 «El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de Estado», *Documento de Trabajo - Instituto de Estudios Europeos, Serie Unión Europea*, 3.
- Malvárez Pascual, L. 2012 «La compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de las medidas tributarias destinadas a favorecer la competitividad de las empresas españolas en el marco de un modelo de economía sostenible», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, 13, 149-166.
- Martín Rodríguez, J. M. 2014 «Competencia fiscal en la tributación de las personas físicas en la Unión Europea», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, 377-378, 5-56.
- Monti, M. 2010 «A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society», *Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso*.
- Mors, M. 2003 «Tax competition in Europe - an EU perspective», en Wolfgang Schön (coord.), *Tax Competition in Europe*. Amsterdam: IBFD.
- Nouwen, T. 2012 «Recent results and trends reported by the Code of Conduct Group on Business Taxation», *EU direct tax news*, 46, 5-13.

NOTAS

- 1 Directiva 2003/48/CE do Consello, do 3 de xuño de 2003, en materia de fiscalidade dos rendementos do aforro en forma de pagamento de xuros.
- 2 Directiva 2003/49/CE do Consello, do 3 de xuño de 2003, relativa ao réxime fiscal común aplicable aos pagamentos de xuros e canons efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados membros.
- 3 *Report to the Ecofin Council on 29 November 1999*, SN 4901/99.
- 4 As medidas clasificáronse para o seu exame en seis grupos: servizos financeiros, financiamento de grupo e pagamento de *royalties*; seguro, reaseguro e seguros cativos; servizos intragrupo; sociedades *holding*; sociedades exentas e *off shore*; e medidas misceláneas.
- 5 Ata o 31 de decembro de 2010: Bélxica (Centro de Coordinación), Irlanda (ingresos procedentes do estranxeiro), Luxemburgo (sociedades *holding* conforme a Lei de 1929) e Países Baixos (financiamento internacional). Ata o 31 de decembro de 2011: Portugal (zona franca de Madeira).
- 6 Proposta recollida no anexo 2 do doc. 14812/02, Informe ao Consello ECOFIN do 26 de novembro de 2002.
- 7 A preocupación das institucións comunitarias por esta materia quedou reflectida na publicación da Comunicación *Fomento da boa gobernanza no ámbito fiscal*, do 28 de abril de 2009, COM (2009) 201 final, en que se reflicte claramente a vocación internacional de iniciativa.

Análise da futura Lei de servizos sociais de Andalucía

Análisis de la futura Ley de servicios sociales de Andalucía

Analysis of the future Law of Social Services of Andalusia



ANDREA GARRIDO JUNCAL

Profesora contratada interina de Dereito Administrativo
Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)
andrea.garrido@usc.es

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

Resumo: Preténdese ofrecer unha exposición panorámica das principais novidades que ofrece o Proxecto de Lei de servizos sociais de Andalucía, atendendo ás alegacións presentadas no transcurso da súa elaboración e relacionando o proxecto normativo coa aprobación de Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, así como coa entrada en vigor da cuarta xeración de directivas comunitarias sobre contratación pública.

Palabras clave: servizos sociais, Andalucía, reforma local, concerto social, liberdade de empresa.

Resumen: Se pretende ofrecer una exposición panorámica de las principales novedades que ofrece el Proyecto de Ley de servicios sociales de Andalucía, atendiendo a las alegaciones presentadas en el transcurso de su elaboración y relacionando el proyecto normativo con la aprobación de Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, así como con la entrada en vigor de la cuarta generación de directivas comunitarias sobre contratación pública.

Palabras clave: servicios sociales, Andalucía, reforma local, concierto social, libertad de empresa.

Abstract: This paper aims at giving a general overview of the main developments of the Bill of social services of Andalusia, taking into account not only the discussions conducted in the drafting process but also the Law 27/2013 of 27 December, on rationalization and sustainability of local government as well as the entry into force of the fourth generation of EU Directives on public procurement.

Key words: social services, Andalusia, local reform, social partnership, entrepreneurial freedom.

Sumario: 1 Introducción. 2 A concepción dos servizos sociais en Andalucía. 3 As competencias das administracións en materia de servizos sociais. 4 A colaboración da iniciativa privada en materia de servizos sociais. 4.1 Límites á liberdade de empresa. 4.2 O concerto social. 5 Conclusións. 6 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

O 12 de xaneiro de 2016 o Consello de Goberno da Junta de Andalucía acorda aprobar o Proxecto de Lei de servizos sociais de Andalucía (PLSSA), que, salvo desconformidade do Parlamento desta Comunidade Autónoma, substituirá a Lei 2/1988, do 4 de abril, de servizos sociais de Andalucía. En palabras da conselleira de Igualdade e Políticas Sociais, estamos ante unha «norma pioneira en España que converterá Andalucía na primeira Comunidade Autónoma que blinda con rango legal as coberturas básicas nesta materia, ademais de establecer novos dereitos como a libre elección». Anúnciase que o futuro texto legal introducirá, como principais novidades, «a ampliación de dereitos, o establecemento dun catálogo de prestacións básicas garantidas, que poderán ser exixibles pola cidadanía, a creación da Historia Social e da Tarxeta Social Dixital para cada persoa, e a constitución do Comité de Ética dos Servizos Sociais de Andalucía»¹.

Ante as declaracións transcricas e, en particular, o uso do adxectivo “pioneira”, o propósito deste artigo é descubrir se realmente estamos ante unha regulación innovadora do cuarto pilar do Estado do benestar e, polo tanto, con capacidade para impulsar a cuarta xeración de leis autonómicas de servizos sociais. Nesta liña, é oportuno lembrar que o ordenamento xurídico aplicable a esta parcela da actividade administrativa se distingue por unha notable dinamicidade e unha excesiva dispersión. O feito de que este servizo público teña como misión mellorar a calidade de vida da cidadanía e de que a súa atención por parte dos responsables políticos se instrumentalice como reclamo electoral son, ao noso xuízo, as dúas razóns fundamentais que explican a constante intervención lexislativa neste ámbito.

Así as cousas, e trasladando as consideracións anteriores ao territorio andaluz, resulta obvio, tal como establece a exposición de motivos do proxecto normativo que analizamos nestas páxinas, que «o transcurso do tempo, a experiencia adquirida, a evolución da sociedade e a aparición de novas e crecentes necesidades fan aconsellable a aprobación dunha nova lei de servizos sociais que poida responder ás novas exixencias e lle permita ao sistema adaptarse mellor ás circunstancias actuais e ás previsións futuras». Agora ben, outro motivo que quizais podería explicar a presentación deste proxecto de lei son os resultados das últimas eleccións andaluzas, tras os cales o PSOE continúa gobernando sen unha maioría absoluta.

Despois destes comentarios iniciais, anunciamos que este estudo se sistematiza en tres partes. A primeira aborda a significación da terminoloxía «servizos sociais». A segunda trata a distribución competencial entre administracións nesta materia. E a terceira examina a regulación da iniciativa privada na provisión das prestacións dos servizos sociais, deténdose, polo menos superficialmente, en dous aspectos: un, os límites á liberdade de empresa; e outro, a introdución da figura do concerto social.

2 A CONCEPCIÓN DOS SERVIZOS SOCIAIS EN ANDALUCÍA

Na tarefa da conceptualización dos servizos sociais atopámonos, a pesar da familiaridade da expresión, ante un auténtico reto. Dado que os conceptos non constitúen meros actos da linguaxe no ordenamento xurídico e posúen unha capacidade para transformar as realidades a que se refiren, entendemos que a redución das vacilacións semánticas é un dos primeiros desafíos que cómpre afrontar. Resulta axeitado insistir en que o dereito positivo non sempre utiliza unha terminoloxía xuridicamente depurada. Sería inocente pensar que o poder lexislativo

emprega sempre un vocabulario exacto e academicamente rigoroso; ás veces si, outras non. Posto que os defectos ou a falta de finura na redacción dos textos normativos non afectan á súa validez, pero si teñen implicacións xurídicas, reiteramos a importancia do esclarecemento do significado da locución «servizos sociais»².

Paralelamente, resaltamos que chama a atención que no artigo 2 do PLSSA, que leva o título de «Definicións», non se incluíse unha aclaración ao respecto³. Neste precepto, atopamos só unha alusión ás «prestacións dos servizos sociais». O título II do PLSSA dedícase a esclarecer a natureza xurídica, os principios reitores, a estrutura funcional e outros aspectos do «sistema público dos servizos sociais de Andalucía». Deste xeito, a primeira dúbida que nos xorde é se «os servizos sociais», «as prestacións dos servizos sociais» e «o sistema público dos servizos sociais» son tres denominacións que se poden utilizar de forma indistinta.

A exposición de motivos do PLSSA comeza sinalando: «Os servizos sociais son o conxunto de servizos, recursos e prestacións orientados a satisfacer o dereito de todas as persoas á protección social, nos termos recollidos nas leis, e teñen como finalidade a prevención, atención ou cobertura das necesidades individuais e sociais básicas das persoas no seu contorno, co fin de alcanzar ou mellorar o seu benestar. Estes servizos, configurados como un elemento esencial do Estado de benestar, están dirixidos a acadar o pleno desenvolvemento dos dereitos das persoas na sociedade e a promover a cohesión social e a solidariedade»⁴.

O artigo 2 do PLSSA establece que «as prestacións do sistema público de servizos sociais de Andalucía son as actuacións concretas e personalizadas que se ofrecen á persoa ou unidades de convivencia en resposta ás súas necesidades de atención»⁵.

O artigo 23 do PLSSA declara que «o sistema público de servizos sociais de Andalucía é o conxunto de servizos, recursos e prestacións das administracións públicas de Andalucía, orientados a garantir o dereito de todas as persoas en Andalucía á protección social, nos termos recollidos no Estatuto de autonomía para Andalucía, nesta lei e no resto da normativa vixente na materia».

A teor do exposto, consideramos que é relevante subliñar, en primeiro lugar, que os servizos sociais se describen como un conxunto de elementos (servizos, recursos e prestacións), entre os que sobresaen as últimas, xa que estas son obxecto dun amplo tratamento no capítulo II do título II do PLSSA. En segundo e último lugar, é pertinente anotar que non todos os servizos sociais –nin as prestacións que os integran– compoñen o chamado sistema público de servizos sociais e que o antedito dato é fundamental, pois a aplicación da futura lei gradúase en función diso. Do teor literal do artigo 3 do PLSS, dedúcese que o sometemento será pleno no caso de que os servizos sociais se inclúan no sistema público de servizos sociais de Andalucía e parcial no suposto de que os servizos sociais non se encadren no mencionado sistema⁶.

Coa intención de comprender a relación entre os servizos sociais e o sistema público de servizos sociais, importa realizar tamén unha lectura analítica do artigo 23 do PLSSA. Deste xeito, podemos concluír que o sistema público de servizos sociais é a suma de servizos, recursos e actividades que se ofrecen desde a Administración da Junta de Andalucía, desde as entidades locais desta Comunidade Autónoma, desde os entes instrumentais das dúas administracións territoriais anteriormente citadas e desde a iniciativa privada tras a formalización previa dun contrato público. Consecuentemente, é necesario pór de relevo que esta definición do sistema público de servizos sociais de Andalucía exclúe aqueles servizos que proveñen de entidades privadas ás que se lles conceden subvencións ou outras axudas públicas⁷.

3 AS COMPETENCIAS DAS ADMINISTRACIÓNS EN MATERIA DE SERVIZOS SOCIAIS

A Lei orgánica 2/2007, do 19 de marzo, de reforma do Estatuto de autonomía para Andalucía (en diante, EAA) dispón, no seu artigo 61.1, que lle «corresponde á Comunidade Autónoma a competencia exclusiva en materia de servizos sociais, que en todo caso inclúe: a) A regulación, ordenación e xestión de servizos sociais, as prestacións técnicas e as prestacións económicas con finalidade asistencial ou complementarias doutros sistemas de protección pública. b) A regulación e a aprobación de plans e programas específicos dirixidos a persoas e colectivos en situación de necesidade social. c) Institucións públicas de protección e tutela de persoas necesitadas de protección especial, incluída a creación de centros de axuda, reinserción e rehabilitación»⁸. A partir do título competencial reproducido, constatamos como a Comunidade Autónoma de Andalucía, igual que a Comunidade Autónoma de Cataluña⁹, atribúe para si unha ampla diversidade de potestades en relación cos servizos sociais, o cal motiva en numerosas ocasións unha conflictividade entre estas e o Estado. Para tales efectos, e a título meramente exemplificativo, podemos citar as sentenzas do Tribunal Constitucional 33/2014, do 27 de febreiro de 2014, e 78/2014, do 28 de maio de 2014, e a Sentenza da Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo do 21 de maio de 2015, que resollen discrepancias sobre o encadramento competencial das subvencións.

O artigo 84 do EAA sinala, no seu apartado 1, que «a Comunidade Autónoma poderá organizar e administrar todos os servizos relacionados con educación, sanidade e servizos sociais e exercerá a tutela das institucións e entidades nestas materias, sen prexuízo da alta inspección do Estado, conducente ao cumprimento das funcións e competencias contidas neste artigo», e detalla, no apartado 2, que «a Comunidade Autónoma de Andalucía axustará o exercicio das competencias que asuma nas materias expresadas no apartado anterior a criterios de participación democrática de todos os interesados, así como dos sindicatos de traballadores e asociacións empresariais nos termos que a lei estableza». Respecto deste precepto, debemos facer dúas puntualizacións.

A primeira consiste en precisar que nin a actual lei de servizos sociais de Andalucía nin o corpo normativo que, en principio, a substituirá lle atribúen competencias en materia de inspección ao Estado. Non obstante, iso non quere dicir que a intervención estatal non se produza neste ámbito. Como explica a exposición de motivos do PLSSA, en virtude da asunción de competencias que a propia Constitución posibilita, a teor do disposto no seu artigo 148.1, as comunidades autónomas regularon e desenvolveron os servizos sociais, pero «reservándose no artigo 149.1.1 da Constitución, como competencia exclusiva do Estado, a regulación das condicións que garantan a igualdade de todos os españois no exercicio dos seus dereitos e no cumprimento dos seus deberes constitucionais». Neste sentido, chámamos a atención a omisión doutro título competencial sobre o que a intervención do Estado nesta materia adoita fundamentarse, o artigo 149.1.17 da Carta Magna.

En segundo lugar, do preceptuado no artigo 85 do EAA é remarcable a importancia que reviste a participación dos interesados, os sindicatos dos traballadores e asociacións empresariais no exercicio das competencias referente aos servizos sociais. Unha das notas máis características das leis autonómicas de servizos sociais radica na inclusión dos principios que as inspiran. Na maioría dos casos esta inclusión lévase a cabo no propio articulado, onde non só se mencionan os principios, senón que se dá unha pequena explicación de cada un, normalmente da fina-

lidade que se persegue coa súa incorporación na normativa. Pois ben, entre estes principios, sempre figura o da participación. O PLSSA defíneo, no artigo 24, do seguinte xeito: «as administracións públicas actuarán baixo o principio da efectiva participación da cidadanía na toma de decisións e no desenvolvemento e avaliación das políticas sociais, prestando especial atención á poboación máis vulnerable, como son as persoas menores de idade, as persoas maiores e todas aquelas que teñan dificultades para facer valer a súa acción e opinión». Desde a nosa óptica persoal, o fincapé posto na teorización deste principio queda desvirtuado pola insignificancia das funcións atribuídas aos órganos que serven de canle para a participación¹⁰, os cales, ademais diso, nin sequera se convocan¹¹.

Centrándonos nas competencias das entidades locais, cómpre sinalar que o EAA lles garante aos municipios un núcleo competencial propio que será exercido con plena autonomía con suxeición só aos controis de constitucionalidade e legalidade. Desta forma, o artigo 92.2.c) da norma institucional básica da Comunidade Autónoma de Andalucía establece que os concellos teñen, nos termos que determinen as leis, competencias propias sobre, entre outras materias, «a xestión dos servizos sociais comunitarios»¹². Co fin de comprender a reserva que se realiza sobre a xestión destes servizos a favor dos concellos, resulta imprescindible entender con carácter previo cal é a súa estrutura funcional.

Os servizos sociais estrutúranse, desde as súas orixes e en todas as comunidades autónomas, en dous niveis de actuación: servizos sociais de base, básicos, xerais, comunitarios ou de atención primaria, e servizos sociais específicos, especializados ou de atención especializada¹³.

Interesa reparar en que aos primeiros se lles chama comunitarios porque son os primeiros servizos sociais que recibe calquera cidadán (van dirixidos ao conxunto da poboación) e a súa titularidade corresponderalle, con carácter predominante, aos municipios. Por outra banda, os servizos sociais especializados son aqueles cuxas prestacións implican intervencións de carácter sectorial, atendendo á tipoloxía das necesidades, e requiren unha especialización técnica ou a disposición duns recursos determinados. O acceso a eles producirase xeralmente por derivación dos servizos sociais comunitarios e a súa xestión recaerá xeralmente na Administración da Comunidade Autónoma.

De cara a evitar as duplicidades administrativas, o Consello de Concertación Local, que é un órgano adscrito á Consellaría de Administración Local e Relacións institucionais da Junta de Andalucía, informa de que, dado que a distribución competencial se asenta na distinción entre servizos sociais comunitarios e especializados, deberíase identificar de forma máis nítida cales destes servizos corresponden a un e outro espazo. Doutro xeito, desde o seu punto de vista, quedaría sempre a dúbida de se, por exemplo, un centro de día da terceira idade corresponde a unha ou outra categoría, xa que as funcións que se desenvolven nestes se poden encadrar abstractamente entre os que perseguen unhas e outras políticas. Este órgano observa que, hoxe en día, este tipo de centros están xestionados uns pola Junta de Andalucía e outros polas entidades locais con apoio na normativa actual e que esa situación se podería perpetuar coa normativa que se proxecta¹⁴. Por esta razón, recomenda que, para concretar que servizos e centros corresponden aos servizos sociais comunitarios ou aos especializados, sirva como exemplo o previsto no artigo 14 da Lei 6/1999, do 7 de xullo, de atención e protección ás persoas maiores de Andalucía¹⁵.

