

administración & cidadanía

Sumario_

_01_GONZÁLEZ VEGA, Javier A. «A transparencia e o control democrático na nova xeración de acordos comerciais: a UE ante o CETA e o TTIP» **_02_MARTÍNEZ ARGÜELLES, Santiago** «O TTIP en contexto: razóns e efectos» **_03_CALLEJAS FONSECA, Leopoldo | TAVERA OCHOA, Rodrigo** «México ante a crise política cos Estados Unidos de América: o reto ante os tratados de libre comercio co resto do mundo» **_04_REILLY, Sarah** «Free trade & migration: the potential implications of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) on European Union nonimmigrant Admissions to the United States» **_05_SIOTA ÁLVAREZ, Mónica** «Algunhas notas sobre o réxime xurídico de taxas e tarifas polo servizo de abastecemento domiciliario de auga» **_06_GARCÍA COSTA, Francisco Manuel** «A constitucionalidade do novo sistema de execución das resolucións do Tribunal Constitucional segundo as SSTC 185/2016, do 3 de novembro, e 215/2016, do 15 de decembro» **_07_TERUEL LOZANO, Germán M.** «A reforma dos regulamentos parlamentarios como instrumento para a rexeneración democrática» **_08_ESTÉVEZ ABELEIRA, Teresa** «As vivendas de uso turístico e o arrendamento de tempada en Galicia: unha aproximación a partir do Decreto 12/2017, do 26 de xaneiro» **_09_FARIÑA SANTOS, Mariña-Balbanera** «A aplicación da mercadotecnia nos servizos sociais municipais: un estudo de caso» **_10_AMENEDO BERMÚDEZ, Pablo** «Fundamentos e tramitación do procedemento arbitral de transportes» **_11_CANEIRO GONZÁLEZ, Paloma | PÉREZ HERMIDA, Cristal Magdalena** «O dereito de sufraxio universal para as persoas con discapacidade. Especial referencia aos procesos de incapacitación» **_12_AL-HUSSEN VILLA, Nour** «De Al Qaeda a Daesh: Siria como escenario da loita pola hexemonía do novo xihadismo global» **_13_PAZOS CASTRO, Ricardo** «Crónica da xornada 'A cláusula chan: transparencia, abusividade e recuperación de cantidades'» **_14_IGLESIAS SEVILLANO, Héctor** «Merloni F. e Vandelli L. (coords.): La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi, Florencia, Passigi Editori, 2010»

Sumario_

_01_GONZÁLEZ VEGA, Javier A. «La transparencia y el control democrático en la nueva generación de acuerdos comerciales: la UE ante el CETA y el TTIP» **_02_MARTÍNEZ ARGÜELLES, Santiago** «El TTIP en contexto: razones y efectos» **_03_CALLEJAS FONSECA, Leopoldo | TAVERA OCHOA, Rodrigo** «México ante la crisis política con los Estados Unidos de América: el reto ante los tratados de libre comercio con el resto del mundo» **_04_REILLY, Sarah** «Libre comercio y migración: las implicaciones potenciales de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) sobre las admisiones no-inmigrantes de la Unión Europea a los Estados Unidos» **_05_SIOTA ÁLVAREZ, Mónica** «Algunas notas sobre el régimen jurídico de tasas y tarifas por el servicio de abastecimiento domiciliario de agua» **_06_GARCÍA COSTA, Francisco Manuel** «La constitucionalidad del nuevo sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional según las SSTC 185/2016, de 3 de noviembre, y 215/2016, de 15 de diciembre» **_07_TERUEL LOZANO, Germán M.** «La reforma de los reglamentos parlamentarios como instrumento para la regeneración democrática» **_08_ESTÉVEZ ABELEIRA, Teresa** «Las viviendas de uso turístico y el arrendamiento de temporada en Galicia: una aproximación a partir del Decreto 12/2017, de 26 de enero» **_09_FARIÑA SANTOS, Mariña-Balbanera** «La aplicación del marketing en los servicios sociales municipales: un estudio de caso» **_10_AMENEDO BERMÚDEZ, Pablo** «Fundamentos y tramitación del procedimiento arbitral de transportes» **_11_CANEIRO GONZÁLEZ, Paloma | PÉREZ HERMIDA, Cristal Magdalena** «El derecho de sufragio universal para las personas con discapacidad. Especial referencia a los procesos de incapacitación» **_12_AL-HUSSEN VILLA, Nour** «De Al Qaeda a Daesh: Siria como escenario de la lucha por la hegemonía del nuevo yihadismo global» **_13_PAZOS CASTRO, Ricardo** «Crónica de la jornada 'La cláusula suelo: transparencia, abusividad y recuperación de cantidades'» **_14_IGLESIAS SEVILLANO, Héctor** «Merloni F. y Vandelli L. (coords.): La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi, Florencia, Passigi Editori, 2010»

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

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

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

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

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

CONSELLO DE REDACCIÓN

_Directora

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

_Codirector

Luis 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)

Ricardo GARCÍA MIRA
UDC (Galicia, España)

Vicente GONZÁLEZ RADÍO
UDC (Galicia, España)

Gumersindo GUINARTE CABADA
USC (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)

Mónica SIOTA ÁLVAREZ
UVigo (Galicia, España)

M.ª Inmaculada VALEJE 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 (galego) |

Kay Leach (inglés)

Deseño cuberta: Campus na nube, sl

Deseño gráfico e impresión: Campus na nube, sl

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.

©2006, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

VOL.12_nº1_2017_revista da Escola Galega de Administración Pública

administración & ciudadanía

– VERSIÓN GALEGA –



Sumario / Summary

OS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO / THE FREE TRADE AGREEMENTS

_ ARTIGOS / CONTRIBUTIONS

[9-78]

GONZÁLEZ VEGA, Javier A. (Universidade de Oviedo, España) «**A transparencia e o control democrático na nova xeración de acordos comerciais: a UE ante o CETA e o TTIP**» / *Transparency and democratic control in the new generation of trade agreements: the EU before the CETA and TTIP*

[11-28]

MARTÍNEZ ARGÜELLES, Santiago (Universidade de Oviedo, España) «**O TTIP en contexto: razóns e efectos**» / *The TTIP in context: reasons and effects*

[29-44]

CALLEJAS FONSECA, Leopoldo | TAVERA OCHOA, Rodrigo (Universidade Latina de América, México) «**México ante a crise política cos Estados Unidos de América: o reto ante os tratados de libre comercio co resto do mundo**» / *Mexico facing the political crisis with the United States of America: the challenge to free trade agreements with the rest of the world*

[45-58]

REILLY, Sarah (Universidade de Santiago de Compostela, España) «**Free trade & migration: the potential implications of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) on European Union nonimmigrant Admissions to the United States**» / *Libre comercio e migración: as implicacións potenciais da Asociación Transatlántica de Comercio e Investimento (TTIP) sobre as admisións non-inmigrantes da Unión Europea aos Estados Unidos*

[59-76]

OUTRAS TEMÁTICAS / OTHER SUBJECTS

_ ARTIGOS/ CONTRIBUTIONS

- SIOTA ÁLVAREZ, Mónica (Universidade de Vigo, España) «**Algunhas notas sobre o réxime xurídico de taxas e tarifas polo servizo de abastecemento domiciliario de auga**» / *Some notes on the legal regime of rates and fees for the domestic water supply service* [77-242]
- GARCÍA COSTA, Francisco Manuel (Universidade de Murcia, España) «**A constitucionalidade do novo sistema de execución das resolucións do Tribunal Constitucional segundo as SSTC 185/2016, do 3 de novembro, e 215/2016, do 15 de decembro**» / *Constitutionality of the new system on the enforcement of Constitutional Court judgments following the Constitutional Court Sentences 185/2016, of 3 November, and 215/2016, of 15 December* [107-136]
- TERUEL LOZANO, Germán M. (Universidade de Murcia, España) «**A reforma dos regulamentos parlamentarios como instrumento para a rexeneración democrática**» / *The reform of parliamentary regulations as an instrument for democratic regeneration* [137-148]
- ESTÉVEZ ABELEIRA, Teresa (Universidade de Vigo, España) «**As vivendas de uso turístico e o arrendamento de tempada en Galicia: unha aproximación a partir do Decreto 12/2017, do 26 de xaneiro**» / *Tourist and seasonal lets in Galicia: An approach from the perspective of Decree 12/2017, of 26 January* [149-170]
- FARIÑA SANTOS, Mariña-Balbanera (Universidade de Santiago de Compostela, España) «**A aplicación da mercadotecnia nos servizos sociais municipais: un estudo de caso**» / *The application of marketing in the municipal social services: a case study* [171-194]
- AMENEDO BERMÚDEZ, Pablo (Funcionario do Corpo Superior da Administración da Xunta de Galicia, España) «**Fundamentos e tramitación do procedemento arbitral de transportes**» / *Fundamentals and processing of the transport arbitration procedure* [195-218]
- CANEIRO GONZÁLEZ, Paloma (Universidade da Coruña, España) | PÉREZ HERMIDA, Crístel Magdalena (Avogada, A Coruña, España) «**O dereito de sufraxio universal para as persoas con discapacidade. Especial referencia aos procesos de incapacitación**» / *The right of universal suffrage for people with disabilities. Special reference to incapacitation processes* [219-230]

AL-HUSSEN VILLA, Nour (Universidade de Santiago de Compostela, España) «**De Al Qaeda a Daesh: Siria como escenario da loita pola hexemonía do novo xihadismo global**» / *From Al Qaeda to Daesh: Syria as Scene of the Struggle for the Hegemony of the New Global Jihadism*

[231-242]

_ **CRÓNICAS / CHRONICLES**

[243-248]

PAZOS CASTRO, Ricardo (Universidade de Santiago de Compostela, España) «**Crónica da xornada 'A cláusula chan: transparencia, abusividade e recuperación de cantidades'**» / *Chronicle of the seminar 'The floor clause: transparency, abusiveness and recovery of quantities'*

[245-248]

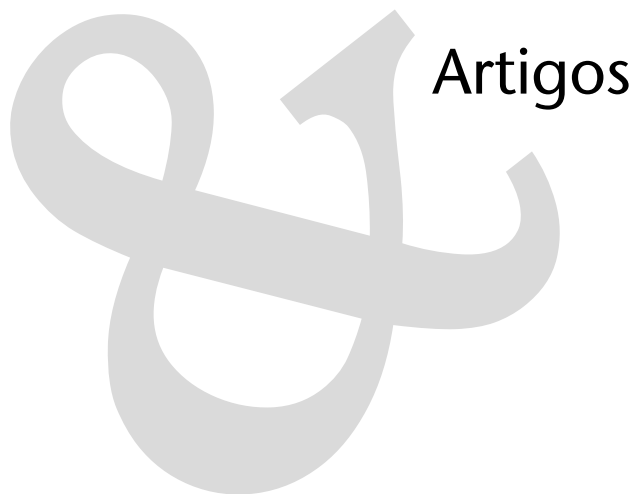
_ **RECENSIONÍS / REVIEWS**

[249-254]

IGLESIAS SEVILLANO, Héctor (Universidade Autónoma de Madrid, España) «**Merloni F. e Vandelli L. (coords.): La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi, Florencia, Passigi Editori, 2010**» / *Merloni F. and Vandelli L. (coords.): La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi, Florence, Passigi Editori, 2010*

[251-254]

OS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO



A transparencia e o control democrático na nova xeración de acordos comerciais: a UE ante o CETA e o TTIP

La transparencia y el control democrático en la nueva generación de acuerdos comerciales: la UE ante el CETA y el TTIP

Transparency and democratic control in the new generation of trade agreements: the EU before the CETA and the TTIP

JAVIER A. GONZÁLEZ VEGA

Catedrático de Dereito Internacional Público e Relacións Internacionais
Universidade de Oviedo (Asturias, España)
jvega@uniovi.es

Recibido: 31/03/2017 | Aceptado: 30/05/2017

Resumo: A nova xeración de acordos de libre comercio en curso de negociación ou conclusión por parte da Unión Europea –simbolizados no frustrado TTIP e o ranqueante CETA– formulan multitude de cuestións desde diversidade de perspectivas. Esta análise, desenvolvida cun enfoque xurídico, aborda as cuestións máis relevantes que suscita o seu proceso de negociación –en particular a controvertida confidencialidade que rodea o seu desenvolvemento– e a súa conclusión, en razón da eventual implicación dos seus Estados membros no caso de que se admita a súa natureza de “acordos mixtos”. Ao fío diso, considerárase a posible incidencia de mecanismos de democracia participativa tanto a nivel europeo –a Iniciativa Cidadá Europea– como nacional, concluíndo cun bosquejo das posibilidades de control xurisdiccional nun e noutro plano.

Palabras clave: política comercial; Unión Europea; acordos comerciais; acordos mixtos; transparencia; control democrático; control xurisdiccional.

Resumen: La nueva generación de acuerdos de libre comercio en curso de negociación o conclusión por parte de la Unión Europea –simbolizados en el fallido TTIP y el ranqueante CETA– plantean multitud de cuestiones desde diversidad de perspectivas. Este análisis, desarrollado con un enfoque jurídico, aborda las cuestiones más relevantes que suscita su proceso de negociación –en particular la controvertida confidencialidad que rodea su desarrollo– y su conclusión, en razón de la eventual implicación de sus Estados miembros en el caso de que se admita su naturaleza de “acordos mixtos”. Al hilo de ello, se considerará la posible incidencia de los mecanismos de la democracia participativa tanto a nivel europeo –la Iniciativa Ciudadana Europea– como nacional, concluyendo con un bosquejo de las posibilidades de control jurisdiccional en uno y otro plano.

Palabras clave: política comercial; Unión Europea; acuerdos comerciales; acuerdos mixtos; transparencia; control democrático; control jurisdiccional.



Abstract: The new generation of free trade agreements under negotiation or conclusion by the European Union –symbolized in the failed TTIP and the questioned CETA– raise a number of problems from different perspectives. This analysis, developed with a legal approach, addresses the most relevant issues arising from their negotiating process –specially, the controversial confidentiality surrounding its development– and its conclusion, given the possible involvement of its Member States if their nature of “mixed agreements” is admitted. Also, the possible impact of the participatory democracy mechanisms at European –the European Citizens’ Initiative– and national level is considered, concluding with an outline of the possibilities and impact of judicial control on both sides.

Key words: commercial policy; European Union; commercial agreements; mixed agreements; transparency; democratic control; judicial control.

Sumario: 1 A nova xeración de acordos de libre comercio. 2 O desenvolvemento das negociacións comerciais: confidencialidade vs. transparencia. 2.1 A elaboración dos acordos. 2.2 A confidencialidade no proceso de negociación e a incidencia do principio de transparencia. 2.3 A confidencialidade e o papel dos lobbies no proceso negociador. 2.4 A adopción e a autenticación dos textos dos acordos e a quebra da confidencialidade: a “renegociación” do CETA. 3 O control democrático dos acordos: o papel do Parlamento Europeo, dos Estados e dos cidadáns. 3.1 O control do acordo por parte do Parlamento Europeo. 3.2 O papel dos Estados: a función dos gobernos e a eventual intervención dos parlamentos nacionais na hipótese da “mestura” do CETA e o TTIP. 3.3 Os mecanismos da democracia participativa e a súa incidencia na conclusión do acordo. 3.4 A eventualidade do control xurisdiccional. 4 A xeito de conclusión: negociar en “tempos líquidos”. 5 Bibliografía.

1 A NOVA XERACIÓN DE ACORDOS DE LIBRE COMERCIO

No último lustro rexistrouse un significativo desenvolvemento na negociación de tratados de libre comercio entre significativos grupos de Estados. Trátase dunha “nova xeración” de acordos, posto que, superando as clásicas técnicas de liberalización comercial, aspiran a intensificar os intercambios de toda orde sobre a base –non duns desarmamentos arancelarios crecentemente xeneralizados grazas á acción sucesiva do GATT e da OMC–, senón conforme unha relativa harmonización das regras comerciais entre os Estados participantes¹. A esta nova xeración responden, entre outros, os novos tratados multilaterais restrinxidos (chamados agora “plurilaterais”), como o *Acordo de Asociación Transpacífico* (TPP)², o *Acordo Económico e Comercial Global* (a partir deste momento, CETA) en vías de conclusión entre a Unión Europea e Canadá³, a aparentemente frustrada *Asociación Transatlántica para o Comercio e o Investimento* (a partir deste momento, TTIP) ou o menos coñecido *Acordo sobre o Comercio de Investimentos e Servizos* (TISA), cuxa negociación iniciaron os EE. UU., a UE e outros Estados da OMC, proclives a unha intensificación dos, ao seu xuízo, magros resultados do AGCS/GATS de 1995⁴.

Aínda que os obxectivos que animan estes novos acordos se sustentan na potenciación do libre comercio –ao que se suman agora os investimentos–, convén advertir que as ferramentas que se recollen neles non son os tradicionais desarmamentos arancelarios ao uso –reducidos hoxe por exemplo nas relacións transatlánticas a cifras anecdóticas⁵–, senón medidas doutro cariz –fundamentalmente, a eliminación das barreiras técnicas ou fiscais– tras as que se esconde moitas veces o proteccionismo –tal como no seu día puxo de manifesto o célebre asunto *Cassis de Dijon*⁶– pero que tamén en ocasións responden a obxectivos (saúde, medio ambiente, protección dos consumidores, etc.), merecedores de atención polos poderes públicos.

O cambio de modelo supón na práctica unha redefinición das áreas de libre comercio, abandonando as anteriores tentativas por establecer un marco global (“multilateralismo”) no seo da OMC⁷, a prol de espazos máis restrinxidos, aos que alude o termo “plurilateralismo”. Non obstante, esta aposta polo particularismo pode reportar inconvenientes tanto desde unha

perspectiva xurídica como económica, pois as especificidades inherentes a estes novos acordos “incrementan” a fragmentación das regras do xogo para as empresas implicadas no comercio internacional, xerándolles ao mesmo tempo substanciais custos de información”⁸. Noutra orde de cousas, este novo deseño ten unhas implicacións xeopolíticas evidentes porque tanto o TPP como o CETA ou o TTIP deixan fóra, dun lado, os BRICS, así como as restantes economías emerxentes, polo que non faltou quen ve neles expoñentes da nova estratexia do capitalismo global⁹.

Sendo moitas as cuestións que suscita a regulación considerada nestes acordos, este traballo limitarase a abordar o exame xurídico das cuestións que suscita o seu proceso de negociación e conclusión desde a perspectiva que formula a implicación neles da Unión Europea. Comprenderase polo tanto que a nosa atención se dirixa tanto cara ao CETA –en curso de conclusión– como cara ao languidecente TTIP, xa que estes despertaron un interese inusitado, lonxe da relativa placidez coa que ata agora discorrían os procesos de negociación comercial abordados pola Unión.

2 O DESENVOLVEMENTO DAS NEGOCIACIÓNS COMERCIAIS: CONFIDENCIALIDADE VS. TRANSPARENCIA

As negociacións establecidas pola UE con Canadá e os EE. UU., respectivamente, con miras a fortalecer o libre comercio a ambas as dúas beiras do Atlántico iniciáronse respectivamente en 2009 e 2013. No seu desenvolvemento formuláronse cuestións tales como a determinación dos actores participantes e os límites existentes no seu proceso –particularmente a discreción que mantiveron os negociadores–. Na análise que segue, non obstante, incidiremos así mesmo na influencia das partes interesadas (*stakeholders*) no contido das negociacións.

2.1 A elaboración dos acordos

Por parte da Unión Europea, a negociación dos acordos compete á Comisión, seguindo –iso si– as instrucións cursadas polo Consello ao autorizar a súa apertura e aprobar o mandato negociador¹⁰. Dáse aquí unha división de funcións característica de todo proceso de negociación internacional: p.e. en España, a Constitución e a Lei 25/2014, do 27 de decembro, de tratados e outros acordos internacionais (LTOAI) –esta última, particularmente–, precisan que o Goberno acorda a apertura de negociacións, pero estas desenvólveas o ministerio competente *ratione materiae*¹¹. Este papel esencial atribuído á Comisión nesta fase do proceso de elaboración dos acordos, por outra parte, non se ve cuestionada polo feito de que as materias eventualmente comprendidas neles excedan as competencias atribuídas en exclusiva á Unión Europea, pois mesmo na eventualidade de que o seu contido final conforme un suposto de “acordo mixto” –isto é, un tratado precisado para a súa conclusión da participación adicional dos Estados membros– a práctica institucional veu atribuíndo o rol negociador –mesmo nestes casos– en exclusiva á Comisión¹². Noutra orde de cousas, convén destacar que no que respecta ao CETA, o equipo negociador da parte canadense incluía representantes de diferentes provincias, en conformidade coas previsións do seu sistema constitucional; non así no caso do TTIP, onde a negociación por parte estadounidense era monopolizada polos representantes da Unión (americana), dadas as competencias exclusivas en mans desta¹³.

Por outra banda, en canto ao seu desenvolvemento, o proceso negociador –tanto do CETA e do TTIP como de calquera outro tratado– caracterízase pola súa notable flexibilidade¹⁴. Os

negociadores poden convir en estruturar a negociación como teñían a ben, o seu desenvolvemento pode acelerarse ou prolongarse no tempo e pode suspenderse ou darse por rematado en calquera momento en virtude dos seus intereses exclusivos. De feito, non son frecuentes as obrigas xurídicas en materia de negociación de acordos (*pacta de contrahendo*) e no caso que nos ocupa a liberdade dos negociadores –coas excepcións apuntadas en relación co seu mandato respectivo– é plena. De feito, as exigencias que impón o dereito internacional no que respecta á xenérica observancia no seu transcurso do principio de boa fe, aínda que entrañan a necesidade de adoptar un enfoque construtivo no desenvolvemento da negociación, na práctica só se traducen na exigencia de que non se recorra a enganar ou maquinacións fraudulentas con miras a propiciar un acordo que doutra forma non tería lugar¹⁵.

De feito, a relativa anomia característica do proceso negociador só atopa un límite na vixencia –como se verá, por outra parte, relativa– do denominado principio da confidencialidade no desenvolvemento das negociacións¹⁶.

2.2 A confidencialidade no proceso de negociación e a incidencia do principio de transparencia

En efecto, un trazo característico de toda negociación en dereito internacional foi tradicionalmente o da confidencialidade. É verdade que o Convenio de Viena sobre dereito dos tratados, do 23 de maio de 1969 –expresivo do dereito en vigor na materia como recoñeceu repetidas veces o TXUE–, non se refire a iso e de forma significativa tamén a recente lei española de tratados omite toda referencia ao tema cando define o termo¹⁷, pero dáse por sentado que é un trazo propio de toda negociación; tanto é así que no pasado mesmo os “Estados socialistas” –que tendían a cuestionar boa parte das regras do dereito internacional como expresión dunha orde burguesa– se caracterizaban por insistir en tal exigencia¹⁸. Desde entón e malia os profundos cambios experimentados no sistema internacional, a situación non cambiou radicalmente: sirva para demostralo que durante as recentes negociacións desenvolvidas con Irán con miras a alcanzar un acordo en relación co seu programa nuclear a confidencialidade se mantivo –mesmo en termos moi estritos– durante o proceso¹⁹.

Non obstante, a regra da confidencialidade non é un principio inmutable. En particular, o desenvolvemento “exponencial” de negociacións en ámbitos multilaterais tendeu a introducir mecanismos de publicidade: as grandes conferencias internacionais promovidas polas Nacións Unidas –sirva de exemplo a desenvolvida en París no outono de 2015 sobre o clima– propiciaron unha difusión das propostas negociadoras, converténdose a publicidade nun elemento máis de presión no contexto negociador; de feito –como se destacou– a presión social e a transparencia que caracteriza estes ámbitos coaduxeran a “forza civilizadora da hipocrisía”, conforme a cal os Estados se ven obrigados a edulcorar as súas posicións negociadoras “con invocacións ao interese xeral en vez da egoísta defensa dos seus sós intereses”²⁰.

Non hai dúbida de que –malia as especificidades que comporta a observancia do dereito dos tratados no ámbito da UE, tal como destacou P. Andrés Sáenz de Santa María nun recente e pomenorizado estudo²¹– as regras anteriormente descritas resultan nela operativas. Non obstante, a existencia dun *principio de transparencia*, que ordena o funcionamento da Unión e obriga –entre outras cousas– ás súas institucións a facilitar información aos cidadáns acerca das actuacións que esta emprende obriga a matizar as precedentes afirmacións. De feito, tras o Tratado de Lisboa de 2007 houbo importantes desenvolvementos tanto normativos como

derivados da práctica institucional que introduciron unha considerable presión sobre a vixencia da confidencialidade, en clara contestación aos afáns da Comisión e do Consello por ampliar o seu dominio baixo o pretexto da dimensión “securitaria” presente en moitas accións da UE²². É que a publicidade, ademais de reforzar a transparencia do sistema xurídico da Unión, pon en camiño cara a un empoderamento dos cidadáns europeos sobre os asuntos globais²³.

Como resultado, como destacou o seu Tribunal de Xustiza, a tensión entre transparencia e confidencialidade no dominio das negociacións internacionais desenvolvidas pola UE non se resolve sempre en favor da segunda, pois:

“a participación do público no procedemento relativo á negociación e conclusión dun tratado internacional está necesariamente restrinxida, tendo presente o interese lexítimo de non desvelar os elementos estratéxicos das negociacións”²⁴.

Aquel concluía recoñecendo que o mesmo interese xeral impuña no caso o feito de que o documento reclamado fose accesible.

Porén, as negociacións comerciais do tipo das formuladas no CETA e no TTIP suscitan problemas de orde estrutural para posibilitar o despregamento do apuntado principio de transparencia, dado que a súa negociación discorre conforme o principio do *package deal*; isto é, trátase dunha “negociación global” que alcanza todos os seus puntos ata que se logre un acordo definitivo²⁵; ou, o que é o mesmo, que os termos acordados non son firmes ata o peche mesmo da negociación, polo que unha eventual publicidade das negociacións non garante un cabal coñecemento dos termos do acordo: máis aínda, a instrumentalización desta podería propiciar cambios drásticos no contido dos compromisos provisionalmente alcanzados.

Con todo, debe recoñecerse que, tras o “secretismo inicial” nos albores da negociación do TTIP –non nas do CETA²⁶–, este foi paulatinamente abandonado por parte da “Comisión Juncker” (difusión do mandato negociador; consultas públicas en 2014; publicidade das propostas negociadoras da Comisión, etc.)²⁷, no que se percibiu como unha clara resposta ás agudas críticas recibidas por parte da opinión pública e as organizacións da sociedade civil²⁸. O resultado sitúa a UE a considerable distancia do grao de información que se dispensa ao proceso negociador nos EE. UU. e do común, por outra parte, noutras negociacións desta índole²⁹.

2.3 A confidencialidade e o papel dos lobbies no proceso negociador

Convén reparar nun último argumento sobre a base do cal se defendeu a pertinencia do mantemento da confidencialidade nos procesos negociadores en materia económica e comercial e conforme o cal a reserva mantida ao longo do seu desenvolvemento trataría de evitar a interferencia dos grupos de interese, supostamente afectados polo incipiente acordo. Desde esta perspectiva, sinalouse que:

“a realidade dunha negociación obriga a admitir que, durante o forcexo que cada parte realiza en defensa dos seus intereses, se beneficia algúns sectores da súa propia economía talvez en prexuízo doutros”³⁰.

De sorte que

“un dos problemas que formula esta difícil e ás veces penosa decisión é que, se a concesión fose narrada ao público sen explicacións complementarias, tropezaría con insoportables presións dos sectores prexudicados”³¹.

Agora ben, sería inxenuo pretender que o desenvolvemento das negociacións discorrese á marxe dos actores interesados polo seu resultado, máxime se analizamos –como é o caso– un

proceso que lles interesa aos máis importantes actores económicos e comerciais do planeta³². De feito, a importancia que no marco das negociacións se lles confire aos *stakeholders* queda clara no simple feito de reparar que ao inicio de cada rolda negociadora ten lugar un encontro entre estes e as principais organizacións representativas dos sectores interesados. Pero á marxe desta “ritualización”, os contactos entre uns e outros desenvólvense ao fío destas por canles que non resultan usualmente coñecidas. O influxo que deparan estes contactos resulta difícil de calibrar, pero é sen dúbida notable, polo que parece conveniente arbitrar mecanismos que palién as deficiencias actualmente existentes, acrecentando polo menos a transparencia –se é posible– destes grupos de presión. Nesta orde, é evidente que a regulación existente no marco da UE, con ser certamente máis satisfactoria que a existente en moitos Estados membros –o caso español neste punto é desesperanzador³³– resulta manifestamente mellorable, malia os intentos en curso³⁴.

2.4 A adopción e autenticación dos textos dos acordos e a quebra da confidencialidade: a “renegociación” do CETA

A confidencialidade que rodea o proceso negociador conclúe unha vez que este remata coa adopción e autenticación do texto do acordo. Malia que a adopción supón a expresión do acordo dos negociadores sobre o texto do tratado, este proceso vai seguido indefectiblemente pola autenticación a través da cal os negociadores conveñen en identificar o texto sobre o que expresan o seu acordo, declarando a súa autenticidade –de aí o termo– e considerándoo irreformable (*ne varietur*).

O dereito internacional –codificado nos mencionados Convenios de Viena– regula estas cuestións establecendo as modalidades susceptibles de seren acollidas polos negociadores para levar a efecto tales actos. Neste punto, dado que as negociacións aquí consideradas son de carácter bilateral, a adopción non formula especiais problemas, concretándose no acordo unánime das respectivas delegacións acerca do texto adoptado. En canto á autenticación, en cambio, existe diversidade de procedementos con miras a proceder á adveración do texto; os Convenios de Viena identifican –de forma non exhaustiva– algúns deles, como a sinatura, a sinatura *ad referendum* e a rúbrica.

Convén destacar que na práctica convencional desenvolvida pola Unión Europea é a rúbrica o procedemento usualmente seguido para tales efectos, tras a cal o texto resulta –en principio– definitivo, podendo darse a coñecer o seu contido³⁵. No caso do CETA, efectivamente a autenticación realizouse o 1 de agosto de 2014, procedendo pouco despois á difusión do contido do acordo. En concreto, os daquela presidentes da Comisión, M. Durão Barroso, e do Consello Europeo, H. van Rompuy, e o primeiro ministro canadense da época, S. Harper, anunciaron de xeito conxunto o final das negociacións no Cumio UE-Canadá do 26 de setembro de 2014, tras o cal o texto do acordo se fixo público o mesmo día. A partir dese momento, o texto do acordo foi coñecido tanto polos Estados membros como polo público, propiciando unha reacción adversa non só entre a mobilizada opinión pública, senón entre algúns dos gobernos dos Estados membros, pouco conformes con algunhas das solucións arbitradas nas súas disposicións.

En puridade, non obstante, dado que o texto fora autenticado, non cabía esperar que experimentase sensibles modificacións, salvo as que resultasen do denominado proceso de revisión xurídica (*legal scrubbing*), conforme o cal se procede a efectuar leves axustes no texto acordado con miras a acomodalo á terminoloxía xurídica específica respectiva. Neste caso, non obstante,

o proceso de revisión foi aproveitado para introducir modificacións de alcance, resultado dun velado proceso de renegociación de cara a substituír as disposicións máis controvertidas –en concreto, as relativas ao mecanismo de arranxo de controversias en materia de investimentos (comunmente denominado ISDS)– para atender as exigencias formuladas por algúns Estados en liña coas demandas da opinión pública e de sectores caracterizados, particularmente as asociacións xudiciais. Como consecuencia, o texto difundido pola Comisión Europea, tras o proceso de revisión xurídica, o 29 de febreiro de 2016, presentaba significativas alteracións respecto da versión de 2014³⁶.

A experiencia neste caso viña demostrar que os atrancos derivados da confidencialidade observada na súa elaboración lle xogaran un fraco favor ao propio acordo, que, unha vez coñecido, debía ser obxecto dunha “renegociación” vergonzosa.

3 O CONTROL DEMOCRÁTICO DOS ACORDOS: O PAPEL DO PARLAMENTO EUROPEO, DOS ESTADOS E DOS CIDADÁNS

O desenvolvemento da vertente exterior da Unión debe acomodarse aos principios que vertebran a súa estrutura; entre eles, o principio democrático. A conclusión de acordos de natureza comercial, sexan de vello cuño ou de nova xeración, require por conseguinte a súa subordinación a controis democráticos. Indubidablemente, entra aquí en xogo o correspondente ao Parlamento Europeo, aínda que cabe cuestionarse se ese control non deberá interesar igualmente aos parlamentos nacionais e mesmo aos propios cidadáns a través dos instrumentos da democracia participativa, reforzados tras a entrada en vigor do Tratado de Lisboa.

Por outro lado, dado que tanto a Unión como os seus Estados membros respectan o principio da “Unión/Estado de dereito”, este vese salvagardado en última análise a través do sistema xurisdiccional multinivel que conforman os órganos xurisdiccionais da UE e dos seus Estados membros, que poden vir chamados a intervir para controlar a legalidade daqueles.

3.1 O control do acordo por parte do Parlamento Europeo

En canto ao primeiro –o control por parte do PE–, a información facilitada regularmente á cámara é, polo momento, reducida por todo o exposto con anterioridade³⁷. Con todo, é o Parlamento Europeo o responsable –a través do “procedemento lexislativo especial”, antes coñecido como “ditame conforme”– de pronunciarse a favor ou en contra do acordo (artigo 218 TFUE); iso si, limitándose a aprobalo ou rexeitalo, pero sen poder introducir ningún tipo de emendas³⁸. Non é menos certo, non obstante, que esta capacidade limitada de actuación é conforme coa existente nas institucións parlamentarias dos Estados membros; por recorrer ao exemplo español, durante o proceso de autorización parlamentaria, a formulación de emendas ao articulado dos tratados internacionais sometidos á súa aprobación está vedada polos regulamentos parlamentarios. Conforme estas premisas, o PE concedía recentemente a súa aprobación á celebración do CETA³⁹.

Estas restricións na capacidade da institución parlamentaria non lle impiden en cambio solicitar un ditame do Tribunal de Xustiza para o caso de que considere que o proxecto de acordo resulta incompatible cos tratados (artigo 218.11 TFUE). Neste caso, ábrese a vía para un control xurisdiccional⁴⁰, que pode abocar –o ditame do TXUE malia a súa denominación ten carácter

vinculante– a unha resolución negativa que impida a súa conclusión ou obrigue a unha re-negociación do seu contido.

3.2 O papel dos Estados: a función dos gobernos e a eventual intervención dos parlamentos nacionais na hipótese da “mestura” do CETA e o TTIP

Certamente, os Estados membros –os seus gobernos– participan no *iter* decisorio, pois é ao Consello da UE –no que se atopan todos eles representados– ao que lle corresponde aprobar o acordo; cousa distinta é qué regras deberían resultar aplicables, por canto –desde a entrada en vigor do Tratado de Lisboa e a conseguinte revisión das disposicións da UE en materia de política comercial– segundo se cualifique o acordo, conforme o artigo 207.4 TFUE, pode requirirse ben unha simple maioría cualificada (primeiro apartado) ou ben unanimidade (acordos en materia de servizos ou investimentos requiridos de desenvolvemento interno por unanimidade, acordos con implicacións culturais, en materia de servizos sociais, educación, etc.), con posibilidade de veto por parte de calquera Estado neste último caso⁴¹; esta última opción é a que manexaba o Goberno grego de Syriza cando brandía en 2015 a posibilidade de se opor ao futuro TTIP⁴².

Máis discutible resulta a cuestión de se os parlamentos nacionais deberán vir chamados a intervir no proceso. En tal sentido, aínda que desde a Comisión se trasladaron en sucesivos momentos opinións en tal sentido (e no contrario)⁴³, algúns parlamentos nacionais –entre os que non se atopaba o español– presentaban en 2014 unha iniciativa para tal fin⁴⁴, con apoio nunha interpretación de tales acordos que permitiría o seu engarzamento nas disposicións do artigo 218.8 TFUE, onde subsiste aínda hoxe en día a tipoloxía dos “acordos mixtos”, requiridos como tales da súa aprobación tanto pola UE como polos Estados membros, “de conformidade coas súas regras constitucionais respectivas” –polo tanto, en España mediante autorización parlamentaria (non é en cambio preceptivo un referendo)⁴⁵–, coa conseguinte posibilidade de veto por parte de calquera Estado. Non debe ocultarse que tal formulación, non obstante, se ve dificultada polo aparente teor restritivo do artigo 218.8, que enumera *uti singuli* os acordos en cuestión: acordos de asociación (p.e. o Acordo de Cotonú)⁴⁶, acordos con Estados candidatos á adhesión, así como o eventual acordo de adhesión da UE ao CEDH (“torpedeado”, como é sabido, polo TXUE no seu Ditame 2/13, do 18 de decembro de 2014)⁴⁷. Con todo, a cuestión parece terse resolto definitivamente co recente Ditame TXUE 2/15, do 16 de maio de 2017, onde o tribunal asume o carácter de “competencia compartida” –e a conseguinte “mestura”– de moi concretas materias contidas nos acordos comerciais de nova xeración –como os que abordamos– impondo neste caso a súa necesaria conclusión por parte dos Estados membros conforme os seus procedementos constitucionais respectivos⁴⁸; polo tanto, precisados da autorización parlamentaria correspondente. Advírtase, non obstante, que mesmo en tales casos, a intervención das cámaras parlamentarias competentes dos Estados membros non impediría a eventual aplicación provisional dos acordos con anterioridade á súa aprobación por aquelas, cuestión esta sempre sensible⁴⁹.

Unha última precisión –derivada neste caso do recente proceso de sinatura do CETA– é a relativa a que as instancias parlamentarias competentes a nivel nacional –no caso de que veñan chamadas a intervir no proceso– deben ser as que teñan atribuída a competencia para iso, de acordo co principio estrutural do respecto á identidade constitucional dos Estados membros (artigo 4.2 TUE), conforme a cal –principios de autonomía institucional e procedemental– os

órganos chamados a intervir e os procedementos a seguir son os que determine o ordenamento interno respectivo. Vén esta excepción a propósito das especificidades que achega o dereito belga na materia, onde –en consonancia co (con)federalismo evolutivo alí existente– se lles atribúe aos parlamentos rexionais –e non ao nacional– a competencia para autorizar os tratados que afecten a materias da súa competencia⁵⁰. De aí que, fronte ás críticas dirixidas por algúns autores⁵¹, resulte plenamente congruente a eventualidade dun veto como o formulado polo Parlamento de Valonia con ocasión do acto de sinatura do CETA. Nese momento, en efecto, o seu ministro presidente, P. Magnette, advertía que:

“La particularité wallonne c’est que notre Parlement a voulu utiliser ses prérogatives. Et que cela plaise ou non, cette assemblée a le même pouvoir constitutionnel qu’un Etat membre ce qui alimente aujourd’hui la crise de l’Europe, c’est la manière de négocier des textes d’une telle importance”⁵².

Como é sabido, o incidente era finalmente resolto, grazas ao compromiso expresado pola UE de dotar de garantías –na liña solicitada por aquel– o proceso de conclusión deste⁵³.

3.3 Os mecanismos da democracia participativa e a súa incidencia na conclusión do acordo

Finalmente, convén analizar a cuestión do *suposto control en mans da cidadanía europea*. Nesta orde, é certo que o Tratado de Lisboa –recuperando fórmulas contidas no frustrado Tratado constitucional de 2004– introduciu previsións en relación coa denominada “democracia participativa” (artigo 11 TUE). Este principio, non obstante, limitábase a modular o deseño do sistema político da UE, firmemente ancorado na noción de “democracia representativa” (artigo 10 TUE); como consecuencia, a regulación atinente á participación da cidadanía cífrase esencialmente nos mecanismos de diálogo e consulta abertos eventualmente á participación da sociedade civil (*v. gr.* os habituais libros verdes ou as xa mencionadas consultas públicas desenvolvidas en relación co CETA e o TTIP). En cambio, a aplicabilidade do mecanismo da *iniciativa cidadá europea* (a partir deste momento, ICE) –considerada no artigo 11.4 TFUE⁵⁴ e equivalente da “iniciativa lexislativa popular” regulada na nosa Constitución (artigo 87.3 CE)⁵⁵–, no que atende á negociación e eventual conclusión de tales acordos, tórnase máis problemática. De feito, esta fórmula queda –en principio– reservada para propostas lexislativas, fórmula baixo a cal non parece subsumirse en principio a conclusión de tratados internacionais, como é o caso; por outra parte, a súa aceptación –mesmo naqueles supostos– quedaría ao azar da inequívoca discrecionalidade que á Comisión lle confire a normativa en vigor, de aí que unha primeira iniciativa fose xa descartada por esta en 2014 ao situarse fóra “do ámbito competencial definido”⁵⁶.

Cómpre advertirse, non obstante, que a propia práctica da Comisión na materia tendeu a abandonar o seu ríxido formalismo anterior. En tal sentido, a finais de 2015 a Comisión declaraba admisible a iniciativa cidadá *Wake Up Europe!*, que non perseguía o desenvolvemento dunha proposta lexislativa, senón a activación do procedemento sancionador previsto no artigo 7 TUE, aboando por conseguinte unha concepción máis laxa da noción de “acto xurídico” no contexto do procedemento participativo⁵⁷. E, por outra parte, abundando nesta orientación, recentes decisións do Tribunal Xeral da UE cuestionaron tanto a rixidez do mecanismo como a ampla discrecionalidade en mans da Comisión Europea; en tal sentido, dun lado, aquel rexeitou a estreita caracterización do obxecto das propostas instrumentadas a través da ICE e fíxoo precisamente a propósito do rexeitamento pola Comisión da iniciativa *STOP TTIP*. No seu pronunciamento, o

Tribunal Xeral desenvolve un razoamento en que avoga por unha lectura xenerosa das canles participativas, o cal pola súa relevancia nos vemos obrigados a transcribir. Alí dise que:

“... a normativa relativa á ICE non inclúe indicación ningunha en virtude da cal non caiba contemplar a participación cidadá para impedir a adopción dun acto xurídico. Aínda que é certo que, segundo o artigo 11 TUE, apartado 4, e o artigo 2, apartado 1, do Regulamento n. 211/2011, o acto xurídico previsto debe contribuír á aplicación dos tratados, así acontece sen dúbida no caso dos actos que teñen por obxecto impedir a celebración do TTIP e do CETA, que teñen como finalidade modificar o ordenamento xurídico da Unión.

Como sinalaron acertadamente os demandantes, é evidente que o obxectivo de participación na vida democrática da Unión que persegue o mecanismo da ICE inclúe a facultade de solicitar a modificación dos actos xurídicos en vigor ou a súa revogación, en todo ou en parte.

Polo tanto, nada xustifica tampouco excluír do debate democrático os actos xurídicos que pretenden que se revogue unha decisión pola que se autoriza a apertura de negociacións para a celebración dun acordo internacional, igual que acontece cos actos que teñen por obxecto impedir a sinatura e a celebración de tal acordo, os cales, en contra da tese defendida pola Comisión, producen innegablemente efectos xurídicos autónomos, ao impedir, se é o caso, unha modificación anunciada do dereito da Unión.

A tese defendida pola Comisión, tal como parece deducirse da decisión impugnada, implicaría en definitiva que unha ICE só puidese referirse á decisión do Consello de celebrar ou de autorizar a sinatura de acordos internacionais cuxa iniciativa asumisen as institucións da Unión e que estas negociasen previamente, impedindo ao mesmo tempo aos cidadáns da Unión recorrer ao mecanismo da ICE para propor modificacións de tales acordos ou o seu abandono. É certo que, ante o Tribunal, a Comisión afirmou que unha ICE pode, se é o caso, incluír tamén unha proposta de apertura de negociacións para a celebración dun acordo internacional. Pois ben, nada xustifica, neste último suposto, que se obrigue os autores dunha proposta de ICE a esperar á celebración dun acordo para poder impugnar a continuación unicamente a conveniencia deste.

Tampouco pode prosperar a alegación da Comisión de que os actos que a proposta de ICE a invite a presentar ao Consello suporían unha inxerencia inadmisíbel no desenvolvemento dun procedemento lexislativo en curso. En efecto, o fin perseguido pola ICE é permitirles aos cidadáns da Unión participar máis na vida democrática da Unión, en particular explicando en detalle á Comisión as cuestións que formula a ICE, invitando a dita institución a presentar unha proposta de acto xurídico da Unión despois de ter presentado a ICE, se é o caso, nunha audiencia pública organizada no Parlamento de conformidade co artigo 11 do Regulamento n. 211/2011 e, polo tanto, suscitando un debate democrático sen ter que esperar á adopción do acto xurídico cuxa modificación ou abandono en definitiva se persegue.

Por conseguinte, tampouco vulnera o principio de equilibrio institucional, característico da estrutura institucional da Unión, o feito de admitir tal posibilidade (véxase, neste sentido, a Sentenza do 14 de abril de 2015, Consello/Comisión, C-409/13, EU:C:2015:217, apartado 64), na medida en que lle corresponde á Comisión decidir se dá ou non un curso favorable á ICE presentando, conforme o artigo 10, apartado 1, letra c), do Regulamento n. 211/2011, nunha comunicación, as súas conclusións finais de carácter xurídico e político sobre esta, as medidas que, se é o caso, se propoña adoptar e as razóns para actuar así ou para non o facer.

En consecuencia, lonxe de supor unha inxerencia no desenvolvemento dun procedemento lexislativo en curso, a proposta de ICE é expresión da participación efectiva dos cidadáns da Unión na vida democrática desta, sen comprometer o equilibrio institucional que propugnan os tratados⁵⁸.

Doutro lado, tamén o TXUE tratou de pórlle límites á discrecionalidade en mans da Comisión, ao advertir que esta se troca nunha arbitrariedade antixurídica cando o seu rexeitamento a rexistrar unha iniciativa non se acompaña dunha motivación suficiente⁵⁹. Aínda que se impón a cautela á hora de valorar uns pronunciamentos xudiciais susceptibles de verse desautorizados pola instancia xurisdiccional suprema da Unión, non convén descoñecer que os traballos en curso con miras a unha revisión do mecanismo da ICE poderían propiciar nun futuro a consolidación destas formulacións aperturistas.

Noutra orde de cousas, debe destacarse que os límites que o dereito da UE parece imporlle á democracia participativa neste contexto non impide que na orde interna se poidan admitir estas fórmulas. Neste sentido, convén recordar que algúns Estados membros se serviron do recurso a fórmulas referendarias para consultar cidadanía en relación con diferentes desenvolvementos producidos no curso do proceso de integración europea. Ademais, nesta orde, convén recordar que os Países Baixos introduciron recentemente un procedemento de iniciativa popular conforme o cal, de acordo con certas condicións, pode a cidadanía instar a celebración dun plebiscito en relación cos tratados internacionais concluídos polo Reino ou nos que este participe: en tal sentido, a recente aplicación do mecanismo ao polémico suposto do Acordo (mixto) de asociación entre a UE, os seus Estados membros e Ucraína de 2014 supuxo o rexeitamento do corpo electoral neerlandés a este na consulta realizada en abril de 2016, dificultando a conclusión do acordo⁶⁰. De feito, os obstáculos derivados deste plebiscito trataron de ser sorteados mediante unha posterior decisión do Consello Europeo, ofrecendo unha serie de precisións en relación co obxecto do acordo, co obxectivo de posibilitar o levantamento do veto holandés⁶¹.

3.4 A eventualidade do control xurisdiccional

Como xa sinalamos, en canto “unión de dereito, os controis existentes na Unión Europea comportan así mesmo un control xurisdiccional, en mans do TXUE, exercible tanto *ex ante* (ditame sobre o proxecto de acordo, conforme o artigo 218.11 TFUE, previamente citado) como *ex post* (recurso de anulación, *ex* artigo 267 TFUE), en relación con todo acordo internacional –obviamente, tamén para o CETA e o TTIP– no caso de que se considere que as súas disposicións contrarían o disposto nos tratados, aínda que coas consabidas limitacións en materia de lexitimación procesual, restrinxida aos Estados membros e ás institucións (incluído o PE, tal como vimos)⁶². Esta vía non ha de desdeñarse –como se apuntou, a Comisión Europea non descartou recorrer a ela⁶³– e as súas eventuais consecuencias tampouco, xa que o TXUE se revelou particularmente celoso á hora de defender as súas competencias fronte a posibles acordos internacionais que as poidan pór en risco; en tal sentido, desde o ano 1993 unha copiosa xurisprudencia cuestionou numerosos proxectos –ou simples hipóteses– de acordo (Espazo Económico Europeo, Patente Europea, Convenio Europeo de Dereitos Humanos: neste último caso, por dúas veces (1996 e 2014)! En todo caso, tal posibilidade –malia as supostas clarificacións ofrecidas polo xa mencionado recente Ditame do TXUE 2/15– non debe verse descartada, pois Bélxica reiterou a súa intención de solicitar, conforme o artigo 218.11 TFUE, un ditame do TXUE referido especificamente ao CETA⁶⁴.

Por outra banda, dada a estrutura multinivel que coexiste no seo da Unión Europea, tampouco debe descartarse a posta en marcha dun control xurisdiccional, neste caso a cargo dos tribunais dos Estados membros en relación cos mencionados acordos –unha vez máis, presuposto o seu carácter mixto–. De feito, no caso do CETA a cuestión estase a formular tanto en Francia como noutros Estados membros. E, en canto ao TTIP, a doutrina alemá xa sopesaba hai tempo a posibilidade dun futuro control deste a cargo do Tribunal Constitucional Federal. Nesta orde, convén chamar a atención sobre o feito de que a laxitude da lexitimación nalgunhas destas instancias xurisdicionais amplía moitísimo as posibilidades dun eventual control sobre estes acordos⁶⁵.

4 A XEITO DE CONCLUSIÓN: NEGOCIAR EN “TEMPOS LÍQUIDOS”

A nova xeración de acordos de libre comercio na negociación dos cales se embarcaron as principais potencias occidentais –e dentro delas a UE e os seus Estados membros– suscitou unha inesperada inquietude entre toda sorte de actores, tal como revelou a recente decisión do presidente dos EE. UU., D. Trump, de desistir na conclusión do TPP.

Con todas as excepcións posibles, no caso da Unión Europea o panorama resulta non menos perturbador. O tradicional sixilo co que se conduciu a negociación dos acordos comerciais se revelou inconciliabile coas exixencias de publicidade que unha sociedade civil crecentemente mobilizada reclamou ás institucións europeas –particularmente, á Comisión, responsable efectiva de tales negociacións–. Aínda que comprensible tecnicamente, a confidencialidade reclamada por esta para o seu desenvolvemento non satisfizo a aquela e xera o problema da súa difícil conciliación cunha Unión Europea cuxo funcionamento se guía –coas oportunas excepcións– polo principio de transparencia. De feito, as tentativas da Comisión por ofrecer unha información limitada no marco da frustrada negociación do TTIP e a velada renegociación –tras coñecerse o seu contido– de significativas disposicións do CETA, poñen de manifesto as limitacións do vello modelo e revelan a urxente necesidade de arbitrar futuros mecanismos nos que se concilie a imprescindible reserva coas ineludibles implicacións dunha acción exterior democrática.

Neste contexto, non menores son as dificultades que debe arrostrar a conclusión duns acordos cuxa entidade –da que dá proba a súa caracterización doutrinal como “acordos transformativos”– suscita unha comprensible preocupación nos gobernos e nas sociedades dos Estados membros. Nesta orde, a pretendida competencia exclusiva da Unión –cimentada nas reformas introducidas polo Tratado de Lisboa no ámbito da política comercial– non parece satisfacer as exixencias nin duns nin doutras, que reclaman a súa participación no proceso, invocando os uns a controvertida natureza mixta dos acordos en cuestión, pondo en marcha as outras os instrumentos da democracia participativa.

Neste confuso panorama, complicado ademais polo *Brexit* en curso –que obrigará no seu momento a unha nova revisión do CETA– e a implicación de novos actores –tal como reflectiu o “incidente valón” no proceso de sinatura deste acordo–, non debe sorprenden que a última palabra lles corresponda ás instancias xurisdicionais, tanto da UE como dos Estados membros. Grandeza e servidume dunha Unión e uns Estados membros cuxo actuar –tamén no marco da política comercial– se debe guiar por un escrupuloso respecto ao principio da “Unión/Estado de dereito”.

5 BIBLIOGRAFÍA

- Alschner, W. e Skougarevsky, D. 2016. «Mapping the Universe of International Investment Agreements», *Journal of International Economic Law*, 19, 585-586.
- Andrés Sáenz de Santa María, P. 2016. «Unión Europea y el Derecho de los tratados: Una relación compleja», *Revista Española de Derecho Internacional*, 68 (2), 51-102.
- Andrés Sáenz de Santa María, P. e González Vega, J.A. (col.) 2016. *Sistema de Derecho internacional público*, 4ª ed. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- Bassols Jacas, R. 2016. *El arte de la negociación*. Madrid: CEU.
- Bellido Barrionuevo, M. 2014. «La iniciativa ciudadana europea: Una oportunidad para los ciudadanos y las instituciones europeas», *Revista Española de Derecho Europeo*, 51, 45-78.
- Campbell, N., O'Hara, J. e Cullen, Th. 2015. «The Impact of New Transatlantic Trade Agreements on Commercial and Investment Transactions», *Business Law International*, 16, 185-212.
- Colomer, J.M. 2015. *El Gobierno mundial de los expertos*. Barcelona: Anagrama.
- Cottier, Th. 2014. «International Economic Law in Transition from Trade Liberalization to Trade Regulation», *Journal of International Economic Law*, 17, 671-677.
- Curtin, D. 2012. «Judging EU Secrecy», *Cahiers de Droit Européen*, 2, 464-469.
- Czuczaj, J. 2010. «Mixity in Practice: Some Problems and Their (Real or Possible Solution)», en C. Hillion e P. Koutrakos (eds.), *Mixed Agreements Revisited. The EU and its Member States in the World*. Oxford-Portland: Bloomsbury Publishing.
- Delile, J.F. 2015. «L'invocabilité des accords internationaux devant le juge de la légalité de actes de l'Union Européenne. État des lieux à l'occasion des arrêts *Vereniging Milieudéfensie et Stichting Natuur en Milieu*», *Cahiers de Droit Européen*, 51 (1), 151-178.
- Eckhardt, J. e Elsig, M. 2015. «Support for International Trade Law: The US and the EU compared», *International Review of Constitutional Law*, 13, 982-983.
- Fabius, L. 2016. «La genèse de l'accord du 14 juillet 2015 sur le nucléaire iranien», *La Revue Internationale et Stratégique*, 102, 14 e 17.
- Fach Gómez, K. 2017. «Unión Europea e inversiones internacionales: El futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 69 (1), 295-302.
- Francés, J. 2013. *¿Que vienen los lobbies! El opaco negocio de la influencia en España*. Barcelona: Destino.
- Fromont, L. e Van Waeyenberge, A. 2015. «La protection juridictionnelle effective en Europe ou l'histoire d'une procession d'Echternach», *Cahiers de Droit Européen*, 51 (1), 113-150.
- Gärditz, K.F. 2014. «Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court», *German Law Journal*, 15, 183-201.
- Ghériari, H. 2015. «L'avenir du cycle de Doha», en SFDI, *Colloque de Lyon, Droit international et Développement*. París: A. Pedone, 441-458.
- González Alonso, L.N. e Santos Vara, J. 2013. «La dimensión exterior del Mercado único europeo», en J.M. Beneyto Pérez (dir.), J. Maillo González-Orús e B. Becerril Atienza (coords.), *Tratado de Derecho y Políticas de la unión Europea*, t. VI, *Mercado Único y Unión Económica y Monetaria*. Cizur Menor: Aranzadi-CEU, 751-813.
- González Campos, J.D., Sánchez Rodríguez, L.I. e Andrés Sáenz de Santa María, P. 1984. *Materiales de Prácticas de Derecho Internacional Público*. Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.
- González Vega, J.A. 2013. «¿Tratados ocultos?: sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada "no convencional" en el marco de las competencias "reservadas" a los tratados internacionales», en Torres Bernárdez et al. (coords.), *El Derecho internacional en el mundo multipolar del Siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*. Madrid: Iprolex, 75-101.
- González Vega, J.A. 2015. «La teoría del *big bang* o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo: (Comentarios al Dictamen 2/13, del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos)», *La Ley-Unión Europea*, 25, 17-50.
- Guamán, A. 2015. *TTIP: El asalto de las multinacionales a la democracia*. Madrid: Akal.
- Guamán, A. et al. 2016. *Las amenazas del TTIP y el CETA. Los acuerdos comerciales como estrategia de dominación del capital*. Barcelona: Pol-len Edicions.

- Guamán, A. e Moreno, G. 2017. «La trampa del Tribunal de Justicia a propósito de los tratados de comercio», en [https://iniciativadebate.org/2017/05/22/la-trampa-del-tribunal-de-justicia-a-proposito-de-los-tratados-de-comercio/\(05-06-2017\)](https://iniciativadebate.org/2017/05/22/la-trampa-del-tribunal-de-justicia-a-proposito-de-los-tratados-de-comercio/(05-06-2017)).
- Hoekman, B.M. e Mavroidis, P.C. 2015. «WTO 'à la carte' or 'menu du jour'? Assessing the Case for More Plurilateral Agreements», *The European Journal of International Law*, 26, 319-343.
- Johnson, P.M., Muzzi, P. e Bastien, V. 2015. «Le Québec et l'AECG», en Ch. Deblock, J. Lebullenger e S. Paquin (dirs.), *Un nouveau pont sur l'Atlantique. L'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada*. Québec: Presses Universitaires du Québec, 27-40.
- Korontzis, G. 2012. «Making the Treaty», en D. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*. Oxford: Oxford UP.
- Kukucha, Ch.J. 2016. «Provincial/Territorial Governments and the Negotiation of International Trade Agreements», *IRPP Insight*, 10-10-2016. <http://irpp.org/wp-content/uploads/2016/10/insight-no10.pdf> (26-02-2017).
- Larik, J. 2015. «No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in *Dalich Sankyo* and *Commission v. Council (Conditional Access Convention)*», *Common Market Law Review*, 52, 779-799.
- Lester, S. 2015. «The TPP's Contribution to Public International Law», *ASIL Insights*, 19 (26), 2-12-2015. <https://www.asil.org/insights/volume/19/issue/26/tpps-contribution-public-international-law> (20-02-2017).
- Mangas Martín, A. 2016. «Truco (Valonia) o trato (Brexit)», *Diario El Mundo*, 1-11-2016.
- Pascual Vives, F. 2017. «La Unión Europea y el arbitraje de inversiones en el CETA y el TTIP», *Revista Española de Derecho Internacional*, 69 (1), 287-294.
- Peters, A. 2015. «La transparence comme principe du Droit international public», en O. de Frouville (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*. París: A. Pedone.
- Petersmann, E.U. 2015. «Transformative Transatlantic Free Trade Agreements without Rights and Remedies of Citizens?», *Journal of International Economic Law*, 18, 579-607.
- Petersmann, E.U. 2016. «The European Union's 'Cosmopolitan Foreign Policy Constitution' and Its Disregard in Transatlantic Free Trade Agreements», *European Foreign Affairs Review*, 21, 461-468.
- Peterson, J. 2016. «Choosing Europe or Choosing TTIP? The European Union and the Transatlantic Trade and Investment Partnership», *European Foreign Affairs Review*, 21, 388-389.
- Rijckevorsel, E. van 2016. «Initiative Citoyenne et 'dérapages démocratiques' dans l'Union Européenne», *Journal de Droit Européen*, 226, 52-56.
- Rodríguez Magdaleno, R.I. 2017. «La aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA): ¿Preludio de la entrada en vigor?», *LA LEY Unión Europea*, 46.
- Ruiz Fabri, H. 2012. «Regulating Trade, Investment and Money», en J. Crawford e M. Koskeniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge UP, 368.
- Saura Estapà, J. 2016. «Los acuerdos de libre comercio en perspectiva de derechos sociales: Incidencia de los esquemas de protección de inversiones», en J. Bonet Pérez e R.A. Alija Fernández (eds.), *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Sociedad internacional del siglo XXI: Una aproximación jurídica desde el Derecho internacional*. Madrid: Marcial Pons, 315-333.
- Segura Serrano, A. 2015. «El Acuerdo de libre comercio entre la UE y Canadá (CETA): Una evaluación de la política comercial de la UE», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 30.
- Sosa Wagner, F. e Fuertes, M. 2016. «Europa: dos vías de agua», *Diario El Mundo*, 14-07-2016.
- Streinz, R. 2015. «Disputes on TTIP: Does the Agreement Need the Consent of the German Parliament?», en C. Herrmann, B. Simma e R. Streinz (eds.), *European Yearbook of International Economic Law. Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship. Liber amicorum in memoriam Horst G. Krenzler*. Heidelberg: Springer, 271-295.
- VV.AA. 2015. «JIEL Debate: Transformative Transatlantic Free Trade Agreements», *Journal of International Economic Law*, 18, 577-696.
- Waelbroeck, D. e Bombois, Th. 2014. «Des requérants 'priviligiés' et des autres... À propos de l'arrêt *Inuit* et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen», *Cahiers de Droit Européen*, 50 (1), 21-75.
- Webb, D. 2015. «The Transatlantic Trade and Investment Partnership», *House of Commons, Briefing Paper*, 06688, 4-12-2015.
- Webb, D. e O'Neill, M. 2016. «CETA: The EU-Canada free trade agreement», *House of Commons, Briefing Paper*, 7492, 19-02-2016.

NOTAS

- 1 Cottier, 2014: 671. Sobre as razóns do cambio, asociadas coa pretendida ineficiencia do “democrático” modelo OMC, *vid.* Colomer, 2014: 111-113.
- 2 En canto ao TPP –cuxo texto, á espera da súa revisión, era difundido publicamente o 5 de novembro de 2015–, *vid.* Lester, 2015. En todo caso, o seu futuro tórnase incerto tras a decisión do presidente dos EE.UU., D. Trump, de retirar a sinatura deste, adoptada o pasado 23 de xaneiro.
- 3 Xa concluída a súa negociación –o texto foi rubricado en Ottawa o 26 de setembro de 2014 e asinado en Bruxelas o 30 de outubro de 2016–, o acordo é visto por algúns como a antesala do TTIP pola súa regulación en materia de servizos e polo mecanismo de arranxo de controversias en materia de investimentos (*Investor-State Dispute Settlement, ISDS*). Ao respecto, *vid.* Balmond, 2015: 249-250; Campbell *et al.*, 2015: 185; Segura Serrano, 2015; Webb, O’Neill, 2016.
- 4 Participan así, xunto a estes, Australia, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Hong Kong, Islandia, Israel, Xapón, Liechtenstein, Mauricio, México, Noruega, Nova Zelandia, Paquistán, Panamá, Perú, Suíza, Taiwán e Turquía, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/index_es.htm (20-02-2017). Trátase dun novo envite neste ámbito, tras a experiencia frustrada do Acordo Multilateral de Investimentos, negociado a cabalo da OCDE e a OMC e “tombado” en 1998 pola presión do movemento “antiglobalización”.
- 5 De media entre o 3% e o 4,5%, sen prexuízo de que este se eleve ao 7% respecto do común dos produtos agrícolas e alcance mesmo a cota do 30% respecto de produtos como o calzado ou o aceiro.
- 6 Sentenza TX (UE) do 20 de febreiro de 1979, Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, C-120/78, EU:C:1979:42.
- 7 Ghérari, 2015: 455-456. Para sinalar o seu carácter innovador, fálase de “acordos de libre comercio *transformativos*” (VV.AA., 2015: 577), pola súa incidencia no modelo OMC ao uso. A terminoloxía, non obstante, é cuestionada en razón das súas supostas deficiencias democráticas (Petersmann, 2016: 461-468). En todo caso a súa conciliación co marco OMC é defendida polo Consello Europeo. Ao respecto *vid.* Conclusións do Presidente do Consello Europeo, Bruxelas, 9 de marzo de 2017, par. 4 file:///C:/Users/Powerot/Downloads/09-conclusions-pec-cor-es.pdf (14-03-2017).
- 8 Hoekman, Mavroidis, 2015: 320.
- 9 Guamán *et al.*, 2016.
- 10 Artigo 218 TFUE, números 2 a 4. No caso do CETA, o 24 de abril de 2009, o Consello autorizou a Comisión a iniciar as negociacións dun Acordo Económico e Comercial Global con Canadá, mantendo reservado o contido das directrices de negociación que só foron obxecto de “desclasificación parcial” ano e medio máis tarde da rúbrica do acordo (Doc. Consello, Bruxelas, 15 de decembro de 2015 (OR. en) 9036/09 EXT 2; en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9036-2009-EXT-2/es/pdf> (26-02-2017)). En cambio, no caso do TTIP o mandato negociador concretábase nas directrices de negociación relativas á Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre a Unión Europea e os Estados Unidos de América (Doc. Consello, Bruxelas, 17 de xuño de 2013 (25.06) (OR. en) 11103/13), as cales –en contra do que é práctica habitual– eran obxecto de “desclasificación” –e conseguinte publicidade– algo máis dun ano máis tarde (Cfr. Doc. Consello, Bruxelas, 9 de outubro de 2014 (OR. en) 11103/13 DCL 1, en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/es/pdf> (26-02-2017)). A disparidade de criterios responde á intensa contestación que rodeou desde os seus inicios á negociación cos EE.UU.
- 11 Véxase o artigo 97 CE e o artigo 5 LTOAI, BOE n. 288, do 28 de novembro de 2014.
- 12 Sen prexuízo de puntuais excepcións –asociadas a unha eventual dobre base xurídica do acordo a negociar– e malia a posibilidade de que en ocasións os Estados membros destaquen expertos que asistan á Comisión no proceso (Czuczai, 2010: 238).
- 13 As diverxencias entre ambos os dous Estados obedecen a que Canadá ampliou nos últimos anos os poderes das provincias. Respecto das características que revestiu a participación –desigual e eminentemente consultiva– destas no proceso, *vid.* Johnson *et al.*, 2015: 27; Kukucha, 2016.
- 14 Con razón púidose falar da “arte” da negociación (Bassols Jacas, 2016).
- 15 Andrés Sáenz de Santa María, González Vega, 2016: 149.
- 16 Non se debe confundir esta idea coa noción de tratado secreto: este último é un acordo internacional que non é obxecto de publicidade nin na súa elaboración nin ao termo desta e constitúe unha manifestación que o dereito internacional tratou de limitar (artigo 102 da Carta das Nacións Unidas). Tampouco cos “tratados ocultos”, categoría sobre a que incidimos noutro lugar (González Vega, 2013). En cambio, o carácter confidencial de toda negociación non impide que ao seu termo –adopción do texto– este sexa dado a coñecer.
- 17 De feito, a lei limitábase a definila como o “proceso polo que se elabora o texto dun tratado internacional” (artigo 2.f), LTOAI, do 27 de novembro de 2014).
- 18 Expresivo diso é o comunicado de protesta do Ministerio de Comercio Exterior da RP China sobre a difusión por F. Castro do contido das negociacións comerciais chinesas-cubanas en 1966 (Cfr. en González Campos *et al.*, 1984: 36).
- 19 Fabius, 2016: 14.
- 20 Peters, 2015: 179.
- 21 Andrés Sáenz de Santa María, 2016: 51.
- 22 Curtin, 2012: 468.
- 23 Peters, 2015: 185.
- 24 Sentenza TXUE do 3 de xullo de 2014, *Consello c. in’t Veld*, C-350/12 P, EU:C:2014:2039, pto. 102.

- 25 Conforme o postulado “*nothing is agreed until everything is agreed*”, cada delegación negociadora reserva para si a súa posición ata que obteña plena satisfacción do outro negociador (Korontzis, 2012: 184).
- 26 Neste a publicidade no curso das negociacións limitouse a unha serie de contactos coa sociedade civil e as partes interesadas no marco da avaliación do impacto sobre a sustentabilidade (Cfr. Comisión Europea, Proposta de Decisión do Consello relativa á aplicación provisional do Acordo Económico e Comercial Global entre Canadá, por unha parte, e a Unión Europea e os seus Estados membros, por outra, Estrasburgo, 5 de xullo de 2016, COM(2016) 470 final, 2016/0220 (NLE); en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0470> (26-02-2017).
- 27 A información sobre o proceso está accesible –maiormente en inglés– no portal da Comisión Europea (*DG Trade*). Véxase http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_es.htm (26-02-2017).
- 28 A oposición ao acordo –aínda que especialmente patente no caso alemán, onde os apoios ao TTIP na primavera de 2016 só alcanzaban o 17% da poboación– concretoise no movemento “Stop TTIP”, unha coalición de organizacións da sociedade civil, en que se incluían sindicatos, ONG de consumidores e ecoloxistas, xenuinamente paneuropeo e unido arredor dos supostos riscos de “americanización” e de degradación dos estándares europeos, especialmente en materia de saúde e protección ambiental, derivados do incipiente acordo (Peterson, 2016: 388).
- 29 Son comprensibles os receos que se expresan ante a confidencialidade, nun sector –o dereito económico internacional– proclive a rodearse de reserva e incerteza respecto ao mesmo contido das súas regras (Ruiz-Fabri, 2012: 368).
- 30 Bassols Jacas, 2016: 120.
- 31 *Ibidem*.
- 32 O papel dos lobbies resultou decisivo para o inicio das diferentes negociacións comerciais tanto no caso estadounidense como no europeo, ante o *impasse* dos desenvolvementos no seo da OMC (Eckhardt, Elsig, 2015: 982).
- 33 De feito, a nivel estatal o tema segue xaxún de tratamento legal; en cambio, no caso catalán foi recentemente abordado –ao abeiro do artigo 3.1.b) da Lei 19/2014, do 29 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno (DOCG n. 6780, 31 de decembro de 2014)– no Decreto Lei 1/2017, do 14 de febreiro, polo que se crea e se regula o Rexistro de grupos de interese de Cataluña (DOCG, n. 7310, 16 de febreiro de 2017).
- 34 Ao respecto *vid.* a proposta do Consello da UE para un Acordo interinstitucional sobre un rexistro obrigatorio de transparencia, Doc. 12882/16, Bruxelas, do 6 de outubro de 2016.
- 35 Aínda que a UE fai un uso peculiar das categorías xurídicas consideradas nos Convenios de Viena, presentando “singularidades terminolóxicas” e “imaxinativas achegas” (Andrés Sáenz de Santa María, 2016: 55, 101), neste punto non existe variación. A rúbrica é o procedemento de autenticación, con independencia do ulterior proceso de revisión xurídica (*vid. infra*); a sinatura en cambio conforma o inicio do proceso de conclusión do tratado, en liña coa denominada “sinatura simple” na práctica das Nacións Unidas: iso explica que o CETA fose primeiro rubricado (autenticación) o 1 de agosto de 2014 e logo asinado o 30 de outubro de 2016, abríndose con este último acto o proceso de cara á manifestación do consentimento en obrigarse por el por parte dos signatarios.
- 36 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (28-02-2017). De feito, un estudo cuantitativo do texto revelou que o 19% do capítulo en materia de investimentos experimentara modificacións, sen que na súa inmensa maioría se debesen propiamente ao proceso de revisión xurídica, senón a unha renegociación orientada a vencer as resistencias crecentes da opinión pública europea –alertada polo paralelo proceso negociador do TTIP– dalgúns gobernos (p.e. o francés) e mesmo a permitir ao entrante Goberno liberal canadense de J. Trudeau revisar algunhas disposicións controvertidas (o ISDS en particular), reacomodándoas ás propostas formuladas pola Comisión ao fío doutros procesos negociadores; en concreto o TTIP e o Acordo de libre comercio con Vietnam (Alschner, Skougarevsky, 2016: 585). En todo caso, malia a súa transcendencia, non abordaremos neste estudo as relevantes cuestións que suscita o ISDS en relación co CETA e o TTIP. Ao respecto *vid.* Fach Gómez, 2017: 295; Pascual Vives, 2017: 287; Saura Estapá, 2016: 315.
- 37 Aínda que o artigo 218.10 TFUE lle impón un deber de información “plena e inmediata” ao PE, esta canalízase no caso a través da Comisión de Comercio Internacional (INTA).
- 38 Os consabidos límites no control parlamentario da conclusión do TTIP –e do previamente negociado CETA– levaron a suxerir a necesidade de reforzar no seu desenvolvemento os mecanismos da democracia participativa e deliberativa considerados no artigo 11 TUE (véxase máis abaixo, 3.3), de sorte que se evite a “mercantilización” (*commodification*) dos cidadáns europeos (Petersmann, 2015: 606). Debe advertirse, non obstante, que nos EE.UU., onde o control parlamentario dos tratados comerciais resulta *a priori* máis severo –posibilitando a introdución de emendas–, se habilitou respecto do TPP e do TTIP o procedemento de urxencia (*fast track*), autorizando o presidente (*Trade Promotion Authority, TPA*) a someter por esta canle os acordos comerciais concertados antes do 1 de xullo de 2018 –data eventualmente prorrogable ata o 1 de xullo de 2021– (Webb, 2015: 26).
- 39 Resolución lexislativa do Parlamento Europeo, do 15 de febreiro de 2017, sobre o proxecto de Decisión do Consello relativa á celebración do Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre Canadá, por unha parte, e a Unión Europea e os seus Estados membros, por outra (10975/2016 - C8-0438/2016 -2016/0205 (NLE)), en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSG-ML+TA+P8-TA-2017-0030+0+DOC+PDF+VO//ES> (14-07-2017).
- 40 Véxase máis abaixo, 3.4.
- 41 Sobre as innovacións que formula a nova regulación da política comercial e a súa natureza exclusiva ou “parcialmente” compartida, *vid.* González Alonso, Santos Vara, 2013: 751.
- 42 Guamán, 2015: 60. Ademais, no caso do Reino Unido o CETA era conceptualizado polo Goberno como un acordo mixto, o que prefiguraría unha cualificación semellante para o TTIP (Webb, O’Neill, 2016: 11).
- 43 Baixo o mandato do anterior Comisario de Comercio, K. De Gucht, parecía impoñerse unha formulación negativa brandindo a posibilidade de acudir ao TXUE con miras a esclarecer a cuestión competencial. En cambio, o equipo da actual responsable, C. Malmström, parecía

- asumir a natureza mixta do TTIP –descartando toda afinidade con aquel (European Commission Press Release, 30 de outubro de 2014; en Webb, 2015: 22).
- 44 Guamán, 2015, *loc. cit*
- 45 En cambio, a súa concreción no caso español podería suscitar “problemas de cualificación” en relación coa eventual aplicación do artigo 93 CE e a maioría agravada nel requirida.
- 46 Acordo de Asociación CE (UE)-ACP de Cotonou, do 23 de xuño de 2000, revisado en 2005 e 2010, DO n. L 287, 4 de novembro de 2010.
- 47 Sobre o particular véxase González Vega, 2015.
- 48 EU:C:2017:376. O ditame foi solicitado pola Comisión en outubro de 2015 en relación co *acordo comercial con Singapur* do 20 de setembro de 2013, aínda que se considera que a súa resposta resolve a cuestión tanto respecto do TTIP como do CETA. Con iso clarifícase a xurisprudencia ata agora pouco concluínte en relación coas novas disposicións da PCC (Larik, 2015: 779; Streinz, 2015: 271), aínda que ao mesmo tempo se atenua considerablemente a “mestura” de práctica convencional anterior. Nesta orde, convén confrontar a ampla mestura sostida pola avogada xeral E. Sharpston, nas súas Conclusións do 21 de decembro de 2016 (ECLI:EU:C:2016:992) coas poucas competencias mixtas retidas polo TXUE, limitadas ao mecanismo de solución de diferenzas entre Estados e investidores (ISDS) e o réxime de investimentos non directos. Ao respecto vid. Guamán, Moreno, 2017, en <https://iniciativadebate.org/2017/05/22/la-trampa-del-tribunal-de-justicia-a-proposito-de-los-tratados-de-comercio/> (05-06-2017).
- 49 Tal cousa é posible conforme o artigo 218.5 TFUE, onde o Consello pode acordala por maioría cualificada, logo de autorización de PE. O CETA contémpaa, aínda que –agora– excluindo as materias en que aparece *a priori* implicada a competencia dos Estados membros. Ao respecto vid. Rodríguez Magdaleno, 2017.
- 50 Tras a reforma constitucional de 2014, as rexións belgas poden condicionar a acción exterior do Executivo federal; nese contexto o 28 de abril de 2016 o Parlamento valón rexeitaba acordar os pleno poderes ao Goberno federal para concluír o AECG (Cfr. “A Wallonie s’oppose fermement au CETA”, en <https://blogs.mediaparticulofr/gerard-becquet/blog/280416/la-wallonie-soppose-fermement-au-ceta> (28-02-2017).
- 51 En tal sentido, vid. Sosa Wagner, Fuertes, 2016. Contra esta apreciación, Mangas Martín, 2016.
- 52 Cit. en “Le rejet wallon du traité commercial CETA avec le Canada plonge l’UE dans le désarroi”, Diario *Le Monde*, 20 de outubro de 2016; en http://www.lemonde.fr/europe/article/2016/10/20/la-wallonie-maintient-son-opposition-au-traite-commercial-ceta-avec-le-canada_5017686_3214.html (28-02-2017).
- 53 En concreto, con ocasión da sinatura do CETA no curso do XVI Cumio UE-Canadá, do 30 de outubro de 2016, estes e os Estados membros da UE adoptaron un instrumento interpretativo conxunto sobre o Acordo Económico e Comercial Global entre Canadá e a Unión Europea e os seus Estados membros, ao que asignan a condición de medio de interpretación “auténtico” do tratado nos termos do artigo 31 do Convenio de Viena sobre dereito dos tratados, do 23 de maio de 1969 (Cfr. par. 5, en Doc. 13541/16, Bruxelas, 27 de outubro de 2016, en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/es/pdf> (28-02-2017) e cuxa natureza xurídica e forza vinculante confirmaba unha coetánea Declaración do Servizo Xurídico do Consello. Convén destacar que o documento se formulara inicialmente como unha simple declaración da UE cara á Rexión de Valonia, pero a “teimosía” desta logrou transformalo nun instrumento integrante do “contexto” do CETA, nos termos do artigo 31.2 do mencionado Convenio de Viena.
- 54 Prevista no Programa da Presidencia española de 2010 e desenvolvida polo Regulamento UE n. 211/2011, do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de febreiro de 2011, DO n. L 65, 11 de marzo de 2011, p. 1. Sobre o particular, Bellido Barrionuevo, 2014: 45.
- 55 Que, non se esqueza, veda o seu exercicio en relación con cuestións internacionais.
- 56 Cfr. Proposta de iniciativa STOP TTIP, desestimada pola Comisión Europea o 10 de setembro de 2014; en <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered/details/2041> (28-02-2017).
- 57 Rijckevorsel, 2016: 56.
- 58 Cfr. Sentenza TXUE do 10 de maio de 2017, *Michael Efler c. Comisión Europea*, EU:T:2017:323.
- 59 Cfr. Sentenza TXUE do 3 de febreiro de 2017, *Bürgerausschuss für die Bürgerinitiative Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe c. Comisión Europea*, T-646/13, EU:T:2017:59.
- 60 Trátase da Lei sobre referendos consultivos, en vigor desde xullo de 2015, conforme a cal –sobre a base das 427.939 declaracións de apoio– se substanciou a consulta o 6 de abril de 2016, deparando un resultado de máis do 60% de votos contrarios ao acordo. Non obstante, dada a baixa participación do electorado (32%) e a natureza non vinculante da consulta, o Executivo holandés ante as eleccións próximas vacilaba respecto á decisión a adoptar, o que non impedía que partes importantes do acordo se aplicasen provisionalmente desde o 1 de setembro de 2014, ampliadas substancialmente a partir do 1 de xaneiro de 2016. Cfr. <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/eastern-partnership/ukraine/> (01-03-2017).
- 61 Cfr. Decisión dos xefes de Estado ou de Goberno dos vinte e oito Estados membros da UE, reunidos no seo do Consello Europeo, relativa ao Acordo de Asociación entre a Unión Europea e a Comunidade Europea da Enerxía Atómica e os seus Estados membros, por unha parte, e Ucraína, por outra, do 15 de decembro de 2016, EUCO 34/16; en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/12/15-euco-conclusions-final/> (10-03-2017). Sobre esa base, a cámara baixa dos Estados Xerais aprobaba o acordo o 24 de febreiro de 2017 e o propio facía o Senado holandés o pasado 30 de maio. Cfr. <https://www.euractiv.com/section/elections/news/dutch-senators-approve-compromise-on-eu-ukraine-pact/> (05-06-2017).
- 62 Por iso resulta enganoso suxerir a oportunidade desta vía de acción aos particulares (Guamán, 2015: 60); ben ao contrario, severas limitacións lastran esta lexitimación baseándose nunha caracterización restritiva da xurisprudencia, que nin as reformas do Tratado de Lisboa lograron revertir (Waelbroeck, Bombois, 2014: 21; Fromont, Van Waeyenberge, 2015: 113). A todo iso súmase o feito da dificultade en canto á invocabilidade polos particulares dos acordos internacionais (Delille, 2015: 151), afirmación que constitúe practicamente un dogma en relación cos acordos comerciais que –conforme a reiterada xurisprudencia do TXUE respecto aos acordos do GATT/OMC– carecen de efecto directo.

- 63 Esa era a posición mantida polo anterior Comisario de Comercio, K. De Gucht, na precedente “Comisión Barroso”, baixo a que se iniciaron as negociacións do TTIP.
- 64 Cfr. “Ceta: la Belgique saisira la Cour de Justice de l’UE «avant l’été»”, *Le Soir*, 16 de mayo de 2017, en <http://www.lesoir.be/1504521/article/actualite/belgique/politique/2017-05-16/ceta-belgique-saisira-cour-justice-l-ue-avant-l-ete> (05-06-2017).
- 65 Así no caso alemán, onde os máis recentes desenvolvementos xurisprudenciais apuntan a un control xenérico sobre toda sorte de actos da UE (Gärditz, 2014: 183).

O TTIP en contexto: razóns e efectos

El TTIP en contexto: razones y efectos

The TTIP in context: reasons and effects



DR. SANTIAGO MARTÍNEZ ARGÜELLES

Profesor titular de Economía Aplicada
Universidade de Oviedo (Asturias, España)
sramon.martinez@tcu.es

Recibido: 20/03/2017 | Aceptado: 30/05/2017

Resumo: A Asociación Transatlántica de Comercio e Investimento (TTIP) foi obxecto da oposición activa dalgúns colectivos e tamén da ambigüidade da Administración de Trump. Non obstante, o seu contido real e os seus obxectivos seguen sendo moi descoñecidos. A finalidade deste artigo é situar o acordo no marco das relacións económicas actuais, así como revisar os seus contidos principais. O TTIP non é unha rareza: forma parte dos acordos de nova xeración cuxo obxectivo fundamental é atenuar o impacto das barreiras non arancelarias (BNA) e inscríbese entre os acordos rexionais de comercio que se xeneralizaron como resposta ao estancamento da Rolda de Doha. Os contidos do TTIP son similares a outros acordos comerciais suscritos pola UE a partir de 2006, e o seu impacto, aínda que economicamente se prevé reducido pero positivo, adquire unha dimensión xeopolítica que transcende á valoración económica, xa que permitiría afianzar a posición internacional do eixe Europa-Estados Unidos.

Palabras clave: TTIP, comercio internacional, barreiras non arancelarias, Unión Europea, política comercial.

Resumen: La Asociación Trasatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) ha sido objeto de la oposición activa de algunos colectivos y también de la ambigüedad de la Administración de Trump. Sin embargo, su contenido real y sus objetivos siguen siendo muy desconocidos. La finalidad de este artículo es situar el acuerdo en el marco de las relaciones económicas actuales, así como revisar sus contenidos principales. El TTIP no es una rareza: forma parte de los acuerdos de nueva generación cuyo objetivo fundamental es atenuar el impacto de las barreras no arancelarias (BNA) y se inscribe entre los acuerdos regionales de comercio que se han generalizado como respuesta al estancamiento de la Ronda de Doha. Los contenidos del TTIP son similares a otros acuerdos comerciales suscritos por la UE a partir de 2006, y su impacto, aunque económicamente se prevé reducido pero positivo, adquire una dimensión geopolítica que trasciende a la valoración económica, ya que permitiría afianzar la posición internacional del eje Europa-Estados Unidos.

Palabras clave: TTIP, comercio internacional, barreras no arancelarias, Unión Europea, política comercial.

Abstract: The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) has been opposed by some collectives, as well as treated ambiguously by Trump administration. However, its real content and its objectives are not popular. The aim of this paper is to frame this agreement within current global trade relations, and to revise its main contents. TTIP is not strange: It is one of the new generation agreements whose objective is to attenuate non-tariff measures to trade's impact (NTMs). It is also one of the regional pacts that have been generalized as a response to Doha Round's stagnation. TTIP's main contents are similar to other EU's trade agreements signed after 2006 and its economic impact will foreseeably be lightly positive. In addition, the partnership has also a geopolitical dimension that goes further than economy as long as it would assure Europe-USA international trade axis.

Key words: TTIP, international trade, non-tariff measures, European Union, trade policy.

Sumario: 1 Antecedentes: os efectos beneficiosos do comercio internacional non son obvios. 2 Instrumentos para protexerse do comercio ou para protexer os produtores nacionais. 3 A integración rexional como resposta. 4 A estratexia comercial da UE. 5 As relacións comerciais entre Europa e os Estados Unidos. 6 As negociacións sobre o TTIP. 7 A dimensión xeoestratéxica do TTIP. 8 Valoracións económicas ex ante dos efectos do TTIP. 9 Conclusións. 10 Bibliografía.

1 ANTECEDENTES: OS EFECTOS BENEFICIOSOS DO COMERCIO INTERNACIONAL NON SON OBVIOS

Que determinados colectivos se opoñan á globalización ou que un presidente dun gran país proclame de forma explícita a súa vontade de protexer activamente a produción nacional ten numerosos antecedentes históricos. Realmente, a convicción de que o comercio internacional pode ser beneficioso para todos é relativamente recente. Durante os séculos XVI a XVIII dominaron as conviccións mercantilistas que postulaban que a riqueza da nación dependía dos metais preciosos que acumulase o Estado. Entendían o comercio como un xogo de suma cero. É dicir, que para que uns gañen, outros teñen que perder, polo que prescriben reducir as importacións e incrementar as exportacións. Esta visión tan primaria, que rexorde periodicamente, foi a dominante ata que David Ricardo (1772-1823) postulou a coñecida como lei da vantaxe comparativa: o comercio é beneficioso para todos se cada país se especializa naquilo que pode producir cun custo comparativamente menor. Ricardo utiliza na súa teoría un dos conceptos máis xenuinamente económicos: o custo de oportunidade. É dicir, o valor do que deixamos de obter se concentramos todos os recursos na produción dun ben.

Especializarse na produción dun ben cuxo custo é comparativamente menor que noutro país non quere dicir que especialización sexa sinónimo de eficiencia absoluta, senón que o custo de oportunidade de importalo é menor que o de produci-lo. En consecuencia, ao especializarse todos no que producen cun menor custo de oportunidade, todos poden obter beneficio se participan na especialización e no intercambio internacional. No fondo, a teoría ricardiana permítenos explicar todo o comercio, non só o internacional, e todos os procesos de especialización.

Agora ben, a atractiva teoría ricardiana incorpora na súa formulación demasiados supostos implícitos que a afastan da realidade e, en consecuencia, a fan pouco realista. Por exemplo, supón que hai competencia perfecta, que os rendementos son constantes, que non hai custos de transporte ou que as persoas pasan automaticamente dunha industria a outra, polo que non hai desemprego. É evidente que a realidade non é así e que as persoas que traballaban nunha industria non sempre se poden incorporar a outra. En definitiva, as debilidades do modelo ricardiano xa apuntan aos problemas que pode xerar unha internacionalización desregulada: hai crecemento, aínda que se xeran gañadores e perdedores.

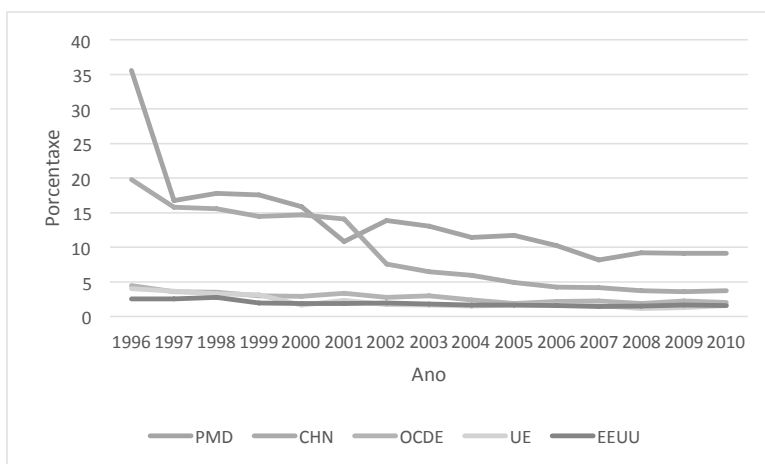
2 INSTRUMENTOS PARA PROTEXERSE DO COMERCIO OU PARA PROTEXER OS PRODUTORES NACIONAIS

A existencia do comercio e a súa crecente importancia son feitos pouco cuestionables. Non obstante, a adopción de medidas que dificultan o comercio tamén foi historicamente un feito. As razóns polas que se adoptaron esas medidas son variadas, e van desde a necesidade de recadación dos gobernos ata o desexo de corrixir os efectos negativos das importacións sobre determinadas industrias que son pouco competitivas e, en consecuencia, moi vulnerables ante a competencia exterior.

A medida que tradicionalmente se adoptou para regular o comercio internacional foi o arancel, un imposto que grava as importacións, conseguindo unha elevación do seu prezo e unha redución da cantidade importada. A historia comercial internacional permítenos constatar os altibaixos que tiveron o librecambismo e o proteccionismo. Así, a mediados do século XIX os aranceis baixos tiveron unha idade dourada que se foi debilitando a partir de 1879 e desapareceu coa Primeira Guerra Mundial, de tal forma que en 1925 era habitual que as importacións de produtos manufacturados estivese gravada por aranceis superiores ao 20% nos principais países (OMC, 2007).

A reconstrución da orde económica internacional despois da Segunda Guerra Mundial desde o punto de vista comercial materialízase no Acordo Xeral de Aranceis e Comercio (GATT), que non é unha organización internacional ata que en 1995 se transforma na Organización Mundial do Comercio (OMC). Durante case medio século é un acordo multilateral en que, esencialmente, os participantes se comprometen a facer extensivas a todos os signatarios do acordo que concedan as mesmas contrapartidas as condicións vantaxosas que bilateralmente se acordasen. O acordo tamén inclúe un sistema de resolución de conflitos entre partes.

Gráfico 1. Taxa arancelaria por zonas económicas.
Media ponderada. Todos os produtos 1996-2010. Porcentaxe



Fonte: Elaborado a partir de <http://data.worldbank.org/indicator/TM.TAX.MRCH.WM.AR.ZS>

Lenda: PMD: Países menos desenvolvidos, CHN: China

As reducións arancelarias acordadas nas oito roldas negociadoras que se realizaron ata 1995 deron como resultado unha significativa redución dos aranceis no ámbito mundial, ata o punto de que a taxa arancelaria media mundial era do 2,88% no ano 2012, como se pode ver no gráfico 1. Non obstante, o dito gráfico pon en evidencia que existen grandes diferenzas entre países. Así, os países menos desenvolvidos (PMD) e a China son os que presentan tipos arancelarios relativamente máis altos, mentres que a Unión Europea, os Estados Unidos e a OCDE son os que menores aranceis presentan.

Os importantes éxitos logrados nas negociacións anteriores non poden ocultar que a última rolda negociadora da OMC, que iniciou os seus traballos en Doha en 2001, aínda non logrou pechar un acordo global e multilateral aceptado polos 157 países que na actualidade forman parte da organización. Os temas que se discuten abordan, entre outras materias, cuestións como agricultura, facilitación de comercio, propiedade intelectual ou comercio de servizos. Esta axenda pon en evidencia que o arancel foi desprazado por un amplo abano de medidas que se coñece baixo o nome xenérico de barreiras non arancelarias (BNA).

O cadro 1 presenta a clasificación das principais BNA. Por un lado, atópanse as que afectan ás exportacións, a través das medidas que as fomentan, como subvencións ou incentivos, ou ben que as penalizan con instrumentos como taxas, e restricións cuantitativas. Por outro lado, atópanse as BNA que limitan as importacións, e que se clasifican en dous grandes grupos: as medidas técnicas e as non técnicas.

A diferenza dos aranceis, que son absolutamente transparentes en canto á súa aplicación e permiten unha avaliación dos seus efectos, o impacto económico das BNA é moito máis difícil de analizar. As razóns polas que se implantan BNA en detrimento dos aranceis son variadas, aínda que debe terse en conta que a súa finalidade, como sinalan Raza *et al.* (2014), non ten por que ser illar un país de determinada competencia, senón que pode perseguir outros fins. Así, a prohibición de utilizar determinados compoñentes pode ter como finalidade protexer a saúde dos consumidores.

Cadro 1. Clasificación de barreiras non arancelarias por capítulos

Importacións	Medidas técnicas	A. Medidas sanitarias e fitosanitarias (MSF) B. Obstáculos técnicos ao comercio (OTC) C. Inspección previa á expedición e outras formalidades
	Medidas non técnicas	D. Medidas especiais de protección do comercio E. Licenzas non automáticas e medidas de control da cantidade establecidas por motivos distintos das MSF e OTC F. Medidas de control dos prezos, incluídos cargas e impostos adicionais G. Medidas financeiras H. Medidas que afectan á competencia I. Medidas en materia de investimentos relacionados co comercio J. Restricións á distribución K. Restricións relacionadas cos servizos posvenda L. Subvencións (agás á exportación) M. Restricións á contratación pública N. Propiedade intelectual O. Normas de orixe
Exportacións		P. Medidas relacionadas coas exportacións

Fonte: UNCTAD (2015a): *Clasificación internacional das medidas non arancelarias. Versión de 2012.*

Dispoñible en www.unctad.org

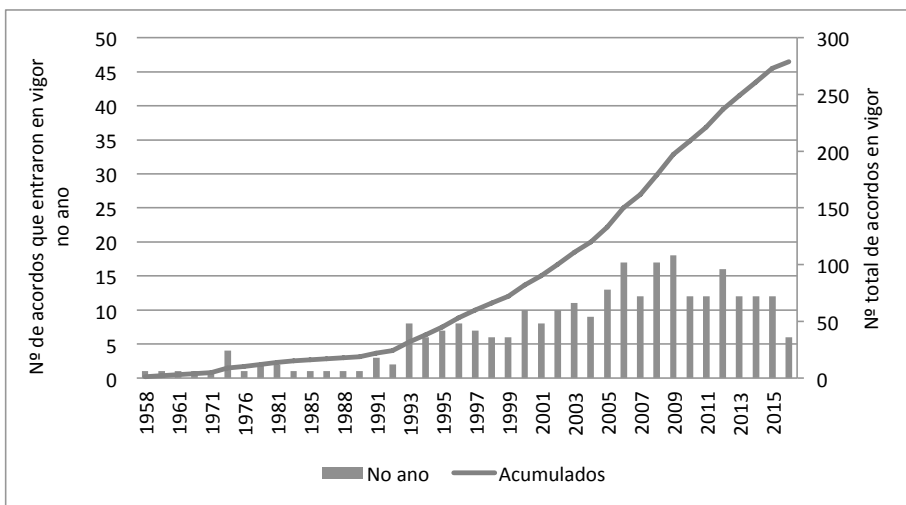
Na actualidade, a OMC ten rexistradas 38.630 medidas non arancelarias¹ e, malia que os datos sobre o impacto das medidas non arancelarias son aínda moi escasos, a UNCTAD (2015b: 17) considera que “o comercio internacional está moi regulado a través da imposición de barreiras técnicas (TBT), que afectan a máis do 30% das liñas de produtos e case ao 70% do comercio mundial. As restricións cuantitativas e os controis de prezos afectan a un 15% do comercio mundial. As medidas sanitarias e fitosanitarias inciden nun 10% do comercio mundial”. En definitiva, as diferentes aproximacións indican que as BNA teñen un impacto moi relevante nos intercambios mundiais.

3 A INTEGRACIÓN REXIONAL COMO RESPOTA

A finais dos anos cincuenta do século pasado, mentres o mundo asistía a unha eclosión multilateralista, a constitución da Comunidade Económica Europea en 1957 supuxo o inicio dun proceso de integración rexional, a actual Unión Europea, que, co tempo, sería un modelo imitado por outros países. De feito, medio século despois, o rexionalismo comercial converteuse nunha alternativa ao multilateralismo estancado que representa a Rolda de Doha.