Para finalizar, a Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local (en diante, LRSAL), reabriu o debate sobre as competencias municipais en

materia de servizos sociais, ao prever a súa disposición transitoria segunda o traspaso dunha boa parte destas prestacións ás comunidades autónomas cunha dobre condicionalidade: unha formal (a data do 31 de decembro de 2015) e outra material (nos termos das normas reguladoras do sistema de financiamento autonómico e local). De todos os xeitos, ao non se aprobaren tales normas de financiamento, o prazo do 31 de decembro perde todo tipo de efecto¹⁶. Ben que o referido traspaso non se produciu, un sector doutrinal discutiu a viabilidade constitucional da súa proposta¹⁷ e as comunidades autónomas procederon a desenvolver a LRSAL coa intención de aclarar o trato que se lle deberá dar ás competencias locais en materia de servizos sociais¹⁸. Sobre este asunto realízase, a continuación, unha apertada síntese. En primeiro lugar, en relación cos efectos das variacións do artigo 25 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (en diante, LBRL), rexéitase a súa interpretación rigorosamente literal, isto é, que o labor de concellos se deba reducir ás materias recollidas no apartado 2 deste precepto. En segundo lugar, ante a substitución da previsión «prestación dos servizos sociais e de promoción e reinserción social» (apartado k) como competencia propia dos municipios polo enunciado «avaliación e información de situacións de necesidade social e a atención inmediata a persoas en situación ou risco de exclusión social» (apartado e) efectuada no artigo 25.2 da LBRL, insítese en que o lexislador estatal só pode recortar competencias municipais alí onde posúa algunha competencia específica. No caso dos servizos sociais, tratándose dunha competencia autonómica exclusiva, esta operación de recorte de competencias municipais unicamente poderían levala a cabo os lexisladores autonómicos. En terceiro lugar, atendendo á posible conversión das competencias propias que antes da LRSAL estaban conferidas aos municipios en competencias delegadas en virtude do artigo 27.3 c) da LBRL, é plausible a posición de subordinación dos municipios que postula a LRSAL. Na nova redacción do artigo 27 da LBRL, introdúcense novas e importantes exixencias para proceder á delegación de competencias estatais ou autonómicas nos municipios, entre as que podemos destacar que será preceptiva a correspondente dotación orzamentaria, a delegación deberá mellorar a eficiencia da xestión pública, contribuír a eliminar duplicidades administrativas e ser acorde coa lexislación de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, a súa duración non será inferior a cinco anos e a Administración que delega reservará para si os mecanismos de control precisos para asegurar a axeitada prestación do servizo delegado.

No que atinxe ás competencias dos municipios en materia de servizos sociais, pódese dicir que, aínda que o lexislador estatal relativiza a regra da máxima proximidade como principio básico inspirador da distribución competencial mediante a aprobación da LRSAL, o lexislador andaluz pretende todo o contrario baixo o pretexto dunha maior eficacia e rendibilidade social dos recursos dispoñibles. Desta forma, o artigo 56 do PLSSA declara que son competencias propias dos municipios «as competencias xerais establecidas na Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, as que se determinan como competencias propias na Lei 5/2010, do 11 de xuño, e aquelas que así estean definidas pola normativa sectorial». Segundo este mesmo precepto, as ditas competencias serán exercidas polos municipios, por si mesmos ou asociados, ou a través das fórmulas de colaboración interadministrativa previstas na lexislación sobre réxime local. Coa pretensión de controlar o déficit público, o Estado suxire que a prestación dos servizos sociais, como un dos ámbitos materiais en que o municipio exercía competencias propias, pasase a ser unha competencia municipal exercida por delegación (apartado c do artigo 27.3 da LBRL). Pois ben, o artigo 56.5 do PLSSA establece: «Unha vez garantidos os servizos

sociais comunitarios no seu municipio, os Concellos, de acordo coa súa capacidade financeira, poderán prestar os servizos sociais especializados que consideren necesarios, de acordo cos requisitos previstos na lexislación estatal e autonómica no marco da planificación establecida pola Comunidade Autónoma, conforme o previsto na lexislación aplicable». A noso xuízo, esta previsión é outra mostra máis da falta de entendemento entre o Estado e as comunidades autónomas no concernente á identificación do chanzo administrativo máis eficiente para prestar os servizos sociais.

Como colofón, cabe anotar que, malia que os servizos sociais se estruturan en dous niveis de actuación, iso non impide a cohesión do dito servizo público. Os servizos sociais básicos e os servizos sociais especializados funcionarán de forma coordinada e con criterios de continuidade e complementariedade. Con este fin, o PLSSA aposta pola creación da Comisión de Coordinación e Colaboración dos Servizos Sociais (artigo 52), a asignación dun profesional de referencia para cada persoa ou unidade de convivencia que acceda ao sistema de servizos sociais (artigo 30), e dous instrumentos técnicos, a tarxeta social e a historia social (artigo 46). En consecuencia, cremos conveniente subliñar que, se o problema a erradicar é que varias administracións están a realizar as mesmas tarefas co conseguinte aumento do gasto público, existen outras solucións, ademais da redución das competencias municipais. Na nosa opinión, o Estado debería explorar outras alternativas para promover a súa idea “unha Administración, unha competencia” e ser consciente tamén da enorme influencia da potestade normativa autonómica nesa dirección. En resumo, o defecto da coordinación interadministrativa poderíase solucionar en certa medida, por exemplo, cunha descrición exacta das funcións dos servizos sociais básicos e dos servizos sociais especializados na normativa sectorial ou investigando as potencialidades da implantación da tarxeta social e a historia social.

4 A COLABORACIÓN DA INICIATIVA PRIVADA EN MATERIA DE SERVIZOS SOCIAIS

4.1 Límites á liberdade de empresa

O título IV do PLSSA aborda ao longo dos seus catro capítulos a regulación da iniciativa privada e da iniciativa social na provisión dos servizos sociais. Segundo relata a exposición de motivos do PLSSA, «esta regulación é novidosa en Andalucía xa que a Lei 2/1988, do 4 de abril, non entrou a ordenar este sector, recoñecendo en todo momento a liberdade de empresa». A pesar da reiteración do recoñecemento da libre actividade da iniciativa privada na prestación destes servizos no artigo 95 do PLSSA, o certo é que se imponen limitacións á libre competencia.

O Consello de Defensa da Competencia de Andalucía puxo de manifesto tres barreiras de acceso ao mercado: a obrigatoriedade da posesión de autorizacións e inscricións rexistradas para operar no sector sen unha motivación suficiente; as excesivas remisións a desenvolvementos regulamentarios cunha mingua na seguridade xurídica; e a concesión dun tratamento discriminatorio positivo a determinadas entidades privadas fronte a outras¹⁹.

A) A obrigatoriedade de autorizacións e de inscricións nun rexistro de entidades, centros e servizos sociais

En canto ao réxime de autorizacións, resulta interesante traer a colación o artigo 81 do PLSSA, que dispón, no apartado 1: «Os centros de servizos sociais comunitarios, os centros e servizos de día e os centros e servizos de atención residencial, mentres desenvolven algun-

has prestacións ligadas á saúde pública e por razóns imperiosas de interese xeral como son a seguridade e protección das persoas destinatarias, precisarán autorización administrativa, nos seguintes supostos: a) para a súa posta en funcionamento; b) para as modificacións substanciais que afecten á estrutura física das instalacións ou á estrutura funcional» e que sinala, no apartado 4: «Dado que concorren razóns imperiosas de interese xeral, transcorrido o prazo previsto regulamentariamente para resolver e notificar sobre a solicitude presentada, sen terse notificada a resolución expresa correspondente, as persoas interesadas poderán entender desestimadas as súas solicitudes».

Desde a perspectiva da Dirección Xeral de Planificación e Organización dos Servizos Públicos da Consellaría de Facenda e Administración pública da Junta de Andalucía²⁰ e do Gabinete Xurídico de Servizos Centrais da Junta de Andalucía²¹, a suxeición de determinados servizos sociais a unha autorización administrativa, así como a aplicación do silencio negativo, poden conculcar a Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior; a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado; e a Lei 3/2014, do 1 de outubro, de medidas normativas para reducir as trabas administrativas para as empresas. Na súa opinión, a dita actuación administrativa tería que estar xustificada sempre como un medio de intervención necesario e proporcionado, e as razóns imperiosas de interese xeral alegadas deberían ser minuciosamente detalladas.

Atendendo aos razoamentos esgrimidos, criticábase tamén o Rexistro de entidades, centros e servizos sociais, aínda que con algún leve matiz. Conforme o artigo 83 do PLSSA, tanto as entidades titulares ou prestadoras de servizos sociais como aquelas que desenvolvan programas e intervencións de servizos sociais e os centros ou servizos dependentes destas que obtivesen autorización administrativa, ou fosen obxecto de comunicación, están obrigadas a inscribirse neste rexistro. Ademais, advírtese que esta anotación constitúe unha condición ineludible para a celebración de concertos, a concesión de subvencións ou calquera clase de axuda da Administración da Junta de Andalucía.

En palabras do Gabinete Xurídico dos Servizos Centrais da Junta de Andalucía, o rexistro autonómico podería infrinxir o artigo 18.2 a) da Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado²². Malia o dito, resáltase que a conexión entre as actuacións obxecto de subvención e os servizos sociais de Andalucía podería apoiar que algúns dos criterios de conexión territorial que se previsen para conceder as subvencións en cuestión non constituísen requisitos discriminatorios para obter vantaxes desde o punto de vista da Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado. Neste sentido, unha mención especial merece o criterio interpretativo sentado na Resolución do 13 de outubro de 2014, da Dirección Xeral de Relacións Institucionais e Parlamentarias, pola que se ordena a publicación do Acordo da Comisión Bilateral de Cooperación, Administración Xeral do Estado-Comunidade Autónoma de Galicia en relación con esta última lei, publicado o 29 de outubro de 2014 no *Diario Oficial de Galicia*, e en virtude do cal, «en relación coas discrepancias manifestadas sobre o artigo 18.2.a), ambas as dúas partes coinciden en interpretar que o seu contido non obsta a que se poida exixir o exercicio dunha actividade económica no territorio para a obtención de vantaxes económicas vinculadas a políticas de fomento, sen que iso implique discriminación por razón da nacionalidade ou domicilio social da empresa». Sentado o anterior, o Gabinete Xurídico dos Servizos Centrais da Junta de Andalucía sostén que a procedencia do rexistro analizado dependerá de como este se delimite definitivamente.

Finalmente, resta apuntar que a Lei 20/2013, do 9 de decembro, de unidade de mercado, exige tamén unha reconsideración acerca da existencia de dezasete réximes de rexistro, autorización e acreditación en España. Sería necesario quizais arbitrar medidas que corrixisen esta sobreaabundancia normativa que, na práctica, supón ter que someterse ata a dezasete regulacións distintas para operar no noso país. Coa finalidade de asegurar a libre circulación de bens e servizos por todo o territorio e de dar contido ao artigo 139 da CE, conviría, por exemplo, impulsar unha lei inspirada no principio de licenza única e lexislación de orixe. Baseándose nela, incentivaríase o investimento estranxeiro, aumentaríase a seguridade xurídica e as empresas beneficiaríanse das economías de escala. Agora ben, tampouco hai que pensar que a aplicación deste tipo de medidas está exenta de dificultades. En concreto, podería producirse un “dúmping regulatorio”, isto é, que todos os lexisladores autonómicos comezasen a competir en rebaixas intervencionistas para atraer a instalación dos operadores ao seu territorio, para que desde este poidan estender a súa actividade en todo o Estado xa libres de todo control ulterior²³. Como manifestou o Consello Económico e Social, no seu Ditame 5/2013, «a posibilidade de ir cara a un proceso de homoxeneización normativa pode producir a converxencia cara a normativa de mínimos ou ausencia de norma e, ao establecer o principio de territorio de orixe, pódese introducir un incentivo á localización empresarial nos territorios con menor regulación ou con aquela máis favorable para a súa actividade».

B) As excesivas remisións a desenvolvementos regulamentarios

En incontables ocasións, o PLSSA decide aprazar a regulación de relevantes cuestións á aprobación dunha norma de carácter regulamentario. Esta práctica deféndese alegando que o regulamento é a figura máis idónea para as regulacións pormenorizadas, como a das prestacións, e argumentando que o seu procedemento de modificación é menos ríxido que o dunha lei e, polo tanto, máis eficaz para adaptar as disposicións xurídicas á constante evolución das necesidades sociais. Agora ben, sen prexuízo da veracidade do explicado con anterioridade, non é posible esquecer os efectos nocivos da construción dun marco xurídico incompleto e impredecible.

Nesta dirección, cómpre rememorar que a Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económicos mediu en 1997 os beneficios da aplicación da política de *better regulation* e, con posterioridade, no noso dereito interno, a Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable, dedicou á mellora da calidade da regulación o seu capítulo I. A Comisión Nacional da Competencia insistiu igualmente, nun informe titulado «Traballando pola competencia. Recomendacións ás administracións públicas para unha regulación dos mercados máis eficiente e favorecedora da competencia», en que a dispersión de normas restaba transparencia e funcionaba como unha barreira de entrada ao mercado que protexía os xa establecidos en detrimento dos entrantes, menos coñecedores do marco normativo, das súas lagoas e das súas peculiaridades (p. 34). Polo tanto, e a xeito de resumo, non podemos acusar de exemplar o esquema regulatorio que se esboza co PLSSA e debера sopesarse a utilización das remisións normativas, máxime se estas son de carácter regulamentario.

C) A prioridade das entidades sociais fronte ás entidades mercantís

O artigo 96 do PLSSA dispón: «a iniciativa privada, preferentemente a de carácter social, poderá colaborar coas administracións públicas de Andalucía para a provisión de prestacións de carácter público mediante calquera figura prevista no ordenamento xurídico, con suxeición aos obxectivos sinalados na planificación xeral da Junta de Andalucía». Non obstante, os efectos da antedita preferencia parecen acoutarse no precepto seguinte, en que se indica: «para o estable-

cemento dos concertos e os contratos previstos no apartado 1 deste artigo, as administracións públicas competentes daránlles prioridade, cando existan análogas condicións de eficacia, calidade e rendibilidade social, ás entidades da iniciativa social» (artigo 97.4).

A iniciativa social trae causa do libre desenvolvemento da personalidade (artigo 10 da CE), entronca co dereito de asociación (artigo 22 da CE) e co dereito de fundación (artigo 34 da CE), mesmo sen carácter exclusivo, e, dun xeito máis amplo, cos valores de solidariedade social que forman parte do ordenamento comunitario (artigo 9 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea). Por outra banda, a iniciativa mercantil atopa o seu fundamento na liberdade de exercicio profesional e de empresa (artigos 35 e 38 da CE), que, á súa vez, engarza coas liberdades económicas de establecemento e de prestación de servizos que garanten os Tratados da Unión Europea (artigos 26.2, 49, 56 e concordantes TFUE)²⁴.

Apoiándose precisamente na fundamentación xurídica da iniciativa social, as leis autonómicas de servizos sociais optaron por recoñecerlle un papel privilexiado e un peso específico²⁵. Nos últimos tempos, debateuse se as fórmulas de preferencia ou de reserva de contratos a favor das entidades sociais eran admisibles. Ao respecto, poden ser de grande utilidade as achegas do Ditame do Consello Económico e Social Vasco sobre o «Proxecto de decreto polo que se regula o réxime do concerto do sistema vasco dos servizos sociais», emitido o 29 de xuño de 2012, e o Informe 1/12, do 20 de novembro, relativo á «Aplicación de preferencias a favor de empresas vinculadas coa atención de persoas en situación de dependencia ou de reservas de contratos, ademais da establecida na disposición adicional sétima. Prestación de servizos sociais mediante convenio de colaboración», elaborado pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado.

O Ditame do Consello Económico e Social do País Vasco pronúnciase sobre o artigo 13 do Proxecto de decreto polo que se regula o réxime do concerto do sistema vasco dos servizos sociais, o cal declara que «as administracións públicas vascas reservarán a participación de polo menos un 30% sobre o total do importe orzamentario anual destinado á nova concertación de servizos sociais para as entidades de iniciativa social sen ánimo de lucro declaradas de interese social». O órgano consultivo advirte da falta de xustificación de tal disposición normativa, así como do perigo da súa inclusión. As súas concretas palabras ao respecto son: «Entendemos que esta reserva do importe orzamentario anual non se debe realizar sen analizarse as condicións de atención e calidade aplicables a cada concerto e, en todo caso, sempre atendendo ás consideracións de singularidade da actividade, especialización na atención aos colectivos a que se dirixa, carácter innovador e experimental, e carácter urxente do servizo. Ademais, debería preverse a posibilidade de inexistencia de entidades desas características en disposición de prestar o servizo, para garantir a continuidade ou creación deste por parte doutras entidades».

O Informe 1/12, do 20 de novembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado resolve varias dúbidas referidas á aplicabilidade dos principios da Lei 39/2006, do 14 de decembro, de promoción da autonomía persoal e atención ás persoas en situación de dependencia (en diante, LAPAD) aos contratos de xestión de servizos públicos. A LAPAD proclama, na súa exposición de motivos, que «é un feito indubidable que as entidades do terceiro sector de acción social veñen participando desde hai anos na atención ás persoas en situación de dependencia e apoiando o esforzo das familias e das corporacións locais neste ámbito. Estas entidades constitúen unha importante malla social que prevén os riscos de exclusión das persoas afectadas»; subscribe no seu artigo 3 n) que a lei se inspira na «participación do terceiro sector nos servizos e prestacións de promoción da autonomía persoal e atención á situación de

dependencia», e establece no seu artigo 16, apartados 2 e 4, que «as comunidades autónomas concretarán o réxime xurídico e as condicións de actuación dos centros privados concertados. Na súa incorporación á rede teranse en conta de xeito especial os correspondentes ao terceiro sector» e que «os poderes públicos promoverán a colaboración solidaria dos cidadáns coas persoas en situación de dependencia», a través da participación das organizacións de voluntarios e das entidades do terceiro sector».

Ao abeiro das precedentes frases inseridas no texto legal, a Federación Empresarial de Asociacións de Centros Especiais de Emprego avoga con innegable lóxica por defender unha adxudicación de contratos preferente ou unha reserva destes a favor das entidades do terceiro sector. Non obstante, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado rexeita estas accións argumentando non a derogación dos artigos da LAPAD, senón o seu carácter de lei especial. Desde o seu punto de vista, «nada hai que opor á vixencia do citado principio (artigo 3 n) da LAPAD). Agora ben, a súa aplicación no ámbito dos contratos de xestión de servizos públicos que formalicen as administracións públicas debe realizarse de forma compatible cos preceptos que regulan a contratación das administracións públicas en xeral e os do contrato de xestión de servizos públicos en particular. Desde esta perspectiva, artigos como os sinalados no escrito de consulta (actuais 150 e disposición adicional cuarta do Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público) poden resultar útiles para facer efectiva a participación do terceiro sector nestes servizos. Respecto á cuestión formulada en concreto, relativa a se a aplicación da citada lei, polo seu carácter de lei especial, pode xustificar o outorgamento dalgunha forma de preferencia ou a reserva dalgúns contratos ás entidades do sector social, con independencia das posibilidades de reserva potestativa previstas na DA 7ª LCSP, a resposta debe ser negativa».

Tendo en conta a resposta negativa da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, pensamos que resulta interesante realizar unha breve remisión ao sistema xurídico de Portugal, onde o artigo 82 da Constitución da República Portuguesa garante tres sectores de medios de produción: o sector público, o sector privado e o sector cooperativo e social²⁶. Para Licínio Lopes Martins, as institucións particulares sen fins lucrativos foron obxecto dunha extensa intervención legislativa no dereito interno portugués, a cal é imprescindible cohonstar coa cuarta xeración de directivas comunitarias sobre contratación pública. A Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública, e pola que se derroga a Directiva 2004/18/CE, acolle a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea nunha dobre perspectiva: por un lado, a través da previsión de exclusións específicas do seu réxime, sendo inaplicable aos contratos asinados entre as organizacións sen fins lucrativos e a Administración pública e independentemente do seu valor²⁷; por outro, a través dun réxime procedemental específico para a adxudicación dos contratos con esas mesmas organizacións²⁸, pero que só terá que ser observado cando o seu valor sexa igual ou superior a un determinado límite financeiro (750 mil euros)²⁹. Baseándose nos ditados do dereito comunitario e da Constitución da República Portuguesa³⁰, este autor non ve razóns para que o lexislador nacional, no proceso de transposición, teña que mudar os particulares principios de cooperación entre o Estado e as entidades do sector social e solidario que se adoptaron na *Lei 30/2013, de 8 de maio, de bases da economía social*, e no *Decreto-lei 120/2015, de 30 de Junho*. En mérito do exposto, dedúcese que o próximo Código de contratos públicos de Portugal recollerá un réxime máis brando para a prestación dos chamados «servizos atinentes ás persoas»³¹.

No noso país, as regras da contratación pública aplicables aos servizos sociais non se flexibilizaron nin parece que se vaia facer³². Como prevén o Informe 1/12, do 20 de novembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, as marxes de manobra dos poderes públicos márcasas primeiro o Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos do sector público (en diante, TRLCSP); isto é, o Estado e non as comunidades autónomas³³. Aproveitando que actualmente está en trámite o Anteproxecto de lei de contratos do sector público, pensamos que é o momento de que o lexislador estatal asuma a tarefa de establecer unha regulación específica sobre os contratos nesta materia, afastada dunha perspectiva económica ou de mercado, pois este paso reclámase, ao noso entender, desde a lexislación autonómica sectorial, desde o novo paquete de directivas comunitarias sobre a contratación pública e desde a xurisprudencia comunitaria³⁴.

4.2 O concerto social

A participación da iniciativa privada na provisión dos servizos do sistema de servizos sociais poderase efectuar acudindo á xestión indirecta prevista na lexislación xeral de contratación do sector público³⁵ ou recorrendo ao concerto social cuxo réxime se perfila no PLSSA e será completado regulamentariamente.

Dada a vocación de permanencia indefinida da lei proxectada, deberíase formular se é oportuno incluír, entre os requisitos de acceso ao réxime do concerto social, que as entidades solicitantes acrediten a súa presenza previa na zona en que se vaia prestar o servizo (artigo 101 do PLSSA). Tampouco nos parece acertado declarar que, no establecemento dos concertos sociais para a prestación dos servizos sociais, se atenderá ao arraigamento da persoa no ámbito de atención social (artigo 103 do PLSSA). Sería tamén axeitado reformular a inclusión da seguinte declaración: «as administracións públicas incorporarán, nos procedementos de adxudicación de contratos para a xestión de servizos do Catálogo de prestacións de servizos sociais de Andalucía cláusulas sociais (...), debendo outorgárselle unha consideración especial á presenza previa das entidades na zona en que se vaia prestar o servizo» (artigo 106.1 do PLSSA). As ditas previsións poderían chocar coa doutrina do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais. Numerosas resolucións deste órgano administrativo estiman que non se pode dar unha resposta xeral á admisión ou non dun suposto de arraigamento territorial, senón que se debe acudir ás prestacións propias de cada contrato para apreciar a súa xustificación³⁶. En definitiva, a Administración contratante ten que avaliar en cada caso se a presenza da empresa licitadora no lugar en que se presta o servizo supón unha discriminación á hora de elixir a mellor oferta proporcionada ou desproporcionada.

5 CONCLUSIÓNS

O PLSSA non se pode cualificar como unha regulación innovadora do cuarto pilar do Estado do benestar. Na nosa opinión, o texto proposto “copia” o contido das últimas leis autonómicas ditadas en materia de servizos sociais sen valorar a posibilidade da súa mellora ou a adaptación aos recentes cambios normativos. Nos Estados como o noso, de estrutura territorial complexa, co obxectivo de lles ofrecer unhas prestacións aos cidadáns con eficacia e a un custo razoable, requírese un esforzo de coordinación e unha cooperación permanente entre todas as administracións e tamén se recomenda que as funcións de cada nivel administrativo estean clara-

mente definidas no marco xurídico. Ao fío do anterior, criticamos do PLSSA a ausencia dunha delimitación conceptual dos servizos sociais na parte dispositiva e a confusa distinción entre os servizos sociais comunitarios e os servizos sociais especializados. En último lugar, respecto das disposicións do PLSSA que afectan á iniciativa privada, insistimos na idea de que os poderes públicos deben garantir o principio de libre iniciativa económica. Ao abeiro deste principio, pódese discutir, en primeiro lugar, a existencia de dezasete réximes de rexistro, autorización e acreditación en España e, en segundo lugar, a incorporación de cláusulas de arraigamento territorial nos procedementos de contratación.

6 BIBLIOGRAFÍA

- Almeida Cerredá, M. 2014. «La redelimitación de las competencias de los municipios en materia de educación, sanidad, salud y servicios sociales y su transferencia parcial a las Comunidades Autónomas», en A. B. Casares Marcos (coord.), T. Quintana López (dir.), *La reforma del régimen local*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Arias Martínez, M.ª A. 2014. «Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local», *Revista de Administración Pública*, 194, 373-410.
- Arimany Lamoglia, E. 2009. «Público y privado en la Ley catalana de servicios sociales», *Cuadernos de Derecho Local*, 21, 156-180.
- Aymerich Cano, C. 2014. «Los servicios sociales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local (LRSAL)», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 88, 333-366.
- Ciriza Ariztegui, L. e Purroy Irurzun, E. 2010. «La colaboración de las entidades de iniciativa social en la prestación de servicios sociales: análisis comparado de las leyes de servicios sociales», *Revista Tercer Sector*, 14, 159-165.
- Costa Gonçalves, P. 2016. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina.
- Gimeno Feliú, J.ª M. 2015 «La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales», *Observatorio de la Contratación Pública*, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/chk.2db1ece0e8318b305b9c49e70f9ca1ec> (20-01-2016).
- Gimeno Feliú, J.ª M. 2016 «Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias», *Observatorio de la Contratación Pública*, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/relmenu.3/chk.4a30670fc07c63b53f7cecc2e60ad8dd> (10-02-2016).
- Jiménez Asensio, R. 2015 «¿Quién prestará los servicios sociales el 1 de enero de 2016?», <http://rafaeljimenezasensio.com/2015/11/08/quien-prestara-los-servicios-sociales-el-1-de-enero-de-2016/> (4-02-2016).
- Lopes Martins, L. 2014-2015 «Breves nótlulas sobre o “novo estatuto” das institucións particulares de solidariedade social no Dereito nacional e no Dereito da Unio Europea», *Revista Cooperativismo e Economía Social*, 37, 139-164.
- Tornos Más, J. 2013 «La Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: una reforma discutible», <http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2013/12/la-ley-202013-de-garantia-de-la-unidad.html> (20-01-2016).
- Villar Rojas, F. 2012 «La iniciativa privada y prestación de los servicios sociales. Las redes o sistemas públicos de servicios sociales», en A. Ezquerro Huerva (coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España. Realidad actual y perspectivas de futuro*. Barcelona: Atelier.

NOTAS

- 1 As declaracións da sesión do Consello de Goberno da Junta de Andalucía pódense consultar en <http://www.juntadeandalucia.es/organismos/consejo/sesion/detalle/74046.html> (21-01-2016).
- 2 Para estes efectos, propónse, por exemplo, a seguinte definición. Os servizos sociais son un servizo público de carácter non monopolístico que inclúe prestacións técnicas, tecnolóxicas e económicas encamiñadas ao cumprimento de catro funcións: a promotora, a preventiva, a protectora e a asistencial.
- 3 Respecto desta crítica, que é formulada tamén polo Consello Económico e Social de Andalucía, a resposta que se ofrece é a seguinte: «estímase que, así como non é necesario definir nas correspondentes leis sectoriais conceptos como “saúde” ou “educación” ou “cultura”, tampouco o é reflectilo na lei de servizos sociais. Por outra banda, habería que pór de manifesto a dificultade de construír unha definición que abranga de xeito amplo e conciso todos os aspectos implicados nos servizos sociais. Sería unha definición máis teórica que empírica»

e máis axustada ao ámbito académico» (Véxase o Informe de valoración do Ditame 6/2015 do Consello Económico e Social de Andalucía ao Anteproxecto de Lei de servizos sociais de Andalucía).

- 4 Cómpre establecer claramente que son os servizos sociais e, para estes efectos, pensamos que a exposición de motivos non é a parte máis axeitada, pois é conveniente que non teñen validez xurídica as declaracións efectuadas nos preámbulos das normas. (STC 31/2010, do 28 de xuño).
- 5 Consideramos que a reiteración desta definición no artigo 39.1 do PLSSA resulta superflua.
- 6 Segundo o artigo 3 do PLSSA, aos servizos sociais non integrados no sistema público seranlles de aplicación as disposicións que regulen:
 - a) Os dereitos e obrigas das persoas usuarias e profesionais que se definan.
 - b) A autorización, o rexistro e a inspección e control de entidades, servizos e centros como garantía do cumprimento dos requisitos materiais, funcionais e de persoal que lles sexan de aplicación.
 - c) O réxime de infraccións e sancións.
 - d) Aqueloutras disposicións que expresamente se establezan.
- 7 Esta concepción do sistema público de servizos sociais é máis restrinxida que a que figura, por exemplo, no artigo 4.1 da Lei 14/2010, do 16 de decembro, de servizos sociais de Castela-A Mancha, a cal indica: «O Sistema Público de Servizos Sociais está integrado polo conxunto de prestacións e equipamentos de titularidade pública organizados en rede, así como de titularidade privada cos que a Administración establece algunha forma de colaboración, das previstas nesta lei e na normativa que sexa de aplicación».
- 8 Os apartados 2, 3 e 4 deste artigo sinalan:
 - «2. Correspóndelle á Comunidade Autónoma a competencia exclusiva en materia de voluntariado, que inclúe, en todo caso, a definición da actividade e a regulación e a promoción das actuacións destinadas á solidariedade e á acción voluntaria que se executen individualmente ou a través de institucións públicas ou privadas.
 3. Correspóndelle á Comunidade Autónoma en materia de menores:
 - a) A competencia exclusiva en materia de protección de menores, que inclúe, en todo caso, a regulación do réxime de protección e das institucións públicas de protección e tutela dos menores desamparados, en situación de risco, e dos menores infractores, sen prexuízo do disposto na lexislación civil e penal.
 - b) A participación na elaboración e reforma da lexislación penal e procesual que incida na competencia de menores a través dos órganos e procedementos multilaterais a que se refire o apartado 1 do artigo 221 deste estatuto.
 4. Correspóndelle á Comunidade Autónoma a competencia exclusiva en materia de promoción das familias e da infancia, que, en todo caso, inclúe as medidas de protección social e a súa execución».
- 9 Véxase o artigo 166.1 da Lei orgánica 6/2006, do 19 de xullo, de reforma do Estatuto de autonomía de Cataluña.
- 10 Véxase o capítulo II do título I do PLSSA, dedicado á participación do cidadán.
- 11 Esta afirmación realízase no Informe do 18 de agosto de 2014, do Consello dos Consumidores e Usuarios de Andalucía ao Anteproxecto de Lei de servizos sociais de Andalucía.
- 12 No mesmo sentido, o artigo 9.3 da Lei 5/2010, do 11 de xuño, de autonomía local de Andalucía, establece que, entre as competencias propias dos municipios, está «a xestión dos servizos sociais comunitarios, conforme o Plan e Mapa Rexional de Servizos Sociais de Andalucía, que inclúe:
 - a) Xestión das prestacións técnicas e económicas dos servizos sociais comunitarios.
 - b) Xestión do equipamento básico dos servizos sociais comunitarios.
 - c) Promoción de actividades de voluntariado social para a atención aos distintos colectivos, dentro do seu ámbito territorial».
- 13 O sistema galego de servizos sociais estrutúrase segundo dous niveis de actuación: servizos sociais comunitarios e servizos sociais especializados. Os primeiros comprenden, á súa vez, dúas modalidades: servizos sociais comunitarios básicos e servizos sociais comunitarios específicos (artigo 8.1 da Lei 13/2008, do 3 de decembro, de servizos sociais de Galicia).
- 14 Véxase o acordo adoptado na sesión que tivo lugar o 23 de outubro de 2014.
- 15 Este precepto declara: «1. Os servizos sociais especializados, como instrumentos para a atención ás persoas maiores dirixidos a posibilitar a súa integración social, deberán procurar estruturarse nos ámbitos máis próximos ao cidadán, evitando situacións de desarraigamento, e estruturarase a través de:
 - Centros de día.
 - Unidades de estancias diúrnas.
 - Vivendas tuteladas.
 - Centros residenciais.
 - Outras alternativas.
 2. Os servizos sociais especializados tenderán a estruturarse nos ámbitos máis próximos ás persoas ás que lles prestan servizo, evitando situacións de desarraigamento».
- 16 Véxase Jiménez Asensio, 2015.
- 17 Remitímonos, entre outros, aos traballos de Almeida Cerredá, 2014; de Arias Martínez, 2014; e de Aymerich Cano, 2014.
- 18 Véxase o Decreto lei 7/2014, do 20 de maio, polo que se establecen medidas urxentes para a aplicación da LRSAL.

- 19 Véxase o Informe núm. 09/2014, sobre o Anteproxecto de Lei de servizos sociais de Andalucía.
- 20 Véxase o Informe do Anteproxecto de Lei de servizos sociais de Andalucía do 29 de outubro de 2014.
- 21 Véxase o Informe SSP100017/15, sobre o Anteproxecto de Lei de servizos sociais de Andalucía.
- 22 Este precepto establece: «serán consideradas actuacións que limitan o libre establecemento e a libre circulación por non cumpriren os principios recollidos no capítulo II desta lei os actos, disposicións e medios de intervención das autoridades competentes que conteñan ou apliquen requisitos discriminatorios para o acceso a unha actividade económica ou o seu exercicio, para a obtención de vantaxes económicas ou para a adxudicación de contratos públicos, baseados directa ou indirectamente no lugar de residencia ou establecemento do operador. Entre estes requisitos inclúense, en particular: 1.º que o establecemento ou o domicilio social se atope no territorio da autoridade competente, ou que dispoña dun establecemento físico dentro do seu territorio; 2.º que o operador reside ou opere durante un determinado período de tempo nese territorio; 3.º que o operador estivese inscrito en rexistros do dito territorio; 4.º que o seu persoal, os que posúan a propiedade ou os membros dos órganos de administración, control ou goberno residan nese territorio ou reúnan condicións que directa ou indirectamente discriminen as persoas procedentes doutros lugares do territorio; 5.º que o operador deba realizar un curso de formación dentro do territorio da autoridade competente».
- 23 Véxase Tornos Más, 2013.
- 24 Véxase Villar Rojas, 2012:90.
- 25 A dita postura atopámola claramente reflectida, por exemplo, na Lei 12/2007, do 11 de outubro, de servizos sociais de Cataluña. Tanto no parágrafo final do apartado IV do preámbulo («é preciso recoñecer o papel esencial das entidades do terceiro sector na creación do modelo de servizos sociais en Cataluña e da extensa rede que poñen ao alcance das persoas en situación de exclusión social, de risco ou de vulnerabilidade. Por iso, cómpre garantir o establecemento dun modelo de cooperación e concertación público e privado que as fomenta e lles dea estabilidade»), como nunha multiplicidade dos seus preceptos, entre os que podemos destacar o artigo 78, que, a xeito de peche do título VI («Acción de fomento da iniciativa social»), proclama, nos seus dous primeiros parágrafos: «1. As entidades de iniciativa social son un elemento definitorio do sistema de servizos sociais e un elemento clave no fomento dos servizos sociais. 2. A Administración da Generalitat e os entes locais, para os efectos do establecido polo este título, deben fomentar de modo preferente a creación e participación das entidades sen ánimo de lucro na realización de actividades de servizos sociais». (Véxase Arimany Lamoglia, 2009:157).
- Outras leis autonómicas de servizos sociais consideran a colaboración da iniciativa social como un principio básico inspirador para a construción do sistema de servizos sociais ou como un obxectivo esencial da norma. Así o fan, a título exemplificativo, o artigo 5 da Lei 3/2003, do 10 de abril, do sistema de servizos sociais da Rexión de Murcia; o artigo 5 da Lei 5/2009, do 30 de xuño, de servizos sociais de Aragón; o artigo 2 da Lei foral 15/2006, do 14 de decembro, de servizos sociais de Navarra; o artigo 1 da Lei de Cantabria 2/2007, do 27 de marzo, de dereitos e servizos sociais; e o artigo 3 da Lei 4/2009, do 11 de xuño, de servizos sociais das Illas Baleares. (Véxase Ciriza Ariztegui e Purroy Irurzun, 2010:162-163).
- 26 O sector cooperativo e social comprende especificamente: «a) Os medios de produción de propiedade e administrados por cooperativas, en obediencia aos principios cooperativos, con suxeición ás especificacións establecidas pola lei para as cooperativas coa participación do público que se xustifica pola súa natureza especial; b) as instalacións de produción comunitaria, propiedade e xestionadas polas comunidades locais; c) os medios de produción suxeitos á explotación colectiva dos traballadores; d) os medios de produción de propiedade e administrados por persoas xurídicas, de carácter non lucrativo, que teñen como obxectivo da solidariedade social, a saber, a natureza recíproca das entidades de capital» (artigo 82.4).
- 27 O artigo 10 da Directiva 2014/24/UE declara, no seu apartado h), que «non se aplicará a aqueles contratos públicos de servizos para servizos de defensa civil, protección civil e prevención de riscos laborais prestados por organizacións ou asociacións sen ánimo de lucro e incluídos nos seguintes códigos CPV: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9; 85143000-3, salvo os servizos de transporte en ambulancia de pacientes».
- Esta medida xustifícase no considerando 28 da Directiva 2014/24/UE do seguinte xeito: «Esta directiva non se debe aplicar a determinados servizos de emerxencia prestados por organizacións ou asociacións sen ánimo de lucro, xa que sería difícil preservar a especial natureza destas organizacións no caso de que os provedores de servizos tivesen que elixirse conforme os procedementos establecidos nesta directiva. Con todo, a exclusión non se debe ampliar máis alá do estritamente necesario».
- 28 Véxanse os artigos 74 a 77 da Directiva 2014/24/UE.
- 29 Véxase Lopes Martins, 2014-2015:146.
- 30 O artigo 63.5 exíxelle ao Estado «apoiar e supervisar, en virtude da lei, a actividade e o funcionamento das institucións privadas de solidariedade social e doutras de recoñecido interese público sen ánimo de lucro, na procura de obxectivos de solidariedade social indicados neste artigo, no apartado b) do núm. 2 do artigo 67, no artigo 6, no apartado e) do número 1 do artigo 70 e os artigos 71 e 72».
- 31 Sobre as innovacións máis significativas da Directiva 2014/24/UE, pode verse Costa Gonçalves, 2016:57-68.
- 32 O Anteproxecto de lei de contratos do sector público pódese consultar en <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/NormasEnTramitacion/Paginas/normasentramitacion.aspx> Recoméndase ler a disposición adicional cuarta, que permite fixar porcentaxes mínimas de reserva do dereito a participar nos procedementos de adxudicación de determinados contratos ou de determinados lotes destes a centros especiais de emprego e a empresas de inserción reguladas na Lei 44/2007, do 13 de decembro, para a regulación do réxime das empresas de inserción.
- 33 Na mesma dirección, o Consello Consultivo de Andalucía afirma, no seu Ditame 826/2015, que non se pode perder de vista a regulación do lexislador básico, que, respectando as directivas, podería introducir solucións diferentes ou condicións máis exixentes para que poida operar a prioridade que se lles concede ás entidades de iniciativa social. A Sentenza do Tribunal Constitucional 84/2015, do 30 de abril, aconsella observar o resultado da transposición das directivas, e as novidades que o lexislador básico poida introducir desde a óptica propia das súas competencias na materia.
- 34 Véxase Gimeno Feliú, 2015. E tamén Gimeno Feliú, 2016.