O gráfico 2 representa os acordos comerciais rexionais comunicados á OMC, segundo o ano en que entraron en vigor. Na elaboración deste gráfico non se computaron aquelas comunicacións á OMC que supoñen variación no ámbito (bens e/ou servizos) ou nos países signatarios do acordo rexional. O primeiro acordo comunicado foi a entrada en funcionamento da CEE en 1958. En 2016, o número de acordos comerciais rexionais comunicados á OMC era de 279. Ata o ano 2000 entraron en vigor 82 acordos; non obstante, nos últimos 16 anos entraron en vigor 197 novos acordos. É dicir, no que transcorreu deste século subscribíronse case 2,5 veces máis acordos que nos 42 anos anteriores.

Gráfico 2. Acordos comerciais en vigor. Novos cada ano e acumulados. 1958-2016. Número



Fonte: Elaborado a partir de <http://rtais.wto.org>. Consulta realizada o 23/02/2017

Desde un punto de vista cuantitativo, a UNCTAD (2015b: 14) estima que en 2014, excluíndo os intercambios que teñen lugar entre países pertencentes á UE, o 52% do comercio mundial se realizou no marco de acordos comerciais preferenciais de ámbito rexional.

4 A ESTRATEXIA COMERCIAL DA UE

A configuración da Comunidade Económica Europea nas súas orixes como unha unión aduaneira é unha das razóns polas que a política comercial é competencia exclusiva comunitaria, aínda que este trazo non a illou das diferentes sensibilidades nacionais á hora de abordar cuestións comerciais. A partir de 2006 prodúcese unha redefinición da estratexia comercial da UE para que contribúa ao “estímulo do crecemento e á creación de emprego en Europa” (Comisión Europea, 2006a). Como sinalan Bataller e Jordán (2013), a partir dese momento establécese como prioridade a necesidade de tender non só cara á liberalización arancelaria, senón ás barreiras non arancelarias e aspectos determinantes para as empresas europeas, como os investimentos, a contratación pública ou os servizos. Este xiro complétase cun reforzo das negociacións bilaterais con países estratéxicos que supón certo desprazamento do multilateralismo e do rexionalismo que tradicionalmente dominara a estratexia comercial europea². Pola súa parte, Bollen, De Ville e Orbie (2016) destacan dous trazos adicionais da nova estratexia comunitaria: por un lado, o uso de instrumentos de defensa comercial coa intención de facer que a súa aplicación sexa máis doada e eficaz (Comisión Europea, 2006b); por outro lado, tamén se pretende reforzar a posición comunitaria en relación coa exixencia de reciprocidade en cuestións en que a UE mantivo unha posición máis aberta á competencia internacional, como é o caso das compras públicas.

A redefinición estratéxica instrumentábase a través da proposta dunha nova xeración de acordos comerciais que sexan controlables e que permitan unha liberalización progresiva dos intercambios, o achegamento das normas entre a UE e os seus socios comerciais e unha maior eficacia na xestión das denuncias e queixas sobre os obstáculos aos intercambios (Comisión Europea, 2007).

A nova estratexia comercial tamén contén unha redefinición das preferencias xeográficas desde o punto de vista comercial. Así, identifícase a prioridade que supoñen as economías emerxentes. En concreto, sinalábase a ASEAN, Corea, Mercosur, a India, Rusia e o Consello de Cooperación do Golfo, e respecto ao comercio transatlántico afirmábase que “é, con gran diferenza, a maior do mundo e o núcleo da economía global. Os beneficios económicos da supresión das barreiras non tradicionais que se atopan detrás das fronteiras poderían ser significativos na UE e nos EE. UU.” (Comisión Europea, 2016a).

5 AS RELACIÓNS COMERCIAIS ENTRE EUROPA E OS ESTADOS UNIDOS

A negociación do TTIP inscríbese nun contexto comercial internacional que se caracteriza por un desprazamento dos aranceis polas barreiras non arancelarias como instrumento de política comercial e a importancia crecente dos acordos preferenciais comerciais de ámbito rexional en detrimento do multilateralismo; pero, ademais dos elementos de ámbito xa mencionados, atópanse outros aspectos que axudan a comprender mellor as grandes dinámicas comerciais mundiais. O cadro 2 recolle como evolucionaron no ámbito económico mundial as posicións relativas da Unión Europea, dos Estados Unidos e do grupo de economías emerxentes integrado

por Brasil, Rusia, a India e a China, países coñecidos como BRIC. A información que proporciona o cadro axúdanos a comprender a debilitación progresiva das posicións relativas tanto de Europa como dos Estados Unidos no eido mundial.

Cadro 2. Participación da UE, os EE.UU. e os BRIC no valor das exportacións mundiais e no PIB mundial. En porcentaxe

	1992	1997	2002	2007	2013
	PIB				
UE-28	24,1	22,7	22,5	20,1	17,1
EE. UU.	21,2	21,3	21,1	18,9	16,5
BRIC	14,8	16,4	18,6	23,2	28,9
	Exportacións				
UE-28	43,7	40,4	40,7	38,2	32,3
EE. UU.	11,8	12,3	10,7	8,2	8,4
BRIC	4,8	6,4	8,3	13,4	17,5

Fonte: Tomado de Gostomski e Michalowski (2015)

No período 1992-2013 constátase que, mentres os BRIC case duplicaron a súa participación no PIB mundial, tanto os Estados Unidos como a UE reduciron a súa achega relativa, especialmente a UE. Do mesmo xeito, o escenario que se presenta cando se analiza a variable exportacións incide aínda máis nos trazos comentados con anterioridade. Durante as dúas décadas analizadas, os BRIC incrementaron a súa participación nas exportacións mundiais en máis dun 95%, mentres Europa experimentou unha redución de case un 29% e os Estados Unidos superaron o 26% de retroceso. Espérase que o xa constatado declive das posicións relativas dos Estados Unidos e de Europa nos indicadores económicos internacionais se siga acentuando no futuro (Gostomski e Michalowski, 2015).

Cadro 3. Intercambios comerciais de bens entre a Unión Europea e os Estados Unidos. 2013-2016. Porcentaxe respecto ao total mundial de exportacións e importacións de cada un

Exportacións					
Estados Unidos			Unión Europea		
Destino	2013	2015	Destino	2013	2016
Canadá	19,0%	18,6%	Estados Unidos	16,6%	20,7%
Unión Europea	16,7%	18,2%	Suíza	9,8%	9,7%
México	14,3%	15,7%	China	8,5%	8,2%
China	7,7%	7,7%	Turquía	4,5%	4,5%
Xapón	4,2%	4,1%	Rusia	6,9%	4,1%
Total exportacións (Miles de mill. de €)	1.188,5	1.356,1	Total exportacións (Miles de mill. de €)	1.702,9	1.745,7

Importacións					
Estados Unidos			Unión Europea		
Orixe	2013	2015	Orixe	2013	2016
China	19,6%	21,5%	China	16,6%	20,2%
Unión Europea	17,1%	19,0%	Rusia	12,3%	7,0%
Canadá	14,6%	13,2%	Estados Unidos	11,7%	14,5%
México	12,3%	13,1%	Suíza	5,6%	7,1%
Xapón	6,1%	5,8%	Rusia	12,3%	7,0%
Total importacións (Miles de mill. de €)	1.708,0	2.020,4	Total importacións (Miles de mill. de €)	1.687,4	1.706,4

Fonte: Elaborado a partir da Comisión Europea (2017) e Gostomski e Michalowski (2015)

O cadro 3 recolle o detalle dos principais socios comerciais da Unión Europea e dos Estados Unidos en 2013 e en 2016³. En primeiro lugar, conséctase que o patrón de provedores e de clientes é bastante estable entre os dous anos, aínda que chama a atención a debilitación das relacións comerciais entre a Unión Europea e Rusia.

Os datos dispoñibles para 2016 indícanos que a Unión Europea é o primeiro socio comercial dos EE.UU., e que supón o 18,7% do comercio total mundial (exportacións máis importacións) dos Estados Unidos, 2,7 puntos por enriba da China, que é o seu segundo socio. Ao mesmo tempo, os EE.UU. son o primeiro socio comercial de Europa, co 17,6% da suma de exportacións e importacións mundiais europeas, tamén 2,7 puntos por enriba do segundo socio, que tamén é a China (Comisión Europea, 2017).

Desde un punto de vista arancelario, os perfís arancelarios referidos a 2014 publicados pola OMC sinalan que a media ponderada dos aranceis aplicados polos Estados Unidos aos produtos non agrarios procedentes de Europa se situaba no 1,3%, mentres que a media ponderada dos aranceis aplicados pola Unión Europea aos mesmos bens se situaba no 1,1%. Trátase, dos dous casos duns niveis arancelarios moi baixos cuxa eventual supresión dificilmente pode ter un impacto significativo no total dos intercambios entre ambos os dous bloques comerciais.

Cadro 4. Número de BNA establecidas entre a Unión Europea e os Estados Unidos.
Medidas non arancelarias segundo capítulos UNCTAD. 20170

	País que establece a medida	Unión Europea		EE. UU.	
		Todos os países	Só os EE. UU.	Todos os países	Unión Europea
MEDIDAS NON ARANCELARIAS	Medidas sanitarias e fitosanitarias (A)	97	–	1.243	694
	Obstáculos técnicos ao comercio (B)	296	–	2.559	17
	Inspeccións previas á expedición (C)	2	–	29	5
	Medidas especiais de protección do comercio (D)	–	3	–	–
	Medidas de control de cantidades (E)	6	–	3	14
	Medidas de control de prezos (F)	–	–	29	–
	Outras medidas (G a O)	2	–	1	–
	Medidas relacionadas coas exportacións (P)	2	–	131	32
	TOTAL	405	3	3.995	762

Fonte: Elaborado a partir da UNCTAD (2017)

O cadro 4 presenta o número de BNA en vigor na UE e nos EE.UU. a principios de 2017. O total de medidas que afectan ao comercio entre ambos os dous bloques comerciais a comezos de 2017 é de 5.165, o que representa o 13,4% do total de medidas declaradas ante a OMC. Non obstante, as BNA aplicadas polos EE.UU. representan o 92% do total de medidas que afectan ás relacións entre ambos os dous bloques. Destacan especialmente os obstáculos técnicos ao comercio que os EE.UU. lles aplican a todos os países e as medidas sanitarias e fitosanitarias que teñen establecidas tanto para as mercadorías procedentes de calquera lugar do mundo como para as que proceden especificamente da UE e que son case 700.

Pola súa banda, a Unión Europea é moito menos restritiva e ten establecido un número de medidas significativamente menor tanto para as mercadorías procedentes de calquera lugar do mundo como para as que son orixinarias dos EE.UU. Neste último caso, cómpre sinalar que as que só afectan a produtos estadounidenses se refiren a medidas *antidumping* relacionadas co bioetanol, o biodiésel e o etanol.

6 AS NEGOCIACIÓNS SOBRE O TTIP

A UE ten unha ampla experiencia na negociación de acordos comerciais internacionais, como acreditan os 36 acordos en vigor e as negociacións sobre outros 15 que ten notificados á OMC (2017). Non obstante, os acordos comerciais rexionais que se encadran na estratexia comercial desenvolvida a partir de 2006 son os subscritos e plenamente en vigor con Corea do Sur (2011) e con Colombia e o Perú (2013); o Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) subscrito con Canadá, ratificado polo Parlamento Europeo e pendente de ratificación polos países membros; e o acordo de libre comercio con Singapur, cuxa negociación está concluída desde 2015 pero que está pendente de aprobación polo Parlamento Europeo. Polo tanto, negociar un acordo económico cos Estados Unidos enmárcase dentro dunha ampla tradición negociadora europea.

Desde finais da década dos noventa do século pasado producíronse varias iniciativas para abordar un proceso de negociación dun acordo de libre comercio entre Europa e os Estados Unidos que foron bloqueadas pola oposición máis ou menos explícita de varios gobernos europeos. Non obstante, a proposta impulsada por Angela Merkel en 2007 callou e materializouse en 2013 nun mandato negociador dos países membros á Comisión Europea para negociar un acordo de libre comercio e protección do investimento cos EE.UU. (Bollen, De Ville e Orbi, 2016).

As directrices⁴ do Consello da Unión Europea (2013) establecen os principais capítulos que se deben abordar na negociación, así como os tres grandes obxectivos que se perseguen co acordo, pero que ao mesmo tempo son limitacións á negociación:

a) Aumentar o comercio e o investimento entre a UE e os EE.UU. para xerar novas oportunidades de emprego e crecemento mediante un mellor acceso ao mercado e unha maior compatibilidade regulamentaria; ademais, co ambicioso obxectivo de ser referencia mundial en materia de normas.

b) Respetar os acordos e as normas internacionais e europeas en materias ambientais, laborais e de consumo, co obxectivo último de fomentar uns elevados niveis de protección ambiental, laboral e dos consumidores. Indícase explicitamente que non se admitirá que o crecemento do comercio ou do investimento directo sexa a custa dunha suavización da lexislación e das normas europeas en materia de medio ambiente, normas laborais e/ou saúde e seguridade laboral.

c) Preservación da diversidade cultural e lingüística da Unión ou dos seus Estados membros, e negativa a que se cuestione que a Unión e os seus Estados membros poidan desenvolver políticas e medidas en apoio do sector cultural.

O terreo de xogo da negociación establecido polo Consello da UE foi precisado con maior detalle nun amplo informe aprobado polo Parlamento Europeo (2015) que realiza 67 recomendacións concretas que abordan cuestións xerais e de contexto, acceso ao mercado, cooperación en regulación e barreiras non arancelarias, normativa e transparencia.

A pesar de que as directrices do Consello da UE (2013) conteñen unha indicación clara de que o acordo debe conter referencias ás pequenas e medianas empresas, é o informe do Parlamento Europeo (2015) o que sinala as pemes como as principais destinatarias do TTIP, na medida en que as identifica como as principais afectadas polas dificultades que supoñen as medidas non arancelarias.

Cadro 5. Comparativa dos principais contidos de acordos negociados recentemente pola Unión Europea

Capítulos do TTIP ⁵	CETA	Singapura	Colombia-Perú ⁶	Corea
Comercio de bens: aranceis e acceso ao mercado	SI	SI	SI	SI
Compras públicas	SI	SI	SI	SI
Comercio de servizos e investimentos	SI	SI	SI	SI
Regras de orixe	SI	SI	SI	SI
Cooperación regulatoria	SI	SI	Previsto	Previsto
Barreiras técnicas ao comercio	SI	SI	SI	SI
Medidas sanitarias e fitosanitarias	SI	SI	SI	SI
Comercio e desenvolvemento sustentable	SI	SI	SI	SI
Comercio de enerxía e materias primas	-	-	-	-
Pequenas e medianas empresas	-	-	-	-
Alfándegas e facilitación de comercio	SI	SI	SI	SI
Propiedade intelectual, incluídas indicacións xeográficas protexidas	SI	SI	SI	SI
Competencia	SI	SI	SI	SI
Protección dos investimentos	SI	SI	-	-
Solución de diferenzas entre administracións	SI	SI	SI	SI
Sectores: Farmacia	SI	SI	-	SI
Sectores: Cosméticos	-	-	-	-
Sectores: Têxtils	SI	SI	-	-
Sectores: Vehículos	SI	SI	-	SI
Sectores: Dispositivos médicos	-	-	-	-
Sectores: Tecnoloxías da información e comunicación	SI	SI	-	SI
Sectores: Enxeñaría	-	-	-	-
Sectores: Química	-	-	-	-
Sectores: Pesticidas	-	-	-	-

Fonte: Elaborado a partir de UE/EU (2016), Consello da Unión Europea (2016), Comisión Europea (2015), DOUE (2012), DOUE (2011)

No cadro 5 compáranse os capítulos abordados na 13.^a rolda de negociacións UE/EE.UU. cos acordos subscritos pola UE nos últimos anos no marco da súa nova estratexia comercial. O borrador do TTIP contén algúns capítulos novos respecto ao resto de acordos: en primeiro lugar, abórdanse sectores económicos que son especialmente relevantes nas relacións entre a UE e os EE.UU., como é o caso de cosmética, dispositivos médicos, enxeñaría, química e pesticidas. Incorporárase un capítulo específico relativo ás pequenas e medianas empresas, mentres que noutros acordos o seu tratamento estaba disperso ao longo dos correspondentes textos. Tamén é novidoso o capítulo referido ás materias primas e á enerxía.

O tratamento da protección dos investimentos é un dos aspectos que foi cuestionado máis intensamente por unha parte da opinión pública. A importancia dos aspectos relativos á protección dos investimentos e a que as empresas estranxeiras e os Estados dispoñan de ámbitos en que resolver as súas diferenzas reside, entre outras cuestións, nos elevados gastos xurídicos que xeran, que se sitúan nunha media de 8 millóns de dólares por preito (Gostomski e Michalowski, 2015), que son especialmente prohibitivos para as pemes.

É certo que non se aborda explicitamente nos acordos subscritos con Colombia e o Perú e con Corea do Sur, aínda que existen referencias para tratar esta cuestión no futuro. A controversia sobre a regulación da protección dos investimentos motivou que se realizase unha consulta pública por parte da Comisión Europea e está presente no informe do Parlamento Europeo (2015) que expón a súa preocupación e propón algúns límites ao alcance das obrigas que sobre esta cuestión se poden acordar na negociación e propón a creación a medio prazo dun Tribunal Internacional de Investimento de carácter público.

7 A DIMENSIÓN XEOESTRATÉXICA DO TTIP

O TTIP non pode ser valorado só como un acordo de contido comercial e sería un erro concibilo só como unha operación mercantil. No caso de que chegue a bo porto, os seus efectos superarán amplamente as relacións comerciais entre ambos os dous países e terá incidencia en países terceiros, nas axendas negociadoras internacionais e nos patróns de gobernanza mundial que se articulen nos próximos anos.

Como sinalan Joseph e Picard (2015), o TTIP nace para atender intereses económicos, pero os termos da negociación desbordan as cuestións comerciais para deixar clara unha ambición que transcende á relación bilateral. O TTIP incorpora temas moi relevantes e novidosos, como a supresión das barreiras non arancelarias, o comercio enerxético, a liberalización dos servizos, as cuestións agrícolas, as axudas ás pemes ou a harmonización e compatibilidade de regulacións para os bens, servizos e capitais. Nun sentido similar pronúncianse outros autores que, desde unha perspectiva máis estadounidense, reflexionan acerca do TTIP. Así, Bromund, Coffey e Rile (2014) sinalan que o TTIP debe formar parte dunha ampla estratexia norteamericana de promoción do libre comercio e que os seus riscos e beneficios deben ter en conta os aspectos xeopolíticos.

Ata hai uns anos estaba claro que as relacións económicas –e políticas– internacionais xiraban arredor do que se decidise no marco da relación transatlántica entre Europa e os Estados Unidos. Non obstante, a situación está a cambiar con relativa velocidade e xa non está tan claro que o eixe económico-político siga sendo o mesmo nos próximos anos. Neste contexto, Fontagné *et al.* (2013) sinalan que o TTIP é un intento da Unión Europea e dos Estados Unidos por reter tanto como sexa posible o liderado no comercio mundial. Pola súa banda, Arregui (2015) sinala que a

sinatura do TTIP suporía que Occidente mantivese ou mesmo aumentase o seu poder político e económico na esfera internacional; non obstante, tamén fai notar que un fracaso nas negociacións ou un acordo final que non alcanzase os ambiciosos obxectivos formulados significaría a consolidación do desprazamento do eixe das relacións internacionais cara ao Pacífico.

Neste sentido ten especial relevancia que o primeiro obxectivo fixado polo Consello da UE (2013) á Comisión fose que o acordo se constituíse en “referencia mundial en materia de normas”. Efectivamente, os cambios tecnolóxicos que se producirán nos próximos anos, así como o desenvolvemento da loxística e do comercio electrónico, van facer necesarias novas normas e protocolos no comercio mundial. Sen descoñecer que existen posicións máis escépticas co potencial xeopolítico que levaría consigo a subscrición do TTIP, como poñen de manifesto Bromund, Gardiner e Coffey (2014), que cuestionan desde unha perspectiva americana a capacidade do acordo, reforzar a posición euro-estadounidense ante a China, desde o noso punto de vista, un acordo nestes momentos entre as potencias económicas que supoñen máis do 40% das exportacións mundiais suporía un paso definitivo en canto á determinación das pautas, normas e protocolos do comercio internacional. Agora ben, tamén debemos ser plenamente conscientes de que un acordo de baixa intensidade que supuxese abandonar as dimensións máis novidasas e ambiciosas deste acordo, como a consideración das cuestións laborais, ambientais, culturais ou a protección de datos persoais, abriría as portas a que as normas internacionais que se acabasen consolidando non incorporasen valores europeos que ata agora estiveron presentes na regulación do comercio internacional.

8 VALORACIÓNS ECONÓMICAS EX ANTE DOS EFECTOS DO TTIP

Os efectos económicos da formalización dun acordo de amplo alcance económico entre a UE e os Estados Unidos foi obxecto de numerosos estudos econométricos que intentaron medir o impacto económico para ambas as dúas partes. Os estudos realizados deben ser tomados con prudencia, xa que a súa elaboración requiriu en todos os casos da formulación de supostos que levan consigo unha limitación relevante para os resultados alcanzados. Un resumo dos principais estudos realizados preséntase no cadro 6.

Pelkmans *et al.* (2014) constatan as especiais dificultades que entraña avaliar o impacto do TTIP, por tratarse dun acordo inusual tanto pola amplitude de materias que pretende abordar como pola relevancia económica dos asinantes. Consideran que a utilización de modelos de equilibrio xeral (CGE) reflicte o “estado da arte” da ciencia económica e que son a “mellor ferramenta para estimar os efectos a longo prazo dun acordo comercial complexo” (Pelkmans *et al.*, 2014: 2), malia seren conscientes das limitacións derivadas de supostos pouco reais como a flexibilidade perfecta do mercado de traballo, o tratamento dos investimentos ou considerar irrelevante o tamaño das empresas á hora de ter en conta efectos sobre produtividade ou innovación. Así mesmo, consideran que incorporar as BNA á realización de calquera estimación dos efectos do acordo é indispensable, por tratarse dos instrumentos predominantes de política comercial, pero tamén é extraordinariamente difícil. A crítica aos modelos CGE por incorporaren supostos moi afastados da realidade e polas súas limitacións á hora de avaliar o impacto no emprego tamén está recollida no informe de Raza *et al.* (2014).

A pesar das limitacións, un modelo CGE foi utilizado nos traballos de Francois *et al.* (2013). As súas estimacións permítenlles prever ganancias positivas e significativas, tanto para a UE

como para os EE.UU., aínda que constatan que se produciría unha importante redución das ganancias se o acordo se limitase só a unha eliminación de aranceis, e consideran crítico que os esforzos se concentren en reducir as barreiras arancelarias.

Cadro 6. Resultados de valoracións *ex ante* do TTIP.
Porcentaxe de cambio respecto ao escenario base

	Fontagné <i>et al.</i> - CEPII (2013)	Francois <i>et al.</i> - CEPR (2013)	Felbermayr <i>et al.</i> - Bertelsmann (2013)
Prazo de predición	2015 - 2025	2017 - 2027	10 -20 anos
PIB UE	0,0 - 0,5	0,02 - 0,48	0,52 - 1,31
PIB EE. UU.	0,0 - 0,5	0,01 - 0,39	0,35 - 4,82
UE exportacións bilaterais	49,0	0,69 - 28,0	5,7 - 68,8
EU exportacións totais	7,6	0,16 - 5,91 (só comercio extra UE)	ND
EU salarios reais	ND	0,29 - 0,51	ND
Taxa de paro	Suposto: sen cambios	Suposto: sen cambios	-0,42

Elaborado a partir de Raza *et al.* (2014)

Tamén utiliza unha variante de modelo CGE o estudo de Fontagné *et al.* (2013), que no escenario de referencia calcula o crecemento do PIB a longo prazo nun 0,3%, tanto para Europa como para os Estados Unidos. Desde un punto de vista sectorial, prevé un impacto negativo na agricultura europea do -0,8%; non obstante, a industria europea crecería un 0,6% e os servizos un 0,5%. O impacto positivo previsto para a industria e os servizos europeos é sensiblemente superior ao que calculan para estes sectores nos Estados Unidos.

O estudo de Felbermayr *et al.* (2013) utiliza unha metodoloxía diferente, e as súas previsións máis relevantes apuntan a que a eliminación das barreiras non arancelarias suporía un incremento da renda per cápita media de Europa e dos EE.UU. do 3,27%, aínda que xa apuntan á existencia de diferenzas nos impactos por países. En todo caso, estes resultados son considerados por Pelkmans *et al.* (2014) como excesivamente optimistas.

Un recente traballo de Villaverde e Maza (2016) realiza un primeiro intento de avaliar o impacto do TTIP a partir da estimación, e posterior agregación, dos efectos do acordo sobre cada un dos países da UE. Os resultados que alcanzan permítenlles afirmar que os efectos do TTIP serán pequenos aínda que positivos e desigualmente distribuídos na UE, xa que os países máis desenvolvidos se beneficiarán máis do incremento do comercio cos Estados Unidos.

Por outra banda, o estudo realizado por Capaldo (2014) utiliza o Modelo Global de Políticas das Nacións Unidas, baixo a hipótese dun contexto de prolongada austeridade e baixo crecemento, e, supondo que o modelo institucional da UE non varíe e siga sendo incapaz de coordinar eficazmente as súas políticas fiscais para responder ante crises económicas, obtén resultados sensiblemente diferentes dos anteriores e predí un impacto negativo en todas as variables economicamente relevantes (PIB, emprego, exportacións, rendas do traballo) que afecta especialmente ás economías do norte de Europa. Este traballo incide especialmente en que, de se manteren as condicións en que se desenvolve na actualidade a política fiscal europea, a eco-

nomía dos diferentes países da UE e desta no seu conxunto pode facerse máis vulnerable ante posible *shocks* externos, particularmente os que poidan provir dos EE.UU.

En definitiva, os estudos realizados sobre o impacto do TTIP permítenos afirmar, con toda a prudencia que deriva dos supostos e hipóteses formuladas, que o impacto económico do TTIP é lexeiramente positivo, aínda que o efecto é desigual tanto nos países da Unión Europea como nos diferentes sectores económicos. Isto permítenos afirmar que, como tamén se constata en estudos como o de Bromund, Coffey e Rile (2014), a UE non pode depositar as súas esperanzas de reactivación económica só no crecemento do seu comercio exterior, en xeral, e en particular nos efectos económicos derivados do TTIP. É máis, aproveitar os potenciais efectos positivos que deriven dun acordo desta natureza require que a UE reforce os seus mecanismos de coordinación económica para facelos verdadeiramente eficaces.

9 CONCLUSIÓNS

O TTIP inscríbese nun marco de redefinición das relacións económicas internacionais caracterizado pola formalización de acordos económicos rexionais como resposta ao estancamento da Rolda de Doha da Organización Mundial do Comercio, polo desprazamento do eixe económico mundial cara ao Pacífico e polo dominio das barreiras non arancelarias fronte aos clásicos aranceis. Unha valoración axeitada deste acordo non pode limitarse só aos efectos económicos, senón que debe incorporar a dimensión xeoestratéxica e o obxectivo, máis ou menos explícito, de que Europa e os Estados Unidos sigan sendo as referencias comerciais mundiais, especialmente no ámbito das normas e das referencias.

Malia que se descoñece a orientación que a Administración de Trump pretende establecer nas negociacións, os contidos negociados ata agora do TTIP aseméllanse bastante aos que figuran en acordos comerciais subscritos pola UE a partir da aprobación en 2006 da nova estratexia comercial europea, incorporando como elementos centrais da negociación as medidas non arancelarias, así como unha especial atención ás pemes e á enerxía. A maior singularidade deste acordo devén do feito de que as partes negociadoras son, na actualidade, as principais potencias comerciais do mundo. Un acordo desta natureza que alcance os obxectivos ambiciosos que se fixou transcenderá os propios asinantes e influirá en todo o mundo. Precisamente por iso, os efectos do TTIP transcenden os estritamente económicos e sitúanse no terreo da xeoestratexia mundial, polo que a súa axeitada valoración debe incorporar estes aspectos para os que aínda non dispomos de métodos de valoración económica afinados.

En todo caso, os estudos que, sen ter en conta a dimensión xeoestratéxica e con limitacións para avaliar o impacto da supresión das barreiras non arancelarias, intentan medir *ex ante* os efectos económicos do TTIP coinciden en sinalar que son positivos. Só o traballo de Capaldo (2014) difire desta previsión positiva. Non obstante, as previsións optimistas non poden ocultar que a distribución dos efectos presenta importantes diferenzas territoriais e sectoriais que posiblemente requiran actuacións correctoras por parte da UE. En todo caso, debemos ser conscientes de que o futuro económico de Europa non só depende deste acordo. A resolución das incertezas institucionais e políticas que actualmente existen son determinantes mesmo para aproveitar plenamente os potenciais efectos positivos da formalización deste.

10 BIBLIOGRAFÍA

- Arregui, J. 2015. «Relaciones económicas UE-EEUU: negociación e implicaciones del TTIP», *Revista CIDOB d'Afers internacionals*, 110, 43-66.
- Bataller Martín, F. e Jordán Galduf, J.M. 2013. «¿Adónde va la política comercial exterior de la Unión Europea», *Información Comercial Española*, 875, 11-30.
- Bollen, Y., De Ville, F. e Orbie, J. 2016. «EU trade policy: persistent liberalisation, contentious protectionism», *Journal of Economic Integration*, 38 (3), 279-294.
- Bromund, T., Coffey, L. e Rile, B. 2014. «The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): Economic Benefits and Potential Risks», *Backgrounder*, 2952, The Heritage Foundation. <http://report.heritage.org/bg2952> (28-02-2017).
- Bromund, T. Gardiner, N. e Coffey, L. 2014. «The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): The Geopolitical Reality», *Backgrounder*, 2953, The Heritage Foundation. <http://report.heritage.org/bg2953> (28-02-2017).
- Capaldo, J. 2014. «La Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión: desintegración de Europa, desempleo e inestabilidad», *Documento de trabajo n. 14-03*, Global Development and Environment Institute, Tufts University. https://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/wp/14-03CapaldoTTIP_SP.pdf (28-02-2017).
- Comisión Europea 2006a. «Una Europa Global: competir en el mundo», *COM(2006) 567 final*. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0874&from=ES>
- Comisión Europea 2006b. «Una Europa Global: Instrumentos de defensa comercial europeos en una economía global en transformación. Libro Verde para consulta pública», *COM(2006) 763 final*. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0763&from=ES>
- Comisión Europea 2007. «Una Europa global: una cooperación reforzada para facilitar a los exportadores europeos el acceso a los mercados», *COM(2007) 183 final*. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0183&from=ES>
- Comisión Europea 2015. «EU-Singapore Free Trade Agreement. Authentic text as of May 2015». <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961> (17-02-2017).
- Comisión Europea 2017. «European Union, Trade in goods with USA». http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/sep-tember/tradoc_113465.pdf (23-02-2017).
- Consejo de la Unión Europea 2013. «Directrices de negociación relativas a la Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América». *Documento desclasificado en 2014*. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/es/pdf> (25-02-2017).
- Consejo de la Unión Europea 2016. «Acuerdo de Asociación Estratégica entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Canadá, por otra», *Expediente interinstitucional 2015/0073 (NLE)*. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5368-2016-REV-2/es/pdf>
- DOUE 2011. «Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra». <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2011:127:FULL&from=ES> (24-02-2017).
- DOUE 2012. «Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte, y Colombia y el Perú, por otra». <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ%3A%3A2012%3A354%3ATOC> (24-02-2017).
- DOUE 2016. «Decisión (UE) 2016/2369 del Consejo, de 11 de noviembre de 2016, relativa a la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, para tener en cuenta la adhesión de Ecuador». <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016D2369> (27-02-2017).
- Felbermayr, G., Larch, M., Flach, L., Yalcin, E. e Benz, S. 2013. «Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). Who benefits from a free trade deal?». *Bertelsmann Stiftung*. <http://www.bfna.org/sites/default/files/TTIP-GED%20study%2017June%202013.pdf> (27-02-2017).
- Fontagné, L., Gourdon, J. e Jean, S. 2013. «Transatlantic Trade: wether partnership, which economic consequences?», *CEPII policy brief*, 1. <http://www.cepii.fr/CEPII/fr/publications/pb/abstract.asp?NoDoc=6113>.
- Francois, J., Manchin, M., Norberg, H., Pindyuk, O. e Tomberger, P. 2013. «Reducing Trans-Atlantic Barriers to Trade and Investment», *CEPR para la Comisión Europea*. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/march/tradoc_150737.pdf (28-02-2017).
- Gostomski, E. e Michalowski, T. 2015. «Negotiations on the Transatlantic Free Trade Area. Effects of the proposed agreement on the economies of the European Union and the United States of America», *European Integration Studies*, 9, 127-138.

- Joseph, S. e Picard, S. 2015. «La negociación del TTIP: del interregionalismo a la gobernanza global», *Revista CIDOB d'Afers internacionals*, 110, 67-86.
- Maesso Corral, M. 2011. «La integración económica», *Información Comercial Española*, 858, 119-132.
- Meissner, K. 2015. «Ha fracasado el interregionalismo? Las negociaciones UE-ASEAN», *Revista CIDOB d'Afers internacionals*, 110, 17-41.
- Parlamento Europeo 2015. «Informe que contiene las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión Europea relativas a las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI)». [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0175+0+DOC+PDF+V0//ES \(25-02-2017\)](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0175+0+DOC+PDF+V0//ES (25-02-2017)).
- Pelkmans, J., Lejour, A., Schrefle, L., Mustilli, F. e Timini, J. 2014. «The impact of TTIP. The underlying economic model and comparisons», *CEPS special report*, 93. [https://www.ceps.eu/publications/impact-ttip-underlying-economic-model-and-comparisons \(28-02-17\)](https://www.ceps.eu/publications/impact-ttip-underlying-economic-model-and-comparisons (28-02-17)).
- Raza, W., Grumiller, J., Taylor, L., Tröster, B. e von Arnin, R. 2014. «ASSESS_TTIP: Assessing the claimed benefits of the transatlantic trade and investment partnership (TTIP)», ÖFSE – Austrian Foundation for Development Research report commissioned by The Confederal Group of the European United Left/Nordic Green Left political group in the European Parliament. [http://www.guengl.eu/uploads/plenary-focus-pdf/ASSESS_TTIP.pdf \(27-02-2017\)](http://www.guengl.eu/uploads/plenary-focus-pdf/ASSESS_TTIP.pdf (27-02-2017)).
- UE/EU 2016. «Note-Tactical state of play of the TTIP negotiations. March 2016». *Documento hecho público por Greenpeace*. www.ttip-leaks.org.
- UNCTAD 2015a. *Clasificación internacional de las medidas no arancelarias. Versión de 2012*. http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditctab20122_es.pdf.
- UNCTAD 2015b. *Key statistics and trends in trade policy 2015*. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditctab2015d1_en.pdf.
- UNCTAD 2017. *TRAINS NTMs datatabase*. [http://i-tip.unctad.org \(5-02-2017\)](http://i-tip.unctad.org (5-02-2017)).
- Villaverde, J. e Maza, A. 2016. «The effects of the TTIP on EU countries: an ex-ante evaluation», *Revista de Economía Mundial*, 42, 169-191. [http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86645578009 \(28-02-2017\)](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86645578009 (28-02-2017)).

NOTAS

- 1 Dato obtido en [http://i-tip.unctad.org \(22-02-17\)](http://i-tip.unctad.org (22-02-17)).
- 2 Meissner (2015) realiza unha interesante análise do fracaso das negociacións UE-ASEAN que ilustra as dificultades para seguir avanzando en acordos interrexionais e a necesidade de apostar por relacións bilaterais en determinadas rexións.
- 3 No momento de redactar este artigo, os datos publicados pola Comisión Europea para os Estados Unidos só se refiren a 2015.
- 4 As negociacións cos EE.UU. iniciáronse seguindo os protocolos vixentes naquel momento, que consideraban confidenciais a maior parte dos documentos relacionados con esta cuestión. As reiteradas acusacións de escurantismo e a presión política en favor dunha maior transparencia nas negociacións comerciais fixeron que a UE iniciase unha política de transparencia e, entre outras medidas, desclasificase boa parte dos seus documentos a partir de 2014. En maio de 2016 Greenpeace publicou os documentos consolidados da décima rolda negociadora, o que provocou outro salto no que se refire a transparencia nas negociacións comerciais. Na actualidade, a UE fai públicos informes antes e despois de cada rolda.
- 5 Os documentos da Unión Europea en relación co TTIP, os textos da negociación e os obxectivos e a posición da Comisión Europea respecto a cada un dos capítulos están dispoñibles en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/indeSj.cfm?id=1249&serie=866&langId=es#market-access>.
- 6 Recentemente incorporouse Ecuador a este acordo (DOUE, 2016).

México ante a crise política cos Estados Unidos de América: o reto ante os tratados de libre comercio co resto do mundo

México ante la crisis política con los Estados Unidos de América: el reto ante los tratados de libre comercio con el resto del mundo

Mexico facing the political crisis with the United States of America: the challenge to free trade agreements with the rest of the world

MTRO. LEOPOLDO CALLEJAS FONSECA

Director da Universidade Latina de América (México)
lcallejas@unla.edu.mx

MTRO. RODRIGO TAVERA OCHOA

Profesor da Universidade Latina de América (México)
rtavera1@unla.edu.mx

Recibido: 20/03/2017 | Aceptado: 30/05/2017

Resumo: Este documento elaborouse coa finalidade de realizar unha análise sobre o comportamento das relacións comerciais que por décadas desenvolveu o Estado mexicano. Así, unha premisa fundamental para iso foi o establecemento e a posta en marcha dunha política económica baseada en tratados comerciais que deron principio ao posicionamento de México nos mercados internacionais; con iso iniciouse o intento de diversificar as exportacións e as importacións no país.

México é un dos países que a nivel internacional conta cunha boa cantidade de tratados de libre comercio, o que debera supor que a súa economía estea diversificada, o cal na operatividade non é así, xa que boa parte do comercio segue dependendo da relación co seu veciño do norte. Non obstante, a partir da toma de posición do novo goberno estadounidense, moitas dúbidas xurdiron respecto á posibilidade de renegociar e/ou, no seu defecto, cancelar o principal acordo comercial que impulsou a economía mexicana, o Tratado de Libre Comercio cos Estados Unidos e Canadá, coñecido pola súa sigla en inglés como NAFTA (North American Free Trade Agreement).

Así mesmo, preséntase unha análise sobre as expectativas que puidesen xurdir ante os escenarios antes mencionados, fundamentando para iso a importancia que adquiriron para as tres nacións a apertura comercial, polo que os ditos escenarios soamente dan unha idea do complicada que podería ser unha eliminación para calquera dos países, non unicamente para o Estado mexicano.

Palabras clave: exportacións, relación comercial, globalización, tratados comerciais.

Resumen: Este documento se ha elaborado con la finalidad de realizar un análisis sobre el comportamiento de las relaciones comerciales que por décadas se ha desarrollado por parte del Estado mexicano. Así,



una premisa fundamental para ello fue el establecimiento y la implementación de una política económica basada en tratados comerciales que dieron principio al posicionamiento de México en los mercados internacionales; con ello se comenzó el intento de diversificar las exportaciones y las importaciones en el país. México es uno de los países que a nivel internacional cuenta con una buena cantidad de tratados de libre comercio, lo que debiera suponer que su economía esté diversificada, lo cual en la operatividad no es así, ya que buena parte del comercio sigue dependiendo de la relación con su vecino del norte. Sin embargo, a partir de la toma de posición del nuevo gobierno estadounidense, muchas dudas han surgido respecto a la posibilidad de renegociar y/o, en su defecto, cancelar el principal acuerdo comercial que ha impulsado la economía mexicana, el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y Canadá, conocido por su sigla en inglés como NAFTA (North American Free Trade Agreement).

Asimismo, se presenta un análisis sobre las expectativas que pudieran surgir ante los escenarios antes mencionados, fundamentando para ello la importancia que han adquirido para las tres naciones la apertura comercial, por lo que dichos escenarios solamente dan una idea de lo complicada que podría ser una eliminación para cualquiera de los países, no únicamente para el Estado mexicano.

Palabras clave: exportaciones, relación comercial, globalización, tratados comerciales.

Abstract: The present document pretends to analyze the commercial behavior that for decades has been conducted by the Mexican State. Thus, a fundamental premise for this context was the establishment and implementation of an economic policy based on trade agreements that gave rise to an important positioning of Mexico in international markets; with this began an attempt to diversify the exports and imports in the country.

Mexico is one of the countries at the international scene that has an important number of free trade agreements, which should assume that its economy is diversified, however in the practice is not, since much of the trade is still depending of the relationship with its northern neighbor. However, since the positioning of the new US government many doubts have arisen regarding the possibility of renegotiating or cancel the most important trade agreement that has driven the Mexican economy, the Free Trade Agreement with the United States and Canada, known as the North American Free Trade Agreement (NAFTA). Likewise, an analysis is presented on the expectations that could be presented in the scenarios mentioned above, based on the importance of the commercial opening for the three nations, these scenarios only give an idea of how complicated could be an elimination for some of the countries, not only for the Mexican State.

Key words: exports, commercial relationships, globalization, trade agreement.

Sumario: 1 Antecedentes da apertura comercial. 2 Operatividade e posta en marcha da apertura comercial de México. 2.1 O intercambio comercial de México. 2.2 O investimento estranxeiro directo. 2.3 Posibles consecuencias de renegociar o TLCAN. 2.4 O escenario do comercio internacional coa nova Administración estadounidense. 3 Reflexións finais. 4 Bibliografía.

1 ANTECEDENTES DA APERTURA COMERCIAL

Un fenómeno que foi considerado como de suma importancia para o mundo, polo seu impacto e polas súas implicacións, é o da globalización, proceso mediante o cal os países buscan incrementar o intercambio de bens, servizos, mercadorías, cultura, finanzas, comunicacións, tecnoloxía, ciencia, industria, etc. O dito intercambio comercial prové os socios de escenarios máis complexos polas relacións de interdependencia que se van xerando a través dos anos.

O Fondo Monetario Internacional (FMI) sinala que a “globalización” económica é un proceso histórico, o resultado da innovación humana e o progreso tecnolóxico. Refírese á crecente integración das economías de todo o mundo, especialmente a través do comercio e dos fluxos financeiros. Nalgúns casos este termo fai alusión ao desprazamento de persoas (man de obra) e á transferencia de coñecementos (tecnoloxía) a través das fronteiras internacionais. A globalización abrangue ademais aspectos culturais, políticos e ambientais máis amplos...” (Fondo Monetario Internacional, 2013).

Por outro lado, o Banco Mundial (BM) coincide en que a multiplicidade de significados foi en aumento, ademais de que estes van “(...) adquirindo connotacións culturais, políticas e doutros tipos ademais da económica (...) (PREM, 2013)”. A pesar diso, o BM céntrase na que considera como definición medular: que a actividade económica do mundo “(...) parece estar a ter lugar entre persoas que viven en países diferentes (en vez de no mesmo país)” (PREM, 2013).

Ambos organismos internacionais converxen na íntima relación da globalización cos fluxos económicos e comerciais que teñen os Estados máis alá das súas fronteiras. Neste sentido, un dos instrumentos xurídicos internacionais que máis achegaron ao proceso de globalización mundial son, sen dúbida ningunha, os tratados de libre comercio, instrumentos xurídicos internacionais asinados por diferentes países entre si, xa sexa a nivel bilateral, rexional ou multilateral.

Para o caso dos Estados Unidos Mexicanos, o proceso globalizador formalízase na teoría e na praxe coa inclusión do país no GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) en 1986, que á fin sería substituído polo que hoxe coñecemos como a OMC (Organización Mundial do Comercio), grazas á Rolda de Uruguai.

A incorporación de México ao dito organismo especializado da Organización das Nacións Unidas (ONU) coincide coa proposta e o desenvolvemento do modelo neoliberal a escala global a partir da década dos oitenta do século pasado, principalmente promovido polos Estados Unidos de América e Inglaterra, sendo este un dos fenómenos e procesos que máis impactaron e influíron nas relacións económicas e comerciais internacionais da maioría dos países do mundo.

Ese proceso económico foi eliminando, virtualmente, moitas das barreiras comerciais que os Estado-nación procuraron nas súas economías practicamente desde a aparición do Sistema Político Internacional en 1648 e ata a Segunda Guerra Mundial, momento en que os organismos internacionais e especializados desenvolven un papel moito máis activo na participación da política económica e comercial internacional. De aí que ata a data órganos especializados da ONU como o FMI, o BM, a CEPAL (Comisión Económica para América Latina e o Caribe) e a OMC, entre outros, sexan referentes en diversos temas das súas respectivas áreas de competencia.

Agora ben, é certo que os procesos de integración económica e comercial se viñeron xerando en Europa coa mesma conclusión da Segunda Guerra Mundial. Exemplo diso é a conformación do BENELUX (Bélxica, Holanda e Luxemburgo), pasando pola Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro (CECA), ata o que hoxe coñecemos como a Unión Europea (UE).

Non obstante, era un proceso que se daba exclusivamente a escala rexional. Non é senón ata a década dos oitenta cando se comeza a formalizar e estenderse de xeito máis xeral a promoción e a adhesión aos tratados de libre comercio coa finalidade de buscar maiores beneficios entre os seus socios comerciais. Paralelamente, neste período comeza a debaterse e a reformularse no eido internacional moitos dos esquemas de participación, cooperación e interacción non só entre os Estados e organismos internacionais, senón tamén entre os suxeitos de dereito internacional e incluso cos mesmos actores internacionais.

Para o caso mexicano, a década dos oitenta trouxo consigo unha serie de transformacións nos ámbitos político, económico, comercial e social, entre outros. A elección presidencial de 1988 en México deixou como presidente a Carlos Salinas de Gortari, quen pola súa mesma formación académica no estranxeiro comungaba e promovía en boa e mellor medida os ideais e principios neoliberais, polo que desde o inicio do seu goberno deu mostras claras e contundentes de cal era o rumbo que o Estado mexicano ía seguir, polo menos, nas seguintes tres décadas.

A privatización de empresas nacionais, a redución de ceros ao peso mexicano e o inicio da sinatura de tratados de libre comercio foron o comezo da posta en marcha do modelo económico que ata a data segue estando vixente e que na actualidade acumula pouco máis dunha ducia de instrumentos xurídicos comerciais con 45 países nos cinco continentes do noso planeta.

A proposta para México era desenvolver unha dinámica que lle permitiría impulsar o proceso globalizador grazas á sinatura de diferentes instrumentos xurídicos internacionais, coa finalidade de incrementar o intercambio e o fluxo comerciais. Por iso, asina en 1986 o Acordo de Alcance Parcial (AAP) con Panamá, en 1987 o Acordo de Cooperación Económica (ACE) con Arxentina, en 1994 o Tratado de Libre Comercio (TLC) cos Estados Unidos de América e Canadá, o cal propicia que se incremente o interese de nacións por asinar instrumentos similares con México, xerándose en 1995 o ACE con Bolivia, o TLC con Costa Rica e o TLC con Colombia e Venezuela.

No ano 1998 asínase un AAP con Ecuador e un TLC con Nicaragua, en 1999 un TLC con Chile, no ano 2000 un TLC con Israel, un AAP con Paraguai e un TLC coa Unión Europea; no ano 2001 súmase un TLC con Guatemala, Honduras e O Salvador, un ACE con Cuba e un TLC máis con Islandia, Liechtenstein, Noruega e Suíza. No ano 2003 asínase un Acordo de Cooperación Económica que ademais resulta importante no desenvolvemento da economía mexicana, sendo este o acordo automotriz co Mercosur e tamén co Brasil o que impulsa de xeito significativo o papel de México no mercado mundial do sector automotriz.

Grazas a iso, orixínanse máis sinaturas de acordos co Xapón en 2005, créase a Alianza do Pacífico con Chile, Colombia e o Perú, desenvólvese un TLC único para Costa Rica, O Salvador, Guatemala, Honduras e Nicaragua en 2011, así como para o Perú e Panamá en 2012 e 2014 respectivamente.

No ano 2015, México inicia as negociacións e solicita incorporarse ao Tratado de Asociación Transpacífico (TPP), que lle permitiría xerar máis sinerxías con países como Australia, Brunei, Canadá, Chile, o Xapón, Malaisia, Nova Zelandia, o Perú, Singapur, Vietnam e os Estados Unidos (Proméxico, 2014).

É importante sinalar que, no caso do TPP, os países estaban na etapa de negociación para a súa futura sinatura e, se é o caso, ratificación de cada unha das partes. Non obstante, o triunfo electoral e a investidura de Donald Trump como presidente dos Estados Unidos de América botaron atrás esas negociacións, que no seu momento supuñan un bloque para contrarrestar os avances da China en ambas as dúas rexións continentais.

Como se pode apreciar, México foi un dos países que máis promoveu e asinou acordos de libre comercio, desenvolvendo unha estratexia diversificadora, polo menos na teoría, a través da sinatura dun gran número de instrumentos xurídicos internacionais que lle permiten ter a posibilidade de incrementar a súa actividade exportadora, o que xeraría maiores niveis de ingresos e benestar para a poboación.

Non obstante, os números parece que non explican ou demostran a gran vantaxe e oportunidades que se lle presentaron ao país ao ter un bo número de socios comerciais ao longo e ancho do planeta, xa que seguen sendo os Estados Unidos de América os principais socios comerciais de México, polo que a continuación se presentarán algúns dos principais indicadores que demostran a dependencia que as dúas economías teñen, o que fai cuestionar que sexa tan benéfico contar cun gran número de socios se non se logra unha verdadeira diversificación comercial.

2 OPERATIVIDADE E POSTA EN MARCHA DA APERTURA COMERCIAL DE MÉXICO

O impulso comercial xerado polas diferentes economías do orbe logrou practicamente eliminar boa parte das fronteiras económicas entre os países grazas á globalización. Este proceso permitiu cambios transcendentais en diversos aspectos políticos, culturais, sociais e económicos que a día de hoxe sofren e gozan as diferentes sociedades. Sofren pola innegable perda ou transformación da identidade ao establecerse novas sociedades multiculturais nos países e gozan pola gran cantidade de bens e servizos aos que agora teñen acceso estas novas sociedades, o que lles permitiu incrementar, nalgúns casos, os niveis de vida e acceder a mellores servizos.

Por outro lado, vemos países, quizais os menos beneficiados pola apertura comercial, que buscaron regresar a modelos económicos proteccionistas e tradicionais supondo con iso que recuperarían o que tiñan no pasado, sen entender *de facto* que as sociedades xa non son as mesmas e que, polo tanto, é máis difícil que iso suceda.

Hoxe vemos un maior intercambio comercial de bens e servizos que crearon grandes interdependencias entre as economías, como se dicía, para ben e para mal, xa que tanto o neoliberalismo como a globalización se presentaban como modelos que podían paliar en boa medida os problemas da falta de equidade a escala global, situación que evidentemente non se logrou.

Por outro lado, as empresas multinacionais e as grandes corporacións non parecen estar dispostas a cambiar a dinámica comercial e de mercado en que actualmente participan, xa que iso suporía menores niveis de beneficios para os seus donos e socios. Hoxe estas corporacións posúen un poder tal que teñen unha grande inxerencia nas relacións e no intercambio comercial no mundo enteiro.

2.1 O intercambio comercial de México

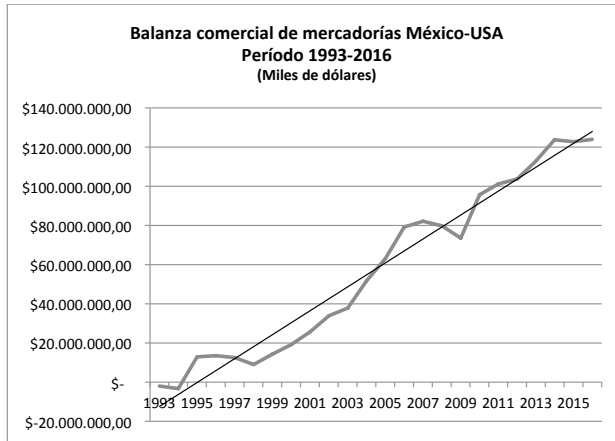
Hoxe en día hai un forte debate na sociedade mexicana sobre os resultados da apertura comercial, así como sobre a dependencia que a economía segue tendo cos Estados Unidos de América. A dita dicotomía atópase entre os que defenden os resultados macroeconómicos da apertura comercial e os que sosteñen que eses resultados non se viron reflectidos no desenvolvemento da poboación en xeral.

Sen dúbida ningunha, atopar un punto intermedio vólvese un pouco máis que complicado, xa que iso suporía facer unha análise minuciosa de cada un dos sectores que conforman o Tratado de Libre Comercio cos Estados Unidos e Canadá (TLCAN) e ponderar o impacto que cada un deles tivo non só en termos macroeconómicos, senón a nivel poboacional.

Por iso, a continuación preséntanse soamente algúns indicadores e resultados desa apertura comercial, particularmente no relativo ao tratado cos Estados Unidos de América e Canadá, coa finalidade de que sexa o propio lector quen identifique ou valore os resultados do dito acordo comercial.

Os tratados de libre comercio foron un instrumento que lle permitiu á economía mexicana avanzar no proceso de liberalización dos mercados de bens e servizos. A partir de 1994, México experimentou un cambio significativo grazas á sinatura do TLCAN, logrando con iso posicionarse como un dos máis importantes socios comerciais da unión americana. Como se pode apreciar no gráfico 1, o saldo da balanza comercial entre México e os Estados Unidos de América rexistrou un superávit, de xeito xeral, para México, a pesar das inestabilidades económicas que se presentaron en ambos os dous países.

Gráfico 1. Saldo da balanza comercial México-Estados Unidos 1993-2016



Fonte: Elaboración propia con datos do Banco de Información Económica do INEGI 2017

Así mesmo, pódese observar que, salvo durante o primeiro ano de operación do TLCAN (1994), período que estivo marcado por un proceso electoral altamente cuestionado en México, o levantamento zapatista no sur do país e o asasinato do candidato presidencial do partido no goberno Luis Donaldo Colosio Murrieta, así como durante a crise hipotecaria dos Estados Unidos de 2008, os números son mellores para o Estado mexicano, crecendo exponencialmente as relacións comerciais entre as dúas nacións ano a ano.

O tratado non só lle abriu as portas ao Estado mexicano para impulsar a comercialización dos seus produtos, senón que tamén lle brindou a oportunidade de impulsar o desenvolvemento tecnolóxico e a modificación no comportamento dos consumidores internos; iso ocasionou un cambio nas preferencias dos seus cidadáns, o que supón en principio unha maior activación da economía local.

Aínda que, certamente, se obtiveron maiores beneficios en termos xerais do comercio e do consumo, unha das industrias que máis se desenvolveron no país a partir do TLCAN foi a automotriz, converténdose a día de hoxe no eixe estratéxico do crecemento económico nacional.

Neste sentido, México atopou na manufactura automotriz o combustible que lle permitiu e permitirá crecer nos próximos anos, xa que este sector achega máis do 3% do Produto Interno Bruto Nacional e cerca do 18% do manufacturero, xerando unha derrama económica por máis de 52 mil millóns de dólares e preto de 900 mil empregos directos, converténdoo no sétimo produtor mundial e no cuarto en canto á exportación de vehículos lixeiros (Proméxico, 2016).

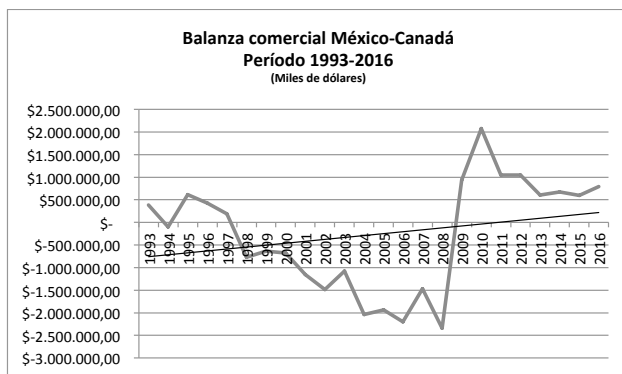
Iso explica a importancia que o actual presidente dos Estados Unidos de América, Donald Trump, lle deu nos seus primeiros días de goberno ao tema, inhibindo o investimento estranxeiro directo do dito sector estratéxico para a economía mexicana. É importante recoñecer que ter retido, polo menos de momento, o investimento de empresas estadounidenses nese sector foi un logro para a súa Administración.

Por outro lado, queda claro, polo menos en termos xurídicos, que, para poder renegociar ou cancelar o TLCAN, os Estados Unidos deben seguir un procedemento xurídico-administrativo que, no mellor dos casos, lle levará de seis meses a un ano. Por agora, e de acordo cos primeiros

achegamentos entre funcionarios de primeiro nivel dos dous países, todo parece indicar que a renegociación comezará a mediados de ano. Así mesmo, tamén queda de manifesto que cada unha das nacións poderá levar a cabo accións para inhibir ou desincentivar investimentos con e entre os seus socios comerciais.

Outra das industrias máis beneficiadas para México polo TLCAN é a industria aeronáutica, colocándose hoxe como un dos provedores máis importantes, por enriba de Italia, o Brasil, Israel e a China (HSBC, 2015). Así, intentouse clarificar a importancia e o beneficio que lle proporcionou a México a sinatura do TLCAN. Non obstante, como puidemos observar no gráfico anterior, este escenario preséntase só na relación comercial México-Estados Unidos.

Gráfico 2. Saldo da balanza comercial México-Canadá 1993-2016



Fonte: Elaboración propia con datos do Banco de Información Económica do INEGI 2017

Polo que respecta a Canadá, ao ser parte do mesmo bloque comercial e rexional, un suporía que os resultados deberían ser similares. En cambio, os datos amosan grandes diferenzas con relación aos Estados Unidos de América, en principio porque a balanza comercial entre México e Canadá presenta un déficit puntual desde 1996 ata 2008, tendo un repunte moi importante en 2009, como se pode observar no gráfico 2, o cal podería interpretarse como o resultado da crise orixinada nos Estados Unidos, a mesma que se comentou con antelación e que redundou nun menor nivel de consumo dos produtos mexicanos e onde tanto Canadá como México aproveitaron a conxuntura para impulsar a relación comercial bilateral. É dicir, a caída presentada no intercambio comercial cos Estados Unidos de América significou un incremento no nivel de exportacións de México cara a Canadá.

O gráfico anterior tamén nos deixa ver que no arranque do TLCAN os resultados para México eran favorables, contrariamente ao que sucedeu no inicio cos Estados Unidos de América, o que nos deixa entrever que en momentos de crise a economía mexicana “buscou ou atopou” os espazos para compensar os desaxustes comerciais que se presentan cos Estados Unidos.

É importante comentar que o crecemento no intercambio comercial entre México e Canadá orixinou que esta se converta no terceiro socio comercial, onde as exportacións de México creceron preto do 7%, dando como resultado que a balanza comercial presente superávit para o país azteca. Entre os principais intercambios de mercadoría están a maquinaria e os aparellos mecánicos, os equipos de son e de televisión, así como os equipos eléctricos. Tamén cómpre

mencionar que, así como se impulsou o desenvolvemento de certas industrias estratéxicas en México, son os vehículos, as aeronaves e os minerais os que ocupan os primeiros lugares nas exportacións de México cara a Canadá (El Economista, 2016).

Para a Administración de Carlos Salinas de Gortari, o Tratado de Libre Comercio de América do Norte foi un dos seus maiores logros, xa que supuña a inclusión de México nas economías máis desenvolvidas e o recoñecemento dos Estados Unidos de América ás políticas desenvolvidas polo país nos últimos anos.

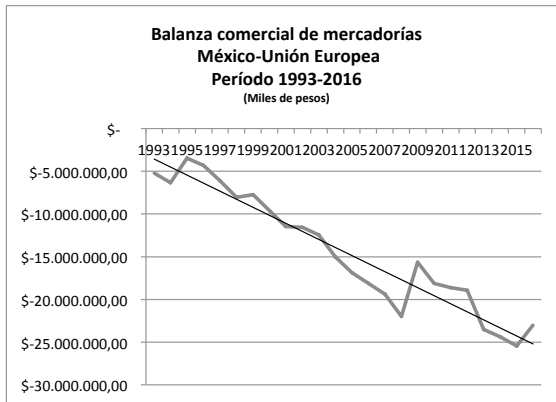
O feito de ter asinado o dito tratado fixo que México se volvese un socio atractivo para outros países e rexións. Comezou entón unha política económica comercial que continuaron os presidentes Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa e, actualmente, Enrique Peña Nieto.

Para Zedillo Ponce de León, a súa estratexia en materia comercial era asinar un tratado de libre comercio co principal bloque económico internacional ou polo menos o máis consolidado ata ese momento, a Unión Europea, polo que puxo en marcha unha serie de accións que lograron concretar o dito acordo comercial, aceptando mesmo a chamada cláusula democrática, moi cuestionada no seu momento pola oposición en México.

No gráfico 3 pódese apreciar a evolución histórica da balanza comercial de México coa Unión Europea desde 1993. É importante sinalar que non foi ata o ano 2000 cando entra en operación ese acordo comercial. Porén, para efectos comparativos decidiuse ponderar as mesmas datas que nos gráficos anteriores, coa finalidade de poder ter os mesmos elementos comparativos.

A diferenza do TLCAN, a balanza comercial coa Unión Europea, mesmo posteriormente á súa sinatura, demostrou un declive permanente nos últimos anos, o cal indica que México non soubo ou non puido sacar o beneficio esperado dese acordo comercial.

Gráfico 3. Saldo da balanza comercial México-Unión Europea 1993-2016

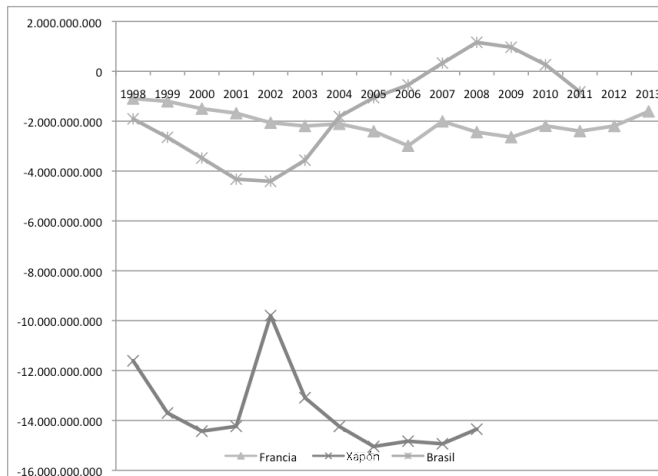


Fonte: Elaboración propia con datos do Banco de Información Económica do INEGI 2017

Cómpre resaltar que, igual que sucedeu con Canadá, coa Unión Europea nos períodos de crise aparece un repunte favorable para a balanza comercial de México, o que sustenta a idea de que non se realizaron os esforzos políticos necesarios para lograr consolidar unha diversificación da economía nacional.

Por outro lado, no gráfico 4 pódese observar de xeito xeral que a balanza comercial de México con países como Francia, o Xapón e o Brasil, cos cales se teñen acordos comerciais asinados, xa sexa de xeito bilateral ou por bloque, foi moi regular en canto ao seu comportamento, tanto en superávit como en déficit, pero ao mesmo tempo obsérvase que non houbo alteracións significativas nos importes totais de importacións e de exportacións.

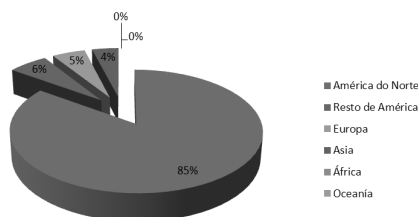
Gráfico 4. Comparación da balanza comercial de México con outros países 1998-2015



Fonte: Elaboración propia con datos do Banco de Información Económica do INEGI 2017

A apertura comercial de México e a sinatura de diversos acordos comerciais non xeraron os resultados esperados, particularmente no relativo á diversificación da dependencia da economía nacional. Pola contra, a relación e a dependencia que ambas as dúas economías (México e os Estados Unidos de América) teñen foise consolidando cada vez máis. De igual xeito, pódese sinalar que para o resto dos países cos que temos asinados instrumentos xurídicos de libre comercio se continúa cos baixos niveis de comercialización, tal como se mostra no gráfico anterior, e no subsecuente gráfico 5, que mostra a alta dependencia do comercio de México con diferentes rexións do mundo, o que significa que o intercambio con diversos países segue sendo deficitario.

Gráfico 5. Exportacións totais de México 1991-2016



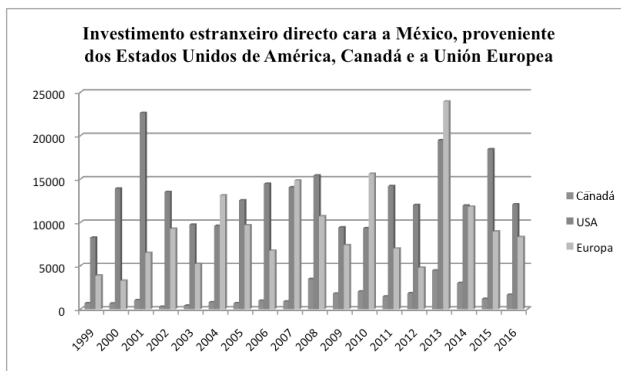
Fonte: Elaboración propia con datos do Banco de Información Económica do INEGI 2017

2.2 O investimento estranxeiro directo

Ao principio do documento, sinalouse que outro dos instrumentos da globalización tiña que ver cos fluxos económicos, de acordo co FMI. O investimento estranxeiro directo (IED) é un dos elementos que demostran a relación comercial entre México co resto do mundo.

No caso que nos ocupa, outro dos beneficios que México obtivo é o incremento no IED derivado dos tratados comerciais asinados. Así, no período 1999-2016 experimentouse un aumento considerable na materia que procedeu, substancialmente, dos Estados Unidos de América, como se pode observar no gráfico 6. Non obstante, hai anos en que o IED de Europa superou ese investimento.

Gráfico 6. Investimento estranxeiro directo cara a México, USA, Canadá e a UE 1993-2016



Fonte: Elaboración propia con datos do Banco de Información Económica do INEGI 2017

Tal como se pode observar no gráfico anterior, o IED sufriu diversos altibaixos; non obstante, despois da crise estadounidense, esta foi bastante considerable, o que logrou impulsar a economía mexicana.

Así mesmo, continúa expresándose a alta relación bilateral entre os Estados Unidos de América e México, xa que a diferenza existente co IED que provén de Canadá é moi inferior á estadounidense. Igualmente, tras a sinatura do tratado de libre comercio coa Unión Europea no ano 2000, a economía ve o reflexo diso no IED que provén do dito bloque económico, consolidándose no ano 2013, superando o IED que se viña xerando por parte dos Estados Unidos.

Disto conclúese que a grande achega que se obtivo na economía mexicana, sexa vía exportacións ou IED, provén basicamente da economía estadounidense. No entanto, malia que as exportacións que se lograron cara á Unión Europea aínda distan moito do que se esperaría, a chegada de investidores propiciou que o motor mexicano non se deteña e se esperen mellores expectativas nun futuro.

2.3 Posibles consecuencias de renegociar o TLCAN

Agora ben, un dos problemas máis preocupantes que ten o Goberno mexicano é a política que pretende desenvolver o novo Goberno dos Estados Unidos de América. Segundo o expresado polo presidente Trump, con México pretende renegociar o TLC en virtude de que este foi

máis beneficioso para os mexicanos que para o pobo estadounidense. Ante isto, o escenario para México podería pensarse nas seguintes vías:

1. Se se orixinase a cancelación do TLC, as regras do tratado especifican que debería informar con 6 meses de anticipación, o que incentivaría unha ondata de escepticismo, volatilidade e especulación que afectaría principalmente á economía mexicana pola súa alta dependencia dos Estados Unidos. Isto levaría ao incremento de prezos tanto no mercado estadounidense como no mercado mexicano vía importacións-exportacións, en que os afectados finais serían os consumidores.

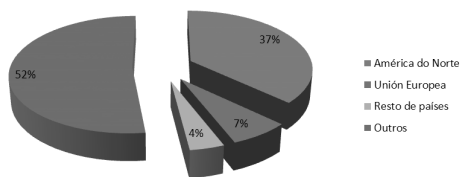
2. O retiro afectaría máis ao mercado estadounidense que ao mexicano, xa que moitas das pezas que se utilizan para produtos finais son exportadas de México cara aos Estados Unidos. Iso orixinaría un incremento no prezo ao produtor e nos prezos finais ao consumidor, o que levaría a diminuír a competitividade das exportacións dos produtos estadounidenses.

3. A eliminación do TLC e o incremento nos aranceis que os Estados Unidos lles puidese impor aos produtos mexicanos non implicaría inmediatamente que as empresas estranxeiras estadounidenses situadas en México trasladasen a súa produción, xa que o incremento das cotas arancelarias tamén as aplicaría México, polo que coa man de obra barata este último seguiría sendo máis competitivo.

4. En caso de que a autoridade estadounidense incentivase a saída das súas empresas en México vía redución de impostos a estas, teríase que avaliar a pertinencia en canto a competitividade e utilidades futuras, dado que México tamén podería crear incentivos de permanencia para as ditas empresas, xerando ao final unha guerra comercial entre ambas as dúas nacións.

5. Unido ao anterior, baixo ningún escenario México apostaría pola saída de capitais estadounidenses; pola contra, buscaría a forma de mantelos e atraelos, o cal podería lograr grazas aos TLC asinados con diferentes nacións.

Gráfico 7. Inversión estranxeira directa total recibido por México



Fonte: Elaboración propia con datos do Banco de Información Económica do INEGI 2017

6. Así mesmo podería verse beneficiado polas políticas que o Goberno estadounidense aplícase ao resto dos países, xa que non se debe esquecer que a política proteccionista impulsada por Trump non é exclusiva de empresas mexicanas, senón que, pola contra, podería afectar a empresas alemás, británicas, francesas, españolas, etc., que sen dúbida aplicarían o mesmo trato, de tal forma que as empresas estadounidenses asentadas en México deberán pór nunha balanza a pertinencia de abandonar o dito país. Neste sentido, a pesar de que a maioría do comercio exterior de México se atopa concentrado na Unión Americana, isto non acontece co investimento estranxeiro directo, xa que, como se pode apreciar no gráfico 7, o 52% do total do IED recibido provén de América do Norte, mentres que o 37% procede da Unión Europea e o restante, dos diversos países do orbe.

2.4 O escenario do comercio internacional coa nova Administración estadounidense

Os primeiros días de goberno do presidente Donald Trump nos Estados Unidos de América xeraron máis dúbidas e incertezas a nivel global polo confrontante das súas declaracións non só cara a México, senón cara ao mundo en xeral.

A conformación do gabinete presidencial estadounidense deixa claro que, máis alá de seleccionar expertos na administración pública, unha das tradicións da meritocracia daquela nación, Trump optou por perfís empresariais que non necesariamente coñecen o funcionamento da democracia nin nas formas nin no fondo, e moito menos nos tempos.

Por outro lado, a descualificación sistemática aos medios de comunicación e aos opositores ideolóxicos deixa claro que é unha persoa que, lonxe de fomentar o diálogo e o debate, promove a dúbida e a incerteza como unha forma de negociar, máis vinculada aos negocios que a diplomacia internacional. Así mesmo, o discurso cara aos migrantes particularmente mexicanos e musulmáns deu mostras claras da súa política e ideoloxía nacionalista, con visos de pouca tolerancia cara a certos sectores poboacionais.

Por outra banda, o presidente Donald Trump amosou xestos de atención e deferencia con algúns xefes de Estado cos que ten maior afinidade. Países como Rusia, o Xapón, Inglaterra e Canadá foron algunhas das nacións que recibiron un trato diferenciado, polo que todo fai supor que a idea é ter un nacionalismo económico cunha apertura comercial seleccionada.

Neste sentido, e de acordo co observado ao longo deste documento, o Goberno mexicano e particularmente o presidente Peña Nieto deben estar preparando a estratexia non só para a renegociación do TLCAN, senón para unha verdadeira diversificación comercial da economía mexicana.

Débense ponderar políticas públicas que promovan e incentiven esa diversificación comercial utilizando todas as ferramentas e recursos con que conta o Estado para iso, pero debe ser xa, agora mesmo. Se esperamos a ver os resultados da negociación, os custos poden ser máis elevados. Os gráficos anteriores deixaron en evidencia que en momentos de crise a mesma dinámica comercial busca mercados alternos que “solucionen” os axustes das ditas relacións económicas e comerciais.

Pensar en acelerar a sinatura de novos tratados e incrementar o número de países con que se teñen acordos comerciais, como recentemente instruíu Peña Nieto ao secretario de Economía Ildelfonso Guajardo, referíndose particularmente a Australia, Brunei, Malaisia, Nova Zelandia, Singapur e Vietnam (países que pertencían ao TPP) ou mesmo buscar un coa China vía *fast track*, non resolverán a dependencia de México dos Estados Unidos. Pola contra, parece máis unha acción desesperada que unha política comercial estratéxica, como suxiren algúns especialistas na materia.

Agora ben, unha das leccións que México debe tomar non só sobre o TLCAN senón sobre a totalidade dos seus acordos é que, dada a dinámica global, se volve prioritario ter unha política institucionalizada que permita avaliar os resultados de cada un deses tratados, coa finalidade de poder levar a cabo, en caso de ser necesario, revisións e/ou actualizacións en cada un deles cando haxa lugar.

Non recoñecer o anterior é descoñecer as novas tendencias globais. Desde 1994 ata a data moitas cousas cambiaron a nivel nacional e internacional. Por exemplo cando se asinou o TLCAN o tema do petróleo para México era innegociable; hoxe en día é un sector en que se

pode ter participación internacional. Por iso, cómpre recoñecer que, máis alá das circunstancias particulares, era necesario ponderar unha actualización do TLCAN.

3 REFLEXIÓNS FINAIS

A xeito de conclusión, aínda que se espera que se inicie unha renegociación do Tratado de Libre Comercio entre México, os Estados Unidos e Canadá, este volveuse demasiado importante para o tres países, onde a marcada interdependencia, sobre todo da relación entre México e os Estados Unidos, fai por demais difícil crer que ese tratado podería ser eliminado, sobre todo considerando que a maioría das empresas situadas no territorio mexicano son de orixe estadounidense e que estas se viron beneficiadas polo dito tratado, polo que non só será o espírito nacionalista do presidente Donald Trump o que deberá imperar nesas negociacións, senón que cumprirá tomar un gran número de variables para considerar na negociación, como son infraestrutura, prezos, man de obra cualificada e vantaxes competitivas e comparativas, que moi probablemente sexa difícil que o Estado norteamericano poida xerar nun tempo moi curto.

Por outro lado, hoxe o Estado mexicano ten unha grande oportunidade de diversificar as súas relacións comerciais co resto dos países e non centrarse soamente nun. Así, hoxe téñense as capacidades e os coñecementos que se aprenderon das empresas estadounidenses que lle permiten a México posicionarse a escala mundial como unha economía con posibilidades reais de crecemento e competencia para diversos mercados mundiais tanto pola calidade como pola capacidade para afrontar os retos que se lle presenten. O establecemento de políticas públicas axeitadas que permitan levar por bo camiño esas capacidades impactará de xeito importante na economía mexicana.

Finalmente, a actual Administración de México debe reformular a política económica e comercial que se deba levar a cabo nas seguintes décadas, pensando non nas próximas eleccións, senón nas futuras xeracións.

4 BIBLIOGRAFÍA

- El Economista 2016. *El Economista*. <http://eleconomista.com.mx/industrias/2016/09/02/canada-mexico-amplian-su-comercio> (23-02-17).
- Fondo Monetario Internacional 2013. *International Monetary Fund*. <http://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/es-l/041200s.htm#II> (03-03-17).
- HSBC 2015. *HSBC Global Connections*. <https://globalconnections.hsbc.com/mexico/es/articles/principales-industrias-beneficiadas-por-el-tlcan> (23-02-17).
- Inegi 2017. *Instituto Nacional de Estadística y Geografía*. <http://www.inegi.org.mx/sistemas/bie/> (22-02-17).
- PREM 2013. *Grupo de políticas económicas y Grupo de economía para el desarrollo*. <http://www.bancomundial.org/temas/globalizacion/cuestiones1.htm> (03-03-17).
- Proméxico 2014. *México y sus tratados de libre comercio con otros países*. <http://www.promexico.gob.mx/comercio/mexico-y-sus-tratados-de-libre-comercio-con-otros-paises.html> (22-02-17).
- Proméxico 2016. *La Industria Automotriz Mexicana*. <http://www.promexico.mx/documentos/biblioteca/la-industria-auto-motriz-mexicana.pdf> (23-02-17).

Libre comercio e migración: as implicacións potenciais da Asociación Transatlántica de Comercio e Investimento (TTIP) sobre as admisións non-inmigrantes da Unión Europea aos Estados Unidos

Libre comercio y migración: las implicaciones potenciales de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP) sobre las admisiones no-inmigrantes de la Unión Europea a los Estados Unidos

Free trade & migration: the potential implications of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) on European Union nonimmigrant Admissions to the United States

SARAH REILLY

Doctoral Candidate

Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)

s.reilly12@gmail.com

Recibido: 18/04/2017 | Aceptado: 30/05/2017

Resumo: As negociacións da Asociación Transatlántica de Comercio e Investimento (ATCI; T-TIP - Transatlantic Trade and Investment Partnership) supoñen a posibilidade da integración económica entre os Estados Unidos e a Unión Europea, suscitando preguntas sobre como poderían afectar as admisións de non-inmigrantes da U.E. aos EE.UU. Unha análise dos patróns de admisións canadenses de non-inmigrantes no contexto do libre comercio proporcionou un modelo potencial do que podería ocorrer no caso dos non-inmigrantes da U.E. se se chegase a un acordo deste tipo, e non parece probable que o dito pacto puidese afectar en gran medida ás admisións de non-inmigrantes da U.E. aos EE.UU. É máis, os textos provisionais do T-TIP non supoñen un incremento das medidas establecidas en virtude do actual Programa de Exención de Visa nin prevén a creación de clasificacións de visados adicionais.

Palabras clave: T-TIP, libre comercio, inmigración, Unión Europea, Estados Unidos, Canadá, admisións de non-inmigrantes.

Resumen: Las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI; T-TIP - Transatlantic Trade and Investment Partnership) suponen la posibilidad de la integración económica entre los Estados Unidos y la Unión Europea, suscitando preguntas sobre cómo podrían afectar las admisiones de no-inmigrantes de la U.E. a los EE.UU. Un análisis de los patrones de admisiones canadienses de no-inmigrantes en el contexto del libre comercio ha proporcionado un modelo potencial de lo que podría ocurrir



en el caso de los no-inmigrantes de la U.E. si se llegase a un acuerdo de este tipo, y no parece probable que dicho pacto pudiese afectar en gran medida a las admisiones de no-inmigrantes de la U.E. a los EE.UU. Es más, los textos provisionales del T-TIP no suponen un incremento de las medidas establecidas en virtud del actual Programa de Exención de Visa ni prevén la creación de clasificaciones de visados adicionales.

Palabras clave: T-TIP, libre comercio, inmigración, Unión Europea, Estados Unidos, Canadá, admisiones de no-inmigrantes.

Abstract: The Transatlantic Trade and Investment Partnership (T-TIP) negotiations have introduced the possibility for economic integration between the United States and the European Union, eliciting questions about how such an agreement might affect E.U. nonimmigrant admissions into the U.S. An analysis of Canadian nonimmigrant admissions patterns in the context of free trade has provided a potential model for what might occur in the case of E.U. nonimmigrants, if such an agreement is reached, and it does not seem likely that such a pact would greatly affect E.U. nonimmigrant admissions into the U.S. What's more, the T-TIP provisional texts do not seem to amplify measures in place under the current Visa Waiver Program, nor provide for the creation of additional visa classifications.

Key words: T-TIP, free trade, immigration, European Union, United States, Canada, nonimmigrant admissions.

Summary: 1 Introduction. 2 Background. 3 Economic Integration and the Imperfect Canadian Comparison. 4 Permanent residents, temporary workers, and new classes of admission under free trade. 4.1 Immigrants. 4.2 Nonimmigrants. 5 An Analysis of Canadian Admissions into the United States Along Two Dimensions. 6 The European Union and The Visa Waiver Program: The Current State of Affairs. 7 Conclusion. 8 Bibliography. 9 Annexed.

1 INTRODUCTION

The United States' January 2017 withdrawal from the Trans-Pacific Partnership (TPP) has called into question the fate of the U.S.-E.U. Transatlantic Trade and Investment Partnership (T-TIP), currently in negotiations. While many news outlets have alluded to the partnership's impending termination, a progress update has been published by The Office of the U.S. Trade Representative, part of the Executive Office of the President, as recent as January 2017. The report details developments from the latest negotiating round in October of 2016, just prior to the November 2016 elections, which saw a shift in policy projections with the election of republican candidate Donald Trump. As E.U. Trade Commissioner Cecilia Malmström commented in her January 24, 2017 speech in Brussels on the future of EU trade policy, "The election of Donald Trump seems likely to put our E.U.-U.S. negotiations firmly in the freezer at least for a while." (Malmström, 2017) If the agreement comes to fruition and the United States forms a major world trading bloc with the European Union, immigration issues, affecting both immigrants of a permanent nature as well as temporary nonimmigrants, could be an important concern. While not a perfect comparison, an analysis of Canadian nonimmigrant admissions patterns in the context of free trade provide a potential model for what might occur with European Union nonimmigrant admissions to the United States.

Currently, the majority of European Union nonimmigrant admissions to the United States are through The Visa Waiver Program (VWP). Right now, the T-TIP provisional texts do not seem to amplify measures in place under the VWP, with respect to the temporary entry for business persons, nor provide for the creation of a new nonimmigrant class of admission. Accordingly, it does not seem likely that a free trade agreement will greatly affect E.U. nonimmigrant admissions into the United States.

The five E.U. countries presently not included in the VWP represent an important caveat here. Major policy changes to reconstruct or replace the VWP in an effort to include all E.U. member countries could significantly influence nonimmigrant admissions.

2 BACKGROUND

Historically, U.S. immigration policy often institutes restrictions in times of economic stress or political pressure. Its role as a sometimes catalyst, sometimes barrier, to migration trends is critical. In a 2013 Population Reference Bureau report, author Philip L. Martin organizes immigration “waves” to the United States into four distinct periods. The first major surge was made up predominately of British immigrants who arrived in the 1820s. Irish and German Catholics in the 1840s and 1850s made up the second wave, which ended with the U.S. Civil War in the 1860s. The third influx, between 1880 and 1914, was comprised of European immigrants, but slowed as a result of World War I and the immigration quotas of the 1920s. Following the Great Depression, immigration levels remained low during the 1930s, and continued to decline until 1960. The fourth wave of immigration to the U.S. began after 1965, marked by many Latin American and Asian immigrants entering the United States (Martin, 2013: p.8). A new era in U.S. immigration began in the late 1980s with *The Immigration Reform and Control Act of 1986*, implemented primarily to address the problem of undocumented foreign nationals.

Each of these periods has been influenced by a complex confluence of factors, such as world events or economic determinants, but U.S. immigration policy remains the principal directive of foreign national admissions. Migration from Mexico to the United States is representative of this. It is a complicated phenomenon that has been extensively studied, both historically and statistically. Various factors have played a role in shaping the history of Mexican emigration to the United States, including Mexican demographic trends, the profile of the Mexican migrant, and economic fluctuations affecting sectors related to the hiring of labor, but nothing as has been as critical as U.S. immigration policy.

Relations between the U.S. and Mexico have also been plagued by the inherent imbalance of U.S. hegemony and the disparity between their relative economies. Highly developed countries have always had a powerful influence on the productive systems of less developed nations. The resulting effects of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) on U.S.-Mexico economic integration have proven multi-dimensional, and migration flows from Mexico to the United States, in the context of free trade, have been greatly influenced by factors characteristic of an imbalanced economic relationship.

A major factor often cited to explain the increase in international migration in recent decades is the persistence of economic inequalities between nations. Most academic analysts estimate that levels of international labor migration will continue to rise as a result of demographic and economic inequalities in this period of globalization (Martin, 2011). While economic inequality has often been used to explain this increase, migration flows between nations of equal economic standing remains largely unexplored. Since the adoption of the Canada–U.S. Free Trade Agreement (CUFTA) in January of 1989, Canada and the United States have been inextricably linked through free trade. While its successor, NAFTA, is arguably one of the most studied free trade agreements of all time, little has been examined about the post-trade agreement effects on Canadian migration to the United States. An analysis of immigrant and nonimmigrant ad-

missions between these two countries may provide some insight into how free trade agreements affect migration flows between major industrial economies.

3 ECONOMIC INTEGRATION AND THE IMPERFECT CANADIAN COMPARISON

When negotiations began in July of 2013 (*Office of the United States Trade Representative, Executive Office of the President, 2017*), the Transatlantic Trade and Investment Partnership (T-TIP) brought with it the possibility of a trade agreement among some of the leading industrial economies in the world. While it is often understood that trade and migration are implicitly connected, it is unclear how this agreement, with no exact precedent, might affect migration flows from the European Union to the United States. Though not a perfect comparison, the Canadian-U.S. example may offer some understanding as to how or if free trade affects migration trends between economically comparable countries.

According to the United States Central Intelligence Agency *World Factbook 1987*, Canada boasted a \$366.0 billion GDP, \$88.1 billion in exports and \$75.3 billion in imports, as of 1985 (*Central Intelligence Agency, 1987:43*). Four years later in 1991, two years after the CUFTA entered into force, the recorded GDP had grown to \$516.7 billion with \$126.7 billion in exports and \$116.3 billion in imports, as of 1990 (*Central Intelligence Agency, 1991*). Canada had previously solidified its status as a major industrialized player with its entrance in the Group of 7 (G7) in 1976. Preceded by the G5, the G7 began convening annually in 1975 to discuss world economic issues. Canada joined the informal coalition a year later (Laub and McBride, 2014). As the International Monetary Fund reports, the G7 summits continue to function as a conference for discussion of economic and financial affairs for the foremost industrial countries (*International Monetary Fund, 2016*).

The European Union is another major world trading power, functioning as a single market with twenty-eight countries. With a €14,600 billion GDP in 2014, the E.U.'s external trade represents around twenty percent of global exports and imports (*Official European Union website, European commission - The Economy, 2017*). While both Canada and the E.U. represent industrialized economies, the differing degrees of economic integration between the U.S.-Canada comparison, and then the member countries of the European Union, complicates the comparison.

Open markets are the foundation of free trade theory, which applies to imports and exports, goods and services. However, the free movement of workers has also been included in certain types of economic integration, specifically in the creation of a common market. The European Union was formed as a common market, instituting free trade in goods and services over time. This set up common external tariffs among members and granted the free mobility of capital and labor across countries. (Suranovic, 2012: 111) Article 45 of the Treaty on the Functioning of the European Union established this principal, and the concept was developed further through additional legislation. NAFTA, however, is an example of a free trade area, created when countries eliminate tariffs between themselves, but maintain external tariffs on imports from the rest of the world. (Suranovic, 2012: 110) This agreement only provides for the temporary entrance of certain foreign nationals that meet specific outlined requirements. Chapter 15 of CUFTA addresses the temporary entry of business persons, and the same provisions were carried over into chapter 16 of NAFTA. In short, the concept of a free trade area is to *facilitate* the circulation of

workers, not recognize the free movement of citizens between member countries. The provisional T-TIP negotiating documents stipulate the creation of free trade area that does not provide for the free movement of citizens.

Canada's language and location are other factors making it an inexact comparison. Given its border with the U.S., and lack of a language barrier, Canadian temporary business visitors can enter and leave regularly, which could account for elevated admissions numbers. This creates a steady influx of temporary entrants that may not be as frequent when transatlantic travel is required.

While not a completely analogous comparison, Canadian migration flows to the United States, in the context of free trade, may still provide a frame of reference for how E.U. migration to the United States may be affected if a trade agreement such as the T-TIP is reached. It is therefore useful to look at the trajectory of Canadian migration through both immigrant and nonimmigrant admissions.

4 PERMANENT RESIDENTS, TEMPORARY WORKERS, AND NEW CLASSES OF ADMISSION UNDER FREE TRADE

Foreign nationals legally entering the United States can be admitted through *immigrant* or *nonimmigrant* visa categories. Immigrant visa categories are divided into *family sponsored* or *employer sponsored*. Nonimmigrants can enter the U.S. through a variety of different visa categories, depending on the purpose of travel. In the United States, a *visa* is a document that permits a foreign national to travel to a U.S. border, or port of entry, and request permission from the Customs and Border Patrol (CBP) to enter the United States. Once at a port of entry, the CBP officer can authorize the foreign national's *status* in the United States, or, his or her permission to remain in the U.S. for a period of time.

According to the U.S. Department of Homeland Security, Office of Immigration Statistics' Yearbook, U.S. immigration law defines *immigrants* as persons from other countries authorized with *legal permanent residence* in the United States. This status enables a foreign national to live and work in the U.S. permanently. A U.S. Permanent Resident Card, also known as the Green Card, is the accompanying document that certifies the permanent resident status of a foreign national in the United States. Immigrants either arrive in the United States with immigrant visas issued abroad, or *adjust their status* once in the United States from temporary to permanent residence (U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service, 1994: 13). Alternatively, *nonimmigrants* are those who are in the United States on a temporary basis.

4.1 Immigrants

The total number of immigrants admitted annually from a specific country is comprised of *new arrivals* and *adjustments*, or, those who have adjusted their status to permanent residents in that fiscal year. In the case of Canada, as is true for many other countries, these immigrants are subject to a numerical limit, or *cap*. "The Immigration Act of 1990 created an annual flexible cap on immigration of 700,000 during transition fiscal years 1992-94, and 675,000 thereafter (excluding refugee and asylum adjustments and certain other categories)." (U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service, 1996: 13) This cap limits the number of foreign nationals able to adjust their status to permanent resident annually.

An important factor that can have an effect on immigrant admissions is *wait time*. To determine the order in which foreign nationals are eligible to adjust their status to permanent resident, the Immigration and Nationality Act Amendments of October 3, 1965 established a preference system based on categories (79 Stat. 911, 1965). The Immigration Act of 1990 amplified the system to include two additional categories, totaling nine (104 Stat. 4978, 1990). The preference system is a way of allocating the capped number of immigrant visa numbers available each year. Once a foreign national's immigrant visa petition has been approved through the United States Citizenship and Immigration Services (USCIS), he or she must wait for an immigrant visa number to be made available by the U.S. Department of State, according to the limited number of visas allowed in each preference category annually.

The wait time before receiving an immigrant visa, or adjusting one's status, depends heavily on "...the demand for and supply of immigrant visas, the per-country visa limitations, [as well as] the number of visas allocated for [a foreign national's] preference category." (*Visa Availability and Priority Dates*, 2015) While the various steps to adjusting one's status is beyond the scope of this study, it is important to establish that immigrant admissions entering the United States are directly linked to the volume of total applicants, as well as any backlog of pending applications. Essentially, the number of foreign nationals able to live and work in the U.S. permanently is governed by a complex formula determined by U.S. immigration law, and influenced by supply and demand.

4.2 Nonimmigrants

In contrast to persons with or seeking permanent residence status, *nonimmigrants* are foreign nationals in the United States on a temporary basis. Depending on the purpose of travel to the U.S., there are different visas and classifications through which a nonimmigrant can have legal status. There are several nonimmigrant visa categories that have been affected by Canadian-U.S. economic integration.

Annex 1502.1 to Chapter 15 of CUFTA organizes the temporary entry of business persons into four sections: *Business Visitors, Traders and Investors, Intra-company Transferees*, and *Professionals*. Business visitors correspond to the B-1 visa category, traders and investors to the E visa category, and intra-company transferees to the L visa category. Under this agreement, the admissions procedures for business visitors, traders and investors, and intra-company transferees were made easier for Canadian citizens. Intra-company transferees, for example, could now present a completed L-1 visa petition directly to CBP officers at a port of entry instead of having to file the petition in advance with a USCIS Service Center. Thus, the petition could be processed in conjunction with an application for admission. Because they were no longer obligated to previously obtain an L-1 visa, the process was streamlined for Canadian citizens admitted in L-1 status.

Professionals are business persons working in one of the professions outlined by CUFTA, and later NAFTA, who meet the specified requirements. This final section created a new nonimmigrant class of admission for professionals meeting specific requirements to enter the United States. (U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service, 1992: 92) The new nonimmigrant class of admission was the TC visa, along with the TB visa for spouses and unmarried minor, or dependent, children. The TC visa category, subsequently replaced by the TN, is a special nonimmigrant status in the United States only for citizens of Canada, and later Mexico,

with the aim of facilitating the temporary movement of workers. Admissions under CUFTA ended December 31, 1993, as entries under NAFTA began on January 1, 1994 (U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service, 1996: 107). While the categories established under CUFTA for the temporary entry of business persons remained the same, the TC visa classification was absorbed by the newly created TN visa. The TD visa was created for the spouses and unmarried minor or dependent children of TN visa holders.

Because the visa is not designed for permanent settlement in the United States, it is considered a temporary migration initiative. “Temporary migration programs (TMPs) aim to add foreign workers to the labor force but not necessarily settled residents to the population. These programs, often called guest worker or temporary foreign worker programs to emphasize that the migrant is not expected to settle, are found in all industrial countries.” (Martin, 2009: 6). The TN is similar to the commonly known H-1B visa category, but the two differ in a few aspects. TN visas are issued for periods of three years compared to the six years allowed in H-1B status. The TN can be renewed indefinitely, which is not the case for H-1B visas. Finally, unlike H-1B status, TN status does not include the possibility of requesting a change of status to permanent resident.

The current T-TIP negotiating texts do not seem to lay the groundwork for the creation of a new nonimmigrant class of admission. The section on Trade in Services, Investment and E-commerce addresses the *Entry and Temporary Stay of Natural Persons for Business Purposes* in Chapter IV. Article 4-2 addresses *Intra-corporate Transferees* and *Business Visitors*, Article 4-3 includes *Service Sellers* and *Services Salespersons*, and Article 4-4 is for *Contractual Service Suppliers*, *Fashion Models* and *Specialty Occupations*. Given that there are no specific occupations outlined in the text, Specialty Occupations would seem to refer to those currently available under the H-1B visa category. This classification applies to foreign nationals who perform services in a job that meets the currently established criteria to qualify as a specialty occupation. Since the T-TIP does not appear to list specific occupations qualifying as professions under the terms of the agreement (NAFTA lists 63 professions), it is implied that a special visa category, such as the TN, would not be created for E.U. professionals.

5 AN ANALYSIS OF CANADIAN ADMISSIONS INTO THE UNITED STATES ALONG TWO DIMENSIONS

The data available on Canadian foreign nationals entering the U.S. is organized into immigrant admissions and nonimmigrant admissions. Graph 1 outlines the Total Canadian Immigrant Admissions, or foreign nationals able to live and work in the U.S. permanently, from 1984 to 2015. The Canada-U.S. Free-Trade Agreement entered into force on January 1, 1989, and between fiscal years 1989 and 1990, there was a 4,661-person increase in admissions to a total number of 16,812. From 1990-1996 the total number of immigrants remained fairly constant: around 15,500 persons annually. This includes the period after the North American Free Trade Agreement entered into force in 1994. Despite a slight increase from 1995 to 1996, the total number of Canadian immigrant admissions seems to be in decline from 1995 through 1999. Given the fact that fewer immigrants were admitted for legal permanent residence due to the rising number of pending adjustment of status applications, legal immigration in 1999 reached its lowest point since 1988 (U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service,

2002a: 14). In the year 2000, those granted legal permanent residence status increased due to the Immigration and Naturalization Service's push to address the large number of pending cases (U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service, 2002b: 14).

As expected, these findings do not seem to indicate that the free trade agreements established between Canada and the United States in the late 80s and the 90s had any direct influence on Canadian immigrant admissions into the U.S. Since the number of foreign nationals able to live and work in the U.S. permanently is predominantly governed by U.S. immigration law, and influenced by supply and demand, it is probable that cap policy limitations affected immigrant admissions during this period.

Since the four categories addressed in CUFTA and NAFTA (*Business Visitors, Traders and Investors, Intra-company Transferees, and Professionals*) pertain to nonimmigrant classifications, an analysis of nonimmigrant entrants should provide a better assessment of Canadian migration flows into the U.S. in the context of free trade. Given that there is a general trend of annual increase to the total number of Canadian nonimmigrant entrants, it is necessary to look at what percentage each category (*Business Visitors, Traders and Investors, Intra-company Transferees, and Professionals*) makes up of the total annual Canadian nonimmigrant entrants.

Table 1 shows that, with the exception of 1995 and 1996, the total number of Canadian nonimmigrant admissions to the U.S. increased annually, with a dramatic jump in 2013. Entries as a TC nonimmigrant increased substantially between 1989 and 1993—its years of availability. During fiscal year 1989, admissions as a TC nonimmigrant made up only 3.74% of the total Canadian nonimmigrant admissions, but by 1993, it comprised 19.76% of the total. In 1989, the combined total of Temporary Business Visitors, Treaty Traders and Investors, and Intra-company Transferees was 36.46% of the total Canadian nonimmigrant admissions. The following year, it decreased to 34.56%, and in the subsequent three years it remained more or less constant, representing around 30% of the total.

Until 1995, the combined total of Temporary Business Visitors, Treaty Traders and Investors, and Intra-company Transferees consistently made up a higher percentage of the total Canadian nonimmigrant admissions than entries under either the TC visa classification or the TN visa classification. However, as Graph 2 indicates, this trend was reversed from 1996 and through 2012, with TN visa admissions consistently making up a much larger percentage of total Canadian nonimmigrant admissions, peaking in 2000 and 2012 at approximately 46% of the total. Since the total number of Canadian nonimmigrant admissions to the U.S. has increased annually (omitting 1995 and 1996), and TN visa entries from 1996-2012 have formed a much larger percentage of total Canadian nonimmigrant admissions than the combined other categories for temporary entry for business persons, the data seems to indicate that the creation of a new nonimmigrant class of admission for free trade agreement professional workers has an effect on nonimmigrant admissions.

Decreased percentages from 2003-2009 for both TN visa entries and the combined other categories for temporary entry for business persons can probably be seen as part of a larger overall decrease in nonimmigrant entries from all countries, as well as a change in data collection procedures. After the September 11th, 2001 terrorist attacks, the U.S. Congress passed the Homeland Security Act of 2002 (Public Law 107-296) and The United States Department of Homeland Security (DHS) was formed on November 25, 2002. According to The Immigration and Naturalization Service's Nonimmigrant Information Sys-

tem there was a decrease of more than 4.9 million nonimmigrant admissions for fiscal year 2002, which represents a 15% decrease from 2001 (U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service, 2003: 82). In 2003, the DHS incorporated the Immigration and Naturalization Service and took over its responsibilities (*Dhs.gov*, 2017), updating the INS Nonimmigrant Information System under the U.S. Customs and Border Protection system. (73 FR 77739, 2008)

There is a sudden change, however, in 2013 when percentages for both TN visa entries as well as the combined other categories for temporary entry for business persons dropped dramatically. The percentage of Canadian TN admissions further declined in 2014, only to recover slightly in 2015. Form I-94 Arrival/Departure Record was a physical document used by U.S. Customs and Border Protection indicating a foreign national's date of entrance into the United States as well as subsequent exit. The number of I-94 nonimmigrant admissions in 2013 is much higher than reported in previous years due to a more accurate count of Canadian admissions. (U.S. Department of Homeland Security, Office of Immigration Statistics, 2013: 70) "Nonimmigrant admission counts are based on collection of entry/exit forms (I-94) at the ports of entry. The I-94 forms are required of all temporary visitors except for visitors for business or pleasure (B1 and B2 classes) from Canada and Mexico...Therefore, millions of Canadian and Mexican visitors are not represented in the admission counts presented..." (U.S. Department of Homeland Security, Office of Immigration Statistics, 2004:III) According to the *Annual Flow Report on Nonimmigrant Admissions to the United States: 2013*, issued by the DHS, I-94 procedures were automated for nonimmigrant air and sea entries in the spring of 2013. Previously, I-94s had been in paper form and this new system created electronic records instead. The report indicates that this caused a substantial increase in the recorded number of Canadian business and tourist travelers. (Foreman, K. and Monger, R., 2014:1). This is due to the fact that, previously, these entrants did not necessarily fill out the paper Form I-94 and were thus excluded from I-94 admissions data.

This finding is significant as it calls into question the data for Canadian *Business Visitors* prior to 2013. As previously explained, from 1996-2012 the percentages for Canadian TN visa entries consistently made up a larger portion of the increasing total nonimmigrant admissions than that of the combined other categories for temporary entry for business persons. This suggests that the creation of a specific visa classification for free trade agreement professional workers might have contributed to an increase in nonimmigrant admissions. However, once the I-94 record collection procedure was automatized in 2013, the data from 2013-2015 tells a different story. As Table 1 indicates, only 33,666 Canadian Business Visitor admissions were recorded in 2012. The electronic I-94 record system was able to give a more accurate count of the number of Canadian Business Visitor admissions beginning in 2013, and by 2015 the number had jumped to 1,694,076. This means that until 2013 the Business Visitor entries recorded do not reflect an accurate percentage of the total Canadian nonimmigrant admissions, and those entries most probably should be substantially higher. Conversely, free trade agreement workers should represent a lower percentage of the total nonimmigrant admissions than the data indicates.

6 THE EUROPEAN UNION AND THE VISA WAIVER PROGRAM: THE CURRENT STATE OF AFFAIRS

Currently, the majority of European Union nonimmigrant admissions to the United States are through The Visa Waiver Program. Created by the Immigration Reform and Control Act of 1986, twenty-three of the twenty-eight European Union member countries participate in the program. "The Visa Waiver Program was established by the Immigration Reform and Control Act (IRCA) of 1986 and made permanent by the Visa Waiver Permanent Program Act of 2000. This program permits entry to the United States on a temporary basis without nonimmigrant visas for certain nonimmigrants from qualified countries." (*U.S. Department of Homeland Security, Office of Immigration Statistics, 2003: 85*) As U.S. Customs and Border Protection stipulates, the program allows citizens of 38 countries (including additional non-E.U. nations) to enter the United States for business or tourism and stay up to 90 days without a visa requirement (*Department of Homeland Security, U.S. Customs and Border Protection - Visa Waiver Program, 2017*). For the countries who participate in the Visa Waiver Program, it is likely that there will be no change to nonimmigrant admissions, given the fact that temporary business foreign nationals are currently able to enter under the VWP.

With the current data, it is clear that the percentages for Canadian TN visa entries from 1996-2012 consistently made up a larger portion of the increasing total nonimmigrant admissions than that of the combined other categories for temporary entry for business persons. This suggests that if there is a new nonimmigrant class of admission like the TN created especially for citizens of the European Union, it might increase migration flows to the United States. However, as previously shown, the findings from 2013-2015 suggest otherwise. If in fact temporary business visitor entries represent a much greater percentage of the Canadian nonimmigrant admissions prior to 2013 than the data currently reflects, and the provisions under the T-TIP are merely an extension of the Visa Waiver Program, the annual percent of nonimmigrant admissions is likely to stay the same.

As previously discussed, this conclusion does not take into consideration the fact that Canada's location, bordering the United States, could have contributed to the steady influx of temporary business visitors; that same influx may not be as frequent when transatlantic travel is required. In other words, given its close proximity to the U.S., Canadian temporary business visitors can enter and leave regularly, which could account for such high admissions numbers, but similar patterns may not happen in the case of European Union migration.

Another consideration is the fact that there may be a policy overhaul to include the five E.U. countries that are currently not participants: Bulgaria, Croatia, Cyprus, Poland and Romania. In April of 2016 the European Commission tried to put pressure on the U.S. to include all the E.U. countries in the VWP. The situation was assessed in July of 2016 (*Visa reciprocity with US and Canada: Commission takes stock of latest developments, 2016*). "The Commission will intensify its efforts without delay to push for full visa waiver reciprocity in coordination with the five Member States concerned (Bulgaria, Croatia, Cyprus, Poland and Romania), once the new U.S. administration is in place. The next E.U.-U.S. Justice and Home Affairs Ministerial and Senior Officials meeting expected to take place in the first half of 2017 will provide the next occasion to discuss with the new Administration a way forward to achieving this objective." (*Visa reciprocity with the US and Canada: Commission reports on recent developments, 2016*) If the five additional countries

are included in the VWP, it would most likely increase the total number of nonimmigrant admissions coming from the European Union.

On March 2, 2017 the European Parliament passed a non-legislative resolution to temporarily reintroduce visa requirements for US citizens. Although the members of the European Parliament "...urge the Commission to adopt the necessary legal measures 'within two months'", they don't have the authority to enforce the request. (*The European Parliament*, 2017) The Commission has not taken any legal action as of yet, but remains the ultimate decider on the issue. Complications with visa reciprocity could stall U.S.-E.U. migration flows. While difficult to predict what a policy overhaul might look like, a suspension of visa waivers for U.S. citizens in the E.U. could provoke changes to the U.S. immigration policy towards E.U. countries.

7 CONCLUSION

The phenomenon of international migration, as well as its causes and effects, has been widely studied in research literature. Even though trade agreements and the subsequent increase in trade should be correlated to migration trends, it does not seem to have a major effect between economically comparable countries. This paper has focused on the relationship between free trade and Canadian migration flows into the U.S., and how such effects might translate to the case of E.U.-U.S. migration if the T-TIP is realized.

Using Canadian nonimmigrant admissions from 1984-2015 as a basis for analysis, the evidence at first indicated that the creation of a new class of admission for free trade agreement professional workers might have been directly related to an increase in nonimmigrant admissions. This is supported by the fact that the percentages for Canadian TN visa entries from 1996-2012 consistently made up a larger portion of the increasing total nonimmigrant admissions than that of the combined other categories as outlined in CUFTA and NAFTA. However, once the data collection procedure was automatized in 2013, the electronic record system was able to give a more accurate count of the number of Canadian business visitor admissions, and by 2015 the number had increased dramatically. This means that until 2013 the business visitor entries recorded do not reflect an accurate percentage of the total Canadian nonimmigrant admissions, which should probably be substantially higher. Since the majority of E.U. nonimmigrant admissions are currently under the Visa Waiver Program, and the T-TIP provisional texts do not seem to alter measures currently in place under the VWP for business visitors, nor provide for the creation of a new nonimmigrant class of admission, it is unlikely that a free trade agreement will greatly affect E.U. nonimmigrant admissions into the United States.

As mentioned, there are additional factors that may affect this scenario. The United States could experience an increase in E.U. nonimmigrant admissions if the T-TIP lays the groundwork for the creation of a new nonimmigrant class of admission, or, if the process for admission is further streamlined for E.U. citizens admitted in L-1 or H-1B status. Furthermore, a policy overhaul connected to visa reciprocity for E.U. citizens in the U.S. would most likely affect admissions numbers. In particular, the possibility of U.S. immigration reform could certainly change current circumstances, which, under the leadership of Donald Trump, appears increasingly likely to occur. The uncertainty that surrounds the Visa Waiver Program participants, and the pressure from the E.U. put on the U.S. to uphold equal reciprocity indicate the difficulties of predicting future migration.

8 BIBLIOGRAPHY

- Department of Homeland Security (2017). *Creation of the Department of Homeland Security | Homeland Security*. [online] Available at: <https://www.dhs.gov/creation-department-homeland-security> (Accessed 28 Jan. 2017).
- Department of Homeland Security, U.S. Customs and Border Protection - Visa Waiver Program (2017) Available at: <https://www.cbp.gov/travel/international-visitors/visa-waiver-program> (Accessed: 18 February 2017).
- European Commission. December 2016. Visa reciprocity with the US and Canada: Commission reports on recent developments. [Press release]. Available from: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4403_en.htm (Accessed 12 February 2017).
- European Commission. July 2016. Visa reciprocity with US and Canada: Commission takes stock of latest developments. [Press release]. Available from: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2432_en.htm (Accessed 12 February 2017).
- European Parliament. 2017. Parliament asks EU Commission to press for full US-EU visa reciprocity. [Press release]. [20 March 2017]. Available from: <http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20170227IPR64156/parliament-asks-eu-commission-to-press-for-full-us-eu-visa-reciprocity>
- Foreman, K. and Monger, R. (2014) *Office of Immigration Statistics' Annual Flow Report, Nonimmigrant Admissions to the United States: 2013*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp.1-8.
- International Monetary Fund (1988) *Annual Report 1988* [Paper]. Washington D.C. ISSN 0250-7498
- International Monetary Fund (2016) *Factsheet*. Available at: <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/A-Guide-to-Committees-Groups-and-Clubs#G7> (Accessed: 3 February 2017).
- Laub, Z. and McBride, J. (2014) *The Group of Seven (G7)*. Council on Foreign Relations. <http://www.cfr.org/international-organizations-and-alliances/group-seven-g7/p32957> (Accessed: 6 February 2017).
- Malmström, C. (2017). *The future of EU trade policy*. 24 January, European Commission, Brussels.
- Martin, P.L. (2013). *The Global Challenge of Managing Migration*. Population Bulletin Update, Vol. 68, No. 2, November 2013.
- (2011). *The 2008-09 Recession: Implications for International Labor Migration*. M. Haddad/B. Shephard (eds.), Managing Openness: Trade and Outward-Oriented Growth After the Crises, Washington, D.C., The World Bank, 2011.
- (2009). *A Need for Migrant Labour? UK-US Comparisons*. University of California, Davis Archives, https://arefiles.ucdavis.edu/uploads/filer_public/2014/06/19/martin-a-need-for-migrant-labour.pdf (Consulta: 8 de noviembre de 2015).
- Office of the United States Trade Representative, Executive Office of the President (2017) *U.S.-EU Joint Report on T-TIP Progress to Date*. [Press release]. Available from: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/january/us-eu-joint-report-t-tip-progress-0> (Accessed 30 January 2017).
- Office of the United States Trade Representative, Executive Office of the President (no date) *Trans-Pacific partnership (TPP)* Available at: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership> (Accessed: 6 February 2017).
- Official European Union website, European commission - The Economy (2017) Available at: https://europa.eu/european-union/about-eu/figures/economy_en (Accessed: 15 February 2017).
- Suranovic, S. (2012). *International Trade Theory and Policy*. Washington, DC: Saylor Academy.
- Transatlantic Trade and Investment Partnership. [Online]. Trade in Services, Investment and E-Commerce. Negotiating round of 12-17 July 2015, made public on 31 July 2015. [20 March 2017]. Available from: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153669.pdf
- Visa Availability and Priority Dates* (2015) Available at: <https://www.uscis.gov/green-card/green-card-processes-and-procedures/visa-availability-and-priority-dates> (Accessed: 8 February 2017).
- When to File Your Adjustment of Status Application for Family-Sponsored or Employment-Based Preference Visas: December 2016* (2016) Available at: <https://www.uscis.gov/visabulletin-dec-16#About> (Accessed: 8 February 2017).

Government Archives

- Central Intelligence Agency (1991). *The World Factbook 1991*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.
- Central Intelligence Agency (1987). *The World Factbook 1987*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp.ix-290.
- U.S. Department of Homeland Security, Office of Immigration Statistics, (2016b). *2015 Yearbook of Immigration Statistics*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp.iii-115.

- (2016a). *2014 Yearbook of Immigration Statistics*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp.iii-115.
- (2014). *2013 Yearbook of Immigration Statistics*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp.iii-115.
- (2013). *2012 Yearbook of Immigration Statistics*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp.iii-115.
- (2006b). *2005 Yearbook of Immigration Statistics*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp.iii-196.
- (2006a). *2004 Yearbook of Immigration Statistics*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp.iii-196.
- (2004). *2003 Yearbook of Immigration Statistics*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp.III-196.
- (2003). *2002 Yearbook of Immigration Statistics*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp.VII-230.
- The Department of Homeland Security, Office of Immigration Statistics (2012). *Nonimmigrant Admissions 2011 Supplementary Tables* [Table]. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.
- (2011). *Nonimmigrant Admissions 2010 Supplementary Tables* [Table]. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.
- (2010). *Nonimmigrant Admissions 2009 Supplementary Tables* [Table]. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.
- (2009). *Nonimmigrant Admissions 2008 Supplementary Tables* [Table]. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.
- (2008). *Nonimmigrant Admissions 2007 Supplementary Tables* [Table]. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.
- (2007). *Nonimmigrant Admissions 2006 Supplementary Tables* [Table]. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.
- U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service, (2003). *2001 Yearbook of Immigration Statistics*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp.4-272.
- (2002b). *2000 Yearbook of Immigration Statistics*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. 4-274.
- (2002a). *1999 Yearbook of Immigration Statistics*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. 2-244.
- (2000). *1998 Yearbook of Immigration Statistics*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. 2-243.
- (1999). *1997 Yearbook of Immigration Statistics*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp.2-203.
- (1997). *1995 Statistical Yearbook of the immigration and Naturalization Service*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. 4-186.
- (1996). *1994 Statistical Yearbook of the immigration and Naturalization Service*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. 4-180.
- (1994). *1993 Statistical Yearbook of the immigration and Naturalization Service*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. 4-183.
- (1993). *1992 Statistical Yearbook of the immigration and Naturalization Service*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. 4-180.
- (1992). *1991 Statistical Yearbook of the immigration and Naturalization Service*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. 4-169.
- (1991). *1990 Statistical Yearbook of the immigration and Naturalization Service*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. 4-189.
- (1990). *1989 Statistical Yearbook of the immigration and Naturalization Service*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. iv-154.
- (1989). *1988 Statistical Yearbook of the immigration and Naturalization Service*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. iv-152.
- (1988). *1987 Statistical Yearbook of the immigration and Naturalization Service*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. iv-146.
- (1987). *1986 Statistical Yearbook of the immigration and Naturalization Service*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp.vi-129.
- (1986). *1985 Statistical Yearbook of the immigration and Naturalization Service*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. iii-224.
- (1985). *1984 Statistical Yearbook of the immigration and Naturalization Service*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, pp. iii-234.

Federal Register

Eliminating the Numerical Cap on Mexican TN Nonimmigrants, 69 Fed. Reg. 11287 (March 10, 2004) (to be codified at 8 C.F.R. pt. 214)

Privacy Act of 1974; U.S. Customs and Border Protection—009 Nonimmigrant Information System, 73 Fed. Reg. 77739 (December 19, 2008)

Withdrawal of the United States From the Trans-Pacific Partnership Negotiations and Agreement; Memorandum for the United States Trade Representative 82 Fed. Reg. 8497 (January 25, 2017)

Statutes

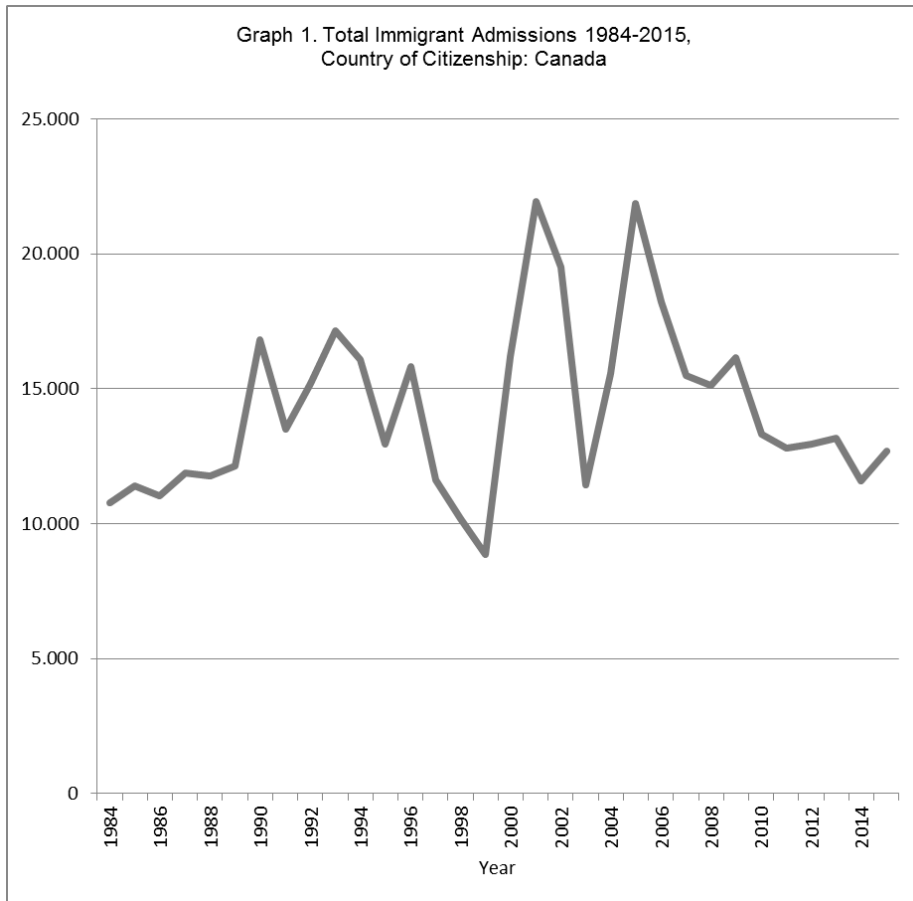
Immigration and Nationality Act Amendments of October 3, 1965. 79 Stat. 911. Washington D.C.: U.S. Government Printing Office.

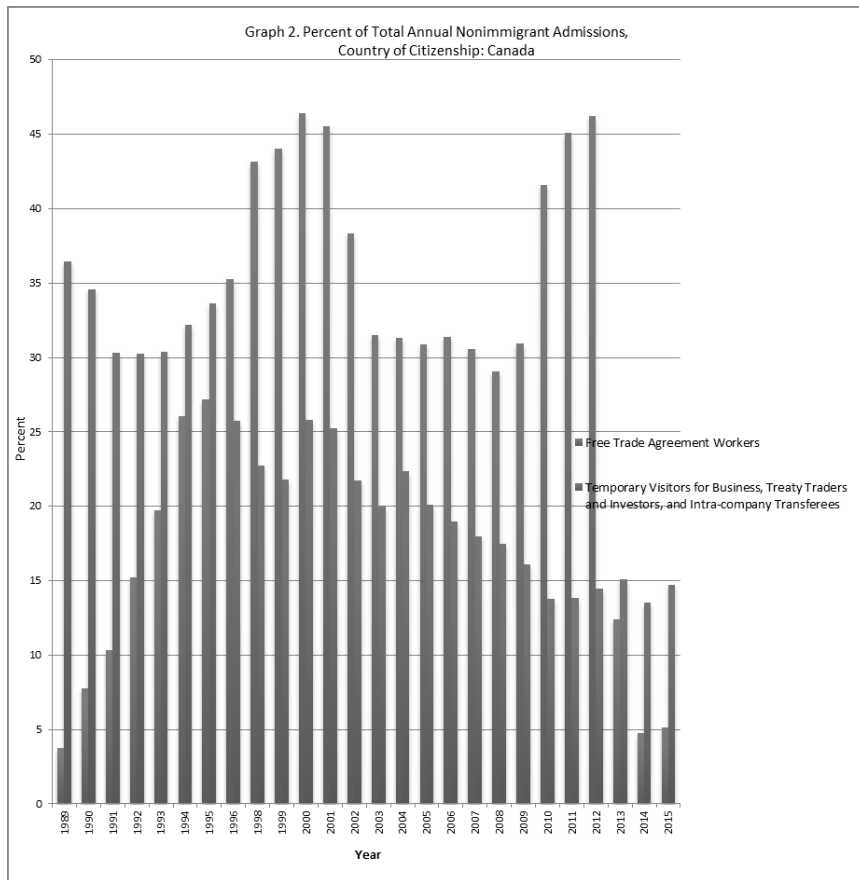
Immigration Act of November 29, 1990. 104 Stat. 4978. Washington D.C.: U.S. Government Printing Office.

9 ANNEXED

Table 1. Nonimmigrant U.S. Admissions Data 1984-2015,
Country of Citizenship: Canada

	Year	Total Nonimmigrant Entrants ¹	Free-Trade Agreement Workers ²	% of Total Entrants	1.Temp Visitors for Business	2.Treaty Traders and Investors	3.Intra-company Transferees ³	Total (Categories 1-3)	% of Total Entrants (Categories 1-3)
NAFTA (TN) (Canada)	2015	13,408,292	691,574	5.16%	1,694,076	64,099	215,689	1,973,864	14.72%
	2014	13,254,972	626,791	4.73%	1,541,199	57,649	196,553	1,795,401	13.55%
	2013	4,445,881	550,889	12.39%	485,387	42,199	143,289	670,875	15.09%
	2012	1,466,120	677,540	46.21%	33,666	41,858	136,160	211,684	14.44%
	2011	1,868,179	842,998	45.12%	42,623	50,419	165,997	259,039	13.87%
	2010	1,428,940	594,775	41.62%	34,493	35,176	127,352	197,021	13.79%
	2009	291,642	90,332	30.97%	16,836	6,114	23,915	46,865	16.07%
	2008	285,359	82,983	29.08%	19,443	6,017	24,443	49,903	17.49%
	2007	276,399	84,474	30.56%	20,162	5,588	24,010	49,760	18.00%
	2006	247,828	77,769	31.38%	20,850	4,816	21,339	47,005	18.97%
	2005	231,171	71,360	30.87%	19,467	4,471	22,599	46,537	20.13%
	2004	238,897	74,797	31.31%	21,686	4,171	27,627	53,484	22.39%
	2003	222,585	70,177	31.53%	20,000	3,525	21,087	44,612	20.04%
	2002	226,132	86,664	38.32%	19,201	3,638	26,302	49,141	21.73%
	2001	249,681	113,654 ⁴	45.52%	29,714 ⁵	3,704	29,673	63,091	25.27%
	2000	238,590	110,740	46.41%	31,600	3,216	26,694	61,510	25.78%
	1999	194,674	85,704	44.02%	19,464	2,879	20,075	42,418	21.79%
	1998	176,343	76,053	43.13%	18,516	3,265	18,358	40,139	22.76%
	1997 ⁶	—	—	—	—	—	—	—	—
	1996	97,672	34,438	35.26%	11,471	2,620	11,052	25,143	25.74%
1995	114,219	31,052	27.19%	24,406	2,705	11,332	38,443	33.66%	
1994	118,407	30,847 ⁷	26.05%	24,223	3,123	10,745	38,091	32.17%	
U.S.-Canada Free-Trade Agreement (TC) ⁸	1993	98,439	19,452 (TC+TB)	19.76%	16,672	3,103	10,139	29,914	30.39%
	1992	91,689	13,958 (TC+TB)	15.22%	15,322	2,924	9,494	27,740	30.25%
	1991	88,488	9148 (TC+TB)	10.34%	15,777	2,449	8,610	26,836	30.33%
	1990	75,965	5887 (TC+TB)	7.75%	17,438	1,904	6,913	26,255	34.56%
	1989	75,269	2817 (TC+TB) ⁹	3.74%	19,839	805	6,799	27,443	36.46%
	1988	63,722	—	—	14,721	164	6,728	21,613	33.92%
	1987	61,868	—	—	13,424	130	7,252	20,806	33.63%
	1986	61,577	—	—	12,750	121	8,166	21,037	34.16%
	1985	77,857	—	—	15,080	169	8,796	24,045	30.88%
	1984	76,387	—	—	11,258	166	9,395	20,819	27.25%



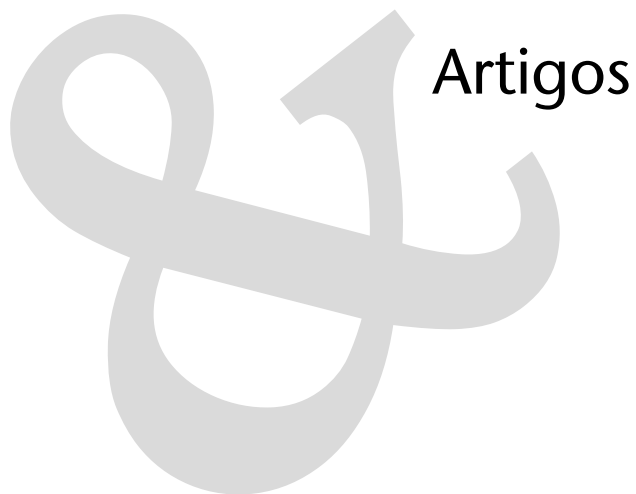


NOTES

- 1 "A nonimmigrant is an alien admitted to the United States for a specified temporary period of time but not for permanent residence." (U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service, 1989: xxix).
- 2 Includes spouses and unmarried minor (or dependent) children.
- 3 Includes spouses and children of intra-company transferees.
- 4 This number is the summation of the admitted North American Free-Trade Agreement workers, plus the admitted spouses and children of NAFTA workers. (U.S. Department of Homeland Security, Office of Immigration Statistics, 2003: 113).
- 5 Represents data for temporary visitors for business and pleasure. "Data for business and pleasure not available separately due to temporary expiration of the Visa Waiver Program during October 2000." (U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service, 2003: 157).
- 6 "...data for fiscal year 1997 do not appear in this edition due to data inconsistencies resulting from the reengineering of both the data entry and data base management components of the Nonimmigrant Information System...No reliable data are available for 1997" (U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service, 1999: 110).
- 7 "Entries under the U.S.-Canada Free-Trade Agreement ended December 31, 1993; entries of Canadian citizens under this program during fiscal year 1994 were 5,529 (including spouses and children) [This number is included in the category Free-Trade Agreement workers for fiscal year 1994] Entries under the North American Free-Trade Agreement began January 1, 1994." (U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service, 1996: 107).
- 8 Includes spouses and children of U.S.-Canada Free-Trade Agreement (TB) (U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service, 1992: 104).

- 9 “Data for three-quarters of fiscal year 1989 show entries of 2,677 principals and 140 spouses and children.” (U.S. Department of Justice Immigration and Naturalization Service, 1990: xxxiii) There is a discrepancy given that the Yearbook Statistics for 1991 list the number of entrants for the *entire* fiscal year 1989 (not three-quarters) as 2,677 principals and 140 spouses and children.

OUTRAS TEMÁTICAS



Algunhas notas sobre o réxime xurídico de taxas e tarifas polo servizo de abastecemento domiciliario de auga*

Algunas notas sobre el régimen jurídico de tasas y tarifas por el servicio de abastecimiento domiciliario de agua

Some notes on the legal regime of rates and fees for the domestic water supply service

MÓNICA SIOTA ÁLVAREZ

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

Recibido: 20/05/2017 | Aceptado: 30/05/2017

Resumo: As entidades locais poden custear o servizo público de abastecemento domiciliario de auga mediante o establecemento dunha taxa ou dunha tarifa. A elección dun ou outro sistema de financiamento determinará diferenzas significativas no réxime xurídico da contraprestación que pague o usuario do servizo, salvo polo que se refire a dous importantes aspectos: o seu sometemento ao principio de reserva de lei e a súa suxeición ao IVE.

Palabras clave: taxa, tarifa, prestación patrimonial de carácter público, abastecemento domiciliario de auga.

Resumen: Las entidades locales pueden costear el servicio público de abastecimiento domiciliario de agua mediante el establecimiento de una tasa o de una tarifa. La elección de uno u otro sistema de financiación determinará diferencias significativas en el régimen jurídico de la contraprestación que pague el usuario del servicio, salvo por lo que se refiere a dos importantes aspectos: su sometimiento al principio de reserva de ley y su sujeción al IVA.

Palabras clave: tasa, tarifa, prestación patrimonial de carácter público, abastecimiento domiciliario de agua.

Abstract: Local authorities are able to finance the public service of house water supply by establishing either a rate or a fee. The selection of one or the other financing system will imply significant differences in the legal regime of the consideration to be paid by the service user, with the exception of two important issues: its subjection to the principle of legal reserve and to the VAT.

Key words: rate, fee, property contribution for public purposes, house water supply.

* Este estudo enmárcase no Proxecto de investigación INOU16-09 relativo á “Natureza e efectos xurídicos da contraprestación económica satisfeita pola subministración municipal de auga”, que foi financiado pola Universidade de Vigo e do que a autora foi a investigadora principal.



Sumario: 1 Consideracións previas. O eterno debate sobre a natureza xurídica da contraprestación polo servizo de abastecemento domiciliario de auga. 2 Aspectos comúns no seu réxime xurídico. 2.1 Someteemento ao principio de reserva de lei. 2.2 Suxeición ao IVE. 3 Aspectos diverxentes no seu réxime xurídico. 3.1 Cuantificación da contraprestación. 3.2 Suxeitos obrigados ao pagamento. 3.3 Recadación e vía executiva para o cobramento. 3.4 Suspensión da subministración en caso de non pagamento. 4 Bibliografía.

1 CONSIDERACIÓNS PREVIAS. O ETERNO DEBATE SOBRE A NATUREZA XURÍDICA DA CONTRAPRESTACIÓN POLO SERVIZO DE ABASTECIMENTO DOMICILIARIO DE AUGA

Quizais un dos debates doutrinais¹ e xurisprudenciais que fixo correr máis ríos de tinta nos últimos anos, tanto no dereito administrativo como no tributario, é o da natureza xurídica da contraprestación do servizo público de abastecemento domiciliario de auga² que, directa ou indirectamente, prestan os entes locais³. Trátase, ademais, dun debate que cada certo tempo se reaviva⁴, e ao que a doutrina administrativa tamén tratou de dar resposta⁵.

A polémica veu en parte motivada pola disparidade de criterios que utilizan os distintos operadores xurídicos para delimitar as taxas doutros tipos de ingresos públicos –en particular dos prezos públicos⁶–, pero tamén por unha abundante e cambiante xurisprudencia dos tribunais ordinarios, en atención á lexislación aplicable en cada momento e á xurisprudencia do Tribunal Constitucional⁷, e, en última instancia, por certa confusión terminolóxica nas normas que tradicionalmente regularon esta materia: a lexislación de réxime local, a normativa tributaria e as leis e decretos de ordenación económica, nas cales se contiñan sistematicamente medidas relativas á política de prezos que incidían esencialmente sobre o réxime das tarifas dos servizos públicos⁸.

A discusión doutrinal e xurisprudencial⁹ basculou, con carácter xeral¹⁰, entre considerar que as cantidades que satisfán os usuarios pola prestación do servizo público de abastecemento de auga son taxas ou tarifas (prezos privados intervidos ou autorizados pola Administración), disxuntiva que á súa vez atopou reflexo nas ordenanzas fiscais da maioría de concellos españois. Así, e aínda que as entidades locais do noso país viñan dispoñendo tradicionalmente de varias alternativas para financiar os seus servizos e actividades públicas e protexer o interese xeral (prezos privados, tarifas, prezos públicos e taxas¹¹), no caso da contraprestación satisfeita pola prestación do servizo público de abastecemento domiciliario de auga, os concellos decantáronse, fundamentalmente, por estas dúas opcións¹²: ou regulalas como taxas¹³ ou considerar que son tarifas. No fondo desta controversia subxace, polo tanto, a distinción entre a potestade tarifaria e a potestade tributaria como forma de contraprestación dos servizos públicos¹⁴.

En calquera caso, a discusión e a determinación da verdadeira natureza xurídica da mencionada contraprestación non é unha cuestión banal, xa que condiciona claramente o seu réxime xurídico¹⁵. Neste sentido, non podemos obviar que mentres a taxa é un tributo, e polo tanto un ingreso público de dereito público da Administración, a tarifa constitúe un ingreso privado de quen presta un servizo público en réxime de dereito privado¹⁶, con todas as consecuencias que diso derivan¹⁷. Non obstante, cremos que tamén é posible identificar algún punto de encontro no réxime xurídico desta contraprestación, con independencia de que a súa natureza xurídica sexa a de taxa ou a de tarifa, en particular se temos en conta a coactividade que presenta o servizo público de abastecemento domiciliario de auga.

Nas páxinas seguintes, polo tanto, trataremos de sinalar certos aspectos ou elementos comúns do marco regulador do pagamento do dito servizo público con independencia de que se configure xuridicamente como unha taxa ou como unha tarifa, analizando a continuación só

algunhas das principais diverxencias que se apreciarían no réxime xurídico desa contraprestación en función da fórmula de financiamento escollido.

Como acabamos de indicar, e mesmo sendo unha cuestión capital para concretar o seu réxime xurídico, non examinaremos en profundidade a natureza xurídica da mencionada contraprestación por exceder os obxectivos propostos neste traballo. Non obstante, e como punto de partida da nosa análise, debemos indicar que nos posicionamos con boa parte da doutrina¹⁸, ao considerar que a supresión do segundo parágrafo da letra a) do artigo 2.2 da LXT, levada a cabo pola disposición adicional 58 da Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable, permite que se poidan exixir tarifas ou taxas pola prestación de servizos públicos¹⁹ –tese que, ademais, xa atopou reflexo nalgúns pronunciamentos xudiciais²⁰, e que polo tanto se poidan cobrar tarifas ou taxas pola prestación do servizo de abastecemento domiciliario de auga.

Apartámonos, deste xeito, dos que sosteñen que a titularidade do servizo condiciona necesariamente a natureza xurídica da prestación que aboa o usuario²¹. De acordo cos defensores desta tese, dificilmente poderían establecerse tarifas pola prestación de servizos públicos, xa que un servizo público, mesmo sendo prestado por un ente privado, seguiría sendo de titularidade pública e, polo tanto, só podería financiarse a través dunha taxa –ou, en todo caso, dun prezo público.

Séguese discutindo, de todos os xeitos, sobre o criterio ou criterios que permiten atribuír a natureza xurídica de taxa ou de tarifa ao pagamento que realiza o usuario pola prestación do servizo de abastecemento domiciliario de auga. Así, algúns apostan por ter en conta, fundamentalmente, o réxime de dereito público ou privado que preside a relación entre o usuario e o prestador do servizo público²², e, en menor medida, por apreciar a natureza pública ou privada do ente xestor (criterio diferenciador clásico)²³. Outros decántanse por combinar algún dos criterios anteriores cos sistemas de xestión do servizo público²⁴, distinguindo entre modalidades xestoras de dereito público e modalidades xestoras de dereito privado²⁵. Non obstante, cada vez son máis os autores que recoñecen a posibilidade de que se poida exixir unha taxa a través dunha xestión indirecta²⁶, e polo tanto tamén cobrou forza, como criterio delimitador, o do destinatario último do ingreso²⁷.

2 ASPECTOS COMÚNS NO SEU RÉXIME XURÍDICO

2.1 Sometemento ao principio de reserva de lei

Como sinalou Martín Queralt, a reserva de lei establecida pola Constitución está presente tanto na ordenación xurídica das taxas, dada a súa consideración de tributos, como na ordenación das prestacións patrimoniais que, sen revestiren natureza tributaria, deben cualificarse como prestacións impostas²⁸.

En efecto, as taxas, como todo tributo, están sometidas ao principio de reserva de lei tributaria, aínda que, segundo a doutrina constitucional, é no ámbito das taxas locais onde se advirte en maior medida a flexibilidade deste principio²⁹.

O certo é que, a diferenza do que acontece co Estado e coas comunidades autónomas, as corporacións locais carecen no noso ordenamento de potestade lexislativa e, polo tanto, carecen da potestade para crear tributos *ex novo*. Non obstante, o Tribunal Constitucional xa saíu ao paso desta cuestión para pór de manifesto a necesidade de diferenciar entre unha doutrina do principio de reserva de lei elaborada en relación con tributos de ámbito estatal e a aplicable aos

tributos que integran a facenda local³⁰. De xeito que, “cando se trata de tributos locais, concorre unha peculiaridade adicional que non pode deixar de terse en conta, pois en relación con estes tributos a existencia da reserva de lei dos artigos 31.3 e 133 CE hai que analizala en conexión cos artigos 133.2 e 142 CE, onde o pleno municipal alcanza a categoría de protagonista (ou, o que é o mesmo, cumpre coa garantía da autoimposición da comunidade sobre si mesma), por tratarse do órgano resultante da elección directa por sufraxio dos veciños da corporación local que cumpre coas exigencias do fundamento último da reserva de lei tributaria, a saber, ‘que cando un ente público lles impón coactivamente unha prestación patrimonial aos cidadáns conta para iso coa voluntaria aceptación dos seus representantes’ [SSTC 185/1995, do 14 de decembro, FX 3 a), e 233/1999, do 16 de decembro, FX 18]”³¹.

En consecuencia, para que a taxa local por abastecemento domiciliario de auga satisfaga o principio de reserva de lei no seu establecemento e regulación, ademais de recoñecerse de forma xenérica no artigo 20.4.t) do TRLRFL³², debe promulgarse a correspondente ordenanza fiscal³³. A dita ordenanza debe tramitarse mediante o procedemento previsto no artigo 17 do TRLRFL, o que implica a súa aprobación polo pleno da corporación local³⁴.

Por outra banda, defendeuse que as tarifas ou os prezos privados poden constituír prestacións patrimoniais de carácter público³⁵ que, como tales, e de acordo co artigo 31.3 da Constitución española, estarían sometidas ao principio de reserva de lei³⁶. Os defensores desta tese, á que nos sumamos, ampáranse fundamentalmente na STC 185/1995, do 14 de decembro, pola que se estableceron os criterios para decidir se unha determinada prestación, calquera que fose a súa natureza –prezos privados, ingresos públicos ou tributos–, debía considerarse ou non prestación patrimonial de carácter público, para os efectos da aplicación do principio de reserva de lei³⁷. Recordemos que a dita sentenza non só identificou a coactividade como a nota distintiva fundamental do concepto de prestación patrimonial de carácter público, senón que, ademais, indicou os supostos fácticos en que debía entenderse que unha prestación patrimonial resultaba coactivamente imposta –isto é, cando a realización do seu presuposto de feito fose obrigatoria; cando o ben, a actividade ou o servizo requirido fose obxectivamente indispensable para poder satisfacer as necesidades básicas da vida persoal ou social dos particulares; e cando o pagamento se efectuase pola utilización de bens, servizos ou actividades prestadas ou realizadas polos entes públicos en posición de monopolio de feito ou de dereito–. Parece, polo tanto, como apunta Trias Prats, que o Tribunal Constitucional pretendía vincular o concepto de prestación patrimonial de carácter público a “todos aqueles supostos en que falte a liberdade para obrigarse, pero que esa liberdade non só debe ser formal, senón tamén material”³⁸.

A STC 182/1997, do 28 de outubro, tamén se referiu ás prestacións patrimoniais de carácter público, pero nesta ocasión para diferenciarlas dos tributos, de modo que estes se satisfán coa finalidade de contribuír ao sostemento dos gastos públicos, polo que debe ser un ente público quen ingrese o pagamento, mentres que as prestacións patrimoniais de carácter público se conceptúan como prestacións coactivas que, con independencia da condición pública ou privada de quen as percibe, teñen unha inequívoca finalidade de interese público³⁹.

En consecuencia, Lozano Serrano sinala que as prestacións patrimoniais públicas teñen tres caracteres distintivos: a) a existencia de reserva de lei para o seu establecemento; b) a coactividade, como reflexo e existencia a un tempo da reserva de lei, e c) a finalidade pública da prestación⁴⁰. E non son sempre un ingreso público, nin unha prestación ao ente público, polo que este mesmo autor defende que a prestación patrimonial de carácter público é toda detracción

coactiva do patrimonio do particular, consista esta nunha obriga de dar ao ente público ou a particulares, ou nunha obriga de padecer ou soportar, dando lugar en todo caso a unha mingua da súa riqueza, xa sexa definitiva ou temporal⁴¹.

Pola súa parte, e conforme a STC 185/1995, Palao Taboada afirma que o concepto de prestación patrimonial de carácter público é independente da natureza da prestación –sendo indiferente o réxime xurídico tanto do servizo ou actividade do ente público prestador como da obriga do particular ou usuario do dito servizo–, xa que aquel se basea na existencia dunha coactividade de carácter esencialmente fáctico⁴². E de aí conclúe que a cualificación como prestación patrimonial de carácter público é independente e compatible coa natureza de prezo privado⁴³. Así, por exemplo, a existencia dun monopolio de feito faría que o prezo privado pagado polo usuario dun servizo prestado en réxime de dereito privado se puidese cualificar de prestación patrimonial de carácter público.

En definitiva, da xurisprudencia do Tribunal Constitucional dedúcese que baixo a categoría “prestación patrimonial de carácter público” se engloban unha serie de prestacións de natureza heteroxénea, entre as que se poderían incluír verdadeiros e propios ingresos privados, cando estes constitúan obrigas de pagamento coactivas e persigan unha finalidade de interese público⁴⁴. Así, unha tarifa pode, sen deixar de ser un prezo privado, constituír unha prestación patrimonial de carácter público que, por imperativo do artigo 31.3 da Constitución, debe someterse ao principio de reserva de lei no seu establecemento e regulación⁴⁵.

Polo tanto, se é posible concluír que a subministración domiciliar de auga é un servizo coactivo nos termos da xurisprudencia constitucional, a súa contraprestación –mesmo cando se configure como unha tarifa ou prezo privado só– podería establecerse conforme a lei⁴⁶.

A nota da coactividade está presente no servizo público de subministración de auga potable municipal porque tradicionalmente se prestou en réxime de monopolio pola súa condición local e pola súa dependencia dunha infraestrutura dificilmente duplicable⁴⁷. Ata o punto de que, segundo o seu actual réxime xurídico, os usuarios deben obter o servizo do único xestor autorizado sen que poidan facelo doutro provedor diferente, nin sequera daquel que preste igual servizo nun municipio lindeiro⁴⁸.

Non obstante, e de acordo coa lexislación vixente, este servizo pode ser prestado en concorrencia ou en réxime de exclusividade⁴⁹. Agora ben, como sinalou Pagès i Galtés, no hipotético suposto de que se admitise a prestación en réxime de concorrencia do servizo, non se estaría en presenza dun monopolio de dereito, pero moi probablemente se estaría ante un monopolio de feito consistente en que, a pesar de que a norma xurídica admite a libre concorrencia, na práctica só existe un único oferente no mercado, circunstancia que habitualmente acontecerá na subministración domiciliar de auga potable, xa que os usuarios se verán *de facto* obrigados a contratar o servizo cun determinado subministrador se non se queren ver privados do servizo⁵⁰.

Por outra parte, e aínda que se discutiu se o servizo de abastecemento de augas é de solicitude ou recepción voluntaria ou obrigatoria⁵¹, dificilmente pode negarse que se trate dun servizo imprescindible para a vida privada ou social do solicitante⁵², e, nese sentido, tamén se poría de manifesto o seu carácter coactivo⁵³.

En definitiva, dado que a tarifa pola prestación do servizo de abastecemento domiciliario de auga se configura como unha prestación patrimonial de carácter público⁵⁴, debe establecerse e regularse a través da correspondente ordenanza local⁵⁵.

2.2 Suxeición ao IVE

Tanto se a contraprestación polo servizo público de abastecemento domiciliario de auga se configura como taxa ou como tarifa, produciríase a súa suxeición ao IVE⁵⁶.

Con carácter xeral, o artigo 7.8.º da Lei 37/1992, do 28 de decembro, do imposto sobre o valor engadido (en diante LIVE), establece a non suxeición das entregas de bens e *prestacións* de servizos realizadas polas administracións públicas⁵⁷ sempre que se dean certos requisitos⁵⁸. A razón de ser deste suposto de non suxeición atoparíase en que os ditos entes, en principio, non realizan actividades empresariais ou profesionais, senón que actúan no exercicio de funcións públicas, coas prerrogativas propias do poder público.

Non obstante, en ocasións, os entes públicos “despóñanse da súa *auctoritas* e lánzanse á area do mercado intervindo na produción ou distribución de bens ou servizos. Por iso en tales situacións si poderán ser suxeitos pasivos do IVE para evitar que un tratamento á marxe do imposto determine distorsións significativas da competencia”⁵⁹.

Así, e como excepción á regra xeral, o apartado 8.º do artigo 7 da LIVE establece que certas operacións realizadas polas administracións, entes, organismos e entidades do sector público – entre as que se cita expresamente a “distribución de auga” – se consideran en todo caso suxeitas a ese imposto⁶⁰.

Neste sentido, a Resolución da DXT do 7 de xullo de 2011 (V1763-11) considera que estará suxeita a IVE a subministración de auga que efectúe un Concello, con independencia de cal sexa a natureza da contraprestación exixida por iso (prezo privado, prezo público ou tributo), e mesmo aínda que non perciba contraprestación ningunha. O Concello que formulaba a consulta aprobara a correspondente ordenanza municipal na que se prevía o cobramento dunha taxa por subministración; non obstante, aínda non a exixía, realizando a subministración a título gratuito. Ante tal circunstancia, a DXT recorda que as operacións suxeitas a IVE non son unicamente as realizadas a título oneroso e, polo tanto, considera que, neste suposto de autoconsumo, o Concello consultante estará en todo caso suxeito a IVE, non podendo ser a base impositiva inferior ao custo dos bens entregados.

Cabe sinalar, non obstante, que o suxeito pasivo do IVE pola prestación deste servizo variará en función do seu modo de xestión⁶¹. Así, nos supostos en que o Concello preste directamente o servizo de abastecemento de auga, converterase en contribuínte por este imposto. En cambio, se o servizo se presta de forma indirecta, o contribuínte do IVE será o xestor do servizo⁶².

Por outra banda, formuláronse dúbidas sobre se os servizos que son accesorios á distribución da auga, como os relacionados coa acometida e o contador, estarían ou non suxeitos a IVE cando eses servizos son prestados por administracións públicas.

Segundo Pagès i Galtés⁶³, a suxeición ao IVE dependerá de se os servizos accesorios son absorbidos ou non polo servizo de distribución de auga, distinguindo dúas posibles hipóteses:

a) No suposto de que se configuren como un só servizo, cun único importe que englobe o servizo principal e os servizos accesorios, debería defenderse a súa suxeición ao IVE. Iso derivaría da aplicación do criterio consistente en que o accesorio segue ao principal, de tal forma que como a parte principal da contraprestación (a relativa ao servizo de distribución de auga) estaría suxeita a IVE, tamén debería estarlo a súa parte accesorio (a relativa aos servizos de acometida e contador). Nesta hipótese toda a contraprestación estaría suxeita a IVE.

b) En cambio, no suposto de que se configuren como servizos independentes, con cotas separadas, podería sosterse que non lles afectaría a cláusula de suxeición do artigo 7.8.º b) da

LIVE, pois este precepto só se refire á “distribución” e non alcanza os servizos de acometida e de contador.

Non obstante, e polo que respecta ao servizo de acometida, o TXUE considerou que debe estar suxeito a IVE. Concretamente, a STXUE do 3 de abril de 2008, asunto Finanzamt Oschatz, C-442/05, en resposta a unha cuestión prexudicial sobre se a instalación de acometida individual á rede de distribución forma parte da actividade de distribución de auga, prevista no anexo D, punto 2, da sexta directiva IVE, sinalou que a directiva debe “interpretarse no sentido de que forma parte da actividade de distribución de auga (...) a instalación da acometida individual, que consiste (...) en colocar unha canalización que permita conectar a instalación hidráulica dun inmovible á rede fixa de subministración de auga, de xeito que un organismo de dereito público que actúe no exercicio das súas funcións públicas ten a condición de suxeito pasivo no que respecta á dita operación”.

Pola súa banda, a DXT defendeu que todos os servizos relacionados co denominado ciclo integral de auga están suxeitos a IVE. Así, na súa Resolución do 14 de maio de 2010 (V1012-10), evidencia que a actividade de distribución de auga suxeita ao imposto sobre o valor engadido inclúe, ademais da propia subministración e distribución de auga en sentido estrito, todas as operacións relacionadas co denominado ciclo integral da auga (fases de captación, subministración, potabilización, distribución de auga potable, rede de sumidoiros e depuración de augas residuais), de tal forma que, cando unha Administración pública realiza a distribución e a subministración da auga incluíndo na contraprestación das súas operacións, ademais da taxa de subministración, a taxa de saneamento e rede de sumidoiros, estas tamén deberán formar parte da base impositiva da subministración e distribución de augas suxeita ao imposto sobre o valor engadido que a dita Administración pública efectúa.

Ningunha dúbida debe formular a suxeición ao IVE da tarifa exixida polo prestador do servizo público cando este se preste en réxime de dereito privado.

3 ASPECTOS DIVERXENTES NO SEU RÉXIME XURÍDICO

A continuación desenvolveremos algúns.

3.1 Cuantificación da contraprestación

O artigo 7 da Lei 8/1989, 13 de abril, de taxas e prezos públicos, proclama o principio de equivalencia⁶⁴ para determinar a cuantificación das taxas, establecendo que estas “tenderán a cubrir o custo do servizo da actividade que constitúa o seu feito impositivo”, mentres que o TRLRFL dispón, no seu artigo 24.2, que “o importe das taxas pola prestación dun servizo ou a realización dunha actividade non poderá exceder no seu conxunto o custo real ou previsible do servizo ou actividade de que se trate ou, no seu defecto, do valor da prestación recibida”⁶⁵. Deste xeito, e a diferenza do que acontece no ámbito estatal, no local, o principio de equivalencia de custo non se estableceu como un medio para asegurar o autofinanciamento dos servizos públicos e as actividades administrativas locais, senón como límite cuantitativo á recadación obtida polas respectivas taxas⁶⁶. Polo tanto, como afirma Fernández Pavés, “a entidade local non pode facer negocio coas taxas, non pode exixir un pagamento que supere o custo de prestación ou desenvolvemento do servizo ou actividade que a orixina no conxunto recadatorio que esta xera, nin polo tanto obter beneficio económico como superávit recadatorio que puidese destinar a

cubrir outros gastos”, aínda que si sería posible que se ingresasen taxas por debaixo do custo do servizo, ben por atender a criterios de capacidade económica, ben porque se establezan taxas subvencionadas⁶⁷.

E é que á hora de configurar as taxas polo servizo de abastecemento domiciliario de auga, e xunto ao principio de equivalencia, tamén haberá que ter presente o principio de capacidade económica. Moito se discutiu sobre a presenza do mencionado principio nesta categoría tributaria⁶⁸, en particular nas taxas por prestación de servizos esenciais⁶⁹. Non obstante, e aínda que asumimos que o principio de capacidade económica non é o referente inescusable á hora de graduar a prestación neste tipo de tributos⁷⁰, consideramos que, en virtude do mandato constitucional do artigo 31.1, o dito principio debe facerse presente, en maior ou menor medida, tamén nas taxas. Así, non é estraño atopar nas ordenanzas fiscais reguladoras da taxa por prestación da subministración domiciliaria de auga exencións ou bonificacións na cota a favor de determinados colectivos como pensionistas, desempregados, familias numerosas, persoas con rendas baixas, etc.⁷¹.

Para determinar o importe da taxa, haberá que ter en consideración todos os custos da actuación administrativa –tanto directos como indirectos–, incluíndo entre estes últimos os de carácter financeiro, así como a amortización do inmovilizado e, se é o caso, os necesarios para garantir o mantemento do servizo pola prestación do cal se exige a taxa⁷². Por outra parte, e de acordo co principio de quen contamina paga, a Directiva marco da auga precisa que os Estados membros deberán ter en conta que é necesario que os prezos satisfeitos pola auga reflectan os custos totais dos servizos relacionados con esta, “incluídos os custos ambientais e os relativos aos recursos”⁷³.

Unha cuestión especialmente polémica relacionada cos elementos integrantes da cota desta taxa nos casos en que se recorre á súa xestión indirecta refírese a se é posible incluír o beneficio empresarial do prestador no custo do servizo que será repercutido ao obrigado tributario⁷⁴. E, así como algúns autores se mostraron partidarios da súa inclusión amparados no principio de autosuficiencia do servizo⁷⁵, outros –aos que nos sumamos– consideran que a obtención de beneficios pola empresa xestora do servizo público choca co límite do custo do servizo como orzamento económico da taxa⁷⁶. Polo tanto, estimamos que, se o prezo con que o Concello ten que retribuír o concesionario do servizo –e que foi establecido no prego de cláusulas económico-administrativas– é superior ao que o ente local ingresa mediante a oportuna taxa, o Concello terá que recorrer a outros ingresos orzamentarios adicionais para facer fronte ao pagamento do prezo do contrato⁷⁷.

O instrumento técnico que o lexislador prevé para verificar se se vulnerou ou non o límite global do custo do servizo é a memoria ou o informe técnico-financeiro⁷⁸, que debe acompañar toda proposta de establecemento ou modificación da ordenanza reguladora dunha taxa⁷⁹. Como se sinalou, “a súa ausencia vicia de nulidade a propia ordenanza, non xa por infracción dun trámite esencial para a súa tramitación, que tamén, senón porque a memoria é peza esencial da ordenanza mesma, á que complementa e alimenta de forma inseparable”⁸⁰.

En todo caso, é habitual que a cota tributaria da taxa por abastecemento de auga sexa a combinación dunha tarifa fixa ou “cota de servizo”, normalmente en función do calibre do contador, e dunha tarifa variable ou “cota de consumo”, que adoita calcularse de acordo co volume de auga consumida e o uso dado a esta (domiciliario, industrial, comercial, etc.), establecendo tramos ou bloques de consumo coa finalidade de atender as necesidades básicas e desincentivar

os consumos excesivos⁸¹. Xunto a esas cotas, e dado que o feito impositivo da taxa por prestación do servizo municipal de auga adoita incluír, ademais da propia subministración, unha serie de actividades administrativas e técnicas como o enganche, a conservación ou mantemento de contador, etc., adoitan engadirse, aínda que de forma separada, as cotas correspondentes ás mencionadas actividades.

Cando se trata de cuantificar as tarifas, en cambio, atopámonos ante un prezo en que se ten que incorporar o custo da organización e a prestación do servizo, así como o razoable beneficio da empresa xestora deste⁸², aínda que en todo caso nunca será un prezo alleo á intervención da Administración, froito da exclusiva e autónoma decisión das partes do contrato, ao ser o resultado do exercicio dunha potestade administrativa, que haberá de contar coa correspondente cobertura legal habilitante⁸³.

As tarifas son prezos que están sometidos a uns procedementos de fixación e modificación preestablecidos pola Administración, que, no caso das sociedades mercantís públicas, será o establecido no regulamento do servizo ou no réxime económico financeiro previsto entre a Administración titular do servizo e a súa empresa pública; e, no caso do concesionario e doutros contratistas xestores indirectos de servizos, no réxime que resulte do prego de condicións. Agora ben, como Tornos Mas sinalou, para os efectos económicos, a relación entre a corporación municipal e a súa sociedade non será moi distinta da que mantén cun concesionario, sendo cada vez máis habitual a fórmula do chamado “contrato-programa” entre as administracións e as súas empresas públicas⁸⁴.

No caso das tarifas pola prestación do servizo de abastecemento domiciliario de auga –e a diferenza das taxas⁸⁵–, habería que referirse, ademais, á potestade de ordenación económica dos prezos que desenvolve a Administración coa finalidade de controlar a inflación⁸⁶. Nestes supostos, a potestade administrativa non ten como finalidade determinar o prezo de remuneración do servizo, senón o control do seu incremento en canto á situación conxuntural inflacionaria⁸⁷. Así, o anexo II do Decreto lei 7/1996, do 7 de xuño, sobre medidas urxentes de carácter fiscal e de fomento e liberalización da actividade económica, considera, entre os prezos autorizados de ámbito autonómico, os relativos ao abastecemento de auga a poboacións. Polo tanto, as comisións de prezos autonómicas, alí onde existan, deberán controlar e revisar a contía das ditas tarifas en canto á súa xustificación técnica e proporcionalidade⁸⁸.

3.2 Suxeitos obrigados ao pagamento

Nas taxas establecidas por razón de servizos públicos que beneficien ou afecten os ocupantes de vivendas ou locais, conflúen os dous tipos de suxeitos pasivos que prevé o noso ordenamento: o contribuínte e o substituto⁸⁹. Así, cando a contraprestación que se exixa pola subministración de auga potable se configure como unha taxa, e o usuario ou beneficiario efectivo do servizo non sexa o propietario do inmovible en que se presta o servizo, o primeiro será o contribuínte e o segundo o substituto do contribuínte⁹⁰. En todo caso, será o propietario do inmovible o que lle satisfaga a taxa ao prestador do servizo, xa sexa en calidade de contribuínte, xa sexa en calidade de substituto do contribuínte.

Como xa se puxo de manifesto, nestes supostos, o lexislador previu a figura da substitución para garantir o cobramento por parte da facenda pública local das débedas tributarias ocasionadas polos arrendatarios ou ocupantes, por calquera título, dunha vivenda ou local⁹¹.

E, aínda que a condición de suxeito pasivo pode ser regulada polas ordenanzas fiscais, en opinión de Moreno González, debería facerse sempre respectando o marco legal do dito instituto xurídico⁹². Deste xeito, esas ordenanzas non poderían crear novos suxeitos pasivos ou outorgarlle a dita condición a quen non se atopase na situación legalmente definida como tal. Por outra banda, cabería dudar da legalidade das ordenanzas fiscais que establecesen como único suxeito pasivo destas os titulares dos contratos do servizo de subministración de auga, xa que, na medida en que estes non coincidan co propietario, non se estaría a considerar a figura do substituto, que o lexislador prevé de modo imperativo no TRLRFL⁹³.

Non obstante, a doutrina considera que si sería posible que as ordenanzas fiscais reguladoras da taxa pola prestación do servizo público de abastecemento domiciliario de auga considerasen outros obrigados tributarios no marco da relación xurídico-tributaria, como, por exemplo, responsables solidarios e subsidiarios, a pesar de que o artigo 23 TRLRFL se refira exclusivamente aos suxeitos pasivos⁹⁴.

Naqueles supostos en que a prestación exixida polo servizo non se configura como unha taxa, senón como unha tarifa, non cabería falar da figura do substituto⁹⁵, nin por suposto do contribuínte. De acordo coa teoría xeral dos contratos, toda obriga require, polo menos, un suxeito activo (acredor) e un suxeito pasivo (debedor); por iso, cando se trata de prezos privados, a determinación dos suxeitos pasivos deriva esencialmente das obrigas contractuais acordadas no marco da normativa reitora das obrigas e o que, se é o caso, dispoña a normativa financeira⁹⁶. En consecuencia, o obrigado ao pagamento da contraprestación será, en principio⁹⁷, o titular do contrato de subministración, con independencia de que sexa ou non o propietario do inmovible en que se presta o servizo. Ademais, no ámbito das tarifas non será posible establecer as figuras tributarias do substituto ou do responsable, pois a obriga de pagamento destes deriva dunha imposición legal que pugna coa natureza contractual dos prezos.

3.3 Recadación e vía executiva para o cobramento

O importe das taxas pola prestación do servizo municipal de abastecemento de auga, en canto ingresos de dereito público, debe ingresarse nas arcas municipais baixo os principios de caixa única e de non afectación orzamentaria⁹⁸.

Non obstante, na práctica son numerosos os exemplos de concesións administrativas en que, mesmo coa cualificación xurídica de taxa, os ingresos son percibidos directamente pola empresa concesionaria⁹⁹. Esta circunstancia fixo que algúns autores se formulen se o concesionario pode recadar directamente as taxas pola prestación do servizo de abastecemento domiciliario de auga¹⁰⁰, cuestión que analizaremos a continuación.

Do exame do artigo 106.3 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local, despréndese claramente que a xestión, recadación e inspección das taxas locais é competencia das entidades locais. Pola súa banda, o artigo 12 do TRLRFL establece, no seu apartado 1, que a xestión, liquidación, inspección e recadación dos tributos locais se realizará de acordo co previsto na Lei xeral tributaria e nas demais leis do Estado reguladoras da materia, así como nas disposicións ditadas para o seu desenvolvemento. Non obstante, o apartado 2 deste mesmo precepto normativo permite que as entidades locais, a través das súas ordenanzas fiscais, poidan adaptar a normativa citada ao réxime de organización e funcionamento interno propio de cada unha delas, sen que tal adaptación poida contravir o contido material desa normativa.

En consecuencia, o réxime xurídico da recadación das taxas locais atópase na LXT e, en desenvolvemento desta, no Real decreto 939/2005, do 29 de xullo, polo que se aproba o Regulamento xeral de recadación, identificando o artigo 8 do mencionado regulamento os entes competentes para levar a cabo a recadación na facenda pública local¹⁰¹.

Por outra parte, e segundo o artigo 92.bis da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local, a función de recadación configúrase como unha das funcións públicas necesarias en todas as corporacións locais, cuxa responsabilidade administrativa está reservada a funcionarios da Administración local con habilitación de carácter nacional. Deste xeito, as funcións de recadación, que son polo menos as comprendidas no artigo 5.3 do Real decreto 1147/1987, do 18 de setembro, polo que se regula o réxime xurídico dos funcionarios da Administración local con habilitación nacional, serán exercidas polo tesoureiro municipal.

Esta última circunstancia non impide que poidan existir actuacións materiais de colaboración por parte de empresas e entidades non suxeitas ao estatuto funcional. Así, o artigo 9.1 do Regulamento xeral de recadación contén un *numerus clausus* das entidades que poden actuar como entidades colaboradoras en materia de recadación prestando o servizo de caixa: bancos, caixas de aforro e cooperativas de crédito¹⁰². Polo tanto, e en opinión de Rodríguez Fernández-Oliva¹⁰³, dado que as empresas concesionarias do servizo non están incluídas na dita listaxe, non poderían asumir tarefas de colaboración na xestión recadadora.

Non obstante, e aínda que non debería confundirse a actividade de colaboración coa de externalización de certos servizos¹⁰⁴, o lexislador parece dar cobertura legal á externalización de determinadas actividades do proceso de aplicación dos tributos no artigo 92 da LXT, dedicado á colaboración social no citado proceso¹⁰⁵. E, neste sentido, púxose de manifesto que é na postestade administrativa de recadación onde se produciron máis supostos de externalización¹⁰⁶.

Así, Pagès i Galtés LTÉS, e mesmo partindo da base de que a taxa é por definición un ingreso público que, como tal, debe ser percibido por un ente público, admite que poida ser recadado por un suxeito privado. Nestes casos, afirma, “o ingreso continuará sendo público se este suxeito actúa como mero xestor ou vicario do ente público acredor do ingreso”¹⁰⁷. E, ao respecto, distingue dous posibles supostos en que un suxeito privado pode chegar a xestionar ingresos públicos¹⁰⁸:

a) Cando teña a condición de xestor do servizo público de recadación de ingresos públicos. Isto é, cando a principal función da entidade privada sexa recadar ingresos públicos. Nesta hipótese, o mencionado autor sostén que a reserva legal á xestión directa e por persoal funcionario non se estende a todas as tarefas de recadación¹⁰⁹, senón tan só ás de dirección da recadación e ás que supoñen o exercicio de medidas coercitivas sobre o patrimonio do debedor. Polo tanto, o resto de actividades poderían ser exercidas de forma indirecta; entre outras: as tarefas propias da recadación voluntaria e as funcións auxiliares da recadación executiva, sempre e cando se actúe baixo a dirección do tesoureiro.

b) Cando o suxeito privado é xestor doutro servizo público polo que percibe taxas dos usuarios. Neste caso, o dito suxeito tería como principal labor xestionar un determinado servizo público, aínda que, e con carácter accesorio e secundario, se encargaría da recadación de ingresos públicos.

É precisamente esta segunda hipótese a que, con certa frecuencia, se formula no ámbito do servizo público de abastecemento domiciliario de auga, ocasionando dúbidas de legalidade entre parte da doutrina¹¹⁰.

Tratouse de xustificar que o concesionario poida recadar directamente as taxas pola prestación do mencionado servizo en que a normativa de contratos do sector público establece que o contratista ten dereito ás contraprestacións económicas previstas no contrato¹¹¹. Concretamente, o artigo 281.1 do Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de contratos do sector público, dispón: “O contratista ten dereito ás contraprestacións económicas previstas no contrato, entre as que se incluírá, para facer efectivo o seu dereito á explotación do servizo, unha retribución fixada en función da súa utilización, que se percibirá directamente dos usuarios ou da propia Administración”.

Non obstante, como moi ben explicou Falcón y Tella¹¹², en ningún dos dous casos a contraprestación que recibe o concesionario pode ser unha taxa¹¹³.

Nos supostos máis frecuentes, o concesionario recibirá directamente dos usuarios unha tarifa, que terá a consideración de prezo privado, “pois outra cousa resulta incompatible (ou polo menos moi dificilmente conciliable) co carácter contractual das relacións entre o concesionario e os usuarios do servizo, e coa natureza privada do prestador do servizo”¹¹⁴.

Mentres que, como indica Falcón y Tella, “se o concesionario cobra da Administración (a través do que ás veces se denomina peaxe na sombra) estamos pura e simplemente ante o prezo dun contrato público. Non é unha taxa, e non é tampouco un prezo público dos previstos na Lei de 1989, pois esta só se refire aos prezos cobrados polos entes públicos, e non aos pagados polos ditos entes aos contratistas”. Cuestión distinta, como sinala este mesmo autor, é que “paralelamente poida estar establecida unha taxa sobre a prestación do servizo (ou sobre outros servizos) e que a dita taxa poida ser xestionada en período voluntario polo concesionario (xa sexa o concesionario do servizo gravado ou doutro distinto, como acontece por exemplo cando existe unha taxa de rede de sumidoiros que se cobra a través do recibo da auga). Está claro que estas taxas non son unha remuneración do concesionario (que nestes casos cobra da Administración), senón que o contratista simplemente xestiona esas taxas en nome da Administración que as estableceu, como un mandatario desta”¹¹⁵.

Neste mesmo sentido pronúnciase Pagès i Galtés¹¹⁶, cando afirma que constitúe unha ilegalidade que o xestor privado se apropie *sic et simpliciter* do importe da taxa, xa que, por definición, a taxa é un ingreso público e, polo tanto, ten que figurar necesariamente nos orzamentos do Concello por imperativo do principio de universalidade orzamentaria, que foi recollido no artigo 134.2 da CE. Polo tanto, sinala o mencionado autor, “se o Concello quere retribuír o xestor privado do servizo coa globalidade do importe que o xestor privado recade por taxa, o que ten que facer é anotar como ingreso orzamentario o importe recadado por taxa, para, deseguido, anotar como gasto orzamentario o mesmo importe que estará destinado a retribuírle ao xestor privado”¹¹⁷.

Mesmo se considerou factible que a entidade local autorice o concesionario a ingresar o importe das taxas na súa conta¹¹⁸. Pero, nestes casos, e dado que é necesario consignar nos orzamentos da entidade local, así como reflectir na súa conta tanto o pagamento realizado ao concesionario como os ingresos obtidos a través do cobramento da taxa, poderíase recorrer a contas de formalización, que non levan consigo movementos de fondos¹¹⁹.

É admisible, polo tanto, que o concesionario interveña, como mero mandatario da Administración, no cobramento da taxa¹²⁰, pero sen que por iso se converta, en ningún caso, en substituto do contribuínte. Ao respecto, De Vicente García e Adame Martínez sinalaron, con acerto, que “as entidades subministradoras non terán a condición de substitutos do con-

tribuínte das referidas taxas [os mencionados autores refírense ás taxas por servizos da rede de sumidoiros, pero a súa reflexión pódese estender, na nosa opinión, ás taxas polo servizo de abastecemento domiciliario de auga], pois a lei non lles outorga este carácter. Trátase, máis ben, de meros colaboradores da Administración que teñen deber de cobrar o tributo do usuario e de ingresalo na facenda do suxeito activo. Polo tanto, se unha vez facturada no recibo da auga a taxa da rede de sumidoiros, o suxeito pasivo se nega a pagala, a entidade subministradora non deberá pagar aquela taxa en lugar do contribuínte, como tampouco estará lexitimada para exercer ningunha acción contra este, senón que tan só poderá pór este feito en coñecemento da Administración para que esta proceda a verificar o seu cobramento a través das canles legais pertinentes¹²¹.

Polo que se refire aos supostos de xestión indirecta do servizo de abastecemento domiciliario de auga financiado mediante tarifas, cabe sinalar que os ditos ingresos serán prezos privados do contratista, que ingresarán directamente os usuarios do servizo na súa conta de explotación¹²².

Tamén se discutiu se é posible recorrer á vía de constrinximento para exixir o cobramento da contraprestación en caso de non pagamento do usuario, apreciándose de novo diferenzas en función do sistema de financiamento elixido.

Entre a doutrina sostense, de forma case unánime, que os pagamentos pola prestación do servizo público de abastecemento de auga só poderán ser recadados en vía de constrinximento cando se configuren como taxas¹²³, mentres que, se adoptan a forma de tarifas (prezos privados), a súa reclamación só poderá levarse a efecto conforme as prescricións civís e mercantís¹²⁴. Polo tanto, a vía de constrinximento sería consubstancial á taxa –que, obviamente, non pode exixirse en vía civil–, e en cambio non podería ser utilizada polo concesionario, xa que implica exercicio de autoridade.

Para Falcón y Tella, non obstante, nada impide que nos pregos e no regulamento do servizo se outorgue ao concesionario a posibilidade de utilizar a vía de constrinximento, xa que se trata de prestacións derivadas dun contrato de dereito público, e o artigo 130 do Regulamento de servizos das corporacións locais prevé que o xestor privado expida a correspondente certificación de descuberto, que lle entregará ao interventor, para que sexa o presidente da Corporación quen expida a providencia de constrinximento¹²⁵. Polo tanto, e na súa opinión, a opción por unha taxa ou por unha tarifa para financiar o servizo público de abastecemento de auga non prexulgaría a posibilidade de utilizar a vía de constrinximento¹²⁶.

A Falcón y Tella poderíasele obxectar que, aínda que en liñas xerais o Regulamento de servizos das corporacións locais segue estando en vigor, iso non determina a súa plena aplicación, pois algúns preceptos regulamentarios foron implicitamente derogados por outras normas posteriores e superiores en rango. Concretamente, cabería entender que o artigo 130 do Regulamento de servizos das corporacións locais foi derogado polo artigo 85 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local¹²⁷, pois nel referéndase a reserva de xestión directa para aqueles servizos públicos que impliquen exercicio de autoridade. Tamén deben entenderse derogadas as previsións do mencionado regulamento dirixidas a fixar os órganos competentes en materia de recadación e o importe da recarga de constrinximento. Así, e polo que respecta á primeira cuestión, da normativa vixente resulta que será o interventor local, e non o concesionario, o competente para expedir certificacións de descuberto, mentres que o órgano competente para ditar as providencias de constrinximento e de embargo será o tesoureiro, e non o presiden-

te da Corporación¹²⁸. E, en relación coas recargas, devindicaranse, se é o caso, as que estableza a LXT, e non as que prevé o Regulamento de servizos das corporacións locais.

Por outra banda, se temos en conta que a utilización da vía de constrinximento é unha das manifestacións máis claras de exercicio de autoridade, non podemos esquecer que o Texto refundido da Lei de contratos do sector público prohibe de forma taxativa (“en ningún caso”, reza o parágrafo 2.º do artigo 275.1) a xestión indirecta daqueles servizos que impliquen o exercicio de autoridade inherente aos poderes públicos.

De todos os xeitos, como recoñece Casas Agudo, a expresión “exercicio de autoridade” é de moi difícil concreción, sendo especialmente complexo separar os servizos e as actividades concretos que son susceptibles de ser externalizados daqueles que impliquen un exercicio de autoridade e que, polo tanto, só poidan ser realizados por funcionarios da Administración pública¹²⁹. Así, e a xuízo deste autor, non todas as tarefas da recadación executiva implicarían exercicio de autoridade, quedando unicamente excluídas da posibilidade de externalización as de contido fundamentalmente público ou de maior sensibilidade para os obrigados tributarios, como a execución das garantías, a práctica dos embargos, o alleamento, a transmisión da titularidade dos bens alleados ou a resolución de terzarías¹³⁰. Polo tanto, sería admisible que as actividades secundarias ou auxiliares da recadación executiva que non implicasen exercicio de autoridade as levase a cabo o concesionario do servizo¹³¹.

3.4 Suspensión da subministración en caso de non pagamento

Directamente relacionada co apartado anterior atópase a polémica cuestión da posible suspensión da subministración de auga en caso de non pagamento, en particular cando o servizo se financia mediante unha taxa¹³².

Sinalouse que, na xestión recadatoria das taxas que non foron satisfeitas en período voluntario, é frecuente utilizar procedementos “compulsivos” ou “intimidatorios”, distintos dos previstos no procedemento executivo tributario¹³³. A razón última deste xeito de proceder deberíase a que as taxas, a diferenza dos impostos, son tributos que se exixen mediante contraprestación; e, por iso, ante a negativa de pagamento da taxa por abastecemento de auga, unha opción lóxica e sinxela sería a de “cortar” a subministración do servizo¹³⁴.

Tratando de xustificar a suspensión da subministración desde unha perspectiva normativa, explica Pagès i Galtés¹³⁵ que o artigo 84 do Regulamento de verificacións eléctricas, aprobado polo Decreto do 12 de marzo de 1954, lles permitía ás compañías eléctricas suspender a subministración de enerxía ante o non pagamento da tarifa, e entendeuse que este precepto era aplicable ás subministracións de auga e de gas pola Orde do 28 de febreiro de 1955. Non obstante, ao modificarse o citado regulamento por medio do Real decreto 1725/1984, do 18 de xullo, formulouse a dúbida de se tal precepto resultaba directamente aplicable á subministración de auga, ou se, pola contra, requiría dunha disposición específica que o permitise.

Con carácter xeral, o Tribunal Supremo mostrouse contrario a aplicar o mencionado regulamento á subministración de auga tras a modificación de 1984¹³⁶. Non obstante, non faltaron autores dispostos a xustificar a posible suspensión de subministración ante a falta de pagamento. Así, por exemplo, Pagès i Galtés, mesmo recoñecendo que sería desexable que se ditase unha norma con rango de lei que permitise o corte da subministración, a partir dunha interpretación sistemática dos artigos 1.1, 14 e 31 da CE, 25.1 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local, e 7.2 do Código civil, considerou que se podería deducir

a existencia dunha habilitación legal implícita, derivada da cláusula xeral de orde pública, que ten por obxecto impedir o abuso de dereito que supón a utilización dun servizo sen satisfacer as tarifas, pondo en perigo a súa viabilidade¹³⁷. Pola súa parte, De Vicente García e Adame Martínez¹³⁸ ampáranse no principio de autonomía local, tal como é interpretado no voto particular á STC 19/1987, do 17 de febreiro¹³⁹, para xustificar a supresión da subministración ante a falta de pagamento.

En cambio, a Dirección Xeral de Coordinación coas Facendas Territoriais, en contestación a unha consulta formulada por un Concello que tiña dúbidas sobre a posibilidade de cortarlle a subministración domiciliaria de auga a un veciño ante a falta de pagamento do servizo, responde, o 9 de xuño de 2000, que o dito servizo é esencial e de prestación continuada, e polo tanto de devindicación periódica, de modo que pola súa natureza non se pode nin debe interromper o servizo, nin nos casos de falta de pagamento deste¹⁴⁰.

En todo caso, e tendo en conta que non existiría amparo normativo explícito¹⁴¹ para proceder ao corte da subministración, Navarro Heras sostén que, “unha vez que a débeda tributaria vencida, líquida e exixible non foi satisfeita, o xeito de facela efectiva non é a de recorrer a medidas máis ou menos ‘persuasivas’ ou ‘intimidatorias’ de carácter extratributario, senón a de facer valer as facultades exorbitantes de natureza tributaria que para recadación das débedas tributarias prevé o ordenamento xurídico”¹⁴². É máis, e mesmo aínda que o corte da subministración estivese amparado, o certo é que non sería o método máis ortodoxo desde o punto de vista tributario, ao existiren medidas propias dos tributos, que son as que se deben utilizar en procedementos de recadación como o propio procedemento de constrinximento¹⁴³.

En efecto, o non pagamento dun tributo en período voluntario non determina o corte dunha subministración, senón, conforme a LXT, a apertura do período executivo de cobramento¹⁴⁴, e, en caso de persistir no non pagamento, a apertura do procedemento de constrinximento. Así o sinalou Villar Rojas, “o non pagamento da taxa non permite a denegación do servizo (...), senón que o cobramento debe resolverse pola vía de constrinximento”¹⁴⁵.

Pero na práctica é frecuente que os concellos regulen as incidencias do servizo nos seus regulamentos reguladores ou nas ordenanzas fiscais correspondentes, contemplando, en ocasións, o corte de subministración en caso de non pagamento¹⁴⁶.

Por iso, algúns autores defenden que se poida recorrer á dita medida só en último extremo e coas correspondentes garantías para os usuarios¹⁴⁷. Isto é, sosteñen que tería que aplicarse necesariamente, e en primeira instancia, a vía de constrinximento, e tan só cando esta vía resultase infrutuosa cabería o corte de subministración. Por outra banda, a suspensión da subministración debería quedar avalada por normativa regulamentaria; en concreto, pola ordenanza reguladora do servizo ou pola ordenanza fiscal, con mención do órgano competente para acordar o corte da subministración e demais datos necesarios para completar o seu expediente de suspensión¹⁴⁸. Aínda que, como recoñece Moreno González¹⁴⁹, nin sequera esta forma de proceder acabará cos usuarios que non fan fronte ao pagamento de forma reiterada, xa que a culminación da vía de constrinximento é lenta e durante a súa tramitación poden orixinarse novos consumos de auga que tamén resulten impagados, o cal forzaría a acudir novamente á vía de constrinximento para intentar o seu cobramento. De aí que, como posible solución a este problema, se propuxese que a ordenanza reguladora do servizo estableza expresamente que “en caso de non pagamento dun número de recibos consecutivos se presumirá que o usuario se dá de baixa no servizo, o que autorizaría o corte da subministración”¹⁵⁰.

Outros, en cambio, seguen sostendo que o non pagamento desta taxa por parte do usuario non pode dar lugar, en ningún caso, á suspensión da subministración de auga, nin sequera despois do seu frustrado intento de recadación en vía executiva. Se así se fixese, sostén Tornos Mas, “o corte de subministración constituiría un medio de execución forzosa manifestamente ilegal, por non estar entre os previstos polos artigos 95 e 96 da Lei 30/1992, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común”¹⁵¹. Iso sen prexuízo da eventual e posible incursión nos delitos de coaccións e/ou exaccións ilegais dos artigos 172 e 437 do Código penal”¹⁵².

Agora ben, no suposto de que o servizo de abastecemento de auga se financiase con cargo a unha tarifa, e de acordo co artigo 1124 do Código civil, que recoñece, nas obrigas recíprocas, a facultade de resolver o contrato en caso de incumprimento da outra parte, sería posible iniciar o expediente de suspensión da subministración por non pagamento de forma case inmediata.

4 BIBLIOGRAFÍA

- Alías Cantón, M. 2016. «Tasa por el abastecimiento domiciliario de agua: naturaleza de la contraprestación a la vista de la reciente doctrina del Tribunal Supremo», *Crónica Tributaria*, 160, 39 y ss.
- Aragonés Bertrán, E. 2012. «La naturaleza jurídica de la tarifa. El estado de la cuestión», en S. Milans del Bosch y Jordán de Urríes (coord.), *El precio del agua. Aspectos jurídicos y financieros en la gestión urbana del agua en España*. Barcelona: Fundación Agbar, 55 e ss.
- Blanquer Criado, D. 2012. *La concesión de servicio público*. Valencia: Tirant lo Blanch. Aquí citado segundo a Base de Datos Tirant online (TOL2.568.168).
- Cañal García, F. 2012. «La potestad tarifaria de las entidades locales en el suministro de aguas», en L.M. Alonso González y H. Taveira Torres (coords.), *Tributos, aguas e infraestructuras*. Barcelona: Atelier, 77 e ss.
- Carrillo Donaire, J.A. 2012. «A vueltas sobre la naturaleza jurídico tributaria o tarifaria de las contraprestaciones derivadas del servicio de abastecimiento de agua. Consecuencias de la derogación del inciso final del artículo 2.2.a) de la Ley general tributaria». <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1105085> (09-01-2017).
- Casas Agudo, D. 2015. *La externalización de la gestión tributaria. Régimen jurídico y límites*, Cuadernos Aranzadi de Jurisprudencia Tributaria. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Catalá Martí, J. (coord.) 2012. *La contratación de las administraciones públicas ajustada a la Ley de contratos del sector público*, 2ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.
- Cubero Truyo, A. 2016. «El impuesto sobre el valor añadido I», en F. Pérez Royo, (dir.), *Curso de Derecho tributario. Parte especial*, 10ª ed. Madrid: Tecnos, 711 e ss.
- De la Peña Velasco, G. 2012. «Naturaleza jurídica de la contraprestación en las formas de gestión indirecta de los servicios públicos», en S. Milans del Bosch y Jordán de Urríes (coord.), *El precio del agua. Aspectos jurídicos y financieros en la gestión urbana del agua en España*. Barcelona: Fundación Agbar, 265 e ss.
- De Vicente García, J. e Adame Martínez, F. 2008. *Régimen fiscal del agua. Tributos estatales, autonómicos y locales*. Granada: Comares.
- Falcón y Tella, R. 2011. «¿Tasas o tarifas?: la supresión del párrafo segundo del artículo 2.2. a) LGT», *Quincena fiscal*, 7. Aquí citado segundo a Base de Datos Westlaw (BIB 2011/412).
- Falcón y Tella, R. 2016. «La contraprestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua: SSTs de 23 y 24 de noviembre de 2015», *Quincena fiscal*, 7. Aquí citado segundo a Base de Datos Westlaw (BIB 2016/21129).
- Fernández Farreres, G. 2012. «Sobre la naturaleza jurídica de la tarifa por la prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua», en S. Milans del Bosch y Jordán de Urríes (coord.), *El precio del agua. Aspectos jurídicos y financieros en la gestión urbana del agua en España*. Barcelona: Fundación Agbar, 229 e ss.
- Fernández López, R.I. 2014. «La tensión entre gestión financiera pública y política comercial de los puertos de interés general desde la óptica de la reserva de ley tributaria», en F. Adame Martínez e J. Ramos Prieto (coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 451 e ss.
- Fernández Pavés, M.J. 2015. «Análisis comparativo y valoración crítica de las alternativas en la financiación de servicios públicos locales: tasas versus precios públicos», *Crónica Tributaria*, 156, 75 e ss.

- Ferreiro Serret, E. 2012. «La gestión de los tributos sobre el agua», en L.M. Alonso González e H. Taveira Torres (coords.), *Tributos, aguas e infraestructuras*. Barcelona: Atelier, 189 e ss.
- Jiménez Compaired, I. 2006. «El derecho al agua: una perspectiva fiscal», en A. Embid Irujo (coord.), *El derecho al agua*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 137 e ss.
- Jiménez Compaired, I. 2012. *Los cánones de regulación y las tarifas de utilización del agua*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Lago Montero, J.M.^º e Guervós Maíllo, M.^ºA. 2004. *Tasas locales: cuantía*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Lozano Serrano, C. 1998. «Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, 97, 25 e ss.
- Martín Fernández, J.M. 2014. «Tasas y precios públicos en el ordenamiento financiero español», en F. Adame Martínez e J. Ramos Prieto (coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público: Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*. Madrid: Instituto Estudios Fiscales, 1605 e ss.
- Martín Queralt, J. 1989. «Reflexiones en torno a la adecuación de las tasas a la Constitución», *PALAU 14. Revista valenciana de Hacienda Pública*, 4.
- Martín Queralt, J., Lozano Serrano, C., Tejerizo López, J.M. e Casado Ollero, G. 2016. *Curso de Derecho financiero y tributario*, 27ª ed. revisada e posta ó día. Madrid: Tecnos.
- Martínez Sánchez, C. 2014. *El principio de equivalencia en el sistema tributario español*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Menéndez Moreno, A. 2016. «Las prestaciones patrimoniales, los tributos y sus clases: una clarificación pendiente y necesaria (I)», *Quincena Fiscal*, 12. Aquí citado segundo a Base de Datos Westlaw (BIB 2016\21223).
- Moreno González, S. 2011. «La tasa por la prestación del servicio de suministro de agua», en P. Chico de la Cámara e J. Galán Ruiz (dirs.), *Las tasas locales*. Cizur Menor: Civitas, 1125 e ss.
- Milans del Bosch y Jordán de Urrés, S. (coord.) 2012. *El precio del agua. Aspectos jurídicos y financieros en la gestión urbana del agua en España*. Barcelona: Fundación Agbar.
- Navarro Heras, R. 2011. «La recaudación de las tasas locales», en P. Chico de la Cámara e J. Galán Ruiz (dirs.), *Las tasas locales*. Cizur Menor: Civitas, 273 e ss.
- Palao Taboada, C. 2005. «Tarifas portuarias: precios privados que son tributos», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 271, 177 e ss.
- Pagès i Galtés, J. 1999. *La memoria económico-financiera de las tasas y precios públicos por servicios y actividades*. Madrid-Barcelona: Escuela de Administración Pública de Cataluña-Marcial Pons.
- Pagès i Galtés, J. 2005. *Tributos sobre las aguas (estatales, autonómicos y locales)*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Pagès i Galtés, J. 2011. «La ordenanza fiscal en materia de tasas locales», en P. Chico de la Cámara e J. Galán Ruiz, (dirs.), *Las tasas locales*. Cizur Menor: Civitas, 63 e ss.
- Pagès i Galtés, J. 2015. *Manual de tasas y precios por servicios municipales*. Madrid: El consultor de los Ayuntamientos (La Ley).
- Perdigó i Sola, J. 1996. «Las tarifas de los servicios públicos locales: tasas y precios. Incidencia de la STC 185/1995», *Autonomías. Revista catalana de dret públic*, 21, 423 e ss.
- Rodríguez Fernández-Oliva, A. 2008. «La naturaleza tributaria de los ingresos procedentes de los servicios públicos de abastecimiento domiciliario de agua. Autonomía tributaria local y control de precios autonómico», *Hacienda Canaria*, 25, 133 e ss.
- Rodríguez Fernández-Oliva, A. 2013. «Un viaje de ida y vuelta. La (nuevamente) discutida naturaleza tributaria de los ingresos procedentes de los servicios públicos de abastecimiento domiciliario de agua. Una propuesta de integración», *Hacienda Canaria*, 38, 61 e ss.
- Ruiz Garjón, M. 2011. «Concepto de tasa y delimitación con otros ingresos de Derecho público y privado», en P. Chico de la Cámara e J. Galán Ruiz (dirs.), *Las tasas locales*. Cizur Menor: Civitas, 99 e ss.
- Sastre Beceiro, M. 2002. «Precios y tarifas del agua en España», en G. Ariño Ortiz, *Precios y tarifas en sectores regulados*. Granada: Comares, 155 e ss.
- Tornos Mas, J. 1994. «Potestad tarifaria y política de precios», *Revista de Administración Pública*, 135, 77 e ss.
- Tornos Mas, J. 2009. «Regulación de precios y tarifas», en S. Muñoz Machado e J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la regulación económica (Vol. I: Fundamentos e instituciones de la regulación)*. Madrid: Iustel, 537 e ss.
- Tornos Mas, J. 2016. «Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015». <http://laadministraciondialia.inap.es/noticia.asp?id=1505906> (10-01-2017).

- Trias Prats, B. 2010. «Tribunal Constitucional y tarifas portuarias: hacia el desenlace final del llamado “conflicto tarifario”», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 36, 177 e ss.
- Valenzuela Villarrubia, I. 2014. «Financiación de los servicios públicos locales», en J.A. Carrillo Donarie e P. Navarro Rodríguez (coords.), *La reforma del régimen jurídico de la Administración local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.
- Villar Rojas, F.J. 2005. «Dictamen sobre el concepto de tasa de la nueva Ley general tributaria y su eventual impacto en las tarifas por prestación del servicio municipal de abastecimiento domiciliario de agua potable», *Quincena fiscal*, 10, 37 e ss. Aquí citado segundo a Base de Datos Westlaw (BIB 2005/1118).
- Villar Rojas, F.J. 2016. «El monopolio en el servicio público de suministro de agua en España: conflictos y tutela», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 76, 207 e ss.

NOTAS

- 1 Unha ampla recompilación das principais posturas doutrinais pode atoparse en: Aragonés Bertrán, 2012: 55 e ss.
- 2 Actualmente, é a Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local, a que reconece unha competencia xenérica municipal sobre a subministración de auga, configurando o abastecemento como un servizo esencial, e de prestación obrigatoria en todos os municipios. E aínda que a dita norma parece utilizar indistintamente os conceptos de subministración e abastecemento de auga, nas normas reguladoras do abastecemento ditadas polas comunidades autónomas, o abastecemento constitúe unha operación máis ampla que a relativa á subministración ou distribución de auga, de maneira que, segundo a lexislación autonómica, o abastecemento de auga incluíría as tarefas de adución e distribución. A primeira (adución) comprende as funcións de captación ou nacemento das augas, o seu encoro e conducción por arterias ou tubaxes primarias, así como o seu tratamento. En cambio, a distribución inclúe o almacenamento das augas en depósitos, a elevación por grupos de presión e a repartición por tubaxes ata as acometidas particulares; De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 306 e 307.
- 3 Así o recoñecen, entre outros: Pagés i Galtés 2015: 697; Alías Cantón, 2016: 39; Carrillo Donaire, 2012.
- 4 Isto é o que sucedeu coa STS do 23 de novembro de 2015, recurso de casación 4091/2013, sendo especialmente crítico con este pronunciamiento Tornos Mas, 2016: 7 e ss.
- 5 A Dirección Xeral de Tributos (en diante, DXT) mantivo unha interpretación cambiante sobre esta cuestión nos últimos anos. Inicialmente, nun Informe do 26 de outubro de 2007 da Subdirección Xeral de Impostos Patrimoniais, Taxas e Prezos Públicos, afirmouse que “á vista da doutrina do Tribunal Constitucional na súa Sentenza 185/1995, do 14 de decembro, como nas núms. 102/2005, do 20 de abril e 121/2005, do 10 de maio (...) e da translación legal dos criterios xurisprudenciais primeiro á reforma da Lei de facendas locais pola Lei 25/1998, do 13 de xullo, e hoxe en día no Texto refundido de 2004, así como na Lei xeral tributaria, esta subdirección xeral non alberga dúbidas sobre a cualificación como taxa das contraprestacións que satisfai o usuario do servizo de subministración de auga potable, con independencia da modalidade de xestión adoptada”. Polo tanto, e nun primeiro informe, considerou que, con independencia de cal fose o modo de xestión do servizo –mesmo a través de concesión–, a contraprestación exixida non podía ter outra natureza que a de taxa. Con posterioridade, o 26 de xullo de 2011, a DXT emitiu un novo informe, a petición da Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamientos, sobre a interpretación e alcance que se lle debía dar á nova dicción do artigo 2.2 a) da LXT, unha vez suprimido o seu parágrafo segundo, pola disposición derradeira 58.ª da Lei 2/2011 de economía sustentable, e en particular se, de acordo coa dita reforma, se podía considerar que a contraprestación económica que os usuarios do servizo público de abastecemento de auga e rede de sumidoiros satisficían a unha empresa pública, privada ou mixta, prestadora do servizo en virtude dun título ou dereito especial ou exclusivo podía revestir a natureza xurídica de tarifa (prezo privado). Nesta ocasión, a DXT concluíu que, no suposto formulado –o ente xestor era unha empresa pública, mixta ou privada que se rexía polo dereito privado– a prestación se podía reconducir ao ámbito dos prezos privados. Máis recentemente, e como consecuencia das SSTS do 28 de setembro de 2015 e 23 de novembro de 2015, a DXT insiste, nun informe emitido o 20 de maio de 2016, en que, “se os servizos públicos de abastecemento de auga e rede de sumidoiros son xestionados directamente por un ente local, sen ningún tipo de delegación, a contraprestación satisficida polos usuarios debe ter a natureza xurídica de taxa. Pola contra, se os ditos servizos son xestionados por unha sociedade privada municipal, ou por unha empresa privada a través dun contrato administrativo de xestión do servizo, as contraprestacións non podían ser cualificadas como ingresos de dereito público, senón como ingresos de dereito privado. E, polo tanto, subsiste a posibilidade de que, no caso de que a prestación do servizo público a realice unha empresa, xa sexa pública, privada ou mixta, a Administración pública titular do citado servizo poida optar por retribuír o xestor mediante unha tarifa ou prezo a satisfacer directamente polos usuarios, unha retribución da propia Administración, ou unha combinación de ambas as dúas formas”.
- 6 Téñase en conta, como afirma Martín Fernández, que a dicotomía entre taxas e prezos públicos é un dos temas de eterno retorno do dereito financeiro e tributario; Martín Fernández, 2014: 1605.
- 7 Así o sinalou Tornos Mas, 2016: 1.
- 8 Sastre Beceiro reconece que estes tres grupos de normas recollían perspectivas diferentes e non sempre cualificaban as cousas do mesmo xeito; Sastre Beceiro, 2002: 169 e 170.
- 9 A STS do 24 de xuño de 2015, recurso de casación 3898/2013 (RX 2015\3214), resume a evolución da xurisprudencia dos tribunais ordinarios do seguinte xeito: “A título de conclusión sobre este repaso ao tratamento que a xurisprudencia lle deu á retribución pola prestación

do servizo público de auga domiciliaria ou potable, (...) a xurisprudencia do Tribunal Supremo basculou entre a súa condición de prezo privado e a de taxa.