- 35 Desde o punto de vista do dereito comunitario, non se reconece o xénero dos contratos de xestión de servizos públicos e, das diferentes especies que o integran no ordenamento xurídico español, só mereceu a atención a concesión. Por estas razóns, descoñécese o que pasará no futuro coas restantes figuras que conforman este contrato; concretamente, a xestión interesada, o concerto e a sociedade de economía mixta, unha vez que a transposición da cuarta xeración de directivas sobre contratación pública se produza, é dicir, falta saber se o Estado español cando traspoña o dereito comunitario seguirá considerando estas modalidades de xestión dos servizos públicos non existentes no ámbito europeo ou fará unha regulación verdadeiramente adaptada á normativa comunitaria.
- 36 Véxase o fundamento de dereito sexto da Resolución núm. 644/2015.

Os criterios de graduación na potestade sancionadora da Administración en materia de seguridade alimentaria

Los criterios de graduación en la potestad sancionadora de la Administración en materia de seguridad alimentaria

The criteria to rate each penalty on the Administration's Power to Impose Penalties in Relation to Food Security



SERGIO DOMINGO BAAMONDE BOQUETE

Dr. Área de Dereito Financeiro e Tributario

Funcionario do Corpo Superior da Administración da Xunta de Galicia (España)

sergio.domingo.baamonde.boquete@xunta.gal

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

Resumo: Este traballo ten por obxecto analizar a principal manifestación do principio de proporcionalidade na potestade sancionadora da Administración, que non é outra que a existencia dos denominados criterios de graduación das sancións.

En concreto, o estudo céntrase na previsión normativa dos ditos criterios na área da seguridade alimentaria, con referencia ás normas estatais vixentes na materia tras o estudo da regulación contida na recentemente aprobada Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

Con esta análise, preténdese comprobar o grao de implementación que o antedito principio tivo na nosa normativa sanitaria, así como describir o comportamento de todos os criterios de graduación previstos mediante a explicación de composición e alcance e coa necesaria exposición dos seus puntos críticos.

Palabras clave: Proporcionalidade, criterios, graduación, sancións, Administración.

Resumen: Este traballo tiene por objeto analizar la principal manifestación del principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora de la Administración, que no es otra que la existencia de los denominados criterios de graduación de las sanciones.

En concreto, el estudio se centra en la previsión normativa de dichos criterios en el área de la seguridad alimentaria, con referencia a las normas estatales vigentes en la materia, previo estudio de la regulación contenida en la recientemente aprobada Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Con este análisis, se pretende comprobar el grado de implementación que el antedicho principio ha tenido en nuestra normativa sanitaria, así como describir el comportamiento de todos los criterios de graduación previstos mediante la explicación de composición y alcance y con la necesaria exposición de sus puntos críticos.

Palabras clave: Proporcionalidad, criterios, graduación, sanciones, Administración.

Abstract: This study tries to analyze the main component of the proportionality principle, which is the existence of certain criteria to rate each penalty, on the Administration's power to impose penalties.

To be precise, the research stresses the regulation of these criteria on food security in reference to Spain's current legal norms regarding this particular issue. There is a prior study of laws contained in the recently passed Act 40/2015 of the Public Administration from the first of October.

With this analysis, we attempt to test the degree of implementation that the prior principle has had in our legal sanitary norms. Likewise we want to describe the behavior of all graduated criteria through the explanation of the composition and range and the exposition of the critical points.

Key words: Proportionality, criteria, graduation, penalties, Administration.

Sumario: 1 Introducción. 2 Os criterios de graduación na potestade administrativa sancionadora na Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público. 2.1 Panorámica xeral da regulación. 2.2 A regra de non beneficio. 2.3 Os criterios de graduación en particular. 3 A recepción dos criterios de graduación na Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade. 4 Os criterios de graduación na lexislación de seguridade alimentaria. Especial referencia ao Real decreto 1945/1983, do 22 de xuño. 4.1 O volume de vendas. 4.2 A contía do beneficio ilícito obtido. 4.3 O efecto prexudicial que a infracción puidese producir sobre os prezos, o consumo ou o uso dun determinado produto ou servizo ou sobre o propio sector produtivo. 4.4 O dolo, a culpa e a reincidencia. 4.4.1 O dolo e a culpa. 4.4.2 A reincidencia. 5 Conclusións. 6 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Sen dúbida ningunha os criterios de graduación son a principal manifestación do principio de proporcionalidade relativa á potestade sancionadora, principio que, en canto considerado cláusula do Estado de dereito¹ a partir da aprobación da Constitución española de 1978², lle vai afectar a toda intervención do sector público, con independencia de cal sexa a natureza da acción, é dicir, que vai estar presente en toda a actividade pública, sexa "normativa ou de aplicación e interpretación do dereito"³. Iso vai dar lugar a dous tipos de proporcionalidade⁴: a proporcionalidade subxectiva e a proporcionalidade abstracta.

A proporcionalidade subxectiva é aquela que lle impón ao órgano sancionador encargado da aplicación singular da norma a observancia dunha relación causa-efecto, co que se garantirá a elección da medida máis axeitada, mediante unha ponderación das circunstancias concorrentes⁵ que modulará o castigo.

Pola súa parte a proporcionalidade abstracta exíxelle ao lexislador que observe nas normas punitivas a coherencia entre os motivos determinantes do feito ilícito e as sancións que se van impor, é dicir, que se vai exixir o respecto dos postulados do principio de proporcionalidade tanto á hora de clasificar as infraccións nas distintas categorías ou niveis de infraccións como á hora de determinar as sancións con que se deban castigar esas infraccións. Esta é a chamada proporcionalidade na lei, e será da que nos ocupemos a continuación para tratar de ver se os criterios de graduación das sancións previstas na normativa reguladora da seguridade alimentaria son ou non suficientes para dar cumprimento ás exixencias do principio de proporcionalidade.

2 OS CRITERIOS DE GRADUACIÓN NA POTESTADE ADMINISTRATIVA SANCIONADORA NA LEI 40/2015, DO 1 DE OUTUBRO, DE RÉXIME XURÍDICO DO SECTOR PÚBLICO

2.1 Panorámica xeral da regulación

Pero, para iso, antes debemos partir da regulación xeral dos ditos criterios no noso dereito administrativo, e pódese afirmar que o principal punto normativo de referencia do noso ordenamento nesta materia o constituíu durante anos a LRXAP-PAC e, en concreto, o seu artigo 131. E dicimos que o era porque, como é ben sabido, esa lei foi derogada polas leis 39/2015⁶ e 40/2015, do 1 de outubro. En concreto, o réxime contido no citado artigo 131 LRXAP-PAC foi recollido no artigo 29 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, do réxime xurídico do sector público (en diante LRXSP), na análise da cal nos deteremos a continuación centrándonos no que aos criterios de graduación se refire e apoiándonos para iso, en gran parte, nas opinións vertidas pola doutrina acerca do antedito artigo 131 LRXAP-PAC, pois estas continúan sendo válidas en todo o que se refire a gran parte do artigo 29 da LRXSP, ao reproducir este practicamente todo o contido daquel.

O referido artigo 29 concreta os ditos criterios no seu apartado 3 ao dicir que *«na determinación normativa do réxime sancionador, así como na imposición de sancións polas administracións públicas se deberá observar a debida idoneidade e necesidade da sanción que se impoña e a súa adecuación á gravidade do feito constitutivo da infracción. A graduación da sanción considerará especialmente os seguintes criterios:*

a) *O grao de culpabilidade ou a existencia de intencionalidade.*

b) *A continuidade ou persistencia na conduta infractora.*

c) *A natureza dos prexuízos causados.*

d) *A reincidencia, por comisión no termo dun ano de máis dunha infracción da mesma natureza cando así fose declarado por resolución firme en vía administrativa».*

A iso débese engadir que o apartado 2 consagra a denominada regra de non beneficio cando sinala que *«o establecemento de sancións pecuniarías deberá prever que a comisión das infraccións tipificadas non resulte máis beneficiosa para o infractor que o cumprimento das normas infrinxidas».*

Denunciaba Santamaría Pastor⁷ a excesiva simpleza da regulación legal do principio de proporcionalidade que acometía a LRXAP-PAC, mentres que Sarmiento Ramírez-Escudero⁸, pola súa banda, cualificaba de confusa a redacción do artigo 131, xa que, na súa opinión, se enunciaban neste «unha serie de normas que non responden ao contido do principio (...) pois non representan o principio de proporcionalidade, senón que son mostras aplicativas del».

Quizais algunhas destas críticas carezan xa de sentido porque o actual artigo 29 afondou na regulación deste principio, aínda que é certo que o fixo sen realizar grandes cambios na determinación dos criterios de graduación. Vexamos se é así.

2.2 A regra de non beneficio

En relación co apartado 2, dicimos que recolle a regra de non beneficio, de grande importancia para a eficacia das sancións que se impoñan, pois implica a necesidade de que ao infractor non lle resulte máis vantaxoso infrinxir a norma, mesmo pagando a sanción, que observar a norma en cuestión. Noutras palabras, a entidade da sanción debe ser tal que logre disuadir o posible infractor de incumprir o mandato normativo, aínda que coa limitación imposta pola imprescindible adecuación entre a contía da sanción e a gravidade dos feitos.

É esta regra unha previsión acertada, aínda que cremos que quizais peque de certa inxenuidade en canto ao cálculo que se fixera das súas posibilidades de aplicación, e así xa sinalaba no seu momento Santamaría Pastor que o máis aconsellable tería sido pór de relevo non só a suficiencia da sanción e o seu carácter ablatorio, senón tamén o principio oposto da súa restrición ao importe estritamente necesario para cumprir a súa función⁹.

Outra crítica que pode facerse da redacción deste precepto é que, como puña de relevo Parada Vázquez con relación ao artigo 131 da LRXAP-PAC, esta previsión parece estar unicamente dirixida ao lexislador, pois o artigo 40 di que a referida regra debe ser observada “no establecemento das sancións pecuniarias”, pero nada di da aplicación das ditas sancións polo órgano administrativo competente¹⁰. É evidente que o citado autor non se refería aos casos en que o lexislador prevé unha contía fixa para cada sanción que cómpre impor, senón unicamente a aqueles supostos en que a lei prevé un abano de posibles sancións ou prevé que as multas poidan oscilar entre determinadas cantidades, de maneira que lle corresponda ao órgano competente decidir o *quantum* da sanción. Dito doutro xeito, entendemos que quixo pór de manifesto o incomprensible esquecemento do lexislador acerca daqueles supostos en que a Administración goza de certa discrecionalidade para elixir a cantidade da sanción a impor, suposto para o que o desexable é que tamén impere a regra da proporcionalidade.

É, en calquera caso, unha medida necesaria para paliar os efectos perniciosos que a ausencia dunha regra tan contundente nesta materia ocasionara, principalmente no ámbito do dereito administrativo sancionador ambiental¹¹.

2.3 Os criterios de graduación en particular

Pola súa banda, o apartado 3 positiviza as dúas manifestacións máis clásicas do principio de proporcionalidade no dereito español¹²: a adecuación da contía da sanción á gravidade do feito constitutivo da infracción e a elección do medio menos restritivo para os dereitos e liberdades.

O certo é, non obstante, que non o fai de forma moi afortunada, senón máis ben confusa, evidenciando un sorprendente descoñecemento da estrutura do principio de proporcionalidade, pois o lexislador deu a entender que idoneidade e adecuación son elementos autónomos¹³, cando, pola contra, é unha realidade asentada tanto na nosa doutrina como na nosa xurisprudencia¹⁴ que ambos os dous non son outra cousa que caracteres confluentes do mesmo xuízo ou subprincipio coñecido comunmente como de idoneidade, pero que tamén recibe o nome de subprincipio de utilidade ou adecuación¹⁵.

Pero, á marxe deste descoído, queda claro que o lexislador consagrou expresamente neste apartado a regra da adecuación, a cal leva consigo que sería contraria ao principio de proporcionalidade a imposición dunha sanción dunha contía considerable para castigar uns feitos constitutivos dunha infracción ínfima¹⁶ e viceversa. Esta regra deu lugar á previsión duns criterios de graduación que lle permitirán á Administración determinar o importe da sanción máis axeitado ao caso concreto segundo as circunstancias que concorran.

Para cada categoría de infraccións (moi graves, graves ou leves) a lei establecerá uns topos máximo e mínimo e, dentro dese abano, corresponderalle á Administración decidir a contía de cada sanción, o que deberá facer caso por caso, debendo utilizar os criterios de graduación para tomar esa decisión. Con iso delimitase a discrecionalidade administrativa neste ámbito de actuación e impídese calquera indicio de arbitrariedade.

É importante incidir en que os topes son máximo e mínimo, o que significa que nin se poderá superar o máximo nin tampouco impor unha sanción por debaixo do tope mínimo, pois isto último, aínda que puidese parecer unha medida máis beneficiosa, tal como pon de relevo Gallardo Castillo, tamén suporía unha vulneración do principio de proporcionalidade xa que con esta actuación «se chegaría á inoperancia da sanción, privándoa substancialmente dos efectos persuasivos que esta puidese ofrecer como prevención xeral...»¹⁷

Puxérase en tea de xuízo se tales criterios eran suficientes na LRXAP-PAC ou se o máis conveniente sería que o lexislador se detivese un pouco máis nesta cuestión. En opinión de Alejandro Nieto, a regulación prevista era loable, aínda que consideraba que a enumeración do artigo 131 non era moi acertada, pois, malia ser certo que son todos os que están, non están todos os que son¹⁸. Do mesmo xeito, Santamaría Pastor cualifica os mencionados criterios de rudos e resalta a súa «escasa virtualidade limitativa da discrecionalidade»¹⁹. Coa LRXSP engadiuse algún criterio máis con relación aos que xa había na LRXAP-PAC (en concreto, o da continuidade ou persistencia na conduta infractora), pero non parece que iso fose ser suficiente para facer cambiar de opinión a doutrina, e é que, ademais, en opinión do propio Alejandro Nieto, o lexislador tampouco estivera demasiado acertado na redacción dos supostos que enumera, criticando especialmente a inclusión do criterio da intencionalidade, xa que, se esta funciona como un parámetro de graduación, «iso significa que existen infraccións sen intencionalidade, co cal a lei reformula toda a cuestión da culpabilidade, enturbando o que xa comezaba a estar claro»²⁰. Dito doutro modo, a lei non podería considerar un mesmo elemento como básico e imprescindible para poder impor unha sanción e, ao mesmo tempo, como un elemento cuxa concorrencia implicaría unha agravación da propia sanción. É ilóxico exixir a concorrencia dun requisito para poder impor un castigo e logo afirmar que, se concorre o dito requisito na conduta, esta será obxecto dunha sanción maior que se non concorre.

Neste punto concreto discrepamos, non obstante, dese autor, xa que cremos que a lei está manexando un concepto estrito da culpa e identificando a intencionalidade non coa actuación culposa, senón cunha conduta dolosa. De feito, coa redacción da nova lei matizouse este criterio ao definilo como «o grao de culpabilidade ou a existencia de intencionalidade», o que parece querer reforzar esta idea. Se isto é así, o lexislador non estaría a incorrer na incoherencia que suporía incluír como un criterio de graduación un elemento que se atopa na medula mesma da responsabilidade.

Na nosa opinión, o lexislador parte do respecto do aforismo de *nulla poena sine culpa*, de maneira que entende que, para que a Administración poida impor unha sanción, é imprescindible que se demostre que o suxeito pasivo é o responsable de ter cometido a infracción, mesmo a título de simple negligencia, pero non exige que haxa intencionalidade na infracción para que a conduta poida ser reprimida. Agora ben, se o que acontece é que, ademais de apreciar a responsabilidade do infractor, a Administración logra probar que a infracción non foi o resultado da mera imprudencia do autor da infracción, senón que mediou dolo na produción do dano, entón o lexislador estima que o máis apropiado é que a sanción se agrave e que o castigo que se deba impor sexa máis severo.

Pero se esta regulación non foi ben recibida por parte da doutrina, tamén existen, pola contra, autores que entenden que a regulación da proporcionalidade feita na lei de procedemento é impecable. Así, por exemplo, Quirós Lobo sostíña que estes criterios son suficientes, posto que unha lei «non é máis perfecta canto máis ata; ao contrario, ha de deixar campo á ponderación

xurisdiccional»²¹, e é que estamos naturalmente ante un *numerus apertus* que é consecuente coa natureza do principio de proporcionalidade e os seus fins, tratándose dun principio que ten un dos seus principais fundamentos en que na práctica poden darse situacións que, mesmo subsumíndose nun suposto de feito similar, posúen unhas características específicas que as distinguen entre si.

Sexa como for, o que si é indiscutible é que a existencia destes e outros criterios están vinculados á discrecionalidade do operador xurídico á hora de fixar o importe dunha sanción cando ese importe non veña determinado na lei, discrecionalidade que vai operar nun dobre sentido: á hora de determinar se algún ou varios dos criterios de graduación resultan aplicables e á hora de cuantificar a intensidade coa que deban ser utilizados.

3 A RECEPCIÓN DOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN NA LEI 14/1986, DO 25 DE ABRIL, XERAL DE SANIDADE

Analizada a LRXSP, cabe referirse agora á normativa vixente no ámbito sanitario, eido en que existen multitude de normas que conteñen mandatos e regras relativas ao exercicio da potestade sancionadora da Administración, e a primeira lei que se debe considerar neste ámbito a nivel estatal é a Lei 14/1986, do 25 de abril, xeral de sanidade (en diante LXS), que, malia non proclamar o principio de proporcionalidade, si o consagra no seu artigo 34 cando sinala que «as infraccións se cualifican como leves, graves e moi graves, atendendo aos criterios de risco para a saúde, contía do eventual beneficio obtido, grao de intencionalidade, gravidade da alteración sanitaria e social producida, xeneralización da infracción e reincidencia».

É esta a única vertente do principio de proporcionalidade (a abstracta) que se considera na dita norma, xa que, pola contra, á hora de dar unhas pautas acerca de como debe decidir a Administración o importe exacto da sanción, a LXS inexplicablemente non achega practicamente nada. Para ser exactos, as únicas manifestacións do principio de proporcionalidade arredor da determinación do importe das sancións que atopamos son moi indirectas e son dúas.

En primeiro lugar, podemos apreciar unha aplicación moi concreta do deber de adecuar a entidade da sanción á gravidade da infracción no feito de que o lexislador decidise reservar as sancións consistentes “no peche temporal do establecemento, instalación ou servizo por un prazo máximo de cinco anos» para o castigo de infraccións moi graves, adxudicando ademais a posibilidade da súa imposición ao acordo do órgano de maior xerarquía da Administración, que non é outro que o Consello de Ministros ou os consellos de goberno das comunidades autónomas, tal como se recolle no artigo 37.2.