Atribuíu a natureza de prezo privado, fixado pola corporación municipal exercendo a súa potestade tarifaria e sometido á aprobación superior da Comunidade Autónoma en aplicación da política de control de prezos, cando o servizo era xestionado de forma indirecta por un concesionario ou un arrendatario, mesmo unha empresa participada maioritariamente polo concello (...). Se o servizo se prestaba directamente, a retribución satisfeita polos usuarios constituía unha taxa (...).

Esta sala mantivo esta configuración ata o 1 de xaneiro de 1999, data a partir da cal e en virtude da disposición transitoria segunda, apartado 1, da Lei 25/1998, debería sempre considerarse unha taxa, como consecuencia das reformas introducidas a resultas da sentenza do Tribunal Constitucional 185/1995, cuxa doutrina ratificaron as sentenzas 102/2005, do 20 de abril, e 121/2005, do 10 de maio. Por iso, na sentenza Concello de Ávila esta Sala senta un criterio, despois ratificado na sentenza Concello de Alicante, conforme o que a prestación do servizo público municipal de abastecemento de auga, de recepción obrigatoria, sempre debe sufragarse a través dunha taxa, calquera que sexa a súa forma de xestión.

Malia a aparente 'desorde', a xurisprudencia ofrece un cadro nítido e unha evolución coherente. En relación co mencionado servizo público municipal, mesmo recoñecendo que houbo un período (entre a entrada en vigor da Lei 39/1988 e a da Lei 25/1998) en que podía financiarse mediante prezos públicos [nunca se lle formulou un suposto tal], considera que partir desa segunda lei, e tamén baixo a vixencia da Lei xeral tributaria de 2003 (artigo 2.2) e do Texto refundido da Lei reguladora das facendas locais, aprobado en 2004 [artigo 20.1.B)], os usuarios deben sufragalo a través dunha taxa que pasa a engrosar a partida de ingresos do orzamento local, con independencia da forma en que se xestione, xa que sempre se trata de servizos municipais de recepción obrigatoria (artigo 25.2.I) da Lei reguladora das bases de réxime local”.

10 E é que non faltaron pronunciamentos xudiciais e doutrina que se inclinaron por cualificar a prestación como prezo público. Ao respecto, véxase Pagès i Galtés, 2015: 698, nota ao pé número 4.

11 Ao respecto, Fernández Pavés, 2015: 75 e ss.

12 Neste sentido, Rodríguez Fernández-Oliva, 2008: 133 e ss.

13 O artigo 20.4.t) do Texto refundido da Lei reguladora de facendas locais, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo (en diante TRLRFL), dispón que “as entidades locais poderán establecer taxas por calquera suposto de prestación de servizos ou de realización de actividades administrativas de competencia local, e en particular polos seguintes: (...) t) Distribución de auga, gas, electricidade e outros abastecementos públicos incluídos os dereitos de enganche de liñas e colocación e utilización de contadores e instalacións análogas, cando tales servizos ou subministracións sexan prestados por entidades locais”.

14 Sinala Tornos Mas que o ordenamento xurídico lle atribúe á Administración ata catro potestades diferentes para intervir na determinación dos prezos dos bens e servizos: a potestade tributaria, a potestade tarifaria, a potestade para establecer prezos regulados e a potestade de ordenación económica.

A través da potestade tributaria, o poder público pode exixir, de forma coactiva, o pagamento de determinados servizos de responsabilidade pública, que van ser prestados directamente pola Administración. O exercicio desta potestade concretaríase na exigencia de taxas ou prezos públicos, que se ingresarían no orzamento público.

A potestade tarifaria, en cambio, recoñéceselle á Administración titular dun servizo público para fixar o prezo da remuneración do concesionario ou da entidade de réxime privado que prestará o servizo. Neste caso, o prezo non se ingresa nun orzamento público, senón na conta de explotación do ente que presta o servizo. Dentro desta categoría cabe diferenciar: o prezo establecido para as entidades de dereito privado de capital total ou maioritariamente público que prestan o servizo público, e a tarifa fixada a través dun procedemento negocial, como prezo dun contrato de xestión de servizo público.

Véxase, ao respecto, Tornos Mas, 2009: 537 e ss. E, do mesmo autor, 1994: 77 e ss.

15 Así o recoñeceron: Cañal García, 2012: 77; Villar Rojas, 2005: 1.

16 Cómpre ter presente que “a tarifa é o prezo fixado pola Administración para remunerar a quen en réxime de dereito privado presta un servizo, sen que a tarifa se converta en ingreso público”; Tornos Mas, 1994: 80.

17 Jiménez Compaired, referíndose á natureza xurídica de canons e tarifas, recoñece que, “estemos ante un recuso de dereito público ou de dereito privado, supón atribuírle un réxime xurídico absolutamente diferenciado en canto á súa fixación, aplicación e revisión. A fixación dun instrumento de dereito público realizarase de xeito unilateral, ben é certo que a forma a disporá a categoría concreta que posúe; na fixación dun instrumento de dereito privado, terase que realizar mediante o acordo entre as partes (por moito que ese acordo máis pareza unha adhesión). A aplicación, particularmente o cobramento, dun instrumento de dereito público estará rodeado dun conxunto de dereitos e deberes para o acreedor e o debedor, notándose as prerrogativas de que disporá o primeiro: a vía de constrinximento para a execución do patrimonio do moroso; non será así tratándose dun instrumento de dereito privado, situándose as partes nun plano de igualdade, e deixando á xurisdición ordinaria a implementación do cobramento non realizado. Finalmente, a revisión da actuación do acreedor dun instrumento de dereito público corresponderalle á orde contencioso-administrativa –con recurso necesario en vía administrativa–, mentres que os conflitos de todo tipo que sucedan ao redor dun instrumento de dereito privado se residenciarán na orde civil”; Jiménez Compaired, 2012: 235 e 236.

18 Entre outros: Falcón y Tella, 2011: 1; Ruiz Garijo, 2011: 124; Falcón y Tella, 2016: 1; Aragónés Bertrán, 2012: 55 e ss.

19 Carrillo Donaire sostén que a opción discrecional entre a configuración da contraprestación como taxa ou tarifa só está limitada e preconfigurada legalmente cando o obxecto da actividade ou servizo implica exercicio de autoridade, supostos en que se impón a xestión directa pola propia Administración ou mediante un organismo autónomo, tal como se desprende do artigo 85.3 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, caso en que as contraprestacións dos servizos públicos prestados directamente deben ter, necesariamente, a natureza de taxas –ou de prezos públicos–. Pero esta é a única limitación. En calquera das outras formas de xestión directa do artigo 85.2 A) da Lei reguladora das bases do réxime local (entidade pública empresarial ou sociedade mercantil con participación integramente pública) e en todas as formas de xestión indirecta do artigo 85.2. B) da Lei reguladora das bases do réxime local, mediante

algunha das modalidades de contrato administrativo de xestión de servizos públicos do artigo 277 do Texto refundido da Lei de contratos do sector público, a Administración titular do servizo pode optar entre retribuír o xestor mediante unha tarifa a satisfacer directamente polos usuarios, unha retribución da propia Administración, ou ben unha combinación de ambas as dúas formas de prestación económica; Carrillo Donaire, 2012: 8, nota al pie n. 1.

Tornos Mas tamén reconece a potestade discrecional que ampara a elección dun ou outro réxime; non obstante, sinala que se xustificou o réxime de tarifa cando o obxecto da prestación en que consiste o servizo permite unha relación individualizada e singularmente avaliable entre o xestor e o usuario, como no caso da subministración domiciliar de auga ou no transporte de viaxeiros, mentres que cando as características do servizo fan moi difícil ou imposible establecer esa relación e, sobre todo, esa avaliación singular da prestación –por exemplo no servizo de recollida de residuos urbanos–, se impón o réxime de taxa; Tornos Mas, 2009: 548.

- 20 Cabe citar ao respecto a STS do 28 de setembro de 2015, recurso de casación 2042/2013 (RX 2015/4216), en cuxo fundamento xurídico sexto se aborda a natureza da remuneración que debe recibir unha entidade de natureza privada que presta un servizo público (aínda que o obxecto do pronunciamento se refería ao prezo de servizos liberalizados). Así, a mencionada sentenza reconece que: “Como consecuencia da derogación efectuada pola disposición derradeira 58.ª da Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable do referido inciso, é posible recuperar as ideas de prezo e beneficio para os servizos públicos xestionados por concesionarios, e incorporar aos servizos públicos en réxime de concesión ou de xestión indirecta os criterios de autofinanciamento e do equilibrio económico do contrato”, sinalando, ademais, que “a expresión en réxime de dereito público ten que referirse necesariamente ás formas de xestión en que a Administración actúa mediante a súa personalidade xurídico-pública ordinaria ou ben adopta personalidades diferenciadas pero sempre de natureza pública, e sempre coa finalidade de exercer unha actividade pública ou prestar un servizo público. Polo tanto, deben quedar excluídas a realización de actividades e a prestación de servizos en réxime de dereito privado, incluíndo tanto a forma de xestión mediante personalidade diferenciada con natureza xurídico-privada como a xestión contratada a particulares”. E, no mesmo sentido, pronúnciase o voto particular dos maxistrados Fernández Montalvo e Huelín Martínez á STS do 23 de novembro de 2015, recurso de casación 4091/2013.
- 21 Como por exemplo, Martín Queralt, Lozano Serrano, Tejerizo López, Casado Ollero, 2016: 83.
- 22 E iso a pesar de que, segundo Pagès i Galtés, non está nada claro o que debe entenderse por “réxime xurídico de dereito público” en contraposición a “réxime xurídico de dereito privado”; Pagès i Galtés, 2015: 136.
- 23 Carrillo Donaire, 2012: 4.
- 24 De acordo co artigo 85 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local, os servizos públicos de competencia local poden xestionarse:
- De forma directa: xestión pola propia entidade local, organismo autónomo local, entidade pública empresarial local e sociedade mercantil, cuxo capital social é de titularidade pública.
 - De forma indirecta: mediante as distintas formas previstas para o contrato de xestión de servizos públicos no Texto refundido da Lei de contratos do sector público (concesión, xestión interesada, concerto e sociedade de economía mixta en que a Administración participe, por si ou por medio dunha entidade pública, en concorrencia con persoas naturais ou xurídicas).
- 25 Aínda que se sinalou que a distinción entre ambas as dúas modalidades de xestión non é nada pacífica; Pagès i Galtés, 2015: 136.
- 26 Entre outros: Fernández Farreres, 2012: 247; Cañal García, 2012: 111; Tornos Mas, 2016: 3; Falcón y Tella, 2016: 2. Tamén parece secundar esta tese Fernández Pavés cando afirma: “as taxas pódense pagar por actividades administrativas ou servizos públicos prestados con sometemento ao réxime de dereito público, xa sexa mediante as formas de prestación directa destes, ou quizais tamén a través da súa xestión indirecta; Fernández Pavés, 2015: 79.
- 27 Así, para Tornos Mas, “a nota determinante das tarifas non é tanto a forma de xestión de dereito privado como que a estas modalidades de xestión hai que engadir que, no específico réxime de financiamento do servizo que se adoptara, a contraprestación debe percibirse como propia e allea ao orzamento da Administración titular do servizo”; Tornos Mas, 2009: 541, nota ao pé n. 3.
- Este criterio que tamén quedou reflectido na emenda de adición n. 443, que presentou o Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i Unió no Congreso dos Deputados e no Senado para incorporar a Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable –e que sería a orixe do cambio no artigo 2.2 da LXT–, pero que finalmente non foi aprobada:
- “Disposición derradeira (nova). Modificación da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria, e do Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o Texto refundido da Lei reguladora de facendas locais.
- Un. Modifícase o segundo parágrafo da letra a) do apartado 2 do artigo 2 da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria, que terá a seguinte redacción:
- “Entenderase que os servizos se prestan ou as actividades se realizan en réxime de dereito público cando se leven a cabo mediante calquera das formas previstas na lexislación administrativa para a xestión do servizo público, e sempre e cando as contraprestacións satisfecidas polos usuarios á Administración titular do servizo o sexan no marco dunha relación tributaria figurando como tales nos orzamentos da respectiva Administración”.
- Dous. Engádesse un novo apartado 3 ao artigo 2 da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria, co seguinte teor literal:
- “3. Non terán a consideración de taxas a contraprestación polas actividades que realicen e os servizos que prestan as entidades ou organismos públicos que actúan segundo normas de dereito privado, e que prestan os particulares que indirectamente xestionan servizos públicos ou concesións de obras públicas sempre e cando sexa satisfeita directamente polos usuarios ao xestor do servizo no marco dunha relación contractual de dereito privado entre o usuario e o xestor, e non aparezan como ingresos públicos nos orzamentos da respectiva Administración”.
- Tres. Engádesse un novo apartado 5 ao artigo 20 do Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o Texto refundido das facendas locais, coa seguinte redacción:
- “Non terán a consideración de taxas a contraprestación polas actividades que realicen e os servizos que prestan as entidades ou organismos públicos que actúan segundo normas de dereito privado, e que prestan os particulares que indirectamente xestionan servizos

públicos ou concesións de obras públicas sempre e cando sexa satisfeita directamente polos usuarios ao xestor do servizo no marco dunha relación contractual de dereito privado entre o usuario e o xestor, e non aparezan como ingresos públicos nos orzamentos da respectiva Administración”.

28 Martín Queralt, 1989: 17.

29 E iso, segundo Pagès i Galtés, por dous motivos. En primeiro lugar porque nos atopamos ante “tributos retributivos”, de modo que, en relación cos elementos cuantificadores, o lexislador pode permitir unha intensa colaboración do regulamento na cuantificación tributaria, sempre e cando o lexislador considere uns criterios ou límites que sexan idóneos para evitar que a actividade discrecional de regulamento en apreciación de factores técnicos de cuantificación se transforme nunha actuación libre. E, en segundo lugar, por seren “tributos locais”, de maneira que o principio de autonomía local lle impón ao lexislador estatal que lle atribúa ao regulamento local un ámbito de decisión acerca dos seus tributos propios maior que o que puidese relegarse ao regulamento estatal; Pagès i Galtés, 2011: 67 e 68.

30 Véxase, entre outras, a STC 233/1999.

31 Así se pon de manifesto no FX 3 do Auto do TC 123/2009, do 30 de abril.

32 O dito precepto prevé que as entidades locais poidan establecer taxas pola prestación de servizos públicos ou a realización de actividades administrativas pola “distribución de auga, gas, electricidade e outros abastecementos públicos incluídos os dereitos de enganche de liñas e colocación e utilización de contadores e instalacións análogas, cando tales servizos ou subministracións sexan prestados por entidades locais”.

33 Na dita ordenanza, como sinala Fernández Pavés, e entre os demais aspectos a considerar do seu réxime xurídico, fíxanse os mecanismos de cuantificación e, se é o caso, os importes ou as contías a satisfacer polo dito tributo; Fernández Pavés, 2015: 89.

34 De acordo coas SSTC 233/1999 e 106/2000, cumpre coas exigencias da reserva de lei tributaria, na regulación das prestacións patrimoniais de carácter público, a intervención do pleno da corporación local, “como (órgano) formado a partir da elección por sufraxio dos veciños”.

35 A categoría de prestación patrimonial de carácter público resulta controvertida xurisprudencial e doutrinalmente. O certo é que o artigo 31.3 da Constitución española utiliza a expresión “prestación patrimonial de carácter público”, apartándose da nosa tradición constitucional e legal en que o obxecto da reserva de lei se establecía por referencia a categorías tributarias concretas ou á xenérica de tributo. Esta circunstancia suscitou a cuestión de se o concepto “prestación patrimonial de carácter público” se identifica co de tributo ou se, pola contra, é distinto.

A xurisprudencia constitucional fíxose eco de tales dúbidas e vacilacións. Así, en ocasións, afirmou (SSTC 233/1999 e 106/2000) que prestación patrimonial pública e tributo son sinónimos, de modo que nos atoparíamos ante unha mesma figura, cuxas notas características definitorias consistirían en ser ingresos públicos pecuniarios exixidos por unha Administración pública como consecuencia da realización dun suposto de feito ao que a lei vincula o deber de contribuír co fin de obter os ingresos necesarios para o sostemento dos gastos públicos. A súa exigencia e percepción corresponderíalle sempre a unha Administración pública.

Pero noutras ocasións –máis frecuentes–, o Tribunal Constitucional (SSTC 185/1995, 182/1997, 63/2003, 102/2005 e 121/2005) sostivo que as ditas expresións non son sinónimas, sendo a prestación patrimonial pública o xénero e o tributo unha das súas especies, pois é impensable, de acordo cunha interpretación sistemática, que a Constitución se refira ás mesmas cousas no artigo 33.1 –onde fala de “prestacións patrimoniais públicas”– e no artigo 133.1 –onde utiliza o termo “tributos”–. Polo tanto, o tribunal concluíu que ambos os dous preceptos se refiren a dúas figuras diferentes con características comúns: a necesidade do seu establecemento a través de lei e a coactividade. E, de feito, segundo Menéndez Moreno, a actual doutrina do Tribunal Constitucional segue propugnando a distinción entre os tributos e as prestacións patrimoniais públicas, referíndose, en particular, á STC 62/2015, en que se explicita que a prohibición do artigo 134.7 da Constitución –“as leis de orzamentos non poden crear tributos”– “non pode estenderse a calquera prestación patrimonial de carácter público a que se refire o artigo 31.3 CE”; Menéndez Moreno, 2016.

36 Entre outros: Palao Taboada, 2005: 182; Fernández López, 2014: 456; Villar Rojas, 2016: 6; Tornos Mas, 2016: 7; De La Peña Velasco, 2012: 278.

37 Como sinalou Martín Fernández, o artigo 31.3 da Constitución predica a reserva de lei formal respecto do establecemento de todo tipo de prestacións patrimoniais de carácter público, pero sen definilas. E o Tribunal Constitucional recoñeceu que esta expresión é máis ampla que o concepto de tributo e non queda condicionada por ningunha das figuras xurídicas existentes no momento da elaboración e aprobación da Constitución española; Martín Fernández, 2014: 1617.

Polo tanto, como apunta Tornos Mas, a conclusión que debeu extraerse é que as tarifas eran prestacións patrimoniais de carácter público, suxeitas ao principio de reserva de lei, pero non necesariamente unha taxa resultante do exercicio da potestade tributaria, senón unha tarifa froito do exercicio da potestade tarifaria. E iso a pesar de que o lexislador, mediante a Lei xeral tributaria 58/2003, interpretou a STC 185/1995 no sentido de que toda remuneración pola prestación dun servizo público debía ter natureza tributaria, fose cal fose o modo de xestión do servizo; Tornos Mas, 2016: 2.

38 Trias Prats, 2010: 189.

39 Para Villar Rojas, o elemento distintivo da prestación patrimonial pública é “a inequívoca finalidade de interese público da prestación imposta”. “Así, se é deber de contribuír ao sostemento dos gastos públicos, levará cara ao tributo (artigo 31.1 da Constitución); pero se a obriga patrimonial se impón para castigar unha conduta infractora, aparecerán as sancións (artigo 25); se se trata de asegurar a garantía da subministración enerxética, xurdirán as reservas mínimas obrigatorias para os operadores enerxéticos (artigo 31.3); se o deber trae causa do dereito da sociedade de participar nas plusvalías urbanísticas, xurdirán as cesións obrigatorias. En consecuencia, todos os tributos son prestacións patrimoniais de carácter público, pero non todas as prestacións desa clase son tributos; as sancións, as cesións urbanísticas obrigatorias, as reservas mínimas obrigatorias e as tarifas de servizos públicos tamén merecen esa cualificación”; Villar Rojas, 2005: 5.

40 Lozano Serrano, 1998: 25-28.

A estas tres características Villar Rojas engade outras: só as entidades públicas territoriais poden establecer prestacións patrimoniais desta natureza; nin as entidades instrumentais, nin os xestores privados poden facelo; o xeito de xestión é instrumental, non determina a natureza desta prestación; e a indiferenza sobre a condición pública ou privada do receptor do pagamento e, en consecuencia, a súa afectación ou destino público ou privado. Villar Rojas, 2005: 5.

- 41 Lozano Serrano, 1998: 32.
- 42 Palao Taboada, 2005: 179-180.
- 43 *Ibidem*: 182.
- 44 Pérez-Fadón reconece que o Tribunal Constitucional ampliou o ámbito das “prestacións patrimoniais de carácter público non tributario” a supostos de prestacións entre particulares. E ao respecto cita a STC 182/1987, do 28 de outubro, en que se analizou a constitucionalidade do artigo 6.1 do Real decreto lei 5/1992, que lles impuxo aos empresarios o pagamento dunha parte da prestación da Seguridade Social nos casos de incapacidade laboral transitoria derivada de riscos comúns. Na citada sentenza, o TC cualificou esa obriga de pagamento como “prestación patrimonial de carácter público” malia que se trataba dunha relación xurídico-privada, de carácter voluntario na súa constitución, entre dous particulares (empregador e empregado) que son o obrigado ao pagamento e o receptor, respectivamente. O importante, a xuízo do TC, non é o réxime xurídico público ou privado da relación, que é instrumental, senón que a prestación sexa imposta por un poder público, que sexa coactivo e que persiga unha finalidade pública, sen que o carácter privado da relación laboral modifique en absoluto aquela condición.
- Este mesmo autor tamén fai referencia á STC 62/2015, do 13 de abril, en que se admite que as leis de orzamentos xerais do Estado poidan establecer “prestacións patrimoniais de carácter público non tributarias”, referíndose aos ingresos que deben efectuar as persoas, empresarios, grupos empresariais, fabricantes e importadores de medicamentos e substancias medicinais por descontos ao Sistema Nacional de Saúde, en función do volume de vendas destes produtos; Pérez-Fadón Martínez, 2015: 75 e 77.
- 45 En opinión de Lozano Serrano, a expresión prestación patrimonial de carácter público é un concepto constitucional para os efectos de suxeitar a reserva de lei o establecemento de toda detración coactiva de riqueza”; Lozano Serrano, 1998: 32.
- 46 Así o consideran: Tornos Mas, 2016: 7; Cañal García, 2012: 88; Villar Rojas, 2005: 5; Aragonés Bertrán, 2012: 173.
- 47 E iso a pesar de que, como sinala Villar Rojas, a viabilidade técnica e a accesibilidade económica de certos modos de captación e subministración de auga –como por exemplo, o autoabastecemento mediante a desalgaadura de auga mariña– constitúen un claro desafío aos servizos públicos prestados en condicións de exclusividade e aos seus fundamentos, de xeito que certos cambios tecnolóxicos poden levar a unha reconsideración no entendemento e na ordenación destes servizos (igual que aconteceu coas telecomunicacións); Villar Rojas, 2016: 208 e 209.
- 48 Iso infírese do artigo 47 en relación co 34 do Regulamento de servizos das corporacións locais.
- 49 Así se prevé nos artigos 26.1.a) e 86.3 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local.
- 50 Pagès i Galtés, 2005: 181.
- 51 Os que defenden o carácter voluntario da solicitude ou recepción deste servizo ampáranse en que a acometida ou enganche da instalación xeral interior dun inmoble á rede municipal de distribución de auga é de solicitude e recepción voluntaria. Polo tanto, abundaría con que o titular da vivenda se dese de baixa do servizo de subministración de auga, coa subseguinte anulación do enganche ou acometida, para que o servizo non se puidese prestar. Ao respecto véxanse: Pagès i Galtés, 2015: 703 e 704; Villar Rojas, 2016: 212.
- 52 Pagès i Galtés, 2015: 698. De feito, para Rodríguez Fernández-Oliva, a esencialidade do servizo de abastecemento de auga podería sustentarse mesmo no propio ordenamento xurídico; Rodríguez Fernández-Oliva, 2008: 144.
- 53 Precisamente Cañal García puxo de manifesto que nos servizos de subministración de augas están presentes dúas características –son servizos esenciais para as persoas e son prestados en réxime de monopolo polos entes públicos, ou ben por entes privados que reciben unha concesión pública– que permiten cualificar de prestacións patrimoniais de carácter público as contraprestacións que polos ditos servizos paga o usuario; Cañal García, 2012: 80.
- 54 Para Tornos Mas, a determinación dos elementos esenciais da tarifa polo servizo de abastecemento domiciliario de auga tería cobertura legal no artigo 281 da Lei de contratos do sector público. Así, a lei establece o dereito ao cobramento dunha contraprestación pola prestación dun servizo público, e determina que a súa contía debe estar vinculada á utilización do servizo polo usuario. A partir de aí, e segundo o mencionado autor, a remisión ás ordenanzas locais non presenta problemas; Tornos Mas, 2016: 13.
- 55 Fernández Farreres, 2012: 251. E, no mesmo sentido, cabe sinalar as conclusións do “Seminario sobre aspectos xurídicos e financeiros na xestión da auga”, organizado pola Fundación Agbar: “Á vista da doutrina do Tribunal Constitucional, a tarifa da auga configúrase en todo caso como unha prestación patrimonial pública, de forma que queda sometida a unha reserva de lei formal, o cal implica no ámbito local que debe fixarse mediante ordenanza aprobada polo pleno municipal. Trátase dunha tarifa determinada en todo caso pola Administración de acordo coa lei, independentemente de que poida orixinarse a partir dunha proposta privada derivada dun proceso de licitación do servizo”; Milans Del Bosch y Jordán De Urríes, 2012: 33.
- 56 Así o recoñecen: Pagès i Galtés, 2015: 721; Moreno González, 2011: 1160.
- Ao respecto véxase: Resolución do TEAC do 10 de setembro de 2003 (n. 843/2003).
- 57 O mesmo apartado 8.º do artigo 7 da LIVE sinala que, para os efectos deste suposto de non suxeición, se considerarán administracións públicas: “a) A Administración xeral do Estado, as administracións das comunidades autónomas e as entidades que integran a Administración local. b) As entidades xestoras e os servizos comúns da Seguridade Social. c) Os organismos autónomos, as universidades públicas e as axencias estatais. d) Calquera entidade de dereito público con personalidade xurídica propia, dependente das anteriores que, con independencia funcional ou cunha especial autonomía recoñecida pola lei, teñan atribuídas funcións de regulación ou control de carácter externo sobre un determinado sector ou actividade.

Non terán a consideración de administracións públicas as entidades públicas empresariais estatais e os organismos asimilados dependentes das comunidades autónomas e entidades locais.

Non estarán suxeitos ao imposto os servizos prestados en virtude de encomendas de xestión polos entes, organismos e entidades do sector público que posúan, de conformidade co establecido nos artigos 4.1.n) e 24.6 do Texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, a condición de medio propio instrumental e servizo técnico da Administración pública encomendante e dos poderes adxudicadores dependentes deste.

Así mesmo, non estarán suxeitos ao imposto os servizos prestados por calquera ente, organismo ou entidade do sector público, nos termos a que se refire o artigo 3.1 do Texto refundido da Lei de contratos do sector público, a favor das administracións públicas da que dependen ou doutra integramente dependente destas, cando as ditas administracións públicas teñan a súa titularidade íntegra”.

- 58 Concretamente, e tras a reforma operada no artigo 7.8.º da LIVE pola Lei 28/2014, do 27 de novembro, para que as entregas de bens ou prestacións de servizos realizadas polo sector público non estean suxeitas a IVE, terían que darse os seguintes requisitos: a) Que sexan realizadas directamente polas administracións públicas; b) Que as operacións se realicen sen contraprestación, ou, de habela, que esta teña natureza tributaria; c) Que non se trate de ningunha das operacións que, de forma expresa, estarán suxeitas de acordo co mesmo artigo 7.8.º da LIVE.

Aquí seguimos a Cubero Truyo, 2016: 743 e ss.

- 59 *Ibidem*: 743.

- 60 Véxase, ao respecto, a Resolución da DXT do 9 de xullo de 2013 (V2263-13).

- 61 En relación con esta cuestión, resulta de interese examinar a Resolución da DXT do 1 de outubro de 1996, sobre a suxeición ao IVE das taxas polo servizo da rede de sumidoiros, en función da forma en que se xestione o servizo (contrato de xestión de servizos públicos, contrato de servizos e prestación directa). En opinión de Pagès i Galtés, as conclusións da dita resolución pódense estender ás demais tarifas por outros servizos que presentan natureza de taxa; Pagès i Galtés, 2015: 399 e ss.

- 62 Nese caso, sinala Pagès i Galtés, o Concello titular do servizo será obxecto de repercusión do IVE polos servizos de subministración de auga que perciba dos seus propios xestores. E iso acontecería mesmo nos supostos en que se estableza unha cláusula concesional de gratuidade da subministración ao ente titular do servizo; *Ibidem*: 731 e 722.

- 63 *Ibidem*: 731.

- 64 Como indicou Pagès i Galtés, a relación entre o produto da taxa e o custo do servizo buscouse, basicamente, a través dos principios de cobertura de custos e equivalencia. O primeiro deles atende á relación entre o custo do servizo ou actividade e a recadación por taxa, de xeito que a recadación por taxa tenda a cubrir (total ou parcialmente) os custos de administración e mantemento da organización, con inclusión dos gastos por xuros e amortización do capital investido na prestación do servizo ou actividade. Mentres que o principio de equivalencia atende non soamente á relación entre o custo do servizo ou actividade e a recadación da taxa, senón tamén á relación entre a prestación do servizo e a “contraprestación” (nun sentido económico) que paga o receptor deste, de modo que a recadación derivada da taxa non só tenda a cubrir os custos de prestación do servizo, senón que, ademais, tenda a cubrir o valor que para o cidadán ten a prestación do servizo; Pagès i Galtés, 1999: 47 e 48.

- 65 Sinalan De Vicente y Adame que, dado que o servizo de abastecemento de auga é de primeira necesidade, tamén resultaría aplicable neste ámbito o artigo 149.4 do Regulamento de servizos das corporacións locais cando establece que “as tarifas por prestación de servizos de primeira necesidade (...) non excederá o custo necesario para o seu financiamento”, aínda que, en opinión dos mencionados autores, ese precepto coincidirá substancialmente co previsto no artigo 24.2 do Texto refundido da Lei reguladora de facendas locais; De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 352.

- 66 Martínez Sánchez, 2014: 256 e 257.

- 67 Fernández Pavés, 2015: 87 e 88. En todo caso, “non é de recibo utilizar o principio de capacidade económica para elevar a cota respecto desa cota ideal. A falta de capacidade económica previa duns usuarios non pode ser repercutida nos outros usuarios, obrigándoos a contribuír en termos que excedan a súa cota equivalente ao custo do servizo a eles imputable. As minguas de recadación que produza a aplicación do principio de capacidade económica deben ser cubertas mediante recursos xerais, nunca elevando a contribución dos restantes usuarios, que teñen como límite ineludible o do custo do servizo imputable a cada cal”; Lago Montero, Guervós Maillo, 2004: 138.

- 68 Resume as principais posturas doutrinais ao respecto Moreno González, 2011: 1143.

- 69 Así, sinalouse que, nas taxas por prestación de servizos esenciais, como regra xeral, sería máis forzado atribuír capacidade económica ao uso dun servizo público que é esencial, sobre todo cando quen o recibe é unha persoa física á marxe dunha actividade empresarial; Lago Montero, Guervós Maillo, 2004: 117.

- 70 “Nas taxas, a tendencia a cubrir o custo do servizo ou a actividade fai que o principio do beneficio e o principio de capacidade económica poidan non atopar sempre unha plácida convivencia”; Martín Queralt, Lozano Serrano, Tejerizo López, Casado Ollero, 2016: 90.

- 71 Moreno González, 2011: 1144.

- 72 Véxase artigo 24.2, parágrafo segundo do Texto refundido da Lei reguladora de facendas locais.

- 73 Así se prevé no artigo 9.1, parágrafo primeiro, 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.

Fernández Farreres reconece que a observancia estrita do principio de que a contía da taxa non pode superar o custo do servizo pode impedir, ou dificultar, a observancia doutros obxectivos ou previsións legais como, por exemplo, a posibilidade de aplicar tarifas progresivas como técnica para penalizar consumos abusivos de auga; Fernández Farreres, 2012: 252.

- 74 Aínda que, en opinión de Martínez Sánchez, a cuestión sobre o hipotético sobrecusto que podería supor a xestión indirecta dun servizo non é, en puridade, unha cuestión tributaria, por máis que poida ter consecuencias neste ámbito, en particular sobre a cota tributaria das

taxas. Trátase, en cambio, dun asunto que ha de ser resolto no marco da lexislación administrativa relativa ás formas de xestión dos servizos públicos e, se é o caso, á luz do principio de eficacia que debe presidir o funcionamento da Administración; Martínez Sánchez, 2014: 264.

- 75 Para Falcón y Tella, “o beneficio do concesionario forma parte do custo do servizo, polo que debe estar incluído no importe da contraprestación. E isto é así tanto se o servizo se financia cun prezo privado que fai seu o contratista como se se financia cunha taxa que o contratista ingresa na súa conta; e mesmo se o servizo se financia cun prezo que paga a Administración, xa que o custo efectivo do servizo incluírá ‘a totalidade das contraprestacións económicas que lle aboe a entidade local ao contratista, incluída as contraprestacións en concepto de prezo do contrato...’, segundo o artigo 6 da Orde HAP/2075/2014, do 6 de novembro, pola que se establecen os criterios de cálculo do custo efectivo dos servizos prestados polas entidades locais”; Falcón y Tella, 2016: 3.

Non obstante, os partidarios de incluír o beneficio empresarial no custo das taxas por prestación de servizos públicos consideran desexable que a propia lei preveña unha marxe razoable de beneficio. Entre outros: Martínez Sánchez, 2014: 265.

- 76 Unha boa síntese de ambos os dous posicionamentos doutriniais podemos atopala en Moreno González, 2011: 1152 e 1153.
- 77 En todo caso, e polo que respecta ao concesionario, a cualificación como taxa ou como tarifa do sistema de financiamento escollido para sufragar o servizo público de abastecemento domiciliario de auga debe resultarlle indiferente, sen que poida ter na súa retribución incidencia económica ningunha. Así, en caso de que se configuren como tarifas, o financiamento procederá directamente dos usuarios do servizo, mentres que, se se opta por establecer unha taxa pola prestación do mencionado servizo, a retribución vai quedar garantida pola Administración titular concedente do servizo; Fernández Farreres, 2012: 247.
- 78 Cabe sinalar que, mentres o artigo 25 do TRLRFL se refire ao “informe técnico-financiero”, o artigo 20 da Lei 8/1989, do 13 de abril, de taxas e prezos públicos, alude á “memoria económico-financiera”. Porén, e malia a diferente terminoloxía empregada por ambos os dous textos normativos, tanto a memoria como o informe son documentos que teñen un contido análogo e unha función idéntica.
- 79 Non obstante, como pon de manifesto Valenzuela Villarrubia, tras a Lei 16/2012, do 27 de decembro, pola que se adoptan diversas medidas tributarias dirixidas á consolidación das finanzas públicas e ao impulso da actividade económica, flexibilizouse este requisito, de xeito que desde o 1 de xaneiro de 2013 non é preciso emitir este informe cando se aumenten os custos do servizo por revalorizacións ou actualizacións de carácter xeral, nin nos supostos de diminución do importe das taxas, salvo que se trate de reducións substanciais no custo do servizo; Valenzuela Villarrubia, 2014: 158.
- 80 De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 352.
- 81 Moreno González, 2011: 1153.

Pagès i Galtés explica que as taxas por abastecemento de auga potable se poden estruturar en tarifas monomias, cando están integradas por un só factor ou concepto, e en tarifas plurinomias, cando están integradas por conceptos que obedecen a servizos ou actividades accesorios pero distintos da prestación do servizo principal. Á súa vez, as tarifas monomias poden adoptar dúas formas: pode ser unha cantidade fixa ou uniforme para todos os suxeitos pasivos ou obrigados ao pagamento, ou modulada con criterios obxectivos; ou ben, pode consistir nun tipo de gravame aplicado sobre elementos cuantitativos relacionados coa intensidade de uso do servizo; Pagès i Galtés, 2015: 715 e 716.

- 82 Ademais, e en opinión de Villar Rojas, a lexislación vixente evidencia que as tarifas responden mellor que as taxas ás exigencias do principio de capacidade económica ou, de modo máis xeral, a criterios de xustiza material. E iso porque nas taxas o principio de capacidade económica queda subordinado ao principio de equivalencia, de xeito que estas cumpren de maneira deficiente co principio de capacidade económica; en cambio, nas tarifas é preciso separar o nivel tarifario, que engloba a totalidade dos custos de prestación do servizo, da estrutura tarifaria, que fai referencia a como se reparte ese custo entre os usuarios, unha repartición que pode e debe atender a circunstancias económicas, sociais ou territoriais –por exemplo, no caso de abastecemento de auga potable, a tarifa crecente por consumo e a súa corrección no caso das familias numerosas–; Villar Rojas, 2005: 6.
- 83 Fernández Farreres, 2012: 253.
- 84 Tornos Mas, 2009: 546.
- 85 O Tribunal Supremo entende que a aprobación das taxas, manifestación da autonomía tributaria local, non está suxeita a tutela da Comunidade Autónoma, sen prexuízo da posible impugnación dos acordos municipais. E é que, conforme o réxime xurídico das taxas, en canto establece limitacións ao importe dos ingresos, faise cuestionable o exercicio desa competencia sobre control de prezos por parte das CC.AA., que deberían reconducir a súa competencia a un control da legalidade das ditas ordenanzas fiscais; Rodríguez Fernández-Oliva, 2008: 160.
- 86 Sobre as distintas posturas que ao respecto mantén a doutrina e a xurisprudencia, véxase Pagès i Galtés, 2015: 707 e ss.
- 87 De feito, como reconece Tornos Mas, non se fixa o prezo, aínda que se determina a súa contía final ao controlar o incremento proposto; Tornos Mas, 2009: 540.
- 88 Tornos Mas, 2016: 13.
- 89 Así se desprende do artigo 23.1. b) do Texto refundido da Lei reguladora de facendas locais: “son suxeitos pasivos das taxas, en concepto de contribuíntes, as persoas físicas e xurídicas, así como as entidades a que se refire o artigo 35.4 da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria (...), que soliciten ou resulten beneficiadas ou afectadas polos servizos ou actividades locais que presten ou realicen as entidades locais”; e do artigo 23.2 a) do Texto refundido da Lei reguladora de facendas locais, ao establecer como substitutos o contribuínte “nas taxas establecidas por razón de servizos ou actividades que beneficien ou afecten aos ocupantes de vivendas ou locais, os propietarios dos ditos inmobles, os cales poderán repercutir, se é o caso, as cotas sobre os respectivos beneficiarios”.

De todos os xeitos, e de acordo con Pagès i Galtés, en caso de que se interprete literalmente o presuposto de feito da norma de substitución contida no artigo 23.2 a) do Texto refundido da Lei reguladora de facendas locais, podería chegarse ao absurdo de que calquera servizo que beneficie ou afecte o ocupante dun inmovble determinaríaa obriga de pagamento do propietario, a título de substituto. Por iso, defende que este suposto de substitución estea pensado só para as taxas por servizos inmediatamente dirixidos a facilitar a mera ocupación dos inmobles. Dá igual que neles se exerza ou non unha actividade económica, o relevante sería que o servizo ou actividade públicos

- deriven dunha situación ou actuación previa do propietario que, polo xeral, sexa susceptible de considerarse un elemento relevante na relación contractual entre este e o cesionario do inmueble; Pagès i Galtés, 2015: 262 e 263.
- 90 En opinión de Pagès i Galtés, mesmo cando podería discutirse ata que punto se axustaría a dereito que a ordenanza fiscal establececese que o contribuínte fose o propietario do inmueble –tendo en conta que este non deixa de verse afectado polo servizo–, o normal, e tecnicamente máis correcto, é prever que o contribuínte sexa aquel ao favor do cal se preste o servizo, que formalmente coincidirá co titular do contrato ou póliza de subministración; *Ibidem*: 705.
- 91 Moreno González, 2011:1140
- 92 *Ibidem*: 1140.
- 93 Pagès i Galtés, 2015: 706. Polo tanto, como sinala Pagès i Galtés, ao tratarse o substituto dun suxeito pasivo, e estar sometido á reserva de lei, a ordenanza fiscal debe respectar a regulación que ao respecto establece o lexislador.
- 94 Moreno González, 2011: 1141.
- 95 Ao respecto existen algúns pronunciamentos xudiciais, aínda que neles se parte da configuración desta contraprestación como prezo público.
- Así, na STSX de Cantabria do 6 de marzo de 1997 (XT 1997/162) sostívose que no ámbito dos prezos públicos non existe a figura do substituto do contribuínte, ao estar esta regulada na Lei reguladora de facendas locais só en materia de taxas.
- Tamén en relación coa obriga de pagamento do “prezo público” por consumo de auga, a STSX do Principado de Asturias do 18 de febreiro de 2004 (XUR 2004/105016) afirma que está obrigado ao pagamento do prezo o propietario do local, e non o arrendatario deste, xa que este último estaría obrigado no suposto de que o consumo de auga fose realizado por un arrendatario que estivese dado de alta como beneficiario do servizo e fose o usuario de tal servizo, pero, ao non se dar esa circunstancia, queda obrigado ao pagamento o dono do local.
- 96 Pagès i Galtés, 2015: 287.
- 97 Como advirte Pagès i Galtés, nada impide que o debedor pola prestación dun servizo sexa alguén distinto do beneficiario se así se pacta entre todos os interesados; *Ibidem*: 287.
- 98 Fernández Pavés, 2015: 79 e 80.
- 99 Ao respecto, cremos que resulta de interese non só analizar a Resolución da DXT do 1 de outubro de 1996, sobre a suxeición ao IVE das taxas polo servizo de rede de sumidoiros –nela describíense os vínculos xurídicos que se orixinan entre a Administración titular do servizo público e o ente que presta o servizo en función de como se xestiona este (contrato de xestión de servizos públicos, contrato de servizos)–, senón tamén os comentarios que sobre os ditos vínculos xurídicos fai Pagès i Galtés.
- Así, por exemplo, a primeira das opcións que prevé a citada resolución é: “Se o Concello lle encomenda ao prestador (contratista) a prestación do servizo de maneira que será o empresario o que o preste en nome propio, pola súa conta e risco, autorizándoo mesmo á percepción da taxa municipal como contraprestación dos seus servizos (...), o contratista deberá facturarlles aos destinatarios do servizo o importe total da contraprestación (taxa ou prezo)”. Este suposto, en palabras de Pagès i Galtés, “refírese, substancialmente, a unha práctica bastante habitual consistente en que o Concello, a través do ‘contrato de xestión de servizos públicos’ regulado nos artigos 154 e seguintes do TR da LCAP, lle encomenda a prestación dun servizo a un xestor privado, autorizándoo a apropiarse do importe da taxa, chegando mesmo en ocasións a considerarse que este importe é un ingreso propio do xestor do servizo que non ten por que incluírse entre os ingresos municipais”, aínda que, a continuación, o propio Pagès i Galtés matiza esta última afirmación sinalando que o xestor privado non se pode apropiar directamente do importe da taxa, ao constituír esta un ingreso público; Pagès i Galtés, 2015: 399 e 400.
- 100 Rodríguez Fernández-Oliva, 2008: 146.
- 101 O dito artigo establece: “Correspóndelles ás entidades locais e aos seus organismos autónomos a recadación das débedas cuxa xestión teñan atribuída, e será levada a cabo: a) Directamente polas entidades locais e os seus organismos autónomos, de acordo co establecido nas súas normas de atribución de competencias. b) Por outros entes territoriais ao ámbito dos cales pertencen cando así se establece legalmente, cando con eles se formalice o correspondente convenio ou cando se delegue esta facultade neles, coa distribución de competencias que se é o caso se establece entre a entidade local titular do crédito e o ente territorial que desenvolva a xestión recadatoria. c) Pola Axencia Estatal de Administración Tributaria, cando así se acorde mediante a subscripción dun convenio para a recadación”.
- 102 O mencionado precepto dispón: “1. Poderán prestar o servizo de caixa as entidades de crédito coas que cada Administración así o conveña.
- Poderán actuar como entidades colaboradoras na recadación as entidades de crédito autorizadas por cada Administración, cos requisitos e co contido a que se refire o artigo 17.
- Para os efectos deste regulamento, só poderán actuar como entidades que presten o servizo de caixa ou como entidades colaboradoras as seguintes entidades de crédito: a) os bancos, b) as caixas de aforro, c) as cooperativas de crédito”.
- 103 *Ibidem*: 149.
- 104 Como sinalou Casas Agudo, “aínda que o paralelismo coa externalización é evidente –ambas as dúas presupoñen un acordo de vontades e encamiñanse a unha mellora da aplicación dos tributos–, na colaboración a Administración adopta unha posición colaboradora pero non cede a súa posición xurídica: a Administración segue estando presente, aínda que asuma un esforzo externo ao seu propio; non hai, como na externalización, unha cesión de competencia en que o cesionario asume a xestión da actividade tributaria en cuestión e a Administración deixa de realizala por ela mesma, limitándose o seu control ao dos efectos e a forma de cumprimento do contrato de xestión de servizos públicos ou dos termos da autorización administrativa”; Casas Agudo, 2015: 58 e 59.
- 105 *Ibidem*: 93.
- 106 *Ibidem*: 107.

- 120 Recoñece Villar Rojas que o concesionario pode colaborar na recadación en tarefas materiais e instrumentais, pero nin poden exixir taxas, nin poden recadalar; Villar Rojas, 2005: 4.
- 121 De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 367.
- 122 Neste caso, como describiu Tornos Mas tamén se darían dúas relacións xurídicas que, non obstante, non son totalmente independentes como acontece no caso da taxa. Así, e en primeiro lugar, existe unha relación de contrato administrativo entre o concesionario ou outro contratista do servizo público e o Concello. Pero, ademais, establécese unha relación de prestación de servizos entre a entidade subministradora e os usuarios, que estes retribuirán mediante unha tarifa. Normalmente, esta segunda relación formalízase mediante un contrato privado ou “póliza” cuxas condicións, cumprimento e extinción adoitan estar reguladas polo regulamento municipal do servizo e/ou polo prego de cláusulas económico-administrativas particulares; Tornos Mas, 2009: 547.
- 123 Como sinala Blanquer Criado, “hai un factor que debe ser ponderado cando se analiza a xestión indirecta dun servizo público; cando a Administración opta por privatizar a xestión e explotación do servizo (como sucede cando outorga unha concesión), non só quere externalizar os investimentos precisos para o seu establecemento e/ou conservación, senón que nalgunha medida a Administración tamén busca alixear a carga de traballo burocrático na xestión de cobramentos fronte aos usuarios morosos. Pois ben, é evidente que ese obxectivo se frustra cando se suprime a noción de ‘tarifa’, e os ingresos do concesionario se cualifican como ‘taxas’. Efectivamente, o cobramento das débedas pendentes adoita ser un labor arduo e trabaloso, polo que parece razoable pensar que, cando outorga unha concesión a un terceiro, a Administración tamén quere liberarse desa molesta actividade de recadación. Agora ben, se a remuneración do concesionario é unha taxa, terá que ser a Administración titular do servizo quen desempeñe esa función recadadora”; Blanquer Criado, 2012: 21.
- 124 Entre outros: De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 367; Ferreiro Serret, 2012: 207; Pagès i Galtés, 2015: 428; Cañal García, 2012: 9.
- 125 Falcón y Tella, 2016: 3.
- Catalá Martí recoñece que existe un dereito regulado no artigo 130 do Regulamento de servizos das corporacións locais que non aparece recoñecido no Texto refundido da Lei de contratos do sector público, como é a utilización da vía de constrinximento para percibir as prestacións económicas dos usuarios. Non obstante, segundo este autor, trátase dun dereito que debe conceder a Administración, en exercicio da potestade discrecional, a favor do empresario-contratista-concesionario. Polo tanto, require unha autorización expresa por parte do órgano de contratación que poderá manifestarse no propio prego de cláusulas administrativas particulares.
- Así, e no caso de que a Administración lle outorgue ao empresario-contratista-concesionario a utilización da vía de constrinximento para percibir as prestacións económicas dos usuarios, concretará o concepto ou conceptos aos que sexa aplicable a execución. Tamén determinará a substanciación do procedemento executivo que debe estar a cargo dos axentes executivos da Administración ou se comprende a posibilidade de que o empresario-contratista-concesionario propoña axentes executivos particulares, os cales deberán reunir os requisitos de capacidade e idoneidade exixibles, para os da Administración, que deberá aprobar os nomeamentos e terá facultades de revogalos en calquera momento se se extralimitasen nas súas funcións.
- Segundo Catalá Martí, chegado o caso de que o empresario-contratista-concesionario tivese que exercer a vía de constrinximento, expedirá a correspondente certificación de descuberto e entregaralla ao interventor de fondos da Administración. O interventor comprobará se a certificación cumpre os requisitos exixibles, se os débitos contidos nesta son precisos e exclusivamente polos conceptos aos que se contraía o obxecto do contrato polo cal se autorizou a vía de constrinximento, e se se esgotou o prazo de recadación voluntaria; e, cando procedese, a autoridade competente expedirá providencia de constrinximento que, no caso das entidades locais, lle corresponde emitila ao tesoureiro. Decretado o constrinximento, a providencia de constrinximento e certificación seralle entregada á axencia executiva da Administración ou ao empresario-contratista-concesionario, segundo os casos, para o desenvolvemento das posteriores fases do procedemento; Catalá Martí (coord.), 2012: 896.
- 126 Falcón y Tella, 2016: 3.
- 127 Pagès i Galtés, 2015: 416.
- 128 *Ibidem*: 416 e 417.
- 129 Casas Agudo, 2015: 125.
- 130 *Ibidem*: 109.
- 131 Pagès i Galtés, 2015: 416.
- 132 Aínda que en opinión de Falcón y Tella, a opción por unha tarifa ou por unha taxa non prexulga a posibilidade de cortar a subministración; Falcón y Tella, 2016: 3.
- 133 Navarro Heras, 2011: 285.
- 134 *Ibidem*: 285. De todos os xeitos, cabe aclarar que, con frecuencia, os concellos requiren nun mesmo recibo o pagamento da taxa da rede de sumidoiros xunto á tarifa polo servizo de abastecemento de auga; non obstante, non procederá suspender a dita subministración, por máis que o usuario do servizo se negue a pagar a taxa da rede de sumidoiros porque esta non pode confundirse coa que se devindica polo servizo de abastecemento de auga; De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 367.
- 135 Pagès i Galtés, 2015: 201.
- 136 Véxanse, ao respecto, tanto os pronunciamentos a favor como en contra en Moreno González, 2011: 1166.
- 137 Pagès i Galtés, 2015: 202. Argumentos que repite en Pagès i Galtés, 2015: 727.
- 138 De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 360.
- 139 “A autonomía que garante o artigo 140 da Constitución imponlle ao lexislador a obriga de conceder, no ámbito dos elementos configuradores do tributo, unha marxe de liberdade que lles permita aos concellos adaptalos ás súas peculiaridades de acordo coa política tributaria municipal que decidan os seus lexítimos representantes democraticamente elixidos”.
- 140 A dita consulta recóllese en: Navarro Heras, 2011: 286.

- 141 A STS do 3 de outubro de 2003, ante a alegación da vulneración do principio de legalidade e xerarquía normativa, pois non hai unha lei que outorgue esta facultade de corte de subministración e a delegue aos concellos, respondeu que o artigo 26.1.a) da Lei reguladora de bases de réxime local establece o deber dos municipios de prestar o servizo de abastecemento de auga potable, o que comporta unha habilitación para facer o necesario sobre tal prestación (que non hai que esquecer que é un deber) e, por conseguinte, significa unha aplicación concreta nesta específica materia do xenérico principio de legalidade. Ademais, o interese público representado polas necesidades que precisan a auga como un ben imprescindible resulta atendido polo establecemento e mantemento do servizo que realiza a subministración, polo que a articulación de medidas dirixidas a asegurar e regular o funcionamento deste servizo non poden considerarse contrarias a ese interese xeral. Faise referencia a esta sentenza en: Moreno González, 2011: 1167 e 1168.
- 142 Navarro Heras, 2011: 286.
- 143 *Ibidem*: 285.
- 144 Aínda que, como aclara Pagès i Galtés, “resultará que o mero non pagamento da taxa contida no recibo ou factura da auga non será suficiente para iniciar o período aludido no artigo 161 da LXT, pois este unicamente se iniciará cando se lle notifique individualmente a taxa ao interesado e transcorrese o prazo de pagamento en período voluntario fixado no artigo 62 da LXT”; Pagès i Galtés, 2005: 231.
- 145 Villar Rojas, 2005: 4.
- 146 A miúdo, os usuarios do servizo acudiron aos tribunais para oporse a esa medida, alegando a vulneración do principio de legalidade, a incompatibilidade entre o procedemento de constrinximento e o acordo de corte de subministración e o carácter imprescindible deste para a vida dos usuarios. Non obstante, Moreno González recoñece que o Tribunal Supremo non admitiu estes argumentos. En relación coa vulneración do principio de legalidade, a posibilidade do corte de subministración atoparía fundamento nos artigos 1, 4.1.a), 25.2.1, 26.1.a) e 85 da Lei reguladora de bases de réxime local e no artigo 55 do Texto refundido do réxime local aprobado no Real decreto lexislativo 781/1986, do 18 de abril. Tampouco aprecia incompatibilidade entre o procedemento de constrinximento e o acordo de corte da subministración, pois con esta última medida non se tende a executar a débeda contraída, senón a evitar a asunción de débedas futuras. Cítase abundante xurisprudencia ao respecto en: Moreno González, 2011: 1166 e 1167.
- 147 Entre outros: De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 360; Moreno González, 2011: 1168.
- Para Jiménez Compaired, a medida do corte de subministración “pode ser razoable e proporcional en función de como se configuren os seus orzamentos e iso con independencia da natureza que poida posuír como dereito o acceso á auga (...). Doutro modo estaríase a facilitar o non pagamento por parte de quen, estando en condicións de acometelo, non o fai, vulnerando o principio de recuperación de custos que debe informar unha determinada perspectiva do acceso á auga como dereito. (...) Outra cousa será como se discipline o réxime xurídico material e formal da actuación administrativa”; Jiménez Compaired, 2006: 137 e ss.
- Mentres que Pagès i Galtés utiliza un criterio principialista para xustificar a suspensión da subministración, o dito autor recoñece que “o carácter imprescindible do servizo comporta certamente que todos, sen excepción, teñan dereito a utilizalo. Agora ben, iso non implica que sexa inconstitucional a suspensión da subministración en caso de non pagamento, se se considera, como nós consideramos, que a inexistencia de capacidade económica comporta a aplicación automática de exención, de tal xeito pois que, acreditada a inexistencia de capacidade económica por parte do usuario, non nacería a obriga tributaria e, polo tanto, tampouco procedería o seu pagamento, o que, á súa vez, levaría consigo que non fose pertinente a suspensión da subministración por non pagamento, a non ser que se acreditase a existencia dun abuso de dereito”; Pagès i Galtés, 2015: 727.
- 148 Indica Falcón y Tella que, de todos os xeitos, o ente público podería optar por limitar a posibilidade de cortar a subministración, ou excluíla en certos casos; Falcón y Tella, 2016: 3.
- 149 Moreno González, 2011: 1168.
- 150 *Ibidem*: 1168.
- 151 Na actualidade, a mención normativa debería facerse aos artigos 99 e 100 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas.
- 152 Tornos Mas, 2009: 546 e 547.

A constitucionalidade do novo sistema de execución das resolucións do Tribunal Constitucional segundo as SSTC 185/2016, do 3 de novembro, e 215/2016, do 15 de decembro

La constitucionalidad del nuevo sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional según las SSTC 185/2016, de 3 de noviembre, y 215/2016, de 15 de diciembre

Constitutionality of the new system on the enforcement of Constitutional Court judgments following the Constitutional Court Sentences 185/2016, of 3 November, and 215/2016, of 15 December

FRANCISCO MANUEL GARCÍA COSTA

Profesor contratado doutor de Dereito Constitucional
Universidade de Murcia (España)
fmgarca@um.es

Recibido: 20/05/2017 | Aceptado: 30/05/2017

Resumo: Neste traballo analízanse a STC 185/2016, do 3 de novembro, e a STC 215/2016, do 15 de decembro, que avalan a constitucionalidade da regulación dos poderes de execución do Tribunal Constitucional introducida pola Lei orgánica 15/2015, do 16 de outubro, de reforma da Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro, do Tribunal Constitucional, para a execución das resolucións do Tribunal Constitucional como garantía do Estado de dereito. Tras examinar o contido e a circunstancia da elaboración desta lei, presidida polo denominado "*procés constituent a Catalunya*", concluímos que a finalidade do novo sistema de execución de resolucións é incorporar o alto tribunal á defensa extraordinaria da Constitución e do Estado. Desde esta consideración xeral, estúdase criticamente a doutrina sentada nas anteditas SSTC en relación coa execución das súas resolucións por parte do Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Constitución, Tribunal Constitucional, poderes de execución, defensa extraordinaria da Constitución.

Resumen: En este trabajo se analizan la STC 185/2016, de 3 de noviembre, y la STC 215/2016, de 15 de diciembre, que avalan la constitucionalidad de la regulación de los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional introducida por la Ley orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de derecho. Tras examinar el contenido y la circunstancia de la



elaboración de esta ley, presidida por el denominado “*procés constituent a Catalunya*”, concluimos que la finalidad del nuevo sistema de ejecución de resoluciones es incorporar al alto tribunal a la defensa extraordinaria de la Constitución y del Estado. Desde esta consideración general se estudia críticamente la doctrina sentada en las antedichas SSTC en relación con la ejecución de sus resoluciones por parte del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Constitución, Tribunal Constitucional, poderes de ejecución, defensa extraordinaria de la Constitución.

Abstract: In this paper we analyze Constitutional Court judgments STC 185/2016, of 3 November, and STC 215/2016, of 15 December, which guarantee the constitutionality of the regulation of the enforcement powers of the Constitutional Court introduced by Organic Law 15/2015, of 16 October, reforming Organic Law 2/1979, of 3 October. After examining the contents of this law and the circumstances of its preparation, under the so-called “*procés constituent a Catalunya*” [Catalunya constituent process], we conclude that the purpose of the new system for enforcing judgments is to incorporate the High Court in the extraordinary defence of the Constitution and the State. From this general consideration, the doctrine set forth in the aforementioned Constitutional Court Sentences regarding enforcement of the Constitutional Court resolutions is critically examined.

Key words: Constitution, Constitutional Court, enforcement powers, extraordinary defence of the Constitution.

Sumario: 1 Introducción. 2 Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro, do Tribunal Constitucional, para a execución das resolucións do Tribunal Constitucional como garantía do Estado de dereito. 2.1 A circunstancia da promulgación da lei. 2.1.1 Unha precisión metodolóxica. 2.1.2 Tribunal Constitucional e defensa extraordinaria da Constitución. 2.2 O contido da lei. 2.2.1 As medidas non impugnadas nos recursos de inconstitucionalidade resolto polas SSTC 185/2016 e 215/2016. 2.2.1.1 A recepción explícita da función do Tribunal Constitucional de facer executar as súas decisións (artigos 92.1, 87.1 e 87.2 da LOTC). 2.2.1.2 A nova regulación do auxilio ao Tribunal Constitucional (artigo 92.2 da LOTC). 2.2.1.3 A supletoriedade da Lei da xurisdición contencioso-administrativa (artigo 80 da LOTC). 2.2.2 As medidas impugnadas nos recursos de inconstitucionalidade resolto polas SSTC 185/2016, do 3 de novembro, e 215/2016, do 15 de decembro. 2.2.2.1 As medidas previstas no artigo 92.4 da LOTC. 2.2.2.2 Incidente de execución de resolucións que acordan a suspensión de disposicións impugnadas (artigo 92.5 da LOTC). 2.2.3 A doutrina sobre o incidente de execución: o ATC 141/2016, do 19 de xullo. 3 A constitucionalidade da LORLOTC segundo as SSTC 185/2016, do 3 de novembro, e 215/2016, do 15 de decembro. 3.1 A constitucionalidade da LORLOTC na STC 185/2016, do 3 de novembro. 3.1.1 Extensión e límites do xuízo de constitucionalidade da LOTC e das súas reformas. 3.1.2 Desestimación dos motivos de inconstitucionalidade de orde procedemental. 3.1.3 Desestimación dos motivos de inconstitucionalidade de orde substantiva. 3.1.3.1 Desestimación da vulneración do modelo de xustiza constitucional. 3.1.3.2 Desestimación da vulneración do principio de legalidade penal. 3.1.3.3 Desestimación da vulneración dos artigos 2, 143 e 155 da CE. 3.2 A constitucionalidade da LORLOTC na STC 215/2016, do 15 de decembro. 3.2.1 Desestimación dos motivos de inconstitucionalidade de orde procedemental. 3.2.2 Desestimación da inconstitucionalidade dos preceptos impugnados da LOTC. 3.2.2.1 Desestimación da inconstitucionalidade da multa coercitiva do artigo 92.4.a) da LOTC por vulneración do principio de legalidade penal. 3.2.2.2 Desestimación da inconstitucionalidade da execución substitutoria do artigo 92.4.c) da LOTC por vulneración dos artigos 137, 153, 161.1 e 164 da CE. 3.2.2.3 Desestimación da inconstitucionalidade do incidente de execución de resolucións que acordan a suspensión de disposicións impugnadas do artigo 92.5 da LOTC. 4 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

A execución das súas resolucións por parte do Tribunal Constitucional presentouse tradicionalmente como unha cuestión pacífica para a doutrina científica na medida en que parecía claro que unha das consecuencias necesarias da afirmación da supremacía da Constitución era

o pleno recoñecemento da efectividade das sentenzas e demais resolucións do Tribunal Constitucional na súa condición de intérprete supremo e garante último da norma fundamental.

Tal recoñecemento dos poderes de execución do alto tribunal español non só se deducía da mencionada posición institucional deste órgano constitucional, senón que resultaba, así mesmo, das previsións dos artigos 161 e 164 da Constitución española (en diante, CE), así como, en virtude da habilitación contida no artigo 165 da CE, de determinados preceptos da súa lei de desenvolvemento, singularmente do artigo 4 (que faculta o Tribunal Constitucional a “delimitar o ámbito da súa xurisdición e a adoptar cantas medidas sexan necesarias para preservala”) e do artigo 87 (que proclamaba na súa redacción orixinal que “todos os poderes públicos están obrigados ao cumprimento do que o Tribunal Constitucional resolva”).

Consecuentemente, o Tribunal Constitucional español presenta un innegable carácter xurisdiccional e veu dispoñendo de poderes de execución das súas resolucións, tanto pola súa primacía institucional como pola súa atribución, polo menos implícita, por parte da Constitución, na liña do Tribunal Constitucional alemán e do Tribunal Constitucional austríaco, e a diferenza do Tribunal Constitucional italiano¹. Nese entendemento, existía práctica unanimidade doutrinal na especificación de que, en palabras de Huelin Martínez de Velasco, “o dereito á execución das sentenzas firmes nos seus propios termos e o respecto a esa firmeza e á intanxibilidade das situacións xurídicas nelas declaradas predícase non só das resolucións ditadas polos órganos xudiciais, senón tamén das propias sentenzas do Tribunal Constitucional”². Iso determinou, pois, que a cuestión dos poderes de execución do Tribunal Constitucional viñese recibindo escaso tratamento por parte da doutrina científica española³, a diferenza do que viña sucedendo coa sentenza constitucional, obxecto de estudo en numerosas publicacións⁴.

Non obstante, a promulgación da Lei orgánica 15/2015, do 16 de outubro, de reforma da Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro, do Tribunal Constitucional, para a execución das resolucións do Tribunal Constitucional como garantía do Estado de dereito (en diante, LORLOTC) espertou, nun primeiro momento, o interese doutrinal sobre esta problemática coa publicación de varios e interesantes estudos ao respecto⁵ e, posteriormente, a propia lei foi obxecto de pronunciamento por parte do propio intérprete supremo en dúas sentenzas: a STC 185/2016, do 3 de novembro, que resolve o recurso de inconstitucionalidade n. 229/2016, promovido polo Goberno Vasco contra a LORLOTC, así como contra o artigo único apartado tres desta na redacción dada ás letras b) e c) do apartado 4 e ao apartado 5 do artigo 92 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional (en diante, LOTC); e, pola súa parte, a STC 215/2016, do 15 de decembro, que resolve o recurso de inconstitucionalidade n. 7466/2015, promovido polo Goberno da Generalitat de Cataluña contra a LORLOTC, así como contra o seu artigo único.tres, pola redacción dada aos artigos 92.4.a), b) e último inciso do c), e 5 da LOTC.

Nestas liñas examinaremos, en primeiro lugar, a LORLOTC. Non só analizaremos o seu contido, senón tamén a circunstancia da súa aprobación, o que nos conducirá a realizar unha serie de reflexións, en clave de teoría xeral, sobre a conveniencia de que, a través desta nova regulación dos poderes de execución que introduce a LORLOTC, o alto tribunal se encargue da defensa extraordinaria da Constitución. En segundo lugar, analizaremos as dúas sentenzas do Tribunal Constitucional (STC 185/2016, do 3 de novembro, e STC 215/2016, do 15 de decembro) que avalan a constitucionalidade da LORLOTC.

2 A LEI ORGÁNICA 2/1979, DO 3 DE OUTUBRO, DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PARA A EXECUCIÓN DAS RESOLUCIÓNS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DO ESTADO DE DEREITO

2.1 A circunstancia da promulgación da Lei

2.1.1 Unha precisión metodolóxica

Comezaba o profesor Garrorena o seu traballo sobre a sentenza constitucional advertindo da insuficiencia de acometer o exame deste obxecto de estudo a partir dun dos parciais puntos de vista cos que habitualmente se viñera analizando; así, sostíña que os procesulistas esgotaban esta temática na análise da condición de “acto procesual” da sentenza constitucional mentres que os cultivadores da hermenéutica xurídica a esgotaban na súa condición de “actividade dirixida á interpretación e integración creadora do dereito”, e os constitucionalistas, pola súa banda, esgotábanna na condición de “decisión política” da sentenza constitucional; na súa “dimensión política, politolóxica”, que é a esencia –a auténtica améndoa– do tema”. Os tres enfoques anteditos debían ser, en todo caso, integrados e superados, sen prexuízo de que o profesor Garrorena, ante as dificultades de alcanzar unha perspectiva omnicompreensiva destes, optase no seu traballo “por unha desas dimensións, intentando despois que quede constantemente transcendida –transformada na súa entidade e elevada na súa condición– polos datos provenientes das outras dúas perspectivas”⁶.

Seguindo a metodoloxía do profesor Garrorena, imos analizar as disposicións da LORLOTC a partir da súa dimensión política para, posteriormente, transcendela cos datos das outras dúas perspectivas. Deste xeito, non só non renunciamos ao enfoque político na análise da lei en exame –tradicionalmente preterido–, senón que, moi ao contrario, pretendemos revalorizalo. Trátase, en todo caso, dunha formulación lexítima á que non debería renunciar a doutrina científica constitucionalista, á cal lle corresponde perfectamente pronunciarse sobre hipotéticas aplicacións da LORLOTC, sen prexuízo de que tampouco pode abandonar a análise abstracta da lei en estudo.

Como vimos de afirmar anteriormente, antes da entrada en vigor da LORLOTC, existía consenso na afirmación do carácter xurisdiccional do Tribunal Constitucional, así como de que este órgano dispuña de poderes de execución propios desta condición súa. Esta realidade foi totalmente confirmada polo lexislador orgánico no preámbulo da propia LORLOTC ao afirmar, con carácter xeral, que “a nosa Constitución lle encomenda ao Tribunal Constitucional a función de ser o seu intérprete supremo e garante mediante o exercicio da súa función xurisdiccional”, así como ao recordar, agora con carácter máis inmediato, que “a actual regulación do Tribunal Constitucional contén os principios xerais” para garantir a efectividade das súas resolucións”. Malia iso, tales principios xerais, continúa o lexislador orgánico, deben ser considerados, en todo caso, como insuficientes e, conseguintemente, débese estimar como preciso e imprescindible “desenvolver os instrumentos necesarios para que a garantía de efectividade sexa real” ante “a necesidade de adaptarse ás novas situacións que pretenden evitar ou sortear tal efectividade”⁷.

Á luz destas disposicións preambulares, só cabe entender a nova regulación dos poderes de execución do tribunal que realiza a LORLOTC desde unha análise política desta e, conseguintemente, a partir da necesidade de neutralizar esas “novas situacións que pretenden evitar ou sortear tal efectividade”, de forma que podemos afirmar, seguindo neste punto a Almeida

Cerreda, que “o obxectivo perseguido, en realidade, coa promulgación da LORLOTC non é primariamente de natureza abstracta –a mellora da regulación procesual da execución do máximo intérprete da Constitución–, senón de carácter concreto”⁸. E este carácter concreto está directamente relacionado coa situación político-constitucional que atravesaba España desde 2010 e, concretamente, coa vontade das autoridades da Generalitat de Cataluña de lograr a secesión de Cataluña –e a conseguinte desaparición de España por secesión de parte do seu territorio– contravindo as disposicións constitucionais⁹.

Por se algunha dúbida houbera sobre o carácter concreto da LORLOTC, debemos reproducir nesta sede a comparecencia parlamentaria conxunta do voceiro do Grupo Parlamentario Popular no Congreso dos Deputados, Sr. Hernando, e a do presidente do Partido Popular en Cataluña, Sr. García Albiol, na que sinalaban que coa presentación da proposición de Lei de reforma da Lei orgánica do Tribunal Constitucional “se acabou a broma” (*sic*)¹⁰. Son, pois, estes acontecementos relacionados coa independencia de Cataluña os que constitúen o pano de fondo en que se produce a introdución do novo sistema de execución das resolucións do Tribunal Constitucional español.

Pero sería inxenuo soste –tamén desde a perspectiva “política” que adoptamos– que estes acontecementos pretenden unicamente “evitar ou sortear a efectividade das resolucións do Tribunal Constitucional ou cuestionar a súa supremacía como intérprete supremo da Constitución, cando ao que están orientados é, sen ningún xénero de dúbidas, a destruír a orde constitucional mesma. Non se ataca, pois, nin a efectividade das resolucións do alto tribunal nin a súa lexitimidade como poder sobre os demais poderes coa capacidade de declarar a nulidade do dereito inconstitucional, senón a propia vixencia do réxime político da Constitución española do 27 de decembro de 1978.

Conseguentemente, a finalidade da nova regulación dos poderes de execución do Tribunal Constitucional non é outra que a de incorporar este órgano á defensa extraordinaria do Estado e da Constitución. Iso, por outra parte, desterra calquera consideración que calquera analista non previsto da realidade xurídico-política española podería ter realizado a partir da interpretación do propio título da LORLOTC (“para a execución das resolucións do Tribunal Constitucional como garantía do Estado de dereito”) do que podería deducirse que esta lei foi aprobada porque, con anterioridade, o Tribunal Constitucional non posuía carácter xurisdiccional e as súas resolucións eran descoñecidas polos seus destinatarios debido ao defectuoso deseño dos poderes de execución do alto tribunal español.

Asumida esta perspectiva política na análise da LORLOTC, a continuación realizaremos unha serie de consideracións acerca do significado e da oportunidade da nova regulación dos poderes de execución do Tribunal Constitucional entendida como habilitación a este para intervir na defensa extraordinaria do Estado e da Constitución.

2.1.2 Tribunal Constitucional e defensa extraordinaria da Constitución

A efectividade das resolucións do Tribunal Constitucional redúcese, en esencia, a que todos os poderes públicos e os particulares se sometan voluntariamente á orde constitucional, asumíndoa lealmente. Por este motivo, a regulación orixinal do artigo 87 da LOTC reducía o problema da execución das resolucións do TC á mera proclamación da obriga de todos os poderes públicos de cumprir o que o Tribunal Constitucional resolvese.

Os novos poderes de execución de que dispón o alto tribunal desde a entrada en vigor da LORLOTC débense entender –desde esa perspectiva “política” que acollemos neste estudo– como mecanismos de ningún xeito dirixidos a especificar, desenvolver e concretar os “principios xerais para garantir a efectividade das resolucións do Tribunal Constitucional” no ámbito dun axeitado funcionamento dos poderes do Estado presidido polo principio de lealdade constitucional. Moi ao contrario, dada a gravidade das “novas situacións que pretenden evitar ou sortear tal efectividade”, os poderes de execución do Tribunal Constitucional deben ser considerados como un conxunto de ferramentas orientadas a operar como medidas extraordinarias de defensa constitucional ao pretender previr a eventual secesión de parte do territorio nacional. Por conseguinte, a atribución dos novos poderes de execución do Tribunal Constitucional non trata de asegurar a efectividade das súas resolucións, como se se tratase dun órgano xurisdiccional calquera, senón evitar un proceso aberto de secesión que cuestiona os fundamentos da propia Constitución, operando así como un novo instrumento, non previsto expresamente pola norma fundamental, de defensa extraordinaria da Constitución. Con esta nova regulación dos poderes de execución, polo menos na nosa opinión, prodúcese un cambio cualitativo na posición do alto tribunal, consistente en reforzar a condición do alto tribunal como defensor da Constitución, agora non só como mero defensor ordinario da legalidade constitucional, senón tamén como defensor extraordinario desta.

Sentado o debate nestes termos, cabe formularse a cuestión central de se pode o Tribunal Constitucional converterse nun instrumento da defensa extraordinaria da Constitución.

Recordemos que a defensa extraordinaria da orde constitucional aparece regulada pola Constitución nos artigos 116 (estados de alarma, excepción e sitio)¹¹, así como no artigo 155 (adopción das medidas necesarias para obrigar as comunidades autónomas ao cumprimento forzoso das obrigas que a Constitución ou outras leis lle imponían ou para a protección do interese xeral de España), habilitando a Constitución o Goberno e as cámaras parlamentarias a adoptar as medidas oportunas nos supostos de feito alí considerados. O Tribunal Constitucional, por definición, ten encomendadas funcións de defensa ordinaria da Constitución, é dicir, nos supostos en que non existe un cuestionamento da súa lexitimidade, nin moito menos da propia orde constitucional. Iso é así porque a función dos tribunais constitucionais, como ben é sabido, é defender mediante técnicas xurídicas a vixencia da Constitución, e estas só teñen razón de ser cando previamente se aceptou a orde constitucional en que opera o Tribunal Constitucional.

Cando nos atopamos coa decidida vontade de quebrantar a orde constitucional, tal como sucede na España actual, a efectividade das resolucións do Tribunal Constitucional non depende dos poderes de execución do intérprete supremo da Constitución, senón, en primeira instancia, dos órganos que teñen atribuída a defensa extraordinaria do Estado e, en última instancia, da capacidade dos diferentes actores políticos de lograr que a vontade de quebrantar a norma fundamental desapareza, todo iso sen prexuízo de que, se tal vontade existe, iso se deba en moi boa medida a que a propia Constitución fracasou na súa función primaria e principal de asegurar a unidade política da comunidade.

Por todo iso, consideramos que incorporar o Tribunal Constitucional ao ámbito da defensa extraordinaria do Estado é cuestionable na medida en que non só supón a alteración do equilibrio de poderes, senón unha mutación da propia función do Tribunal, que non é a de exercer poderes de execución para coadjuvar na tarefa de defensa extraordinaria da Constitución, a cal

Ile corresponde, en todo caso, ao Goberno da nación e ás Cortes Xerais en aplicación dos artigos 116 e 155 da norma fundamental.

Conseguentemente, a LORLOTC opera un desprazamento da titularidade da defensa extraordinaria da Constitución ao alto tribunal que responde, en esencia, á vontade do Goberno da nación de incorporar este órgano a ela mediante os seus novos poderes. Esta vontade pode deducirse –segundo a perspectiva “política” de análise da LORLOTC que asumimos neste traballo– da análise do (i) momento político en que se tramitou esta lei, así como do (ii) procedemento seguido nas Cortes Xerais para a súa aprobación.

(i) Con respecto á primeira cuestión, resulta salientable que a LORLOTC se tivese aprobado, precisamente, ao final da décima lexislatura e ante a inminencia da celebración de eleccións a Cortes Xerais de resultado incerto, como a realidade demostrou posteriormente. Neste sentido, é sintomático, evidentemente, o propio preámbulo da LORLOTC, en que se fai referencia de xeito indisimulado ao momento político en que se aproba a lei ao lembrar que o Tribunal Constitucional Ile poderá “encomendar ao Goberno da nación, mesmo en funcións, a execución substitutoria”.

A elección deste momento político determinou que se sostivese que “este feito prexudicou gravemente a imaxe de neutralidade do máximo intérprete da Constitución, ao permitir que, de forma interesada, algúns grupos alenten as sospeitas de que a variación da súa norma reitora tan só serviu para colocar o Tribunal Constitucional directamente ao servizo de determinadas posicións políticas”¹². Trátase dunha crítica acertada porque debemos recordar, na liña co indicado anteriormente, que o fundamento da lexitimidade da xurisdición constitucional se atopa –dada a súa natureza de órgano cuxas decisións presentan incuestionables consecuencias políticas– na imparcialidade, no prestixio e na autoridade do intérprete supremo da Constitución.

Polo tanto, tería sido conveniente ter desterrado calquera dúbida sobre a oportunidade política da aprobación desta lei e da súa eventual utilización no xogo partidista. Sen descoñecer de ningún xeito a gravidade dos acontecementos que serven de pano de fondo á LORLOTC, tería sido desexable que, polo menos, o momento da súa aprobación tivese sido calquera outro afastado da inminencia da convocatoria de eleccións ás Cortes Xerais. Ao respecto debemos lembrar que, dada a maioría absoluta que sustentaba o complexo Goberno-Administración en toda a décima lexislatura, unha lei como a LORLOTC debería ser tramitada no ecuador desta.

(ii) A segunda das circunstancias das que se pode deducir a vontade do Goberno e da maioría parlamentaria que o sustentaba de Ile atribuír ao alto tribunal funcións propias da defensa extraordinaria do Estado entronca con dous aspectos do procedemento seguido nas Cortes Xerais para a súa aprobación: o exercicio da iniciativa lexislativa polo Grupo Parlamentario Popular e a posterior tramitación da LORLOTC mediante o procedemento de lectura única no Congreso dos Deputados e a declaración de urxencia tanto nesta Cámara como no Senado. Todo iso determinou que esta fose aprobada polas Cortes Xerais nun prazo de 30 días desde a súa presentación.

Recordemos ao respecto que foi o Grupo Parlamentario Popular no Congreso dos Deputados o que exerceu a iniciativa lexislativa ao presentar a proposición da lei en exame con data do 4 de setembro de 2015, a cal foi tomada en consideración polo Pleno da Cámara o 16 de setembro, acordándose a súa tramitación urxente polo procedemento de lectura única en aplicación das previsións dos artigos 93, 126.5 e 150 do Regulamento do Congreso dos Deputados (en diante, RC). Tras a súa tramitación no Congreso, en que se rexeitaron tanto as emendas á

totalidade como todas as emendas ao articulado, agás a número 30 de modificación presentada polo Grupo Parlamentario Popular¹³, comezou a súa tramitación ante o Senado o 2 de outubro de 2015. Nesta Cámara non se acordou a tramitación da proposta polo procedemento de lectura única, a diferenza do acontecido no Congreso, aínda que se acordou a súa tramitación polo procedemento de urxencia en aplicación do disposto nos artigos 133 a 136 do Regulamento do Senado (en diante, RS). Tras ser analizada no seo da Comisión Constitucional, o Pleno do Senado aprobou a LORLOTC con data do 15 de outubro de 2015¹⁴.

Como pode observarse con claridade do proceso de tramitación da lei en exame, a iniciación da tramitación da LORLOTC non se articulou a través dun proxecto de lei, senón mediante unha proposición de lei depositada polo Grupo Parlamentario Popular, eludindo así ter que solicitar informes do Consello de Estado, do Consello Xeral do Poder Xudicial e do Consello Fiscal que terían permitido que a formación da vontade parlamentaria se tivese realizado con maior fundamento.

Pola súa banda, a LORLOTC tramitouse seguindo o procedemento de lectura única no Congreso dos Deputados, reducíndose, así mesmo, os seus prazos á metade como consecuencia da declaración de urxencia, o que determinou unha falta de consenso entre os grupos parlamentarios non só en canto ao resultado final da votación¹⁵, senón con relación ao propio procedemento parlamentario utilizado. Sobre este particular volveremos fundamentalmente no punto 3.1.2 deste traballo, ao analizar as SSTC 185/2016 e 215/2016, dado que esta falta de consenso, así como a suposta vulneración do artigo 150 RC ao non concorrer os requisitos establecidos neste para a utilización do procedemento de lectura única, operaron como motivo de impugnación da LORLOTC nos recursos de inconstitucionalidade n. 229/2016 e n. 7466/2015.

Na nosa opinión, unha modificación do estatuto xurídico do Tribunal Constitucional, consista tanto na mera especificación dos principios xerais que garanten a efectividade das súas resolucións –tal como sostén o preámbulo da LORLOTC–, como en dotala de mecanismos para a defensa extraordinaria da orde constitucional –como sostemos aquí–, debería terse realizado co apoio maioritario dos distintos grupos parlamentarios, o que tería implicado que a LORLOTC se aprobase noutro momento político máis oportuno e sen a utilización de tácticas parlamentarias que denotan, en última instancia, unha confianza limitada por parte dos promotores da LORLOTC nesta.

Podemos concluír afirmando que a nova regulación dos poderes de execución ao alto tribunal, dirixida a contribuír á defensa extraordinaria do Estado, resulta totalmente cuestionable, tanto pola eficacia destes nun contexto de conflito político en que se ataca a unidade nacional, como pola perda de *auctoritas* do Tribunal Constitucional, fundamental para que os demais órganos do Estado cumpran as decisións deste. A execución das decisións do Tribunal Constitucional, cando esta se ha de levar a cabo nun contexto de quebrantamento constitucional, non poden ser encomendadas ao alto tribunal, senón ás autoridades que teñen confiada a defensa extraordinaria do Estado: Goberno e Cortes Xerais. Iso non significa de ningún xeito que o Tribunal Constitucional non teña que seguir cumprindo a súa función primeira e principal de garantir a supremacía da Constitución, senón que tal función ten que desenvólvela no seu ámbito propio, o da defensa ordinaria do Estado, confiando a defensa extraordinaria do Estado aos órganos constitucionalmente habilitados para iso. Moi posiblemente esta crítica a teñan asumido implicitamente os promotores da LORLOTC, como denota a elección do momento político en que esta se aproba, así como a dos mecanismos parlamentarios para a súa tramitación

(presentación de proposición de lei do Grupo Parlamentario Popular no Congreso dos Deputados en lugar de proxecto de lei do Goberno; procedemento de lectura única con declaración de urxencia en lugar do procedemento ordinario).

2.2 O contido da lei

Unha vez analizada a circunstancia da lei e, conseguintemente, interpretado o seu sentido e o seu significado, pasamos a estudar en concreto a nova regulación dos poderes de execución atribuídos ao Tribunal Constitucional. A súa exposición realizámola en función de se estes foron impugnados nos recursos de inconstitucionalidade que presentaron o Goberno Vasco e o Goberno da Generalitat de Cataluña e que resolveron, respectivamente, a STC 185/2016, do 3 de novembro, e a STC 215/2016, do 15 de decembro. Acollemos este criterio de clasificación non só porque resulta operativo para a posterior análise que realizaremos das dúas sentenzas mencionadas, senón porque esta, por outra parte, incorpora outro criterio acerca do contido das novas medidas en materia de execución do TC: aquelas que non foron impugnadas son todas aquelas que non supoñen novidade substancial con respecto á regulación anterior da LOTC ao limitarse a explicitar os principios xerais en materia de execución xa existentes, mentres que as que si o foron si supoñen unha novidade substancial ao atribuírlle expresamente ao alto tribunal poderes de execución con respecto aos cales non cabe deducir unanimemente que sexan respectuosos coa orde constitucional. Malia iso, este criterio xeral de clasificación presenta dúas excepcións: non se impugna a novidade –de alcance– que supón a substitución da Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil (en diante, LAC) pola Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa (en diante, LXCA) como lei supletoria en materia de execución das resolucións do tribunal; e, pola contra, impúgnase a nova regulación das multas coercitivas do artigo 92.4.a) LOTC, a pesar de que esta medida viña prevista na anterior redacción da LOTC.

2.2.1 As medidas non impugnadas nos recursos de inconstitucionalidade resoltos polas SSTC 185/2016 e 215/2016

2.2.1.1 A recepción explícita da función do Tribunal Constitucional de facer executar as súas decisións (artigos 92.1, 87.1 e 87.2 da LOTC)

Seguindo unha análise lóxica das medidas introducidas pola LORLOT, debemos destacar, en primeiro lugar, aquelas que están encamiñadas a explicitar de xeito inequívoco a función do alto tribunal de facer executar as súas decisións: (i) os incisos que se engaden ao artigo 92.1 da LOTC, así como (ii) os novos incisos finais dos números 1 e 2 do artigo 87 da Lei reguladora do alto tribunal.

(i) Segundo o reformado artigo 92.1, o Tribunal Constitucional, designado así *eo nomine* a diferenza do que acontecía coa regulación anterior, non só poderá dispor na sentenza, ou na resolución, ou en actos posteriores, quen debe executalas e, se é o caso, resolver as incidencias de execución”, senón que, ademais, “velará polo cumprimento efectivo das súas resolucións” e “poderá dispor na sentenza, ou na resolución, ou en actos posteriores [...] as medidas de execución necesarias”.

Non podemos máis que concluír que o reformado artigo 92.1 non engade, en rigor, nada substancialmente novidoso á regulación xa en vigor da LOTC na medida en que o Tribunal Constitucional asumía competencias de execución das súas resolucións naqueles procesos que, pola súa natureza, o permitían.

Deixando a un lado as sentenzas ditadas nos procesos de declaración de inconstitucionalidade, así como as sentenzas sobre a constitucionalidade dos tratados internacionais, cuxos efectos pertencen ao ámbito da aplicación da lei recorrida, as sentenzas resolutorias dos conflitos de competencias, así como as ditadas en procesos de amparo, viñan sendo executadas sen problema ningún polo propio Tribunal¹⁶. Recordemos, ao respecto, que a STC 65/1984, do 23 de maio, declarou o principio xeral de que o alto tribunal tiña encomendada a función de executar as súas resolucións nos seguintes termos: “En canto ás consecuencias derivadas da dita anulación, cómpre ter en conta que, de acordo co artigo 66 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional (LOTC), este tribunal pode dispor o que estimar procedente respecto das situacións de feito ou de dereito creadas ao abeiro da disposición, resolución ou acto anulados”. Coherentemente con esta formulación, e en sede de conflitos positivos de competencia, o Auto do Tribunal Constitucional 854/1986 controlou a execución da STC 94/1985, do 29 de xullo, que resolveu o conflito positivo de competencia n. 22/1982, que declaraba a nulidade do acordo do 2 de novembro de 1978 do Consello Xeral do País Vasco, que incorporaba as cadeas como elemento propio do escudo vasco por infracción do artigo 4.2 e da disposición adicional primeira da Constitución.

(ii) Complementan estas previsións do artigo 92 os dous novos incisos introducidos pola LORLOTC nos números 1.º e 2.º do artigo 87, que reforzan a obrigatoriedade das resolucións do Tribunal Constitucional. Polo primeiro, habilítase o Tribunal Constitucional a acordar a notificación persoal das súas resolucións a calquera autoridade ou empregado público que se considere necesario, mentres que polo segundo deles se declara que as sentenzas e resolucións do Tribunal Constitucional terán a consideración de títulos executivos.

O alcance destes novos incisos do artigo 87 debe entenderse limitado a explicitar a función do Tribunal Constitucional de facer executar as súas resolucións, dado que a posibilidade de acordar a notificación persoal das súas resolucións e a condición de título executivo destes son atribucións inherentes á función de facer executar o xulgado.

Tanto a nova redacción do artigo 92 como os incisos finais do artigo 87.1 e do 87.2 non foron obxecto de impugnación en ningún dos recursos de inconstitucionalidade promovidos contra a LORLOTC, e a doutrina científica limitouse tan só a recordar que estes, ao representaren a mera especificación da función propia do Tribunal Constitucional de facer executar o xulgado, unicamente teñen o valor simbólico-lexitimador de facer notorio que o alto tribunal ten atribuída esta función.

2.2.1.2 A nova regulación do auxilio ao Tribunal Constitucional (artigo 92.2 da LOTC)

A LORLOTC engade un novo punto ao artigo 92 para estender a obriga de auxilio ao Tribunal Constitucional na execución das súas sentenzas, de forma que esta afectará a “calquera das administracións e poderes públicos”. Engade este punto que tal auxilio deberá ser prestado “con carácter preferente e urxente”. Conseqüentemente, deberán prestar este auxilio ao Tribunal Constitucional non só os xuíces e tribunais, aos que expresamente se aludía no artigo 87.2

“Os xulgados e tribunais prestarán con carácter preferente e urxente ao Tribunal Constitucional o auxilio xurisdiccional que este solicite”), senón tamén os novos suxeitos indicados, regulándose unha sorte de “remedo de auxilio e cooperación administrativas”¹⁷.

A constitucionalidade desta nova regulación do auxilio ao Tribunal Constitucional non foi controvertida nos recursos de inconstitucionalidade formulados polo Goberno Vasco e a Generalitat de Cataluña en moi boa medida porque o novo artigo 92.2 LOTC –na liña dos artigos 92.1, 87.1 e 87.2 LOTC– explícita e concreta a obriga de todos os poderes públicos de prestar auxilio ao intérprete supremo da Constitución, obriga que cabe considerar inherente ao mandato do artigo 87 LOTC segundo o cal –recordemos– todos os poderes públicos están obrigados ao cumprimento do que o Tribunal Constitucional resolva.

2.2.1.3 A supletoriedade da Lei da xurisdición contencioso-administrativa (artigo 80 da LOTC)

Outra das novidades introducidas pola LORLOTC que, como as anteriores, non foi impugnada nos recursos resoltos polas SSTC 185/2016 e 215/2016 é a recollida no último parágrafo do artigo 80 da LOTC, consistente en sancionar o carácter supletorio da LXCA en materia de execución das resolucións do alto tribunal, substituindo así a LAC. Malia iso, esta última lei, así como a Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial (en diante, LOPX), seguirán revestindo carácter supletorio “en materia de comparecencia en xuízo, recusación e abstención, publicidade e forma dos actos, comunicacións e actos de auxilio xurisdiccional, día e horas hábiles, cómputo de prazos, deliberación e votación, caducidade, renuncia e desistencia, lingua oficial e policía de estrados”.

A diferenza das reformas que vimos de examinar nos puntos anteriores, que, en esencia, poden ser consideradas como explicitación e concreción “dos principios xerais para garantir a efectividade das resolucións” do Tribunal Constitucional existentes na redacción orixinal da LOTC, esta reforma presenta alcance e calado ao substituír a LAC e a LOPX pola LXCA. A maior parte da doutrina científica saudou favorablemente esta modificación ao entender, por unha parte, que existe unha similitude entre o proceso executivo das resolucións do alto tribunal e o proceso executivo do contencioso-administrativo “en canto ao seu obxecto e aos suxeitos”¹⁸ e ao entender, por outra parte, que a supletoriedade da LXCA pode coadjuvar, grazas á súa complexidade, “a unha menor tensión na aplicación das resolucións do tribunal, que, ao final, pode ser beneficiosa para o conxunto do sistema constitucional”¹⁹.

Por último, cómpre lembrar que o procedemento para a imposición por parte do Tribunal Constitucional de multas en aplicación do previsto no artigo 92.4,

a) (“Imporlles multa coercitiva de tres mil a trinta mil euros ás autoridades, empregados públicos ou particulares que incumpriren as resolucións do tribunal, podendo reiterar a multa ata o cumprimento íntegro do mandado”), é o previsto nos artigos 48.7 e 112 da LXCA.

2.2.2 As medidas impugnadas nos recursos de inconstitucionalidade resoltos polas SSTC 185/2016, do 3 de novembro, e 215/2016, do 15 de decembro

2.2.2.1 As medidas previstas no artigo 92.4 da LOTC

O artigo 92.4 da LOTC regula, tras a reforma introducida pola LORLOTC, o incidente de execución das resolucións do Tribunal Constitucional prevendo que, en caso de advertirse que

unha resolución ditada no exercicio da súa xurisdición puidese estar sendo incumplida, o tribunal, ben de oficio ou ben por instancia dalgunha das partes do proceso en que se ditase, requirirá as institucións, autoridades, empregados públicos ou particulares aos cales lles corresponda levar a cabo o seu cumprimento para que no prazo que se lles fixe informen ao respecto. Unha vez recibido o informe ou transcorrido o prazo fixado –continúa o artigo 92.4–, se o tribunal apreciase o incumplimento total ou parcial da súa resolución, o alto tribunal pode aplicar ata catro medidas en caso de que aprecie o incumplimento total ou parcial da súa resolución: imposición de multa coercitiva (a)); suspensión de funcións (b)); execución substitutoria co auxilio do Goberno da nación (c)); exixencia da correspondente responsabilidade criminal logo da dedución do oportuno testemuño de particulares (d)).

As tres primeiras das medidas enumeradas, as previstas nas letras a), b) e c), foron impugnadas nos recursos de inconstitucionalidade promovidos polo Goberno Vasco (concretamente, as contidas nas letras b) e c)) e polo Goberno da Generalitat de Cataluña (especificamente, as contidas nas letras a) e b) e no último inciso da letra c)).

A primeira destas medidas consiste na posibilidade de lles impor as correspondentes multas coercitivas, por unha contía de tres mil a trinta mil euros, ás autoridades, empregados públicos ou particulares que incumprisen as resolucións do tribunal, con previsión de que o tribunal poida reiterar a multa “ata o cumprimento íntegro do mandado”. Por outra banda, o número 4 do artigo 92 habilita a lei ordinaria para revisar, en todo momento, “os límites da contía destas sancións ou das multas previstas na letra a) do apartado 4 do artigo 92”.

A segunda delas consiste en acordar a suspensión nas súas funcións das autoridades ou empregados públicos da Administración responsable do incumplimento, durante o tempo preciso para asegurar a observancia dos pronunciamentos do tribunal.

A terceira das medidas previstas consiste na execución substitutoria das resolucións ditas nos procesos constitucionais. Neste caso, o tribunal poderá requirir a colaboración do Goberno da nación co fin de que, nos termos fixados polo tribunal, adopte as medidas necesarias para asegurar o cumprimento das resolucións.

Por último, o artigo 92.4 prevé “deducir o oportuno testemuño de particulares para exixir a responsabilidade penal que puidese corresponder”, sendo esta a única medida non recorrida polos recursos de inconstitucionalidade presentados polo Goberno Vasco e polo Goberno da Generalitat de Cataluña.

2.2.2.2 Incidente de execución de resolucións que acordan a suspensión de disposicións impugnadas (artigo 92.5 da LOTC)

A LORLOTC introduce no número 5 do artigo 92 LOTC un incidente de execución das resolucións que acordan a suspensión de disposicións impugnadas, o cal foi considerado como unha sorte de procedemento para a adopción de medidas “cautelarísimas” en garantía de providencias provisionais previamente fixadas²⁰.

Recordemos ao respecto que o Tribunal Constitucional debe resolver as impugnacións previstas no artigo 161.2 CE, é dicir, aquelas que presente o Goberno da nación contra as disposicións e resolucións adoptadas polos órganos das comunidades autónomas, cuxa formulación “producirá a suspensión da disposición ou resolución recorrida; pero o tribunal, se é o caso, deberá ratificala ou levantala nun prazo non superior a cinco meses” (artigo 161.2 CE), con-

cretando o artigo 77 da LOTC que “a impugnación regulada neste título, sexa cal for o motivo en que se basee, se formulará e substanciará polo procedemento previsto para substanciar os conflitos positivos de competencia nos artigos sesenta e dous a sesenta e sete desta lei”.