Por outro lado, temos outra manifestación que se refire á obriga de adecuación do importe da sanción, non xa á gravidade da infracción, senón á realidade socioeconómica do tempo en que deben ser aplicadas. En concreto, sinala o artigo 36.3 que «as contías sinaladas anteriormente deberán ser revisadas e actualizadas periodicamente polo Goberno, por real decreto, tendo en conta a variación dos índices de prezos para o consumo».

Resulta notoria a necesidade de contar cuns criterios de graduación que permitan orientar o labor sancionador da Administración na materia, xa que as diferenzas entre os topes máximos e mínimos previstos para as multas das infraccións (especialmente para as moi graves) tipificadas na dita lei son enormes²². Nesta liña, apunta Rebollo Puig que a defectuosísima técnica de tipificación das infraccións levada a cabo nesta lei é a que xustifica a existencia do que considera

unha excesiva discrecionalidade da Administración á hora de decidir o importe da sanción²³, o que converte en máis clamorosa aínda a ausencia duns criterios de graduación.

Pola contra, o que esta regulación demostra é o claro descoñecemento que no ano 1986 existía acerca das consecuencias e a necesidade da implantación do principio de proporcionalidade, posto que os criterios de graduación que o antedito artigo 34 recolle para a cualificación das infraccións son en realidade os que o lexislador debería prever para orientar o labor de fixación da sanción da Administración. Á fin e ao cabo, se o que o lexislador quería era explicar ou dar a coñecer as razóns en que se baseara para decidir incluír unha determinada infracción na categoría de leve, grave ou moi grave, o sitio natural para facelo era na exposición de motivos da lei e non na parte dispositiva desta. Tan só ten sentido recoller os criterios de graduación das infraccións nunha lei que, como a LRXSP, vaia servir de guía para determinar o réxime sancionador que se vaia levar a cabo noutras leis, pero non nunha lei sectorial onde xa deben quedar perfectamente delimitadas todas as condutas que sexan merecedoras de castigo e a natureza de cada unha delas, acompañando á dita delimitación os criterios que o operador xurídico debería usar para concretar, dentro do rango de importe mínimo e máximo que a lei prevexa, a contía exacta da sanción que proceda impor en cada caso.

Este inexplicable lapsus debe ser salvado, en opinión de autores como o propio Rebollo Puig, mediante a aplicación analóxica dos criterios de “graduación” das infraccións para seren usados como criterios de graduación das sancións. Así, sinala o citado autor, a xeito de exemplo, no caso de que o que concorra sexa a infracción consistente na reincidencia na comisión de infraccións leves nos últimos tres meses que determinará que a conduta sexa tipificada como unha infracción grave en virtude do sinalado polo artigo 35 B 7º LXS, «posiblemente resulte proporcionado impor a sanción en contía superior que se tales antecedentes non existisen», ao que engade que «na comisión duns feitos que de por si constitúen infracción moi grave a reincidencia non poderá determinar unha superior cualificación, pero si impor a sanción en grao máximo»²⁴.

Como queira que fose, non parece, en realidade, que tivese sido o contexto de recente aceptación no noso país do principio de proporcionalidade o que determinase esta grave tara da LXS, pois outras leis moito máis modernas que esta neste ámbito incorren aínda neste erro. Pensemos, por exemplo, na Lei 33/2011, do 4 de outubro, xeral de saúde pública (en diante LXSP), que presenta os mesmos defectos que a LXS e na que tamén existen grandes marxes entre os topos mínimo e máximo das sancións²⁵, ou na Lei 17/2011, do 5 de xullo, de seguridade alimentaria e nutrición (en diante LSAN), que no seu artigo 51 se pronuncia en idénticos termos aos sinalados pola LXS.

O que si resulta paradoxal destas dúas últimas normas é que, malia teren sido aprobadas o mesmo ano, presentan unha gran diferenza, pois mentres que a LXSP suple a carencia duns criterios de graduación coa acertada remisión expresa á aplicabilidade dos previstos pola LR-XAP-PAC (remisión que se debe entender feita agora á LRXSP), a LSAN non o fai. O que si prevé a LSAN, en cambio, é a posibilidade de impor sancións accesorias, e faino considerando a posibilidade de darlles publicidade ás sancións que se impoñan «sempre que concorra risco para a saúde ou seguridade dos consumidores, reincidencia en infraccións de natureza análoga ou acreditada intencionalidade na infracción» (artigo 53 LSAN).

4 OS CRITERIOS DE GRADUACIÓN NA LEXISLACIÓN DE SEGURIDADE ALIMENTARIA. ESPECIAL REFERENCIA AO REAL DECRETO 1945/1983, DO 22 DE XUÑO

Para salvar o baleiro que supón non ter previsto na lei ningún tipo de pauta ou criterio ao que se deba someter a Administración no exercicio da súa potestade sancionadora, polo menos a LSAN tomou a precaución de remitirse ao disposto polo Real decreto 1945/1983, do 22 de xuño, polo que se regulan as infraccións e sancións en materia de defensa do consumidor e da produción agroalimentaria, tal como se pode ver na disposición derradeira terceira daquela lei, que sinala que no non previsto expresamente na propia lei será de aplicación o dito real decreto, sen prexuízo das súas posteriores modificacións ou adaptacións polo Goberno.

Sen dúbida, e no que ao principio de proporcionalidade concirne, o máis interesante deste real decreto é que completa o réxime xurídico da LSAN, posto que aquela norma si recolle os criterios de graduación das sancións. En concreto, sinala o seu artigo 10.2 que a contía da sanción se graduará de conformidade cunha serie de criterios que son os que pasamos a analizar.

4.1 O volume de vendas

As razóns que explican a súa inclusión como un criterio de graduación son basicamente tres²⁶.

En primeiro lugar, apúntase unha razón de xustiza social reflectida na idea moi estendida de que é xusto que quen máis teña máis pague. Trátase dun factor expresivo da capacidade económica do suxeito infractor e, nesa mesma medida, apto para deducir del a intensidade da resposta sancionadora en que consiste a sanción pecuniaria²⁷.

Esta razón foi obxecto de varias críticas baseadas en que a conduta infractora debe ser reprimida baseándose no dano causado ao ben xurídico protexido e á culpabilidade do suxeito activo, pero non porque o negocio do infractor vaia mellor ou peor. Ademais, díxose que este criterio descoñece que o volume de vendas non revela a verdadeira capacidade económica do suxeito, pois a capacidade económica debe equipararse aos rendementos obtidos e non ao simple exercicio dunha actividade²⁸. En tal sentido, é posible que unha empresa conte cun volume de vendas alto e que, non obstante, a rendibilidade que obteña sexa mínima, ou mesmo é posible que o infractor conte con pouca liquidez²⁹.

Pero, á marxe das ditas críticas, o certo é que, como dixo a Audiencia Nacional, «o volume ou cifra de negocios (ou de facturación, ou de vendas) é un dato ou indicador contable que revela, repetimos, a capacidade e situación económica do suxeito infractor e, nesa mesma medida, permite calcular *a priori* a máxima incidencia concreta que unha sanción pecuniaria pode supor para el. Á “situación económica do culpable” refírense así mesmo os artigos 50 e 52 do Código penal para os efectos da imposición das multas. E, en canto factor de cálculo, é tamén utilizado noutros sectores do dereito administrativo sancionador, como é o caso de certas infraccións tributarias»³⁰.

En segundo lugar, alúdese tamén á necesidade de atopar fórmulas para dar cumprimento ao mandato contido no xa transcrito artigo 29.2 da LRXSP, é dicir, mecanismos que axuden a evitar que a comisión das infraccións tipificadas resulte máis beneficiosa para o infractor que o cumprimento das normas infrinxidas.

Finalmente, enténdese que unha terceira razón radicaría no interese en lograr que as multas impostas poidan ser efectivamente pagadas polo infractor.

Cando o infractor é unha empresa pequena e, polo tanto, a súa capacidade económica é limitada, o feito de que lle sexa imposta unha multa dunha entidade considerable podería conducilo ao peche do negocio, por non ter capacidade suficiente para afrontar o seu pagamento, o que ademais suporá que a multa quedará sen cobrar. Pola contra, se a empresa que cometeu a infracción posúe certa entidade, como norma xeral, presúmesele tamén certa capacidade de afrontar o pagamento dunha multa máis elevada sen que iso poña en perigo a súa continuidade.

E que é o que se debe entender exactamente por volume de vendas? A Audiencia Nacional³¹ sinalou que a virtualidade do propio principio de proporcionalidade impide estender os efectos punitivos da sanción a aquelas actividades que serían alleas ao ámbito da infracción, polo que, se a entidade sancionada se dedica a máis actividades ademais de a aquela cuxo desenvolvemento supuxo a comisión da infracción, á hora de considerar a aplicación deste criterio de graduación deberá terse en conta unicamente o volume de vendas xerado na actividade concreta que deu lugar á infracción. Unicamente se o lexislador engadise o adxectivo de “total” (é dicir, que non falase de “volume de vendas” senón de “volume de vendas total”) se podería interpretar que afectaría a todos os sectores de actividade da entidade sancionada, pero, non sendo así, debe, como dicimos, cingirse á actividade causante da infracción.

Sinala a propia Audiencia Nacional³² que «se puxeron de relevo en ocasións certas consecuencias “disfuncionais” desta opción lexislativa, como serían, entre outras, supor un incentivo para a creación artificial de sociedades independentes, limitadas a un único ámbito de actividade, co fin de minimizar o risco de sancións moi elevadas, ou, desde a outra perspectiva, un obstáculo indirecto á creación de grandes conglomerados empresariais que inclúan actividades diversificadas. Pero nin esta obxección nin outras similares que atenden máis ben a razóns de oportunidade ou conveniencia, ou á súa incidencia nas decisións dos axentes económicos, bastan para negar a validez da opción do lexislador».

Por outro lado, a propia Audiencia Nacional³³ delimitou o período de referencia que cómpre tomar en consideración para determinar o alcance do criterio examinado, e o que dixo é que «o volume de negocios que se debe considerar é o do exercicio inmediatamente anterior ao da imposición da multa».

4.2 A contía do beneficio ilícito obtido

Trátase dun criterio frecuentemente recollido polo lexislador e, sen dúbida, responde á necesidade de que a infracción non lle resulte beneficiosa ao infractor. É un criterio que permite chegar a impor sancións de contía distinta a unha empresa grande e a unha pequena cando en realidade a infracción que se castigue sexa a mesma e sexa cometida en idénticas circunstancias, pero iso vén xustificado polo feito de que a capacidade económica que unha e outra teñen para afrontar o pagamento da multa tamén é distinta³⁴, o que entendemos que cómpre ter en conta precisamente para conseguir que ao infractor non lle resulte máis beneficioso incumprir a norma malia a sanción que cumprila.

Non obstante, este criterio (igual que o do volume de vendas) articulouse defectuosamente cando a norma non considera a posibilidade de que o limiar máximo da sanción resulte inferior ao beneficio obtido. Iso non acontece no Real decreto 1945/1983, do 22 de xuño, pois, para os efectos de non suscitar no posible infractor a sensación de que lle compensa infrinxir porque o máximo que vaia perder sexa o beneficio obtido, prevese que se poida desbordar o limiar máximo de sanción previsto. Así, o artigo 10 sinala, para as infraccións graves e moi graves, que

se poderá superar o tope fixado para as multas coas que se poden castigar unhas e outras ata alcanzar o quíntuplo e o décuplo respectivamente do valor dos produtos ou servizos obxecto da infracción.

Malia o afortunado desta previsión, voces como a de Gómez Tomillo opinan que nin sequera neste caso estaría garantido un correcto efecto preventivo, xa que, no caso de que o beneficio efectivo sexa reducido (co que tamén o sería a sanción), ao infractor pódelle seguir interesando infrinxir, posto que a sanción sería pequena e que ademais pode confiar na posibilidade de non ser descuberto ou que o beneficio estea mal calculado³⁵, aínda que o propio autor apunta á posibilidade de que se recorra para evitalo a taxacións de expertos, cuxo custo debería ser asumido polo propio infractor.

Respecto de que é o que se debe considerar como “beneficio”, autores como Blanco Cordeiro opinan que o beneficio que se debe ter en conta ha de ser o bruto³⁶, isto é, sen descontar os gastos en que se puidese incorrer para conseguilo, pero fronte a isto temos sentenzas do TS³⁷ que sosteñen xusto o contrario, isto é, que defenden que o beneficio debe ser o neto, o beneficio obtible «unha vez deducidos os gastos inherentes á obtención do produto».

4.3 O efecto prexudicial que a infracción puidera producir sobre os prezos, o consumo ou o uso dun determinado produto ou servizo ou sobre o propio sector produtivo

Trátase dunha adaptación do criterio da natureza dos prexuízos causados, criterio cuxa inclusión de por si non tivo unha grande aceptación, e é que un sector da doutrina entende pouco afortunada a súa consideración como circunstancia que poida modular a responsabilidade do infractor, tratándose máis ben dun criterio que garda maior relación co resarcimento dos danos e perdas ocasionados.

Sinala Sempere Navarro³⁸ que, en primeiro lugar, cómpre pensar se este prexuízo é real, é dicir, «se se debe producir efectivamente ou se pode tratarse dun prexuízo potencial», concluíndo que, «aínda que existen argumentos para soste a posición restritiva, a xurisprudencia entende que non é necesario que se produciase un prexuízo real e efectivo», senón que basta con que concorran as condicións necesarias para que se produza para que resulte de aplicación.

Por outro lado, débense entender comprendidos aquí todo tipo de efectos prexudiciais, económicos ou non que a infracción poida producir no sector en xeral e no mercado en particular sobre os prezos, o consumo ou uso dun produto ou servizo. Pénsese por exemplo, nas repercusións da apreciación de residuos contaminantes en froitas ou hortalizas, o quebranto á fiabilidade das exportacións ou, como refire a STSX de Galicia 575/2005, do 20 de xullo³⁹, «a alarma social producida como consecuencia da aparición da encefalopatía esponxiforme bovina», etc.

En tal sentido, pódese volver citar a STS do 1 de outubro de 1997⁴⁰, que non estima a gravidade de alteración social na manipulación indebida dun produto intervido (pementos vermellos con índices elevados de toxicidade pola presenza de residuos de metamidofos con límites superiores aos admitidos), cuxa inmovilización se producira para evitar a exportación da mercadoría a un país en que resulta prohibida en razón do índice de toxicidade apreciado.

4.4 O dolo, a culpa e a reincidencia

O real decreto obxecto de análise recolle nun último apartado o que en realidade son tres criterios diferentes, aínda que relacionados, especialmente o dolo e a culpa. Pero polas súas diferentes calidades debemos analizalos por separado.

4.4.1 O dolo e a culpa

Respecto do dolo, debemos remitirnos ao xa explicado ao analizar o artigo 29.2 LRXSP, xa que non deixa de ser o propio criterio de intencionalidade. De feito, a gran diferenza entre o dolo e a culpa atópase na determinación de se o suxeito infractor actuou con intención de infrinxir (dolo) ou non (culpa). Seguindo a Zugaldia Espinar⁴¹ podemos afirmar que a gran diferenza entre un e outro criterio é que, para poder apreciar que se produciu unha actuación dolosa, é necesario que o infractor queira incumplir a norma ou polo menos acepte a súa violación como algo inevitable, mentres que para poder apreciar a existencia dunha actuación culposa basta con que exista unha falta de consideración por parte do infractor cara ao ben xurídico protexido que a norma protexe. Dito doutro xeito, estamos ante unha actuación culposa cando o infractor non desexa infrinxir a norma nin acepta a súa violación como algo inevitable, senón que, simplemente, ou non pensa que a súa conduta poida supor un perigo para o ben xurídico protexido pola norma (culpa inconsciente) ou, mesmo pensando que a súa conduta é perigosa, non pensa que, en efecto, poida chegar a producirse o dano (culpa consciente).

Estas categorías non son absolutamente puras e, de feito, existe unha figura híbrida entre ambas as dúas que é o dolo eventual. No dolo eventual o infractor asume como posible o resultado infractor, ben que non o desexa directamente. A gran diferenza entre o dolo eventual e a culpa consciente radica en que, para que poida falarse de dolo eventual, é necesario que o autor dos feitos sexa realmente consciente de que é moi probable que a súa conduta lesione o ben xurídico protexido pola norma e que, mesmo así, decida igualmente actuar, mentres que no caso da culpa consciente o suxeito entende que é posible que se produza un dano, pero non actuaría en caso de velo como algo moi probable.

Cabe sinalar, ademais, que as circunstancias examinadas non só son determinantes da imposición dunha ou outra sanción segundo concorran ou non, senón que a propia normativa as valora como elementos a considerar para tipificar unha conduta co carácter de leve, grave ou moi grave. Así, por exemplo, no artigo 35 LXS establécese que, cando a infracción se cometa mediando simple negligencia, terá a consideración de leve «sempre que a alteración ou risco sanitarios producidos fosen de escasa entidade», aínda que, e sen aclarar convenientemente a discordancia que produce, o artigo 36 considera que «a falta das precaucións exixibles na actividade, servizo ou instalación de que se trate» determinará que a infracción sexa grave. Ante a falta de calquera tipo de aclaración complementaria que nos permita entender cando a infracción será leve ou grave haberá que interpretar que a falta de precaucións exixibles será constitutiva dunha infracción leve (e non grave) se a alteración ou risco sanitarios producidos fosen de escasa entidade e grave no caso contrario.

Isto no que á culpa se refire, pero tamén a LXS considera o dolo como unha circunstancia determinante da categorización dunha conduta dentro dun tipo de infraccións; en concreto, das infraccións moi graves, ao dicir o propio artigo 35 que serán infraccións moi graves, entre outras, «as que se realicen de forma consciente e deliberada, sempre que se produza un dano grave».

Con estas previsións perde xa o seu sentido e mesmo podería resultar contraria a dereito a utilización do dolo e a culpa como criterios de graduación das sancións, especialmente no que ao uso do dolo se refire, pois non parece moi acertado agravar o importe dunha sanción baseándose en que a actuación se realizou de forma consciente e deliberada cando precisamente esa circunstancia xa se tivo en conta para tipificar a conduta como moi grave en lugar de darlle a consideración que, ordinariamente e de conformidade coa lista de infraccións recollida na lei, lle correspondería. Afortunadamente a LXSP non caeu xa neste erro.

4.4.2 A reincidencia

Con este criterio preténdese que o castigo imposto ao infractor sexa máis severo por ter cometido infraccións con anterioridade, o cal non resulta incompatible coa prohibición do *bis in idem*, posto que, para que xogue esta prohibición, é necesario que conorra a tripla identidade de suxeito, feito e fundamento (artigo 31 LRXSP⁴²), e iso non sucede no caso de agravar unha sanción baseándose nunha sanción previa polos mesmos feitos. A este respecto debemos traer a colación a paradigmática STC 150/1991, do 4 de xullo, en que o TC concluíu que coa agravante de reincidencia non se volve castigar o feito anterior, senón única e exclusivamente o feito posterior⁴³.

A aplicación da reincidencia pretende que a sanción que resulte sexa aínda máis coactiva que a ordinaria e consiga ameazar o infractor cunha represalia que sexa de tal entidade como para que, a partir deste momento, o seu comportamento sexa respectuoso coas obrigas que lle foron legalmente impostas.

A súa aplicación, segundo o que se deduce do artigo 29 LRXSP, require do cumprimento de catro requisitos.

1. O infractor debe ter sido sancionado anteriormente.

O problema é que non se prevé ningunha regra para os supostos de multirreincidencia, ben sexa porque o imputado fose sancionado en varias ocasións anteriormente pola mesma infracción ou que o fose pola comisión de infraccións da mesma natureza, pero non necesariamente pola mesma infracción.

Polo tanto, a normativa foi indulxente con aqueles que xa infrinxiran a lei en varias ocasións, botándose de menos algunha medida que posibilite a imposición dun castigo máis severo para aquel que co seu *modus operandi* demostre un maior desprezo polo ben xurídico protexido que para aquel que infrinxiu a norma por segunda vez (*vbg.* mediante o establecemento dalgunha escala progresiva en virtude da cal se fose incrementando a sanción en maior ou menor medida en función de cantas fosen as infraccións que se cometesen con anterioridade no período de referencia), pois a regulación actual transmítelle ao infractor a percepción de que, unha vez que se cometeu a segunda infracción, que incorra nunha terceira ou unha cuarta non lle será especialmente reprochable.

Si existe unha graduación no ámbito sanitario, pero non se refire á graduación das sancións, senón á das infraccións, pois prevese que a reincidencia na comisión de infraccións determinará que a conduta será castigada como unha infracción de grao superior. Así, a LXS dispón no seu artigo 35 que a reincidencia na comisión de infraccións leves dará lugar a castigar unha acción que se tipifique como infracción leve como se fose unha infracción grave, mentres que o artigo 36 prevé o mesmo respecto da reincidencia na comisión de infraccións graves, que converterá a infracción cometida nunha de tipo moi grave.

Maior desconcerto nos producen, en cambio, as previsións da LSAN, que, á hora de agravar as infraccións leves ou graves, o fai (artigo 51 nos seus apartados 2 e 3⁴⁴) cinguindo a conduta infractora anterior unicamente á comisión da mesma infracción, desviándose con iso do verdadeiro obxectivo desta agravante, que é o de conseguir que o infractor habitual deixe de selo e o de crear unha conciencia no administrado de respecto polas normas.

2. Ha de existir unha identidade de natureza entre a infracción anterior e a que se sanciona.

Esta é a principal característica que nos permitía diferenciar a reincidencia da reiteración, xa que non se exixía para esta última, aínda que iso xa non resulta útil, posto que a figura da reiteración, que xa desaparecera do ámbito penal coa aprobación do actual Código penal de 1995, desapareceu tamén do administrativo sancionador coa LRXSP.

O que si resulta relevante desta característica é que introduce unha importante diferenza entre a reincidencia e o resto de agravantes, pois, se estas son de apreciación automática, non tendo nelas demasiada cabida a discrecionalidade, no caso da reincidencia nalgúns casos pode non darse esta inminente aplicación da agravante. Referímonos a aqueles supostos en que para poder apreciar a reincidencia sexa preciso que o órgano competente compare a conduta que se pretende sancionar con infraccións anteriormente cometidas polo imputado co fin de determinar se as infraccións comparadas participan ou non da mesma natureza.

3. Necesidade de resolución firme en vía administrativa.

É necesario que as infraccións que se vaian utilizar como antecedentes fosen obxecto dunha sanción firme en vía administrativa, o que significa que se valora se o infractor, no momento de cometer a infracción, era consciente da firmeza da infracción anterior⁴⁵ e, polo tanto, de que a súa conduta era ilícita (punto este en que o criterio de reincidencia se conecta co do dolo), o cal resulta positivo desde o punto de vista da proporcionalidade, pois é máis reprobable a infracción dun suxeito plenamente consciente de que a súa conduta está prohibida que a conduta daquel cuxa primeira infracción aínda é obxecto de discusión e que, por este motivo, aínda non sabe se a súa conduta é ou non conforme a dereito.

A firmeza que se exige é administrativa e non xurisdiccional, o cal entraña o perigo de que, no caso de que a sanción imposta pola primeira infracción –e tida en conta para agravar a sanción imposta pola segunda infracción– sexa posteriormente anulada en vía xurisdiccional, o sancionado se verá obrigado a acudir á vía contencioso-administrativa non xa para impugnar a segunda sanción baseándose en que a súa conduta non mereza ser sancionada, senón para impugnala baseándose nunha indebida aplicación da agravante de reincidencia.

Certo que esta eventualidade se evitaría exixindo a firmeza en vía xurisdiccional, pero este non sería o único camiño para logralo e, ademais, esta opción conduciríanos a outro problema se cabe aínda máis grave, que sería a ineficiencia funcional da propia agravante, pois non podemos ignorar que na actualidade a duración media de tramitación dos procedementos e resolución dos litixios é de 12,6 meses para os xulgados do contencioso-administrativo e 23,7 meses nos tribunais superiores de xustiza⁴⁶. En tal escenario, se o recorrente esgotase todas as instancias xudiciais, unha sanción non adquiriría firmeza xurisdiccional ata pasados de media uns 36 meses, polo que, coa existencia dunha firmeza xurisdiccional, acontecería que durante ese período medio de 3 anos a agravante de reincidencia non podería ser aplicada deixando con iso sen ameaza o infractor.

Poderíase evitar o prexuízo descrito naqueles casos en que a Administración teña noticia da anulación da sanción correspondente á primeira das infraccións durante a tramitación do pro-

cedemento en virtude do cal se vaia impor a segunda, xa que, dado que aínda non se impuxo a segunda das sancións, aínda estaría a tempo o imputado de alegar esta circunstancia para que sexa tida en conta pola Administración ao fixar o importe da segunda sanción. Pero no resto de supostos, que probablemente sexan os máis comúns, produciríase ese indesexable incremento da litixiosidade, e iso require dunha solución.

Existiría outra posibilidade que non implica, en principio, un notable custo para o prexudicado e é a de que o sancionado se opoña ás sancións firmes en vía administrativa a través do denominado recurso extraordinario de revisión, invocando, no caso que nos ocupa, o segundo apartado do artigo 125 da LPAC⁴⁷. Pero mesmo sendo este recurso de interposición de balde, a solución axeitada sería exixir que a Administración aprecie de oficio esta circunstancia cando concorra e rebaixe a sanción á súa contía correspondente. Neste sentido, debemos lembrar que se previu na LPAC a institución dos procedementos de revisión e, entre eles, a revogación de actos desfavorables ou de gravame.

4. Prazo de 1 ano desde a sanción das anteriores infraccións.

Debemos considerar este prazo de 1 ano con independencia de se nese período se cometeu ou non a infracción que se toma como referencia e mesmo con independencia de se a sanción se impuxese ou non dentro dese período, pois o que se ten en conta é que a sanción que se lle impuxese adquirise firmeza nese período.

Así pois, temos dúas datas de referencia: a da comisión da nova infracción (*dies ad quem*) e a da data en que a resolución pola que se lle impuxo ao infractor unha sanción anterior pola comisión dunha infracción da mesma natureza que a que agora se cometeu e se vai sancionar se converte en inatacable (*dies a quo*), ben sexa porque o recurso que interpuxese fose desestimado, esgotando así a vía administrativa, ou ben porque, tendo transcorrido o prazo para interpor o correspondente recurso, non o fixo.

5 CONCLUSIÓNS

A pesar de que as proxeccións do principio de proporcionalidade e, máis en concreto, a necesidade de dotar a Administración duns criterios que lle permitan fixar o importe da sanción que resulte máis axeitado ás circunstancias concretas de cada caso non foron debidamente absorbidas polo lexislador na LXS, as restantes normas vixentes en materia de seguridade alimentaria trataron de paliar esta insostible carencia. Malia iso, podemos afirmar que tal labor non foi totalmente frutífero e é que unha revisión dos criterios de graduación presentes na referida normativa nos descobre a existencia duns criterios abertos e cuestionados dos que deriva unha indesexable multitude de problemas prácticos que se presentan á hora da súa aplicación.

Do que debería ser unha regulación que contribuíse a contar cuns instrumentos que acheneguen seguridade xurídica e a realización dun ideal de adecuación da gravidade dunha conduta á severidade do seu castigo, atopámonos con que a técnica utilizada polo lexislador se revela en ocasións confusa e mesmo anticuada ao non responder de forma suficientemente coherente aos patróns introducidos pola LRXAP-PAC e consolidados pola actual LRXSP.

Con todo, e a pesar de que cómpre subliñar a necesidade de que se acometa unha actualización da dita regulación conforme esa normativa de referencia, débese agradecer a existencia duns mecanismos que permitan a graduación das sancións nunha materia tan delicada como a da seguridade alimentaria.

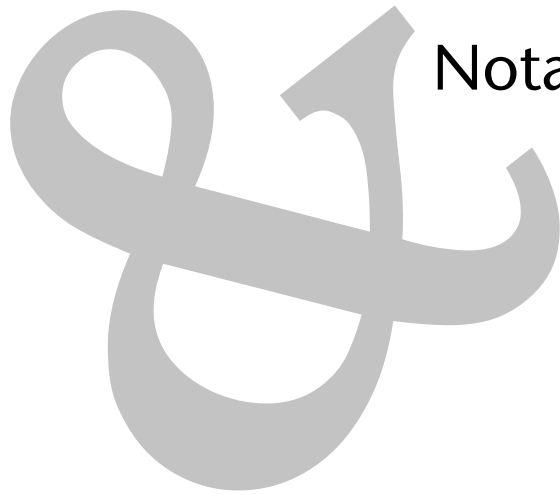
6 BIBLIOGRAFÍA

- Barnes Vázquez, J. 1994 «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, 135, 495-538.
- Blanco Cordero, I. 2011 «El comiso de ganancias ¿brutas o netas?», *Diario la Ley*, 7569, 1631-1649.
- Brealey, R. 2015. *Principios de finanzas corporativas*. México DF: Ed. Mc Graw-Hill.
- Coronado Sierra, M. 2004. «La potestad sancionadora», en A. Menéndez Moreno (dir.), *Visión práctica de la nueva Ley general tributaria*. Valladolid: Ed. Lex Nova.
- Fernández de Soto Blass, M. L. 2007. «El principio de proporcionalidad en la Administración pública y sus implicaciones tributarias», en C. Albiñana García-Quintana (coord.), *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*. Madrid: Ed. Dykinson.
- Gallardo Castillo, M. J. 2008. *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Madrid: Ed. Iustel.
- Gómez Tomillo, M. 2012. «Comiso del beneficio ilícito y sanción en el derecho administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo*, 31, 1-16.
- López González, J. I. 1988. *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*. Sevilla: Ed. Instituto García Oviedo.
- Nieto García, A. 2002. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Nieto García, A. 2005. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Quirós Lobo, J. M. 1996. *Principios de derecho sancionador*. Granada: Ed. Comares.
- Parada Vázquez, R. 1999. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30 /1992 de 26 de noviembre)*. Madrid: Ed. Marcial Pons.
- Póveda Blanco, F. 2005 «La imposición sobre las actividades económicas en la hacienda local a los 25 años de la Constitución», *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, 4, 3-31.
- Ramírez, G. 2015 «El volumen de negocio del infractor como criterio de graduación de la sanción», <http://www.puntozero.es/blog/el-volumen-de-negocio-del-infractor-como-criterio-de-graduacion-de-la-sancion> (21-12-2015).
- Rebollo Puig, M. 1989. *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Rosembuj Erujimovich, T. R. 1994. *El tributo ambiental*. Barcelona: Ed. Iuris Minor.
- Santamaría Pastor, J. A. 2002. *Principios de la potestad sancionadora*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Sarmiento Ramírez-Escudero, D. 2004. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- Sempere Navarro, V. 2001. *Derecho sancionador público del trabajo*. Madrid: Ed. Colex.
- Trayter Jiménez, J. M. e Aguado I Cudola, V. 1995. *Derecho administrativo sancionador: materiales*. Barcelona: Ed. CEDECS.
- VV. AA. 2015. *Memoria anual Consejo General del Poder Judicial para el año 2015 Panorámica de la Justicia*.
- Zugaldía Espinar, J. M. 1986. «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2 (39), 395-422.

NOTAS

- 1 Sarmiento Ramírez-Escudero, 2004:410 e ss.
- 2 López González, 1988:19 e ss.
- 3 Barnes Vázquez, 1994:511.
- 4 Trayter Jiménez e Augado I Cudola, 1995:89 e ss.
- 5 Quirós Lobo, 1996:39.
- 6 Esta é a Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante LPAC).
- 7 Santamaría Pastor, 2002:391 e ss.
- 8 Sarmiento Ramírez-Escudero, 2004:414-415.
- 9 Santamaría Pastor, 2002:393 e ss.
- 10 Parada Vázquez, 1999:414
- 11 De feito esta previsión pódese considerar como unha regra complementaria do principio de “quen contamina paga”. Sobre este principio e as súas implicacións fiscais, *vid.* Rosembuj Erujimovich, 1994:14 e ss.
- 12 Fernández de Soto Blass, 2007:337 e ss.

- 13 Di o comentado artigo neste punto que «se deberá observar a debida idoneidade e necesidade da sanción a impor e a súa adecuación á gravidade do feito constitutivo da infracción».
- 14 Sirva por todas a expresiva STS do 13 de abril de 2009, que condensa os ditos tests ou xuízos do seguinte xeito: «... e finalmente a estrita observancia do principio de proporcionalidade concretado en tres requisitos ou condicións: idoneidade da medida para alcanzar o fin constitucionalmente lexítimo perseguido (xuízo de idoneidade), que esta resulte necesaria ou imprescindible para iso, isto é, que non existan outras medidas menos gravosas que, sen impor sacrificio ningún de dereitos fundamentais ou cun sacrificio menor, sexan igualmente aptas para ese fin (xuízo de necesidade), e, por último, que deriven da súa aplicación máis beneficios ou vantaxes para o interese xeral que prexuízos sobre outros bens ou intereses en conflito, ou, dito doutro xeito, que o sacrificio imposto ao dereito fundamental non resulte desmedido en relación coa gravidade dos feitos e as sospeitas existentes (xuízo de proporcionalidade en sentido estrito). Da mesma forma, e reproducindo esta doutrina, SSTC 234/1997, do 18 de decembro; 70/2002, do 3 de abril; e 25/2005, do 14 de febreiro».
- 15 *Vid.* Sarmiento Ramírez-Escudero, 2004:317 e ss.
- 16 Trayter Jiménez e Augado I Cudola, 1995:89 e ss.
- 17 Gallardo Castillo, 2008:227.
- 18 Nieto García, 2002:242 e ss.
- 19 Santamaría Pastor, 2002:391 e ss.
- 20 Nieto García, 2005:246.
- 21 Quirós Lobo, 1996:41.
- 22 Dispón o artigo 36 LXS que as infraccións moi graves serán sancionadas con multas «desde 2.500.001 a 100.000.000 de pesetas, podendo superar a dita cantidade ata alcanzar o quintuplo do valor dos produtos ou servizos obxecto da infracción», é dicir, que o mínimo é de 15.025, 30 € e o máximo de 601.012,10 €.
- 23 Rebollo Puig, 1989:739 e ss.
- 24 Rebollo Puig, 1989:751
- 25 No caso das infraccións moi graves, poden estar entre os 60.001 e os 600.000 euros.
- 26 Ramírez, 2015. O volume de negocio do infractor como criterio de graduación da sanción no blog publicado na web <http://www.puntozero.es/blog/el-volumen-de-negocio-del-infractor-como-criterio-de-graduacion-de-la-sancion> (21-12-2015).
- 27 Sobre esta cuestión resulta paradigmática a controvertida STC 76/1990, do 26 de abril. Nesa sentenza sinalaba o TC que, aínda que cando o constituínte consagra no artigo 31 CE o principio de capacidade económica «está a pensar no ingreso público e non nas sancións tributarias (...) de aí non cabe deducir unha prohibición de aplicar os ditos principios a outro ámbito. Pois unha cousa é establecer mandatos constitucionais e outra ben distinta formular prohibicións...» e, o que é máis, engade que a desatención do principio da capacidade contributiva no ámbito sancionador «levaría ao resultado absurdo dunha sanción imposta» sen posibilidades reais de pagamento».
- 28 Póveda Blanco, 2005:138 e ss.
- 29 Sobre a relación entre os conceptos de volume de vendas, rendibilidade e liquidez, *vid.* Brealey, 2015.
- 30 Sentenza do 10 de marzo de 2015, ditada no recurso 696/2012.
- 31 Sentenza do 6 de marzo de 2013, ditada no recurso 619/2010.
- 32 Sentenza do 10 de marzo de 2015, ditada no recurso 696/2012.
- 33 Sentenza do 30 de novembro de 2012.
- 34 Rebollo Puig, 1989:739 e ss.
- 35 Gómez Tomillo, 2012:1 e ss.
- 36 Blanco Cordero, 2011:1631 e ss.
- 37 Como a do 01-10-1997, ROX 5801/1997.
- 38 Sempere Navarro, 2001:210.
- 39 ROX 1800/2005.
- 40 ROX 5801/1997.
- 41 Zugaldía Espinar, 1986:395 e ss.
- 42 Segundo o dito artigo, «non poderán sancionarse os feitos que o fosen penal ou administrativamente, nos casos en que se aprecie identidade do suxeito, feito e fundamento».
- 43 O TC ve compatibles ambas as dúas figuras e subliña que, ben que é indubidable que a reincidencia «presupón, por necesidade lóxica, unha referencia ao delito ou delitos repetidos, iso non significa, desde logo, que os feitos anteriores se volvan castigar, senón tan só que foron tidos en conta polo lexislador penal para o segundo ou posteriores delitos... ».
- 44 O referido artigo 51, nos seus apartados 2 e 3, lista as condutas que se entenderán constitutivas de infraccións graves e moi graves respectivamente e pecha a primeira das ditas enumeracións prevendo que será infracción grave «a reincidencia na mesma infracción leve no último ano» e a segunda establecendo que será infracción moi grave «a reincidencia na mesma infracción grave no último ano».
- 45 Coronado Sierra, 2004:243 e ss.
- 46 Datos obtidos da *Memoria anual do Consello Xeral do Poder Xudicial para o ano 2015. Panorámica da Xustiza*.
- 47 É dicir, interpón o recurso baseándose en «que aparezan documentos de valor esencial para a resolución do asunto que, aínda que sexan posteriores, evidencien o erro da resolución recorrida».



Notas

O estado da igualdade de xénero na UE

El estado de la igualdad de género en la UE

The state of gender equality in the EU



CRISTINA ARES CASTRO-CONDE

Profesora contratada doutora de Ciencia Política e da Administración
Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)
cristina.ares@usc.es

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

Resumo: O índice europeo de igualdade do Instituto Europeo para a Igualdade de Xénero, con medidas para os anos 2005, 2010 e 2012, alerta sobre a ralentización da progresión cara á igualdade para as mulleres en Europa, e mesmo detecta retrocesos nalgúns Estados membros. Este traballo repasa a evolución da política de xénero da UE, pon o foco nalgunhas das súas limitacións, e pregúntase como reformar o seu marco co obxectivo de mellorar o impacto desta política.