Neste sentido, o novo artigo 92.5 LOTC dispón que, no caso da execución de resolucións que acorden a suspensión de disposicións, actos ou actuacións impugnadas, e sempre que concorran circunstancias de especial transcendencia constitucional, o tribunal poderá, de oficio ou por instancia de parte, adoptar as medidas necesarias para asegurar o seu cumprimento sen, mesmo, oír as partes. Malia iso, este artigo 92.5 prevé que na propia resolución o tribunal fixe unha vista posterior no prazo común de tres días na que participasen as partes, tras o cal o tribunal ditará resolución pola que se levanten, confirmen ou modifiquen as medidas previamente adoptadas.

2.2.3 A doutrina sobre o incidente de execución: o ATC 141/2016, do 19 de xullo

O primeiro acto de aplicación do novo incidente de execución previsto nos artigos 87 e 91 contense no Auto do Pleno 141/2016, do 19 de xullo, que resolve o incoado polo Goberno da nación para a execución da STC 259/2015, do 2 de decembro, ditada no proceso de impugnación de disposicións autonómicas n. 6330-2015, que declarou inconstitucional e nula a resolución I/XI do Parlamento de Cataluña, do 9 de novembro de 2015, sobre o inicio do proceso político en Cataluña como consecuencia dos resultados electorais do 27 de setembro de 2015.

Interesa a representación procesual do Goberno da nación a declaración de nulidade, por contravir o decidido na STC 259/2015 e ao abeiro dos artigos 87.1 e 92 da LOTC, da Resolución 5/XI do Parlamento de Cataluña, do 20 de xaneiro de 2016, de creación de comisións parlamentarias, na medida en que nela se dispón a creación da denominada comisión de estudo do proceso constituínte.

Partindo da xurisprudencia sentada sobre o incidente de execución (AATC 107/2009, do 24 de marzo, FX 2; e 177/2012, do 2 de outubro, FX 2), o tribunal considera que tal contravención existiría en caso de que a Resolución 5/XI contivese “un pronunciamento contrario á STC 259/2015 ou supuxese un intento de menoscabar a eficacia –xurídica ou material– do que se resolveu nesta sentenza”. A continuación realiza o ATC unha análise da Resolución 5/XI, concluíndo que “o tribunal aprecia que os ámbitos asignados á dita comisión parlamentaria pola resolución 5/XI ofrecen un alto grao de semellanza con algún dos elementos integrantes do chamado proceso constituínte na resolución do Parlamento de Cataluña 1/XI, do 9 de novembro de 2015, declarada inconstitucional, pois tales “ámbitos” coinciden substancialmente cos fins que perseguía a resolución 1/XI, declarada inconstitucional e nula pola STC 259/2015”, sendo tales fins “a apertura dun proceso constituínte en Cataluña encamiñado á creación da futura constitución catalá e do estado catalán independente en forma de república”.

Resultan relevantes para o noso estudo, así mesmo, as consideracións que se realizan no FX 7 deste ATC 141/2016 en relación coa determinación por parte do Tribunal Constitucional do alcance da súa estimación do incidente de execución, tendo en conta –segundo afirma o propio Tribunal– que a LOTC perfila con grande amplitude as súas facultades para “resolver as incidencias da execución” (artigo 92.1) e para adoptar “as medidas de execución necesarias para garantir o cumprimento efectivo das súas resolucións” (artigo 92.3). Tal determinación realízaa o alto tribunal “ponderando os distintos valores constitucionais en xogo na tarefa de facer

cumprir as súas resolucións” e conclúe ao respecto que o alcance da estimación do incidente se reduce á declaración de nulidade da comisión parlamentaria en cuestión “evitando con iso que a creación da comisión sobre a que versa o noso axuízamento poida entenderse ou utilizarse so pena de arrostrar as consecuencias que prevé o ordenamento xurídico, como un intento de sortear ou eludir a vinculación de todos os poderes públicos ao cumprimento do resolto polo Tribunal Constitucional”.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DA LORLOTC SEGUNDO AS SSTC 185/2016, DO 3 DE NOVEMBRO, E 215/2016, DO 15 DE DECEMBRO

Unha vez analizada a nova regulación dos poderes de execución do Tribunal Constitucional á luz da circunstancia política en que se aprobou a LORLOTC, así como examinada a doutrina do propio tribunal sobre o incidente de execución sentada no Auto 141/2016, do 19 de xullo, pasamos a continuación a realizar o exame das SSTC 185/2016, do 3 de novembro, e 215/2016, do 15 de decembro, que avalan a constitucionalidade da LORLOTC.

Son dous os recursos de inconstitucionalidade promovidos contra a LORLOTC. O primeiro deles, en orde cronolóxica, é o recurso de inconstitucionalidade n. 7466/2015, presentado polo Goberno da Generalitat de Cataluña, que impugna a LORLOTC e o artigo único.tres, pola redacción dada aos artigos 92.4.a), b) e último inciso do c), e 5 da LOTC, que foi resolto pola STC 215/2016, do 15 de decembro. O segundo deles é o recurso de inconstitucionalidade n. 229/2016, promovido polo Goberno Vasco contra a LORLOTC, así como contra o artigo único apartado tres desta na redacción dada ás letras b) e c) do apartado 4 e ao apartado 5 do artigo 92 da LOTC, que, pola súa banda, foi resolto pola STC 185/2016, do 3 de novembro.

Ambos os dous recursos impugnan a LORLOTC por considerar que na súa tramitación nas Cortes Xerais se incorreu en vicios de inconstitucionalidade de orde procedemental, aínda que no recurso do Goberno do País Vasco se impugnan os artigos 92.4.b) e c) e 95.2 da LOTC e no da Generalitat de Cataluña, ademais dos dous anteriores, impúgnase o artigo 92.4.a) da LOTC.

Debemos facer notar que a STC 185/2016, do 3 de novembro, non resolve o primeiro dos recursos presentados, o promovido polo Goberno da Generalitat de Cataluña, senón o presentado con posterioridade, o promovido polo Goberno Vasco. A explicación diso non aparece recollida na primeira STC 185/2016, senón na posterior STC 215/2016, onde no seu fundamento xurídico (en diante FX) 1 se expresa que o tribunal, “por proposta dos maxistrados designados relatores por quenda de repartición nun e outro recurso”, considerou oportuno como criterio de ordenación das deliberacións que a resolución do recurso do Goberno da Generalitat fose posposta á do Vasco, dado que neste último se aducía como motivo de inconstitucionalidade “unha desnaturalización do modelo de xurisdición constitucional deseñado polo constituínte”.

Esta decisión da maioría do tribunal foi criticada nos votos particulares do maxistrado Xiol Ríos ás SSTC 185/2016 e 215/2016, para quen o razoable tería sido que se tivese resolto primeiro o recurso interposto polo Goberno da Generalitat en atención aos seguintes dous argumentos: en primeiro lugar, en consideración a que “parece razoable que, ante a diversidade de recursos de inconstitucionalidade formulados contra unha mesma norma, ou ben se ordenen de xeito temporal ou, polo menos, se faga un estudo acumulado ou, se é o caso, simultáneo” (voto particular á STC 185/2016); en segundo lugar, en atención a que así se evitaría “esquivar

na análise da impugnación desta normativa a valiosa información que podía e debía achegar a contextualización da norma cuxa constitucionalidade se estudaba neste recurso e que está indisolublemente unida con acontecementos desenvolvidos en Cataluña”.

En calquera caso, debemos subliñar que existen evidentes similitudes entre ambos os dous recursos de inconstitucionalidade polo que o propio FX 1 da STC 215/2016 non ten máis que admitir que “van ser inevitables e frecuentes as remisións e reproducións que nesta resolución faremos á doutrina e pronunciamentos da Sentenza 185/2016”. Tales similitudes proxéctanse na ordenación deste traballo, de forma que a análise da STC 215/2016 que realizaremos no punto 3.2 conterà as necesarias e obrigadas remisións á análise da STC 185/2016.

3.1 A constitucionalidade da LORLOTC na STC 185/2016, do 3 de novembro

O primeiro dos pronunciamentos que avalan a constitucionalidade da LORLOTC contense, como sabemos, na STC 185/2016, que resolve o recurso de inconstitucionalidade interposto polo Goberno Vasco contra a LORLOTC no seu conxunto por ter incorrido en vicios procedementais na súa tramitación nas Cortes Xerais, así como contra dúas das medidas que pode adoptar o Tribunal Constitucional no incidente de execución de sentenzas (a suspensión de funcións das autoridades ou empregados públicos e a execución substitutoria coa colaboración do Goberno da nación –letras b) e c) do apartado 4 do artigo 92)– e contra o incidente de execución de resolucións que acordan a suspensión de disposicións impugnadas (apartado 5 do artigo 92).

A sentenza en exame fai, en primeiro lugar, unha serie de consideracións xerais sobre a singularidade que presenta o xuízo de constitucionalidade da propia LOTC (FX 3). Seguidamente, a sentenza resolve as tachas de constitucionalidade alegadas polo recorrente, distinguindo entre as que son de natureza formal ou de tramitación e aquelas outras que son de carácter material ou substantivo. Os vicios procesuais son tratados nos FX 4 e 5, mentres que os de orde substantiva son analizados nos FX 6 a 16. En particular, os FX 6 a 10 resolven as impugnacións do recorrente fundamentadas na vulneración do modelo de Tribunal Constitucional sancionado nos artigos 117.3, 161 e 164 CE; os FX 12 a 15 resolven, pola súa parte, os motivos de inconstitucionalidade baseados na vulneración do principio de legalidade penal; por último, os FX 16 e 17 resolven a impugnación consistente na conculcación do sistema de controis das comunidades autónomas polo Estado fixados nos artigos 155.2 e 143 CE.

Acompañan a sentenza tres votos particulares subscritos, respectivamente, pola maxistrada dona Adela Asúa Batarrita, polo maxistrado don Fernando Valdés Dal-Ré e polo maxistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

A continuación analizaremos a sentenza en estudo, así como os seus votos particulares, en función do tratamento que esta fai a cada unha das impugnacións do recorrente, unha vez que examinemos con carácter previo as peculiaridades do xuízo de constitucionalidade da LOTC e as súas reformas referidas no FX 3.

3.1.1 Extensión e límites do xuízo de constitucionalidade da LOTC e das súas reformas

Como vimos de sinalar, interesa destacar que o FX 3 da sentenza en estudo fai unha serie de consideracións relativas á singularidade da propia LORLOTC como norma sometida a control

por parte do tribunal, reproducindo en liñas xerais a xurisprudencia sentada na STC 49/2008, do 9 de maio²¹, e na STC 118/2016, do 23 de xuño²², segundo as cales cabe afirmar a existencia dunha debilitación do control de constitucionalidade que o intérprete supremo da Constitución debe exercer sobre a LOTC e as súas reformas. Trátase esta dunha argumentación de suma importancia ao condicionar o posterior xuízo de constitucionalidade que realiza a STC 185/2016 e que foi duramente criticada nos tres votos particulares que a acompañan na medida en que se “interpreta dun xeito notablemente laxo esa doutrina [a da STC 118/2016]”. (Voto particular do maxistrado Valdés Dal-Ré á STC 185/2016).

Engadamos neste momento da nosa exposición que a posterior STC 215/2016, a diferenza da STC 185/2016, foxe deliberadamente desta premisa segundo a cal existe unha debilitación do control de constitucionalidade da LOTC, o que levará o maxistrado Valdés Dal-Ré no seu voto particular á STC 185/2016 a considerar no seu voto particular a esta STC 215/2016 que este cambio de orientación se debe ao “feito de que a opinión maioritaria en que se sustenta a sentenza fora receptiva a estas obxeccións entón formuladas”.

En esencia, a STC 185/2016 parte do presuposto de que o lexislador orgánico dispón dunha maior liberdade de configuración para establecer a regulación do Tribunal Constitucional que cando establece calquera outro desenvolvemento normativo, de forma que o alcance do control de constitucionalidade é menos intenso en relación con calquera outra disposición normativa axuizada. Este xeito de entender o alcance e os límites do xuízo de constitucionalidade da LOTC reproduce, en todo caso, a vella cuestión da lexitimidade da xustiza constitucional nos Estados democráticos.

En primeiro lugar, a STC 185/2016 afirma con carácter xeral que o lexislador orgánico do Tribunal Constitucional dispón dunha liberdade de configuración que deriva do principio democrático e das diversas reservas de lei orgánica previstas no texto constitucional respecto a esta institución, aínda que tal liberdade está –obviamente– limitada polos límites materiais e formais do texto constitucional. Sentado iso, o Tribunal Constitucional estima en segundo lugar –e aquí está a clave da súa argumentación– que, dado que a norma controlada polo Tribunal Constitucional é a propia LOTC, as consideracións xerais realizadas anteriormente deben ser matizadas en relación (i) co alcance do control de constitucionalidade, así como (ii) cos posibles resultados deste control.

(i) Así, con respecto á primeira das cuestións, recorda o alto tribunal que o ámbito do seu axuizamento está constrinxido por tres límites:

O primeiro deles, evidente e que se podería predicar perfectamente do axuizamento de calquera outra disposición axuizada polo tribunal, é que o seu xuízo é “exclusivamente de constitucionalidade e non político, de oportunidade ou de calidade técnica, limitado a contrastar con carácter abstracto e, polo tanto, á marxe da súa posible aplicación práctica, os concretos preceptos impugnados e as normas e principios constitucionais que integran en cada caso o parámetro de control (FX 4 da STC 118/2016)”. Ambas as dúas características do xuízo de constitucionalidade aparecerán desenvolvidas posteriormente no FX 7 ao recordar o Tribunal Constitucional, con relación á primeira, que “as intencións do lexislador, a súa estratexia política ou o seu propósito último non constitúen, como é evidente, obxecto do noso axuizamento” e, con relación á segunda, que o seu “pronunciamento debe estar á marxe de calquera posible ou hipotético acto de aplicación do dito precepto”.

A diferenza do enfoque político/politolóxico que a doutrina científica pode asumir nos seus traballos e que, de feito, incorporamos a este estudo, o xuízo de constitucionalidade que realiza o supremo tribunal ha de ser, por definición, abstracto. Non obstante, este grao de abstracción é cuestionado severamente nos tres votos particulares formulados á sentenza, pois, como recorda o voto particular da maxistrada Asúa, serve para eludir a cuestión capital de “se a nova potestade atribuída a este tribunal de suspender nas súas funcións, conforme o novo artigo 92.4.b) LOTC, as autoridades ou empregados públicos da Administración responsable do incumprimento [...] é compatible con diversos preceptos constitucionais”. Nesta mesma liña sitúase o voto particular do Sr. Valdés Dal-Ré, en que se sostén que a sentenza “fai do control abstracto un uso desviado” que o leva a “renunciar, baixo a cobertura do tipo de control imposto, a verificar a constitucionalidade do completo enunciado normativo da medida de execución aí instituída”. Tamén desta crítica participa o voto particular do maxistrado Xiol Ríos, para o que a abstracción do control de constitucionalidade non debería ter impedido que o Tribunal Constitucional entrase na análise de todas aquelas cuestións interpretativas formuladas debido a que “non son infrecuentes os casos en que o tribunal, como outros tribunais constitucionais, desenvolve o seu control abstracto precisamente en relación coas diversas interpretacións e situacións aplicativas que puidesen chegar a formularse para, se é o caso, excluír aquelas que puidesen resultar inconstitucionais”.

O segundo dos límites que conforme a STC 185/2016 constrinxe o ámbito do seu axuízamento vén determinado pola “presunción de constitucionalidade” que lle impón “ao recorrente non só pór en marcha [o control de constitucionalidade] mediante o exercicio da súa lexitimación, senón concretar os motivos da pretendida inconstitucionalidade e colaborar coa xurisdición constitucional”. Non recorda o tribunal unicamente nesa sede a presunción de constitucionalidade de toda lei, senón o deber do recorrente de “colaborar coa xurisdición constitucional” introducindo, nese caso de xeito velado, o seu xuízo de que a representación procesal do Goberno Vasco desatendeu esta obriga. O reproche que aquí se contén implícito faise evidente noutros lugares da sentenza: así, cando o tribunal denuncia o incumprimento polo recorrente da súa obriga de “colaborar coa xustiza do tribunal mediante unha pormenorizada análise das graves cuestións que se suscitan” (letra 7 c) do FX 7) ou cando critica que o recorrente sosteña que a lei se tramitou no Senado polo procedemento de lectura única, cando iso só sucedeu no Congreso dos Deputados (FX 4).

Este reproche do tribunal á representación procesal do Goberno Vasco é obxecto, pola súa parte, dunha profunda crítica no voto particular da maxistrada Asúa, no cal se afirma non só que os motivos de impugnación do recorrente “están amplamente argumentados”, senón tamén que o cuestionamento que realiza o tribunal a este último forman parte dunha “tripla estratexia de elusión das cuestións constitucionais” coa que o tribunal “abdica” do exercicio da xurisdición constitucional. Nesta liña, atópase tamén o voto particular do maxistrado Valdés Dal-Ré, no cal, lonxe de lle atribuír este reproche ao recorrente, llo imputa á propia sentenza e valora moi positivamente “a notable relevancia” das cuestións formuladas polo recorrente, que, en lugar de limitarse estritamente á consideración da nova regulación dos poderes de execución do tribunal, se abren aos problemas vinculados co modelo constitucional de Estado.

O terceiro e último dos límites do control da constitucionalidade da LORLOTC vén determinado por “que o lexislador [...] está constitucionalmente lexitimado para tomar todas aquelas medidas que, no marco caracterizado do pluralismo político, non vulneren os límites

que derivan da norma fundamental” (FX 3), de forma que os artigos 161.1 d), 162.2 e 165 CE lle confiren ao lexislador orgánico do Tribunal Constitucional “unha ampla habilitación para a determinación última dos distintos elementos que o configuran” (FX 10). Aínda que os dous límites anteriores ao alcance do seu xuízo de constitucionalidade da LOTC son importantes (carácter abstracto do xuízo de constitucionalidade; presunción de constitucionalidade), este terceiro supón afirmar claramente e sen rodeos que o lexislador orgánico goza dunha maior liberdade de configuración na LOTC que en calquera outra disposición normativa.

Este límite do xuízo de constitucionalidade da LORLOTC foi duramente criticado polos tres votos particulares formulados. Así, no seu voto particular, a maxistrada Asúa considera que, malia ser certo que a Constitución permite que se amplíe o elenco competencia principal do tribunal, as leis orgánicas que operen esta ampliación competencial non poden “lesionar os ámbitos competenciais constitucionalmente atribuídos a outros órganos, ou menoscabar o carácter propio do tribunal”. Neste sentido pronúncianse, así mesmo, o voto particular do maxistrado Valdés Dal-Ré, en que se critica a “laxitude con que a sentenza interpreta o ámbito atribuído constitucionalmente ao poder normativo do lexislador orgánico”, así como o voto particular do maxistrado Xiol Ríos, en que se afirma indubidablemente que o lexislador orgánico “conta coa mesma liberdade de configuración [dentro do límite da Constitución] para regular o Tribunal Constitucional que calquera outra institución”.

(ii) En canto aos resultados da súa actividade de control, o intérprete supremo recorda que o “control da Lei orgánica do tribunal debe limitarse aos supostos en que existe un conflito evidente e insalvable entre esta e o texto constitucional”, de sorte que realizar “un control máis intenso non só suporía debilitar a presunción de constitucionalidade de calquera norma aprobada polo lexislador democrático, senón que situaría o tribunal nunha posición que non se corresponde co papel que cumpre a reserva contida no artigo 165 CE para que sexa o lexislador quen, a través da Lei orgánica do Tribunal Constitucional, desenvolva directamente e con vocación de completitude o título IX CE, o desenvolvemento legal ao que este tribunal está integramente vinculado” (FX 4)“.

Esta consideración sobre o resultado da actividade de control foi duramente cuestionada polos votos particulares dos maxistrados Asúa e Xiol Ríos con argumentacións que non podemos máis que compartir.

De entrada, o voto particular da maxistrada Asúa afirma que, “fronte ao que parece insinuar a sentenza, non hai dous canons ou intensidades de control de constitucionalidade, un máis estrito para a Lei orgánica do Tribunal Constitucional e outro máis relaxado para as demais leis e normas de rango legal. Máis ben, cabería defender xustamente o contrario: que, en razón da función constitucional da Lei orgánica do Tribunal Constitucional e a posición institucional do Tribunal Constitucional, o control de inconstitucionalidade sobre a súa propia lei reguladora debe ser aínda máis exigente”. Formulacións que se atopan expresadas no voto particular do maxistrado Xiol Ríos, no cal non se consideran suficientes para limitar os resultados do xuízo de constitucionalidade os dous argumentos utilizados para iso pola maioría que sostén a sentenza: así, “a liberdade de configuración do poder lexislativo debe ser obxecto dun singular escrutinio por parte do Tribunal Constitucional nos casos en que a regulación recae sobre cuestións ou aspectos que inciden en materias sobre as que xa existe unha configuración previa por parte do poder constituínte, como acontece, paradigmaticamente, cos órganos constitucionais”. En segundo lugar, considera que a circunstancia de que o Tribunal Constitucional teña que autoaxui-

zar o respecto á súa configuración constitucional por parte do poder lexislativo non ha de limitar o seu xuízo de constitucionalidade, pois iso conduciría “a unha especie de submisión aos designios do poder lexislativo” polas dúbidas que poderían formularse sobre a súa imparcialidade”.

Afirmada con carácter previo esta doutrina sobre o alcance e os resultados do xuízo de constitucionalidade da reforma da LOTC axuzada, o tribunal pasa a desestimar os diferentes motivos, uns de tramitación, outros substantivos, en que o recorrente fundamenta a inconstitucionalidade da propia LORLOTC e dalgúns dos seus preceptos.

3.1.2 Desestimación dos motivos de inconstitucionalidade de orde procedementa

Con respecto aos motivos de inconstitucionalidade de orde formal, o recorrente considera que a tramitación da LORLOTC a través do procedemento de lectura única vulnerou o artigo 23 CE, así como o artigo 150.1 RC e o artigo 129.1 RS, dado que ningún dos requisitos necesarios para que poida tramitarse o procedemento de lectura única concorreron no caso en cuestión, consistentes, en esencia, en que “a natureza do texto o aconselle, ou que o permita a simplicidade da súa formulación”.

Neste sentido, considera o recorrente que a natureza da LORLOTC non aconsella a súa tramitación polo procedemento de lectura única, dado que “inclúe modificacións cunha relevancia constitucional fóra de discusión xa que afecta a aspectos esenciais relativos a un órgano constitucional”; así mesmo, entende a representación procesual do Goberno Vasco que de ningún xeito nos atopamos na LORLOTC ante un texto cuxa simplicidade de formulación permita a súa tramitación polo procedemento de lectura única, dado que as “modificacións introducidas pola reforma presentan unha complexidade técnica que exige a análise da propia posición institucional do Tribunal Constitucional e da natureza da xurisdición constitucional”.

Igualmente, o recorrente estima que a ausencia de consenso político de cara á tramitación da proposición de lei polo procedemento de lectura única habilitaría o tribunal para xulgar esta decisión do Pleno do Congreso dos Deputados, conforme a súa doutrina reiterada de que “o dito tribunal non debe sobrepor o seu xuízo ao das cámaras para depurar irregularidades de procedementos sobre decisións parlamentarias non enteiramente reguladas e que non levantaron no seu momento protesta ningunha en sede parlamentaria”.

Interesa aquí destacar, como tamén fai o Tribunal Constitucional, que os dous motivos aducidos de inconstitucionalidade formal da LORLOTC non aluden a que a decisión da súa tramitación polo procedemento de lectura única non fose adoptado polo Pleno do Congreso dos Deputados, por proposta da Mesa da Cámara, oída a Xunta de Voceiros; ou a que se tivese prescindido dalgún dos trámites do procedemento; ou, en fin, a que se tivese privado os deputados ou os grupos parlamentarios das facultades regulamentariamente previstas.

En relación co primeiro motivo de impugnación, o Tribunal Constitucional repróchalle de entrada ao recorrente a súa falta de colaboración coa xurisdición constitucional ao terse alegado a vulneración dos preceptos que regulan o procedemento de lectura única tanto no Congreso dos Deputados como no Senado, cando unicamente se seguiu este procedemento naquela cámara. A continuación o alto tribunal examina se, como sostén o recorrente, non concorre ningún dos requisitos exigidos polo artigo 150 RC, concluíndo que non lle corresponde ao propio tribunal substituír a vontade e o criterio de oportunidade da Mesa do Congreso dos Deputados ao propor a tramitación da proposición de lei polo procedemento en lectura única, nin a do

pleno de adoptar a dita decisión, todo iso en garantía do respecto á autonomía das cámaras sobre os procedementos que se desenvolven no seu seo.

A pesar desta consideración, o tribunal si descende a axuizar en concreto o cumprimento por parte da LORLOTIC dos dous requisitos exixidos estimando que a proposición de lei en exame podía perfectamente ser tramitada polo procedemento de lectura única, tanto pola súa natureza como pola súa simplicidade de formulación. En relación coa súa natureza, a sentenza argumenta que “a especial relevancia ou a transcendencia constitucional dun texto normativo, á luz do citado precepto regulamentario, non é incompatible coa súa tramitación polo procedemento en lectura única, nin suficiente por si mesma”, do que se deduce, *a contrario sensu*, que as modificacións de relevancia constitucional propias da LORLOTIC poden tramitarse mediante este procedemento. Con respecto á simplicidade da súa formulación, o tribunal entende cumprido este requisito, dado que a LORLOTIC “consta dun único artigo, con catro apartados, e unha disposición derradeira que modifican ou dan nova redacción parcial a catro artigos LOTC cunha estrutura e unha linguaxe, desde a perspectiva de calquera observador razoable, comprensibles, sinxelas e intelixibles, sen prexuízo da súa incidencia nunha materia de indubidable calado constitucional”.

En relación co segundo motivo de impugnación alegado, conclúe o tribunal que a falta de consenso entre os grupos parlamentarios non pode ser considerada como vicio formal da lei, xa que este consenso non é requirido para aprobar a tramitación da lei polo procedemento de urxencia (basta coa maioría simple) e dado que este nada ten que ver cos requisitos exixidos polo artigo 150.1 R.C.

Contra o criterio da maioría que sustenta esta desestimación dos motivos procesuais de impugnación da lei en exame non se formula obxección ningunha nos tres votos discrepantes.

3.1.3 Desestimación dos motivos de inconstitucionalidade de orde substantiva

3.1.3.1 Desestimación da vulneración do modelo de xustiza constitucional

O recorrente considera que as previsións do artigo 92.4.b) e c) e 5 LOTC son inconstitucionais por infracción dos artigos 161, 164 e 165, en relación co artigo 117.3 CE. En particular, a representación procesual do Goberno Vasco considera, de entrada, que os novos poderes de execución regulados nestes preceptos non se atopan amparados na habilitación do artigo 165 CE e que, en todo caso, as medidas introducidas por este precepto supoñen unha mutación do sistema constitucional deseñado polo constituínte na medida en que o alto tribunal pasa a ocupar unha posición de superioridade con respecto aos demais órganos constitucionais, xa que, en aplicación dos novos poderes de execución, o tribunal interfere nas súas actuacións e pode chegar a substituílos no exercicio dos seus poderes de decisión.

O tribunal considera desestimar ambas as dúas impugnacións (i) recordando o alcance da habilitación do artigo 165 CE e (ii) declarando que non existe contravención do modelo de Tribunal Constitucional previsto no título IX da CE.

(i) Con respecto a esta primeira cuestión, xa avanzada no FX 3 da sentenza en estudo á hora de trazar os límites do xuízo de constitucionalidade da LORLOTIC, o alto tribunal recorda que o título IX da CE non deseñou un modelo de xustiza constitucional pechado e petrificado, senón un modelo aberto que atopa a súa ancoraxe na reserva de lei do artigo 165 CE, “cuxa

amplitude e vocación de plenitude é manifestación da estreita relación que existe entre a norma suprema e a Lei orgánica do Tribunal Constitucional”, e constátase, en relación co sistema de designación dos maxistrados, a figura do presidente, os procesos constitucionais ou as persoas e os órganos lexitimados para acudir ao Tribunal Constitucional nos diferentes procesos constitucionais. Consecuentemente, o TC remata afirmando que “a regulación da execución das súas resolucións é materia que atopa cobertura na reserva de lei orgánica do artigo 165 CE, reserva a cuxa amplitude e vocación de plenitude xa nos referimos” (FX 9).

(ii) Admitido iso, o intérprete supremo da Constitución considera que non se produciu a desnaturalización de modelo de xustiza constitucional denunciado polo recorrente, dado que os novos poderes de execución atribuídos ao tribunal son instrumentos encamiñados única e exclusivamente a asegurar o cumprimento das súas resolucións e, por extensión, a garantir a supremacía de Constitución. Sendo iso así, non cabe deducir da nova regulación da LORLOTIC unha mutación da natureza do Tribunal Constitucional, pois estes novos poderes non implican de ningún xeito que o tribunal non siga posuíndo “a función xurisdiccional encomendada *ex constitutione* mediante o coñecemento dos procesos constitucionais atribuídos polo constituínte” (FX 10.a))”.

Disente diso o voto particular da maxistrada Asúa ao considerar con carácter xeral que a sentenza, a diferenza do que se afirma nela, non contén unha reflexión sobre o modelo de xustiza constitucional. Vindo ao caso concreto, afírmase neste voto particular que a argumentación da sentenza confunde a problemática de se o Tribunal Constitucional é titular da potestade de execución das súas resolucións, que evidentemente é incuestionable, coa de se as medidas con que o novo artigo 92.4 LOTC pretende garantir a execución son respectuosas da orde constitucional. Como consecuencia desta confusión –prosegue o voto particular– a sentenza predica a constitucionalidade dos poderes de execución impugnados unicamente porque son mera expresión do exercicio da potestade encomendada ao tribunal de executar as súas resolucións.

Esta crítica aparece, igualmente, no voto particular do maxistrado Valdés Dal-Ré, en que se expresa que esta forma de razoamento da sentenza recorre “a un bucle argumentativo: as medidas impugnadas son constitucionais xa que a súa finalidade, como é garantir a posición institucional do Tribunal Constitucional e a efectividade das súas decisións, ten un fundamento constitucionalmente lexítimo”.

3.1.3.2 Desestimación da vulneración do principio de legalidade penal

O recorrente considera que as medidas consideradas no artigo 92.4.b) e c) e 92.5 LOTC vulneran o artigo 161 CE en relación co artigo 25 CE, dado que a natureza destas non é de ningún xeito coercitiva ou cautelar, senón sancionadora e, consecuentemente, a indefinición na súa formulación conculcaría o principio de legalidade penal na súa dimensión de garantía criminal.

Sobre o carácter sancionador das medidas, o recorrente considera que a suspensión de funcións impediría as autoridades e os empregados públicos da Administración responsable do incumprimento da realización de ningunha actividade encamiñada a executar a resolución, o que demostra que a finalidade non é a execución da resolución xudicial, senón, pola contra, sancionar a conduta da dita autoridade. Consecuentemente, a formulación destas medidas mediante cláusulas abertas (“advertirse que puidese estar a ser incumplida”) e conceptos xurídicos indeterminados (“circunstancias de especial transcendencia constitucional”) descoñece as

exixencias de previsibilidade na definición das condutas e das sancións derivadas do principio de legalidade penal na súa vertente de garantía criminal.

A pesar de que o recorrente impugna as medidas dos artigos 92.4.b) e c) e 92.5 LOTC, o Tribunal Constitucional só resolve a impugnación dirixida á medida de suspensión nas súas funcións de autoridades ou empregados públicos prevista no artigo 94.2 b), dado que, segundo expresa no seu FX 12, a representación procesual do Goberno Vasco unicamente argumenta sobre o carácter punitivo desta última medida, sen que nada digan ao respecto en relación coas consideradas no artigo 92.4.c) e 92.5 LOTC.

Partindo da súa xurisprudencia ao respecto, sentada principalmente na STC 48/2003, do 12 de marzo, o tribunal considera que para determinar se unha consecuencia xurídica ten ou non carácter punitivo haberá que atender, ante todo, á función que ten encomendada no sistema xurídico, de sorte que unha medida presentará carácter penal ou administrativo sancionador cando con ela “se inflixe, á marxe da vontade reparadora, un prexuízo engadido co que se afecta o infractor no círculo dos bens e dereitos de que gozaba lícitamente” (FX 13). Polo tanto, o tribunal descarta, como sostén o recorrente, que a suspensión de funcións de autoridades presente carácter punitivo en razón a que medidas similares estean previstas como sanción na lexislación disciplinaria en materia de función pública ou como pena no Código penal ou en razón a que con elas se castigue os responsables do incumprimento antes de instar de novo ao seu cumprimento por aqueles. Moi ao contrario, o carácter sancionador da suspensión nas súas funcións das autoridades ou empregados públicos presentará carácter punitivo se non responde á súa finalidade de garantir a efectividade das resolucións do alto tribunal (FX 13).

Descendendo ao exame concreto da finalidade da medida cuestionada, o máximo garante da Constitución conclúe que esta non é outra que a de garantir a execución das resolucións do tribunal, pois coa remoción do funcionario público renitente ao cumprimento desta se persegue, primeira e primordialmente, “permitirlle ao tribunal adoptar as medidas necesarias e pertinentes en cada caso para garantir a súa efectividade”.

O voto particular da maxistrada Asúa critica que a sentenza se sirva exclusivamente do criterio da finalidade para axuizar o carácter sancionador da suspensión de funcións de autoridades ou empregados públicos e conclúe que esta non pode ser considerada de ningún xeito unha medida cautelar (dado que a potestade xurisdiccional de suspensión responde á necesidade de asegurar a efectividade dun pronunciamento futuro); nin de execución (pois non vai encamiñada de forma inmediata e directa a facer efectivo o contido da decisión dunha sentenza, e esta medida é descoñecida como medio de execución na nosa lexislación procesual). Polo tanto, sostén a maxistrada que a medida de suspensión de autoridades ou empregados públicos consiste en “reacción correctora de carácter individualizado ante un suposto de incumprimento dunha resolución xurisdiccional” que presenta a “finalidade represiva, retributiva ou de castigo” que caracteriza as medidas sancionadoras “por negarse a cumprir ou non facilitar un determinado cumprimento”.

O voto particular do maxistrado Xiol Ríos abunda nestas formulacións ao recordar que os debates parlamentarios demostran claramente a intención de dotar dunha natureza materialmente sancionadora estas medidas e conclúe que tería sido desexable “unha posición deste tribunal máis exixente e contundente en canto ao establecemento de límites claros para a súa aplicación”, de forma que se tivese condicionado a súa aplicabilidade, polo menos, ás exixencias seguintes: “(i) que o incumprimento recaese nunha obriga de facer; (ii) que a súa exclusiva

finalidade fose a de posibilitar que un substituto puidese adoptar as decisións necesarias para a execución da resolución constitucional que estivese sendo incumplida; e, en conexión con iso, (iii) que a suspensión o fose exclusivamente en relación con esa concreta función para a que deba ser substituído; e (iv) polo tempo estritamente preciso para que o substituto puidese desenvolver ese labor”.

3.1.3.3 Desestimación da vulneración dos artigos 2, 143 e 155 CE

O recorrente aduce como outro dos motivos de inconstitucionalidade das medidas reguladas nos artigos 92.4.b), 92.4.c) e 92.5 a vulneración dos artigos 155, 2 e 143 CE. Neste sentido, sostén o Goberno Vasco que tanto a suspensión nas súas funcións dos funcionarios públicos autonómicos do 92.4.b) como a execución substitutoria do 92.4.c) e o incidente de execución de resolucións que acordan a suspensión de disposicións impugnadas do artigo 92.5 LOTC contraveñen o artigo 155 CE e o artigo 143. Dado que as tres medidas impugnadas son medidas previstas no artigo 155, a súa imposición vía poderes de execución do tribunal estaría conculcando este precepto. Ademais, no caso da execución substitutoria co auxilio do Goberno da nación, o artigo 92.4.c) habilitaría o Goberno para substituír a Comunidade Autónoma, permitindo así unha inxerencia clara na autonomía política das comunidades autónomas, sen respectar as previsións e precisións dos artigos 2 e 155 CE.

Con respecto á primeira tachada de inconstitucionalidade predicada de todas as medidas impugnadas –as recollidas nos artigos 92.4.b), 92.4.c) e 92.5 LOTC–, o Tribunal Constitucional considera que tales medidas non poden ser consideradas de ningún xeito como equivalentes ás previstas polo artigo 155 CE, xa que “teñen un diferente título lexitimador”. No caso das medidas establecidas no artigo 155 CE, este “título lexitimador” é o incumprimento por unha Comunidade Autónoma das “obrigas que a Constitución ou outras leis lle imponían” ou o desenvolvemento da súa actuación “de forma que atente gravemente ao interese xeral de España”; pola contra, o “título lexitimador” das medidas da LORLOTIC é “garantir a efectividade e o cumprimento das súas resolucións”.

Incorre aquí o Tribunal Constitucional no erro evidente de descoñecer que ambos os dous títulos lexitimadores poden coincidir, pois en abstracto non é posible descartar que o cumprimento das súas resolucións sexa impedido por unha Comunidade Autónoma en flagrante incumprimento da obriga constitucional prevista no artigo 164 CE.

En relación coa segunda tachada de inconstitucionalidade –dirixida neste caso unicamente contra a execución substitutoria do artigo 92.4.c–), o Tribunal Constitucional considera que a execución substitutoria non implica necesariamente a substitución da Comunidade Autónoma polo Estado no exercicio das súas competencias. Fundamenta o seu parecer o alto tribunal en dous argumentos:

Como primeiro deles, recorda o Tribunal Constitucional que o título lexitimador da execución substitutoria non é en ningún caso un suposto título competencial do Estado, senón o aseguramento da efectividade das resolucións do Tribunal Constitucional, que será o órgano que decida a intervención do Goberno da nación na execución substitutoria. Consecuentemente –prosegue o Tribunal– a intervención do Goberno na execución substitutoria responde a un fin constitucionalmente lexitimo e esta só pode adoptarse unha vez constatada a vontade deliberada e persistente de incumplir a resolución por quen está obrigado ao seu cumprimento.

Engade o alto tribunal a este primeiro argumento outro segundo conforme o cal unicamente se poderá recorrer á execución substitutoria cando poida resultar unha medida de execución idónea e procedente e, en todo caso, a súa aplicación “debe cohonestarse e respectar sempre as previsións constitucionais e nunca poderán dar lugar á alteración da posición institucional do Estado e das comunidades autónomas” (FX 17).

O maxistrado Valdés Dal-Ré considera no seu voto particular que existe un “inadmisíbel solapamento” entre o artigo 155 CE e a execución substitutoria do artigo 92.4 c), para o cal realiza unha análise do “verdadeiro núcleo de aplicación” desta última medida que o leva a concluír que “ten como finalidade substituír as institucións ou autoridades dos poderes executivos das comunidades autónomas (i) que incumpran unha obriga de facer contida na decisión dunha resolución do Tribunal Constitucional ditada nun conflito de competencia ou nunha impugnación do título V LOTC, (ii) que exceda os límites habituais das controversias dirimidas ante o tribunal (ou, se se prefire, que revista caracteres de especial gravidade ou transcendencia constitucional) e (iii) que non dea lugar “á alteración da posición institucional do Estado e das comunidades autónomas” [FX 17.b)]”. Sendo iso así, prodúcese pois un “inconstitucional solapamento da execución substitutoria así concibida co artigo 155 CE”.

Pola súa banda, o voto particular do maxistrado Xiol Ríos sostén, na liña do voto particular do maxistrado Valdés Dal-Ré, que, efectivamente, existe un solapamento entre o artigo 155 CE e o reformado da LORLOTC que supón unha “alteración do modelo constitucional de control do artigo 155 CE pola regulación da execución substitutoria establecida no artigo 92.4.c) LOTC”. Iso é así, continúa, porque “o modelo do artigo 155 CE toma como base a idea de que o conflito ha de ser resolto, *prima facie*, por instancias políticas; e, pola contra, o do lexislador orgánico na Lei orgánica do Tribunal Constitucional está presidido pola idea da xurisdiccionalización da reacción estatal por medio do Tribunal Constitucional”.

Debemos destacar que este último voto particular se atopa na liña do que vimos sostendo neste traballo e é que, coa reforma da LORLOTC, o Tribunal Constitucional se incorporou á defensa extraordinaria do Estado a asumir as funcións que lle corresponden nesta última aos órganos políticos. E iso débese ao feito de que o voto particular do maxistrado Xiol Ríos analiza as medidas da LORLOTC tendo presente “a conexión da norma impugnada coa situación en Cataluña”, pois “o labor dun Tribunal Constitucional non pode facerse eludindo o contexto socio-político en que se desenvolve a lexislación cuxa constitucionalidade ten a obriga de axuizar cando é requirido para iso”. Adopta, pois, este voto particular a perspectiva política ou politolóxica que está presente inevitablemente en toda resolución do Tribunal Constitucional, tal como comentamos no punto 2.1.1 deste traballo.

3.2 A constitucionalidade da LORLOTC na STC 215/2016, do 15 de decembro

O segundo dos pronunciamentos que avala a constitucionalidade da LORLOTC contense, como sabemos, na STC 215/2016, do 15 de decembro, que resolve o recurso de inconstitucionalidade n. 7466/2015, interposto polo Goberno catalán contra a LORLOTC no seu conxunto por ter incorrido en vicios procedementais na súa tramitación nas Cortes Xerais, así como contra dúas das medidas que pode adoptar o Tribunal Constitucional no incidente de execución de sentenzas (a suspensión de funcións das autoridades ou empregados públicos e a execución substitutoria coa colaboración do Goberno da nación –letras b) e c) do apartado 4 do artigo

92-) e contra o incidente de execución de resolucións que acordan a suspensión de disposicións impugnadas ante o Tribunal Constitucional (apartado 5 do artigo 92).

O recurso de inconstitucionalidade promovido polo Goberno da Generalitat (n. 7466/2015) e que é resolto pola STC en exame é diferente do presentado polo Goberno Vasco (n. 229/2016), tanto na súa (i) estrutura, como (ii) nos preceptos da LORLOTC recorridos, como en (iii) os motivos de impugnación alegados:

(i) Con respecto á súa estrutura interna, o recurso do Goberno catalán, a diferenza do que presenta o Goberno Vasco, estrutúrase en función dos preceptos impugnados da LORLOTC, e non segundo os motivos de inconstitucionalidade en que eventualmente poderían incurrir os preceptos dos cales se pretende a súa declaración de inconstitucionalidade.

(ii) En canto aos preceptos da LORLOTC impugnados, o recurso de inconstitucionalidade n. 7466/2015 diríxese contra un dos novos poderes de execución do Tribunal Constitucional non controvertido no recurso do Goberno Vasco: a multa coercitiva do artigo 92.4.a).

Coinciden ambos os dous recursos en impugnar o procedemento seguido nas Cortes Xerais para a aprobación da LORLOTC, así como a suspensión de funcións de autoridades e empregados públicos do artigo 92.4.b), a execución substitutoria co Goberno da nación do artigo 92.4.c) da LORLOTC e o procedemento previsto no artigo 92.5 LOTC.

(iii) En canto aos motivos de inconstitucionalidade referidos aos preceptos cuestionados por ambos os dous recursos, debemos sinalar que coincide parcialmente o recurso de inconstitucionalidade do Goberno catalán co promovido polo Goberno Vasco na impugnación da LORLOTC por vicios formais na súa tramitación, na medida en que aquel aduce todos os alegados por este, e engade, ademais, a eventual vulneración do artigo 23 CE pola declaración de urxencia para a tramitación da LORLOTC tanto no Congreso como no Senado.

En relación coa impugnación da execución substitutoria do artigo 92.4.c) da LOTC, o recurso do Goberno catalán alega a infracción dos principios da imparcialidade do xulgador e igualdade procesual (artigos 161 e 165 CE), así como a vulneración da autonomía parlamentaria (artigo 72 CE), da independencia xudicial (artigo 117.1 CE) e da autonomía política (artigo 137 CE), mentres que, pola súa banda, o recurso do Goberno Vasco alega a alteración do sistema de controis do Estado sobre as comunidades autónomas (artigos 142 e 155 CE) e a substitución da Comunidade Autónoma polo Estado no exercicio das súas competencias (artigos 2 e 155 CE).

Con respecto á impugnación do incidente de execución de resolucións que acordan a suspensión de disposicións impugnadas do artigo 92.5 LOTC, o recurso do Goberno catalán considera conculcados o principio de igualdade procesual e a autonomía política das CC. AA. recoñecida nos artigos 9.3, 25, 137, 153, 161.1 e 2 e 165 CE, mentres que o do Goberno Vasco considera vulnerado o sistema de controis do Estado sobre as comunidades resultante dos artigos 2, 143 e 155 CE.

Por último, e en canto á impugnación dirixida á suspensión de funcións de autoridades ou empregados públicos, tanto o recurso do Goberno da Generalitat como o do Goberno Vasco alegan a infracción do principio de legalidade penal.

Centrándonos na análise da STC 215/2016, do 15 de decembro, a súa estrutura é parcialmente coincidente coa da anterior STC 185/2016. En primeiro lugar, porque ambas as dúas, antes de resolver as alegacións presentadas nos respectivos recursos de inconstitucionalidade, realizan consideracións sobre a singularidade que presenta o xuízo de constitucionalidade da propia LOTC, ben que tales consideracións non son plenamente coincidentes –como adverti-

mos anteriormente—. En segundo lugar, tanto a STC 215/2016, como a anterior STC 185/2016, resollen os motivos de inconstitucionalidade alegados polo recorrente, distinguindo, igualmente, entre os que son de natureza formal ou de tramitación e aqueles outros que son de carácter material ou substantivo.

Non obstante, dado que o recurso de inconstitucionalidade do Goberno da Generalitat se estrutura segundo os preceptos impugnados, os fundamentos xurídicos que resollen o recurso organízanse en atención dos preceptos impugnados, e non en función das tachas de inconstitucionalidade alegadas polo recorrente.

En calquera caso, as tachas de inconstitucionalidade de carácter formal son examinadas nos FX 4 e 5, mentres que as de natureza material o son nos FX 6 a 14. En concreto, o FX 6 recorda a doutrina sobre os poderes de execución do Tribunal Constitucional sentada na STC 185/2016; os FX 7 e 8 resollen a pretendida inconstitucionalidade da nova regulación da multa coercitiva do artigo 92.4.a) LOTC por vulneración do principio de legalidade penal; os FX 9 e 10 dedícanse á suspensión de funcións de autoridades ou empregados públicos do artigo 92.4.b) LOTC por violación, así mesmo, do principio de legalidade penal; os FX 11 e 12 analizan a conformidade coa Constitución da regulación da execución substitutoria; e, por último, os FX 13, 14 e 15 desestiman a pretendida inconstitucionalidade do procedemento do artigo 92.5 LOTC por vulneración dos artigos 9.3, 25, 137, 153, 161.1 e 2 e 165 CE.

En relación co contido da STC 215/2016, debemos recordar que nesta achamos continuas remisións á xurisprudencia sentada na STC 185/2016, fundamentalmente no FX 6, en que se recorda a doutrina sobre os poderes de execución sentada nesta última STC.

Igual que en relación coa STC 185/2015, fórmulanse tres votos particulares contra a STC 215/2015, os cales veñen subscritos, respectivamente, pola maxistrada dona Adela Asúa Batarrita, polo maxistrado don Fernando Valdés Dal-Ré e polo maxistrado don Juan Antonio Xiol Ríos. Os dous primeiros votos particulares consisten, en esencia, na remisión aos correspondentes votos particulares formulados por cada un dos maxistrados á STC 185/2016. Non obstante, o voto particular do maxistrado don Fernando Valdés Dal-Ré non consiste nunha remisión na súa totalidade ao formulado á STC 185/2016, senón na reprodución dalgún dos seus puntos (puntos 9 a 11 con relación á decisión de pospor a análise do recurso de inconstitucionalidade formulado pola Generalitat de Cataluña ao promovido polo Goberno Vasco; puntos 12 a 15 sobre o carácter materialmente sancionador da suspensión de funcións das autoridades ou empregados públicos do artigo 92.4.b) LOTC; e puntos 16 a 20 en relación coa alteración do modelo constitucional de control do artigo 155 CE pola regulación da execución substitutoria establecida no artigo 92.4.c) LOTC). Malia iso, este voto particular contén unha argumentación específica arredor do desuso da doutrina establecida na STC 49/2008, FX 4, sobre a debilitación do control de constitucionalidade que debe exercerse sobre a LOTC.

Dado que a estrutura da STC 215/2016 é diferente da propia da STC 185/2016, consideramos conveniente examinala segundo os preceptos impugnados en lugar de en función dos motivos de inconstitucionalidade alegados polo Goberno da Generalitat de Cataluña. A única excepción realizarémola en relación coa desestimación da inconstitucionalidade da LORLOTIC baseada en vicios de orde formal na súa tramitación. Engadamos, así mesmo, que en todo o que coincida a STC 215/2016 coa anterior STC 185/2016 realizaremos a conveniente remisión ao punto 2 deste traballo.

3.2.1 Desestimación dos motivos de inconstitucionalidade de orde procedementa

O recurso de inconstitucionalidade promovido polo Goberno da Generalitat impugna a LORLOTC aducindo como primeiro motivo de inconstitucionalidade, igual que no recurso de inconstitucionalidade n. 229/2016, que a súa tramitación parlamentaria urxente e en lectura única vulnerou o artigo 150 RCD e os dereitos fundamentais que aos deputados lles recoñece o artigo 23 CE. A representación procesual do Goberno da Generalitat engade aos argumentos aducidos polo Goberno Vasco no seu recurso de inconstitucionalidade que a declaración de urxencia vulnera o dereito fundamental dos deputados ao *ius in officium recoñecido no artigo 23 CE* e alterou de forma substancial o proceso de formación da vontade da cámara.

O Tribunal Constitucional desestimou este motivo de inconstitucionalidade afirmando ao respecto que os avogados do Goberno da Generalitat “non concretan en aspecto ningún nin acreditan de ningún modo” que a redución dos prazos de tramitación da declaración de urxencia impedisese ou limitábase as facultades dos deputados ou alterábase notablemente a formación da vontade da cámara.

3.2.2 Desestimación da inconstitucionalidade dos preceptos impugnados da LOTC

3.2.2.1 Desestimación da inconstitucionalidade da multa coercitiva do artigo 92.4.a) da LOTC por vulneración do principio de legalidade penal

Como adiantamos con anterioridade, os FX 7 a 10 entenden que non se vulnerou o principio de legalidade penal na regulación das multas coercitivas (FX 7 e 8) e na suspensión de funcións das autoridades ou empregados públicos (FX 9 e 10). Con respecto a esta última cuestión, os FX 9 e 10 resollen este motivo de inconstitucionalidade a partir da xurisprudencia sentada na STC 185/2016, á que remiten. Consecuentemente, centrarémonos na impugnación da regulación da multa coercitiva prevista no artigo 92.4.a) da LOTC.

Alega o recorrente que as multas coercitivas teñen un indubidable carácter sancionador dado o seu excesivo e desproporcionado importe. Engade, igualmente, que non existe parámetro de gradación destas nin se estableceu regulación ningunha dos prazos para reiteralas, nin existe posibilidade de revisión ante outro órgano xurisdiccional, polo que considera que as multas coercitivas vulnerarían o principio de legalidade penal e o principio de seguridade xurídica.

O alto tribunal recorda que as multas coercitivas veñen recollidas desde a redacción orixinal da LOTC entre as medidas que pode adoptar nos supostos de incumprimento das súas resolucións e que a reforma introducida pola LORLOTC as prevé “cunha configuración substancialmente similar á que tiñan na anterior redacción da Lei orgánica do Tribunal Constitucional [...], aínda que sitúa o seu importe entre os 3.000 e os 30.000 €”. Continúa neste sentido argumentando o garante da norma fundamental que esta medida se impón como coerción ou estímulo para o cumprimento dun deber xurídico e non cunha finalidade represiva ou retributiva pola realización dunha conduta antixurídica, polo que non pode ser entendida como unha medida sancionadora en sentido propio. Sentada esta súa natureza, engade o Tribunal Constitucional que este carácter non sancionador non pode ser alterado porque se considere excesiva ou desproporcionada a súa contía como consecuencia da reforma operada pola LORLOTC.

Completa a súa argumentación o Tribunal Constitucional recordando que o feito de que as resolucións ditadas polo Tribunal Constitucional en que se impoñan multas coercitivas non sexan susceptibles de impugnación é consecuencia da condición do propio Tribunal Constitucional como único na súa orde.

3.2.2.2 Desestimación da inconstitucionalidade da execución substitutoria do artigo 92.4.c) da LOTC por vulneración dos artigos 137, 153, 161.1 e 164 CE

O recorrente considera que a execución substitutoria vulnera os principios de imparcialidade do xulgador e igualdade procesual dos artigos 161.1 e 164 CE ao prever que esta se realice con colaboración unicamente do Goberno da nación, con exclusión doutros órganos ou administracións públicas, mesmo en supostos en que pode ser parte no proceso constitucional.

En segundo lugar, alega o recorrente que a aplicación da execución substitutoria vulnera, no suposto de que se aplique a calquera dos parlamentos, a autonomía parlamentaria; no caso de que se aplique a xuíces e maxistrados, a independencia xudicial; e no suposto de que se aplique substitución das comunidades autónomas, a autonomía recoñecida no artigo 137 CE e ao sistema constitucional de distribución de competencias.

Con respecto á primeira alegación, a STC 215/2016 recorda que, se ben o artigo 92.4.c) unicamente menciona o Goberno da nación, iso non implica que o Tribunal Constitucional poida solicitar o auxilio xurisdiccional de calquera poder público en aplicación do artigo 92.2 LOTC.

A segunda alegación é desestimada polo Tribunal Constitucional fundamentándose na xurisprudencia sentada sobre esta medida de execución forzosa na STC 185/2016, segundo a cal a finalidade desta medida non é conculcar a autonomía parlamentaria, nin a independencia xudicial, senón tan só a garantía da efectividade e cumprimento das resolucións do Tribunal Constitucional". Especificamente refírese a sentenza á eventual infracción da autonomía política das comunidades autónomas e da repartición de competencias establecida no artigo 137 CE, concluíndose que a execución substitutoria non implica que o Estado substitúa a Comunidade Autónoma no exercicio das súas competencias por idénticos argumentos que os utilizados na STC 185/2016, do 3 de novembro, e que analizamos no punto 3.1.3.3 deste traballo.

3.2.2.3 Desestimación da inconstitucionalidade do incidente de execución de resolucións que acordan a suspensión de disposicións impugnadas do artigo 92.5 LOTC

Os FX 13 a 15 da sentenza en exame analizan a constitucionalidade do procedemento recollido no artigo 92.5 LOTC. Sostén a representación procesual da Generalitat de Cataluña, dun lado, que este precepto vulnera os artigos 161 e 165 CE ao privar as comunidades autónomas da facultade de solicitar do Tribunal Constitucional a adopción das medidas nel previstas cando a suspensión recaía sobre disposicións ou actos do Estado ou doutra Comunidade Autónoma. Doutro lado, o recorrente estima que se vulnera o artigo 165 CE ao prever o artigo 92.5 LOTC que o Tribunal Constitucional poida definir liberrimamente cando concorren circunstancias extraordinarias de transcendencia, así como acordar incondicionada e ilimitadamente calquera tipo de medida para asegurar a suspensión das disposicións impugnadas.

Con respecto ao primeiro motivo de impugnación, o Tribunal Constitucional considera que a posición privilexiada do Goberno da nación en incidente do artigo 92.5 trae causa en último termo

da prerrogativa conferida a este polo artigo 161.2 CE, sen que, en todo caso, a nova regulación supoña un fortalecemento da dita prerrogativa. Recorda o tribunal que, en todo caso, a participación das comunidades autónomas está prevista na súa condición de parte no incidente de execución.

En relación coa suposta liberdade para apreciar a concorrencia de circunstancias de especial transcendencia constitucional, o tribunal considera que, efectivamente, existe unha “marxe de apreciación” que está xustificada dado que a Constitución non veda o uso de conceptos xurídicos indeterminados e, dada a pluralidade de supostos de feitos imaxinables e as distintas e cambiantes situacións que poidan darse, xustifícanse razoablemente. Non obstante, continúa o tribunal a súa argumentación recordando que esta marxe de apreciación non pode confundirse con arbitrariedade citando algúns supostos que constitúen “circunstancias de especial transcendencia constitucional” entre os que se atoparían sen ningún xénero de dúbidas “a declaración de soberanía e do dereito de decidir do pobo dunha Comunidade Autónoma (ATC 156/2013, do 11 de xullo, FX 2)”, ou a defensa da integridade da Constitución ou, en fin, a iniciación dun proceso de reforma constitucional (AATC 182/2015, do 3 de novembro, FX 4, e 186/2015, do 3 de novembro, FX 3)”.

Por último, e en relación coa posibilidade de que o tribunal adopte calquera tipo de medida para asegurar a suspensión das disposicións impugnadas, a STC en estudo lembra que o tribunal só pode adoptar as “medidas necesarias” ao respecto, entendendo por tales aquelas que poidan resultar idóneas para garantir a efectividade e a execución das resolucións de suspensión.

4 BIBLIOGRAFÍA

- Almagro Nosete, J. 1989. «Comentario al artículo 87»; «Comentario al artículo 92», en J. Almagro Nosete e P. Saavedra Gallor, *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Almeida Cerredá, M. 2016. «El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español», *Istituzioni del Federalismo*, 391.
- Arzo Santisteban, X. 2016. «Los poderes de ejecución de los Tribunales Constitucionales alemán y austriaco», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36 (108).
- Cano Mata, A. 1986. «Comentario al artículo ochenta y siete»; «Comentario al artículo noventa y dos», en A. Cano Mata, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: EDESA.
- Cruz Villalón, P. 1984. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos.
- Garrorena Morales, A. 1981. «La Sentencia constitucional», *Revista de Derecho Político*, 11.
- Gómez Amigo, L. 1998. *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*. Cizur Menor: Aranzadi.
- González Pérez, J. 1980. *Derecho procesal constitucional*. Madrid: Civitas.
- Huelin Martínez de Velasco, J. 2001. «Artículo 87», en J.L. Requejo Pagés (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional-BOE.
- López Guerra, L. e Espín Templado, E. 2004. *La defensa del Estado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pulido Quecedo, M. 2007. «Comentario al artículo 87»; «Comentario al artículo 92», en M. Pulido Quecedo, *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional anotada con jurisprudencia*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.
- Salas, J. e Palomino, V. 1987. «La ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional (Especial referencia a las relativas a la Administración)», *Documentación Administrativa*, 209.
- Tur Ausina, R. 2008. *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional. Efectividad del amparo tras la sentencia estimatoria*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VV.AA. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional 1986. *La sentencia de amparo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- VV.AA. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional 1998. *La sentencia en los conflictos constitucionales de competencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Villaverde Menéndez, I. 2016. «Cumplir o executar. La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional y su reciente reforma», *Teoría y Realidad Constitucional*, 38.

NOTAS

- 1 Arzoz Santisteban, 2016: 13-49.
- 2 Huelin Martínez de Velasco, 2001. Tamén é preclaro ao respecto González Pérez, quen afirma o seguinte: “en canto o Tribunal Constitucional é xurisdiccional, dentro do ámbito da súa xurisdición vulgará e fará executar o xulgado”. Prosegue, así mesmo, declarando que “é incuestionable, como se sinalou, que o Tribunal Constitucional, no exercicio da función xurisdiccional atribuída pola propia Constitución, ten competencia para adoptar as medidas axeitadas para “facer executar o xulgado”. González Pérez, 1980: 224 e 226.
- 3 Antes da entrada en vigor da LO 15/2015, o tema da execución das resolucións do Tribunal Constitucional fora estudado nas seguintes obras: Cano Mata, 1986; Salas, Palomino, 1987: 89-118; Almagro Nosete, 1989; Pulido Quecedo, 2007.
- 4 Garrarena Morales, 1981: 8; VV.AA., 1986; VV.AA., 1998; Gómez Amigo, 1998.
- 5 *Vid.*, ao respecto: Almeida Cerredá, 2016: 163-189; Villaverde Menéndez, 2016: 643-682.
- 6 Garrarena Morales, 1981: 8.
- 7 Non só o preámbulo da LORLOTC alude implicitamente á situación socio-política que atravesa España, senón tamén o seu propio articulado ao regular o incidente de execución de resolucións que acordan a suspensión de disposicións impugnadas en atención á concorrencia de circunstancias de “especial transcendencia constitucional” (art. 92.5 LOTC).
- 8 Almeida Cerredá, 2016: 165.
- 9 Recordemos que a Constitución española do 27 de decembro de 1978, a diferenza de numerosas constitucións do seu ámbito xurídico-político, non contén ningunha cláusula de intanxibilidade, de forma que calquera decisión constitucional fundamental contida nela, inclusive a indisoluble unidade da nación española (art. 2), pode ser validamente modificada, sempre e cando se observen os procedementos previstos para a reforma constitucional no propio título X da Constitución, concretamente no seu artigo 168. Consecuentemente, a Constitución permite, *a contrario sensu*, a cesión de calquera parte de España, aínda que somete o seu exercicio ás previsións e precisións establecidas para o exercicio da reforma constitucional.
- 10 *Vid.*, ao respecto, o seguinte enlace coa noticia xornalística <http://www.elperiodico.com/es/videos/politica/xavier-garcia-albiol-acabo-broma/3507314.shtml> (14-2-2017).
- 11 *Vid.*, ao respecto, Cruz Villalón, 1984. Asimismo, López Guerra, Espín Templado, 2004.
- 12 Almeida Cerredá, 2016: 167.
- 13 O iter da tramitación da LORLOTC no Congreso dos Deputados foi o seguinte: BOCG. Congreso dos Deputados N. B-237-1 do 04-09-2015, iniciativa; BOCG. Congreso dos Deputados N. B-237-2 do 17-09-2015, Acordo subseguinte á toma en consideración; BOCG. Congreso dos Deputados N. B-237-2 do 17-09-2015, tramitación polo procedemento de lectura única; BOCG. Congreso dos Deputados N. B-237-2 de 17-09-2015, toma en consideración; BOCG. Congreso dos Deputados N. B-237-3 de 29-09-2015, emendas; BOCG. Congreso dos Deputados N. B-237-4 de 06-10-2015, aprobación polo pleno; BOCG. Senado N. 607_4178 (apartado I) do 02-10-2015, texto remitido polo Congreso dos Deputados; Ds. Congreso dos Deputados N. 306 de 16-09-2015, Debate de toma en consideración e Ds. Congreso dos Deputados N. 309 de 01-10-2015, aprobación en lectura única.
- 14 O iter da tramitación da LORLOTC no Senado foi o seguinte: *vide*: BOCG Senado N. 611 _ 4190 (apartado I) do 13-10-2015, propostas de veto; BOCG. Senado N. 611 _ 4191 (apartado I) do 13-10-2015, emendas; BOCG. Senado N. 613 _ 4204 (apartado I) do 15-10-2015, votos particulares; BOCG. Senado N. 613 _ 4209 (apartado I) do 15-10-2015, informe do relatorio; BOCG. Senado N. 613 _ 4213 (apartado I) do 15-10-2015, Ditame da Comisión; BOCG. Senado N. 615 _ 4233 (apartado I) do 19-10-2015, texto aprobado polo Senado; Ds. Senado N. 534 do 29-09-2015, Senado - Comisión Constitucional; Ds. Senado N. 541 de 13-10-2015, Senado - Comisión Constitucional e Ds. Senado N. 178 de 15-10-2015, Senado - Pleno.
- 15 Os resultados no Congreso dos Deputados foron os seguintes. Votos afirmativos, 181 (deputados do PP e do Grupo Mixto); votos negativos, 133 (deputados do PSOE, CiU, PNV, UPYD, IU, Grupo Mixto); abstencións: 1 (deputado do Grupo Mixto).
- 16 *Vid.*, ao respecto, Tur Ausina, 2008.
- 17 Villaverde Menéndez, 2016: 649.
- 18 Villaverde Menéndez, 2016: 649.
- 19 Almeida Cerredá, 2016: 176.
- 20 Almeida Cerredá, 2016: 176.
- 21 A STC 49/2008, do 9 de maio, desestima o recurso de inconstitucionalidade n. 6729-2007, interposto por máis de cincuenta deputados do Grupo Popular do Congreso dos Deputados contra o artigo único, apartados seis e sete, da Lei orgánica 6/2007, do 24 de maio, pola que se modifica a Lei orgánica 2/1979, do 3 de outubro, do Tribunal Constitucional, polo cal se habilita a participación dos parlamentos territoriais na designación por parte do Senado dos catro maxistrados do Tribunal Constitucional que lle corresponde segundo o artigo 159.1 CE.
- 22 A STC 118/2016, do 23 de xuño, resolve os recursos de inconstitucionalidade n. 3443/2010, n. 4138/2010, n. 4223-2010 e n. 4224-2010, promovidos polo Consello de Goberno da Comunidade Autónoma da Rioxa, o Parlamento da Rioxa, o Consello de Goberno da Comunidade Autónoma de Castela e León e as Cortes de Castela e León, respectivamente, respecto da Lei orgánica 1/2010, do 19 de febreiro, de modificación das leis orgánicas do Tribunal Constitucional e do poder xudicial, pola cal se lle atribúe ao Tribunal Constitucional o coñecemento dos recursos interpostos contra as normas forais fiscais dos territorios de Árabá, Guipúscoa e Biscaia, ditas no exercicio das súas competencias exclusivas garantidas pola disposición adicional primeira da Constitución e recoñecidas no artigo 41.2.a) do Estatuto de autonomía para o País Vasco.

A reforma dos regulamentos parlamentarios como instrumento para a rexeneración democrática

La reforma de los reglamentos parlamentarios como instrumento para la regeneración democrática

The reform of parliamentary regulations as an instrument for democratic regeneration



GERMÁN M. TERUEL LOZANO

Profesor axudante doutor de Dereito Constitucional
Universidade de Murcia (España)
germanmanuel.teruel@um.es

Recibido: 09/03/2017 | Aceptado: 30/05/2017

Resumo: Este traballo presenta a posibilidade de introducir mecanismos a través da reforma dos regulamentos parlamentarios co obxecto de dinamizar o funcionamento do Parlamento, en particular na súa función lexislativa e de control ao Goberno. Estudaranse instrumentos para reforzar a posición individual dos parlamentarios e das minorías políticas. Así mesmo, formularase como mellorar a participación cidadá nos procedementos parlamentarios.

Palabras clave: regulamentos parlamentarios, Parlamento, función lexislativa, control ao Goberno, rexeneración democrática.

Resumen: Este trabajo plantea la posibilidad de introducir mecanismos a través de la reforma de los reglamentos parlamentarios con el objeto de dinamizar el funcionamiento del Parlamento, en particular en su función legislativa y de control al Gobierno. Se estudiarán instrumentos para reforzar la posición individual de los parlamentarios y de las minorías políticas. Asimismo, se planteará cómo mejorar la participación ciudadana en los procedimientos parlamentarios.

Palabras clave: reglamentos parlamentarios, Parlamento, función legislativa, control al Gobierno, regeneración democrática.

Abstract: This paper raises the possibility of introducing mechanisms to invigorate the functioning of the Parliament, through the reform of its Regulation. Particulary, both the legislative and the control the government functions will be considered. Instruments to reinforce the individual position of parliamentarians and political minorities will be studied. Likewise, the paper will consider how to improve citizen participation in parliamentary procedures.

Key words: Regulation of the Parliament, Parliament, Legislative function, control the government, democratic regeneration.

Sumario: 1 Introducción. 2 A revitalización do Parlamento e dos parlamentarios individuais na súa dimensión como contrapoder. 2.1 Reforzar a posición individual do parlamentario. 2.2 Incorporar mecanismos

preferentes de control parlamentario a favor da oposición. 3 Participación cidadá nas funcións do Parlamento para unha rexeneración política. 3.1 Mellora da participación cidadá na función lexislativa. 3.2 Posibilidades de participación cidadá no control parlamentario ao Goberno e na dirección política. 4 Conclusión. 5 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

A Constitución española de 1978 reconece como forma de Estado a do Estado democrático e autonómico (arts. 1.1 e 2 CE), e como forma de goberno a monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE)¹. Iso sitúa o Parlamento, no caso español bautizado como Cortes Xerais, na posición central do taboleiro político. Estas “representan o pobo español” (art. 66.1 CE) e delas vai derivar a confianza do propio Goberno (art. 99 CE), a cuxo control e fiscalización queda sometido (art. 66.2 CE), o cal exige un notable dinamismo no funcionamento do sistema político e un continuo equilibrio entre poderes e contrapoderes institucionais e sociais.

Non obstante, a “fatiga do parlamentarismo” que observara o propio Kelsen é evidente hoxe en día². Pode concluírse, con Tajadura Tejada, que nos atopamos “cunha forma de goberno parlamentaria excesivamente racionalizada e unha organización interna das súas cámaras tamén moi determinada pola importancia dos grupos parlamentarios como suxeitos políticos centrais, [que] fixeron que o Parlamento quede en mans do poder executivo e dos partidos políticos”³. A esta esclerose do funcionamento do parlamentarismo, capturado pola lóxica partitocrática⁴, cabe engadir o crecemento na poboación dun sentimento de desconfianza cara aos políticos que se expresou en consignas como “non nos representan” e nas exixencias de “máis democracia”⁵ que foron clave no Movemento do 15-M.

Preséntase, polo tanto, unha crise do parlamentarismo que, en realidade, cuestiona a propia democracia representativa. E é que, a tríade democracia-participación-representación, onde esta última variable ocupa, como advirte o profesor Garrorena, unha posición determinante, xa que a ela lle corresponde “organizar a participación e realizar a democracia”⁶, quebra ante a desconfianza que xorde entre representantes e representados. Esta situación non é inédita, pero si é actual. Nin é novo o debate e o cuestionamento do parlamentarismo, nin é novo que se busque levar a política ás rúas e se saque da sede parlamentaria⁷, por máis que agora concorran circunstancias antes non presentes e deban buscarse novas respostas. Pois ben, o déficit que se observa na nosa democracia representativa, e en particular no funcionamento do propio Parlamento, pode analizarse en catro planos, seguindo a Piedad García-Escudero: a) o plano electoral; b) o déficit de democracia participativa; c) o divorcio entre Parlamento e sociedade; e d) a relación entre representantes e representados⁸.

De todos eles, para os efectos deste traballo, interesaranos abordar os tres últimos, articulados arredor de dúas cuestións, aínda que de xeito circunscrito á súa relación cos regulamentos parlamentarios. Por unha banda, *como lograr reforzar o peso do Parlamento como poder ou, mellor, como contrapoder, a través dos regulamentos parlamentarios?* En España logramos gobernos estables, pero, a que prezo? E por outra, *que instrumentos podemos introducir nos regulamentos parlamentarios para que o noso Parlamento recupere o seu vigor autenticamente “representativo”?* Ou, máis alá, *que posibilidades ofrecen os regulamentos parlamentarios para afondar no paradigma dunha democracia participativa?* Parece necesario afrontar como recompoñer os lazos no actual divorcio entre Parlamento e sociedade; estudar que mecanismos poden axudar a revitalizar a relación entre representantes e representados, desde a perspectiva, como se dixo, da reforma

dos regulamentos parlamentarios. Estes son moito máis que unha fonte normativa con notables peculiaridades como tal, son máis que un conxunto de regras procedementais de dereito parlamentario; os regulamentos parlamentarios vertebran o día a día da vida parlamentaria e, como se tratará de demostrar, poden servir de canle para incorporar mecanismos rexeneradores da nosa democracia.

2 A REVITALIZACIÓN DO PARLAMENTO E DOS PARLAMENTARIOS INDIVIDUAIS NA SÚA DIMENSIÓN COMO CONTRAPODER

Como diagnosticou o profesor Garrorena, unha das causas profundas da crise do sistema representativo é, precisamente, a identificación “da representación como poder e non como contrapoder, de tal maneira que, a diferenza das asembleas medievais, en que o Parlamento actuaba como contrapeso do rei que posuía o poder, co Estado constitucional o Parlamento se erixiu nun auténtico poder, sendo “á vez, a nosa representación ante o poder e ese mesmo poder ante o que teríamos que estar representados”⁹. Por este motivo, como terapia, seguindo o enfoque do mencionado profesor, debe formularse como lograr que o Parlamento volva asumir a súa posición como contrapoder.

A este respecto pódense definir dúas liñas de actuación: por un lado, reforzar a posición do parlamentario individual, e, por outro, dotar de instrumentos propios a oposición para que poida exercer eficazmente a función de control ao Goberno. Comecemos así a debullar cada unha delas.

2.1 Reforzar a posición individual do parlamentario

Se se analiza a posición actual dos parlamentarios, esta é francamente débil e está subordinada ao grupo parlamentario que, en definitiva, é a correa de transmisión do propio partido político e constitúe o eixe arredor do que acaba por xirar o funcionamento das Cámaras¹⁰. Como expresou Rubio Llorente, “o Parlamento non é hoxe, como na súa imaxe ideal, un corpo integrado por representantes individuais que actúan con plena liberdade e non están suxeitos a mandato imperativo ningún, senón por grupos cuxa vontade se impón á dos seus membros”¹¹. Por iso se advirte a conveniencia de reforzar a posición individual dos parlamentarios para que estes poidan contar con iniciativa propia, nun axeitado equilibrio coa necesaria función dos grupos parlamentarios que, por outro lado, garanten a estabilidade política e dotan de certa unidade de acción imprescindible para a orde dos actuais partidos de masas que sosteñen o pilar representativo da nosa democracia como “canles, se non únicas, si fundamentais da relación entre a sociedade e o Estado”¹². Trátase, xa que logo, de lograr a “cuadratura do círculo”, fortalecendo o papel do parlamentario individual “sen privar do necesario protagonismo os grupos parlamentarios”¹³.

A este respecto, segundo apuntou un sector doutrinal, poderíase explorar a reforma dos regulamentos parlamentarios para lles atribuír facultades aos parlamentarios sen necesidade da sinatura do correspondente grupo¹⁴. Así, pódese estudar, entre outras posibilidades, atribuír un “dereito de iniciativa a todos e cada un dos parlamentarios nos distintos procedementos das Cámaras”¹⁵, e máis en concreto, no desenvolvemento da función legislativa, poderíase propor que os parlamentarios puidesen presentar emendas aos textos legislativos sen necesidade da sinatura do voceiro do grupo parlamentario, dando voz a estes nas comisións para a súa defen-

sa e poñendo en valor o debate nesta última máis que no relatorio¹⁶. Ou, desde a perspectiva do control ao Goberno, tamén aquí se poden suprimir algúns filtros, como é a exigencia do coñecemento previo do grupo parlamentario nas solicitudes de acceso á información das administracións públicas (art. 7 do Regulamento do Congreso e 20.2 do Regulamento do Senado), e pódese estudar o establecemento de quendas para que os parlamentarios poidan defender as súas iniciativas (interpelacións, preguntas orais, etc.) a título individual¹⁷. A nivel político, estas propostas tamén tiveron certa acollida e, por exemplo, o PSOE recolleu no seu programa electoral en 2015 potenciar o papel do parlamentario individual e tamén no acordo con Cidadáns se prevía, entre outras medidas, que os parlamentarios puidesen intervir despois dos voceiros nos debates.

2.2 Incorporar mecanismos preferentes de control parlamentario a favor da oposición

O segundo dos aspectos que poderían coadjuvar a dotar de sentido a dimensión do Parlamento como contrapoder sería incorporar mecanismos que lles permitan ás minorías parlamentarias exercer un efectivo labor de oposición e de fiscalización ao Goberno. Reforzaríanse así, segundo distingue Aragón Reyes, as posibilidades de exercer un control no Parlamento –e non polo Parlamento–¹⁸. Como se expresaba no conflito de atribucións de competencias interposto polo Congreso dos Deputados, “non se pode descoñecer que, así como o principio maioritario propio dos sistemas democráticos leva consigo que as leis sexan produto das forzas maioritarias que deste modo exercen a potestade lexislativa, no caso da función de control, sendo a titularidade das Cámaras no seu conxunto, o exercicio real correspóndelle á minoría. Iso non impide que os deputados e senadores da maioría non poidan, por exemplo, formular preguntas ou interpelacións, pero o verdadeiro acento da función de control hai que situalo na oposición”¹⁹.

Neste sentido formulouse a posibilidade de recoñecer un estatuto da oposición que sitúe nunha “situación preferente dos ditos parlamentarios [os que conforman a oposición] á hora de pór en marcha procedementos de control”²⁰. Este estatuto preferente considero que podería lograrse mediante reformas nos regulamentos parlamentarios, sempre e cando non se restrinxisen totalmente as posibilidades de intervención aos deputados da maioría, iso porque, segundo a interpretación que ofreceu o Tribunal Constitucional, os diferentes mecanismos de control se integran no *ius in officium* de todos os parlamentarios (entre outras, SSTC 117/2002, do 14 de outubro; 208/2003, do 1 de decembro; e 89/2005 e 90/2005, do 18 de abril)²¹. Non obstante, pode compartirse co profesor Garrorena que a mellor alternativa sería optar por un auténtico “*Estatuto constitucional das minorías*”, dirixido “a constituír a oposición nun auténtico poder do Estado, ese poder ao que lle quedaría constitucionalmente encomendada a tarefa de operar como contrapoder”²².

En canto ás medidas concretas que poderían adoptarse, formuláronse, entre outras²³: reservar ordes do día á oposición, ou que se prioricen as preguntas orais da oposición ou se restrinxan do partido no Goberno, ou que se poidan formular preguntas sen que os membros do Goberno as coñezan previamente²⁴. Tamén se propuxo reforzar o dereito de acceso da minoría a documentos e expedientes e sistemas de amoestación públicos á Administración que non responda ás solicitudes de información, a posibilidade de incorporar instrumentos específicos de seguimento de certas actuacións (por exemplo, do programa de Goberno presentado na investidura parlamentaria) ou das mocións e proposicións non de lei²⁵; ou que se aproben mocións

da minoría ou que se creen comisións de investigación a petición dunha minoría parlamentaria como acontece noutros países e nalgunhas comunidades autónomas²⁶. Ademais, cabe a posibilidade de reformular os instrumentos de control xa existentes (preguntas, interpelacións e mocións) para dotar de maior dinamismo os debates parlamentarios²⁷.

3 PARTICIPACIÓN CIDADÁ NAS FUNCIÓNS DO PARLAMENTO PARA UNHA REXENERACIÓN POLÍTICA

Outro aspecto en que se podería mellorar para dinamizar as funcións parlamentarias a través das correspondentes reformas dos regulamentos é precisamente a participación cidadá. Cabe preguntarse, neste sentido, como pode avanzarse no paradigma da democracia participativa, recoñecendo esta, como describiu o profesor Presno Linera, como “instrumento de impulso, deliberación e control”²⁸. A democracia participativa, seguindo o mencionado profesor, “contraponse á democracia inactiva, onde o papel do cidadán se limita á intervención no proceso de selección dos representantes. En sociedades como a española, cunha progresiva concienciación política da cidadanía, é incongruente limitar a intervención política deses cidadáns aos procesos electorais”²⁹.

Así entendida, a participación cidadá pódese estimular tanto en relación coa función lexislativa como coa función de control ao Goberno do Parlamento³⁰. E, para iso, non só o dereito comparado a nivel internacional ofrece respostas interesantes, senón que tamén no ámbito autonómico se atopan iniciativas interesantes que, con carácter xeral, poden englobarse no xenérico concepto de “Parlamento aberto”. Procedamos daquela a estudar algunhas desas propostas.

3.1 Mellora da participación cidadá na función lexislativa

O dereito dos cidadáns a participar na elaboración das leis, concreción do xenérico dereito a participar nos asuntos públicos de forma directa, foi recoñecido nalgúns estatutos de autonomía e atopou desenvolvemento en distintos regulamentos de parlamentos autonómicos. Así, por exemplo, o Estatuto de autonomía de Cataluña afirma, no seu artigo 29, apartado 4.º, que: “os cidadáns de Cataluña teñen dereito a participar, directamente ou a través de entidades asociativas, no proceso de elaboración das leis do Parlamento, mediante os procedementos que estableza o Regulamento do Parlamento”. E, en desenvolvemento deste, o artigo 222.1 do Regulamento do Parlamento catalán establece: “o Parlamento, por medio do Portal da Transparencia e outros formatos electrónicos, se procede, debe adoptar as medidas necesarias para que os cidadáns, entidades, organizacións e grupos sociais participen e colaboren na tramitación dos proxectos e proposicións de lei e as iniciativas parlamentarias en xeral”. En similares termos recoñecen tamén este dereito, entre outros, o Estatuto de autonomía de Andalucía (art. 30.1.b), o Estatuto de autonomía das Illas Baleares (art. 15.2.b) ou o Estatuto de autonomía de Aragón (art. 15.2). E a nivel regulamentario, por exemplo, o Regulamento das Cortes Valencianas inclúen o deber destas de desenvolver medios para posibilitarlles aos cidadáns a súa participación nas actividades parlamentarias e, entre elas, nas iniciativas lexislativas (art. 110.bis.2).

A este respecto, entre as propostas que xa se foron acollendo nalgunhas comunidades autónomas, destacan as audiencias parlamentarias abertas a cidadáns e a organizacións sociais nas tramitacións lexislativas³¹. A nivel estatal os Regulamentos do Congreso e do Senado pre-

vén esta posibilidade pero limitada no seu sentido ao que serían comparecencias de expertos, literalmente de *"persoas competentes na materia"* (art. 44 Regulamento do Congreso) e, máis xenericamente, *"doutros persoas para ser informadas sobre cuestións da súa competencia"* (art. 67 Regulamento do Senado). Non obstante, do que se trataría agora é de abrir estas a axentes sociais e colectivos, mesmo a cidadáns individuais, para que eles tamén poidan facer valer a súa voz directamente no Parlamento. Así, por exemplo, o Regulamento do Parlamento andaluz prevé a posibilidade de celebrar comparecencias informativas no procedemento lexislativo ordinario nas que os deputados ou os grupos parlamentarios propoñan a comparecencia dos *"axentes sociais e organizacións que puidesen estar interesadas na regulación de que se trate"* (art. 112.1). E, en termos parecidos, pronúnciase tamén o Regulamento da Asemblea de Extremadura (art. 164). En ambos os dous casos, debe notarse que cabe a intervención de persoas a título individual pero só con carácter excepcional. Máis acertada parece a regulación recollida no Regulamento do Parlamento catalán, xa que recoñece que nestas audiencias poderán comparecer *"as organizacións e os grupos sociais interesados"* e os *"expertos na materia"* (art. 115.1); e, distinguindo tamén entre expertos e interesados, pode verse o Regulamento da Xunta Xeral do Principado de Asturias (art. 67.1.f)). Iso porque, na miña opinión, debe distinguirse, como fan estes preceptos, as comparecencias dos grupos sociais interesados, que poden ofrecer información valiosa sobre os seus intereses e sobre como pode afectarlles unha determinada regulación, da comparecencia dos expertos, que abundarán na calidade técnica da iniciativa lexislativa. En canto á participación de cidadáns, parece axeitado exixir que esta se canalice a través de grupos ou organizacións sociais, excluindo ou limitando a súa intervención individual a casos excepcionais. Neste ámbito, unha solución innovadora foi a achegada polo Regulamento das Cortes Valencianas, que previu a creación dunha comisión especial de participación cidadá, de carácter permanente non lexislativo, pero en que se dá a posibilidade de *"analizar e contrastar opinións entre os comparecentes, representantes da sociedade civil, respecto das iniciativas lexislativas que proceda"* (art. 182.bis.2).

Un paso máis alá supón dar a posibilidade a estes grupos ou organizacións sociais de presentar emendas ao articulado de iniciativas lexislativas. Neste sentido, o Regulamento do Parlamento andaluz, por exemplo, considera a posibilidade de que os cidadáns, *"a través de asociacións representativas dos seus intereses"*, poidan presentar emendas lexislativas que non poderán ser *"de exclusivo interese persoal"* e que, unha vez admitidas formalmente, deberán ser asumidas por algún grupo parlamentario para a súa tramitación (art. 114.bis). En Valencia o regulamento das súas Cortes estende esta posibilidade de emendar os valencianos directamente, e non só a través de asociacións, pero mantén que deban ser asumidas por un grupo parlamentario (art. 113.bis).

Unha alternativa intermedia é a que se considerou en Galicia, onde se aprobou a Lei 7/2015, do 7 de agosto, de iniciativa popular e participación cidadá no Parlamento de Galicia, en que, entre outros aspectos, se prevé a participación popular na elaboración das leis, permitindo aos cidadáns remitir *"suxestións e achegas"* á Mesa do Parlamento, as cales serán entregadas ao relatorio encargado de elaborar o correspondente informe lexislativo (art. 15). Non se concede, polo tanto, un dereito de presentar emendas, pero trátase dunha posibilidade cualificada á pura audiencia parlamentaria. Agora ben, sorprende que aspectos relacionados coa actividade parlamentaria e a participación cidadá nesta sede fosen regulados por medio de lei autonómica e

non no correspondente regulamento parlamentario, obviando a reserva material que se veu lle recoñecendo a este último tipo de fonte normativa³².

Así mesmo, tampouco convén esquecer, como sinalou entre outros Presno Linera, a oportunidade de revisar os mecanismos clásicos de participación cidadá, aínda que iso comporte a exigencia dunha reforma constitucional³³. Cabería neste sentido reconsiderar a iniciativa lexislativa popular –o número de sinaturas necesarias, as materias vedadas a este tipo de iniciativa ou excluír a toma en consideración, entre outros aspectos–; e tamén pode ser interesante revisar a regulación do referendo e, mesmo, formular a posibilidade de introducir mecanismos como o referendo abrogativo ou derogatorio seguindo o modelo italiano³⁴, que pode “operar como un instrumento de control cidadán do labor lexislativo”³⁵.

A nivel político, algunhas destas medidas tiveron acollida en distintos programas electorais e de goberno. Por exemplo, no Acordo para un goberno reformista e de progreso entre PSOE e Cidadáns contemplábase que se convertese a Comisión de Peticións nunha Comisión Permanente de Peticións e Participación Cidadá, e que se crease unha Oficina do Cidadán para canalizar a participación e colaboración parlamentaria. Ademais, en relación coa función lexislativa, tamén se prevía a posibilidade de crear unha canle específica de participación cidadá no procedemento lexislativo recoñecido directamente a favor dos afectados e formulábase a modificación da iniciativa lexislativa popular. No programa electoral do Partido Popular para as eleccións celebradas en 2016 prevíase mellorar o procedemento de elaboración das leis, abrindo á participación de cidadáns e organizacións representativas. E Podemos, pola súa banda, incluía no seu programa electoral medidas máis incisivas con cambios na iniciativa lexislativa popular e coa introdución dunha iniciativa de veto popular e dunha iniciativa de procesos deliberativos populares.

3.2 Posibilidades de participación cidadá no control parlamentario ao Goberno e na dirección política

A segunda das funcións primordiais do Parlamento nun modelo parlamentario é precisamente a de control ao Goberno, á que cabería engadir a súa facultade de *indirizzo politico*, posto que ao Parlamento, como sede da representación popular, tamén lle corresponde fixar orientacións políticas. Así as cousas, é igualmente interesante incorporar a idea de participación política a estas funcións³⁶.

Desde a perspectiva da fiscalización ordinaria da actuación do Goberno, algúns regulamentos de Parlamentos autonómicos xa previron a posibilidade de que se formulen preguntas aos membros do Goberno de iniciativa cidadá, aínda que estas deberán ser asumidas por algún deputado. Por exemplo, o Regulamento da Asemblea Rexional de Murcia introduciu as “preguntas de iniciativa popular”, pero restrinxidas a persoas xurídicas que representen “intereses sociais” e dirixidas xenericamente ao Consello de Goberno (art. 178); unha posibilidade que o Regulamento do Parlamento andaluz estende a calquera andaluz e ao resto de cidadáns residentes en Andalucía e permite que se dirixan ao Consello de Goberno ou a cada un dos seus membros (art. 165). En Canarias o Regulamento do seu Parlamento tamén prevé estas preguntas a favor de calquera cidadán residente no seu territorio, pero dirixidas tanto ao Goberno como aos seus membros, con excepción do presidente (art. 177).

En Galicia a mencionada Lei 7/2015, do 7 de agosto, de iniciativa lexislativa popular e participación cidadá no Parlamento de Galicia, destaca por introducir mecanismos non só para o

control cidadán do Goberno, senón tamén para a participación cidadá na función de dirección política. En concreto, prevé que calquera persoa xurídica ou que un grupo de dez cidadáns poidan presentar proposicións non de lei, que deberán ser subscribas por 2.500 persoas, ao modo das iniciativas lexislativas populares, e que, en calquera caso, deberán ser asumidas por un grupo parlamentario (art. 16). Así mesmo, considera que calquera cidadán ou persoa xurídica poida presentar preguntas parlamentarias que, como nos supostos vistos anteriormente, terán que ser asumidas por algún deputado (art. 17).

Máis alá, tamén se pode propor a constitución de foros que, con carácter máis ou menos formal, permitan a participación cidadá no debate de cuestións de actualidade política. É o caso, como se viu, do Portal de Transparencia que prevé o artigo 222 do Regulamento do Parlamento catalán, que vai máis alá de ofrecer información, e a través deste hase de dar participación aos cidadáns e ás entidades e grupos sociais nas distintas iniciativas parlamentarias, así como das propostas do pacto entre PSOE e PP de crear unha comisión de participación cidadá, e non só de peticións, e unha oficina que canalice a participación e colaboración cidadás. O Regulamento da Asemblea de Extremadura constituíu, neste sentido, un Consello extremeño de cidadáns e cidadás *“como foro de consulta para a participación cidadá”* (art. 271). E o artigo 110.bis do Regulamento das Cortes Valencianas considera a habilitación de medios tecnolóxicos para facilitar a participación cidadá que permitan facer chegar as opinións e observacións destes aos grupos parlamentarios. En sentido similar o Regulamento do Parlamento Vasco dispón que o sitio web do Parlamento deberá darlles a posibilidade aos cidadáns de enviar *“suxestións e achegas publicamente e coñecer o resultado destas”* (art. 110). En definitiva, como en doutrina suxeriu o profesor Garrorena, para paliar que a relación representativa se converta nunha *“relación baleira de relación”*, *“nunha simple metáfora”*, resulta interesante propor a creación de *“espazos periódicos de comunicación institucionalizada entre electores e elixidos que fagan habitual esa necesaria práctica democrática”*, e que lles permitan aos electores exercer unha auténtica función crítica máis alá da votación puntual³⁷.

Isto lévanos, segundo advirte este autor nun xuízo aquí compartido, a facer unha proposta crítica con respecto á posibilidade de estender a participación democrática aos mecanismos extraordinarios de exixencia de responsabilidade política. Por exemplo, no seu programa electoral de 2016, Podemos propuña introducir instrumentos como o revogatorio por incumprimento do programa electoral e a revogación de cargos públicos. Trátase de mecanismos que, ao meu entender, poden xerar inestabilidade, alporizan o panorama político ao reducir as posibles respostas a unha votación que permite poucos matices, e non contribúen a crear ese espazo de deliberación e reflexión crítica que exige unha democracia plural. En palabras do profesor Garrorena, ao que me permito citar extensamente: *“os que pensan deste xeito [propondo que os electores poidan impor instrucións imperativas aos seus elixidos ou que poidan revogar o seu mandato] teñen máis na cabeza a idea de facer caer os gobernantes e de provocar novas eleccións que o desexo de dotar de contidos realmente efectivos a relación representativa, cando ao meu xuízo é iso segundo o que importa e no que, polo tanto, habería que pór todos os esforzos. Penso así porque estou de acordo con Habermas cando di que o elector debe estar en condicións de asegurar unha función crítica. E, no meu sentir, esa función crítica non se asegura porque exista unha nova votación, isto é, porque se habilite un novo minuto para votar”*³⁸.

4 CONCLUSIÓN

Vivimos un momento clave; a sociedade española reclama unha rexeneración, cambios e reformas no funcionamento das nosas institucións. E creo que debemos ser capaces de dar respostas en sede académica pero, sobre todo, política. Unha resposta que será clave para soste o marco constitucional de 1978 cuxas bases, aquelas “decisións políticas fundamentais” sobre as que se erixiu o noso modelo de convivencia, considero que manteñen plena vixencia: un Estado social e democrático de dereito que reconece a liberdade, a igualdade, a xustiza e o pluralismo político como os seus valores superiores (art. 1 CE).

Neste traballo fíxose unha discreta achega desde a limitada posibilidade que poden ofrecer os regulamentos parlamentarios para introducir novos mecanismos que axuden á revitalización do noso parlamentarismo, na dobre perspectiva de reforzar a dimensión do Parlamento como contrapoder e de dotar de vigor a súa condición representativa. Por iso se deixaron fóra de estudo outras medidas que poderían alcanzarse a través de reformas nos regulamentos parlamentarios e que coaduxerían a ese fin último de revitalizar o funcionamento do noso Parlamento pero que desbordan os dous eixes aquí analizados. Entre outras, como estudou Piedad García-Escudero, pódense formular melloras na función lexislativa –reforzando o papel dos relatorios parlamentarios, repensando a necesidade de validar como leis os decretos lei ou establecendo sistemas de avaliación das leis...–; como tamén cabe traballar a prol dunha maior transparencia, coa creación dun rexistro de organizacións sociais e representativas de intereses ante as Cortes Xerais³⁹; e, mesmo, débese apostar por unha ética no exercicio parlamentario que pode positivarse, máis alá das normas de incompatibilidade e de conflitos de intereses, nun código ético de conduta dos parlamentarios e dos *lobbies*⁴⁰.

En calquera caso, debemos ser conscientes de que a rexeneración democrática e a mellora das nosas institucións non se pode conformar con introducir pequenos cambios na letra dunha lei. Máis aínda, debemos recoñecer que hai reformas que o dereito pode asumir, pero outras que non. Como concluíu o profesor Garrorena: “a rexeneración da democracia depende, antes que do dereito da maior ou menor solidez da sociedade civil, do grao e da condición da cultura política que chegaran a adquirir os seus cidadáns e, en última instancia, do tipo de moral colectiva que a dita sociedade posúa”⁴¹. Unha tarefa na que todos, cidadáns e actores políticos, temos que empeñarnos.

5 BIBLIOGRAFÍA

- Alzaga Villaamil, O. *et al.* 2012. *Derecho político español*, Vol. II, 5ª ed. Madrid: Ed. Universitaria Ramón Areces,
- Aragón Reyes, M. 2005. «Gobierno y forma de gobierno: problemas actuales», en M. Aragón Reyes e A. Gómez Montoro (coords.), *El Gobierno. Problemas constitucionales*. Madrid: CEPC, 27-68.
- Berretta, P. 1985. «Il referendum abrogativo nello sviluppo della prassi», *Quaderni costituzionali*, 2, 367 e ss.
- Galindo Elola-Olaso, F. 2012. «Título II. De los Grupos Parlamentarios», en M.R. Ripollés Serrano, *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*. Madrid: Congreso de los Diputados, 183-225.
- García Pelayo, M. 1986. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza Editorial.
- García Roca, J. 1997. «El control del Gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario [y a la luz del artículo 23.2 de la Constitución]», en *Problemas actuales del control parlamentario. VI Jornadas de Derecho parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- García-Escudero Márquez, P. 2011. «El parlamentario individual en un Parlamento de grupos: la participación en la función legislativa», *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 205-242.

- García-Escudero Márquez, P. 2015. «Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, 36, 171-216.
- Garrorena Morales, A. 2015. *Escritos sobre la democracia*. Madrid: CEPC.
- González Ayala, M.D. 1988. «El referéndum abrogativo: un instituto de democracia directa en el sistema de gobierno representativo-parlamentario italiano (una difícil adaptación del mismo)», *Anuario de la Facultad de Derecho*, 6, 87-120.
- Kelsen, H. 2006. *Esencia y valor de la democracia*. Oviedo: KRK.
- López Aguilar, J.F. 1991. *Minorías y oposición en el parlamento. Una aproximación comparada*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Luciani, M. 2005. «Art. 75. Il referendum abrogativo», *Commentario della Costituzione*, fundado por G. Branca e continuado por A. Pizzorusso. Bologna-Roma: Zanichelli.
- Presno Linero, M.A. 2016. «La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control», en J.L. Cascajo Castro e A. Martín de la Vega, *Participación, representación y democracia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 201-234.
- Rodríguez-Aguilera de Prat, C. 1988. «Los efectos del referéndum abrogativo en el sistema político italiano», *Revista de Estudios Políticos*, 59, 107-154.
- Rubio Llorente, F. 2014. «Defectos de forma», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, 133-165.
- Sánchez Navarro, A. 1995. *Las minorías en la estructura parlamentaria*. Madrid: CEPC.
- Sánchez Navarro, A. 1997. *La oposición parlamentaria*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Tajadura Tejada, J. 2014. *Diez propuestas para mejorar la calidad de la democracia en España [informe Funciva]*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Volpi M. 1997. «Referendum nel diritto costituzionale», *Digesto. Appendice delle Discipline pubblicistiche*, vol. II. Turín: Utet.