Palabras clave: Unión Europea, índice europeo de igualdade de xénero, política de xénero da UE, políticas de austeridade, método aberto de coordinación.

Resumen: El índice europeo de igualdad del Instituto Europeo para la Igualdad de Género, con medidas para los años 2005, 2010 y 2012, alerta sobre la ralentización de la progresión hacia la igualdad para las mujeres en Europa, e incluso detecta retrocesos en algunos Estados miembros. Este trabajo repasa la evolución de la política de género de la UE, pone el foco en algunas de sus limitaciones, y se pregunta cómo reformar su marco con el objetivo de mejorar el impacto de esta política.

Palabras clave: Unión Europea, índice europeo de igualdad de género, política de género de la UE, políticas de austeridad, método abierto de coordinación.

Abstract: The European Gender Equality Index from the European Institute for Gender Equality, that provides measures for 2005, 2010 and 2012, warns of a general slowing down in the trend toward greater gender equality across Europe; indeed, it shows a setback in various Member States. This piece reviews the evolution of the EU gender policy; it sheds light on some of its pitfalls; and it poses a question about how to reframe EU gender policy in order to improve its impact.

Key words: European Union, European Gender Equality Index, EU gender policy, austerity policies, open method of coordination.

Sumario: 1 Introducción. 2 A Unión Europea, aliada na loita pola igualdade para as mulleres. 3 A igualdade de xénero na UE, un obxectivo afastado: cada día máis? 3.1 Presenza de mulleres nas institucións da Unión. 3.2 Índice europeo de igualdade de xénero. 4 Conclusións.

“Avanzar cara á igualdade para as mulleres –na casa e na familia, no lugar de traballo, e en posicións de poder político– segue a ser un dos principais retos aos que se enfrontan os gobernos no século XXI” (Inglehart e Norris, 2003:164)¹

“A cultura importa, e de feito importa moito” (*idem*:8)²

1 INTRODUCCIÓN

En 2003, os profesores Inglehart e Norris (2003) chamaban a atención sobre o feito de que ao longo do século XX, con diferenzas debidas, entre outros factores, á idade e á riqueza dos seus países, moitas mulleres en distintas rexións do mundo experimentaran nos seus ámbitos familiares e laborais unha mellora na igualdade en relación cos homes. Os procesos de modernización, ben que condicionados pola cultura e as institucións de cada sociedade, por exemplo o legado do comunismo, afectaban ás actitudes cara á igualdade de xénero; este cambio actitudinal propiciaba, dunha parte, a organización do movemento feminista e, en xeral, a mobilización de grupos defensores da igualdade de xénero, e, doutra, o apoio cidadán a políticas públicas de reforzo a este cambio cultural.

Durante a primeira década do século XXI, observando só a evolución dos datos de igualdade de xénero na Unión Europea (UE), unha das rexións máis comprometidas co obxectivo da igualdade entre homes e mulleres, preguntámonos se a tendencia global cara a unha maior igualdade de xénero sofre unha ralentización conxuntural ou máis ben nos atopamos ante o inicio do camiño de volta cara a maiores cotas de desigualdade de xénero.

En primeiro lugar, este artigo retrata o compromiso da Unión coa igualdade para as mulleres, así como a evolución da política de xénero da UE. A Comisión Europea, o Parlamento Europeo, o Tribunal de Xustiza da UE, o Lobby Europeo de Mulleres e determinados Estados membros, entre outros actores, desempeñaron o rol de emprendedores normativos e lograron a hexemonía dun marco favorable á igualdade de xénero na elaboración de políticas na UE. Cousa ben distinta é, dunha parte, o predominio deste marco normativo en todos os niveis de toma de decisións, dadas as diferenzas culturais e institucionais que persisten nos Estados membros, e, doutra, o impacto destas políticas de xénero.

En segundo lugar, revisamos a presenza das mulleres en institucións da Unión e analizamos a preocupante evolución do índice europeo de igualdade de xénero desde 2005 (primeiro ano para o que temos datos); e damos conta das limitacións da actual política de xénero da UE, debidas, en parte, ás escasas atribucións das institucións da Unión en materia de benestar. Ademais, a igualdade de xénero perdeu protagonismo na axenda política europea, así como na axenda de investigación dos estudosos da UE.

Este texto finalizará coas súas conclusións e bibliografía.

2 A UNIÓN EUROPEA, ALIADA NA LOITA POLA IGUALDADE PARA AS MULLERES

As institucións europeas, dentro do seu ámbito competencial, promoveron sempre a igualdade para as mulleres. Inicialmente, o Tratado de Roma (1957) falaba de igualdade de salario, en relación coa unificación do mercado, obxectivo principal da Comunidade Económica Europea. Posteriormente, o progresivo aumento do número de asuntos sobre os cales as institucións da Unión teñen atribuídas competencias de forma máis ou menos extensa supuxo a ampliación tamén das bases xurídicas dos tratados que versan sobre igualdade de xénero.

De acordo coa distribución de competencias entre os niveis europeo e estatal, no momento actual os tratados recoñecen a igualdade como valor fundamental da Unión, común aos Estados membros nunha sociedade caracterizada pola igualdade entre homes e mulleres (artigo 2 TUE); e propoñen fomentar a igualdade entre homes e mulleres como obxectivo (artigo 3.3 TUE): en todas as accións, a Unión fixará o obxectivo de eliminar as desigualdades entre home e muller e promover a súa igualdade (artigo 8 TFUE).

O artigo 23 da *Carta dos dereitos fundamentais da UE* di que se deberá garantir a igualdade entre homes e mulleres en todos os ámbitos, mesmo en materia de emprego, traballo e retribución; e tamén que este principio non impide o mantemento ou a adopción de medidas que supoñan vantaxes concretas en favor do sexo menos representado.

O Tratado de funcionamento da UE inclúe bases xurídicas para: i) garantir o principio de igualdade de oportunidades e igualdade de trato para homes e mulleres en asuntos de emprego e ocupación, incluído o principio de igualdade de retribución para un mesmo traballo ou para un traballo de igual valor (artigo 157.3); e ii) loitar contra a trata de mulleres (artigo 79.2).

Finalmente, a Declaración 19 anexa á acta final da Conferencia Intergobernamental que adoptou o Tratado de Lisboa, asinado o 13 de decembro de 2007, indica que combater a violencia doméstica en todas as súas formas constitúe un obxectivo transversal das políticas europeas.

Nestas referencias dos tratados á igualdade de xénero observamos como a política de xénero da UE, partindo da soa mención á igualdade de retribucións, adoptou o marco de xénero hexemónico para falar de igualdade de oportunidades en todos os terreos persoais e profesionais e considerar a igualdade para as mulleres como un obxectivo transversal das políticas públicas da UE.

Así, a actual Estratexia para a igualdade entre mulleres e homes 2009-2015 subliña a contribución da igualdade ao crecemento económico e o desenvolvemento sustentable, en liña cos obxectivos estratéxicos de Europa 2020; e no Foro sobre o Futuro da Igualdade de Xénero na UE, celebrado en Bruxelas os días 20 e 21 de abril de 2015, a actual comisaria de Xustiza, Consumidores e Igualdade de Xénero, Vera Jourova, fixou como prioridades en materia de igualdade para o próximo período non só o acceso de máis mulleres a postos directivos ou a redución da violencia contra as mulleres, senón tamén os permisos de paternidade e a loita contra os estereotipos de xénero.

Grazas á mobilización dos grupos feministas e, en xeral, das organizacións de interese público defensoras da igualdade entre homes e mulleres, a receptividade e mesmo o impulso destes grupos por parte da Comisión e o Parlamento europeos, e o propio labor destas institucións europeas como emprendedoras normativas ao longo do proceso de integración, non só aumentaron as referencias á igualdade de xénero nos tratados e se ampliou o concepto de igualdade entre homes e mulleres, senón que tamén creceu a variedade das actuacións a escala europea para a promoción da igualdade para as mulleres.

A natureza da acción da UE foi necesariamente diversa. Mentres nalgúns asuntos relativos á igualdade, como as condicións no lugar de traballo ou os requisitos para recibir financiamento do orzamento da UE, a Unión posúe amplas competencias e pode legislar baixo o método comunitario, noutros temas unicamente conta co recurso ao método aberto de coordinación e, polo tanto, a posibilidade de, en lugar de legislar, emitir orientacións e recomendacións aos Estados.

Se buscamos a palabra “muller” no buscador de actos da UE EUR-Lex, atoparemos 666 regulamentos, 93 directivas e 753 decisións, do mesmo modo que 637 opinións e 151 recomendacións. Tamén cando repasamos a orde do día das reunións da Comisión de Dereitos da Muller

e Igualdade de Xénero do Parlamento Europeo, atopamos temas tanto de competencia exclusiva como compartida da Unión e mesmo exclusiva dos Estados, como violencia de xénero.

Convén ter en conta, non obstante, que, nun ámbito como a igualdade para as mulleres tan condicionado por factores de índole cultural, as decisións europeas adoptadas baixo o método aberto de coordinación poden chegar a influír na elaboración de políticas a nivel estatal e, en definitiva, sobre o terreo tanto como as tomadas baixo o método comunitario. O impacto territorial das leis da UE variará en función da cultura e as institucións estatais; e as recomendacións e orientacións da UE poden influír sobre as ideas de forma similar ás directivas e regulamentos.

En calquera caso, o tamaño do orzamento da UE, só o 1% da riqueza da Unión e o 2,5% do seu gasto público total, impide desenvolver a escala europea programas de gasto, como os relativos a servizos de gardaría, atención a persoas dependentes ou mesmo de apoio a vítimas de violencia de xénero, que parecen ineludibles para conseguir a igualdade real entre homes e mulleres. Ademais, o Pacto de Estabilidade e Crecemento e, en xeral, as chamadas políticas de austeridade impuxeron restricións á capacidade de gasto dos Estados que, en moitos casos, derivaron en recortes en políticas sociais relevantes para a igualdade entre homes e mulleres.

A pesar da complicidade de institucións europeas como a Comisión ou o Parlamento, o recoñecemento nos tratados e o número de actividades desenvolvidas pola Unión para favorecer a igualdade para as mulleres, a política de xénero da UE no momento actual do proceso de integración é insuficiente para manter a progresión cara a maiores cotas de igualdade entre homes e mulleres.

No seguinte apartado examinaremos a evolución da presenza das mulleres en institucións da Unión e analizaremos os resultados do índice europeo de igualdade de xénero no período para o cal temos datos: 2005-2012.

3 A IGUALDADE DE XÉNERO NA UE, UN OBXECTIVO AFASTADO: CADA DÍA MÁIS?

3.1 Presenza de mulleres nas institucións da Unión

Para valorar a presenza de mulleres nas institucións da UE centrámonos na Comisión e no Parlamento, as dúas instancias máis afíns ao marco de xénero e que demostraron unha maior implicación na loita pola igualdade entre homes e mulleres. En ambos os dous casos constatamos tanto un incremento paulatino da porcentaxe de mulleres como a distancia da perseguida paridade e mesmo un estancamento na incursión de máis mulleres nas institucións.

Táboa 1. Mulleres na Comisión Europea (1989-2014)

	1989	1993	1995	1999	2004	2009	2014
<i>Membros</i>	17	17	20	20	27	27	28
<i>Mulleres</i>	2	1	5	5	8	9	9
<i>Porcentaxe de mulleres</i>	12	6	25	25	30	33	32
<i>Presidenta</i>	non	non	non	non	non	non	non

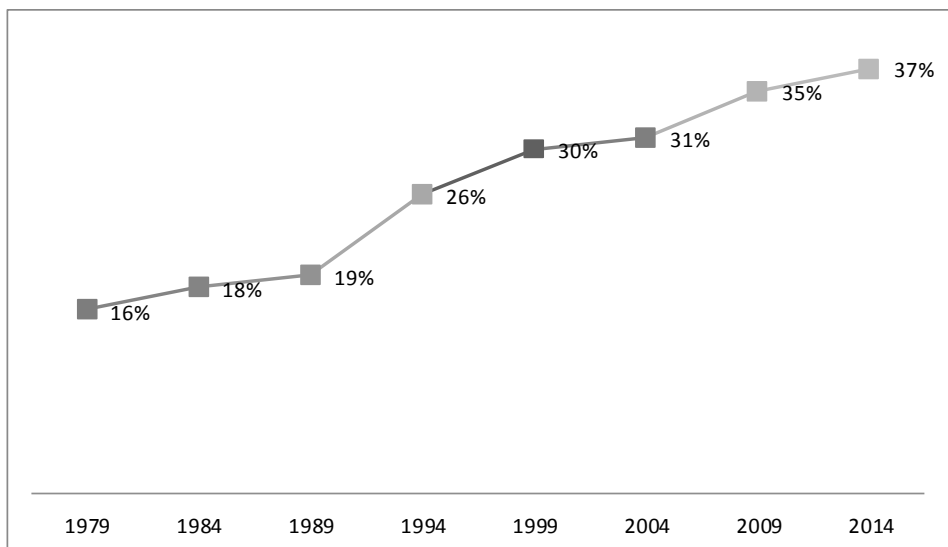
Fonte: elaboración propia

Como mostra a táboa número 1, nunca ata a data unha muller foi elixida presidenta da Comisión. O primeiro Colexio de Comisarios da UE nacida en Maastricht (1992) contaba cunha

única muller (6%), mentres que da Comisión Barroso II (2009-2014) formaron parte 9 (33%). Non obstante, malia a insistencia do actual presidente da institución, Jean-Claude Juncker, aos gobernos estatais para que propuxesen candidatas mulleres, mesmo a cambio de carteiras de maior peso político, o actual colexio non conta con máis comisarias (32%) que o anterior.

No que respecta ao Parlamento Europeo, a porcentaxe de mulleres, ademais de mostrar unha evolución positiva, como reflicte o gráfico 1, situouse historicamente sen excepción por enriba do dato da cámara baixa dos parlamentos estatais (Fortin-Rittberger e Rittberger, 2014a; 2014b). Con todo, nin tras as últimas eleccións ao Parlamento Europeo de maio de 2014 se alcanzou a paridade, nin sequera sumar o 40% do total de membros da Eurocámara.

Gráfico 1. Mulleres no Parlamento Europeo (1979-2014)



Fonte: elaboración propia

Outro dato que confirma as dificultades para situar mulleres en postos de poder na Unión é a elección da figura de presidente do Consello Europeo introducida na reforma dos Tratados de Lisboa (2009). Dous homes foron elixidos para este posto, Herman van Rompuy e Donald Tusk; en ambas as dúas ocasións, para buscar certo equilibrio de xénero, recorreuse á figura do alto representante da Unión para Asuntos Exteriores e Política de Seguridade, de inferior rango, que ocupou Catherine Ashton durante o período anterior e posúe Federica Mogherini actualmente.

3.2 Índice europeo de igualdade de xénero

En 2013, o Instituto Europeo de Igualdade de Xénero puxo en marcha o índice europeo de igualdade de xénero, previsto no documento estratéxico sobre igualdade entre homes e mulleres do período 2010 (Comisión Europea, 2006). Este índice constrúese a partir dun concepto amplo de igualdade que permite medir as diferenzas entre homes e mulleres nun extenso abano de áreas relevantes desde o punto de vista das políticas da UE. Trabállase con oito dimensións

da noción de igualdade de xénero, seis combinadas nun índice central (traballo, diñeiro, coñecemento, tempo, poder e saúde), e dúas dimensións de carácter satélite debido a que non se poden aplicar ao conxunto da poboación (violencia e desigualdades que se entrecruzan).³

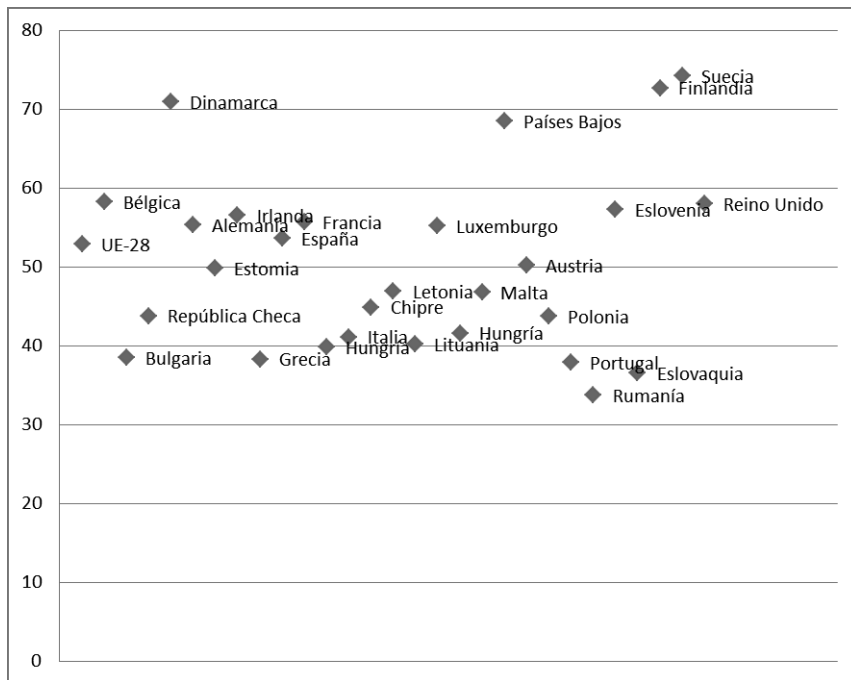
En 2015, o índice europeo de igualdade de xénero conta con puntuacións para 2005, 2010 e 2012, co que por primeira vez é posible realizar unha análise diacrónica tanto para a Unión no seu conxunto como individualmente en relación con cada Estado membro. A próxima actualización estará dispoñible en 2017.

Destacamos tres resultados. En primeiro lugar, o obxectivo de igualdade para as mulleres na UE está moi lonxe de se lograr; sendo 100 a plena igualdade, o índice en 2012 para os 28 Estados membros sitúase en 52,9. En segundo lugar, os avances de 2005 a 2012 son moi modestos; nestes sete anos, a progresión no índice foi de tan só 1,6 puntos para o conxunto da UE, de 51,3 en 2005 a 52,9 en 2012. En terceiro lugar, de 2005 a 2012 prodúcense retrocesos no camiño cara á igualdade real entre homes e mulleres en varios Estados.

O gráfico número 2 ilustra as diferenzas en igualdade entre homes e mulleres entre os actuais 28 Estados membros da Unión. Observamos tres grandes grupos de países en relación coa igualdade para as mulleres: os líderes son só 4 países nórdicos; os intermedios suman 8; e o grupo máis numeroso é o dos demorados, composto por 15 dos 28 Estados. Mentres que os líderes presentan puntuacións próximas a 70 sobre 100 [Suecia (74,2), Finlandia (72,7), Dinamarca (70,9) e Países Baixos (68,5)], os demorados, entre os que se atopan todos os países das ampliacións producidas desde 2004 inclusive e os mediterráneos agás España, puntúan por debaixo de 50, entre 50 e 30.