NOTAS

- 1 Segundo sintetiza o profesor Manuel Aragón, “a forma de Estado en España é a do Estado democrático (art. 1 da CE) e autonómico (art. 2 da CE). A forma de goberno é a parlamentaria monárquica (arts. 1.3, 56, 64, 99 e 108-115, principalmente). En relación, pois, coa forma de goberno [...] hai que decidir que se trata, pois, dun sistema parlamentario, onde o Goberno debe gozar da confianza do Parlamento no que a Xefatura do Estado a posúe un Rei, que, como todo Rei parlamentario, carece de poderes propios” (Aragón Reyes, 2005: 27-28).
- 2 Kelsen, 2006: 90.
- 3 Tajadura Tejada, 2014: 171.
- 4 A lóxica partitocrática leva a que os partidos políticos copen as estruturas do Estado e, aínda máis, que se estendan mesmo a outros corpos sociais (pénsese, por exemplo, no control político de asociacións ou sindicatos que pasaron a ser monicreques duns partidos ou outros), independizándose do interese dos electores para acabar impondo o do propio partido. Como advirte Alzaga Villaamil, 2012: 305: “A democracia parlamentaria, que atopa a súa razón de ser na idea nutricia da representatividade, parece condenada irremisiblemente a sustentarse nos partidos políticos e a gran pregunta que deben responder os demócratas do noso tempo é de tan simple enunciado como de complexa resposta. Operan os partidos en función do gran principio da representación da sociedade ante as instancias políticas?, ou pola contra, son meras máquinas neocaciquís de control da sociedade desde o poder político?”. Suxestiva e imprescindible lectura sobre estas cuestións é García Pelayo, 1986.
- 5 Cfr. Garrorena Morales, 2015: 187-188, sobre a crise actual da democracia representativa e os seus signos máis evidentes.
- 6 Garrorena Morales, 2015: 185.
- 7 Cfr. García-Escudero Márquez, 2015: 172, e Garrorena Morales, 2015: 188 e ss.
- 8 Así, García-Escudero Márquez, 2015: 175-181.
- 9 Garrorena Morales, 2015: 198-199.
- 10 Así, Galindo Elola-Olaso, 2012: 185.
- 11 Rubio Llorente, 2014: 138.
- 12 Rubio Llorente, 2014: 140.
- 13 García-Escudero Márquez, 2011: 675, e 2015: 181.
- 14 Entre outros, véxase en especial García-Escudero Márquez, 2011: *in toto*, e 2015: 179 e 184 e ss.; García Roca, 1997: *in toto*; Rubio Llorente, 2014: 144; ou Tajadura Tejada, 2014: 173-176.
- 15 Tajadura Tejada, 2014: 174.
- 16 Así, García-Escudero Márquez, 2015: 184 e Rubio Llorente, 2014: 145.
- 17 Tajadura Tejada, 2014: 175 e tamén García-Escudero Márquez, 2015: 189.
- 18 Aragón Reyes, 2005: 40.

- 19 Texto do conflito de atribucións entre o Congreso dos Deputados e o Congreso, interposto o 2 de xuño de 2016, con sinatura da letrada das Cortes Xerais dona Paloma Martínez Santa María, p. 21.
- 20 Tajadura Tejada, 2014: 176. A este respecto, véxanse tamén recentemente Garrorena Morales, 2015: 201, e García-Escudero Márquez, 2015: 188. De forma máis extensa, Sánchez Navarro, 1995 e 1997, e López Aguilar, 1991.
- 21 Neste sentido considero que, aínda que se recoñeza que o artigo 23 CE recoñece uns dereitos de configuración legal, non sería constitucionalmente lexítimo privar de forma absoluta ningún parlamentario destes mecanismos de control. Iso porque cabe formular que os deputados que no seu día conformaron a maioría para investir un presidente queiran exercer un control sobre este e reclamar información sobre as súas actuacións, como previo mesmo a exixir a responsabilidade política.
- 22 Garrorena Morales, 2015: 201-202.
- 23 Cfr. Garrorena Morales, 2015: 201-202, Tajadura Tejada, 2014: 176, e García-Escudero Márquez, 2015: 188-189.
- 24 A posibilidade de que nas sesións plenarias se ampliase o número de preguntas da oposición, en particular as dirixidas ao presidente do Goberno, e que puidesen presentarse sen formulación nin notificación previa, estaban previstas no Acordo para un goberno reformista e de progreso, subscrito entre o PSOE e Cidadáns. O programa electoral do PSOE tamén previa a presentación de preguntas orais en Pleno sen formulación previa e que delas a metade fosen formuladas sen previa notificación á presidencia.
- 25 A posibilidade de crear un órgano encargado de facer un seguimento das mocións e das proposicións non de lei foi incluída no programa electoral do PSOE para as eleccións celebradas en 2016.
- 26 Por exemplo, en Alemaña (art. 44.1 da Lei fundamental de Bonn) ou Portugal (art. 178.4 da Constitución da República Portuguesa); e en Castela e León (art. 50 do Regulamento das Cortes de Castela e León) e Cataluña (art. 66.1 do Regulamento do Parlamento de Cataluña).
- 27 Cfr. Escudero Márquez, 2015: 187-188.
- 28 Presno Linero, 2016: 201.
- 29 Presno Linero, 2016: 231-232.
- 30 Sobre esas cuestións véxanse, entre outros, Escudero Márquez, 2015: 206-211, e Presno Linero, 2016: 222-231.
- 31 Cfr. Presno Linero, 2016: 222-227.
- 32 Cfr. SSTC 101/1983, 118/1988 e 119/1990.
- 33 Cfr. Presno Linero, 2016: 213-222.
- 34 Na nosa doutrina, poden verse, aínda que xa distantes no tempo, os traballos de González Ayala, 1988 e de Rodríguez-Aguilera de Prat, 1988. En Italia, entre outros moitos, cfr. Luciani, 2005, Berretta, 1985 e Volpi, 1997.
- 35 Presno Linero, 2016: 228-230. Cita en p. 230.
- 36 Cfr. Escudero Márquez, 2015: 210-211.
- 37 Garrorena Morales, 2015: 205-206.
- 38 Garrorena Morales, 2015: 206. A este respecto véxase tamén European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on the imperative mandate and similar partices*, adoptado o 14 de marzo de 2009.
- 39 Entre outras, pode verse a este respecto a Proposición de Lei integral de loita contra a corrupción e protección dos denunciante presentada polo grupo parlamentario de Cidadáns o 20 de setembro de 2016 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* do 23 de setembro de 2016, n. 33-1).
- 40 García-Escudero Márquez, 2015: 181-186, 193-206 e 215-216.
- 41 Garrorena Morales, 2015.

As vivendas de uso turístico e o arrendamento de tempada en Galicia: unha aproximación a partir do Decreto 12/2017, do 26 de xaneiro

Las viviendas de uso turístico y el arrendamiento de temporada en Galicia: una aproximación a partir del Decreto 12/2017, de 26 de enero

Tourist and seasonal lets in Galicia: An approach from the perspective of Decree 12/2017, of 26 January

TERESA ESTÉVEZ ABELEIRA

Doutora en Dereito. Avogada e profesora asociada de Dereito Civil
Universidade de Vigo (Galicia, España)
estevez.abeleira@uvigo.es

Recibido: 20/03/2017 | Aceptado: 30/05/2017

Resumo: O Decreto 12/2017, do 26 de xaneiro, polo que se establece a ordenación de apartamentos turísticos, vivendas turísticas e vivendas de uso turístico na Comunidade Autónoma de Galicia, publicado no *Diario Oficial de Galicia* o 10 de febreiro de 2017, inclúe por primeira vez a regulación das vivendas de uso turístico na normativa sectorial turística galega. Paralelamente, os arrendamentos de tempada contiñúan ao abeiro da LAU como contratos que, sendo tamén de duración breve e con finalidade distinta da de residencia habitual do arrendatario, non participan da natureza turística do contrato de aloxamento.

Palabras clave: vivendas de uso turístico, arrendamento de tempada, finalidade turística, arrendamentos urbanos, consumidores.

Resumen: El Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el *Diario Oficial de Galicia* el 10 de febrero de 2017, incluye por primera vez la regulación de las viviendas de uso turístico en la normativa sectorial turística gallega. Paralelamente, los arrendamientos de temporada continúan al amparo de la LAU como contratos que, siendo también de duración breve y con finalidad distinta de la de residencia habitual del arrendatario, no participan de la naturaleza turística del contrato de alojamiento.

Palabras clave: viviendas de uso turístico, arrendamiento de temporada, finalidad turística, arrendamientos urbanos, consumidores.

Abstract: Published in the Official Journal of Galicia (Spain) on 10 February 2017 was Decree 12/2017, of 26 January, governing tourist apartments, tourist houses and homes for touristic use in the Autonomous Community of Galicia, thereby integrating regulation of tourist accommodation, for the first time, in the legislation governing the tourist sector. In parallel, seasonal lets as contracts that are non-touristic in purpose, being of short duration and with a purpose other than that of the habitual residence of the tenant, continue to be governed by the Law on Urban Lets.



Key words: tourist lets, seasonal lets, touristic purposes, urban lets, consumers.

Sumario: 1 Introducción. 2 As vivendas de uso turístico en Galicia. 2.1 Delimitación do concepto de vivenda de uso turístico. 2.1.1 Cesión do uso da vivenda. 2.1.2 A habitualidade da actividade turística. Duración das estancias. 2.1.3 A comercialización das vivendas de uso turístico. 2.1.4 A finalidade lucrativa. 2.2 Réxime xurídico e de funcionamento das vivendas de uso turístico. 2.2.1 Obrigatoriedade da presentación da declaración responsable de inicio de actividade. 2.2.2 Requisitos e servizos mínimos das vivendas de uso turístico. 2.2.3 Réxime de funcionamento. 2.2.4 Situación das vivendas de uso turístico. Limitacións urbanísticas e estatutarias. 2.2.4.a Limitacións urbanísticas. 2.2.4.b Limitacións estatutarias. 3 O arrendamento de tempada. 3.1 Caracterización do arrendamento de tempada. 3.1.1 Cesión do uso da vivenda. 3.1.2 Significado do termo “tempada”. A finalidade do contrato. 3.2 Diferenzas co contrato de aloxamento turístico. 4 Conclusións. 5 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

A entrada en vigor da Lei 4/2013, do 4 de xuño, de medidas de flexibilización e fomento do mercado do alugueiro de vivendas, provocou, ao engadir un novo apartado ao artigo 5 da Lei 29/1994, do 24 de novembro, de arrendamentos urbanos (en diante, LAU de 1994), concretamente a letra e), a exclusión do ámbito de aplicación desta lei da “cesión temporal de uso da totalidade dunha vivenda amoblada e equipada en condicións de uso inmediato, comercializada ou promovida en canles de oferta turística e realizada con finalidade lucrativa, cando estea sometida a un réxime específico, derivado da súa normativa sectorial”. Ata entón, tal cesión encadrábase no arrendamento de tempada do artigo 3 da LAU, un contrato de natureza civil que lles permitía aos propietarios de vivendas particulares aloxar os seus hóspedes temporais, tendo este aloxamento, en moitas ocasións, un marcado carácter turístico.

A partir dese momento, o contrato de cesión de vivendas para uso turístico¹ queda suxeito á normativa sectorial específica das comunidades autónomas², cando exista e teña nela acollida, pois do contrario o contrato manterá a súa natureza civil como arrendamento de tempada para uso vacacional e quedará sometido á lexislación arrendaticia³, que neste aspecto non sofre modificación.

En consecuencia, a cualificación do contrato concreto como de aloxamento turístico ou como arrendamento de tempada ten unha gran transcendencia no que á determinación da norma aplicable se refire. Consistindo o contrato de arrendamento de tempada na cesión temporal e onerosa do uso dunha vivenda sen que o arrendador se obligue a prestar servizo ningún en beneficio do arrendatario, aplicaráselle a normativa arrendaticia (de forma imperativa os títulos I e IV e, supletoriamente, á vontade das partes, algúns artigos do título III da LAU de 1994) e, como dereito supletorio de segundo grao, as disposicións do Código civil. Non se lle aplicará, en cambio, a regulamentación turística propia do contrato de aloxamento, que rexerá os contratos de arrendamento de vivendas de uso turístico, contratos mixtos de cesión de uso dun ben acompañado da prestación duns servizos, os propiamente turísticos⁴.

Na actualidade, o fenómeno dos alugueiros turísticos de vivendas pode encadrarse dentro do ámbito da economía colaborativa⁵. Non obstante, creo que esta delimitación non está exenta de discusión. É certo que este modelo de negocio se caracteriza porque as partes poden chegar a establecer entre elas unha relación económica grazas ás diversas plataformas dixitais existentes, co obxecto de lograr un aproveitamento máis eficiente de bens e recursos, quizais infrautilizados polo seu propietario, a cambio dunha contraprestación económica que debe satisfacer o usuario. Pero non o é menos que a expresión *sharing economy*⁶ encerra unha

contradición en si mesma xa que a idea de colaborar, próxima a outras como compartir ou intercambiar, é allea a calquera transacción mercantil. Non obstante, os defensores deste tipo de actividade argumentan que a economía colaborativa se basea en compartir recursos entre oferentes e demandantes, xerando así unha colocación máis eficaz e eficiente destes grazas ao poder de interconectividade que proporciona internet⁷.

En todo caso, é innegable o auxe que esta modalidade arrendaticia experimentou nos últimos anos en España⁸. O uso xeneralizado de Internet e a crise económica contribuíron a iso. Internet permite, por unha banda, acceder de xeito sinxelo a abundante información sobre os diferentes destinos turísticos e a súa oferta de aloxamentos, así como a opinións que outros usuarios compartiran tras a súa estancia, e, por outra, facilita a contratación de novas modalidades de aloxamento, entre as que se atopan as vivendas de uso turístico, cuxos prezos, habitualmente máis baixos que os de certos establecementos turísticos tradicionais, resultan moi competitivos e, en consecuencia, accesibles mesmo en épocas de crise económica.

Pero a contratación de vivendas de uso turístico presenta cuestións de moi diversa índole, en ocasións, certamente problemáticas, que afectan a sectores tan dispares como as administracións públicas, os propietarios dos pisos destinados a fins turísticos, os veciños do inmovible en que estes se sitúen e os propios usuarios, cuxos dereitos e intereses deben quedar salvagardados cunha regulación *ad hoc* que, ademais, permita erradicar a contratación ilegal. Baleares foi a pioneira na regulamentación dos contratos de aloxamento turístico⁹, seguida, entre outras comunidades autónomas, de Cataluña, a Comunidade de Madrid, Aragón, Canarias, Andalucía, País Vasco, Asturias e Castela e León¹⁰, ademais de Galicia, que aprobou o Decreto 12/2017, do 26 de xaneiro, polo que se establece a ordenación de apartamentos turísticos, vivendas turísticas e vivendas de uso turístico na Comunidade Autónoma de Galicia¹¹, baseándose na competencia sobre promoción e ordenación do turismo no ámbito da Comunidade Autónoma galega que, en exclusiva, asumiu Galicia no artigo 27.21 do Estatuto de autonomía¹².

2 AS VIVENDAS DE USO TURÍSTICO EN GALICIA

A aplicación das novas tecnoloxías ao alugueiro de vivendas vacacionais¹³ e a tendencia crecente a destinar a vivenda habitual a este fin, unidas á demanda deste tipo de aloxamentos polos consumidores e usuarios e á propia conxuntura económica, evidenciaron a necesidade de regular esta nova materia no ámbito da Comunidade Autónoma galega¹⁴. Iso foi posible sobre a base da competencia exclusiva asumida por esta, tal como comentamos anteriormente, para así dar resposta a unha demanda que proviña tanto do sector do alugueiro de vivendas de uso turístico como do sector hoteleiro, do das administracións implicadas e dos consumidores e usuarios¹⁵.

O propio preámbulo do decreto refírese á tendencia actual a alugar a vivenda habitual por días ou semanas, para fins turísticos, o que precisamente se viu favorecido polo desenvolvemento das novas tecnoloxías, dando lugar á creación de empresas que a través das súas páxinas webs ofertan este tipo de aloxamentos para a súa contratación en liña, de forma rápida e sinxela¹⁶. Así mesmo, recolle diversos problemas relacionados coa actividade turística tales como o seu impacto económico-social, a súa fiscalidade e tributación, a seguridade e satisfacción das persoas usuarias, a calidade da oferta, as posibles molestias ocasionadas aos residentes do inmovible e aos cidadáns, así como o intrusismo e a competencia desleal fronte a empresas dedicadas

ao aloxamento turístico xa regulamentadas¹⁷. A todas estas cuestións intentan dar resposta o novo Decreto regulador das vivendas de uso turístico, na busca dun marco de seguridade xurídica que precisan tanto os particulares como todo o sector turístico¹⁸.

2.1 Delimitación do concepto de vivenda de uso turístico

Conforme o artigo 5 do decreto, “son vivendas de uso turístico as cedidas a terceiras persoas, de forma reiterada e a cambio de contraprestación económica, para unha estancia de curta duración, amobladas e equipadas en condicións de inmediata dispoñibilidade e coas características previstas neste decreto. A cesión deste tipo de vivendas será da totalidade da vivenda, sen que se permita a cesión por estancias, de conformidade co disposto no artigo 5.e) da Lei 29/1994, do 24 de novembro, de arrendamentos urbanos”.

2.1.1 Cesión do uso da vivenda

O Decreto galego 12/2017 exige que o arrendamento para uso turístico sexa da totalidade da vivenda e exclúe explicitamente a cesión por cuartos¹⁹, en consonancia coa case totalidade da normativa sectorial, que non inclúe no arrendamento de vivendas para uso turístico que sexa para cesión de estancias, cumprindo co disposto pola LAU na materia, que exige de xeito explícito que a cesión sexa da “totalidade da vivenda”²⁰.

Só unhas poucas regulacións sectoriais admiten a cesión de cuartos. Así se prevé polo artigo 5.1 do Decreto andaluz 28/2016, que diferencia entre vivendas con fins turísticos completas, cando a vivenda se cede na súa totalidade, e por cuartos, casos en que a persoa propietaria debe residir nela²¹. Esta última exigencia é prescrita polo artigo 54 da Lei de turismo do País Vasco 13/2016, no que se regula o aloxamento en cuartos de vivendas particulares para uso turístico, cando a vivenda particular é o lugar de residencia efectiva da persoa titular, separadamente da cesión de vivendas completas para uso turístico do artigo 53 do mesmo texto legal. En cambio, a regulación asturiana admite a cesión por cuartos sen necesidade de que o propietario da vivenda resida nela, tal como prevé o artigo 12.1 do Decreto 48/2016, que tamén se refire á modalidade de cesión íntegra da vivenda. A pesar de que esta última normativa non exige que o propietario resida na vivenda, é habitual que conviva cos usuarios do seu inmovible, aos que mesmo é frecuente que acompañe nas visitas turísticas, ademais doutros servizos turísticos que lles poida prestar.

Non obstante, o Decreto galego 12/2017 aposta por un alugueiro turístico da totalidade da vivenda, claramente diferenciado doutras fórmulas de aloxamento turístico por cuartos, tal é o caso das pensións, que xa existían e para as que xa había regulación específica, na que as exigencias de calidade nada teñen que ver coas requiridas pola normativa obxecto de estudo neste traballo.

2.1.2 A habitualidade da actividade turística. Duración das estancias

Sinala o Decreto galego 12/2017 que a cesión da vivenda a terceiras persoas debe facerse de forma reiterada, para estancias de curta duración que, en todo caso, deben ser por tempo inferior a trinta días consecutivos, dúas ou máis veces dentro do período dun ano (artigos 5.1 e 2).

A totalidade das normativas autonómicas exigen habitualidade no desempeño desta actividade turística, e así se plasma no artigo 66 do Decreto catalán 159/2012, que considera cesión

reiterada cando a vivenda se cede dúas ou máis veces no mesmo ano por períodos de tempo continuo igual ou inferior a 31 días. Así mesmo, no artigo 2 do Decreto canario 113/2015, que establece que a cesión da vivenda debe facerse dúas ou máis veces dentro do período dun ano ou unha vez ao ano, pero en repetidas ocasións; e no artigo 3.2 do Decreto madrileño 79/2014, que entende por habitualidade o exercicio da actividade turística durante un período mínimo de tres meses continuados durante o ano natural²². Outras regulacións sectoriais, non obstante, fixan como criterios que determinan a habitualidade que se facilite o aloxamento por tempo inferior a un mes e, polo menos, unha ou máis veces e por tempo máximo ao ano e que a oferta da vivenda se faga a través de canles turísticas²³. O Decreto galego 12/2017, en cambio, limita a pauta da habitualidade a que haxa cesión da vivenda, tal como sinalabamos, dúas ou máis veces dentro do período dun ano en estancias de curta duración, inferior a trinta días consecutivos, sen que se faga alusión ás canles de oferta turística.

Tendo en conta os diferentes períodos de cesión das vivendas de uso turístico marcados polas distintas normativas sectoriais, cabería formularse se tales prácticas turísticas son ou non compatibles con que o propietario da vivenda teña nela a súa residencia habitual nos tempos en que non a teña arrendada. O Decreto madrileño 79/2014 sinala no seu artigo 3.1 que a prestación do servizo de aloxamento en vivendas de uso turístico se exercerá de forma profesional e habitual, para engadir no artigo 6 que as vivendas de uso turístico non se poderán utilizar como residencia permanente. Non parece, a pesar da falta de claridade do precepto, que a prohibición que contén se refira ao propietario da vivenda, senón máis ben ao usuario que a arrende, e así se recolle de xeito moi preciso no artigo 17.3 do Decreto asturiano cando sinala que os aloxamentos turísticos regulados nesta norma non se poden converter en residencia principal nin secundaria das persoas usuarias turísticas en ningún caso. Noutras regulacións sectoriais especificábase que a condición de vivenda de uso turístico lle impide á persoa titular alegar a condición de domicilio para os efectos de impedir a actuación inspectora das autoridades competentes²⁴.

Á vista das referencias normativas que conteñen algúns decretos turísticos, creo que é posible concluír o recoñecemento que se fai da compatibilidade do exercicio da actividade turística nunha vivenda coa fixación nesta da residencia habitual do seu propietario, que poderá compatixarse, así mesmo, co arrendamento de tempada da LAU cando os períodos de cesión da vivenda de uso turístico superen os límites marcados pola regulación autonómica. En Galicia, en concreto, cando a estancia vacacional sexa superior a trinta días consecutivos xa non queda suxeita ao Decreto turístico, sen prexuízo de que poida acollerse ao arrendamento de tempada da LAU.

2.1.3 A comercialización das vivendas de uso turístico

A comercialización das vivendas de uso turístico en Galicia poderá ser feita, tal como sinala o artigo 5.1 do Decreto galego 12/2017, polas empresas turísticas que, de xeito habitual e profesional, prestan servizos, mediante contraprestación económica, no ámbito da actividade turística de aloxamento, restauración e intermediación ou en relación con calquera outro tipo de servizos que puidesen ser cualificados como turísticos pola Administración autonómica galega (artigo 33.1 da Lei 7/2011, do 27 de outubro, do turismo de Galicia). Tamén a poderán facer os propios propietarios da vivenda²⁵ ou a persoa física ou xurídica que os represente, o que constitúe unha peculiaridade da normativa galega, compartida coa catalá.

Non se refire, en cambio, o Decreto galego ás canles de oferta turística como o modo para realizar a comercialización e promoción das vivendas de uso turístico. Tampouco o Decreto catalán 159/2012 alude a elas e o Decreto madrileño 79/2014 queda nunha simple mención²⁶, sen pararse a concretar o que debe entenderse por tal expresión. Outras normativas autonómicas, non obstante, sinalan que a promoción ou comercialización das vivendas de uso turístico debe facerse a través das canles de oferta turística, que non definen, limitándose a incluír no concepto as axencias de viaxes, centrais de reserva ou outras empresas de mediación e organización de servizos turísticos, incluídas as canles de intermediación virtuais, así como a inserción de publicidade nos espazos dos medios de comunicación social relacionados coas viaxes e estancias en lugares distintos dos do ámbito habitual dos turistas, tal como se recolle no artigo 2.b) do Decreto aragonés 80/2015²⁷.

Sobre o particular, certa doutrina sinala a conveniencia de facer unha delimitación pormenorizada das canles de oferta turística e estima a necesidade de recoller unha listaxe taxada que englobe o maior número de opcións e que non se limite a vías que tomen como eixe central a figura de Internet²⁸. Aduce para iso que, debido a que os mecanismos de publicidade e de contacto co turista que busca un aloxamento son múltiples, cómpre ofrecer unha delimitación ampla ao respecto²⁹. Non obstante, confeccionar listas pechadas dos medios de promoción das vivendas de uso turístico pode xerar máis problemas que solucións, por tratarse dun campo en continua expansión que convertería en obsoleto calquera intento de listaxe delimitada.

Por iso, o criterio flexible e amplo adoptado polo Decreto galego 12/2017 constitúe unha solución acertada. Optouse por omitir toda referencia ás canles de oferta turística como únicos instrumentos de comercialización e promoción das vivendas de uso turístico, co que se consegue evidenciar que existen tres formas diferentes de comercialización destas; por un lado, a comercialización poderá facerse a través de empresas turísticas (axencias de viaxes, centrais de reservas ou outras empresas de mediación e organización de servizos turísticos); por outro lado, poderán ser os propios propietarios, como persoas físicas, os que dean a coñecer o seu inmovible a través de blogs ou páxinas web creadas por eles mesmos; finalmente, tamén poderán comercializar estas vivendas certas persoas xurídicas que non teñan a consideración de empresas turísticas, tales como inmobiliarias ou plataformas de comercialización, onde colocar unha oferta que chega a un elevado número de potenciais usuarios.

2.1.4 A finalidade lucrativa

Por tratarse dun contrato de arrendamento³⁰, a cesión do uso da vivenda por terceiras persoas para fins turísticos farase a cambio dunha contraprestación económica, tal como se recolle no artigo 5.1 do Decreto galego 12/2017³¹, sen concretar o réxime de prezos e reservas³².

En cambio, nas demais regulamentacións sectoriais fanse diferentes especificacións para perfilar a necesidade de que os prezos se expoñan en cada vivenda en lugar visible, para engadir nalgún caso que se entenderá que inclúen as subministracións de auga, enerxía e climatización, así como o uso de roupa de cama e baño e limpeza de cuartos (artigo 19 do Decreto madrileño e artigo 8 do Decreto andaluz). Noutros textos sinalase que a súa contía será libre (artigo 11 do Decreto aragonés), ou ben que non se poderán cobrar prezos superiores ou por conceptos diferentes dos solicitados ou ofertados (artigo 11 do Decreto canario e 30 do Decreto de Castela e León). Tamén se especifica nalgunha regulamentación que os prezos non poden vulnerar a

normativa de protección dos consumidores e usuarios (artigo 21 do Decreto asturiano), como tamén consta no texto galego.

2.2 Réxime xurídico e de funcionamento das vivendas de uso turístico

Todas as normativas sectoriais exigen, sen excepción, a presentación dunha declaración responsable de inicio de actividade coa que comeza todo o proceso encamiñado á obtención da condición de vivenda de uso turístico. O rexistro de entrada que se plasma na declaración acredita que se cumpriu coa obriga de presentar a declaración responsable e habilita para poder exercer no inmovible a actividade turística de forma regulada³³.

2.2.1 Obrigatoriedade da presentación da declaración responsable de inicio de actividade

Para o inicio da actividade turística na modalidade de vivendas de uso turístico, exige o artigo 41 do Decreto galego 12/2017, con carácter obrigatorio, a presentación dunha declaración responsable de inicio de actividade³⁴, subscripta polo propietario ou persoa física ou xurídica que o represente, ante a área provincial da Axencia Turismo de Galicia en que radique a vivenda, tras pagar as taxas correspondentes, que ascenden a 56,26 € e que se pagarán unha soa vez.

A declaración responsable debe conter os datos da vivenda e da súa capacidade máxima, os datos da persoa propietaria, un número de teléfono en que se atenderán posibles incidencias dos usuarios as 24 horas do día e os datos da persoa ou empresa que comercialice a vivenda cando non sexa o propietario quen o faga. Acompañarase do documento acreditativo da personalidade xurídica do solicitante, do título ou contrato que probe a libre dispoñibilidade da vivenda polo seu propietario, do título suficiente para a comercialización da vivenda, así como da licenza de primeira ocupación ou cédula de habitabilidade³⁵ ou certificado final de obra expedido por persoal técnico competente³⁶ e do seguro de responsabilidade civil do propietario que cubra os riscos dos usuarios do establecemento por danos corporais, danos materiais e os prexuízos económicos derivados do desenvolvemento da actividade turística³⁷.

Os expedientes enviaranse á Axencia Turismo de Galicia, cuxa área provincial inscribirá de oficio o establecemento no Rexistro de Empresas e Actividades Turísticas da Comunidade Autónoma de Galicia (REAT)³⁸ e emitirá un documento que acredite tal inscrición, salvo que se omitisen datos ou documentos de carácter esencial, ou que se desprenda da declaración responsable que non reúne os requisitos exixidos polo decreto. A inscrición notificaráselle á persoa interesada no prazo de 15 días contados desde a data de entrada da declaración responsable no rexistro da área provincial correspondente da Axencia Turismo de Galicia.

A presentación da declaración responsable habilita para o exercicio da actividade turística de vivenda de uso turístico³⁹, aínda que non exime o propietario ou persoa ou empresa que comercialice a vivenda da obriga de obter as autorizacións, permisos, licenzas ou informes que establezan as distintas normativas sectoriais e municipais.

Se a declaración responsable, tal como sinala o artigo 42.2 do Decreto galego 12/2017, contén algunha deficiencia ou omisión de carácter esencial nos datos ou manifestacións, ou non vai acompañada da documentación exixida, requirirase a persoa interesada para que, nun prazo de 10 días, emende o defecto e, se non o fai, estará imposibilitada para o exercicio da actividade, sen prexuízo das posibles responsabilidades penais, civís ou administrativas que se poidan

xerar. Darase, ademais, audiencia á persoa interesada e a Dirección da Axencia Turismo de Galicia ditará unha resolución. Se esta resolución declarase a inexactitude, falsidade ou omisión, de carácter esencial, dos datos declarados, ou que non se achegou a documentación exixida, ou o incumprimento dos requisitos aplicables, determinará a baixa da vivenda de uso turístico e a cancelación da súa inscrición no Rexistro de Empresas e Actividades Turísticas da Comunidade Autónoma de Galicia. Así mesmo, impediralle ao interesado presentar unha nova declaración responsable co mesmo obxecto no prazo fixado na propia resolución, que será de entre dous e seis meses, sen prexuízo de que tamén poida imporlle a obriga de restituír a situación xurídica ao momento previo ao exercicio da actividade⁴⁰.

2.2.2 Requisitos e servizos mínimos das vivendas de uso turístico

Aínda que todas as comunidades autónomas participaron na elaboración dunhas bases homoxéneas para a determinación das prestacións que deben ofrecer as vivendas de uso turístico, o certo é que, comparativamente, o decreto galego é menos restritivo que a normativa sectorial doutras comunidades autónomas, pois non exige requisitos como o establecemento dun mínimo de cuartos ou estancias, ou o servizo wifi, ou utensilios ou equipamento específico, ou información en castelán e inglés, que si requiren outras regulacións⁴¹.

Os requisitos e servizos mínimos exixidos en Galicia son de carácter xenérico ao establecer que as vivendas de uso turístico deben estar suficientemente amobladas e dotadas do enxoval e aparellos necesarios para a súa utilización inmediata –non se especifica o número de mobles nin a súa clase–, en perfectas condicións hixiénicas⁴². A comercializadora do establecemento poderá presentarlle ao usuario, ao comezo da estancia, un inventario detallado do mobiliario, aparellos e complementos⁴³, podendo realizarse unha comprobación ao remate da estancia.

Necesariamente, as vivendas de uso turístico deben contar con calefacción⁴⁴ en todas as dependencias, que deberá funcionar os meses de outubro a maio⁴⁵, cun número de teléfono 24 horas para resolver posibles incidencias do usuario⁴⁶ e con servizo de asistencia e mantemento da vivenda⁴⁷. Así mesmo, deben exhibir en lugar visible un rótulo informativo da dispoñibilidade das follas de reclamación de turismo –que se entregarán aos usuarios de forma inmediata cando as soliciten– e da copia da declaración responsable de inicio de actividade⁴⁸.

É preciso, ademais, que se cumpra coa normativa sobre promoción da accesibilidade e supresión de barreiras arquitectónicas prevista para os edificios de uso privado⁴⁹. O Decreto galego 12/2017 non prevé, en cambio, a necesidade de que na porta de entrada de cada vivenda de uso turístico deba exhibirse, en lugar visible, unha placa distintiva⁵⁰, a diferenza do que acontece noutras comunidades autónomas⁵¹. Esta disparidade pode responder á intención do redactor de marcar diferenzas co resto de establecementos turísticos⁵², aos que se lles exige que cumpran determinadas normativas cunhas exixencias moi concretas de calidade, que non se requiren ás vivendas de uso turístico. A placa distintiva convértese así nun selo de calidade que de ningún xeito se lle recoñece no texto ás vivendas de uso turístico, ás que unicamente se lles exixen uns mínimos de calidade que non poden homologarse aos doutros aloxamentos turísticos, para os que as exixencias legais son moito máis estritas e exixentes.

2.2.3 Réxime de funcionamento

As vivendas de uso turístico galegas poderán dispor de normas de réxime interior que establezan regras de obrigado cumprimento para as persoas usuarias durante a súa estancia sen que, en ningún caso, poidan supor discriminación por razón de nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou outra circunstancia persoal ou social⁵³.

As normas de réxime interior, que estarán visadas pola Administración turística e á disposición dos usuarios nun lugar visible da vivenda, poderán determinar as condicións de admisión, as regras de convivencia e funcionamento, así como todo aquilo que permita e favoreza o uso normal das instalacións, equipamentos e servizos, sen que poidan contravir o disposto na lexislación vixente. Chama a atención que o Decreto galego 12/2017 tan só faculte o explotador da vivenda de uso turístico para establecer un regulamento de réxime interno e para incluír nel as mencionadas especificacións⁵⁴ e, non obstante, sería conveniente que se exixise un documento que contivese unhas mínimas normas de uso das instalacións da propia vivenda e de convivencia, que evitaría infinidade de problemas e favorecería a normal e pacífica convivencia entre os usuarios e os veciños do inmovible.

Prevese, non obstante, no texto galego que no caso de que o usuario atente contra as regras básicas de convivencia, que non especifica, ou incumpra as ordenanzas municipais ditas para o efecto, a persoa titular da propiedade ou a persoa que se encargue da súa xestión debe requirir o usuario para que abandone a vivenda⁵⁵. Esta solución debería adoptarse, tamén, nos casos en que o usuario non desocupe a vivenda despois de expirar o prazo contratado, sen prexuízo de acudir á Policía se fose necesario. Trátase dunha medida que reduce drasticamente os prazos para facer efectivas as consecuencias do incumprimento das normas de convivencia da comunidade de propietarios, en consonancia co carácter turístico da actividade. Así mesmo, favorece o desaloxo da vivenda unha vez transcorrido o prazo convidado, fronte ás disposicións que se adoptan en virtude de resolución xudicial nos arrendamentos civís, que normalmente se dilatan no tempo, polo que, ao final, aquela medida resulta máis eficaz.

Si se exige, en cambio, con carácter obrigatorio, levar libros de rexistro e partes de entrada de viaxeiros, de igual modo que no resto de establecementos turísticos, que deberán remitirse á Policía⁵⁶—desta forma tense constancia dos transeúntes, con particular transcendencia nos casos que acabamos de referir de incumprimento das normas de réxime interior e de convivencia no inmovible e de falta de desaloxo expirado o prazo contratado— e á Garda Civil. Non se exige, en cambio, que as partes deban asinar contrato ningún, porque a cesión turística da vivenda pode facerse verbalmente, sendo necesario que se plasme por escrito cando algunha delas así o solicite.

2.2.4 Situación das vivendas de uso turístico. Limitacións urbanísticas e estatutarias

Existen limitacións ás vivendas de uso turístico tanto polos usos do solo, de acordo coas normas urbanísticas, como polas propias normas de funcionamento da comunidade de propietarios en que estea situado o establecemento turístico⁵⁷. Trátase, quizais, xunto coa cuestión de se o arrendamento de vivendas de uso turístico debe ser da totalidade do inmovible ou é

admisible por cuartos, dunha das previsións normativas que provocan maior contestación entre os propietarios destas.

2.2.4.a Limitacións urbanísticas

O Decreto galego 12/2017, que na súa redacción final engade, acertadamente, dous novos apartados ao artigo 5, cos números 6 e 7 –que non estaban incluídos no Proxecto de Decreto de 2016 polo que se establece a ordenación de apartamentos turísticos, vivendas turísticas e vivendas de uso turístico na Comunidade Autónoma de Galicia–, deixa á autonomía municipal a posibilidade de establecer limitacións ao establecemento de vivendas de uso turístico. Así mesmo, regula con certa pormenorización a cualificación do ámbito das vivendas de uso turístico.

En Galicia estarán situadas en solo de uso residencial e só poderán estar situadas en solo de uso distinto ao residencial cando a normativa urbanística o permita⁵⁸. Os concellos galegos poderán establecer limitacións en canto ao número máximo de vivendas de uso turístico por edificio ou por sector. No caso de que a vivenda estea situada en solo rústico, unicamente poderán ter a condición de vivenda de uso turístico as edificacións legalmente existentes⁵⁹.

En xeral, as demais normativas autonómicas non inciden significativamente nos aspectos urbanísticos relacionados coa situación das vivendas de uso turístico⁶⁰. Excepcionalmente, a normativa canaria 113/2015, que prohíbe o alugueiro vacacional en solos, zonas e urbanizacións turísticas, é especialmente concreto na materia, establecendo que unicamente se aplicará o Decreto regulador das vivendas vacacionais ás edificadas de acordo coa normativa urbanística e ás determinacións do planeamento sobre usos do solo e a edificación, quedando expresamente excluídas do seu ámbito de aplicación as edificacións situadas en solos turísticos que se atopen dentro das zonas turísticas ou das urbanizacións turísticas, así como as vivendas situadas en urbanizacións turísticas ou en urbanizacións mixtas residenciais turísticas⁶¹.

2.2.4.b Limitacións estatutarias

Non se poderá dedicar unha vivenda ao uso turístico se está prohibida polos estatutos da comunidade de propietarios debidamente inscritos no Rexistro da Propiedade, en edificios sometidos ao réxime de propiedade horizontal⁶².

Cabe recordar que o artigo 7.2 da Lei de propiedade horizontal sinala que ao propietario e ao ocupante do piso ou local en réxime de propiedade horizontal non lles está permitido desenvolver nel ou no resto do inmovible actividades prohibidas nos estatutos, mesmo cando se tivese conseguido unha autorización administrativa para o desenvolvemento da actividade. En consecuencia, salvo que os estatutos da comunidade de propietarios prohiban expresamente aos propietarios do inmovible o uso das vivendas para fins turísticos, poderán dedicarse os pisos en réxime de propiedade horizontal a actividades desta índole.

Agora ben, é posible que os estatutos comunitarios non conteñan previsión ao respecto, caso en que as posibilidades de que se plasme tal prohibición unha vez iniciada a actividade turística son mínimas cando algún dos propietarios quixese destinar a súa vivenda a fins turísticos. A razón non é outra que a necesidade de que unha modificación dos estatutos da comunidade de propietarios se realice, segundo o artigo 17.6 da Lei de propiedade horizontal, por unanimidade do total dos propietarios que, á súa vez, representen o total das cotas de participación. Debemos ter en conta que entre os propietarios que voten o acordo se atopará o propietario da vivenda de uso turístico, que, loxicamente, non votará a favor da prohibición. En consecuencia,

aínda que o redactor do Decreto galego 12/2017 puxo en mans das comunidades de propietarios un instrumento que lles permita limitar o exercicio da actividade turística nas vivendas do inmovible, o certo é que, dada a redacción da Lei de propiedade horizontal, os límites á actividade turística son difíciles de incluír nos estatutos da comunidade⁶³.

Hai que ter en conta que, fundamentalmente en Cataluña, os problemas de convivencia entre os turistas que optan por esta modalidade de aloxamento e os veciños dos inmobles adquiriron importantes dimensións. A xurisprudencia viña considerando que esta actividade turística tiña a connotación de molesta⁶⁴, pero este criterio xurisprudencial variou na STSX de Cataluña do 19 de maio de 2016⁶⁵, que considera que o uso turístico das vivendas non supón unha actividade contraria á convivencia normal nunha comunidade de veciños⁶⁶, ao establecer no seu FX 4.º que “non pode concluírse en abstracto que a existencia de vivendas de uso turístico supón unha actividade contraria á convivencia normal na comunidade, senón que é necesario que o uso que se fai poida tacharse de anómalo ou antisocial, como consecuencia dunha serie de condutas ou actuacións que merezan a consideración de incívicas. Aínda que esta análise deberá producirse caso por caso”⁶⁷, o que permitirá manter un difícil equilibrio entre os intereses dos propietarios que queiran dedicar á actividade turística a súa vivenda e os dos veciños do inmovible que, en moitas ocasións, sofren as consecuencias negativas da existencia dunha vivenda destinada a fins turísticos dentro da comunidade, entre outras, os rúidos ou o desgaste ou mal uso dos elementos comúns polos turistas ou, mesmo, a perda de valor da súa vivenda no mercado inmobiliario⁶⁸.

3 O ARRENDAMENTO DE TEMPADA

Malia que o artigo 3.2 da LAU sinala que terán a consideración de arrendamento para uso distinto do de vivenda “os arrendamentos de predios realizados por tempada, sexa esta de verán ou calquera outra”, é o artigo 3.1 do mesmo texto legal o que define o arrendamento de tempada como aquel que, recaendo sobre predios, teña como destino primordial un distinto do de satisfacer a necesidade permanente de vivenda do arrendatario.

3.1 Caracterización do arrendamento de tempada

O contrato de arrendamento de tempada, polo que o propietario lle cede o uso do seu inmovible ao arrendatario por un prezo, presenta diversos trazos singulares que o diferencian do contrato de aloxamento turístico, á vez que determina para as partes un réxime de dereitos e deberes que non se establecen nos contratos de cesión de vivendas turísticas. Neste sentido, por ser particularmente significativas, cabería referirse á obriga do arrendatario de tempada de satisfacer a fianza (artigo 36 da LAU de 1994), así como ao dereito de adquisición preferente (artigo 31 da LAU de 1994), salvo pacto en contrario, en caso de venda da vivenda arrendada⁶⁹; tamén á obriga do arrendador de realizar as reparacións que precise a vivenda (artigos 30 e 21 da LAU de 1994), que adoitan facerse fóra de tempada, e á facultade que ten para resolver o contrato por falta de pagamento da renda ou por incumprimento polo arrendatario das súas obrigas (artigos 35 e 21 da LAU de 1994).

3.1.1 Cesión do uso da vivenda

Por tratarse dun contrato de arrendamento, o de tempada ten por obxecto a cesión do uso do inmovible, tamén con carácter temporal e oneroso, a cambio dun prezo, como acontece nos aloxamentos turísticos, tal como examinamos. Non obstante, a diferenza destes, no arrendamento de tempada é suficiente con entregar a vivenda –sen que a entrega deba referirse a un inmovible cunhas dependencias que deban reunir unhas características determinadas de acondicionamento previstas na normativa autonómica turística–, e o propietario non ten obriga de prestarlle ao arrendatario servizo ningún complementario de carácter turístico.

Ademais, dado que habitualmente os contratos de tempada se asinan, precisamente, durante a tempada de verán, é posible que o propietario da vivenda fixe nela a súa residencia habitual⁷⁰. En Galicia, tendo en conta a flexibilidade da regulación autonómica das vivendas de uso turístico, na mesma vivenda o propietario tamén poderá realizar a actividade turística de explotación do inmovible sempre que a duración máxima da estancia sexa inferior a trinta días consecutivos, dúas ou máis veces durante o mesmo ano, tal como estudamos anteriormente. Desta forma, as posibilidades de uso e explotación das vivendas polos seus propietarios aumentan de forma significativa, sempre que se cumpra coas previsións recollidas na LAU, no Código civil e na normativa sectorial.

3.1.2 Significado do termo “tempada”. A finalidade do contrato

A temporalidade desta modalidade arrendaticia non se refire a que a duración do contrato deba ser breve, como acontece nos aloxamentos turísticos, senón que ten que ver coa finalidade perseguida coa celebración deste, que non pode ser a de satisfacer a necesidade permanente de vivenda do arrendatario⁷¹, propia do arrendamento de vivenda do artigo 2 da LAU, porque, como dicíamos, o contrato que nos ocupa é o dos arrendamentos para uso distinto do de vivenda do artigo 3 da LAU.

A doutrina, ao comentar a LAU de 1964⁷², xa sinalaba que o concepto de temporalidade non aparecía con precisión, pero que a referencia que o artigo 2.1 do citado texto legal facía á “tempada de verán ou calquera outra” parecía indicar a intención de que se considerase arrendo de tempada o destinado a satisfacer necesidades do arrendatario de carácter non permanente ou de duración ocasional, xa limitado a un período de duración inferior ao ano, como por exemplo algunhas das estacións naturais, ou a unha campaña industrial ou agrícola, ou a unha sucesión de tales períodos de tempo.

No mesmo sentido manifestábase a xurisprudencia, en concreto, a STS do 19 de febreiro de 1982⁷³, que no seu considerando 2.º establecía:

“Que a nota esencial que caracteriza os arrendamentos de temporada a que se refire, no seu número 1.º o artigo 2.º da LAU para excluílos das normas reguladoras desta, e quedar suxeitos, unicamente, ao expresamente pactado e ás leis comúns, é a de terse convido o uso e desfrute, mediante o pagamento da renda correspondente, dunha vivenda ou local de negocio durante un prazo concertado en atención non á necesidade permanente que o arrendatario teña de ocupar aquela para que lle sirva de habitual residencia familiar ou un local onde establecer con carácter permanente un negocio ou industria, senón para desenvolver dunha maneira accidental e en épocas determinadas estas actividades negociais ou para habitar transitoriamente e por razóns diversas, debendo entenderse este requisito de «temporalidade» dun xeito amplo e flexible cando claramente se infira que o uso e a ocupación de que o inmovible é obxecto responde

a exixencias circunstanciais, esporádicas ou accidentais determinantes do contrato e elevadas expresamente á condición de causa polas partes, como sucede neste caso, e non á necesidade de habitar permanentemente ou da adecuada instalación do negocio ou industria do ininterrompido desenvolvemento, xa que o requisito da temporalidade da ocupación garda relación non co prazo de duración simplemente cronolóxico, senón coa finalidade a que vai encamiñado o arrendamento determinante da súa ocupación”.

Coa LAU de 1994 o sentido do termo “tempada” non variou, e así o recolle no artigo 3.2, porque, “para que o contrato poida ser cualificado como de tempada, requírese que a razón ou a causa da ocupación da vivenda non sexa a de atender ou satisfacer a necesidade permanente que o arrendatario teña de ocupala para que lle sirva de habitual residencia familiar, senón a de atender exixencias circunstanciais, esporádicas ou accidentais”, tal como sinala a SAP de Asturias do 9 de abril de 2001⁷⁴ no seu FX 2.º, que segue o criterio xurisprudencial común ás sentenzas do Tribunal Supremo e das audiencias provinciais, interpretando o requisito da temporalidade dun modo amplo e flexible⁷⁵. Pero cunha diferenza importante respecto da LAU de 1964, porque, aínda que esta última se refería aos predios cuxo arrendatario os ocupe unicamente pola tempada de verán ou calquera outra, a LAU de 1994 alude aos arrendamentos de predios urbanos asinados por tempada, sexa esta de verán ou calquera outra. Se na LAU de 1964 era determinante o período efectivo de ocupación do predio, conforme a LAU de 1994, prima o prazo pactado polas partes no momento de asinar o contrato, en clara consonancia coa LAU de 1946⁷⁶, porque para cualificar un contrato de arrendamento como de tempada deberá atenderse á vontade das partes plasmada no contrato. Neste sentido, sinala a xurisprudencia que a causa da temporalidade ten que constar no contrato e, tal como expresa a SAP de Barcelona do 1 de xuño de 2004⁷⁷ no seu FX 2.º:

“Debe ser real e verdadeira a razón pola que se ocupa a vivenda circunstancialmente como residencia transitoria. Non basta concertar o contrato por un prazo breve coincidente cunha tempada do ano para cualificalo conforme o artigo 3.2 LAU, que expresamente recolle o concepto de arrendamento para uso distinto do de vivenda”.

Do mesmo modo, asinado un contrato de arrendamento por un prazo superior ao de tempada, aínda que a ocupación efectiva do inmovible sexa por un período inferior, se esta cobre a necesidade permanente de vivenda do arrendatario, o arrendamento será de vivenda e non de tempada⁷⁸, como o é tamén o contrato que, aínda que temporal, satisfai a referida necesidade permanente de vivenda do arrendatario, e así o recolle a SAP de Las Palmas do 7 de febreiro de 1997⁷⁹.

O certo é que a cualificación do contrato de arrendamento de tempada non deriva do prazo concertado, nin de como se fixou a duración do arrendamento, nin da forma establecida para o pagamento da renda, senón da finalidade da ocupación⁸⁰, isto é, que se destine a un uso accidental e en épocas determinadas por razón de circunstancias distintas da instalación da residencia permanente e domicilio habitual. Por exemplo, que a ocupación da vivenda sexa con “carácter temporal e puntual” por razón de ter que desprazarse á localidade para poder atender mellor os seus pais⁸¹, ou “nos meses de verán, Nadal, outras festividades e algunhas fins de semana”⁸², ou “na época de verán, nas fins de semana e en ocasións similares”⁸³. De todos os xeitos, sinala a doutrina, se o prazo é inferior a un ano, presúmese que se trata dun arrendamento de tempada⁸⁴.

Pero, que sucede nos supostos en que no momento do arrendamento de tempada as partes pactan que a duración do contrato será por máis dunha tempada, isto é, que o arrendatario ocupará a vivenda en anos sucesivos na mesma época do ano, por exemplo, durante o verán? A doutrina, acertadamente, móstrase favorable a considerar que no caso formulado habería arrendamento de tempada, porque o uso do predio se pacta por unha determinada tempada do ano, que se estende a varias tempadas⁸⁵ en anos sucesivos, baseándose na xurisprudencia ditada sobre o particular vixente a LAU de 1964⁸⁶, que aínda se segue na actualidade, e así o confirma a SAP de Málaga do 16 de febreiro de 2001⁸⁷, cando cualifica de contratos de arrendamento de tempada os subscritos sucesivamente durante catro anos porque “a sucesión dos distintos contratos de arrendo non determina por si soa o carácter de domicilio habitual do apelante”.

Distinto sería o suposto formulado pola SAP de Málaga do 19 de xullo de 2001⁸⁸, no que se asinou un contrato de arrendamento de vivenda que se foi renovando sucesivamente durante máis de dez anos, sen que a súa finalidade fose “vacacional, de recreo, ou de conveniencia, comodidade ou capricho”, sendo ocupado polo inquilino de modo permanente como lugar de residencia habitual, pois tiña a vivenda “á súa enteira disposición” todo o ano, como indica a propia resolución xudicial no seu FX 2.º, o que impide a súa cualificación como arrendamento de tempada, malia ser titulado como tal o propio contrato en discusión.

3.2 Diferenzas co contrato de aloxamento turístico

Ademais de distinguirse pola normativa aplicable a un e outro contrato –ao arrendamento de tempada a Lei de arrendamentos urbanos e o Código civil, e ao contrato de aloxamento turístico a normativa sectorial respectiva–, polo obxecto sobre o que recae o contrato –no arrendamento de tempada unha vivenda que non ha de ter unhas características físicas e de equipamento concretas, que si se lle exigen á que constitúe o obxecto do contrato turístico– e pola falta de prestación de servizos complementarios polo arrendador no arrendamento de tempada, que si se prestan no contrato de aloxamento turístico, tal como estudamos anteriormente, ambos os dous tipos contractuais mostran importantes diferenzas que pasamos a considerar.

Para poder formalizar un contrato de arrendamento de tempada basta con ter a titularidade dun inmovible, sen que sexa necesario facer declaración de inicio de actividade ningunha ou inscribirse nalgún rexistro administrativo ou contar con algún tipo de autorización ou licenza, que si se lle exigen ao propietario que queira asinar un contrato de aloxamento turístico con anterioridade ao inicio da actividade.

En canto á duración do contrato, aínda que en ambos os dous contratos será a que as partes acordasen libremente, no arrendamento de tempada será por un prazo breve, de tempada, que non implique a satisfacción da necesidade permanente de vivenda do arrendatario, sen que a LAU estableza prazo mínimo ou máximo ningún, a diferenza da normativa que regula o contrato de aloxamento turístico, que establece, con carácter xeral⁸⁹, que a duración do contrato non poderá exceder certo tempo.

Polo que se refire á forma do contrato, rexe o principio de liberdade de forma para o arrendamento de tempada, o que implica que pode realizarse oralmente ou por escrito, igual que o contrato de aloxamento turístico, coa particularidade neste último de que á entrada do usuario debe cubrirse un parte de entrada de viaxeiros, no que deben plasmarse os datos do establecemento (NIF, nome do establecemento, municipio e provincia) así como os datos do usuario (DNI ou pasaporte, nome e apelidos, sexo, data de nacemento, nacionalidade e data de entra-

da). Ademais, figurará nesta folla-rexistro a data en que se cobre, o selo do establecemento e a sinatura do viaxeiro.

Por outro lado, no contrato de arrendamento de tempada o arrendador non ten obriga de contratar un seguro de responsabilidade civil, que si se lle exige no contrato de aloxamento turístico. Así mesmo, este último comercialízase e promóvese a través de diferentes canles de oferta turística –posibilidade allea ao contrato de arrendamento de tempada–, prevéndose nalgunhas regulacións sectoriais que tamén poida ser comercializado directamente polos propios propietarios.

No contrato de arrendamento de tempada, o arrendatario que non abandona voluntariamente o inmovible finalizado o contrato será desafiuzado; no contrato de aloxamento turístico as medidas que deben seguirse limitáanse, tal como referimos en páxinas precedentes, a pólo en coñecemento da Policía para que poida actuar en consecuencia.

Mentres que o arrendamento de tempada se considera de uso residencial⁹⁰ –polo que só se poderá celebrar en solo destinado a uso residencial–, aínda que sexa por tempadas curtas –de días ou semanas–, polo que non se ve afectado polas prohibicións que, en canto a actividades turísticas, poidan conter os estatutos da comunidade de propietarios en que estea situada a vivenda, o contrato de aloxamento turístico –que só poderá asinarse respectando as exixencias que en materia urbanística establece a normativa autonómica respectiva– vese constringido pola normativa estatutaria que poida existir en canto á propia existencia da actividade turística e ao que nela se prevé sobre actividades molestas no edificio.

4 CONCLUSIÓNS

A exclusión pola Lei 4/2013, do 4 de xuño, do ámbito de aplicación da LAU de 1994 da cesión temporal de uso da totalidade dunha vivenda amoblada e equipada en condicións de uso inmediato, comercializada ou promovida en canles de oferta turística e realizada con finalidade lucrativa, determinou que as comunidades autónomas exercerán a súa competencia exclusiva en materia de vivendas de alugueiro de uso turístico. O Decreto galego 12/2017 inclúe como principal novidade a regulación das vivendas de uso turístico, referida exclusivamente ás vivendas que se aluguen na súa totalidade, en resposta á exixencia contida no novo apartado e) do artigo 5 da LAU de 1994, e por períodos inferiores a 30 días e dúas veces ou máis durante un ano, o que non impide que sexan de aplicación aos arrendamentos vacacionais por tempo superior, que poderán realizarse, as previsións da LAU de 1994.

Singulariza a normativa galega, fronte ao resto de regulacións autonómicas, a excepción da catalá, a previsión que contén sobre a comercialización das vivendas de uso turístico, que en Galicia non só poderá ser realizada a través de empresas turísticas, senón tamén por persoas xurídicas comercializadoras e polos propios propietarios. Esta pluralidade de vías para a promoción e publicidade destes contratos de aloxamento, fiel reflexo do carácter flexible da norma, favorece significativamente a súa realización.

Unha das cuestións máis complexas que xorden é a que se refire aos posibles límites impostos polos estatutos das comunidades de propietarios ao exercicio desta actividade turística. Na práctica, a unanimidade exixida pola Lei de propiedade horizontal para modificalos limita substancialmente as posibilidades de impedir que as vivendas dun inmovible se destinen a usos turísticos. Parece que sería conveniente reformar a Lei de propiedade horizontal para plasmar

nela a existencia de maiorías cualificadas para a adopción de acordos polas comunidades de propietarios referidos a esta materia, a semellanza do Código civil catalán.

Por último, a posibilidade de que o propietario da vivenda poida ter nela a súa residencia habitual, sen prexuízo de poder dedicala tamén a arrendamento de vivenda de uso turístico e a arrendamento de tempada, aumenta de forma significativa as posibilidades de uso e explotación do inmovible polos seus propietarios, sempre que se cumpran os requisitos exixidos tanto na LAU como no Código civil e na normativa sectorial, segundo a modalidade arrendaticia que se considere. Tratándose da cesión de vivendas de uso turístico, a presentación de declaración responsable de inicio de actividade, a súa posterior inscrición no Rexistro de Empresas e Actividades Turísticas da Comunidade Autónoma de Galicia (REAT) e a remisión expresa do Decreto galego 12/2017 á lexislación estatal e autonómica protectora dos consumidores e usuarios en materia de prezos e reservas, redunda nunha maior protección dos usuarios desta modalidade arrendaticia.

5 BIBLIOGRAFÍA

- Artigot Golobardes, M. 2017. «Retos de las viviendas turísticas en Barcelona: entre el mercado y la regulación», *Papeles de Economía Española*, 151, 189-206.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. 2013. «Comentario al artículo 31. Derecho de adquisición preferente», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 6ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters - Aranzadi, 985.
- Berrocal Lanzarot, A.I. 2013. «Análisis de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas», *Revista Actualidad Civil*, 7-8.
- Campuzano Tomé, H. 2015. «El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 749, 1199-1246.
- Carrasco Perera, A. 2012. «Comentarios al Proyecto de Ley de Reforma de los Arrendamientos de Viviendas», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 4, 118-134.
- Castañón Castro, P. 2014. «Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 6 (parte comentario).
- Colina Garea, R. 1998. *El arrendamiento de vivienda por temporada académica*. Barcelona: Cedecs.
- Diario Bez, <http://www.bez.es/983202442/viviendas-turisticas-Espana.html> (05-03-2017).
- González Carrasco, M.C. 2016. «Normativa civil sobre vivienda como impulso del mercado inmobiliario», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2 (parte estudio).
- Guillén Navarro, N.A. e Íñiguez Berrozpe, T. 2015. «Las viviendas de uso turístico en el nuevo entorno p2p. Retos sociojurídicos para el consumo colaborativo en el alojamiento turístico», *Estudios Turísticos*, 205, 9-34.
- Guillén Navarro, N.A. e Íñiguez Berrozpe, T. 2016. «Acción pública y consumo colaborativo. Regulación de las viviendas de uso turístico en el contexto p2p», *PASOS. Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, 14, 3, 751-767.
- Instituto Nacional de Estadística, <http://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?padre=232> (26-05-2017).
- Lindner, A. 2016. «Alquiler de vivienda para uso turístico: desorden legislativo y problemas de competencia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 920 (parte Comentario).
- Martín Faba, J.M. 2016. «Impulso judicial al turismo colaborativo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 18, 113-127.
- Martínez Cañellas, A. 2014. «La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento (de estancias turísticas) en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la Ley del Turismo de las Islas Baleares tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 15, 151-176.
- Ordás Alonso, M. 2013. «Comentario al artículo 3. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 6ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters - Aranzadi, 99-118.

- Recio Ramírez, M.A. 2016. «Aproximación a la tributación del llamado turismo 2.0 en España, en especial las viviendas de uso turístico», *International Journal of Scientific Management and Tourism*, 2, 4, 207-225.
- Rodríguez Aguilera, C. e Peré Raluy, J. 1965. *Derecho de arrendamientos urbanos*, vol. I. Barcelona: Bosch.
- Rojó Ajuria, L. 1995. «Comentarios al artículo 3», *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Civitas.
- Román Márquez, A. 2014. «Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 6.
- Turismo de Galicia, http://www.turismo.gal/espazo-institucional/actualidade/detalle-nova?langId=es_ES&content=nova_1227.html (27-05-2017).
- Unión Hotelera Provincia de Valencia, *La economía colaborativa y la vivienda turística no reglada. El caso de Valencia*. <http://www.hosteleriadegradana.es/wp-content/uploads/2017/02/2017-Informe-Union-Hotelera-003p.pdf> (27-05-2017).
- Vila Marín, F. 2016. «El uso de pisos turísticos no se considera una actividad contraria a la convivencia normal», *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, 164, 36-39.
- Velasco Karst, A. 2016. «La polémica de las viviendas de uso turístico y su dispar regulación», *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, 159, 8-11.
- Xunta de Galicia, http://www.turismo.gal/espazo-institucional/actualidade/detalle-nova?langId=es_ES&content=nova_1227.html (27-05-2017).

NOTAS

- 1 Estas novas formas de aloxamento reciben diferentes denominacións: por exemplo, vivendas de uso turístico en Galicia, Madrid, Cataluña, Asturias, Castela e León e Aragón; vivendas con fins turísticos en Andalucía ou vivendas vacacionais en Canarias.
- 2 A xeneralidade das comunidades autónomas conta actualmente con normativa que regula as vivendas de uso turístico –a excepción de Murcia, Extremadura, Castela-A Mancha, A Ríoxa, e as Cidades Autónomas de Ceuta e Melilla–, existindo importantes diferenzas entre as distintas regulacións, o que é posto de relevo desde a plataforma HomeAway ao destacar a existencia de regulacións flexibles e consensuadas xunto a outras que supoñen a prohibición de facto da actividade, o que os leva a propor que a normativa sexa homoxénea e de fácil cumprimento, que enmarque esta actividade para outorgar maior seguridade xurídica aos propietarios e maiores garantías de calidade aos turistas, e que se faga cunha maior transparencia, e así pode consultarse en <http://www.bez.es/983202442/viviendas-turisticas-Espana.html>.
- 3 Sinala Román Márquez, 2014: § 4 *in fine*, que unicamente cando exista normativa sectorial que prevexa expresamente a figura das vivendas de uso turístico, coas mesmas características contempladas na LAU, a súa regulación quedará excluída desta norma e da figura do arrendamento de tempada, para quedar regulada pola lexislación turística; no caso contrario, seguirá suxeita á lexislación arrendaticia en espera dunha eventual modificación da súa normativa sectorial. No mesmo sentido, Berrocal Lanzarot, 2013: § 1 e Campuzano Tomé, 2015: 1207, 1216 e 1234, que, atendendo ao teor literal do artigo 5.e), afirma que os arrendamentos que quedan excluídos da LAU son só os contratos de arrendamento temporal que encaixen nas lexislacións turísticas das distintas comunidades autónomas, o que xa viña acontecendo na práctica, sinala a autora, con anterioridade a 2013. Esta circunstancia leva a autora a resaltar a inutilidade de engadir o mencionado apartado ao artigo 5 LAU. Anteriormente, Carrasco Perera, 2012: 120-121, tamén criticara a reforma por innecesaria e inoportuna, así como a normativa sectorial a que se remite o novo apartado do artigo 5, por entender que se trata dun “conxunto de regulamentos illadas das comunidades autónomas sobre arrendamentos turísticos, que non conteñen un réxime xurídico civil”.
- 4 Martínez Cañellas, 2014: 155. En contra, Castaños Castro, 2014: § 1, considera que o contrato de hospedaxe é, en puridade, un contrato de servizos en que, a pesar da diversidade de prestacións, a profesionalidade que caracteriza o hostaleiro as converte, a todas elas, en servizos a favor do consumidor.
- 5 Artigot Golobardes, 2017: 189.
- 6 En <http://www.sharingespana.es/media/codigo-principios-buenas-practicas-sharing-espana.pdf> pode consultarse o Código de principios e boas prácticas de plataformas colaborativas.
- 7 *Vid.* <http://www.hosteleriadegradana.es/wp-content/uploads/2017/02/2017-Informe-Union-Hotelera-003p.pdf>.
- 8 Pode consultarse en <http://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?padre=232>. En concreto, no ano 2016 en Galicia, a demanda destes aloxamentos aumentou nun 4,2%, incrementándose nun 46,1% o número de viaxeiros que optaron polos alugueiros turísticos e nun 31,5% as súas pernoitas, tal como publica a Xunta de Galicia en http://www.turismo.gal/espazo-institucional/actualidade/detalle-nova?langId=es_ES&content=nova_1227.html.
- 9 Decreto 55/2005, do 20 de maio, polo que se regulan as vivendas turísticas de vacacións no ámbito da Comunidade Autónoma das Illas Baleares. Actualmente, o contrato de aloxamento en vivendas turísticas en Mallorca, Menorca, Eivisa e Formentera réxese pola Lei 8/2012, do 19 de xullo, de turismo das Illas Baleares, e polo Decreto 20/2015, do 17 de abril. En Formentera, ademais, será de aplicación o Regulamento 1/2015, polo que se regula a comercialización de estancias turísticas en vivendas na illa de Formentera.
- 10 En Cataluña rexe o Decreto 159/2012, do 20 de novembro, de establecementos de aloxamento turístico e de vivendas de uso turístico; na Comunidade de Madrid, o Decreto 79/2014, do 10 de xullo, polo que se regulan os apartamentos turísticos e as vivendas de uso turístico da Comunidade de Madrid; en Aragón, o Decreto 80/2015, do 5 de maio, do Goberno de Aragón, polo que se aproba o Regulamento das vivendas de uso turístico en Aragón; en Canarias, o Decreto 113/2015, do 22 de maio, polo que se aproba o Regulamento das vivendas vacacionais da Comunidade Autónoma de Canarias; en Andalucía, o Decreto 28/2016, do 2 de febreiro, das vivendas con fins turísticos e

de modificación do Decreto 194/2010, do 20 de abril, de establecementos de apartamentos turísticos; no País Vasco, a Lei 13/2016, do 28 de xullo, de Turismo do País Vasco, cuxo artigo 53 está dedicado ás vivendas para uso turístico; en Asturias, o Decreto 48/2016, do 10 de agosto, de vivendas vacacionais e vivendas de uso turístico; e en Castela e León, o Decreto 3/2017, do 16 de febreiro, polo que se regulan os establecementos de aloxamento na modalidade de vivenda de uso turístico na Comunidade de Castela e León.

- 11 O artigo 3 do texto sinala que “teñen a condición de apartamentos turísticos os inmobles integrados en bloques de pisos ou en conxuntos de unidades de aloxamento tales como chalés, *bungalows* e aquelas edificacións semellantes que estean destinadas na súa totalidade ao aloxamento turístico, sen carácter de residencia permanente. Cada unidade de aloxamento estará dotada de instalacións e servizos axeitados para a conservación, elaboración e consumo de alimentos e bebidas”, e o artigo 4 define as vivendas turísticas como “os establecementos unifamiliares illados en que se preste servizo de aloxamento turístico, cun número de prazas non superior a dez e que dispoñen, por estrutura e servizos, das instalacións e do mobiliario axeitado para a súa utilización inmediata, así como para a conservación, elaboración e consumo de alimentos dentro do establecemento”.
- 12 Cabe recordar que o artigo 148.1.18.^a CE sinala que as Comunidades Autónomas poderán asumir competencias na promoción e ordenación do turismo no seu ámbito territorial.
- 13 Lindner, 2016, refírese a plataformas dixitais como Airbnb, que actúan como axencias virtuais conectando persoas que desexan alugar as súas vivendas a turistas con persoas que buscan un aloxamento turístico privado.
- 14 As vivendas de uso turístico inclúense por primeira vez como un novo tipo de aloxamento turístico no artigo 65 bis da Lei 7/2011, do 27 de outubro, de turismo de Galicia. O dito artigo foi introducido pola Lei 12/2014, do 22 de decembro, de medidas fiscais e administrativas, que define as vivendas de uso turístico como as vivendas cedidas a terceiras persoas de forma reiterada e a cambio de contraprestación económica, para unha estancia de curta duración, amobladas e equipadas en condicións de inmediata dispoñibilidade e coas características establecidas por vía regulamentaria.
- 15 No Plan Integral de Turismo de Galicia 2014-2016 xa se contemplaba a ordenación das vivendas de uso turístico.
- 16 Aluden Guillén Navarro e Íñiguez Berrozpe, 2015: 15-18, á aparición das web p2p –Airbnb, Alterkeys, Flipkey, HomeAway, House Trip, Knok, Only Apartements, Wimdu, 9flats– e ás posibilidades de conexión entre usuarios que ofrecen como unha causa que incide de xeito significativo no uso das vivendas de uso turístico. Segundo sinala Lindner, 2016, as ferramentas virtuais provocaron que o que antes era percibido como unha relación de tipo privado se converta, cada vez máis, nunha actividade económica ao realizarse de xeito habitual.
- 17 Parecidas razóns adúcense, por exemplo, no Decreto madrileño 79/2014 e no Decreto andaluz 28/2016.
- 18 O día 7 de abril de 2017 a Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia comunicoulle á Xunta de Galicia que formulara requirimento previo á interposición de recurso contencioso-administrativo contra o Decreto galego 12/2017. Neste identificou como obstáculos á competencia efectiva no mercado o disposto nos artigos 5.6 (limitacións que poden establecer os concellos en canto ao número máximo de vivendas de uso turístico por edificio ou por sector), 5.1 (só cabe a cesión de vivendas completas), 5.2 (a cesión debe ser por estancias curtas e reiteradas), 41.1, 42 e 43 (a declaración responsable de inicio de actividade debe seguirse do cumprimento de certas formalidades) e artigos 39 e 40 (exigencia de certos requisitos e servizos mínimos). En resposta a este requirimento, a Xunta de Galicia solicitou a súa desestimación argumentando que a regulación galega unicamente ordena unha actividade turística para garantir a calidade e controlar o intrusismo; que os concellos poden impor limitacións á situación desta modalidade de aloxamento pola necesidade de garantir un exercicio equilibrado e pacífico entre a actividade turística deste tipo de vivendas e o uso residencial doutras vivendas; e que o alugueiro de vivendas que non cumpran os requisitos exixidos polo Decreto 12/2017 non está prohibido, simplemente non poderá publicitarse como turístico, pois quedará sometido á LAU de 1994. O Decreto galego entrou en vigor o día 10 de maio de 2017, malia o requirimento da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia, e así pode consultarse en https://www.hosteltur.com/121961_galicia-mantiene-intacto-su-decreto-alquiler-vacacional-pese-cnmc.html.
- 19 A vulneración desta prohibición levaría consigo sancións para os arrendadores.
- 20 Neste sentido, os artigos 66.2 do Decreto catalán 159/2012, 18.4 do Decreto madrileño 79/2014, 3 do Decreto aragonés 80/2015, 2.a) e 3 do Decreto 3/2017, de Castela e León. Tamén o artigo 12.1 do Decreto canario 113/2015, que, non obstante, foi anulado pola STSX de Canarias do 21 de marzo de 2017 (pode consultarse en http://www.laprovincia.es/media/documentos/2018-04-26_DOC_2017-04-26_11_25_55_reglamento-de-las-viviendas-vacacionales.-sentencia.pdf -27/04/2017-), FX 6.º, por vulnerar a libre oferta de servizos.
- 21 Refírense Guillén Navarro e Íñiguez Berrozpe, 2016: 762, aos problemas que poden xerarse pola necesidade de compatibilizar o labor de inspección da vivenda por parte da Administración pública e o dereito fundamental á inviolabilidade do domicilio proclamada polo artigo 18.2 CE.
- 22 O Decreto andaluz, en cambio, aínda que inclúe na definición de vivendas con fins turísticos que exista habitualidade (artigo 3.2), non concreta períodos de tempo que permitan interpretar cando se produce tal habitualidade.
- 23 En concreto, o Decreto andaluz 28/2016 (artigo 3.2) exige que a comercialización e promoción se faga a través das canles de oferta turística, e exclúe do ámbito de aplicación do decreto as vivendas contratadas por tempo superior a dous meses computados de forma continuada por unha mesma persoa usuaria (artigo 1.2.b)); a Lei vasca de turismo 13/2016 presume que hai habitualidade cando se realice publicidade ou comercialización de vivendas en calquera tipo de soporte, medio ou canle de oferta turística ou cando se facilite aloxamento por un período de tempo continuo igual ou inferior a 31 días dúas ou máis veces dentro do mesmo ano (artigo 53.7), que o Decreto asturiano 48/2016 reduce a, polo menos, unha vez ao ano, sen establecer período máximo de duración da estancia (artigo 3.c)). Este último criterio é seguido, tamén, polo Decreto canario 113/2015, que entende que a cesión das vivendas vacacionais será de forma habitual cando se produza dúas ou máis veces dentro do período dun ano ou unha vez ao ano, pero en repetidas ocasións (artigo 2.a) e c)). O Decreto 3/2017 de Castela e León reduce a unha ou máis ocasións dentro do mesmo ano natural, por tempo que en conxunto exceda un mes, a exigencia para considerar que hai práctica común, frecuente e xeneralizada de facilitar aloxamento para os efectos do propio Decreto, sen que a estancia por usuario poida ser por un prazo superior a dous meses seguidos (artigo 4.c) e d)). Son, pois, xeneralizadas as especificacións normativas de tempos máximos de cesión do uso das vivendas e só o Decreto madrileño sinala no seu artigo 17.3 que as vivendas de uso turístico non poderán contratarse por un período inferior a cinco días. Tal apartado do precepto foi anulado pola STSX de Madrid do 31 de maio de 2016, relator Guillo Sánchez-Galiano, XUR 2016, marx. 127744, sinalando no seu FX 7.º que

- “tal inciso e limitación temporal resultan contrarios á normativa comunitaria e estatal sinalada e constitúen unha restrición inustificada e un obstáculo ao mantemento da competencia efectiva no mercado entre os operadores turísticos en materia de aloxamento”. Fai un completo estudo da sentenza Martín Faba, 2016: 118-125, con referencia aos argumentos da recorrente, aos da Comunidade Autónoma de Madrid, á normativa manexada polo TSX, á falta de motivación xeral do Decreto, facendo unha análise dos obxectivos deste.
- 24 Artigo 41.4 do Decreto galego 12/2017, artigo 68.5 do Decreto catalán 159/2012, artigo 17.3 *in fine* do Decreto madrileño 79/2014 e artigo 17.3 do Decreto canario 113/2015.
- 25 Carrasco Perera, 2012: 120, entende que se a contratación se produce directamente entre particulares o contrato será para uso distinto do de vivenda e, en consecuencia, suxeito á LAU. No mesmo sentido, Román Márquez, 2014: § 4.c), sinala que os arrendamentos concertados directamente entre propietario e usuario turístico son arrendamentos por tempada, salvo interpretación legal ou xurisprudencial en contrario, o que á finalmente implica, na miña opinión, deixar o lexislador e os tribunais apreciar en cada caso a natureza civil ou turística do contrato.
- 26 Artigo 2.2 Decreto 79/2014, do 10 de xullo, da Comunidade de Madrid.
- 27 A fórmula empregada polo resto de normativas autonómicas é similar á do Decreto aragonés, limitando normalmente a difusión ás canles de publicidade dixitais (artigo 3.3 do Decreto andaluz 28/2016 e artigo 3.b) do Decreto asturiano 48/2016), sen prexuízo da ampliación do ámbito de promoción a calquera medio de publicidade, non só turística, na lexislación sectorial de Canarias e de Castela e León. En concreto, no artigo 2.b) do Decreto canario 113/2015 inclúense na definición de canles de oferta turística as axencias de viaxes, centrais de reserva e outras empresas de intermediación e organización de servizos turísticos, incluídas as canles de intermediación virtuais; páxinas web de promoción, publicidade, reserva ou alugueiro; e publicidade realizada por calquera medio de comunicación. En parecidos termos, o artigo 4.b) do Decreto 3/2017 de Castela e León.
- 28 Guillén Navarro e Íñiguez Berrozpe, 2015: 27. Recio Ramírez, 2016: 211-213, diferencia, dentro do modelo de actividade económica das plataformas dixitais, entre as que exixen certa comisión sobre o prezo da transacción realizada ao anfitrión (por exemplo, HomeAway), ou ao hóspede (como Casapordías.com ou 9flats.com), ou as que distribúen a comisión entre o propietario e o usuario (Airbnb, entre outras).
- 29 Guillén Navarro e Íñiguez Berrozpe, 2016: 762.
- 30 É da mesma opinión Ordás Alonso, 2013: 175, porque, segundo sinala, carece de sentido excluír do ámbito de aplicación da LAU un contrato que non estivese sometido a esta. Na miña opinión, e a pesar de que en precepto ningún do Decreto galego 12/2017 se alude ao contrato de cesión de vivendas de uso turístico como un contrato de arrendamento, o certo é que creo que tal opción do redactor obedece a razóns máis formais que substanciais, xa que o que se pretendeu con tal denominación é diferenciar claramente os contratos sometidos á regulación sectorial –e reservar para eles a terminoloxía propiamente turística– dos contratos de arrendamento suxeitos á LAU.
- 31 No mesmo sentido, o artigo 66.1 do Decreto catalán, o artigo 2.2 do Decreto madrileño, o artigo 2.a) do Decreto aragonés, o artigo 2.a) do Decreto canario, o artigo 3.1 do Decreto andaluz, o artigo 53.1 da Lei de turismo do País Vasco, o artigo 4.1 do Decreto asturiano e o artigo 3.1 do Decreto de Castela e León.
- 32 Limitase a remitirse ao Decreto lexislativo 1/2007, do 16 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei xeral para a defensa dos consumidores e usuarios, así como á Lei 2/2012, do 28 de marzo, galega de protección xeral das persoas consumidoras e usuarias, e á Lei 7/2011, do 27 de outubro, do turismo de Galicia, e ao Decreto 179/2011, do 8 de setembro, polo que se regula o réxime de prezos e reservas dos establecementos turísticos de aloxamento e restauración na Comunidade Autónoma de Galicia.
- 33 En Galicia, o exercicio da actividade sen presentar a declaración responsable dará lugar á imposición das sancións que, se é o caso, correspondan conforme a Lei 7/2011, do 27 de outubro, de turismo de Galicia, ao propietario e á persoa ou empresa comercializadora indistintamente.
- 34 Tal presentación, segundo sinala o artigo 42 do Decreto galego 12/2017, “nas condicións previstas neste decreto, habilita para o desenvolvemento da actividade turística de vivenda de uso turístico, sen prexuízo do cumprimento das demais obrigas exixidas noutras normas que lles resulten de aplicación”, o que o diferencia do Decreto canario 113/2015, cuxo artigo 13.3, que supedita o inicio da actividade ao cumprimento de certas exixencias administrativas, foi anulado pola STSX de Canarias do 21 de marzo de 2017, FX 7.º, argumentando que tales exixencias desnaturalizan os efectos da declaración responsable. Pode consultarse en http://www.laprovincia.es/media/documentos/2018-04-26_DOC_2017-04-26_11_25_55_reglamento-de-las-viviendas-vacacionales.-sentencia.pdf (27-04-2017).
- 35 Exíxese sen excepción a regulación de todas as comunidades autónomas, por exemplo, no artigo 67.1 do Decreto catalán, no artigo 17.6 do Decreto madrileño, no artigo 3.1 do Decreto canario, no artigo 53.10 da Lei de turismo do País Vasco, no artigo 13.a) do Decreto asturiano e no artigo 7.1 do Decreto de Castela e León.
- 36 Neste certificado, tal como exixe o artigo 41.2.e).4.º do Decreto galego 12/2017, acreditarase que se executaron as obras de conformidade coa licenza municipal outorgada. Tamén poderá achegarse certificado municipal que acredite que a edificación reúne as condicións técnicas e urbanísticas para o seu destino a vivenda, ou informe do órgano municipal ou autonómico competente, acreditativo de que se adoptaron medidas de restauración da legalidade urbanística ou ambiental. É de destacar a proluxa enumeración que fai este artigo das diferentes vías admitidas no Decreto galego para constatar que a vivenda non é ilegal.
- 37 Tamén lles exixe o Decreto asturiano (artigo 26) ás empresas explotadoras das vivendas de uso turístico que teñan permanentemente vixente un seguro de responsabilidade civil.
- 38 A alta administrativa da vivenda de uso turístico garante a súa publicidade no rexistro competente e permite colocar a vivenda nun mellor posicionamento no mercado.
- 39 O alugueiro deste tipo de vivendas está exento do pagamento do imposto sobre o valor engadido (IVE), agás se se prestan servizos propios da industria hoteleira –almorzos, limpeza semanal, por exemplo–, caso en que se deberá pagar o 10% de IVE, que se reflectirá na factura. Unicamente en Canarias é obrigatorio o pagamento do imposto xeral indirecto canario (IXIC) do 7%. Tampouco exixen a xeneralidade dos decretos autonómicos o pagamento de taxa turística ningunha, a excepción de Cataluña, onde é obrigatoria para os propietarios/explotadores das vivendas de uso turístico a recadación do imposto sobre as estancias en establecementos turísticos (IEST). Agora ben, os rendementos obtidos polo alugueiro dunha vivenda de uso turístico polo seu propietario persoa física terán a consideración

de rendementos de capital inmobiliario e tributarán por este concepto no IRPF, podendo o seu propietario deducir dos ingresos os gastos que se produzan, durante o tempo en que a vivenda se atope ocupada, para financiamento, reparación, conservación, subministracións e impostos, entre outros, tal como sinala Velasco Karst, 2016: 10.

- 40 Artigo 44 do Decreto galego 12/2017.
- 41 En particular, o artigo 18.1 do Decreto madrileño 79/2014 sinala que as vivendas estarán compostas, como mínimo, por un salón-comedor, cociña, dormitorio e baño, podendo denominarse “estudios” cando no salón-comedor-cociña estea integrado o dormitorio e conte cun máximo de dúas prazas en camas convertibles, criterios que se repiten no artigo 7.2 do Decreto 3/2017 de Castela e León. En canto ao servizo wifi, a única normativa que exige que as vivendas de uso turístico dispoñan de conexión a medios telemáticos –acceso sen fíos a Internet wifi– é a madrileña, tal como se recolle no seu artigo 18.3. Polo que se refire ao equipamento mínimo con que deben contar estes aloxamentos, as regulacións que contan coa relación máis detallada son as de Canarias –no seu artigo 10 diferencia entre o equipamento xeral, o do dormitorio, o do baño e o da cociña– e Castela e León –nos seus artigos 8-11 fixa os requisitos dos dormitorios, aseos, salóns, comedores e cociña–. Por outro lado, tanto a normativa aragonesa (artigo 10) como a canaria (artigo 7.4), asturiana (artigo 15.3) e castelá e leonesa (artigo 25) exigen que deba constar, polo menos, en castelán e inglés, diversa información que debe facilitarse aos usuarios.
- 42 Artigo 39.1 Decreto galego.
- 43 O Decreto asturiano, no seu artigo 24.2 e 3, admite esta posibilidade e amplía ás existencias de cociña, ademais de prever a oportunidade de lles exixir aos clientes unha cantidade en concepto de fianza que non poderá exceder o 25% do importe total do prezo pactado.
- 44 Debido a que o Decreto galego 12/2017 non especifica o tipo de calefacción, debe entenderse que no concepto cabe tanto a calefacción central como a eléctrica.
- 45 Tamén se pronuncia o Decreto aragonés 80/2015 sobre a necesidade de lles garantir aos usuarios o correcto funcionamento da calefacción automática (artigo 9.2), o Decreto asturiano 48/2016 ao establecer que deben contar con calefacción capaz de alcanzar e manter unha temperatura ambiental axeitada (artigo 13.c) e o Decreto de Castela e León 3/2017 (artigo 12.c)). O Decreto andaluz 28/2016, así mesmo, sinala a obriga de que as vivendas con fins turísticos conten con calefacción os meses de outubro a abril –e con refrigeración os meses de maio a setembro– (artigo 6.d), para o que se concedeu un período de adaptación dun ano, en concreto, ata o 11 de maio de 2017. Agora ben, cremos que este requisito non é exixible cando a vivenda ou o edificio en que se integra está catalogado como Ben de Interese Cultural e o nivel de protección impida realizar algún tipo de obra, modificación ou intervención que sexa necesaria para cumprir co requisito.
- 46 Exixencia común a todas as regulacións autonómicas, coa excepción de Canarias, cuxo artigo 7.4 do Decreto 113/2015 exige que o número de teléfono de atención ao usuario deba estar operativo como mínimo de 8.00 a 20.00 horas, polo que, ademais, require que deben figurar en lugar visible teléfonos e enderezos dos servizos de emerxencia e sanitarios redactados, polo menos, en castelán e inglés, suponse que para cubrir posibles urxencias fora do horario especificado no texto normativo.
- 47 Non exixe o Decreto madrileño 79/2014, nin o canario 113/2015, nin o andaluz 28/2016, nin a Lei de turismo vasca 13/2016 a prestación do servizo de conservación, reparación e mantemento das instalacións e equipamento da vivenda, que si require, ademais do Decreto galego 12/2017, o Decreto catalán 159/2012 (artigo 67.4), o Decreto aragonés 80/2015 (artigo 10), o Decreto asturiano 48/2016 (artigo 24.1) e o Decreto de Castela e León 3/2017 (artigo 12.g).
- 48 Artigo 39.2.d) do Decreto galego 12/2017.
- 49 Artigo 5.5 do Decreto galego 12/2017.
- 50 Tampouco no Decreto andaluz 28/2016.
- 51 Exíxese no artigo 20 do Decreto madrileño 79/2014, no artigo 13 do Decreto aragonés 80/2015, no artigo 6 do Decreto canario 113/2015, sempre que non conste prohibición expresa nas normas da comunidade de propietarios do edificio. Tamén no artigo 13.g) do Decreto asturiano 48/2016 e no artigo 6 do Decreto de Castela e León 3/2017.
- 52 En concreto, o artigo 12 do propio Decreto galego 12/2017 prevé que os apartamentos e as vivendas turísticas exhiban na parte exterior da entrada principal, nun lugar moi visible, unha placa identificativa normalizada na que figure o distintivo correspondente ao grupo e categoría do establecemento, segundo os modelos, dimensións e cores de placas contidos no anexo I do mesmo texto.
- 53 Artigo 40 do Decreto galego 12/2017, que se remite aos artigos 7 e 8 do mesmo texto legal. En parecidos termos maniféstase o Decreto madrileño 79/2014 no seu artigo 18.4, o Decreto andaluz 28/2016 no seu artigo 2.3 e o Decreto de Castela e León 3/2017 no seu artigo 19.2, en consonancia cos artigos 69 e ss. da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes que, no seu artigo 10, recolle as consecuencias xurídicas das condutas discriminatorias.
- 54 Tamén é voluntario o establecemento dun regulamento de réxime interno conforme o artigo 16 do Decreto asturiano 48/2016, caso en que as empresas explotadoras das vivendas deberán velar polo seu cumprimento (artigo 27.f); e de acordo co artigo 19 do Decreto de Castela e León 3/2017.
- 55 Igualmente, faise esta previsión no artigo 16 do Decreto asturiano 48/2016.
- 56 No mesmo sentido pronúnciase o Decreto catalán 159/2012 (artigo 70), o canario 113/2015 (artigo 8) e o asturiano 48/2016 (artigo 27.k)).
- 57 Guillén Navarro e Íñiguez Berrozpe, 2016: 763, fanse eco dos problemas que a existencia de vivendas de uso turístico poden xerar na convivencia veciñal e de degradación das zonas comúns do inmovible en que se atopen situadas.
- 58 O Decreto andaluz 28/2016, no seu artigo 3.1, limita exclusivamente ás vivendas localizadas en inmovibles situados en solo de uso residencial o concepto de vivendas con fins turísticos.
- 59 Artigo 5.5, 6 e 7 do Decreto galego 12/2017.
- 60 O Decreto madrileño 79/2014 limitase a sinalar que as vivendas de uso turístico deben cumprir as normas sectoriais aplicables á materia, con especial mención das normas de urbanismo (artigo 5); o Decreto catalán 159/2012 sinala que o destino dunha vivenda ao uso

- turístico non é posible se está prohibido pola ordenación de usos do sector onde se atope (artigo 68.6); e o Decreto aragonés 80/2015 exige que a declaración responsable debe conter, entre outros datos, unha declaración responsable acerca da compatibilidade do uso co planeamento urbanístico do municipio ou, se é o caso, á disposición das autorizacións municipais que fosen necesarias para o exercicio da actividade no inmoble de que se trate (artigo 14.1.e)).
- 61 Artigo 3 do Decreto canario 113/2015, cuxo parágrafo segundo foi anulado pola STSX de Canarias do 21 de marzo de 2017, FX 3.º, por entender que carece de cobertura legal na Lei de turismo de Canarias, infrinxindo a liberdade de empresa e a liberdade de prestación de servizos. Pode consultarse en http://www.laprovincia.es/media/documentos/2018-04-26_DOC_2017-04-26_11_25_55_reglamento-de-las-viviendas-vacacionales.-sentencia.pdf (27-04-2017).
- 62 Artigo 41.5 do Decreto galego 12/2017. En similares termos pronúnciase o artigo 68.6 do Decreto catalán 159/2012 e o artigo 12.2 do Decreto canario 113/2015. Pola súa parte, o Decreto aragonés 80/2015, no seu artigo 14.1.f), exige, no caso das vivendas situadas nos inmobles sometidos ao réxime de propiedade horizontal, declaración responsable acerca de que os estatutos da comunidade de propietarios non prohiben nin establecen restricións do uso do inmoble ao destino de vivenda de uso turístico.
- 63 Non sucede o mesmo no dereito catalán, pois o artigo 553.25.2 do Código civil catalán establece que “é preciso o voto favorable das catro quintas partes dos propietarios, que deben representar as catro quintas partes das cotas de participación, para adoptar acordos de modificación do título de constitución e dos estatutos, salvo que o título estableza outra cousa”, o que permite que as comunidades de propietarios adopten estatutos que limiten o uso dos elementos privativos con esa maioría reforzada, sen que sexa necesario o consentimento expreso do propietario afectado pola limitación. Sobre o particular, Artigot Golobardes, 2017: 214, sinala que en Cataluña os estatutos das comunidades de propietarios se erixen no único instrumento normativo dispoñible en mans das comunidades de propietarios para evitar a actividade das vivendas con fins turísticos nunha comunidade de propietarios.
- 64 STSX de Cataluña do 20 de febreiro de 2012, relator Valls Gombau, RX 2012, marx. 10019.
- 65 Relator Abril Campoy, RX 2016, marx. 3653.
- 66 Vila Marín, 2016: 36.
- 67 Sinala Fuentes-Lojo Rius, 24 de febreiro de 2016, como criterios orientativos para fixar os límites destas actividades molestas a natureza do inmoble, é dicir, se son edificios destinados maioritariamente a vivenda habitual ou á actividade turística; as condicións do lugar, isto é, se o edificio se atopa en zona residencial ou turística; e o uso que se faga do inmoble por parte de quen explota turisticamente a vivenda, xa sexa un uso excesivo e molesto ou un uso normal e de boa fe.
- 68 Artigot Golobardes, 2017: 209.
- 69 Bercovitz Rodríguez-Cano, 2013: 985.
- 70 Ordás Alonso, 2013: 115.
- 71 Rojo Ajuria, 1995: 76.
- 72 Decreto 4104/1964, do 24 de decembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de arrendamentos urbanos. Rodríguez Aguilera e Peré Raluy, 1965: 183.
- 73 Relator Seijas Martínez, RX 1982, marx. 784.
- 74 Relator Pueyo Mateo, AC 2001, 1049.
- 75 “Cando claramente se infira que o uso e ocupación de que o inmoble é obxecto responde a exigencias circunstanciais, esporádicas ou accidentais determinantes do contrato e elevadas expresamente á condición de causa polas partes”, segundo se recolle na SAP de Madrid do 15 de setembro de 2008, relator Camazón Linacero, XUR 2008, marx. 382562, FX 2.º. No mesmo sentido, entre outras, a SAP de Barcelona do 1 de xuño de 2004, relator Sellart Ollearis, AC 2004, marx. 1524, FX 2.º. Á súa vez, a SAP de Pontevedra do 10 de novembro de 2016, relator Almenar Belenguer, XUR 2016, marx. 266948, FX 2.º, sinala que “o arrendamento de tempada se configura por dous elementos: o negativo, de non constituir a residencia habitual do locatario e non ter vocación de permanencia ou de satisfacer a necesidade de vivenda do arrendatario; e o positivo, da limitación temporal ou ocasional dos períodos de ocupación, verificados de xeito máis ou menos descontinuo e cunha maior ou menor frecuencia, pero sempre interrompidos pola preferencia outorgada ao fogar habitual, único que cobre a necesidade permanente de ocupación, fronte ás motivacións de mera conveniencia, comodidade ou capricho determinantes do arrendo”.
- 76 Ordás Alonso, 2013: 113, nota 52.
- 77 Relator Sellart Ollearis, AC 2004, marx. 1524.
- 78 Ordás Alonso, 2013: 114.
- 79 Relator Castro Feliciano, AC 1997, marx. 810, FX 4.º, no que se precisa que non pode entenderse como contrato de arrendamento de tempada o que se asinou entre as partes por un prazo de seis meses, senón que debe interpretarse como un contrato de arrendamento de vivenda temporal no que se exclúe a prórroga forzosa do artigo 57 da LAU de 1964; a estipulación segunda deste refírese a ese prazo, que será improrrogable, renunciando expresamente a arrendataria á tácita recondución (estipulación terceira), aludíndose no dito contrato á vivenda; e así se establece a renuncia aos dereitos de tinteo e retracto, propios dos arrendamentos suxeitos á lexislación especial.
- 80 SAP de Madrid do 15 de setembro de 2008, relator Camazón Linacero, XUR 2008, marx. 382562, FX 2.º. Así mesmo, SAP das Illas Baleares do 30 de xuño de 2016, relator Gómez Martínez, XUR 2016, marx. 185960, FX 3.º, e SAP de Jaén do 23 de novembro de 2016, relator Morais Ortega, AC 2016, marx. 2346, FX 1.º
- 81 SAP de Guadalajara do 19 de xullo de 2012, relator Navarro Guillén, AC 2012, marx. 1463, FX 2.º.
- 82 SAP de Alacant do 29 de maio de 2008, relator Ubeda Mulero, XUR 2008, marx. 274x39.
- 83 SAP de Murcia do 1 de xullo de 2004, relator Hervás Ortiz, XUR 2004, marx. 244190, FX 1.º. En similares termos, a SAP de Girona do 26 de xullo de 2016, relator Soler Navarro, XUR 2017, marx. 35911, FX 3.º. Tamén sería arrendamento de tempada o concertado por época

académica, mesmo cando o estudante ocupe de xeito ininterrompido a vivenda, sempre que se poida constatar que o contrato foi perfeccionado polas partes coa intención de satisfacer unha necesidade non permanente de vivenda, tal como sinala Colina Garea, 1998: 28.

- 84 Ordás Alonso, 2013: 115. No mesmo sentido, Martínez Cañellas, 2014: 160.
- 85 Ordás Alonso, 2013: 116.
- 86 A STS do 20 de setembro de 1985, relator Santos Briz, RX 1985, marx. 4280, Considerando 3.º, recoñece como arrendamento de tempada un contrato “no que expresamente se pacta o arrendo «en réxime de tempada» dun local pola tempada do primeiro de marzo de mil novecentos setenta e sete ao trinta e un de outubro do propio ano e por idéntica tempada nos anos mil novecentos setenta e oito e mil novecentos setenta e nove, data en que quedará sen efecto o contrato”.
- 87 Relator Martín Reyes, XUR 2001, marx. 162422, FX 3º.
- 88 Relator Torres Cuellar, XUR 2001, marx. 321750, FX 2º.
- 89 Coas excepcións xa estudadas.
- 90 Martínez Cañellas, 2014: 164.

A aplicación da mercadotecnia nos servizos sociais municipais: un estudo de caso

La aplicación del *marketing* en los servicios sociales municipales: un estudio de caso

The application of marketing in the municipal social services: a case study



MARIÑA-BALBANERA FARIÑA SANTOS

Investigadora

Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)

marinabfarina@gmail.com

Recibido: 24/04/2017 | Aceptado: 30/05/2017

Resumo: Este artigo ofrece os resultados obtidos a partir de entrevistas desenvolvidas durante a legislatura 2011-2015 á dirección técnica e política das concellarías de servizos sociais das sete cidades de Galicia durante o proceso de reforma local. Organizáronse as principais conclusións arredor das variables do *marketing mix*, xerando unha perspectiva de mercadotecnia pública na xestión dos servizos sociais municipais. Estas liñas de traballo confirman o escaso desenvolvemento da xestión da mercadotecnia na Administración local e o descoñecemento de moitos conceptos que se supuña asimilados desde hai máis dunha década e que inflúen neste estudo, que demostra as diferenzas e asimetrías nos sistemas político-administrativos locais.

Palabras clave: mercadotecnia pública, xestión pública, Administración local, servizos sociais municipais, reforma local.

Resumen: Este artículo ofrece los resultados obtenidos a partir de entrevistas desarrolladas durante la legislatura 2011-2015 a la dirección técnica y política de las concejalías de servicios sociales de las siete ciudades de Galicia durante el proceso de reforma local. Se han organizado las principales conclusiones en torno a las variables del *marketing mix*, generando una perspectiva de *marketing* público en la gestión de los servicios sociales municipales. Estas líneas de trabajo confirman el escaso desarrollo de la gestión del *marketing* en la Administración local y el desconocimiento de muchos conceptos que se suponían asimilados desde hace más de una década y que influyen en este estudio, que demuestra las diferencias y asimetrías en los sistemas político-administrativos locales.

Palabras clave: *marketing* público, gestión pública, Administración local, servicios sociales municipales, reforma local.

Abstract: This article discusses the results obtained from interviews carried out during the 2011-2015 legislature with the technical and political leaders of the council social services in the seven towns of Galicia during the local reform process. The main conclusions have been organized around the marketing mix,

generating a public marketing perspective on the municipal social services. These strands of work confirm the poor development of marketing management in the local Administration and the lack of knowledge of most of its concepts, which were meant to have been assimilated for more than a decade, and these concepts influence this study, which shows the differences and asymmetries in the local political-administrative systems.

Key words: public marketing, public management, local Administration, municipal social services, local reform.

Sumario: 1 Introducción: a mercadotecnia pública na perspectiva da reforma local en Galicia. 2 As sete cidades galegas en perspectiva local. 3 As concellarías de servizos sociais fronte ao *marketing mix* municipal. 3.1 O produto na competencia municipal. 3.2 Xustificando a presión fiscal: o prezo. 3.3 A distribución e a atención ás aspiracións locais. 3.4 A empatía na servución: as persoas. 3.5 Os procesos. 3.5.1 Coordinación interadministrativa en servizos sociais? 3.5.2 A perspectiva da avaliación. 3.5.3 Externalización en servizos sociais municipais. 3.5.4 O reto da transparencia no municipalismo galego. 3.6 As evidencias físicas das concellarías de servizos sociais. 3.7 A comunicación local como variable promoción. 4 Conclusións: a perspectiva prehistórica da mercadotecnia na Administración pública galega. 5 Anexo: guiño do cuestionario de entrevistas. 6 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN: A MERCADOTECNIA PÚBLICA NA PERSPECTIVA DA REFORMA LOCAL EN GALICIA

Aqueles refraneiros populares referidos a que o tempo pon a cada un no seu lugar, ou que algo fala por si só, poden asociarse a todo o que non debe facerse no sector público. É a cara oposta á mercadotecnia pública, porque non se pode deixar nada ao azar; todo comunica, mesmo *non comunicar*. Neste mundo de percepcións, o que un cidadán advirta da Administración pública (e goberno) está fortemente influído por outros factores e, en ocasións, os empregados e os xestores públicos non son conscientes dos efectos que ten a ausencia de información nos cidadáns. Neste sentido, este traballo busca dar a coñecer en que situación se atopa a xestión da mercadotecnia pública nas entidades locais galegas e descríbese a xestión dos servizos sociais municipais durante o período analizado arredor das exigencias de directivos políticos e técnicos.

Este estudo ofrece unha análise exploratoria arredor dos 7 P do *marketing mix* do sector público (*produto, prezo, distribución, promoción, persoas, procesos e evidencias físicas*) nas sete principais cidades de Galicia, onde se dan as mellores condicións de partida para aplicar con éxito as estratexias de *marketización* nas concellarías de servizos sociais durante a lexislatura 2011-2015. A nivel teórico, as orixes da mercadotecnia pública tiveron cabida nas teorías da nova xestión pública (marcando o papel do político/xerente e os servizos ao cidadán/cliente), aínda que este paradigma foi superado por outros conceptos como o novo servizo público ou a nova gobernanza pública, aproximacións dentro da ciencia política cara á lexitimación do poder da cidadanía vinculada á dignidade (Alguacil Gómez *et al.*, 2003) e a posibilidade de flexibilizar o sector público (Pascual Esteve, 2011: 71).

En vistas desta nova formulación onde a comunidade e a cidadanía penetran como personaxes principais, os teóricos constrúen o termo novo servizo público asociado á gobernanza, debido á necesidade de reconceptualizar ese campo e significar un paso máis fronte á nova xestión pública, aínda que outras voces negan a existencia dunha nova xestión malia que se anunciase a obsolescencia deste paradigma. En canto ao novo servizo público, o termo está vinculado á concepción do cidadán non só como un consumidor de servizos públicos, porque se lle recoñece que é unha figura portadora de dereitos e deberes no conxunto da sociedade e o impulso na implicación dos procesos públicos. Polo tanto, os servizos públicos que se pro-

porcionan están encadrados dentro do contexto e a realidade actuais como unha infraestrutura social, física, económica, mediática ou propia de infraestruturas do goberno, converténdose nunha extensión das virtudes que espera que teñan todos os cidadáns na democracia (Denhardt e Denhardt, 2000).

Indicar como única unha definición concreta de mercadotecnia é imposible, porque gran parte do mundo académico aventurouse a presentar a súa propia interpretación (Kotler, Shaw, Sparling, Copeland, McGee e Shapiro, Mazis, Andreasen, Morgan, etc.), polo que sería pura redundancia afondar na polisemia de definicións neste traballo. A nivel xeral, a maioría de académicos e profesionais de mercadotecnia teñen como referente neste debate conceptual a definición presentada pola American Marketing Association¹. Tras un debate marcado pola apertura da mercadotecnia a outros sectores como as administracións públicas, a definición de outubro de 2007 foi conservada nos mesmos termos cun novo axuste en xullo de 2013, quedando delimitada a mercadotecnia como *a actividade, conxunto de institucións e procesos para crear, comunicar, entregar e intercambiar ofertas que teñen valor para os consumidores, clientes, socios e a sociedade en xeral*.

Autores como Booms e Bitner (1981), Moorthi (2002) ou Gilmore (2003) definen os 7 P que, a maiores dos catro elementos do *marketing mix* (*produto, prezo, promoción, distribución*), inclúen as variables: *persoas, probas físicas e procesos*. Considérase os 7 P como unha alternativa máis apropiada para valorar as estratexias de mercadotecnia no sector público e os novos intercambios producidos nun mercado dixitalizado, que ten en conta as emocións e as persoas. E, desde a perspectiva da filosofía de mercadotecnia orientada aos clientes, pódense mencionar os 4 C (Lauterborn, 1990): *necesidades e preferencias do cliente, custo para o cliente, comodidade e comunicación*. A aparición de todas estas etiquetas revela as limitacións da aproximación proposta por McCarthy (1964), especialmente no relativo á súa aplicación na economía de servizos e no ámbito público.

Algúns autores como Kotler, Bagozzi ou Hunt inician estudos sobre a idea do proceso social, á que se lle inclúen outros conceptos relativos como o da mercadotecnia social e estratéxica². Por iso, non é moi desatinado vincular mercadotecnia pública e social no mercado dos servizos sociais, malia algunhas críticas e oposicións que se poidan dar nesta unión. Ambas as dúas estratexias dentro da mercadotecnia pódense producir nas institucións públicas e, mentres unhas se centran no intercambio e satisfacción de causas sociais (*e.g.* informar sobre a apertura de centros de urxencia para mulleres vítimas de violencia de xénero), as outras buscan mellorar condutas ou hábitos considerados moralmente desexables (*e.g.* campañas en contra da violencia de xénero). Así as cousas, outro sector da mercadotecnia emerxe nestas institucións e enturba a liña de separación entre as dúas dimensións –a mercadotecnia política–, máis doadamente recoñecida pola opinión pública.

Cabe sinalar neste marco de estudo a modificación dos artigos 25 e 26 da Lei reguladora das bases de réxime local³ nas competencias municipais que son dominantes ao longo do estudo e durante a lexislatura estudada, polo que desde esta análise se ofrece unha perspectiva cualitativa enfocada na dirección técnica e política. A reforma local interrompeu a posible planificación de servizos sociais municipais das concellarías durante a lexislatura analizada. As accións, recursos, programas do departamento ou medios persoais temporais quedaban limitados ao 31 de decembro de 2015, nun intento por acatar a norma durante un período marcado pola inestabilidade social, política e lexislativa na prestación dos servizos sociais. Aínda que importante no

período estudado, é necesario sinalar a prórroga outorgada pola lexislación autonómica, mediante delegación (o goberno autonómico carece dos medios habilitados pola rede municipal). Por iso, na análise metodolóxica este proceso cobra unha especial relevancia ao ter en conta que a mercadotecnia deriva da posible planificación e da seguridade das competencias que asumen as concellarías de servizos sociais. Non obstante, é necesario contextualizar todos os elementos que entran en xogo nun espazo municipal en que compiten diversos actores informantes en dous espazos significativos: público e político.

A todos estes elementos súmaselle a percepción de que as reformas lexislativas recentes (fortemente inspiradas en estratexias de mercadotecnia pública) non se trasladan na práctica de forma racional e as tendencias ideolóxicas afectan á xestión dos servizos sociais municipais. Trátase dun tema que interesa a académicos debido ao poder doutrinal e social que teñen estes servizos públicos. Non obstante, esta perspectiva é completamente oposta por parte da cidadanía se se ten en conta que en xuño de 2016 o barómetro do CIS sinalaba que un 76,6% non oíra falar da reforma local (Enquisa 3030, pregunta 30).

Dado que o campo de estudo da mercadotecnia nas administracións locais non é tan prolífico como noutras ramas de análise da Administración pública por parte das ciencias políticas, as expectativas ao emprender esta investigación concéntranse en crear un marco conceptual sobre a mercadotecnia pública na xestión dos servizos sociais que constitúa unha achega teórica relevante e que, ao mesmo tempo, ofrezca un instrumento de traballo nas institucións públicas. Ademais, este obxectivo complétase co propósito de contribuír ao coñecemento da forma en que as administracións locais establecen as súas estratexias na prestación dos servizos e, a nivel específico, aqueles servizos derivados do benestar e a asistencia social arredor dos valores da eficiencia e a eficacia.

Esta investigación pretende xustificar a necesidade de facer promoción da *marketización* nos servizos públicos. Existen moitas propostas e suxestións –constatadas e debatidas desde hai décadas en todo tipo de organismos– que determinan que o concepto de mercadotecnia non se limita á venda de produtos. Hai un abano de ferramentas posibles que melloran a vida das persoas e reducen o traballo das organizacións. En contra do que os detractores poidan supor, constatáronse nos últimos anos lagoas no ordenamento xurídico e a demanda social na apertura cara a estas medidas desde o ámbito legal, ao existir omisións inxustificables no ordenamento xurídico. A principal é a Lei 29/2005, do 29 de decembro, de publicidade e comunicación institucional⁴, que intenta asentarse as bases e os límites nos que flúen asuntos tan inseparables como política e ámbito público. E a outra norma, esta máis recente e máis polémica, é a Lei de transparencia de 2013⁵. Ambas as dúas, aínda que imprecisas (sobre todo, ao establecer comparacións lóxicas con outros países máis avanzados), son resultado da tardanza democrática e dos cambios e exixencias cidadás intensificadas nestes anos, ambientadas nun panorama político insólito e carente de responsabilidade pública e unha crise económica e de lexitimación democrática das institucións públicas. Por iso, cómpre subliñar o papel da mercadotecnia pública, favorecido polas reivindicacións cidadás (maior apertura democrática) para mellorar a percepción no traballo diario das administracións públicas.

En definitiva, os novos tempos e escenarios, que exixen a necesidade de ética pública, rendición de contas e transparencia recíproca no sector público e a cidadanía, son o caldo de cultivo ideal para potenciar as técnicas de mercadotecnia e mellorar o comportamento e a relación da Administración pública cos seus cidadáns (entendidos estes como *clientes* dos seus servizos).

No ámbito público, non está limitada a mercadotecnia pública á comercialización dos produtos ou servizos, senón que se estuda a demanda dos cidadáns para adecuar as futuras provisións e como os seus cidadáns entenden as necesidades (algunhas escondidas en demandas aparentes) e inflúe no comportamento, porque facilita o amedrentamento de certas demandas e fai promoción doutras necesidades.

2 AS SETE CIDADES GALEGAS EN PERSPECTIVA LOCAL

A selección das institucións públicas tense en conta para alcanzar unha visión das singularidades no marco de xestión dos servizos sociais municipais, porque estas administracións son organizacións sensibles coa interacción coa cidadanía. Pártese de dous criterios de selección para a obtención da mostra, poboacional (variable de control) e político (variable explicativa). Na primeira categoría seleccionáronse os concellos con poboación superior a 50.000 habitantes porque son os que poden configurar accións particulares (xestión con maior autonomía e maior número de usuarios e accesibilidade social) e dispor de cobertura financeira ou medios persoais amplos, mentres que os municipios de menor tamaño actúan como informadores ou *tramitadores de expedientes*. A categoría política marca tres tipos de partidos políticos que gobernan os concellos: PPdeG (A Coruña, Ferrol, Santiago de Compostela), PSdeG (Lugo, Ourense, Vigo) e BNG (Pontevedra) e que inflúen na pegada programática dos servizos públicos municipais. Estas unidades representan o 36,2% da poboación de Galicia e máis do 45% do PIB.

Diso resulta un conxunto de datos de 14 interlocutores que poden ser considerados os *stakeholders* do ámbito político-público, composto por: responsable político (en quen recae o compromiso e liderado a nivel estratéxico) e responsable técnico (delega a operativa da iniciativa para xerar o impulso das actividades municipais). Esta elección metodolóxica é pertinente ao permitir acoller a percepción da mercadotecnia pública a través da relevancia dos casos seleccionados utilizando un deseño non probabilístico de selección intencional partindo de axiomas predeterminados.

Coa intención de contribuír ao estudo dun marco de referencia na mercadotecnia pública en Galicia a través deste contexto, outra parte importante deste traballo é a conceptualización das ferramentas de mercadotecnia que levan á formulación e comprobación de hipóteses relativas á súa incidencia na Administración local. Trátase da análise dun efecto que xira arredor da filosofía de *management*, no que se basea a *marketización* como parte dun proceso de modernización que intenta responder ao fenómeno de perda de lexitimidade do Estado (Villoria, 1996: 104). As novas tendencias permiten enfocar a democracia nestes espazos localistas e comunitarios.

A entrevista baseada no guión dispón dun abano de temas a tratar (véxase anexo), aínda que existe liberdade na orde en que se formulan as preguntas, tendo en conta a fluidez das entrevistas e os perfís de cada un dos entrevistados. O estudo das situacións experimentadas por concelleiros e técnicos de servizos sociais inscribe o contexto da investigación en perspectiva cualitativa e determina a elección desta técnica metodolóxica. Esta elección persegue dous obxectivos: coñecer as conxunturas na prestación dos servizos sociais municipais de man dos seus protagonistas e obter información cualitativa para entender as posibilidades da mercadotecnia pública en servizos sociais; e, por outro lado, familiarizarse con particularidades e localismos que permitan detectar os aspectos relevantes e propor claves para a mercadotecnia a través desta representatividade.

Atendendo ás variables que ofrece a mercadotecnia pública na Administración local galega, pódense asimilar: a variable *prezo*, aos procesos de dirección política e municipal, que son os encargados de deseñar o catálogo de servizos públicos; a variable *produto*, como o resultado ofrecido pola concellaría de servizos sociais; a variable *promoción*, integrada polo gabinete de comunicación municipal, os medios de comunicación cos que están en contacto, así como os usuarios en canto integran a opinión pública e as entidades do terceiro sector; a variable *distribución*, como a canle de acceso a través da cal se prestan os servizos sociais municipais; a variable *persoas*, centrada no persoal da concellaría como elemento de calidade e factor de decisión do servizo; a variable *proceso*, desenvolvida na avaliación do servizo público ou a coordinación interadministrativa e; por último, a variable *evidencias físicas*, como condicións de fondo dos servizos públicos que só chaman a atención cando se carece delas (localización das dependencias municipais ou situación das oficinas).

3 AS CONCELLARÍAS DE SERVIZOS SOCIAIS FRONTE AO MARKETING MIX MUNICIPAL

A incapacidade de lograr unha unanimidade no concepto de mercadotecnia provoca que xurdan críticas ao desenvolvemento que adquire esta disciplina no referente, sobre todo, a ámbitos de aplicación máis recentes, como o aspecto social e o sector público. Tigãnas *et al.* (2011) sinalan que a mercadotecnia pública é unha importante ferramenta dos xestores públicos para facer promoción dos intereses e obxectivos da organización en relación con outros *stakeholders* institucionais ou políticos, mentres que Kaplan e Haenlein (2009) tamén apuntan que para o custo económico do Estado na vida dos cidadáns non se aprecia ese interese en promover e difundir os instrumentos de mercadotecnia.

O papel da mercadotecnia na prestación dos servizos públicos resulta a mellor plataforma de planificación estratéxica para unha axencia pública que desexe satisfacer as necesidades dos cidadáns, achegar un valor real (equiparado a un mecanismo de relacións públicas) e potenciar os estudos de demandas e necesidades sociais, así como que se lles dea maior voz aos consumidores para introducilos nos mecanismos formais. Así mesmo, outros autores chegan a vincular a mercadotecnia como unha ferramenta imprescindible nas decisións de lexitimidade das políticas públicas porque nas democracias deliberativas se permite xuntar nas decisións públicas as necesidades e conflitos das administracións públicas, dos cidadáns e do sector privado (Ozanne, Corus e Saatcioglu, 2009).

En definitiva, os novos tempos e escenarios, que exigen a necesidade de ética pública, rendición de contas e transparencia recíproca no sector público e a cidadanía, son o caldo de cultivo ideal para potenciar as técnicas de mercadotecnia e mellorar o comportamento e a relación da Administración pública cos cidadáns.

Á marxe das definicións academicistas sobre o concepto de mercadotecnia, os entrevistados interpretan a mercadotecnia como un proceso no que se promoven as fortalezas e oportunidades dun produto ou servizo. Non obstante, ao acoutar este procedemento ao ámbito da xestión de servizos sociais municipais, poucos consideran viable esta unión dentro da Administración pública, ao asociala como unha actividade procedente do sector privado. Para a gran maioría dos entrevistados, predomina unha perspectiva prehistórica da mercadotecnia como medio destinado á venda dun produto (en menor medida asóciano a un servizo e menos a un servizo

público) e é visto como unha función improdutivo. As percepcións dos entrevistados están moi afastadas das actividades que se desenvolven no sector público en xeral e na Administración local galega en particular. Un dos argumentos máis expostos é que se trata dunha actividade empresarial na que se busca unha vantaxe económica e un beneficio persoal e empresarial.

3.1 O produto na competencia municipal

A xestión dos servizos sociais non se adapta ao contexto actual en que se exige maior transparencia administrativa e racionalización do gasto público. Enténdese que os instrumentos derivados da mercadotecnia xa están asumidos na Administración pública. E asumíuse que as institucións públicas de todo tipo incluíron técnicas xerenciais e estratexias de medición, avaliación e indicadores de produtividade e calidade, aínda que os resultados son desiguais e marcan escasa novidade porque son instrumentos utilizados con éxito noutros servizos.

É ineludible ter en conta a gran diferenza existente neste enfoque do produto entre Administración pública e sector privado. Ademais, na primeira os produtos e servizos son orixinados a través de demandas sociais (tras un proceso político e logo administrativo para poder proxectalos) ou mesmo de axendas electoralistas e decisións políticas (Kaplan e Haenlein, 2009). A variable *produto* ten un valor simbólico (e pódese xerar sen unha demanda concreta do mercado). Por iso, o factor máis destacable é o feito de que o obxectivo desta variable é o de lograr un servizo de calidade e non conseguir máis usuarios, pois os produtos e servizos públicos non teñen ningunha utilidade se non están dispoñibles para os cidadáns e se poden adaptar ás súas expectativas e prioridades.

Malia ser visto como un piar do estado de benestar, o sistema público de servizos sociais é defendido a nivel xeral, pero a nivel particular a visión da prestación do servizo entraña conflitos persoais relacionados co estigma social de *ser usuario dos servizos sociais*, posto que o paradoxo se atopa en que os cidadáns satisfán as súas necesidades por circuitos diferentes ao dos servizos sociais. Este tipo de accións derivan da beneficencia e produce todas estas situacións de estigmatización social.

De feito, o traballo de Arenilla, Pérez e Romera (Díaz Lema, 2014) dá conta do descoñecemento da poboación acerca do contido dos servizos sociais. Aínda que existe nas corporacións locais unha tipoloxía de axudas relacionadas coa cultura, formación, ocio ou planificación xerontolóxicas e afíns, no imaxinario colectivo, falar de servizos sociais agora é tratar asuntos crónicos e de difícil solución, como o aloxamento de persoas maiores e/ou dependentes que viven soas ou a ausencia de ingresos na unidade familiar para asumir os gastos máis elementais (vivenda, manutención, etc.), entre outros.

Algúns entrevistados confirman que é posible *recortar* no departamento de servizos sociais a través de actividades socioculturais que se desprazaban a un segundo plano de prioridade – recoñecendo non só a transversalidade das actuacións, senón que moitas accións estenden as competencias mínimas–, e a maioría non admiten falar de sectores prioritarios de actuación e perfil de usuario porque remarcan que a concellaría *ten a porta aberta a todos os veciños*. Pero é obvio que existen colectivos prioritarios con actuacións e programas específicos. Así mesmo, o envellecemento da poboación favoreceu o despregamento dunha importante carteira de prestacións destinadas a grupos de idade avanzada, e informes como o do Estado Social da Nación (2015), elaborado pola Asociación Estatal de Directores e Xerentes de Servizos Sociais, prioriza estes segmentos de poboación, constatando que os servizos que sofren maior retroceso son a axuda a domicilio e os servizos sociais básicos, incluíndo a atención á dependencia.

Os concellos están desbordados ante o aumento de casos de emerxencia social, e os obxectivos principais pasan por limitar a súa actuación, derivando nunha xestión ineficaz xeradora de dependencia económica, pasando pola clarificación do seu marco competencial. Gran parte dos entrevistados (técnicos, sobre todo) recoñecen que se asiste máis a unha época benéfico-asistencialista que a un recoñecemento ou adscrición de dereitos sociais na cidadanía. Son os técnicos, de formación tradicional en traballo social, os que lamentan a falta de liderado e estratexia para mellorar a prestación destes servizos públicos que, á súa vez, se volven insostibles para a facenda local.

O monopolio público dá paso á competencia de operadores privados como fórmula de previsión de servizos orientados á asistencia social. Esta competencia municipal está cada vez máis debilitada na oferta dalgúns servizos, porque supón unha gran planificación e responsabilidade deste tipo de servizos públicos (e que obedecen á necesidade de alcanzar o benestar social). Partindo deste suposto, pódense recoñecer novas formas de miopía de mercadotecnia, como o fallo ao considerar os cambios no contexto social en que se enmarcan os servizos sociais municipais (asincronía entre reforma local, cambios de xestión de pouco calado porque non se acompañan en todos os niveis administrativos e un contexto de crise). O equipo de profesionais das concellarías son as figuras principais na observación e análise da información necesaria para poder compartila e contrastala. Por outra banda, é necesario incidir na produción de investigacións destinadas a ilustrar con carácter socioeconómico as institucións públicas e entidades con ou sen fins de lucro. As circunstancias sociodemográficas en que a heteroxeneidade das demandas e o progresivo incremento dos extractos sociais abocados á cronificación da situación de dependencia pública limitan un servizo máis individualizado ou personalizado. Como factor público ou a nivel electoralista, os entrevistados subliñan que o traballo está dirixido á poboación en xeral e non a subgrupos, polo que marcan unha equivalencia irreal entre público potencial (cidadáns con necesidades homoxéneas) e universo total.

Non obstante, é absurdo totalizar estes servizos a unha colectividade global se a primeira distinción que se produce nos servizos públicos ofertados está entre individuos usuarios directos do servizo (demanda individualizada) e a cidadanía en xeral (demanda colectiva), que inclúe potenciais usuarios, aqueles que non sendo beneficiarios directos contribúen cos seus impostos a financiar os recursos sociais e coñezan ben a que se dedican os impostos de todos.

En todo caso, refutar a segmentación non é eludir a posta en marcha dun factor elemental na mercadotecnia, senón outro tipo de técnicas. Algúns dos políticos non son capaces, por exemplo, de determinar a fórmula da concellaría para saber se as actividades eran do agrado do público, e guíanse por datos tan volátiles e imprecisos como o número de participantes dunha convocatoria, caendo no erro de que ofrecen mellores calidades dos servizos por ser a Administración pública máis próxima. A opinión xeneralizada era que se estaban cronificando os problemas sociais e as concellarías non podían dar unha resposta óptima ás necesidades cidadás. Ao preguntarse sobre a prestación ou non de cada un dos servizos por parte do goberno local, os entrevistados inclúen explicitamente o método tradicional –é dicir, a través de empregados públicos– os acordos entre administracións, a contratación con empresas privadas ou entidades sen ánimo de lucro ou con asociacións de veciños.

3.2 Xustificando a presión fiscal: o prezo

Aplicar un prezo público, taxa ou imposto como a expresión do valor económico do servizo público subministrado pode ser visto como un marcador da calidade dentro do sector público; non obstante, a variable prezo dentro do dominio público, e máis en concreto nos servizos sociais municipais, adoita ser un factor secundario se se concibe en termos monetarios. Sobre todo, tendo en conta que estes servizos non reflicten o seu custo real e que a tendencia xeral é a percibir a *gratuidade do servizo* ou, no menor dos casos, a obter a través de entidades sociais un servizo similar ou case substituíble ao provisto polo sector público e criticar o pagamento de certos servizos.

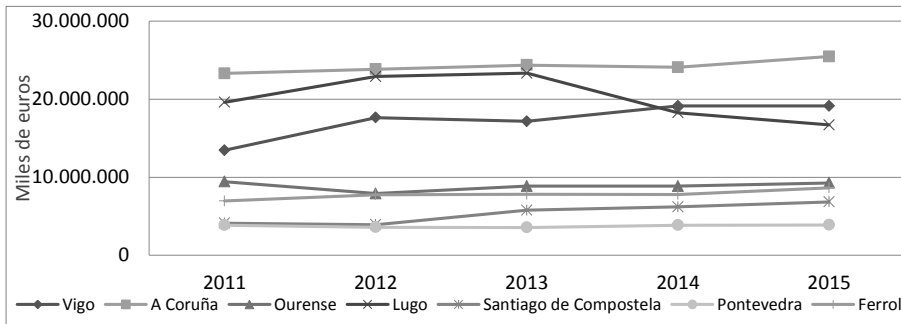
Para os entrevistados, o prezo do servizo é retido como un investimento que xera benestar ao conxunto da sociedade e non pode ser subestimado. É evidente que o aspecto lucrativo tropeza nesta materia e é preciso remarcar que tampouco se intenta a transformación do sector público en privado, senón reforzalo a través da aplicación deste concepto e crear sincronía coas demandas e as circunstancias sociodemográficas locais e o ámbito xeral.

A xestión de mercadotecnia pública proporciona ferramentas para mellorar o rendemento dos orzamentos municipais porque pode facer máis por menos. Efectivamente, non son estratexias que definan a medida en que se obteñen ingresos ou a asignación de partidas para as diversas políticas públicas, pero unha estratexia global de mercadotecnia permite optimizar estes recursos financeiros e ten efectos na xestión das decisións en materia social, como a previsión en materia de instalacións, ou determinadas necesidades que non son entendidas como prioritarias polos cidadáns e que se poden complementar mediante o financiamento de gasto social privado e xerar resultados doutro tipo (*e.g.* en materia de emprego).

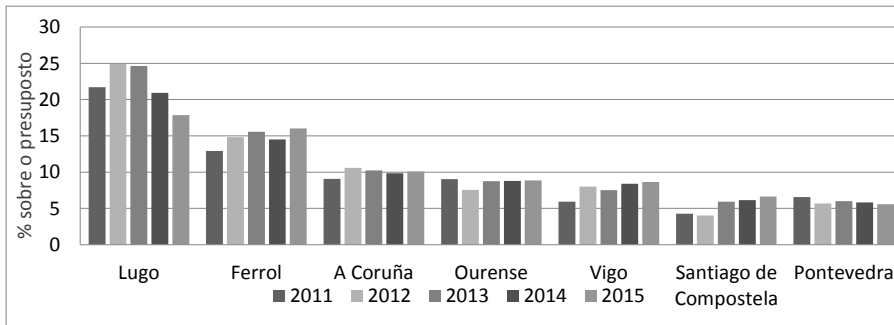
De media, a evolución da partida dedicada a “Actuacións de protección e promoción social” (véxase figura 1) sofre un estancamento nestes concellos, pero, como noutros ámbitos, en 2014 a tendencia negativa normalízase ou mesmo se xera un cambio de tendencia, cunha lixeira recuperación das partidas de forma leve ou moi leve nalgúns dos concellos estudados (A). A cidade da Coruña, malia ser a segunda cidade en tamaño de poboación, é a cidade que máis recursos económicos destina a servizos sociais municipais, seguida por Lugo, a cuarta máis poboada, que desde 2013 se desliga desta tendencia e en 2014 é superada polo orzamento de Vigo, ata entón nun terceiro posto. Así mesmo, estas tres cidades destacan por enriba das outras catro máis poboadas de Galicia, cuxos orzamentos se axustan e manteñen nun discreto segundo plano. Esta situación reflicte o feito de que o número de habitantes nas cidades non é indicador clave na determinación do orzamento e nel inflúen outras liñas de actuación gobernamentais.

Figura 1. Evolución da partida de “Actuación social” nos orzamentos (A) e porcentaxe do orzamento en servizos sociais (B) sobre o orzamento das 7 cidades (2011-2015)

A)



B)

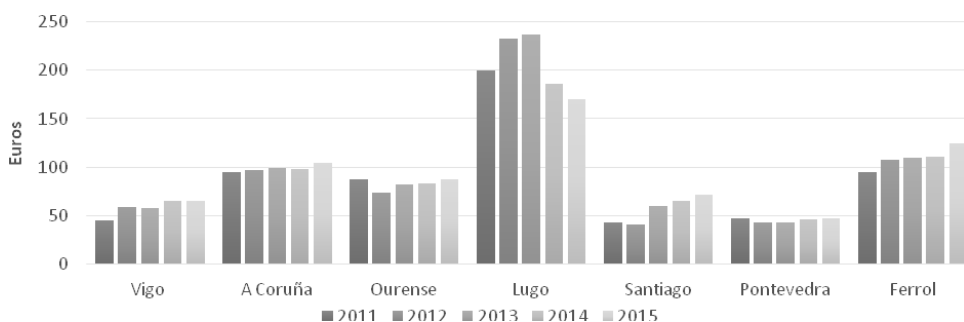


Fonte: Secretaría Xeral de Coordinación Autonómica e Local, Ministerio de Facenda e Administracións Públicas.

Aínda que o orzamento se reduce constantemente con respecto á proporción do orzamento destinado aos servizos sociais (B), o Concello de Lugo lidera o investimento en partidas dedicadas á protección e promoción social en 2011-2015. Segundo a análise do orzamento, en 2011 e 2012, o orzamento rolda o 25% sobre o total e supera o resto de cidades, a pesar da tendencia alcista dalgunhas delas. A edila luguesa reconece que esta porcentaxe tan alta no orzamento deriva da aposta pola inmersión local e era o cuarto orzamento en servizos sociais máis alto a nivel nacional. Así mesmo, a cidade supera o obxectivo marcado no preámbulo da Lei de servizos sociais de Galicia 2008⁶ do 7% dos orzamentos das administracións públicas competentes. Tan só Santiago de Compostela e Pontevedra reducen estas cifras arredor do 5-6% no período 2011-2015.

O mesmo que o orzamento total, con respecto á porcentaxe do orzamento relacionado cos servizos sociais municipais, o factor poboacional tampouco inflúe nesta proporción e, tras Lugo, a segunda cidade que máis destina a servizos sociais é Ferrol, seguida pola Coruña, Ourense, Vigo, Santiago e Pontevedra, respectivamente. Esta clasificación está en consonancia co volume medio de gasto municipal por habitante (figura 2), cunha redución, de novo en Lugo, e un incremento progresivo do gasto por habitante no resto de cidades desde 2013. Ademais, o orzamento sobre o que se edifica o novo sistema de competencias propias municipais pode chocar coa súa dimensión financeira.

Figura 2. Volume medio por cidadán do orzamento dedicado a “Actuacións de protección e promoción social” (2011-2015)



Fonte: Secretaría Xeral de Coordinación Autonómica e Local, Ministerio de Facenda e Administracións Públicas.

García Herrero *et al.* (2016), nun estudo da Asociación Estatal de Directores e Xerentes de Servizos Sociais, reflicte que Galicia é unha das comunidades autónomas cos orzamentos en servizos sociais máis baixos do país e, ademais, ten un dos custos unitarios do servizo máis elevados debido á orografía e dispersión xeográfica. Tamén se recoñece un aspecto positivo da xestión de servizos sociais que a converten nunha das máis eficientes: o equilibrio entre o gasto e a cobertura.

A complexidade dos servizos sociais municipais e o seu desbordamento competencial, a escasa coordinación autonómica en materia de accións sociais e o incremento de usuarios cun cadro de persoal e un orzamento limitados e reducidos ano a ano provocan o desespero, nalgúns casos, por parte dos entrevistados, que recoñecen que as partidas económicas de emerxencia social e as axudas monetarias directas ás persoas en risco de exclusión social son as maiores demandas a que se enfrontan os equipos directivos. Poucos admiten o aspecto negativo cara a programas finalistas e curtopracticistas con pouca marxe de análise que cronicizan as situacións de dependencia económica dos cidadáns. Non se pode falar en todos os casos de decisións precipitadas, pero si de falta de anticipación ou planificación á conxuntura económica.

A excepción de Lugo, que mantén un discurso coherente en relación coa anticipación da crise, os demais concellos defenden o aumento do orzamento ou a reorganización do traballo (facilitando o número de beneficiarios de determinados programas pola modificación das bases

ou establecendo menos requisitos mínimos). Os concelleiros non teñen unha definición sobre o que se debe mellorar, recoñecen que as partidas finalistas poden aumentarse (só tres concelleiros mencionan a importante suba de impostos que isto supón) pero o proxecto a longo prazo convértese en inviable.

Por moito que o gasto se entenda como investimento social e non sexa visto desde unha perspectiva económica clásica (A Coruña, Santiago, Ourense), a crítica máis contundente é a facilitada pola técnica do Concello de Vigo: *non sacamos o máximo proveito ao diñeiro público e é unha falta de respecto cara ao cidadán*. Con esta situación, percíbese unha desmotivación ou un distanciamento sobre a cidadanía por parte dos administradores públicos, cando só dous entrevistados se refiren ao aumento das obrigas contributivas.

3.3 A distribución e a atención ás aspiracións locais

Os aspectos prácticos de todo o proceso desenvolvido na prestación dos servizos sociais municipais dependen da canle a través da cal estes servizos públicos son distribuídos á poboación local e, ademais, inclúen a perspectiva da mercadotecnia pública, responden ao recoñecemento de novas canles, sen esquecer este esquema de distribución vertical dos servizos sociais (Goberno central, autonómico e concellos). A unidade básica de referencia parte dos equipos de traballadores sociais (ETS) ou das unidades de traballo social (UTS), definidas segundo o plan concertado como a unidade administrativa e territorial que teñen como función primordial a atención aos cidadáns no seu acceso aos servizos sociais, a través dun servizo de información e orientación. A rede de prestacións ofertadas a través desta fórmula distribúese baseándose nos barrios e parroquias que integran a Administración periférica local.

A organización e distribución do traballo das concellarías está marcada por estes equipos que se trasladan ao espazo veciñal e acceden ao cidadán-usuario para coñecer as necesidades inmediatas, informar e administrar as características e prestacións dos servizos públicos. A canle de distribución é relativamente curta no caso estudado, xa que a maioría de servizos son adoptados desde a área municipal. Convén sinalar a relevancia do factor *lugar* en canto ao papel que representa no acceso dos servizos públicos e ámbito de actuación e programas coordinados. Esta proximidade non sempre é requirida como elemento de mellora do servizo, pois en ocasións en barrios e parroquias o factor social segue dominando a forma de xestión. Ademais, as barreiras espaciais converten a Administración local na primeira porta de entrada do cidadán que ten que asumir e responder polos posibles erros ou malas direccións da Xunta.

3.4 A empatía na servución: as persoas

A variable *persoas* é a que chega a determinar o uso dun servizo público porque se basea na relación emocional e na complicidade que ten o cidadán co traballador da concellaría, e é un dos elementos intanxibles do servizo público máis importantes (os prestadores do servizo son todos os que integran o persoal de contacto e, xeralmente, persoal sen mando). Sen tratar de sítuala por enriba doutras, cómpre remarcar a *teoría do afecto do intercambio social*, polo cal o persoal que desempeña este traballo xoga un papel fundamental debido ás percepcións subxectivas que esperta, xa que en moitos casos a elección do servizo entraña factores subxectivos como este, relacionados con aspectos cognoscitivos, emocionais e culturais.

Este persoal que traballa en contacto co público ten unha dobre tarefa para realizar no proceso de prestación do servizo: a de operador do sistema de *servución* (Eigler e Langeard, 1989)

previsto e a de axuste deste ás especificacións do usuario. A estandarización é case imposible nos servizos sociais municipais porque requiren de personalización, individualidade e discrecionalidade e os usuarios deben percibir estes valores. Ademais, os empregados (traballadores sociais, psicólogos, avogados, animadores socioculturais, educadores sociais...) traballan cunha proximidade cos usuarios que, en ocasións, poden discernir das normas legais porque estas poden producir un resultado distinto (Parrado Díez, 2015).

Un dos maiores problemas que sofre a concellaría é a taxa de reposición, que algúns entrevistados definen como *indignante* e unha *medida cínica* en tempos de crise e con necesidades sociais máis xeneralizadas. Todos os concelleiros recoñecen que se leva a cabo a prestación dos servizos con recursos limitados, especialmente a nivel humano e que a contratación de persoal é un tema preocupante, que orixina a externalización de máis servizos debido a esta sobrecarga desmesurada de traballo. A nivel autonómico, esta tendencia de descenso do persoal é paralela á evolución marcada a nivel nacional, aínda que as provincias da Coruña e Ourense son as que soportan unha caída máis significativa do número de empregados a nivel local.

Esta investigación permite comprobar a dicotomía entre dirección política e dirección administrativa. Ningún dos concelleiros critica o traballo realizado polos funcionarios. Aspecto distinto é a opinión dalgúns técnicos que recoñecen que o personaxe político alcanza un cargo que, en ocasións, excede as atribucións e competencias persoais. Resume este pesar un deles (mediante atribución reservada): *son eles os que se van dentro de varios anos, nós somos os que estamos aquí toda a vida e temos que soportar as decisións que tomen neste tempo*. Do mesmo modo, esta actitude pódese volver á directiva técnica e corpo de empregados públicos en xeral, que responden a unha iniciativa de perpetuidade de cargo entendida nos termos de insatisfacción, inmovilismo ou mesmo falta de vocación, e representa moitos dos valores negativos que se lle reprochan á burocratización da Administración pública.

3.5 Os procesos

O maior problema de autonomía do servizo público, o marco legal, é á súa vez a súa maior virtude, pois ao estar regulada a Administración local polo dereito público implica que, aínda que as administracións públicas teñen moitas máis restricións, controis e obrigas (*e.g.* transparencia e información públicas), gozan de contrapartidas e privilexios que non están ao alcance das organizacións privadas, como servizos exclusivos e monopolio do mercado ou falta de prezos directos que aseguren unha carteira de clientes (ou cidadáns-usuarios). Outro aspecto enmarcado dentro desta variable é a posibilidade de cambio e evolución dos servizos dos concellos grazas ás achegas directas dos cidadáns, tendo en conta o factor molestia cando é necesario corrixir un fallo, aínda que pode ser un feito perceptible na derivada electoral e o maior control social do goberno local por parte dos cidadáns.

3.5.1 Coordinación interadministrativa en servizos sociais?

Ao longo dos últimos anos, as corporacións locais son obxecto de miradas nas reformas da Administración pública –polo menos para clarificar por primeira vez as competencias municipais por lei, como demanda tradicional do municipalismo–, pero os intentos por introducir a gobernanza xeran a nivel académico un maior protagonismo dos concellos, porque esta adaptación ao novo escenario global e ás novas demandas sociais provoca o que Nabaskues (2003) denomina *municipalización da política do benestar*, xa que os concellos son os encargados de

especialización da súa axenda pública. Por todo iso, compréndese que esta parte do multinivel de goberno, a máis baixa na escala, é a que máis peso ten no cidadán. A todos estes elementos súmaselle a percepción de que as reformas lexislativas recentes (inspiradas en estratexias de mercadotecnia pública) non se trasladan na práctica de forma racional, e as tendencias ideolóxicas afectan á xestión dos servizos sociais municipais. Caos de xestión, *austericidio* ou falta de coñecemento da realidade social son versións dun mesmo proceder na reforma local percibidas polos dirixentes locais entrevistados como consecuencias inevitables da falta de contacto cos problemas reais dos cidadáns desde instancias executivas superiores ao ámbito local.

No aspecto terminolóxico, a excepción da Coruña e Santiago de Compostela, que empregan o concepto de *servizos sociais*, o resto de cidades utiliza unha terminoloxía abstracta como *benestar social*, e Pontevedra, que utiliza o apelativo *benestar social municipal*. O resto de cidades acompañan no departamento outras áreas relacionadas coa igualdade de xénero, a educación, a cultura e a normalización lingüística, os deportes, a saúde e a familia ou a xuventude.

As concellarías alivian os problemas da cidadanía e son os maiores achegadores de financiamento en servizos sociais, aínda que non lles corresponde a elas. A pesar da Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, esta dinámica antóllase máis rixida do esperado para o lexislador estatal, que non ten o control que presupón no ámbito municipal. Esta posibilidade de asunción de competencias distintas das propias ou atribuídas por delegación na Administración local debe respectar os requisitos impostos no plan financeiro. Malia que a coordinación na Xunta se articula como garante orzamentaria, só os representantes políticos dos gobernos conservadores valoran a relación interadministrativa presente, aínda que en termos excesivamente personalistas: *a relación é magnífica porque coñezo as persoas que están na Administración e entón teño fío directo. Levanto o teléfono cando xorde un problema e búscanse solucións* (A Coruña).

Moitos dos representantes políticos de diferente signo critican a forma de traballo coa Xunta, porque negan o *feedback* e subliñan a politización desta relación. A concelleira de Pontevedra é a que mellor resume o sentimento doutros concellos socialistas: *a Xunta sabe que nós somos os que temos que dar as explicacións aos veciños e eles desde un despacho frío e hostil fan o que lles dá a gana para cadrar as súas contas e presentalas no Parlamento de Galicia. Ademais traballan dunha forma absolutamente unilateral, sen dar explicacións e sen contar en ningún momento co dano lesivo que pode ocasionar unha decisión que eles tomen desde arriba*. Todos os representantes políticos, a excepción do PP, critican a posición da Xunta, escudada na distancia física para actuar unilateralmente sen obedecer á realidade ou as críticas que fai a cidadanía pola prestación dun servizo público como este:

- *Se os outros niveis administrativos non responden, non irán a se queixar a eles, senón a nós, que somos os que senten máis próximos* (Ourense).

- *É difícil xustificarse ante un veciño que ves cara a cara, que tendo diñeiro e superávit no Concello non o podes axudar máis. Non é a prioridade agora pagar a débeda porque nestes tempos inflúe gravemente no investimento social* (Lugo).

Ambos os dous entrevistados lamentan a falta de información e a subsidiariedade en asuntos necesarios na Administración local. Así mesmo, a descentralización do sistema público de servizos sociais ao longo das últimas dúas décadas xera a redución dunha infraestrutura sólida propia autonómica para poder xestionar nuns meses todos os servizos sociais de atención primaria. Tanto representantes políticos do espectro de esquerdas como a dirección técnica critican non

só o volume impositivo, senón o desleixo e a elección de competencias municipais que marcan o devir tomando en mans do azar este servizo e que mantén esta lóxica coa consideración individual do termo emerxencia social. Moitos dos xefes de servizo lamentan que a *emerxencia social* sexa o único que se practica nos concellos, sen terse completado o pretendido sistema público de servizos sociais.

Ningún dos entrevistados confía en que a reforma local traia cambios positivos, e a maioría, entre xefes de unidade e edís, aseveran a continuidade da xestión en servizos sociais no plano local como eixe articulador dos servizos sociais comunitarios: non é o momento para iniciar unha reforma local deste calado e sinalan que afecta directamente á autonomía local. Así mesmo, compróbase unha preocupación pola capacidade de mellora dos servizos públicos, xa que as ideas relacionadas coa innovación da Administración pública se distorsionan ao chegaren á etapa política e son difíciles de proxectar no funcionariado público, que adoita rexeitar calquera cambio. Gran parte dos entrevistados recoñécenlle á Administración local o dereito suficiente para poder ter como competencia propia a prestación dos servizos sociais, polo menos comunitarios (aínda que máis definida do que estivo), e non como unha competencia *envenenada* que crea expectativas e asenta dereitos sociais locais aos cidadáns que non se poden alcanzar, tanto pola falta de independencia como pola carga impositiva que supón.

3.5.2 A perspectiva da avaliación

Durante a realización das entrevistas, constatouse o descoñecemento das técnicas de avaliación dos servizos sociais municipais por parte da dirección política. Moitos evaden as preguntas, ofrecen respostas indirectas e escúsanse nos tecnicismos do proceso administrativo para trasladar a mesma pregunta aos seus xefes de servizo (aínda que ten que ser unha prioridade que os concelleiros, en canto cumpren o papel de xestores públicos, escoiten, observen e detecten os problemas dos servizos). Nun único caso, sublíñanse o desinterese e a indiferenza pola pregunta, recalcando que na web municipal *está todo moi ben explicado*.

Certamente, a evasión deste asunto e a forma de esquivar, por exemplo, como se mide a satisfacción dun servizo público, a calidade percibida ou como é valorada a imaxe do servizo polos diferentes públicos constatan o descoñecemento no uso de técnicas de avaliación e, indirectamente, os propios resultados administrativos baseados nos conceptos de eficiencia, eficacia e economía, ao non relacionar os recursos e orzamentos no proceso de xestión como algo necesario de coñecer por parte da dirección política. Algunha concelleira afirma que a calidade percibida dun servizo non é tanxible nin se pode estudar e, outros, a minoría, intentan responder argumentando que o factor de avaliación fundamental de éxito dun servizo público é o número de persoas que se inscriben nas accións da concellaría. Trátase da Administración pública tradicional, un exemplo de miopía de mercadotecnia, e unha inexistencia de medición do servizo en termos de mercadotecnia, e non se está a actuar en busca da excelencia nas políticas de benestar e na calidade de vida dos cidadáns. Outra resposta común por parte dos concelleiros ten que ver con *gastar todo o orzamento no que se tiña que gastar, pero entendendo o gasto como un investimento*. Por así dicilo, a *postución* ou os cambios organizativos para a mellora continuada dos servizos (Puig, 1998) son reducidos a percepcións do persoal de contacto e o número de cidadáns que acceden ao servizo, en lugar de valorar como o servizo facilita a solución/resposta das necesidades a que se enfronta.

A dirección técnica define o traballo de avaliación como *unha batalla* coa dirección política e non conciben que en todos os casos das cidades se establezan uns obxectivos previos e estratéxicos nas concellerías e, se se fan, están limitados ao mandato de catro anos. A función tecnocrática aposta polo rendemento da organización a través de obxectivos e metas, para obter resultados concretos no excesivo fincapé en normas e procesos organizativos. Ademais, valoran certos indicadores *para avalialo todo e baseándose nesa avaliación poder programarnos para o ano seguinte* (atribución reservada). Non obstante, existe unha imposición de metas irreal.

O volume de traballo e a dificultade de proporcionar unha resposta institucional axeitada xeran frustración nos técnicos locais, que sinalan que o problema máis importante é, da imprecisión nos obxectivos da concellaría, a inestabilidade dos gobernos locais, que buscan medidas populistas que permitan o mantemento no poder sen precisar solucións. Confírmanse grandes carencias na dirección política dos servizos sociais nestas cidades sobre mercadotecnia dos concelleiros e unha reacción rápida cara a prioridades sociais cando poden percibir a ameaza de perder as eleccións. É máis, por norma xeral, non están adaptados ás exigencias dun posto desta envergadura e, sempre que as argumentacións baseadas en valores e exemplos non sexan sólidos, subliñan que os seus estudos ou as súas carreiras profesionais non están relacionados cos servizos sociais (*É que, a ver, eu veño do mundo de...*).

3.5.3 Externalización en servizos sociais municipais

Os cambios que os entes locais poden sufrir nos próximos anos poden alterar a relación entre os usuarios e a Administración local e, á súa vez, mellorar a prestación do servizo, partindo de ferramentas de eficacia e produtividade, adaptación ás aspiracións e demandas sociais, planificación estratéxica, calidade ou democracia participativa, nunha época en que se perpetúa a crise económica. Moitas asociacións e/ou fundacións locais desenvolven un traballo intercooperativo co municipio desde a autonomía de ambos os dous a través de convenios e comparten unha visión similar coa concellaría sobre os asuntos sociais a tratar enfocados na mellora da calidade de vida dos veciños. Entre a concellaría e as entidades sociais desenvólvese un diálogo continuo a través de negociacións e pactos de traballo relacional, enfocados na coprodución e na prestación dos servizos públicos.

A pesar da literatura ligada á externalización dos servizos públicos, as opinións persoais dos entrevistados arredor da externalización de servizos públicos (malia que era un aspecto asentado dentro da Administración pública) están moi polarizadas. Por un lado, a xustificación principal para a introdución de xestión mixta está motivada pola incapacidade de recursos humanos e de instalacións no concello que fan máis difícil a cobertura (Lugo, Ourense, Vigo, Ferrol, Santiago), así como o abaratamento dos custos (Ourense). Outro aspecto é o de que a Administración pública non garante a especialización de determinados servizos e, en certos casos, unha entidade social que traballa cun colectivo concreto de persoas para atender de forma máis óptima as necesidades dos veciños (Pontevedra, Lugo, Ourense, A Coruña).

De igual xeito, outros entrevistados teñen unha opinión máis pétreca sobre o mantemento desta xestión relacional: *a Administración pública non é capaz de manter por si mesma o actual sistema público de servizos sociais. Malia que a titularidade debe ser sempre pública, temos que contratar empresas privadas porque non temos medios persoais e temos que externalizar algúns servizos recorrendo ás empresas privadas ou entidades sociais* (técnica de Ferrol). Os entrevistados evocan convenios ou concertos en servizos como teleasistencia ou planificación xerontolóxica (residen-

cias ou sistemas alternativos de aloxamento) como as actuacións en servizos sociais municipais máis idóneas para a externalización de servizos. A observación máis interesante do proceso de externalización no sector público é a ofrecida pola técnica do Concello de Vigo, que recoñece que *a Administración pública non necesitaría externalizar ningún servizo se se aplicasen as técnicas de mercadotecnia correspondentes; algunhas cousas que se fixeron non terían por que se se tivese valorado a misión/visión e estudado o mercado.*

3.5.4 O reto da transparencia no municipalismo galego

Salerno (Tornos e Galán, 2000: 175) retrocede ata a orixe divina do poder marcado polo absolutismo e o reproche kantiano a favor da publicidade das normas, para situar o paso cara á idea da transparencia nas decisións políticas como garantía fronte ás decisións aleatorias e persoais do poder estatal. Do mesmo modo que a transparencia se converteu desde entón nunha aspiración na Administración pública aínda en proceso de construción, ten que ver, sen ser previsto ata séculos despois, no conxunto de estratexias que agora se asocian á mercadotecnia pública, que permiten potenciar as relacións entre institucións públicas e o cidadán, o mantra repetido ao longo desta investigación.

Neste aspecto, os concelleiros son os máis implicados nesta modernización, aínda que son os técnicos os máis sensibilizados co exceso de informatización dos trámites e a escaseza de medios para desenvolver as medidas. Así mesmo, a representante política de Pontevedra recea das medidas de informatización da estrutura administrativa e compara o proceso cunha *transparencia de prospecto médico*, entendendo a excesiva información descontextualizada e de difícil comprensión. Os entrevistados asocian a transparencia á publicación de información institucional e organizativa (organigrama, perfil e traxectoria profesional dos políticos, actas e acordos de órganos de goberno, retribucións a altos cargos e responsables máximos, declaracións anuais de bens e actividades, coñecer o resultado das accións levadas a cabo, etc.) na web e gran parte dos concelleiros aseveran que a Administración local se adianta ás exigencias da lei estatal e *a nivel de transparencia está todo subido na web*, reducindo a transparencia ao ámbito informático.

Este concepto de transparencia queda acoutado ao ámbito económico e financeiro dos asuntos en que incide a lexislación estatal da materia nestes momentos de crise económica. De feito, a concepción da transparencia é reducionista e non se valoran outros ámbitos relacionados e máis doados de aplicar, como dispor de información de contacto actualizada na web. Neste debate pueril sobre o contido de transparencia na súa páxina web, reflíctese que non só Pontevedra suspende nos estándares de Transparencia Internacional España, senón que na última edición dispoñible de 2014 empeoran as puntuacións das sete cidades con respecto a 2012 e só Vigo e Ourense teñen mellores datos que a media nacional.

3.6 As evidencias físicas das concellarías de servizos sociais

A Administración local debe coidar e buscar un certo equilibrio en todas as percepcións relacionadas coas evidencias físicas, porque o usuario debe sentir que está personalizado para el, coa calidade de lograr as súas expectativas sobre o servizo, e son cuestións clave para a calidade e a satisfacción do servizo, como o coidado do local e os lugares no primeiro contacto entre o usuario e o servizo (acceso ás oficinas e instalacións aptas para persoas con discapacidades), unha arquitectura cálida, a luz, os mobles, os horarios e as esperas (horas de apertura adaptadas ao horario laboral da poboación), as escoitas (a capacitación técnica do persoal técnico que

presta o servizo para transmitir ao cidadán un servizo público de calidade a través de cortesía, amabilidade e formalidade), o acompañamento a través do proceso de uso do servizo (instrucións, formularios ou comunicacións comprensibles ao cidadán medio e unha linguaxe adaptada ás necesidades dos usuarios), etc.

A localización é importante e o acceso aos servizos debe ser o máis doado posible para o cidadán. Dos concellos estudados, as concellarías de servizos sociais están deslocalizadas e situadas en edificios públicos no centro da cidade e moi próximas á casa consistorial en todas as cidades. A excepción márcana Vigo e Lugo, que dispoñen de oficinas técnicas e de atención aos cidadáns no edificio central. En termos de comodidade para a cidadanía e control social, a mellor opción para o acceso aos servizos sociais pode ser a entrada no edificio central local. A amplitude e o número de oficinas permite que nos puntos de prestación de servizos o persoal se adapte ás necesidades específicas dos cidadáns para satisfacelas mellor, sempre atendendo á idea de que o funcionamento en rede da concellaría debe manter uns estándares para homoxeneizar os procesos, os gastos e as calidades (Puig, 1998).

É común que as grandes cidades descentralicen as dependencias consistoriais por razóns de tamaño e espazo, a medida que os servizos públicos que ofrecen son máis numerosos e complexos. Os únicos entrevistados que dan prioridade á intimidade dos usuarios no seu acceso aos servizos sociais son os representantes de Ourense, que recoñecen que ata había algúns anos as instalacións de atención ao público estaban desfasadas ou anticuadas. En todos os casos estudados, o contacto presencial e/ou telefónico é o acceso principal de comunicación dos cidadáns coa concellaría.

Así mesmo, a maior crítica que declaran os entrevistados é o aspecto burocrático da concellaría relacionado con trámites que deben cumprirse. Igualmente, a subordinación autonómica e a tutela das entidades locais obrigan a presentar cada ano un plan económico-financieiro xustificando os gastos da concellaría baseándose na previsión de recursos necesarios para asegurar a suficiencia financeira. Todos os entrevistados aclaran que é un aspecto fundamental pero que limita a atención aos usuarios, atrasa os tempos e afasta da realidade social os traballadores dos concellos.

3.7 A comunicación local como variable promoción

É necesario incidir no reducido coñecemento práctico de estratexias de xestión pública asociadas á mercadotecnia, exceptuando os técnicos e un mando político das dúas cidades máis poboadas de Galicia (Vigo e A Coruña). En liñas xerais, a mercadotecnia queda reducida á variable *promoción* ou, máis en concreto, á publicidade. A mercadotecnia pública local é entendida como o proceso de información pública da Administración local e é aceptada nestes parámetros. Perdura a asociación do gabinete de comunicación como o único referente de mercadotecnia ou comunicación do concello capaz de relacionarse co cidadán. Todos os entrevistados asocian a mercadotecnia como un elemento dentro do sector privado, aínda que puntualizan que está implantado dentro da Administración pública e considéranlo integrado como ferramenta propia do departamento de comunicación para a estratexia comunicativa do goberno local.

Os mandos técnicos son os máis remisos a opinar sobre a comunicación corporativa do concello, incidindo en que eses asuntos escapan das súas competencias profesionais. De feito, a técnica de Lugo recoñece directamente que, *dada a situación socioeconómica en que vivimos, páreceme que temos que dar prioridade ao sistema de atención de emerxencia e non á mercadotecnia*. Subxace un receo ao labor que se desempeña no departamento de comunicación, que perciben

como servizo máis próximo aos intereses e obxectivos políticos, no que se sitúa esencialmente a falta de coñecemento da actividade desempeñada neste dentro da estrutura corporativa como peza estratéxica da composición política.

Estase a recoñecer implicitamente a falta de independencia de medios de comunicación, especialmente os locais, que son un altofalante do traballo político desenvolvido na concellaría. Os concelleiros interpretan con total normalidade o feito de que todo o publicable é susceptible de aparecer nos medios aos poucos días e destacan a naturalidade coa que se concibe esta dependencia dos medios de comunicación. A figura tradicional do *goalkeeper* nas redaccións trasládase ao responsable de comunicación do concello, e o poder de decisión dos medios locais é moi reducido na selección de feitos noticiais. Trátase dunha relación simbiótica, xa que as campañas institucionais xeran ingresos moi importantes aos medios.

4 CONCLUSIÓNS: A PERSPECTIVA PREHISTÓRICA DA MERCADOTECNIA NA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA GALEGA

Este estudo bota por terra algunhas ideas preconcebidas e xeneralizadas, como a de que a mercadotecnia pública é un feito xeneralizado nos gobernos locais, e a dificultade de desenvolver medidas está máis relacionada co contexto competencial do réxime local que coa posición pétreo de moitas figuras clave para a difusión desta lóxica de *marketización*. Ademais, a natureza política do goberno tampouco inflúe no impacto da mercadotecnia pública e existe unha abundante tradición social municipal que choca cos pretendidos cambios impostos pola reforma local.

Aínda que a tendencia dos entrevistados é dubidar da capacidade da mercadotecnia pública como instrumento de xestión dos servizos sociais municipais, os cargos políticos son máis receptivos ao uso desta en canto vinculan a concellaría que dirixen co departamento de comunicación do concello, que se converte nunha oficina interna encargada de realizar as tarefas máis propias do que se corresponde coa variable promoción do marketing mix. Para eles, existe unha marcada incapacidade para definir os obxectivos da súa concellaría en canto propósitos derivados da liña da comunicación pública, polo que o tamaño destes concellos habilita a disposición dun profesional da comunicación encargado de personificar as carencias dos políticos nestes asuntos.

Á vista deste estudo, pódese comprobar como a aplicación da mercadotecnia é residual nestas concellarías e deriva da acción política. Persisten na dicotomía público/privado e inciden en que a regulación e a lexislación limitan este tipo de procedementos, malia que se insinúa que, dentro duns parámetros, a mercadotecnia é fundamental para a vida pública actual e para mellorar as relacións coa cidadanía. A algúns (concelleira de Vigo, técnicas de Lugo e Ourense) directamente non lles parece apropiada e apuntan a inviabilidade desta actividade na Administración local, aínda que gran parte dos entrevistados destacan as súas posibilidades e, sobre todo, a gran maioría era capaz de facer autocrítica e apuntan deberes das concellarías para mellorar os servizos ou a atención ao cidadán (especialmente, de cara aos comicios municipais e á formación dun novo goberno municipal).

Os inconvenientes directos están no escaso espírito de mercadotecnia que presentan os altos cargos das concellarías de servizos sociais. Non se potencian os estudos de actitudes e mentalidades do público e non existe unha preparación técnica do persoal *ad hoc*.

A mercadotecnia pública permite reducir a brecha entre a percepción cidadá e os *outputs* sociais. Os servizos sociais municipais preséntanse dentro dun marco lexislativo escasamente regulado e cun catálogo inconcreto, sendo o obxectivo da concellaría o de preservar e incrementar o benestar colectivo da comunidade. De todo iso afirmase que a liña de cambio asimilada dentro dun proceso de modernización e innovación adoptado no marco da autonomía local está baseada en decisións persoais e políticas que, en ocasións, coinciden coas ferramentas de mercadotecnia. As concellarías marcan a idea de transversalidade nas concellarías porque velan polo benestar comunitario, xerando un discurso destinado a deshoxeneizar o seu *target* e negan a segmentación do mercado por non excluír ningún cidadán, polo que non delimitan as prestacións concretas. Coa información analizada, poderíase situar o concepto de mercadotecnia nunha fase de transición na integración plena na xestión pública, xa que se considera un factor exógeno do sector público.

Por iso, na Administración local galega aínda non se pode falar dunha fase de consolidación da mercadotecnia pública, senón dunha fase inicial de desenvolvemento, polo menos na concellaría de servizos sociais. A concreción cara ao sector dos servizos sociais segue xerando debates que, a nivel académico, se superaron grazas á ampliación do concepto de intercambio e ás ideas derivadas da mercadotecnia social, entre outros. Pero non só o descoñecemento das técnicas de mercadotecnia pública a nivel local é xeneralizado, senón que ambos os dous sectores da dirección municipal destacan que a mercadotecnia pode ser vista como inmoral e un obstáculo no sector público en asuntos relacionados cos servizos sociais. Aínda que nesta área social o estudo do servizo público e a súa xestión é máis complexo, a asociación *mercadotecnia-promoción* é ideal para os entrevistados en departamentos municipais relacionados cos actos culturais ou o turismo (asocian un uso comercial dos problemas e necesidades sociais). Esta relación coa variable promoción implica a comercialización das proclamas políticas, e a mercadotecnia é vista pola dirección administrativa como unha ferramenta de influencia na opinión pública do desenvolvido na concellaría.

Así mesmo, a xestión caracterízase pola falta de implicación en procesos modernizadores da Administración pública e a auténtica gobernanza local. Os personalismos están moi presentes nun cargo derivado da elección do alcalde (algúns dirixen o seu traballo como unha engrenaxe dentro do proxecto do goberno local personalizado na figura do rexedor) e para o que acaban recoñecendo de forma implícita que teñen carencias, xustificadas nalgúns a derivar as cuestións formuladas ao equipo técnico ou a recoñecer que os seus estudos ou carreiras profesionais non están asociados aos servizos sociais.

5 ANEXO: GUIÓN DE CUESTIONARIO DE ENTREVISTAS

Xerais

1. Descrición estrutura administrativa/servizos.
2. Cambios na calidade de vida dos cidadáns na última década (a mellorar, o mellor).
3. Reforma local: valoración previa, melloraranse os servizos e expectativas dos cambios de aquí a 5 anos. Obxectivos primordiais esta lexislatura e onde incidir nos próximos anos.
4. Coordinación con Xunta ou Deputación en RRHH e económicos. Autonomía suficiente para iso? Colaboracións subscritas nestes anos.

5. Como definiría a mercadotecnia? Actitude cara á mercadotecnia? A que se asocia? Como cre que se debería aplicar na concellaría? Deben existir límites? Posibles aplicacións na AP local? Por que?

6. Medidas desenvolvidas a nivel de transparencia.

Variable produto

1. Uso da TIC e motivos que as impulsan (redución de tempos administrativos, incremento da participación cidadá, etc.). Importancia da web municipal.

2. Estudo de necesidades sociais da cidade. Como se priorizan unhas demandas sobre outras.

3. A demanda municipal.

4. Utilidade/efectividade/fiabilidade do servizo.

Variable prezo

1. Cálculo do custo efectivo (modo de estudo).

2. Adecuación das continxencias económicas (procedencia das subvencións para o financiamento de servizos públicos, dependencia interadministrativa, medios persoais) e necesidades dos cidadáns.

3. Influencia do prezo público sobre +/- demanda cidadá. Xestión eficiente/efecto sobre financiamento local e autonomía financeira/procedencia fondos.

Variable distribución

1. Grao de penetración e satisfacción dos cidadáns.

2. Distribución e localización das instalacións.

Variable promoción

1. Obxectivos de comunicación municipal en servizos sociais (difusión das actividades, comunicación de asuntos impopulares).

2. Como obteñen información os usuarios. Perfil de usuarios?

3. Relación particular entre concelleiro-medios de comunicación e presenza do concelleiro e concellaría en RRSS (interactuarse nas RRSS, cal é a rede social que máis utilizan).

Variable persoas

1. Traballadores. Limitación de medios persoais? Como afectan os cambios legislativos á situación laboral dos empregados públicos.

2. Relación entre empregados públicos e figuras políticas. Como colaboran no deseño e organización dos SSM (incentivos para desenvolver o seu traballo?).

3. Trato que dispensan/sensibilidade cara ao servizo público.

4. Implicación dos cidadáns e promoción da participación cidadá (existe regulamento?)

Variable procesos

1. Avaliación dos obxectivos/calidade do servizo. Se se recolle algún tipo de información sobre a calidade dos servizos aos usuarios dos SSM.

2. Comunicación clara/trato que dispensan (orientadas ás necesidades dos potenciais usuarios).

3. Xestión idónea/adecuada dos servizos sociais (pública/privada/mixta).

Variable evidencias físicas

1. Accesibilidade física/temporal aos servizos e dependencias (instalacións con capacidade suficiente e adaptabilidade ao tipo de servizo, ambiente, sinalizacións, accesibilidade para os colectivos de potenciais usuarios).
2. Canles de acceso ao servizo (presencial, telemática, telefónica).

6 BIBLIOGRAFÍA

- Alguacil Gómez, J. et al. (ed.) 2003. *Ciudadanía, ciudadanos y democracia participativa*. Tegui: Fundación César Manrique.
- Arenilla Sáez, M. et al. 2014. *Administración 2032: teclas para transformar la Administración Pública española*. Madrid: INAP.
- Asensio Romero, P. 2008. *Marketing municipal*. Madrid: Ediciones Díaz de Santos.
- Bañón i Martínez, R. e Tamboleo García, R. 2014. *La modernización de la gestión y los asuntos públicos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Barbu, A.M. 2011. «Public Sector Marketing: Importance and Characteristics», *International Journal of Economic Practices and Theories*, 1 (2), 58-64.
- Bassols, M. et al. 2011. *Gobernanza. Teoría y prácticas colectivas*. Barcelona: Anthropos Editorial, Colección Pensamiento Crítico.
- Belda Pérez-Pedrero, E. 2014. *Los derechos de las personas y las funciones del Estado como límite a la supresión de instituciones. La crisis económica y la reforma del Estado, Cuadernos y Debates*, n. 23. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia.
- Betegón, J. y Páramo, J.R. 2013. *Derecho, confianza y democracia*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Booms, B.H. e Bitner, M.J. 1981. «Marketing strategies and organization structures for service firms», in J.H. Donnelly y W.R. George (eds.), *Marketing of Services*. Chicago, IL: Conference Proceedings: American Marketing Association, 47-51.
- Campos Daroca, J. 2014. *La reforma de la Ley de Bases de Régimen Local*. Barcelona: Wolters Kluwer.
- Chías, J. 1995. *Marketing Público: por un gobierno y una administración al servicio del público*. Madrid: McGraw-Hill.
- Criado Grande, J.I. e Rojas Martín, F. (eds.) 2013. *Las redes sociales digitales en la gestión y las políticas públicas. Avances y desafíos para un gobierno abierto. Colección Obres Digitals*, 15. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya.
- Denhardt, R.B. e Denhardt, J.V. 2000. «The New Public Service: Serving rather than Steering», *Public Administration Review*, 60 (6), 549-559.
- Díaz Lema, J.M. (coord.) 2014. *Sostenibilidad financiera y Administración local*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Dunleavy, P., Margetts, H. e Tinkler, J. 2005. «New Public Management is Dead. Long Live Digital-Era Governance», *Journal of Public Administration Research and Theory*, 16, 467-494.
- Eiglier, P. e Langeard, E. 1989. *Servucción. El marketing de servicios*. Madrid: McGraw-Hill.
- Eshius, J., Braun, E. e Kilijn, E.H. 2013. «Place Marketing as Governance Strategy: An Assessment of Obstacles in Place Marketing and Their Effects on Attracting Target Groups», *Public Administration Review*, 73 (3), 507-516.
- García Herrero, G.A. et al. 2016. «Índice de Desarrollo de los Servicios Sociales» [en línea]. Asociación Estatal de Directores y Gerentes en Servicios Sociales. http://issuu.com/directorasgerentes/docs/folleto_indice_de_c_2015/1?e=7134924/32928044 (2-01-2017).
- Gilmore, A. 2003. *Services Marketing and Management*. Londres: SAGE.
- Kaplan, A. e Haenlein, M. 2009. «Rapprochement entre le marketing et l'administration publique: vers une compréhension globale du potentiel du marketing public», *Revue Française du Marketing*, 224 (4-5), 49-66.
- Kotler, P. e Lee, N. 2007. *Marketing en el sector público*. Madrid: Pearson.
- Lauterborn, R. 1990. «New Marketing Litany: Four Ps Passé: C-Words Take Over», *Advertising Age*, 61 (4), 26.
- Levitt, T. [1960] 2011. «La miopía en el marketing», *Harvard Business Review*, 86-98.
- McCarthy, E.J. 1960. *Basic Marketing: A Managerial Approach*. Homewood: Richard D. Irwin, Inc.
- Moorthi, L.R. 2002. «An approach to branding services», *Journal of Services Marketing*, 16 (3), 259-274.

- Nabaskues, I. 2003. *Globalización y nueva política local*. Basauri: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Ozanne, J.L., Corus, C. e Saatcioglu, B. 2009. «The Philosophy and Methods of Deliberative Democracy: Implications for Public Policy and Marketing», *American Marketing Association*, 28 (1), 29-40.
- Parrado Díez, S. 2015. *El análisis de la gestión pública*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pascual Esteve, J.M. 2011. *El papel de la ciudadanía en el auge y decadencia de las ciudades. El fin del gerencialismo o la recuperación de lo público y sus actores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pasquier, M. e Villeneuve, J.P. 2012. *Marketing management and communications in the public sector*. Londres: Routledge.
- Puig, T. 1998. *Manual para la Producción de los Servicios Municipales: La Construcción de los Servicios para la Calidad de Vida desde las Necesidades de los Ciudadanos o Cómo Usar el Marketing en los Municipios*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Tigănas, A., Ticlău, T., Mora, C. et al. 2011. «Use of Public Sector Marketing and Leadership in Romania's Local Public Administration», *Revista de Cercetari Si Interctie Socială*, 34, 212-233.
- Tornos Mas, J. e Galán Galán, A. (coords.) 2000. *La comunicación pública. La información administrativa al ciudadano*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Villoria, M. 1996. *La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia*. Madrid: Tecnos.
- Villoria, M. et al. 2012. «Social and Political Consequences of Administrative Corruption: A Study of Public Perceptions in Spain», *Public Administration Review*, 73 (1), 85-94.
- Wymer, Jr., W.W. 2004. «Use Social Marketing Strategies to Reform Social Policy: A Lesson from British History», *Journal of Nonprofit & Public Sector Marketing*, 12 (2), 149-158.

NOTAS

- 1 Disponible en liña en: <https://www.ama.org/AboutAMA/Pages/Definition-of-Marketing.aspx> (26-04-2017).
- 2 O crecemento da mercadotecnia social, como a propia disciplina xeral, é paralelo ao desenvolvemento das sociedades modernas e está vinculado á aplicación de grandes reformas políticas e sociais. Wymer (2004) expón a importancia que ten esta perspectiva na área pública na evolución do traballo infantil e feminino nas minas de carbón en Inglaterra: durante as British Poor Laws os orfos menores de 13 anos eran obrigados a traballar case como escravos e as mulleres con ese traballo desligábanse da imaxe de muller desprotexida marcada pola época vitoriana, e tiñan unha imaxe máis masculinizada. Responsables públicos como Lord Ashley definiron este problema e buscaron solucións só porque, como comenta o autor, era contrario aos valores dos grupos de presión.
- 3 Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, BOE do 30 de decembro de 2013, n. 312, 106430-106473.
- 4 Lei 29/2005, do 29 de decembro, de publicidade e comunicación institucional. BOE do 30 de decembro de 2005, n. 312, 42902-42905.
- 5 Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, BOE do 10 de decembro de 2013, n. 295, 97922-97952.
- 6 Lei 13/2008, do 3 de decembro, de servizos sociais de Galicia. DOG do 18 de decembro de 2008, n. 245, 22522-22548.

Fundamentos e tramitación do procedemento arbitral de transportes

Fundamentos y tramitación del procedimiento arbitral de transportes

Fundamentals and processing of the transport arbitration procedure



PABLO AMENEDO BERMÚDEZ

Funcionario do Corpo Superior da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia (España)

Membro da Xunta Arbitral de Transportes de Galicia 2007-2016
pablo.amenedo.bermudez@xunta.gal

Recibido: 30/03/2017 | Aceptado: 30/05/2017

Resumo: Este traballo ten como finalidade plasmar dun xeito sistemático e didáctico os fundamentos e as diferentes fases que conforman a tramitación dunha reclamación sometida á arbitrase de transportes como vía de resolución extraxudicial de conflitos.

A multitude de normas que dan forma a este procedemento dificultan extremadamente a súa comprensión polos potenciais usuarios deste tipo de reclamacións (particulares alleos ao mundo do transporte en moitas ocasións), de modo que, con esta análise procedemental, se pretende facer accesible e comprensible para todos os cidadáns un procedemento clave no ámbito das controversias mercantís derivadas dos contratos de transporte terrestre.

Palabras clave: arbitrase, procedemento, controversia, transportes, reclamación, vista, laudo.

Resumen: Este trabajo tiene como finalidad plasmar de un modo sistemático y didáctico los fundamentos y las diferentes fases que conforman la tramitación de una reclamación sometida al arbitraje de transportes, como vía de resolución extrajudicial de conflictos.

La multitud de normas que dan forma a este procedimiento dificultan sobremanera su comprensión por los potenciales usuarios de este tipo de reclamaciones (particulares ajenos al mundo del transporte en muchas ocasiones), de modo que, con este análisis procedimental, se pretende hacer accesible y comprensible para todos los ciudadanos un procedimiento clave en el ámbito de las controversias mercantiles derivadas de los contratos de transporte terrestre.

Palabras clave: arbitraje, procedimiento, controversia, transportes, reclamación, vista, laudo.

Abstract: The purpose of this document is to explain in a systematic and didactic manner the fundamentals and the different phases that form the processing of a claim submitted to the transport arbitration as a way of solving extrajudicial conflicts.

The multitude of rules that shape this procedure make it difficult for potential users of this type of claim to understand (particularly individuals outside the world of transport), so with this procedural analysis, it is

intended to make the procedure, in the field of commercial disputes arising from land transport contracts, more accessible and understandable for all citizens.

Key words: arbitration, procedure, controversy, transport, claim, view, award.

Sumario: 1 Introducción. 2 Lexislación aplicable e principios fundamentais. 3 Inicio do procedemento. 3.1 Recepción da reclamación. 3.2 Admisión a trámite. 3.2.1 Os requisitos formais do escrito de reclamación. 3.2.2 Os requisitos substantivos do escrito de reclamación. 3.2.2.a Capacidade e lexitimación das partes. 3.2.2.b Exercicio efectivo dunha acción polo reclamante. 3.2.2.c Existencia de convenio arbitral. 3.2.2.d Competencia da Xunta. 4 Substanciación do procedemento. 4.1 Citación a vista das partes. 4.2 Constitución do colexio arbitral. 4.3 Asistencia das partes. 4.3.1 Formas de comparecencia. 4.3.2 Postulación e efectos da inasistencia das partes. 5 Desenvolvemento da vista. 5.1 Fase alegatoria. 5.2 Fase probatoria. 5.3 Suspensión e interrupción da vista. 6 Terminación das actuacións arbitrais. 6.1 O laudo. 6.1.1 Prazo. 6.1.2 Forma. 6.1.3 Contido. 6.1.4 Notificación. 6.1.5 Corrección, aclaración e complemento do laudo. 6.2 Outras formas de terminación. 7 Conclusións. 8 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

No ámbito da actividade da Administración pública, calquera decisión sobre un asunto sometido ao seu coñecemento non pode adoptarse sen, previamente, ter seguido, na procura da seguridade xurídica e en garantía do acerto, legalidade e oportunidade do acto, unha determinada tramitación que conforma o que a doutrina denomina procedemento.

Este presuposto predícase igualmente da resolución das controversias de carácter mercantil xurdidas en relación co cumprimento dos contratos de transporte terrestre cando, de común acordo², sexan sometidas ao coñecemento das xuntas arbitrais do transporte³ (a partir deste momento, as xuntas) polas partes intervenientes ou outras persoas que teñan un interese lexítimo no seu cumprimento.

Así pois, como veremos máis adiante, e a pesar de non estar contido nun único texto legal, pode falarse da existencia dun verdadeiro procedemento arbitral⁴ para resolver as controversias sometidas a coñecemento das xuntas. Este procedemento debe vir establecido normativamente e, a este respecto, debemos comezar indicando que o procedemento de arbitraje en materia de transporte terrestre aparece sucintamente previsto na Lei 16/1987, do 30 de xullo, de ordenación dos transportes terrestres (a partir deste momento, LOTT)⁵, e polo Real decreto 1211/1990, do 28 de setembro, polo que se aproba o Regulamento da Lei de ordenación dos transportes terrestres (a partir deste momento, ROTT)⁶.

2 LEXISLACIÓN APLICABLE E PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS

Como acabamos de indicar, a LOTT límitase a recoller a existencia das xuntas e a esbozar as súas liñas xerais de funcionamento, establecendo que será o ROTT o que describa o procedemento a seguir para a resolución das controversias sometidas ao coñecemento das xuntas, o cal se configura como un procedemento de arbitraje específica en materia de transportes, de natureza administrativa⁷. O citado ROTT describe os trámites esenciais e fundamentais que definen a dita canle, pero sen chegar a constituír un procedemento completo.

Este carácter parcial do procedemento de arbitraje require que sexa integrado con trámites ou actos regulados por outras normas distintas. As normas ás que deberá acudirse en defecto total ou parcial de trámites específicos son as seguintes:

Lexislación xeral de arbitraje: A Lei 60/2003, do 23 de decembro, de arbitraje (en diante LA⁸), establece, no seu artigo 1.3, que “*esta lei será de aplicación supletoria ás arbitrajes⁹ previstas noutras leis*”, entre outras, a arbitraje de transportes terrestres; lexislación xeral administrativa: A Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (a partir deste momento, Lei 39/2015), e a Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público; lexislación procesual civil: a Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil (en diante, LAC), que non é de aplicación directa nin existe unha remisión xeral a ela respecto á súa aplicación supletoria por parte do ROTT ou da lexislación de arbitraje, pero contén principios, criterios e conceptos procesuais xerais do noso dereito que poden ser considerados e aplicados polos árbitros en relación con calquera decisión relativa á dirección do procedemento.

Xunto á normativa de aplicación, debemos destacar algúns dos principios¹⁰ aplicables a este procedemento. Comezaremos facendo referencia aos tres principios fundamentais que rexen o procedemento arbitral de transportes, que son: o principio de *tramitación simple*, isto é, o establecemento dunha canle ou iter caracterizada por actuacións escasas e sinxelas que, sen mingua da eficacia na resolución da controversia, conduzan á decisión definitiva con celeridade¹¹ e sen necesidade de actuacións complexas; o principio *antiformalista*, xa que non se exigen requisitos formais dun xeito estrito e rigoroso respecto dos diferentes actos, documentos e elementos que integran o procedemento; e o principio de *gratuidade*¹², que implica que as arbitrajes non supoñen custo para os interesados, sen prexuízo da obrigatoriedade de satisfacer os gastos xerados pola práctica de determinados medios de proba.

Xunto a eles, non debemos esquecer outros, como o *principio de rogación*, que implica que a intervención das xuntas só poderá ter lugar se se insta a súa actuación por parte do interesado; o *principio de xustiza rogada*, segundo o cal as xuntas decidirán os asuntos en virtude das achegas de feitos, probas e pretensións das partes, agás cando a lei dispoña outra cousa en casos especiais; o principio *pro actione*, ou regra xeral da interpretación máis favorable ao exercicio das accións, que implica que, en determinados casos, non será preciso requirir a emenda do escrito de reclamación; ou os *principios de audiencia, igualdade e contradición*, a través dos que deberá tratarse as partes con igualdade e darse a cada unha delas suficiente oportunidade de facer valer os seus dereitos, e existe a obriga dos árbitros, as partes e as institucións arbitrais, se é o caso, a gardar a confidencialidade das informacións que coñezan a través das actuacións arbitrais.

En consecuencia, e baseándose nestas normas e principios, preténdese ofrecer a continuación un esquema completo do procedemento en materia de arbitraje de transportes, un procedemento que é cada vez máis demandado tanto polos consumidores como polos profesionais do transporte, caracterizados no noso país polo reducido tamaño da súa estrutura empresarial. Iso testemuña o feito do crecemento exponencial do número de reclamacións e de expedientes resoltos polas xuntas en toda España ano tras ano, pasando de 2.346 reclamacións presentadas e 2.105 resoltas no ano 1999 ás 7.546 reclamacións presentadas e 6.902 resoltas do ano 2015¹³, e no que procedemos a resaltar as cuestións de maior calado dentro de cada fase deste.

3 INICIO DO PROCEDEMENTO

3.1 Recepción da reclamación

O procedemento arbitral en materia de transportes comeza¹⁴ coa presentación da reclamación pola persoa interesada. Así o declara o artigo 9.2 do ROTT, ao tenor do cal *“as actuacións arbitrais das xuntas serán instadas por escrito asinado polo actor ou os seus representantes, (...)”*. Rexe, por iso, o principio de rogación, anteriormente salientado.

O escrito de reclamación deberá presentarse nunha oficina da Administración pertencente a calquera dos lugares previstos na lexislación administrativa xeral. Non podemos esquecer que a Lei 39/2015 impulsou no ámbito do procedemento administrativo a chamada *“Administración electrónica”*, á que a arbitrase non debe ser allea e que debe levar consigo a asunción de medidas para modernizar o procedemento arbitral, sen mingua ningunha dos dereitos dos cidadáns. Así pois, é mester que as xuntas adopten as actuacións necesarias para posibilitar que a reclamación poida presentarse tamén por esta vía.

3.2 Admisión a trámite

3.2.1 Os requisitos formais do escrito de reclamación

O presidente¹⁵ da xunta, antes de iniciarse a arbitrase, deberá examinar o escrito co fin de darlle curso ou decidir a súa inadmisión. Debemos recordar que o artigo 8.2 do ROTT establece que o presidente (licenciado en dereito) e, en caso de consideralo procedente, dous vogais como máximo serán designados entre persoal da Administración con coñecemento das materias de competencia da xunta. A eles súmanselles os vogais representantes das partes en conflito, o que garante que nos atopemos ante auténticos especialistas na materia. Dito isto, procedemos a debullar o exame do escrito, que se deberá estender ás seguintes cuestións:

O artigo 9.2 do ROTT dispón que *“as actuacións arbitrais das xuntas serán instadas por escrito asinado polo actor ou os seus representantes, no que se expresará o nome e domicilio do reclamante e da persoa contra a que se reclama, facendo exposición dos fundamentos de feito e de dereito nos que se xustifique a reclamación, especificando de forma clara e precisa a petición e propondo as probas que se consideren pertinentes”*.

En consecuencia, da análise integrada deste precepto e dos requisitos exigibles para a presentación da reclamación, podemos concluír que, de non se cumprir algún dos requisitos apuntados, se requirirá o interesado para que, nun prazo de dez días, emende a falta nos casos seguintes¹⁶: a reclamación non leva a sinatura do actor ou do seu representante; a reclamación non expresa o nome e/ou domicilio da persoa contra a que se reclama; a reclamación non contén referencia aos fundamentos de feito en que se basea a pretensión do actor; a reclamación non contén referencia ningunha á contía en que se estima a controversia (o que é fundamental para a determinación da existencia de convenio arbitral presunto); a reclamación non contén petición ningunha.

O escrito de requirimento conterá a indicación de que, se non fose emendada a falta no prazo indicado, se entenderá que o actor desiste da súa reclamación. Non obstante, non será preciso requirir a emenda do escrito de reclamación nos seguintes casos:

Por un lado, respecto dos fundamentos de dereito, pois na arbitrase de transportes decídese a controversia en dereito, con independencia das normas xurídicas elixidas polo actor¹⁷. Por

outro, en relación coa omisión da proposición de probas que se consideren pertinentes, xa que o reclamante terá a oportunidade de achegalas no acto da vista.

3.2.2 Os requisitos substantivos do escrito de reclamación

3.2.2.a Capacidade e lexitimación das partes

Para admitir a trámite a reclamación presentada, é necesario comprobar que se trata do exercicio dunha acción referida a unha controversia mercantil en materia de transportes terrestres. En todo caso, este exame enténdese, sen prexuízo do que as partes puidesen alegar no trámite de vista sobre as cuestións analizadas. Entre outros presupostos, poden citarse os seguintes:

Neste contexto, examínase que do escrito de reclamación se desprende que tanto o actor como o reclamado posúen: capacidade para ser parte no procedemento, carácter que o noso dereito lles reconece aos suxeitos comprendidos no artigo 6 LAC (entre os que se atopan as persoas físicas e xurídicas); capacidade de obrar ante as administracións públicas, no sentido previsto no artigo 3 da Lei 39/2015; lexitimación (activa ou pasiva) para intervir no procedemento arbitral por ser titular da relación xurídica que motiva a controversia xurdida en relación co cumprimento do contrato de transporte terrestre obxecto da reclamación.

Por outra banda, poderán comparecer no procedemento varias persoas, como reclamantes ou como demandados, cando as accións que se exerzan proveñan dun mesmo título ou causa de pedir (aplicando o criterio do litisconsorcio do artigo 12 LAC).

3.2.2.b Exercicio efectivo dunha acción polo reclamante

A presentación dunha reclamación representa xuridicamente o exercicio dunha acción ou dereito dunha persoa, física ou xurídica, dirixido a facer valer unha pretensión fronte a outra ou outras derivada do cumprimento dun contrato de transporte terrestre. Na nosa opinión, o exame deste presuposto debe limitarse, pois, a constatar que a pretensión do actor se atopa apoiada na existencia previa dun contrato de transporte terrestre (ou outros formalizados por empresas transportistas e de actividades auxiliares e complementarias do transporte cuxo obxecto estea directamente relacionado coa prestación por conta allea dos servizos e actividades que se atopan comprendidos no ámbito da súa actuación empresarial), cuxos termos foron contravidos mediante o incumprimento dalgunha das prestacións ou obrigas da outra parte; e que a cuestión obxecto de reclamación que se somete ao coñecemento e decisión da xunta está referida a unha controversia de carácter mercantil sobre materia de libre disposición conforme dereito¹⁸. Debemos recordar que non constitúen materias de libre disposición o estado civil das persoas, as cuestións matrimoniais, os alimentos futuros, a acción penal ou calquera dereito ou liberdade inherente á dignidade da persoa¹⁹.

A xunta debe, en todo caso, admitir o exercicio da acción sen entrar a valorar de oficio se esta se atopa ou non prescrita, por exilio así o principio de xustiza rogada vixente no noso dereito, positivizado no artigo 216 LAC.

O ROTT, pola súa banda, declara sobre o tema da prescrición da acción o seguinte: “A *posibilidade de acción ante as xuntas para promover a arbitrase prescribirá nos mesmos prazos en que se produciría se se tratase dunha acción xudicial que se presentase ante os tribunais de xustiza*” (artigo 9.1 ROTT).

3.2.2.c Existencia de convenio arbitral²⁰

Neste presuposto condénsase a esencia da institución arbitral, baseada na expresión da vontade das partes de someter a arbitraje todas ou algunhas das controversias que xurdisen ou poidan xurdir respecto dunha determinada relación xurídica contractual. En consecuencia, a admisión a trámite da reclamación exige imperativamente a existencia de acordo de sometemento á arbitraje das xuntas. Por iso, imos deternos a examinar tanto a súa regulación como as diferentes posibles situacións ante as que nos podemos atopar, levando a cabo unha análise conxunta da LOTT e da LA:

A LOTT establece ao respecto que lles corresponde ás xuntas resolver, “... cando, de común acordo, sexan sometidas ao seu coñecemento polas partes intervinientes ou outras persoas que posúan un interese lexítimo no seu cumprimento²¹ (...).

(...) Presumirase que existe o referido acordo de sometemento²² á arbitraje das xuntas sempre que a contía da controversia non exceda os 15.000²³ euros e ningunha das partes intervinientes no contrato lle manifestase expresamente á outra a súa vontade en contra antes do momento en que se inicie ou se debese ter iniciado a realización do servizo ou actividade contratado (...)” (artigo 38.1 LOTT, que prevé o denominado convenio arbitral presunto).

Pola súa banda, a LA ofrece, no seu artigo 9, as seguintes regras: - O convenio arbitral deberá constar por escrito: nun documento asinado polas partes (que poderá adoptar a forma de cláusula incorporada a un contrato ou de acordo independente²⁴) ou nun intercambio de cartas, telegramas, télex, fax ou outros medios de telecomunicación que deixen constancia do acordo²⁵. Considerarase cumprido este requisito cando o convenio arbitral conste e sexa accesible para a súa ulterior consulta en soporte electrónico, óptico ou doutro tipo. - Considerarase incorporado ao acordo entre as partes o convenio arbitral que conste nun documento ao que estas se remiten en calquera das formas establecidas no apartado anterior. - Se o convenio arbitral está contido nun contrato de adhesión²⁶, a validez do devandito convenio e a súa interpretación rexeranse polo disposto nas normas aplicables a ese tipo de contrato²⁷.

Aplicando esta regulación á arbitraje de transportes, cabería considerar as seguintes hipóteses: Que da documentación achegada polo actor ao expediente de arbitraje se deducise con claridade a existencia de convenio arbitral expreso, manifestada en documento ou soporte (contrato, carta de porte, carta, telegrama, télex, fax, documento electrónico ou óptico ou remisión escrita a outro documento) que deixe constancia do acordo, caso en que, calquera que fose a contía da controversia, se entendería cumprido este presuposto. Que, non sendo aplicable ao caso a regra do convenio presunto (controversia por contía superior a 15.000 euros), non conste coa reclamación acordo expreso de sometemento á arbitraje pero si referencia expresa á súa existencia por parte do actor²⁸; neste caso, sería suficiente a dita declaración do actor para os efectos de admitir a trámite a reclamación, sen prexuízo do que a parte reclamada puidese manifestar no acto da vista respecto á realidade do convenio e á súa decisión de someterse ou non ao procedemento arbitral (“Considerarase que hai convenio arbitral cando nun intercambio de escritos de demanda e contestación a súa existencia sexa afirmada por unha parte e non negada pola outra”). Que, calquera que sexa a contía da controversia, conste no expediente documento achegado polo reclamante en que figure cláusula ou mención de non sometemento á arbitraje (p. ex., no billete adquirido). Este feito determinaría a inadmisión a trámite da reclamación: que sexa de aplicación a regra do convenio presunto (por ser a contía da controversia igual ou inferior a 15.000 euros), caso en que se admitiría a reclamación sen prexuízo de que, no acto

da vista, a outra parte acreditase terlle manifestado expresamente ao reclamante a súa vontade en contra antes do momento en que se inicie ou se debese ter iniciado a realización de servizo ou actividade contratado.

3.2.2.d Competencia da xunta

A competencia, entendida como o conxunto de potestades e funcións²⁹ asignadas polo ordenamento xurídico ás xuntas arbitrais, adopta, neste ámbito, unha dobre vertente:

Por un lado, a competencia obxectiva ou material³⁰: Refírese á capacidade ou potestade de resolver un conflito ou controversia³¹ que cumpra os requisitos fixados polo artigo 38.1 LOTT e 6.1.a) ROTT. Este criterio competencial debe ser obxecto de exame previo á substanciación do procedemento co fin de excluír o coñecemento de: - Reclamacións referidas a controversias non mercantís. O ROTT declara expresamente que *“estarán excluídas da competencia das xuntas as controversias de carácter laboral ou penal”* (artigo 6.1.a. ROTT). - Reclamacións referidas a controversias mercantís xurdidas en relación co cumprimento de contratos que non son de transporte (p. ex., compravenda, comisión, etc.). - Reclamacións referidas a controversias mercantís xurdidas en relación co cumprimento de contratos de transporte de carácter exclusivamente non terrestre (transporte aéreo ou marítimo. Debemos destacar a excepción expresamente prevista en Galicia respecto do transporte marítimo en augas interiores³²). - Reclamacións referidas a contratos asinados por empresas transportistas e de actividades auxiliares e complementarias cuxo obxecto non estea directamente relacionado coa prestación por conta allea dos servizos que se atopan comprendidos no ámbito da súa actuación empresarial.

Por outro lado, a competencia territorial³³: dispón o ROTT que *“A competencia das xuntas para realizar as actuacións previstas nas letras a e b do artigo anterior virá determinada polo lugar³⁴ de orixe ou destino do transporte ou o de celebración do correspondente contrato, a elección do petionario ou demandante, salvo que expresamente e por escrito se pactara a submisión a unha xunta concreta”* (artigo 7.2 ROTT³⁵). Deberá ser o demandado quen poderá apreciar no acto da vista a falta desta competencia mediante a proposición en tempo e forma de declinatoria, e iso porque sempre pode darse unha submisión tácita das partes unha determinada xunta.

Mención específica merece o suposto de que esteamos ante un transporte internacional suxeito ao Convenio do 19 de maio de 1956, relativo ao contrato de transporte internacional de mercadorías por estrada (en diante CMR³⁶). A este respecto, o citado convenio prevé no seu artigo 33 que *“o contrato de transporte pode conter unha cláusula que atribúa competencia a un tribunal arbitral sempre e cando esta cláusula prevexa que o dito tribunal arbitral aplicará este convenio”*.