Ao grupo intermedio tanto en puntuación, que oscila entre 60 e 50, como en tamaño, 9 dos 28, pertencen, en orde decrecente de puntuación: Bélxica (58,2), Reino Unido (58), Eslovenia (57,5), Irlanda (56,5), Francia (55,7), Alemaña (55,3), Luxemburgo (55,2), España (53,6) e Austria (50,2).

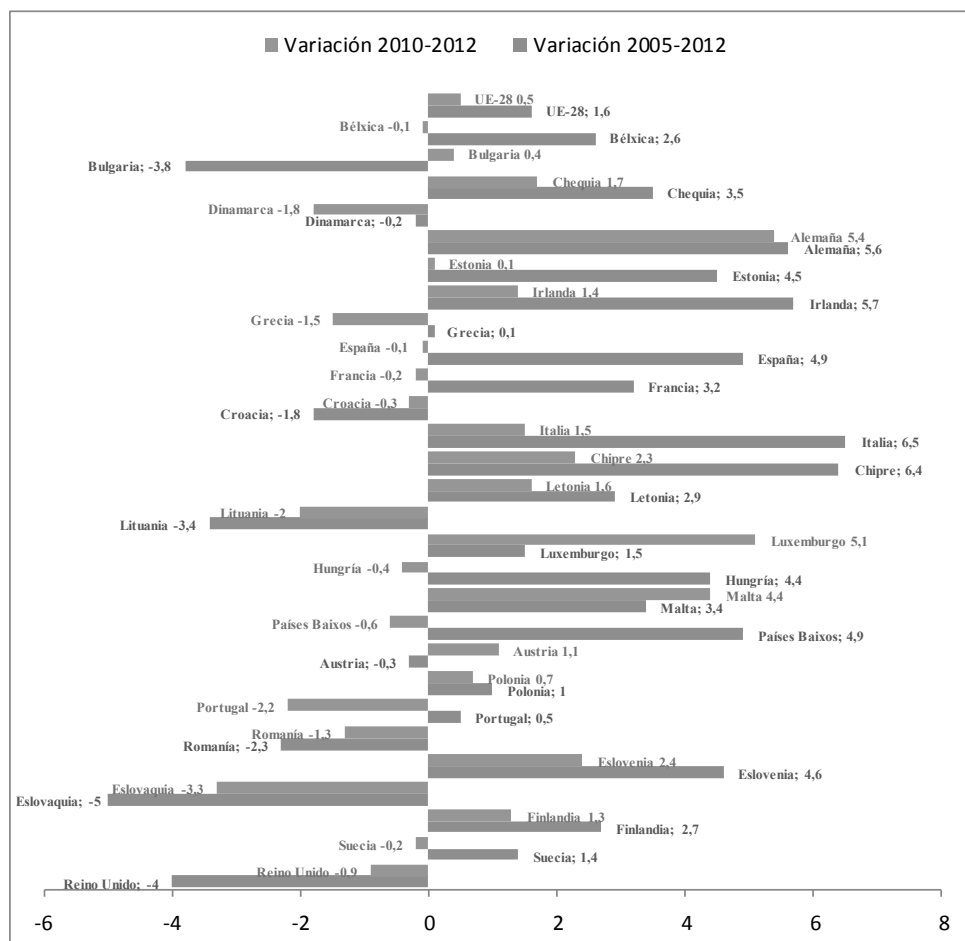
Gráfico 2. As tres Europas da igualdade para as mulleres (índice de igualdade de xénero 2012)



Fonte: elaboración propia

O gráfico número 3, pola súa banda, reflicte os cambios no índice europeo de igualdade de xénero por Estado membro, dunha parte, ao longo de todo o período para o que temos datos, entre 2005 e 2012, e, doutra, só entre 2010 e 2012.

Desde 2005, chama a atención o contraste entre países que avanza notablemente cara á igualdade, como Italia, Irlanda ou Alemaña, e Estados que retroceden significativamente, como Eslovaquia, o Reino Unido ou Bulgaria.

Gráfico 3. Movements no índice europeo de igualdade de xénero entre 2005 e 2012

Fonte: elaboración propia

Empregando os criterios, avance/retroceso desde 2005 e avance/retroceso nos dous últimos anos para os que temos datos (2010-2012), podemos clasificar os 28 Estados membros en 4 tipos: i) Estados nos que se avanza cara á igualdade entre homes e mulleres desde 2005; ii) países nos que se progresa a partir de 2005, pero se retrocede nos últimos anos, de 2010 a 2012; iii) Estados nos que se retrocede desde 2005, aínda que se avanza de 2010 a 2012; e iv) países nos que se retrocede a partir de 2005, como se mostra na táboa número 2.

Táboa 2. Tipos de Estados membros en función dos movementos no índice europeo de igualdade de xénero de 2005 a 2012

<i>Avanzan cara á igualdade entre homes e mulleres desde 2005</i> República Checa, Alemaña, Estonia, Irlanda, Italia, Chipre, Letonia, Luxemburgo, Malta, Polonia, Eslovenia, Finlandia	<i>Avanzan cara á igualdade entre homes e mulleres desde 2005, a pesar de que retroceden nos últimos anos</i> Bélxica, Grecia, España, Francia, Hungría, Países Baixos, Portugal, Suecia
<i>Retroceden desde 2005, aínda que avanza de 2010 a 2012</i> Bulgaria, Austria	<i>Retroceden desde 2005</i> Dinamarca, Croacia, Lituania, Romanía, Eslovaquia, Reino Unido

Fonte: elaboración propia

Vemos así como 20 dos 28 Estados membros melloran en igualdade de xénero desde 2005. Tamén que 8 destes 20 teñen dificultades a partir de 2010 para manter o nivel alcanzado; entre eles, dous dos países líderes, Suecia e Holanda, así como España, Grecia e Portugal. Observamos igualmente como entre os Estados que retroceden de 2005 a 2012 aparecen Dinamarca e o Reino Unido, países con puntuacións elevadas aínda en 2012, e tamén Estados como Romanía, Eslovaquia e Lituania, no vagón de cola da igualdade entre homes e mulleres.

4 CONCLUSIÓNS

Ao longo do proceso de integración europea fóronse ampliando os asuntos sobre os que a Unión pode actuar conxuntamente, tamén os vinculados á igualdade entre homes e mulleres nas súas distintas dimensións: profesional, sanitaria, de tempo, etc.; e as institucións da Unión adoptaron e contribuíron a difundir un marco favorable á igualdade de xénero na elaboración de políticas.

Non obstante, os datos de igualdade entre homes e mulleres non só nunca resultaron o suficientemente satisfactorios, senón que empezaron a evolucionar de forma inquietante.

En 2014, por vez primeira na historia da Unión, a porcentaxe de mulleres na Comisión Europea (32%) é inferior á do período anterior. Ese ano tampouco se elixiu unha presidenta do Consello Europeo, e a porcentaxe de mulleres electas como membros do Parlamento Europeo (37%), aínda que non retrocedeu e segue situándose por enriba do mesmo dato nos parlamentos estatais, continúa afastada da paridade.

En 2015, coñecemos as puntuacións para 2012 e a variación entre 2010 e 2012 do índice europeo de igualdade de xénero. Estes datos confirmannos, en primeiro lugar, a distancia do obxectivo de plena igualdade entre homes e mulleres; a última puntuación, de 2012, é de 52,9 sobre 100. En segundo lugar, constatamos a ralentización da marcha cara á igualdade na UE-28; desde 2005, só se avanzou 1,6 puntos. Finalmente, detectamos como a desigualdade entre homes e mulleres crece desde 2005 en varios Estados membros.

Por todo o anterior, preguntámonos se, na propia Unión Europea, malia o compromiso das institucións europeas coa igualdade para as mulleres, se iniciou o camiño de volta cara a maiores cotas de desigualdade de xénero.

No contexto dunhas políticas de austeridade que se resisten a morrer, e que se suman ao desde sempre reducido tamaño do orzamento da UE e a ausencia dun orzamento propio para a eurozona, así como a limitación das competencias da Unión en materia de sanidade, educación

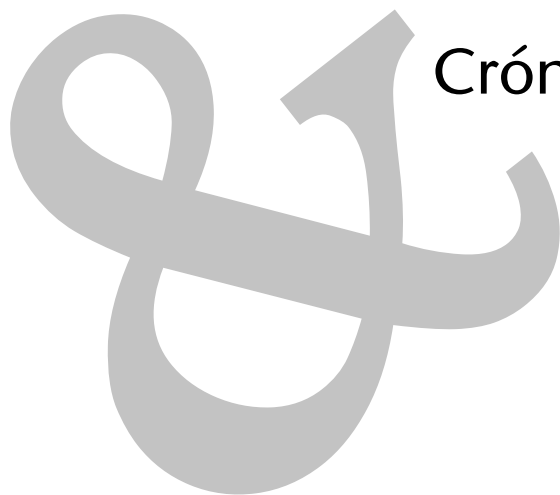
ou benestar social, resulta verdadeiramente difícil garantir a igualdade para as mulleres a través de accións a escala europea.

Datos como a persistente infrarrepresentación das mulleres nas posicións directivas e sobre-representación nos sectores peor pagados da economía, o incremento das mulleres pobres e en risco de exclusión, a perpetuación dos estereotipos de xénero, que mesmo provocan novas desigualdades entre homes e mulleres, parece reclamar non só unha actualización dos instrumentos, senón tamén do propio marco das políticas de igualdade de xénero. Tamén a distribución de competencias en relación cos programas de gasto no seo da Unión.

Para combater a lentitude no proceso de eliminación das desigualdades entre homes e mulleres e mesmo impedir a consolidación dunha tendencia regresiva en materia de igualdade de xénero na UE, parece necesario reivindicar a permanente centralidade do obxectivo de igualdade entre homes e mulleres na axenda política da Unión en todos os niveis de toma de decisións, manter a actividade das organizacións de mulleres, así como acrecentar as actuacións públicas e privadas de reforzo de valores e actitudes favorables á igualdade.

NOTAS

- 1 As citas foron traducidas pola autora.
- 2 Cursiva no orixinal.
- 3 A definición e operacionalización do concepto de igualdade de xénero, así como a construción do índice, explicanse no Instituto Europeo de Igualdade de Xénero (2015).



Crónicas

Congreso Derecho ambiental para unha economía verde

Congreso Derecho ambiental para
una economía verde

Environmental Law for a Green Eco-
nomy



JENNIFER SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Investigadora predoutoral de Dereito Administrativo
Universidade da Coruña (Galicia, España)
j.sanchezg.udc.es

Os días 19 e 20 de novembro de 2015 tivo lugar no Reitorado da Universidade da Coruña o CONGRESO DEREITO AMBIENTAL PARA UNHA ECONOMÍA VERDE, actividade científica da “Rede Mercado e medio ambiente. Propostas xurídicas para unha economía verde” (ECOVER), plataforma de colaboración académica integrada por profesores universitarios especializados en dereito ambiental.

O congreso centrouse na análise das técnicas de protección ambiental como instrumentos para a realización dunha economía verde. Fíxose unha análise crítica e propositiva sobre o réxime xurídico tanto das técnicas de intervención administrativa como dos instrumentos de mercado destinados a orientar e impulsar os axentes económicos cara a un comportamento socialmente responsable.

A finalidade do congreso foi presentar os estudos realizados pola Rede ECOVER durante o ano 2015 e contrastar e discutir as súas conclusións e propostas cos asistentes e relatores participantes a través de mesas paralelas.

Esta cita contou coa colaboración de ilustres relatores e expertos en dereito ambiental tanto na súa vertente académica como práctica.

A inauguración e presentación do Congreso foi levada a cabo por Xosé Luís Armesto, reitor da Universidade da Coruña; Xulio Xosé Ferreiro Baamonde, alcalde da Coruña; Justo de Benito, secretario xeral de Calidade e Avaliación Ambiental; Sonia Rodríguez Campos, directora da EGAP; José Manuel Busto Lago, decano da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña; e Francisco Javier Sanz Larruga, catedrático de dereito administrativo da Universidade da Coruña.

A conferencia inaugural foi impartida por Fernando López Ramón e versou sobre “Dereito ambiental e economía verde”.

Polo que respecta á primeira sesión, nela tiveron lugar dúas mesas paralelas, unha no paraninfo do Reitorado e a outra na sala do Consello de Goberno. A mesa do paraninfo abriuse coa intervención de Juan José Pernas García, coordinador desta; Jesús Jordano Fraga e Jesús Serrano expuxeron a “Ordenación ambiental da actividade económica” en tempos de crise”. Nela falouse da perda de peso das políticas ambientais e da clara prevalencia dos obxectivos de reactivación da actividade económica e de garantía de unidade de mercado. Fíxose mención tamén á percepción do dereito ambiental como un “obstáculo” e á desregulación como consecuencia dos excesos na ampliación dos obxectivos de liberalización económica e do test de proporcionalidade.

Pola súa banda, a mesa da Sala do Consello de Goberno contou coa intervención de Francisco Javier Sanz Larruga (como coordinador), Luis Jiménez Herrero, Gabriel Doménech Pascual e Fernando González Laxe. Esta mesa levaba por título “Cuestións xurídicas e económicas sobre o consumo colaborativo”. Luis Jiménez Herrero formulou a importante cuestión de como se pasa da insustentabilidade á sustentabilidade, e sinalou que para iso cómpre tempo de adaptación e estratexia de cambio. Ademais, falou de “economía de sustentabilidade integral” que debe englobar tanto a economía como o ámbito ambiental, o social e o institucional, sen poder entender como sinónimos a sustentabilidade e o desenvolvemento sustentable. Por último, fixo mención á economía da ecoeficiencia e da suficiencia. Pola súa banda, Gabriel Doménech tratou a redución dos custos de transacción e as asimetrías informativas que permite levar a cabo a economía colaborativa. Fernando González Laxe falou do concepto de economía verde e sinalou que abrangue a sustentabilidade, equidade, etc., mencionando tamén que a economía ambiental é un sistema pechado baseado en externalidades.

Pola tarde celebráronse dúas mesas paralelas. A mesa desenvolvida no paraninfo foi a cargo de Lucía Casado (como coordinadora), Agustín García Ureta, M.^a Dolors Masoliver Jordana e José Francisco Alonso Picón. Nela tratouse “A inspección ambiental no actual contexto de liberalización das actividades económicas”. Agustín García Ureta expuxo a situación da potestade de inspección, facendo referencia tanto ao dereito da Unión Europea como á situación nas comunidades autónomas, chegando á conclusión de que a Unión Europea se refire á inspección pero obvia controlala. M.^a Dolors Masoliver falou sobre a necesidade das entidades colaboradoras facendo referencia á necesidade de garantías para a externalización a estas entidades e expondo a situación destas en Cataluña. Pola súa banda, José Francisco Alonso Picón centrouse nunha análise da “Rede Redia” e da situación da inspección ambiental na Xunta de Galicia, chegando á conclusión de que a inspección ambiental se atopa consolidada e segue os procedementos estándar que establecen tanto a “Rede Redia” como a “Rede Impel”.

A mesa, celebrada na sala do Consello de Goberno, estivo integrada por Ángel Ruiz de Apodaca (que actuou como coordinador), José Antonio Razquin Lizarraga e Manuel Menéndez Prieto. Esta mesa levou por título “Planificación ambiental e avaliación ambiental estratéxica”. Ángel Ruiz de Apodaca deu comezo aos relatorios formulando se ten sentido unha declaración ambiental estratéxica favorable ou desfavorable. José Antonio Razquin comentou a avaliación ambiental estratéxica como procedemento instrumental, diferenciando entre ordinaria e simplificada, e expondo as fases que ela contén. Manuel Méndez, pola súa banda, falou dos

obxectivos desta avaliación, mencionando a integración de aspectos ambientais, a selección de alternativas viables e o fomento da participación pública na toma de decisións.

Polo que se refire ao segundo día de congreso, a mañá contou con dúas sesións, tendo cada sesión dúas mesas paralelas.

A primeira mesa celebrada no paraninfo foi coordinada por Alba Nogueira López e estaba integrada por Xavier Fernández Pons e José Manuel Marraco Espinós. Nela falou de “Globalización económica, libre mercado e protección ambiental”. As conferencias comezaron coas palabras de Alba Nogueira sobre a “*smart regulation*” da Unión Europea, que fai prescindibles as normas, sobre todo as ambientais. José Manuel Marraco falou de reflexión desde a práctica, expondo as dificultades reais do acceso á xustiza ambiental. Por último, Xavier Fernández Pons centrou o seu relatorio en dous temas clave: en primeiro lugar, a relación entre liberalización do comercio e protección do medio ambiental; e, en segundo lugar, as medidas ambientais (TREM). Sobre o primeiro tema sinalou a posibilidade de combinar ambos os dous ámbitos, aínda que na actualidade as normas de globalización económica teñan un peso maior. En relación co segundo tema, comentou que existen medidas ambientais establecidas por acordos internacionais e medidas unilaterais, sendo estas últimas as máis polémicas debido ao debate entre protexer o mercado nacional e a protección do medio.

Á vez que se levaban a cabo no paraninfo estas conferencias, na sala do Consello de Goberno tiña lugar a mesa “Custodia do territorio, bancos de conservación e pagamento por servizos ambientais,” coordinada por Blanca Soro Mateo, na que participaron Carlos Javier Durá Alemañ, que falou da situación nos Estados Unidos, facendo mención á importancia da paisaxe, e Dionisio Fernández de Gatta, que analizou a relación entre os aspectos económicos, sociais e ambientais.

A continuación tiveron lugar as outras dúas mesas paralelas da mañá. No paraninfo tivo lugar a mesa “Compra verde e consumo responsable”, coordinada por Juan José Pernas García, na que se contou ademais con Gorane Ibarra González, Martín María Razquin Lizarraga e, a través de videoconferencia desde Bruxelas, de Stefania Ministrini. E na sala do Consello de Goberno tratouse o “Mercado de xestión de recursos naturais”, baixo a coordinación de Manuela Mora, e cos relatorios de Íñigo Sanz Rubiales e Ignacio Sánchez García. Nela fíxose referencia á busca de protección ambiental nos mercados de xestión, ademais da busca de eficiencia, sendo ambas as dúas procuras ás veces contrarias, o que leva consigo a necesaria corrección artificial do mercado para a protección ambiental.

No que respecta á sesión de tarde, en primeiro lugar desenvolveuse a conferencia de clausura, titulada “Libre circulación de mercadorías e protección ambiental”, a cargo de Nicolas de Sadeleer, e seguidamente deuse paso á mesa de conclusións, na que participaron, ademais de Nicolas de Sadeleer, Francisco Javier Sanz Larruga e Fernando López Ramón. Nesta mesa de conclusións fomentouse a participación dos asistentes ao congreso, conseguindo con iso un debate dinámico sobre os temas vistos nas sesións anteriores.

Por último, para finalizar a xornada e pechar o congreso, tivo lugar o acto de clausura, no que se contou coa presenza de Valentín González Formoso, presidente da Deputación da Coruña; Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, director do Grupo de Investigación Dereito Público Global; e Juan José Pernas García, profesor titular de dereito administrativo da Universidade da Coruña.



ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA

galicia

administración & cidadanía.

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

de Administración Pública