Deste xeito, cando non existe cláusula de submisión expresa á arbitrase, as xuntas entenderon que entra en xogo a previsión da LOTT presumido que tal pacto existe. A aplicabilidade desta presunción deriva da natureza xurídica procesual, e non mercantil, que ten o referido artigo 38.1, e iso porque a norma de dereito mercantil, de ser aplicable no caso concreto, sería só supletoria do disposto no CMR. Non obstante, a norma de dereito procesual é directamente aplicable en todos os litixios que deban resolverse en España salvo, claro está, que un convenio internacional estableza taxativamente o contrario.

Así, o artigo 38.1 da LOTT, aínda que está recollido nunha lei administrativa, é unha norma de dereito procesual, e así o ditaminou expresamente o Tribunal Constitucional na Sentenza 118/1996 (FX 23)³⁷. Polo tanto, é de aplicación directa en relación coas controversias relacio-

nadas cos contratos de transporte internacional que deban resolverse en España, salvo que o convenio internacional aplicable estableza o contrario, xa sexa por non admitir expresamente a resolución arbitral ou extraxudicial de conflitos ou establecendo que unicamente se poderá facer de acordo co que alí se indique.

Iso non é así no caso do CMR, cuxo artigo 33 deixa claro que é posible a resolución extraxudicial de conflitos e, por outra parte, tampouco impide que os litixios poidan resolverse arbitrariamente aínda que non haxa unha cláusula expresa³⁸ no contrato.

Para pórle fin ao compoñente territorial da competencia, debemos referirnos ao suposto da contratación entre ausentes, cando nin a orixe nin o destino se sitúan dentro da Comunidade en que se atopa a xunta ante a que se interpuxo a reclamación, polo que resulta preciso determinar o lugar de celebración do contrato.

Para estes efectos, as xuntas entenden que cando se acredita que a contratación se realizou estando en lugares distintos quen fixo a oferta e quen a aceptou, o contrato, en tal caso, se presupón celebrado no lugar en que se fixo a oferta e, neste caso, dispón o artigo 54 do Código de comercio, aprobado polo Real decreto do 22 de agosto de 1885, que “hai consentimento desde que o oferente coñece a aceptación ou desde que, despois de remitirla ao aceptante, non poida ignorala sen faltar á boa fe”³⁹.

Unha vez efectuado pola xunta este trámite inicial de análise interna da admisibilidade e competencia da reclamación recibida, dáse paso ao seguinte momento procedemental, no que citar as partes ao acto da vista oral.

4 SUBSTANCIACIÓN DO PROCEDEMENTO

4.1 Citación a vista das partes

Dispón o ROTT que *“a secretaría das xuntas lle remitirá unha copia da reclamación á parte contra a que se reclame, sinalándose nese mesmo escrito data para a vista, que será comunicada tamén ao demandante”*⁴⁰ (artigo 9.3 ROTT). O significativo neste trámite é o da correcta práctica das notificacións ás partes comunicando a data da vista e, ao demandado, ademais, a reclamación presentada e a documentación adxunta a esta, se é o caso.

Nesta materia de notificacións, o ROTT declara que *“en relación coas notificacións ás partes, que serán realizadas pola secretaría das xuntas, será de aplicación a lexislación de procedemento administrativo”*⁴¹ (artigo 9.6 ROTT). Así pois, deberán terse presentes as normas contidas nos artigos 40 e ss. da Lei 39/2015⁴². Debemos precisar que o ROTT se limita a regular as notificacións da xunta ás partes, pero nada nos di sobre as comunicacións que estas deban realizar dirixidas á xunta. A este respecto, en consonancia co indicado na epígrafe relativa á recepción da reclamación, e co obxectivo de buscar a debida coherencia entre a regulación legal contida na Lei 39/2015 e a normativa de procedemento arbitral obxecto desta análise, deberíamos levar a cabo unha interpretación integradora da norma, coa finalidade de concluír que tamén as partes se deben rexer, nas súas relacións coa xunta, polas exixencias contidas no artigo 14 da Lei 39/2015, regulador do dereito e a obriga de relacionarse electronicamente coas administracións públicas.

Así pois, ao noso entender, as xuntas deberían articular os mecanismo necesarios que garantan o acceso dos cidadáns ás notificacións electrónicas.

Polo que respecta a aqueles supostos en que o domicilio do reclamado, facilitado polo actor no seu escrito, ocasione unha notificación con enderezo incorrecto ou o destinatario da notificación sexa descoñecido nese domicilio, con carácter previo á práctica de notificación por medio de anuncios⁴³, pode solicitarse do reclamante, se a xunta non dispón doutros medios para localizar o lugar do domicilio do reclamado, que designe ou achegue información doutro domicilio do demandado do que puidese ter noticia co fin de intentar a notificación nel. É evidente que o grao de existencia en canto á información a facilitar non pode predicarse con igual intensidade no caso de que o reclamante sexa un consumidor ou usuario ou no caso de que esteamos ante controversias entre empresas, as cales están habituadas a relacionarse no tráfico mercantil con outros suxeitos de dereito, de modo que a participación activa da xunta variará en función dos supostos indicados⁴⁴.

Finalmente, debemos resaltar que no escrito que se remita ás partes sinalando data para a vista é conveniente advertirles que concorran a ela cos documentos, elementos de xuízo ou probas que consideren convenientes en defensa dos seus respectivos dereitos⁴⁵.

4.2 Constitución do colexio arbitral

Establece o ROTT que "(...) *A inasistencia de calquera dos membros da xunta, con excepción do presidente, non impedirá que se celebre a vista nin que se dite o laudo*⁴⁶." (artigo 9.7 ROTT). Polo demais, o réxime xurídico deste órgano colexiado axustarase, como calquera outro órgano desta natureza, ás normas contidas nos artigos 15 e ss. da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, sen prexuízo das peculiaridades organizativas das administracións públicas en que se integran e das propias normas de funcionamento que o órgano arbitral puidese establecer⁴⁷.

4.3 Asistencia das partes

4.3.1 Formas de comparecencia

Tres cuestións son relevantes no referente á asistencia das partes ao acto da vista: as formas de comparecer, a postulación e os efectos da inasistencia das partes.

Se se trata de persoas físicas, as partes poderán comparecer ben por si mesmas, actuando no seu propio nome e dereito, ben por medio de representante. Para estes efectos, calquera persoa con capacidade de obrar poderá actuar en representación doutra ante as administracións públicas (artigo 5 da Lei 39/2015). O representante actuará por conta e en nome do interesado, debéndose acreditar a representación por calquera medio válido en dereito que deixe constancia fidedigna, sendo suficiente a existencia dun escrito asinado polo titular da pretensión que se exerce, ou polo demandado, como recolle, seguindo un criterio antiformalista, o artigo 9.6, parágrafo segundo ROTT: "*As partes poderán conferir a súa representación mediante escrito dirixido á xunta de que se trate*". Tamén se poderá admitir a acreditación da representación mediante declaración en comparecencia persoal do interesado e a representación electrónica na correspondente sede electrónica, ou a través da acreditación da súa inscrición no rexistro electrónico de apoderamentos da Administración pública competente (artigo 5.4 da Lei 39/2015).

Se se trata de persoas xurídicas, a parte comparecerá, xeralmente, mediante o representante legal da entidade ou sociedade de que se trate, condición que se acreditará, na práctica ordinaria, a través da escritura pública de constitución ou de modificación estatutaria ou mediante o poder notarial, xeral ou especial, de representación.

En todo caso, é conveniente deixar constancia por escrito dos datos de identidade dos comparecentes (nome e apelidos e número do documento nacional de identidade) e do carácter co que asisten ao acto (como titulares da pretensión, como representantes da persoa xurídica...).

4.3.2 Postulación e efectos da inasistencia das partes

Establece o artigo 9.6, parágrafo primeiro, do ROTT que *“para a comparecencia ante a xunta de arbitraje non será necesaria a asistencia de avogado nin procurador⁴⁸”,* o que non significa que non poidan intervir en representación da parte cuxos intereses pretenden defender no acto da vista.

A inasistencia ao acto da vista produce efectos distintos segundo a parte a que afecte:

“No caso de que o reclamante ou o seu representante non asistise á vista, considerarase que desiste da súa reclamación” (artigo 9.5 parágrafo primeiro ROTT). Neste suposto, a xunta porá fin ao procedemento con declaración de arquivo das actuacións practicadas.

En cambio, *“A inasistencia da parte reclamada non impedirá a celebración da vista nin que se dite o laudo”* (artigo 9.5, parágrafo primeiro ROTT). Neste último caso, a continuación do proceso coa finalidade de que se dite laudo sobre o fondo do asunto favorable ao actor requirirá que se reunisen no procedemento medios de proba suficientes para resolver a controversia nese sentido.

É aquí onde cobra especial relevancia a correcta notificación ás partes da data e hora de celebración da vista, para os efectos de evitar unha posible impugnación do laudo por parte do demandado non comparecente. Correctamente efectuada esta e emprazadas as partes, comezará a vista oral propiamente dita.

5 DESENVOLVEMENTO DA VISTA

En virtude do ROTT, *“na vista, que será oral, as partes poderán alegar o que ao seu dereito conveña e achegar ou propor as probas que estimen pertinentes”* (artigo 9.4. inciso primeiro). En consecuencia, poden distinguirse normativamente dúas partes no acto de celebración da vista: unha alegatoria, e a outra de índole probatoria. Destacamos a continuación as principais actuacións a desenvolver no acto da vista, incluíndo os impedimentos á súa celebración.

5.1 Fase alegatoria

Componse das intervencións das partes, que sucintamente poden integrarse nalgunha das seguintes actuacións:

Por un lado, as alegacións do reclamante. Outorgarase o uso da palabra ao reclamante co fin de que este expoña os fundamentos do que pida ou se ratifique dos expostos no seu escrito.

Por outro lado, as alegacións do reclamado. Deseguido, o demandado poderá formular as alegacións que ao seu dereito conveñan. Neste sentido a súa actividade alegatoria pode adoptar diferentes posibilidades, de modo que a parte reclamada pode referirse a cuestións de índole formal ou procesual, así como a calquera feito ou circunstancia cuxa estimación impida entrar no fondo da controversia (son as denominadas excepcións procesuais). Neste sentido, entre outras manifestacións, pode: alegar cousa xulgada ou litispendencia; recusar un ou varios dos membros da xunta; formular a falta de capacidade, lexitimación ou representación do actor;

formular excepcións referidas á existencia ou validez do convenio arbitral ou á prescrición da acción; denunciar a falta de competencia da xunta propondo a oportuna declinatoria.

Sen prexuízo das alegacións anteriores, o reclamado pode, na súa contestación á reclamación, admitir (total ou parcialmente) os feitos aducidos polo reclamante, avíndose (en parte ou na súa totalidade) á pretensión formulada polo actor; ou negar os feitos aducidos polo reclamante, expondo os fundamentos da súa oposición ás pretensións do actor e alegando as excepcións materiais que tivese por conveniente.

Por outro lado, a reconvencción do reclamado. Sen prexuízo das alegacións descritas, o reclamado pode formular reconvencción, isto é, a alegación de feitos non aducidos polo reclamante que constitúen o fundamento dunha pretensión ou pretensións que crea que lle competen respecto do actor.

A LOTT non analiza o asunto e o ROTT límitase a expresar que *“na vista, que será oral, as partes poderán alegar o que ao seu dereito conveña e achegar ou propor as probas que estimen pertinentes”* (artigo 9.4, inciso primeiro). Pola súa banda, a LA indica, no seu artigo 4.c (reglas de interpretación), que: *“cando unha disposición desta lei se refira á demanda, se aplicará tamén á reconvencción...”*. Pola súa banda, o artigo 29.1 do mesmo texto legal declara que: *“(…) a menos que as partes acordasen outra cousa respecto do contido da demanda e da contestación, o demandante deberá alegar os feitos en que se funda, a natureza e as circunstancias da controversia e as pretensións que formula, e o demandado poderá responder ao formulado na demanda (...); para engadir a continuación (apartado segundo) que, “salvo acordo en contrario das partes, calquera delas poderá modificar ou ampliar a súa demanda ou contestación durante o curso das actuacións arbitrais, a menos que os árbitros o consideren improcedente por razón da demora con que se tivese feito”*.

No ámbito do procedemento xudicial, a figura da reconvencción atópase admitida, como o demostra a regulación contida ao respecto na LAC (artigo 406), a cal a admite unicamente cando existise conexión entre a pretensión do demandado e a do actor e sempre que o xulgado sexa competente obxectivamente por razón da materia ou da contía.

A teor do exposto, existiría fundamento para soste a posibilidade e admisibilidade da reconvencción nun procedemento arbitral, sen prexuízo de que a xunta puidese considerar improcedente a reconvencción e a declarase inadmisibile, aplicando os criterios legais sinalados, nos casos seguintes: desproporción temporal entre os feitos aducidos na demanda e os alegados polo reclamado na reconvencción; falta de conexión entre a pretensión do reclamado e a do reclamante; falta de competencia da xunta para coñecer da controversia obxecto da reconvencción.

Agora ben, naqueles casos en que a reconvencción fose procedente, de non constar no acto da vista os elementos de xuízo suficientes para que o reclamante puidese exercer o seu dereito de defensa, habería que considerar a posibilidade de suspender o dito acto co fin de concederlle a oportunidade de alegar e propor as probas que estime pertinentes fronte aos feitos e pretensións do demandado, como exixen os citados principios de audiencia, igualdade e contradición⁴⁹.

Por último, o debate. Poderá concederse, co fin de obter datos adicionais ou complementarios que aclaren as cuestións debatidas, unha nova quenda de intervención ao reclamante (réplica) para que conteste ao aducido polo demandado, así como a este (dúplica) para que responda ao manifestado polo actor.

Seguindo o criterio da LAC (artigo 405), a xunta poderá considerar o silencio ou as respostas evasivas do demandado como admisión tácita dos feitos que lle sexan prexudiciais.

Así mesmo, coa finalidade de obter aclaracións e adicións, tamén poderán os membros da xunta formular preguntas ás partes, sen prexuízo de instar ou promover o acordo destas sobre o obxecto da controversia.

5.2 Fase probatoria

Non habendo conformidade sobre os feitos relevantes en que as partes fundamenten as súas pretensións, poderán achegar ou propor as probas que consideren pertinentes en defensa destas. No mesmo sentido, sinala a LA que *“(...) as partes, ao formular as súas alegacións, poderán achegar todos os documentos que consideren pertinentes ou facer referencia aos documentos ou outras probas que vaian presentar ou propor”* (artigo 29.1 LA).

Pola súa banda, a Lei 39/2015 dispón, no seu artigo 77, que *“os feitos relevantes para a decisión dun procedemento poderán acreditarse por calquera medio de proba admisible en dereito, cuxa valoración realizarase de acordo cos criterios establecidos na Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuizamento civil”*. Procedemos a citar tamén outras regras que son de aplicación en materia de proba ante a xunta: salvo acordo en contrario das partes, os árbitros poderán nomear, de oficio ou por instancia de parte, un ou máis peritos para que ditaminen sobre materias concretas e requirir a calquera das partes para que lle facilite ao perito toda a información pertinente⁵⁰. Os árbitros ou calquera das partes, coa súa aprobación, poderán solicitar do tribunal competente asistencia para a práctica de probas, de conformidade coas normas que lle sexan aplicables sobre medios de proba; esta asistencia poderá consistir na práctica da proba ante o tribunal competente ou na adopción por este das medidas concretas necesarias para que a proba poida ser practicada ante os árbitros; a xunta poderá rexeitar as probas propostas cando sexan manifestamente improcedentes ou innecesarias (criterio do artigo 77.3 da Lei 39/2015). A xunta poderá inadmitir aquelas probas que, por non gardar relación co que sexa obxecto do proceso, deban considerarse impertinentes, así como, por inútiles, aquelas probas que en ningún caso poidan contribuír a esclarecer os feitos controvertidos, ou que se refiran a actividades prohibidas pola lei (criterios do artigo 283 LAC). Sen prexuízo das probas que se practiquen a instancia das partes, a xunta poderá decretar de oficio cantas considere pertinentes (criterio recollido do artigo 752 da LAC).

Existen supostos en que, motivadamente, a vista oral debe paralizar o seu desenvolvemento ou directamente non iniciarse, provocando con iso unha demora xustificada na resolución da controversia.

5.3 Suspensión e interrupción da vista

Seguindo o criterio previsto na LAC, cabe a posibilidade de que a celebración da vista no día sinalado poida suspenderse mediante decisión da xunta en determinadas circunstancias que impidan o seu inicio, tales como, entre outras: por imposibilidade de constituírse validamente o órgano arbitral; por solicitalo de acordo as partes, alegando causa xusta a xuízo da xunta; por circunstancias graves (morte, enfermidade) do representante da parte que pedise a suspensión, xustificadas suficientemente, acaecidas en momento en que non resulte xa posible sinalar con antelación nova data; por quedar constatada, inmediatamente antes do seu inicio, a falta de notificación formal de calquera das partes.

Toda suspensión que a xunta acorde será comunicada inmediatamente ás partes e procederáse, no mesmo acordo, a sinalar nova data para a celebración da vista.

Concepto distinto ao de suspensión sería o de interrupción producida por causas que concurran unha vez iniciada a celebración dunha vista. Entre outras circunstancias, poden dar lugar á interrupción da vista as seguintes: cando a xunta deba resolver algunha cuestión que non poida decidir no acto (p. ex., a recusación dun dos membros –artigo 18 LA–); cando se deba practicar algunha dilixencia de proba que non poida verificarse no mesmo acto; cando non comparezan as testemuñas ou os peritos citados e a xunta considere imprescindible a declaración ou o informe destes; cando, despois de iniciada a vista, se produza algunha das circunstancias que determinarían a suspensión da súa celebración.

A vista continuarase unha vez desaparecida a causa que motivou a súa interrupción, facéndose o oportuno sinalamento para a data máis inmediata posible, co obxecto de lle pór fin ao procedemento arbitral.

6 TERMINACIÓN DAS ACTUACIÓNS ARBITRAIS

6.1 O laudo

A forma ordinaria de terminación das actuacións arbitrais é a emisión do laudo pola xunta, a cal poderá decidir as excepcións de índole procesual con carácter previo ou xunto coas demais cuestións sometidas á súa decisión, relativas ao fondo do asunto. En todo caso, se a xunta estimase algunha destas excepcións, ditará a correspondente decisión estimando e declarando a cousa xulgada ou litispendencia, a falta de capacidade, lexitimación ou representación do actor, a inexistencia ou nulidade do acordo de sometemento a arbitraje, a prescripción⁵¹ da acción ou a falta de competencia do órgano arbitral.

Non formuladas ou desestimadas, se é o caso, as excepcións procesuais, a xunta deliberará sobre a cuestión de fondo; a este respecto, o ROTT indica que: “(...) A xunta ditará o seu laudo, unha vez oídas as partes e practicadas ou recibidas as probas que considere oportunas, no prazo previsto na lexislación xeral de arbitraje” (artigo 9.4. inciso segundo ROTT); “(...) O laudo acordarase por maioría simple dos membros da xunta, dirimindo os empates o voto de calidade do presidente (...)” (artigo 9.7 ROTT).

6.1.1 Prazo

O artigo 37.2 LA determina que “(...) os árbitros deberán decidir a controversia dentro dos seis meses seguintes á data da presentación da contestación a que se refire o artigo 29 ou de expiración do prazo para presentala. (...) Este prazo poderá ser prorrogado polos árbitros, por un prazo non superior a dous meses, mediante decisión motivada. Salvo acordo en contrario das partes, a expiración do prazo sen que se ditara laudo definitivo non afectará á eficacia do convenio arbitral nin á validez do laudo ditado, sen prexuízo da responsabilidade en que puidesen incurrir os árbitros⁵² (...)”.

6.1.2 Forma

“Os laudos non requirirán formalidades especiais e terán os efectos previstos na lexislación xeral de arbitraje, procedendo unicamente contra eles a acción de anulación⁵³ e de revisión⁵⁴ polas causas especificamente previstas na dita lexislación (...)” (artigo 9.8 ROTT). Polo demais, serían de aplicación as regras previstas na LA:

- Todo laudo deberá constar por escrito e ser asinado polos árbitros, os cales poderán expresar o seu parecer discrepante. Cando haxa máis dun árbitro, abondarán as sinaturas da maioría dos membros do colexio arbitral ou só a do seu presidente, sempre que se manifesten as razóns da falta dunha ou máis sinaturas.

Para os efectos do disposto no parágrafo anterior, entenderase que o laudo consta por escrito cando do seu contido e sinaturas quede constancia e sexan accesibles para a súa ulterior consulta en soporte electrónico, óptico ou doutro tipo.

- O laudo deberá ser motivado, debendo constar unha “sucinta referencia de feitos e fundamentos de dereito”⁵⁵.

- Constarán no laudo a data en que foi ditado e o lugar da arbitrase.

- En materia de costas, establece o ROTT que “(...) o pagamento das costas se rexerá polo disposto na lexislación xeral de arbitrase” (artigo 9.9 ROTT).

6.1.3 Contido

O laudo, ademais de referir os antecedentes de feito e fundamentos de dereito, conterá a decisión estimatoria (e, neste suposto, ademais, a condena do demandado ao pagamento dunha determinada cantidade ao actor) ou desestimatoria da reclamación presentada (e, se é o caso, da reconvencción). No suposto de que as partes chegasen a un acordo no acto da vista sobre o fondo do asunto, a xunta fará que conste o dito acordo en forma de laudo. O laudo nestes casos terá a mesma eficacia que calquera outro laudo ditado sobre o fondo do litixio.

6.1.4 Notificación

Os árbitros notificaránlles o laudo ás partes na forma e no prazo que estas acordasen dentro do mesmo prazo establecido para o seu pronunciamento. A notificación, aplicando o criterio establecido no artigo 40 da Lei 39/2015, deberá conter o texto íntegro da resolución, con expresión de que contra el poderá exercerse a acción de anulación, de conformidade cos artigos 40 e ss. da LA, así como que poderá a parte interesada poder instar a súa execución forzosa⁵⁶ conforme o disposto na LAC e no título VIII da LA.

6.1.5 Corrección, aclaración e complemento do laudo

Dentro dos 10 días seguintes á notificación do laudo, calquera delas poderá, con notificación á outra, solicitarlles aos árbitros: - a corrección de calquera erro de cálculo, de copia, tipográfico ou de natureza similar; - a aclaración dun punto ou dunha parte concreta do laudo; - o complemento do laudo respecto de peticións formuladas e non resoltas nel; - a rectificación da extralimitación parcial do laudo, cando se resolva sobre cuestións non sometidas á súa decisión ou sobre cuestións non susceptibles de arbitrase⁵⁷.

6.2 Outras formas de terminación

Como norma xeral, as actuacións arbitrais rematarán co laudo definitivo. Pero, ao lado desta forma de terminación, existen outras en que o procedemento non finaliza cun acto decisivo sobre o fondo do asunto. No noso dereito, cítanse como tales a renuncia do dereito do actor, a desistencia do reclamante ao procedemento arbitral ou a conformidade do demandado á pretensión do actor, o acordo entre as partes, a comprobación de que a prosecución das actuacións resulta innecesaria ou imposible... e a LA trata este asunto no seu artigo 38⁵⁸.

7 CONCLUSIÓNS

A pesar da inexistencia dun único texto normativo no que se reúnan os preceptos aplicables a este mecanismo de resolución extraxudicial de conflitos, podemos falar dun verdadeiro procedemento arbitral no ámbito da arbitrase dos transportes terrestres, que goza de substantividade propia e que xa que logo se diferencia e especializa doutros procedementos análogos existentes no dereito comparado.

A arbitrase constituíuse, con carácter xeral, nunha “alternativa” aos procedementos xudiciais e, no ámbito do transporte, a existencia dunha verdadeira arbitrase en dereito e o sometemento a esta, salvo proba en contrario, a través do denominado “convenio arbitral”, convértena nunha institución esencial para a resolución dos problemas ordinarios do tráfico mercantil.

Deste xeito, estamos ante un verdadeiro sistema de resolución de controversias no que a fase da vista oral cobra un especial protagonismo xa que aglutina unha gran parte das actuacións e trámites a desenvolver. Por iso, o procedemento arbitral de transportes caracterízase pola súa oralidade e inmediatez, favorecendo unha maior rapidez na súa resolución (prazo ordinario de 6 meses), e destacando fronte aos posibles usuarios deste pola súa gratuidade e polo alto grao de especialización dos árbitros, os cales coñecen non só a lexislación aplicable, senón tamén os usos e prácticas tan estendidos, en ocasións, neste sector.

O procedemento arbitral caracterízase así mesmo polo seu carácter antiformalista, elemento esencial da súa estrutura e que garante que calquera usuario deste procedemento vai poder intervir nel con todas as garantías, sen necesidade de contar con asistencia letrada. Iso vese reforzado pola sinxeleza do escrito de reclamación, como punto de partida desta e pola posibilidade coa que conta o reclamante de escoller entre tres criterios territoriais para determinar a xunta ante a que interpor a súa reclamación de conformidade coas súas necesidades.

Estamos, pois, ante unha vía que aglutina as garantías propias dun auténtico procedemento xudicial cunha serie de notas características que a aproximan e fan atractiva tanto ás persoas consumidoras e usuarias, nas súas relacións coas empresas de transporte, como á maior parte dos operadores que participan no tráfico mercantil, os cales se caracterizan, no noso país, pola súa reducida estrutura empresarial. Todos estes atributos converten a arbitrase de transportes nun sistema firmemente comprometido co bo funcionamento do estado de dereito e o acceso de todos á xustiza.

Por último, non debemos esquecer os novos retos procedementais aos que nos enfrontamos tras a entrada en vigor da Lei 39/2015, coa consolidación definitiva da Administración electrónica, aos que a arbitrase non debe ser allea e que debe levar consigo a asunción de medidas para modernizar o procedemento arbitral, sen mingua ningunha dos dereitos dos cidadáns.

A este respecto xa vimos como o ROTT se refire a esta cuestión no seu artigo 9.6 ao regular as notificacións ás partes por parte das xuntas, pero queda por resolver se ese mesmo criterio pode predicarse respecto das comunicacións das partes á xunta (interposición da reclamación, presentación de escritos...), entendendo que ese debe ser o horizonte a curto prazo ao que se debe dirixir esta vía de resolución de controversias para manter intactas tanto as súas garantías procedementais como a súa flexibilidade na procura de seguir desempeñando, como acabamos de destacar, un papel crucial no bo funcionamento deste complexo ámbito de actividade que constitúe o transporte terrestre, no que profesionais e consumidores conflúen día tras día.

8 BIBLIOGRAFÍA

- Aba-Catoira, A. 2011. «El arbitraje en el constitucionalismo español. La Constitución Española de 1978, la Ley de arbitraje 60/2003 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en A.J. Pérez-Cruz Martín e A.M. Neira Pena, *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 113-148.
- Abril Rubio, A. 2013. «El arbitraje de transportes», en M.V. Petit Lavall, F. Martínez Sanz, A.J. Recalde Castells e A. Puetz (coords.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*. Madrid: Marcial Pons, 809-827.
- Álvarez Alarcón, A. 2011. «El sistema de arbitraje del transporte», en A.J. Pérez-Cruz Martín e A. Neira Pena (coords.), *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 271-298.
- Carazo Liébana, M.J. 1996. «Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995)», *Revista de derecho mercantil*, 222, 1305-1320.
- Cucarella Galiana, L.A. 2004. «“El arbitraje en materia de transportes terrestres”, Comentarios y notas de legislación procesal española, Notas de legislación procesal española (IV)», *Revista General de Derecho Procesal*, 3.
- Fernández Rozas, J.C. 2006. «Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje», *Estudios de derecho judicial*, 102, 65-176. (Ejemplar dedicado a: La nueva Ley de arbitraje).
- Gimeno Sendra, V. 2013. «Los convenios arbitrales de adhesión y su impugnación jurisdiccional», *Diario La Ley*, 8097, Sección Tribuna, 4 Jun. Año XXXIV. *Diario La Ley*, 8089, Sección Documento on-line, 23 mayo 2013, Ref. D-193, 1680-1685.
- Guedea Martín, M. 1999. «Los arbitrajes especiales en nuestro ordenamiento jurídico: estudio específico de la Ley de ordenación de los transportes terrestres», en J. Bermejo Vera (coord.), *El derecho de los transportes terrestres*. Barcelona: Cedecs, 211-238.
- Piloñeta Alonso, L.M. 1999. «El arbitraje en el transporte terrestre de mercancías», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1999, 69-115.
- San Cristóbal Reales, S. 2011. «La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles», *Anuario jurídico y económico escorialense*, 44, 277-302.
- Sánchez-Gamborino, F. 2010 «Capítulo IX. Juntas Arbitrales del Transporte. Actividades de mediación», en F. Martínez Sanz (dir.), *Manual de Derecho del Transporte*. Madrid: Marcial Pons, 249-251.

NOTAS

- 1 Álvarez Alarcón, 2011: 286-287, indica que non é oportuna a referencia á natureza mercantil deste tipo de contrato, salvo que se faga para excluír do ámbito das X.A.T. as controversias de índole laboral e penal, porque, certamente, poderán ter aquela natureza cando as partes contratantes sexan empresas, pero é máis dudoso que a teña se unha das partes fose un usuario ou consumidor.
- 2 Aba-Catoira, 2011: 123-125, afirma que, en definitiva, a arbitrase como institución para resolver controversias entre as partes non exclúe a posibilidade de acudir á xurisdición estatal, senón que depende da vontade dos interesados que teñen liberdade para decidir como resolver os seus litixios ou ben ante o órgano xurisdiccional competente ou ben ante un terceiro con función de arbitrar (...) Así pois, atopámonos cunha institución, a arbitrase, como “medio para a solución de conflitos baseados na autonomía da liberdade das partes” (sentenzas 43/1988, do 16 de marzo e 174/1995, do 23 de novembro, do Tribunal Constitucional). Neste punto, e sen prexuízo de tratarse dunha cuestión superada coa actual redacción do artigo 38.2 da LOTT, debemos destacar tamén a opinión de Carazo Liébana, 1996: 1305-1320, que en relación coa referida sentenza 174/1995 indicaba, ao referirse ao artigo 38.2 da LOTT declarado inconstitucional, o seguinte: “(...) Non obstante, ao noso xuízo, hai un aspecto que non se chega a resolver coa regulación contida neste precepto: e é que este non respecta, en puridade de termos, a voluntariedade (nota destacada na Lei de arbitrase e na que o Tribunal Constitucional fai especial fincapé para defender a total coordinación da arbitrase cos artigos 24.1 e 117.3 da Constitución) na arbitrase constituída polas xuntas arbitrais de transportes. É este dato o que levou o Tribunal Constitucional a declarar inconstitucional o artigo 38.2 parágrafo primeiro da LOTT e, por consecuencia, a suprimir o dito parágrafo, unificando o réxime xurídico aplicable á arbitrase de transportes terrestres sen distinguir segundo a contía da controversia (superior ou inferior a 500.000 pesetas) e, polo tanto, establecendo a libre vontade das partes como transcendental para o seu sometemento ao procedemento arbitral.
- 3 Sánchez-Gamborino, 2010: 249, menciona que a LOTT creou as xuntas arbitrais de transporte que viñan suceder ás chamadas “xuntas de detaxas”. Pola súa banda, Álvarez Alarcón, 2011: 275, ao referirse ás xuntas de detaxas afirma que estes órganos son derogados pola LOTT, creándose no mesmo texto e en lugar daquelas as xuntas arbitrais dos transportes terrestres.
- 4 Aba-Catoira, 2011: 113-117, indica que a arbitrase é unha institución histórica que aparece xa antes do constitucionalismo, pois xa no dereito romano atopamos os primeiros indicios desta institución. Efectivamente, no procedemento formulario, as partes en litixio podían elixir se se sometían a un xuízo ou, pola contra, formulaban a controversia ante un árbitro (...). En España (...) o punto clave vén ser a Constitución de 1812, na que é recoñecida como “orde xudicial libre e independente” (...) o artigo 117.3 e demais previsións constitucionais (Constitución de 1978) non permiten, en ningún caso, identificar arbitrase con xurisdición. Non obstante, o que non cabe inferir é que con estas previsións constitucionais se peche a porta á arbitrase como vía para solucionar conflitos xurídicos. (...) Certamente, na práctica

- só cabe afirmar que non se formulan dúbidas sobre a posibilidade de recorrer a esta vía de solución de controversias xurídicas, pois esta técnica arbitral é elixida, en non poucas ocasións, como vía para dirimir conflitos de diversa natureza (...).
- 5 Álvarez Alarcón, 2011: 294-295, recolle que a LOTT no seu artigo 38.2 dispuxo que o procedemento de arbitraje de transporte sería regulado regulamentariamente, pero que este procedemento se debería inspirar na súa simplicidade. (...) Dispón o ROTT que o presidente “poderá decidir por si só cuestións de ordenación, tramitación e impulso do procedemento”, redacción coincidente co artigo 35.2 LA. (...) Aínda que non o diga a norma, todo o procedemento debe rexerse polos principios que se sinalan na lexislación xeral de arbitraje, de modo que o presidente deberá axustarse a eles para decidir o que corresponda (...).
 - 6 Artigos 6 a 12 do ROTT: Sección III, que está dedicada integramente ás xuntas arbitrais de transporte.
 - 7 Artigo 38.2 da LOTT: “O Goberno determinará regulamentariamente o procedemento conforme o cal debe substanciarse a arbitraje, debendo caracterizarse pola simplificación de trámites e pola non existencia de formalidades especiais”.
 - 8 Abril Rubio, 2013: 809-827, establece que o motivo principal da promulgación da Lei de arbitraje foi a necesidade de adoptar un modelo regulatorio único da arbitraje interna e internacional no ordenamento xurídico español. A arbitraje, como institución, está rexida polo principio de autonomía da vontade das partes e, polo tanto, por normas eminentemente dispositivas. Por iso, en calquera convenio arbitral o máis importante é expresar con claridade a vontade das partes de someter a arbitraje todas ou algunha das controversias que xurdan dunha determinada relación contractual ou non contractual.
 - 9 Gimeno Sendra, 2013: 1680-1685 recolle que, como é sabido, o TC sustentou e mantén a tese mixta, contractualista e xurisdiccional da arbitraje: A) A tese xurisdiccionalista que iniciou Hellwig en Alemaña e Mortara en Italia, conforme a cal a arbitraje posúe unha natureza xurisdiccional (Fenech, Alcalá Zamora, Carreras, Serra, Montero); argúen tales autores que a decisión arbitral posúe todas as notas esenciais da cousa xulgada, tales como a obrigatoriedade, executividade, imperatividade (Fenech), que a excepción procesual para facela valer non era a de «transacción», senón a da «cousa xulgada» (Serra), que contra determinados laudos cabían na lei anterior recurso de casación e que, aínda que é certo que os árbitros non exercen potestas, si que gozan de *autoritas* (Carreras). B) A tese contractualista, sustentada pola doutrina clásica estranxeira (Rosenberg, Chiovenda, Rocco) e boa parte da española (Guasp, Herce, Ogayar) da época da LA de 1953; destacan estes autores, que o árbitro non é un xuíz, nin forma, polo tanto, parte da xurisdición, nin sequera está facultado para executar as súas decisións. A arbitraje non integra máis que un dobre convenio: dun lado, é un contrato de compromiso, por canto as partes deciden someterse ao futuro laudo e, doutro, contén tamén un contrato de mandato, segundo o cal o terceiro se obriga a resolver o conflito conforme a dereito ou a equidade. C) As teses mixtas, sustentadas por Carnelutti, cuxa doutrina en certa medida secundou Prieto Castro e mantén hoxe Ramos. Para aquel autor, a arbitraje é unha equivalente xurisdiccional, a través da cal se poden obter os mesmos obxectivos que os perseguidos pola xurisdición civil.
 - 10 Sánchez-Gamborino, 2010: 249, cita como vantaxes das xuntas arbitrais: “(...) a maior rapidez (...), a menor onerosidade (...), a especialización dos seus membros en materia de transporte (...), a simplificación do procedemento (...)”.
 - 11 Álvarez Alarcón, 2011: 271, afirma que o obxectivo de celeridade na resolución de conflitos, comunmente sentido, parece que fose máis urxente en materia de transportes, quizais pola propia natureza da materia, pois desde mediados do século XIX perseguiuse logralo. Así, con esa declarada finalidade, a real Orde do 10 de xaneiro de 1863 xa lles encomendaba aos tribunais de comercio entón existentes a acción de danos e perdas polo atraso na entrega da mercadería.
 - 12 Álvarez Alarcón, 2011: 292-293, recolle que é necesario facer algunha precisión en canto á gratuidade. En primeiro lugar, a arbitraje é sufragada polas xuntas arbitrais, pois estas están asentadas sobre algunha estrutura administrativa (...). Así pois, cando se di que é gratis significa que as partes do conflito non deben pagar nada dos gastos de funcionamento da xunta arbitral (...). En canto aos gastos ocasionados polas probas, estes si que deben ser satisfeitos de acordo co réxime xeral existente en materia de arbitraje, segundo reza o artigo 9.9 do ROTT.
 - 13 [https://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES_GENERALES/TRANSPORTE_TERRESTRE/SERVICIOS_TRANSPORTISTA/JUNTAS_ARBITRALES/ \(01-03-2017\)](https://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES_GENERALES/TRANSPORTE_TERRESTRE/SERVICIOS_TRANSPORTISTA/JUNTAS_ARBITRALES/ (01-03-2017)).
 - 14 Abril Rubio, 2013: 809-827, dispón que o procedemento comeza no momento en que “(...) o demandado recibise o requirimento de someter a controversia a arbitraje, salvo que as partes conviñesen outra cousa”. Anteriormente o procedemento iniciábase “... cando os árbitros notificaran ás partes por escrito a aceptación da arbitraje”. Este cambio produciuse para que os “(...) efectos xurídicos do inicio da arbitraje se produzan xa nese momento, mesmo aínda que non estea perfectamente delimitado o obxecto da controversia”. Neste sentido debemos citar tamén o artigo 27 da Lei 60/2003, de arbitraje. Inicio da arbitraje. “Salvo que as partes conviñesen outra cousa, a data en que o demandado recibise o requirimento de someter a controversia a arbitraje considerárase a de inicio da arbitraje”.
 - 15 Artigo 8.2 do ROTT: Establece que o presidente e, en caso de estimalo procedente, dous vogais como máximo, serán designados entre persoal da Administración con coñecemento das materias de competencia da xunta. O presidente deberá ser licenciado en dereito. Esta previsión regulamentaria vese reforzada nalgunha xunta arbitral de transportes, como a de Galicia, na que se prevé que a designación dos membros correspondentes á Administración se entenderá condicionada a que as persoas que ocupen os postos indicados teñan o título de licenciado en dereito ou equivalente. Resolución do 29 de abril de 2013 pola que se nomean os membros de xunta arbitral de transportes de Galicia. (*Diario Oficial de Galicia* n. 89, do 10 de maio), modificada pola Resolución do 2 de xullo de 2014 (*Diario Oficial de Galicia* n. 132, do 14 de xullo).
 - 16 Artigo 68.1 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas. (Emenda e mellora da solicitude) “Se a solicitude de iniciación non reúne os requisitos que sinala o artigo 66, e, se é o caso, os que sinala o artigo 67 ou outros exixidos pola lexislación específica aplicable, requíranse o interesado para que, nun prazo de dez días, emende a falta ou achegue os documentos preceptivos, con indicación de que, se así non o fixese, se considerará que desiste da súa petición, logo de resolución que deberá ser ditada nos termos previstos no artigo 21”.
 - 17 En relación co principio tradicional segundo o cal *iura novit curia*, dixo a Sala Segunda do Tribunal Constitucional na Sentenza do 5 de maio de 1982, n. 20/1982 así: «os tribunais non teñen necesidade, nin tampouco obriga, de axustarse nos razoamentos xurídicos que lles serven para motivar os seus fallos ás alegacións de carácter xurídico aducidas polas partes e poden basear as súas decisións en fundamentos xurídicos distintos, pois a tradicional regra encarnada no aforismo *iura novit curia* os autoriza para iso». A doutrina deste tribunal, a partir

desa Sentenza n. 20/1982, do 5 de maio foi a mesma. Neste sentido destaca tamén a STC do 4 de febreiro de 1987, n. 12/1987, da Sala Primeira do Tribunal Constitucional.

- 18 Así se refire o artigo 2.1 LA ao regular as materias obxecto de arbitraje: “Son susceptibles de arbitraje as controversias sobre materias de libre disposición conforme dereito”. Neste punto debemos citar a Aba-Catoira, 2011: 133, que manifesta que, para que o laudo arbitral produza o efecto de equivalente xurisdiccional, terá que cumprir varios requisitos, sendo un deles que o obxecto da controversia sexa arbitrable (...); hai que ter presente que un dos motivos que establece a LA para a anulación xudicial do laudo é que este resolva sobre materias non arbitrables. Debemos destacar tamén, en relación con esta cuestión, a opinión de Fernández Rozas, 2006: 77-78, que establece que practicamente todos os conflitos poden ser sometidos á arbitraje; non obstante, o Estado, a través da lexislación, establece as materias ou os conflitos que quedan excluídos deste procedemento.

Esta restrición obedece a que o Estado considera que existen cuestións cuxa decisión pode afectar, ademais de ás partes da controversia, á orde pública. E a iso deben agregarse as materias de competencia exclusiva que corresponden aos tribunais dun determinado Estado, posto que o carácter contractual e privado da arbitraje lles impide aos árbitros coñecer destas. (...) O lexislador considerou, con bo criterio, innecesario que a lei incluíse unha relación de materias que non son de libre disposición. Como indica a exposición de motivos “basta con establecer que a arbitrabilidade dunha controversia coincide coa dispoñibilidade do seu obxecto para as partes. En principio, son cuestións arbitrables as cuestións dispoñibles. É concibible que por razóns de política xurídica haxa ou poida haber cuestións que sexan dispoñibles para as partes e respecto das que se queira excluír ou limitar o seu carácter arbitrable. Pero iso excede o ámbito dunha regulación xeral da arbitraje e pode ser obxecto, se é o caso, de disposicións específicas noutros textos legais (...)”.

- 19 San Cristóbal Reales, 2011: 285, afirma que non son materias de libre disposición, conforme dereito, as seguintes: as relativas ao estado civil das persoas, como nacionalidade, capacidade, prodigalidade, filiación, paternidade e maternidade, matrimonio, menores, os que teñan por obxecto a oposición ás resolucións administrativas en materia de protección de menores; e os que versen sobre a necesidade de asentimento na adopción; e todas aquelas en que por razón da materia ou en representación e defensa de menores incapacitados ou ausentes interveña o Ministerio Fiscal e a relativa a alimentos futuros ao non ser posible transirir sobre estes (arts. 1814 do Código civil, e artigos 748 e 551.1 LAC). Neste sentido é necesario citar AP de Madrid, Sección 10.ª, Auto do 16 de outubro de 2007 (a Lei 252702/2007), que cita á súa vez unha Sentenza do 17 de maio de 2005 da AP de Biscaia.
- 20 Tribunal Constitucional, Pleno. Sentenza 352/2006, do 14 de decembro de 2006. Cuestión de inconstitucionalidade 2096/1999. Formulada pola Audiencia Provincial de Barcelona en relación co parágrafo terceiro do artigo 38.1 da Lei 16/1987, de ordenación dos transportes terrestres, na redacción da Lei 13/1996, de medidas fiscais, administrativas e da orde social. Suposta vulneración do dereito á tutela xudicial efectiva (acceso á xustiza): lei que somete á arbitraje as controversias nadas de contratos de transporte menores salvo declaración en contra (STC 174/1995). Para dar resposta á cuestión de inconstitucionalidade promovida pola Sección Décima Quinta da Audiencia Provincial de Barcelona, é preciso partir da doutrina sentada na STC 174/1995, do 23 de novembro, (...) resolución esta que declarou a inconstitucionalidade do primeiro parágrafo do artigo 38.2 LOTT na súa redacción orixinaria. (...) Este precepto, como sinalabamos na citada STC 174/1995, viña «establecer unha arbitraje obrigatoria, co correspondente efecto de excluír a vía xudicial, salvo que as partes contratantes fagan explícita a súa vontade en contrario. Se non existe pacto en contrario, o convenio arbitral nace *ex lege* e pode invocarse, chegado o caso, como excepción, tal como prevén expresamente o artigo 11 da Lei de arbitraje, a súa disposición adicional terceira 1, e o artigo 533 da [Lei de axuízamento civil], ao que, precisamente, a Lei de arbitraje engadiu como nova excepción a da submisión da cuestión litixiosa a arbitraje (apartado 8)» (FX 2). Con iso cuestionábase se resultaba «conforme coa Constitución, concretamente cos seus artigos 24.1 e 117.3 CE, un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtude do cal o acceso á xurisdicción queda condicionado ao consentimento expreso, formalizado nun pacto, de todas e cada unha das partes implicadas nunha controversia» (FX 3) que sinala (...) «do precepto cuestionado non pode dicirse, certamente, que impoña un obstáculo arbitrario ou caprichoso para acceder á tutela xudicial efectiva, pois responde, como destacan o fiscal xeral e o avogado do Estado, á plausible finalidade de fomentar a arbitraje como medio idóneo para, descargando os órganos xudiciais do traballo que sobre eles pesa, obter unha maior axilidade na solución das controversias de menor contía; pero, ao facelo de forma que non poida eludirse máis que a través dun convenio entre todos os interesados, establece un impedimento para o acceso á tutela xudicial contrario ao dereito de todas as persoas “a obter a tutela efectiva dos xuíces e tribunais no exercicio dos seus dereitos e intereses lexítimos” (*ibidem*). (...) Quebranta, polo tanto, a esencia mesma da tutela xudicial ter que contar co consentimento da parte contraria para exercer ante un órgano xudicial unha pretensión fronte a ela. Isto é exactamente o que fai o artigo 38.2, parágrafo primeiro, da LOTT, que, ao exixir un pacto expreso para evitar a arbitraje e acceder á vía xudicial, está a supeditar o exercicio do dereito á tutela xudicial efectiva dunha das partes ao consentimento da outra, o que, polas razóns que quedaron expostas, resulta contrario ao artigo 24.1 da Constitución (FX 3); (...) o lexislador da Lei 13/1996, ao reformar o artigo 38.1 LOTT, non fai máis que seguir esta indicación que lle dá a sentenza 174/1995. Á vista da *ratio decidendi* desta, o texto do precepto aquí cuestionado exprésase nuns termos dirixidos precisamente a afastarse da redacción anterior, atendendo aos criterios da STC 174/1995: (...) E, a este respecto, debemos sinalar, seguindo a doutrina da STC 174/1995, que: a) O precepto no seu novo texto segue respondendo á «plausible finalidade de fomentar a arbitraje como medio idóneo para, descargando os órganos xudiciais do traballo que sobre eles pesa, obter unha maior axilidade na solución das controversias de menor contía» (FX 3), e b) Igualmente a redacción aquí cuestionada permite tamén afirmar: «nada hai que obxectar, desde o punto de vista constitucional, ao feito de que a LOTT atenuase as formalidades exhibibles para realizar o convenio arbitral ata o punto de substituír a exigencia do dito convenio por unha presunción *ope legis* da súa existencia cando a controversia é de escasa contía» (FX 3). Con este punto de partida, debemos concluír que a consecuencia xurídica cuestionada –sometemento á arbitraje–, en canto pode ser excluída pola declaración dunha soa das partes, cuxa formulación, ademais, pode producirse mesmo despois da celebración do contrato, non resulta desproporcionada. Dunha parte, porque non merece tal cualificación a vinculación polo silencio resultante dunha disposición normativa referida a unha actividade moi concreta (contratos de transporte terrestre) e en relación unicamente coas controversias de menor entidade económica. Doutra, porque os contratantes non están obrigados a formular aquela declaración no momento mesmo do perfeccionamento ou da formalización do contrato, senón que o *dies ad quem* para a expresión da súa vontade contraria á intervención das xuntas arbitrais se pospón ata o momento «en que se inicie ou se debería ter iniciado a realización do servizo ou actividade contratada» que é cando se debe ponderar especialmente a seguridade das partes na relación negocial, aquí nun aspecto tan relevante como é o mecanismo de resolución heterónoma de conflitos. Non se aprecia, pois, a vulneración do artigo 24.1 CE en relación co artigo 117.3 CE que se atribúe ao precepto cuestionado.

- 21 Sánchez-Gamborino, 2010: 251, prevé que a intervención das xuntas arbitrais de transporte na solución de conflitos relativos ao contrato de transporte é moi intensa. Un dos motivos da LOTT para crealas foi descargar os xulgados do excesivo traballo que pesa sobre eles en asuntos de menor entidade (...).
- 22 Cucarella Galiana, 2004: 3, recolle que o título II regula o convenio arbitral e os seus efectos. Do mesmo, queremos destacar o contido do artigo 11. O apartado 1 dispón que “o convenio arbitral obriga as partes a cumprir o estipulado e impide aos tribunais coñecer das controversias sometidas a arbitraje, sempre que a parte a quen lle interese o invoque mediante declinatoria”. O apartado 2 engade que “a declinatoria non impedirá a iniciación ou prosecución das actuacións arbitrais”. E o apartado 3 sinala que “o convenio arbitral non lles impedirá a ningunha das partes, con anterioridade ás actuacións arbitrais ou durante a súa tramitación, solicitar dun tribunal a adopción de medidas preventivas nin a este concedelas (...)”.
- 23 Sánchez-Gamborino, 2010: 251, en referencia á arbitraje «institucional» no dereito do transporte ou fomentado polo lexislador español para controversias de escasa contía, destaca que a contía que comezou sendo de 500.000 pesetas foi en aumento coas sucesivas reformas do artigo 38 da Lei de ordenación dos transportes terrestres, chegando na actualidade ata 15.000 euros tras a reforma da Lei 9/2013, do 4 de xullo.
- 24 AP Barcelona (sección 15.ª), auto do 23 de outubro de 2006. XUR 2007\113980. Submisión arbitral en contrato de transporte terrestre entre empresarios: cláusula non contraria á boa fe nin orixinadora de desequilibrio importante nos dereitos e obrigas de ambas as dúas partes. “(...) Segundo o artigo 9 da Lei 60/2003, de arbitraje, permítese que o convenio arbitral poida inserirse dentro dun contrato, como neste caso que é de transporte, sempre e cando exprese de xeito inequívoco a vontade das partes de someter á arbitraje todas ou algunhas das controversias que xurdisen ou poidan xurdir respecto dunha determinada relación xurídica, que neste suposto é a derivada do contrato de transporte. No apartado segundo do referido artigo, prevese que o convenio arbitral poida estar contido nun contrato de adhesión, rexéndose entón a validez do dito convenio e a súa interpretación polo disposto nas normas aplicables a este tipo de contrato. Como xa argumentabamos nun caso similar a este [Sentenza do 15 de febreiro de 2005 (RA 503/2003)], “as condicións xerais inseridas nun contrato de adhesión non son, *per se*, nulas, senón cando non cumpren os requisitos de validez establecidos pola súa lexislación reguladora, que é a Lei 7/1998, do 13 de abril, de condicións xerais da contratación, cuxa exposición de motivos distingue as condicións xerais da contratación do que constitúen cláusulas abusivas, así como os seus distintos efectos segundo rexan en contratos pactados entre profesionais ou entre estes e os consumidores (a este respecto, véxase a exposición de motivos da dita lei). Condicións xerais son aquelas que están predispostas e foron incorporadas a unha pluralidade de contratos exclusivamente por unha das partes. Deben ser coñecidas ou brindar efectivamente a posibilidade de coñecerlas, e estar redactadas de forma transparente, con claridade, concreción e sinxeleza e, ademais, cando se contrata cun consumidor, requirese que non sexan abusivas. No ámbito da contratación con consumidores son cláusulas abusivas aquelas que, non tendo sido negociadas individualmente, contrarían as exigencias da boa fe e causan, en prexuízo do consumidor, un desequilibrio importante dos dereitos e obrigas das partes que deriven do contrato. Enchen, en todo caso, estas calidades as que se relacionan no artigo 10 bis da Lei 26/1984, xeral para a defensa de consumidores e usuarios. Pero, como se dixo, o concepto de cláusula abusiva ten o seu ámbito propio na relación cos consumidores. No caso de contratación entre empresarios ou profesionais, o relevante non é que a cláusula fose redactada unilateralmente por unha das partes, senón que a cláusula ou cláusulas en cuestión atenten contra os principios reitores da contratación (artigo 1255 do Código civil), tendo en conta as características específicas da contratación entre empresas. Así pois (e insistimos, léase a exposición de motivos da Lei 7/1998, do 13 de abril), cando a relación sexa dun profesional fronte a un consumidor opera a lista de cláusulas contractuais abusivas (introducidas na disposición adicional primeira da Lei 26/1984 pola Lei 7/1998), considerándose como consumidor protexido non só o destinatario final dos bens e servizos obxecto do contrato, senón calquera persoa que actúe cun propósito alleo á súa actividade profesional. Non obstante, cando a relación o sexa de profesionais entre si, o ámbito de aplicación da citada lei restrínxese, pois a condición xeral será abusiva cando sexa contraria á boa fe e cause un desequilibrio importante entre os dereitos e obrigas das partes, pero no marco do réxime xeral de obrigas e contratos”. Neste caso, como no precedente invocado, “non poderá sosterse a aplicación da normativa especial de protección de consumidores e usuarios porque o adherente é un empresario, persoa, xa sexa física ou xurídica –como é o caso– que non é destinatario final dos bens e servizos que lle presta o transportador, pois intégraos no seu propio proceso de comercialización, como medio de situar a mercadoría no punto de venda (artigo 1.3 da Lei 26/1984), co cal non pode acollerse á lista de cláusulas contractuais abusivas relacionadas na disposición adicional primeira da Lei 6/1984. Neste sentido, a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea do 22 de novembro de 2001, interpretando o artigo 2.b) da Directiva 93/13/CEE, do 5 de abril de 1993, indica que o concepto de consumidor queda limitado exclusivamente ás persoas físicas (...)”. Debemos citar tamén, neste punto a Piloñeta Alonso, 1999: 76-77, o cal afirma que a Lei de condicións xerais de contratación (artigo 8.2) declara abusivas e, en consecuencia, nulas estas mesmas cláusulas de arbitraje cando se utilicen en contratos con consumidores ou usuarios, e adopten a forma de condicións xerais. De acordo coa lei, considéranse condicións xerais as cláusulas de submisión á arbitraje predispostas cuxa incorporación ao contrato veña imposta por unha das partes, redactadas coa finalidade de ser incorporadas a unha pluralidade de contratos, con independencia da súa autoría material, aparencia externa, extensión e calquera outra circunstancia (...) A sanción de nulidade non alcanza, non obstante, os supostos en que o pacto de submisión á arbitraje viñese precedido dunha negociación específica entre as partes (...).
- 25 Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco (Sala do Civil e do Penal, Sección 1.ª) Sentenza n. 3/2011, do 10 novembro, RX\2012\5917. “(...) No suposto obxecto de axuízamento non existe constancia de documento escrito asinado polas partes ou dun intercambio de cartas, telegramas, telex, fax ou outros medios de telecomunicación que permitan apreciar a existencia do acordo, nin intercambio de escritos de demanda e contestación en que a súa existencia sexa afirmada por unha parte e non negada pola outra, para activar a presunción que establece o artigo 9.5 da Lei 60/2003, do 23 de decembro. Pola contra, a parte actora neste proceso impugnatorio manifesta de forma inequívoca que non se lle pode aplicar a submisión á arbitraje prevista na LOTT e que non consentiu submisión ningunha a arbitraje, afirmación que non é negada nin obxectada pola parte demandada. Circunstancias como as expostas autorizan a afirmar que, neste caso, non existiu o convenio arbitral entre as partes que puidese habilitar a Xunta Arbitral de Transporte do País Vasco para ditalo o laudo arbitral do 18 de maio de 2011, de conformidade co disposto no artigo 38 da Lei 16/1987, do 30 de xullo, de ordenación dos transportes terrestres, e que, corolario do anterior, concorre o motivo de anulación previsto na letra a) do apartado 1 do artigo 41 da Lei 60/2003, do 23 de decembro, de arbitraje (...)”.

- 26 AP Madrid (sección 14.ª), sentenza n. 298/2003 do 2 xuño. XUR 2003\254869. Declaración de nulidade da cláusula de submisión a favor de órgano de arbitraje institucional creada por norma legal para un sector amplo e non específico. "(...) A Lei 36/1988, do 5 de decembro, de arbitraje, reconece expresamente na exposición de motivos e concreta o propio artigo 5, no seu parágrafo segundo: "Se o convenio arbitral se aceptou dentro dun contrato de adhesión, a validez deste pacto e a súa interpretación acomodaranse ao previsto polas disposicións en vigor respecto destas modalidades de contratación", confirmando o artigo 6.1 a posibilidade de incorporar estas cláusulas ao contrato principal. Pola súa parte, a Lei 26/1984, do 19 de xullo (RCL 1984, 1906), xeral para a defensa dos consumidores e usuarios, conforme a redacción dada pola disposición adicional primeira da Lei 7/1998, do 13 de abril (RCL 1998, 960), de condicións xerais da contratación, regula no seu artigo 10.4 os convenios arbitrarios establecidos en contratos que conteñen condicións xerais non negociadas, concretando que serán eficaces se, ademais dos requisitos de validez exixidos polas leis, resultan claros e explícitos, contemplando tan só a negativa do consumidor ou usuario ao sistema arbitral cando este sexa distinto do de consumo, regulado no artigo 31 da citada lei. A Lei xeral para a defensa dos consumidores e usuarios é aplicable se o contratante tivese a condición de consumidor ou usuario, condición de que gozaba a instante da arbitraje, hoxe parte recorrida, e sabido é que dentro do catálogo de cláusulas abusivas establecido pola disposición adicional primeira, segundo a disposición adicional primeira da Lei 7/1998, do 13 de abril, reguladora das condicións xerais da contratación, atópase a número 26 (submisión a arbitrajes distintas da de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionais creados por normas legais para un sector ou un suposto específico). O contrato en que se formaliza a cláusula de submisión que invoca a recorrente é un contrato de adhesión, a cláusula non foi negociada individualmente, a usuaria do servizo do transporte fixo valer a nulidade da cláusula de submisión á arbitraje distinta da de consumo e da arbitraje institucional creada pola norma legal para o sector específico de transporte, isto é, a nulidade da cláusula de submisión á Corte de Arbitraje da Cámara de Comercio e Industria, ao someter a cuestión á arbitraje ante o órgano institucional creado pola norma legal para o sector específico (contrato de transporte) e a cláusula foi declarada nula pola Xunta Arbitral de Transportes que emite o laudo, cobrando vixencia o réxime establecido polo artigo 38 da LOTT. Nestes casos e de conformidade co previsto no artigo 10.2 da Lei 26/1984 en caso de dúbida prevalecerá a interpretación máis favorable para o consumidor, regra que reitera o artigo 6.2 da Lei 7/1998, decantándose por favorecer o adherente. Neste punto, ver tamén Tribunal Supremo (Sala do Civil) Sentenza n. 797/1994, do 20 de xullo, RX\1994\6518; e Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª) Sentenza n. 318/2003, do 3 de maio XUR\2003\254392.
- 27 Gimeno Sendra, 2013: 1680-1685.
- 28 AP Madrid (Sección 14.ª), Sentenza do 20 de xaneiro de 1999. AC 1999\3190 fraude de lei: división da facturación violentando pacto privado co fin de obter o límite económico necesario para acceder á xunta arbitral de transportes: falta de competencia desta última: reclamación cuxa contía exixía un pacto expreso das partes para que puidese entender do asunto. "(...) En definitiva, como a resposta que dá o noso dereito á fraude de lei é someter o acto á norma que se tratou de eludir (artigo 6.4 CC), debemos estimar que a xunta arbitral de transportes non tiña competencia para coñecer desta reclamación ao ascender a unha contía para a que era necesario un pacto expreso das partes para que puidesen entender do asunto, determinando polo tanto que o laudo debe anularse ao concorrer a circunstancia 5.ª do artigo 45 da Lei de arbitraje, do 5 de decembro de 1988, pois contrario á orde pública debe considerarse limitar de tal modo o acceso á xurisdición que garante o artigo 24.1 da Constitución española a todas as persoas (...)".
- 29 Álvarez Alarcón, 2011: 284-286, expón que, atendendo ao previsto nos artigos 37 e 38 LOTT e ao artigo 6 do ROTT, lles corresponden ás xuntas arbitrarias de transporte as seguintes funcións: función arbitral, (...) función de depositarias de mercadorías obxecto do transporte, (...) función de información ou ditame sobre aspectos xurídicos relativos ao transporte e ás actividades complementarias e auxiliares, (...) función pericial (...).
- 30 Abril Rubio, 2013: 809-827, afirma que as xuntas arbitrarias de transporte son competentes para resolver as controversias de carácter mercantil xurdidas en relación co cumprimento das obrigas derivadas dos contratos de transporte terrestre. Entendendo contrato de transporte de mercadorías, de viaxeiros e mixto; e terrestre como o que se realiza por estrada, ferrocarril ou mediante cable de tracción sen camiño fixo de rodadura.
- 31 Neste artigo centrámonos propiamente no estudo do procedemento arbitral sen facer mención aos diferentes tipos de reclamacións que poden interporse, entre os que destacan, no ámbito do transporte terrestre de mercadorías por estrada, os non pagamentos de portes, os danos nas mercadorías transportadas, as paralizacións ou os depósitos... Cuestións reguladas na Lei 15/2009, do 11 de novembro, do contrato de transporte terrestre de mercadorías, aínda que en relación cos depósitos debe citarse tamén a Orde FOM 3386/2010, do 20 de decembro, pola que se establecen normas para a realización polas xuntas arbitrarias do transporte, de funcións de depósito e alleamento das mercadorías.
- 32 En Galicia, e de conformidade co establecido na disposición adicional primeira (competencia da Xunta Arbitral de Transporte de Galicia) da Lei 2/2008, do 6 de maio, pola que se desenvolve a libre prestación de servizos de transporte marítimo de persoas en augas interiores de Galicia (DOG n. 90, do 12 de maio de 2008), "A Xunta Arbitral de Transporte de Galicia coñecerá das reclamacións de contido económico derivadas da prestación dos servizos de transporte por empresas inscritas no Rexistro de Empresas Operadoras do Transporte Marítimo, nos termos establecidos na Lei 16/1987, do 30 de xullo, de ordenación de transportes terrestres".
- 33 Artigo 7.1 do ROTT: "A localización xeográfica e o ámbito territorial das xuntas arbitrarias do transporte serán determinados polas correspondentes comunidades autónomas en que estean situadas cando estas asumisen as competencias para o efecto delegadas pola Lei orgánica 5/1987, do 30 de xullo, ou, noutro caso, pola Dirección Xeral de Transportes Terrestres". Cómpre aquí facer mención a Martín, 1999: 236, que cita o artigo 12 do capítulo IV ("Delegación de facultades en materia de arbitraje") da Lei orgánica 5/1987, do 30 de xullo, de delegación de facultades do Estado nas comunidades autónomas en relación cos transportes terrestres e por cable, que di: "Deléganse nas comunidades autónomas en que estas deban estar radicadas as funcións que a Lei de ordenación dos transportes terrestres lles atribúen ás xuntas arbitrarias do transporte (...)". En palabras do autor, "(...) preténdese unha uniformidade no réxime xurídico do transporte terrestre –incluído todo o relativo á arbitraje– sen prexuízo da súa xestión e execución polas comunidades autónomas. Polo tanto, á marxe das futuras normas sobre a arbitraje, as administracións das comunidades autónomas xogarán un papel importante no futuro éxito ou fracaso das xuntas arbitrarias do transporte (...)".
- 34 Álvarez Alarcón, 2011: 283-284, recolle que, en cambio, no caso das funcións cuxa execución se vincula a unha mercadoría concreta (depósito, alleamento e peritaxe), seguirase o criterio do lugar onde se atope aquela situada.

- 35 Sánchez-Gamborino, 2010: 251, (...) a teor do disposto no ROTT artigo 7.2 e Condición xeral 5.1 do anexo A da Orde ministerial do 25 de abril de 1997 (actualmente vixente a Orde FOM 1882/2012, do 1 de agosto, pola que se aproban as condicións xerais de contratación dos transportes de mercadorías por estrada).
- 36 AP Asturias (sección 5.ª), sentenza n. 564/2000, do 18 outubro. XUR 2000\311840. “ (...) Centrado así o obxecto do debate, debe manifestarse que, en opinión desta sala, e compartindo o declarado pola Sección Primeira da Audiencia Provincial de Valladolid na súa recente Sentenza do 29-6-00, a suxeición dos contratos ao Consorcio de Transporte Internacional de Mercadoría por Estrada (CMR) de 1956 non é incompatible coas disposicións da Lei de ordenación do transporte terrestre, do 30-7-87, modificada pola Lei 13/96 (RCL 1987, 1764, RCL 1996, 3182), sobre as xuntas arbitrais do transporte, pois, en efecto, o único que establece o referido CMR no seu artigo 33 é a posibilidade de someter o asunto á decisión de árbitros ou tribunais arbitrais distintos das xuntas arbitrais do transporte, o que é evidente que lles confire competencia a estas, que no ámbito desta provincia aparecen creadas no Decreto 87/90 do Principado (...), o precepto está en consonancia coa corrente potenciadora da arbitrase para dirimir as controversias entre particulares manifestada a nivel internacional, así os Seminarios de Milán (1991) e París (1993), destacando nesta liña a Recomendación 12/86 do Comité de Ministros do Consello de Europa referida a “Medidas tendentes a previr e reducir a sobrecarga e traballo dos tribunais”, na que se lles recomenda aos gobernos dos Estados membros que adopten medidas adecuadas para que, nos casos que se presten a iso, a arbitrase poida constituír unha alternativa máis accesible e máis eficaz (...)”. En relación con esta cuestión, debemos citar tamén a Piloñeta Alonso, 1999: 104, cando indica que consciente da importancia de arbitrase como método de resolución de controversias en materia de transporte, a convención CMR (artigo 33) admitiu expresamente a posibilidade de que tales contratos inclúan unha cláusula pola que as partes se someten a arbitrase (...) coa condición de que nesta se estableza que o tribunal arbitral deberá aplicar o convenio (...).
- 37 TC Sentenza 118/1996, do 27 de xuño (BOE n. 182, do 29 de xullo de 1996). O artigo 38.4 da LOTT prevé que as xuntas arbitrais realízarán, ademais da función de arbitrase, “cantas actuacións lles sexan atribuídas” (...). Non obstante, hai que tomar en consideración que o precepto fala das actuacións “que lles sexan atribuídas”, pero nin especifica cales son nin quen deba atribuílas. Esta indeterminación, en canto ao tipo e número de funcións, así como en canto ao ente –Estado central ou comunidade autónoma– competente para definilas, permite efectuar unha interpretación conforme co bloque de constitucionalidade que rexe na materia para chegar á conclusión de que o artigo 38.4 non é inconstitucional, e resulta aplicable en Cataluña, sempre que se interprete no sentido exposto: nese territorio as xuntas arbitrais exercerán as funcións que lles atribúa o Estado, respecto dos transportes supracomunitarios; e, respecto dos transportes intracomunitarios, exercerán, ademais da función de arbitrase, imposta polo Estado ao abeiro do título competencial derivado do artigo 149.1.6 (lexislación procesual), aquelas outras que, se é o caso, lles atribúa á comunidade autónoma”.
- 38 Este fundamento foi utilizado en sucesivos laudos por parte da Xunta Arbitral de Transportes de Galicia.
- 39 A oferta hai que entendela realizada por quen presta o servizo de modo que o contrato se considera asinado no lugar correspondente ao domicilio da empresa de transporte. O criterio anterior é coherente co que establece o artigo 29 da Lei 34/2002, do 11 de xullo, de servizos da sociedade da información, a teor do cal “os contratos celebrados por vía electrónica en que interveña como parte un consumidor se presumirán celebrados no lugar en que este teña a súa residencia habitual. Os contratos electrónicos entre empresarios ou profesionais, en defecto de pacto entre as partes, presumiránse celebrados no lugar en que estea establecido o prestador de servizos”. (Cómprase destacar neste sentido que o artigo 54 do Código de comercio foi modificado pola disposición adicional 4.2 da Lei 34/2002, do 11 de xullo). Destacamos finalmente o artigo 1262 do Código civil: “o consentimento maniféstase polo concurso da oferta e da aceptación sobre a cousa e a causa que deben constituír o contrato. Achándose en lugares distintos o que fixo a oferta e o que a aceptou, hai consentimento desde que o oferente coñece a aceptación ou desde que, remitíndolla o aceptante, non poida ignorala sen faltar á boa fe. O contrato, en tal caso, presúmese celebrado no lugar en que se fixo a oferta. Nos contratos asinados mediante dispositivos automáticos hai consentimento desde que se manifesta a aceptación”.
- 40 Álvarez Alarcón, 2011: 295-296, fai mención a que non prevé o procedemento que haxa unha contestación, senón que directamente se convoca as partes para a celebración dunha vista oral. Por iso, inmediatamente despois de recibida a solicitude de arbitrase, a secretaría da xunta remitirá unha copia da reclamación contra a parte demandada, con indicación tamén da data sinalada para a vista, a cal lle será comunicada igualmente ao demandante.
- 41 Artigo 14 da Lei 39/2015. Dereito e obriga de relacionarse electronicamente coas administracións públicas.
- 42 Artigo 41 da Lei 39/2015. Condicións xerais para a práctica das notificacións, seguido do artigo 43 da Lei 39/2015. Práctica das notificacións a través de medios electrónicos.
- 43 O 1 de xuño de 2015 entraron en vigor as previsións, contidas na Lei 15/2014, do 16 de setembro, de racionalización do sector público e outras medidas de reforma administrativa, para configurar un taboleiro edictal único, a través do *Boletín Oficial del Estado*. A partir desa data, os anuncios de notificación que realice calquera Administración pública cando os interesados nun procedemento sexan descoñecidos, ignorese o lugar ou o medio da notificación, ou ben intentada esta, non se puidese practicar, deberán publicarse necesariamente no BOE. Previamente, e con carácter facultativo, as administracións poderán publicar o anuncio no boletín oficial da comunidade autónoma ou da provincia. Esta regulación resulta de aplicación calquera que sexa a Administración competente para realizar a notificación, a materia sobre a que verse ou o tipo de procedemento administrativo de que se trate, incluídos aqueles que contan con normativa específica. En todos os casos, a publicación dos anuncios de notificación no BOE producírase de forma gratuíta. A regulación do taboleiro edictal único do *Boletín Oficial del Estado* está recollida no Real decreto 181/2008, do 8 de febreiro, de ordenación do diario oficial *Boletín Oficial del Estado*.
- 44 A este respecto podemos destacar que, na Xunta Arbitral de Transportes de Galicia, nos supostos de reclamacións formuladas por consumidores e usuarios, se lles exige a dilixencia dun bo pai de familia á hora de poder identificar a empresa contra a que se reclama, asumindo a secretaría da xunta un labor activo na dita “investigación”; mentres que se se trata de reclamacións entre empresas de transportes, no caso de que resulte infrutuoso o intento de notificación, antes de acudir á vía de anuncios, se lle exixirá á parte reclamante que o domicilio facilitado se corresponde co existente no rexistro mercantil ou no rexistro de empresas de transporte (neste último caso cando a reclamación se interpón contra unha empresa con autorizacións de transporte ao seu nome).
- 45 Álvarez Alarcón, 2011: 295, indica que non di nada o ROTT sobre se deben presentarse coa solicitude os documentos que se pretendan utilizar. Por conseguinte hai que entender que se poderían presentar no acto da vista.

- 46 Piloñeta Alonso, 1999: 97, establece que a composición da xunta para coñecer dun determinado asunto se decidirá en cada caso, en función dos sectores afectados pola controversia (...). Debemos mencionar tamén neste punto a Álvarez Alarcón, 2011: 277, que fai referencia a que, seguindo coa tradición imposta polas xuntas de detaxas, as XAT se constitúen coa mesma forma tripartita –que é tamén adoptada noutros órganos dedicados á arbitraje, como acontece no sistema arbitral de consumo–, na que a Administración asume a posición central, a presidencia asistida por dous vogais representativos dos intereses afectados no conflito (...).
- 47 Non debemos esquecer que a LA regula no seu artigo 40 a acción de anulación do laudo, establecendo o artigo 41 que un dos motivos, sempre que sexa solicitado e probado por unha das partes, é: “(...) b) que non foi debidamente notificada da designación dun árbitro ou das actuacións arbitrais ou non puido, por calquera outra razón, facer valer os seus dereitos (...)”.
- 48 Artigo 539 da LAC. Representación e defensa. Custas e gastos da execución. 1. O executante e o executado deberán estar dirixidos por letrado e representados por procurador, salvo que se trate da execución de resolucións ditadas en procesos en que non sexa preceptiva a intervención dos ditos profesionais. Para a execución derivada de procesos monitorios en que non houberse oposición, requirirase a intervención de avogado e procurador sempre que a cantidade pola que se despache a execución sexa superior a 2.000 euros. Para a execución derivada dun acordo de mediación ou un laudo arbitral requirirase a intervención de avogado e procurador sempre que a cantidade pola que se despache execución sexa superior a 2.000 euros (...).
- 49 Aba-Catoira, 2011: 136, recolle que, en canto ás garantías do procedemento arbitral, é a norma constitucional a que consagra os principios de audiencia, contradición e igualdade, orientados á efectividade da tutela xudicial efectiva recoñecida no artigo 24 CE como dereito fundamental de todas as persoas. A propia Lei de arbitraje no seu artigo 24.1 refírese aos ditos principios (...).
- 50 Respecto á función de peritaxe sobre o estado das mercadorías, o artigo 367 do Código de comercio establecía, para cando xurdisen dúbidas e contestacións entre o consignatario e o transportador sobre o estado dos efectos transportados no momento da entrega, o recoñecemento pericial con intervención, mesmo, da autoridade xudicial; así mesmo, prevíase o depósito xudicial das mercadorías se os interesados non se conformaban co ditame pericial e non chegaban a un acordo. Este precepto foi derogado pola letra a) do número 1 da disposición derogatoria única da Lei 15/2009, do 11 de novembro, do contrato de transporte terrestre de mercadorías, sendo de aplicación o previsto no artigo 34 desta lei (estado das mercadorías no momento de entrega ao destinatario). Pola súa parte, o artigo 6.1.d) do ROTT atribúe directamente ás xuntas arbitrais do transporte a función de peritaxe, ocupándose tamén do depósito das mercadorías ante as xuntas arbitrais do transporte, previamente á eventual formulación da controversia a que se refire a letra a), cando os interesados non acepten o resultado da peritaxe e non resolan as súas diferenzas.
- 51 Tribunal Superior de Xustiza de Madrid (Sala do Civil e do Penal, Sección 1.ª) Sentenza n. 37/2015, do 28 abril AC\2015\861. “(...) O efecto vinculado á prescrición é a extinción do dereito ou acción que sexa obxecto dela, segundo prevé o artigo 1903 e 1903.2-1 CC (LEG 1889, 27), xunto aos dereitos e accesorios. Segundo reiterada xurisprudencia do TS a prescrición debe ser alegada para que poida ser estimada xa que o xuíz non a pode alegar de oficio no momento procesual oportuno que vén ser o de contestación á demanda. Os artigos 1935 e 1937 CC (LEG 1889, 27) establecen unhas regras particulares que disciplinan a renuncia á prescrición (...). Consecuencia do anterior, posto en relación coas alegacións da demandante, debemos dicir que, extinguido o dereito ao cobramento da parte reclamante no procedemento arbitral –cuestión que por razóns obvias debe ser resolta con carácter previo, igual que a competencia do Tribunal Arbitral–, esa perda do dereito do acredor a reclamar xudicialmente as cantidades debidas fai innecesario o pronunciamiento do xuíz/árbitro sobre as cuestións de fondos formuladas polas partes, xa sexa na demanda, contestación, ou en calquera alegación reconvenional que sexa formulada (...)”.
- 52 Os efectos do “silencio” na emisión do laudo arbitral non se asemellan aos previstos pola Lei 39/2015 (artigos 24 e 25) para o chamado “silencio administrativo”.
- 53 Tribunal Superior de Xustiza de Madrid (Sala do Civil e do Penal, Sección 1.ª) Sentenza n. 37/2015, do 28 abril AC\2015\861. “(...) Os motivos de anulación constitúen unha lista pechada non susceptible de ampliación. Neste sentido hai que recordar a doutrina do Tribunal Constitucional (STC do 18-7-1994) que en relación coas causas de anulación previstas pola lei no anterior artigo 45 da LA dixó: “... no artigo 45 contéplanse as causas de anulación xudicial dun laudo, as cales, en atención á natureza propia do instituto da arbitraje, necesariamente deben limitarse aos supostos de contravención grave do propio contrato de arbitraje (aps. 1.ª a 4.ª artigo 45) ou das garantías esenciais de procedemento que a todos asegura o artigo 24 CE (RCL 1978, 2836) (artigo 45.5), sen estenderse aos supostos de infracción do dereito material aplicable ao caso, e iso porque, pola contra, a finalidade última da arbitraje, que non é outra que a de alcanzar a pronta solución extraxudicial dun conflito, se vería inevitablemente desnaturalizada ante a eventualidade de que a decisión arbitral puidese ser obxecto de revisión en canto ao fondo (...)”.
- 54 Guedea Martín, 1999: 230, dispón que a Lei 36/1988, do 5 de decembro, prevía xa dous tipos de recursos. En primeiro lugar admítese o recurso de revisión fronte ao laudo arbitral firme (artigo 37) “conforme o establecido na lexislación procesual para as sentenzas xudiciais firmes”. É dicir, son de aplicación os artigos 1796 a 1810 do libro II da Lei de axuízamento civil. Polo tanto, contra as resolucións firmes das xuntas arbitrais do transporte só cabería un recurso de revisión fundado nalgún dos catro motivos recollidos no artigo 1796 da Lei de axuízamento civil.
- 55 A mención á “sucinta referencia de feitos e fundamentos de dereito” provén do artigo 35.1 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas.
- 56 Guedea Martín, 1999: 230, afirma que indubidablemente unha das razóns que sempre se alegaron a favor da arbitraje e en contra do proceso xurisdiccional ordinario foi a difícil e problemática execución das sentenzas no noso Estado, sen distinguirse ordes xurisdiccionais ou órganos xudiciais. Aquí, como anteriormente, ao estudar os recursos fronte aos laudos, ante o silencio da Lei de ordenación dos transportes terrestres, vémonos obrigados –mentres que non se produza modificación legal expresa– á aplicación da Lei de arbitraje. A Lei 36/1988, do 5 de decembro, dedicaba os seus títulos VIII e IX á execución forzosa do laudo e á execución en España dos laudos arbitrais estranxeiros respectivamente.
- 57 Artigo 39.1 da Lei 60/2003, do 23 de decembro, de arbitraje (corrección, aclaración, complemento e extralimitación do laudo).
- 58 Artigo 38 da Lei 60/2003, do 23 de decembro, de arbitraje (terminación das actuacións). 1. Sen prexuízo do disposto no artigo anterior, sobre notificación e, se é o caso, protocolización do laudo, e no artigo seguinte, sobre a súa corrección, aclaración e complemento, as

actuacións arbitrais rematarán e os árbitros cesarán nas súas funcións co laudo definitivo. 2. Os árbitros tamén ordenarán a terminación das actuacións cando: a) o demandante desista da súa demanda, a menos que o demandado se opoña a iso e os árbitros lle recoñezan un interese lexítimo en obter unha solución definitiva do litixio; b) as partes acorden dar por rematadas as actuacións; c) os árbitros comprobren que a prosecución das actuacións resulta innecesaria ou imposible. 3. Transcorrido o prazo que as partes sinalasen para este fin ou, no seu defecto, o de dous meses desde a terminación das actuacións, cesará a obriga dos árbitros de conservar a documentación do procedemento. Dentro dese prazo, calquera das partes poderá solicitarlles aos árbitros que lle remitan os documentos presentados por ela. Os árbitros accederán á solicitude sempre que non atente contra o segredo da deliberación arbitral e que o solicitante asuma os gastos correspondentes ao envío, se é o caso.

O dereito de sufraxio universal para as persoas con discapacidade. Especial referencia aos procesos de incapacitación

El derecho de sufragio universal para las personas con discapacidad. Especial referencia a los procesos de incapacitación

The right of universal suffrage for people with disabilities. Special reference to incapacitation processes



PALOMA CANEIRO GONZÁLEZ

Doutoranda en Dereito Administrativo Iberoamericano. Universidade da Coruña (Galicia, España)

Membro do Observatorio de Políticas Públicas en materia de discapacidade, atención á diversidade e igualdade de oportunidades Bolseira da Fundación ONCE, Programa “Oportunidade para o talento”, 2014 e 2015

paloma.caneiro.gonzalez@udc.es

CRÍSTEL MAGDALENA PÉREZ HERMIDA

Avogada

Membro do Observatorio de Políticas Públicas en materia de discapacidade, atención á diversidade e igualdade de oportunidades cristelperezhermida@gmail.com

Recibido: 23/02/2017 | Aceptado: 30/05/2017

Resumo: O dereito de sufraxio é obstaculizado para as persoas con discapacidade debido a unha deficiente normativa que ten como consecuencia unha perda grave de garantías na efectividade do seu dereito. Todo iso acaba derivando nunha progresiva diminución dos índices de participación política das persoas con discapacidade e, ao mesmo tempo, nunha diminución da súa representación na vida política.

Palabras clave: garantías constitucionais, voto, igualdade, discapacidade, liberdade, colectivo vulnerable.

Resumen: El derecho de sufragio es obstaculizado para las personas con discapacidad debido a una deficiente normativa que tiene como consecuencia una pérdida grave de garantías en la efectividad de su derecho. Todo ello acaba derivando en una progresiva disminución de los índices de participación política de las personas con discapacidad y, al mismo tiempo, en una disminución de su representación en la vida política.

Palabras clave: garantías constitucionales, voto, igualdad, discapacidad, libertad, colectivo vulnerable.

Abstract: The right to vote is hampered for people with disabilities due to poor legislation which results in a serious loss of guarantees in the effective right. All this ends resulting in a progressive decrease in rates

of political participation of persons with disabilities at the same time a decrease in their representation in political life.

Key words: constitutional guarantees, vote, equality, disability, freedom, vulnerable group.

Sumario: 1 Introducción. 2 Normativa do dereito de sufraxio das persoas con discapacidade. 3 A estreita vinculación do dereito de sufraxio cos procesos de incapacitación para as persoas con discapacidade. 3.1 A cuestión controvertida da observancia dos coñecementos políticos nos procesos de incapacitación. 4 A problemática da discapacidade no exercicio do dereito de sufraxio. 4.1 Inquietudes da actual regulación do dereito de sufraxio das persoas con discapacidade. 5 Conclusións. 6 Bibliografía. 7 Apéndice xurisprudencial.

1 INTRODUCCIÓN

O panorama político actual colocou o dereito de sufraxio da cidadanía nun papel de especial protagonismo. Todos os españois que quixeron exercitar o seu dereito tiveron que presentarse e ir ás urnas en dúas ocasións co fin de que un novo goberno se forme e, malia que houbo dúbidas acerca da posibilidade dunhas terceiras eleccións, estas dúbidas foron disipadas a principios de novembro do ano 2016.

Este ano as eleccións presentaron candidatos políticos con importantes discapacidades, persoas que lograron unha gran repercusión mediática, o que singularizou positivamente o proceso electoral, mostrando máis diversidade nas figuras políticas actuais.

As eleccións soben á palestra o dereito de sufraxio, tanto o activo como o pasivo. Este dereito é fundamental, pero é ademais especialmente significativo na defensa da liberdade e da dignidade da persoa, cumprindo, en palabras de Martínez Pujalte (2013: 83) *“unha función lexitimadora imprescindible para o funcionamento da democracia”*. Por todo iso, dous son os piares que se deben ter en conta antes de iniciar a lectura de calquera estudo do dereito de sufraxio: a) o carácter fundamental deste dereito, cuxa dimensión institucional é máis urxente debido a que constitúe un elemento esencial da democracia; b) a obriga *“dos poderes públicos de remover os obstáculos que impidan ou dificulten a plenitude da liberdade e a igualdade”* (Martínez Pujalte, 2013: 86).

O dereito de sufraxio activo realízase no acto de introdución da papeleta coa opción política elixida na urna. Esta acción, aparentemente sinxela, tórnase de enorme complexidade para algunhas persoas con discapacidade, podendo chegar, mesmo, a supor unha negación ou ablación do propio dereito de sufraxio.

Os datos da Oficina de Censo Electoral indican que entre as eleccións xerais comprendidas entre o ano 2000 e o 2015 houbo un incremento de máis de 80.000 persoas que non puideron votar. En concreto, os datos son os seguintes: no ano 2000 non puideron votar 12.709 persoas; no ano 2004, 31.262; no ano 2008, 55.949; no ano 2011 a suma ascendeu a 79.233 persoas; e no ano 2015 a cifra ascendeu a 96.418. Estes datos non poden ser menos que dramáticos e así son considerados na Recomendación do Defensor do Pobo do 30 de xuño de 2016 como consecuencia da queixa n. 16008346, pódose de relevo as deficiencias no sistema normativo ou xurisprudencial, do que se falará ao longo deste estudo.

En razón de todo isto, este traballo pretende recoñecer a situación dun importante colectivo de cidadáns e cidadás que se ven privados do exercicio do dereito de sufraxio ou que teñen dificultades para exercelo. O estudo centrarase na análise da normativa e nos problemas fácticos que xorden na súa aplicación ao colectivo de persoas con discapacidade. O obxectivo a alcanzar

será unha proposta de mellora normativa que se traduza, ao propio tempo, na efectividade real do dereito de sufraxio.

Nas seguintes epígrafes analizaranse a normativa, os procesos de incapacitación e as dificultades que soportan as persoas con discapacidade ao pretender exercer o seu dereito de sufraxio. Todo iso será analizado á luz da normativa, a doutrina e a xurisprudencia.

2 NORMATIVA DO DEREITO DE SUFRAXIO DAS PERSOAS CON DISCAPACIDADE

As persoas con discapacidade tiveron escasa, por non dicir nula, participación nas decisións políticas dos países. Só co paso do tempo os dereitos das persoas con discapacidade melloraron xunto cun maior compromiso de participación e ao abeiro de imprescindibles recoñecementos en textos internacionais¹, de entre os que debe ser destacado o artigo 29 da *Convención internacional sobre os dereitos das persoas con discapacidade*, aprobada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas o 13 de decembro de 2006 en Nova York, co seguinte teor literal:

Artigo 29. Participación na vida política e pública:

Os Estados partes garantiránlles ás persoas con discapacidade os dereitos políticos e a posibilidade de gozar deles en igualdade de condicións coas demais e comprometeranse a:

a) Asegurar que as persoas con discapacidade poidan participar plena e efectivamente na vida política e pública en igualdade de condicións coas demais, directamente ou a través de representantes libremente elixidos, incluídos o dereito e a posibilidade das persoas con discapacidade a votar e ser elixidas...

A nivel nacional, resulta imprescindible a cita do artigo 23 da Constitución española de 1978:

Artigo 23

1. Os cidadáns teñen o dereito a participar nos asuntos públicos, directamente ou por medio de representantes, libremente elixidos en eleccións periódicas por sufraxio universal...

A Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, de réxime electoral xeral (LOREX), contén determinacións relevantes que poden ser aplicadas ás persoas con discapacidade.

Por un lado, o artigo 3 determina as persoas que carecen de dereito de sufraxio:

Artigo 3

1. Carecen de dereito de sufraxio:

(...)

b) Os declarados incapaces en virtude de sentenza xudicial firme, sempre que esta declare expresamente a incapacidade para o exercicio do dereito de sufraxio. c) Os internados nun hospital psiquiátrico con autorización xudicial, durante o período que dure o seu internamento, sempre que na autorización o xuíz declare expresamente a incapacidade para o exercicio do dereito de sufraxio.

Só de forma indirecta se alude ás persoas con discapacidade; naqueles casos en que sexan declarados incapaces por unha grave doenza física, psicosocial, cognitiva e/ou sensorial que impida o seu autogoberno, serán considerados nos apartados transcritos do precepto².

Por outro lado, o artigo 7 dispón respecto ao sufraxio pasivo:

2. Malia o disposto no parágrafo primeiro do artigo anterior, os que aspiren a ser proclamados candidatos e non figuren incluídos nas listas do censo electoral poderán selo, sempre que coa solicitude acrediten de modo fidedigno que reúnen todas as condicións exixidas para iso³.

A LOREX foi modificada pola Lei orgánica 2/2011, do 28 de xaneiro, incorporando novidades no eido da discapacidade e a capacidade, incluíndo axustes razoables para as persoas con discapacidade visual e sancións á emisión do voto sen capacidade⁴. Así, o renovado 87 introduciu un procedemento de votación para as persoas cegas, permitindo o exercicio do dereito con garantía de segredo de voto, e o artigo 142 castiga con pena de prisión a quen vote sen a capacidade necesaria.

O Real decreto lexislativo 1/2013, do 29 de novembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, tamén fai referencia ao dereito de participación nos asuntos públicos, ao sinalar:

Artigo 53. Dereito de participación na vida política.

As persoas con discapacidade poderán exercer o dereito de participación na vida política e nos procesos electorais en igualdade de condicións que o resto dos cidadáns conforme a normativa en vigor. Para iso, as administracións públicas porán á súa disposición os medios e recursos que precisen.

Finalmente, o Real decreto 1612/2007, do 7 de decembro, regula un procedemento de voto accesible que lles facilita ás persoas con discapacidade visual o exercicio do dereito de sufraxio; e o Real decreto 422/2011, do 25 de marzo, aproba o Regulamento sobre as condicións básicas para a participación das persoas con discapacidade na vida política e nos procesos electorais.

3 A ESTREITA VINCULACIÓN DO DEREITO DE SUFRAXIO COS PROCESOS DE INCAPACITACIÓN PARA AS PERSOAS CON DISCAPACIDADE

Na actualidade, segue sendo común asociar incapacidade con ausencia de toda potestade sobre un mesmo. A aceptación do concepto social de discapacidade e o correlativo declive do concepto médico permitiron superar tal asociación e favoreceron a participación efectiva das persoas con discapacidade na sociedade en condicións de igualdade.

Esta realidade tamén se plasmou na xurisprudencia. A STS 373/2016, do 3 de xuño, recoñece a situación cunha frase concluínte que define a nova consideración da discapacidade na que se abandona o concepto médico limitativo *“pasándose dun réxime de substitución na adopción de decisión a outro baseado no apoio para tomalas”* (FX 3.º). Deste xeito, implantouse que a perda do dereito de sufraxio non sexa unha consecuencia automática da incapacitación.

Baixo esta premisa e con apoio na normativa consagrada na LOREX, os procesos xudiciais de incapacidade deben pronunciarse expresamente acerca do dereito de sufraxio para a persoa con discapacidade (FX 2.º da STS 181/2016, do 16 de marzo, e FX 10.º da STS 341/2014, do 1 de xuño) e poden finalizar co que o propio Tribunal Supremo cualificou como un *“traxe á medida”* para a persoa con discapacidade (FX 3.º da STS 373/2016, do 3 de xuño), é dicir, unha incapacidade parcial, requirindo a intervención dun curador pero reservando dereitos á persoa con discapacidade como o de sufraxio⁵. Iso evita unha disfunción na aplicación da Convención de Nova York, como sería a anulación de dereitos políticos, sociais ou de calquera outra índole recoñecidos na propia convención. Neste sentido, a xurisprudencia analizou se a decisión de privación do dereito de sufraxio activo é compatible coa convención, sinalando que a resposta debe ser positiva sempre que:

1.º) se teñan en conta as circunstancias particulares e intereses concorrentes;

2.º) se evite “*todo automatismo, incompatible cos dereitos fundamentais en xogo, para calibrar a necesidade dunha medida dirixida a protexer os intereses do incapaz e o propio interese xeral de que a participación electoral se realice de forma libre e cun nivel de coñecemento mínimo respecto do feito de votar e da decisión adoptada*” (FX 2.º da STS 1163/2016, do 16 de marzo).

Ao xuíz correspóndelle diferenciar entre dúas situacións: unha, cando a persoa non pode rexerse por si mesma, nin administrar o seu patrimonio; e outra, que estea impedida para o seu exercicio de forma correcta, co fin de pronunciarse se é conveniente negar o exercicio dun dereito fundamental, sempre seguindo un criterio restritivo na decisión de incapacitación en virtude das limitacións de dereitos que iso leva consigo (FX 10.º da STS 341/2014, do 1 de xuño). E iso porque, como recoñeceu o Tribunal Supremo, a autonomía e a independencia das persoas con discapacidade son de grande importancia, e só potenciando as súas habilidades se evita a morte social e legal destas persoas (FX 2.º da STS 421/2013, do 24 de xuño).

A toda sentenza a persegue unha obriga de motivación, exixencia que se ve reforzada cando se pretende a privación de dereitos fundamentais, como o de sufraxio. A ausencia de xustificación ou razoamento da sentenza na restrición deste dereito deu lugar a numerosos pronunciamentos que revogan a decisión de privación do dereito de sufraxio, aínda que existen algunhas excepcións⁶.

No proceso de incapacitación, o xuíz debe adoptar medidas proporcionais avaladas polas probas practicadas. Así, os informes periciais médicos da persoa que se pretenda incapacitar e o interrogatorio da persoa con discapacidade son probas esenciais neste proceso e determinantes del. Neste sentido, o artigo 322 do Código civil recoñece a presunción de capacidade da persoa maior de idade, que só desaparece cando se proba a concorrencia dunha enfermidade persistente que permita inferir que a persoa non pode rexer a súa persoa e os seus bens como unha persoa media. Só esta situación é a que determina a instauración dos apoios personalizados e efectivos no seu beneficio para protexer a súa personalidade, como se afirma na STS 421/2013, do 24 de xuño (FX 2.º)⁷.

O tratamento xurisprudencial da cuestión foi incisivo nestes aspectos, con invocación directa de tratados internacionais. Así, o Tribunal Supremo invocou o artigo 29 da Convención de Nova York antes transcrito⁸ (STS n. 421/2013, do 24 de xuño; STS n. 341/2014, do 1 xuño; STS 181/2016, do 17 de marzo, e STS n. 373/2016, do 3 de xuño). A nivel europeo, ditáronse igualmente algunhas sentenzas transcendentales do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos. Así, a STEDH do 20 de maio de 2010, *Caso Alajos Kiss contra Hungría*; STEDH do 21 de outubro de 2014, *Caso Harmati contra Hungría*, e STEDH do 23 de setembro de 2014, *Caso Gajcsi contra Hungría*.

O *Caso Alajos Kiss contra Hungría* foi resolto polo tribunal observando os seguintes elementos: obxecto lexítimo e proporcionalidade. Este último elemento é o que determina a sentenza. O tribunal considera que, aínda que o poder legislativo nacional ten marxe de apreciación na determinación das restricións do dereito de voto, esa mesma marxe non é global. Na restrición de dereitos fundamentais dun colectivo vulnerable da sociedade que xa foi discriminado no pasado, como son as persoas con discapacidade, a marxe de apreciación do Estado é máis estreita e, polo tanto, a restrición do dereito deberá fundarse en razóns de peso. Isto xustifícase a teor dos prexuízos que sufriron as persoas con discapacidade, os mesmos que lles ocasionou unha exclusión social. Estes mesmos prexuízos son os que poden estereotipar a lexislación, prohibin-

do que as capacidades e necesidades sexan correctamente avaliadas de forma individual. No seu FX 4.º de STEDH do 20 de maio de 2010, o tribunal di:

“O tribunal conclúe polo tanto que unha eliminación indiscriminada do dereito de voto, sen unha avaliación xudicial individual e exclusivamente baseada na discapacidade mental que precisa unha tutela parcial, non pode considerarse compatible coas bases lexítimas para restrinxir o dereito de voto”.

3.1 A cuestión controvertida da observancia dos coñecementos políticos nos procesos de incapacitación

Á hora de determinar acerca da procedencia ou non da privación do dereito de sufraxio, son diversas as sentenzas que fan referencia á necesidade de observar os coñecementos políticos da persoa afectada.

Así, a SAP de Burgos n. 103/2015, do 27 de marzo, e a STS n. 181/2016, do 17 de marzo, entre outras, xustifican a restrición do dereito de voto valorando o descoñecemento dos partidos políticos por parte da persoa incapaz.

En diferente sentido, a SAP de Cidade Real n. 257/2012, do 24 de outubro, ditaminou que non procedía xustificar a privación deste dereito no *“descoñecemento completo do sistema político español”*, considerando o tribunal que o esencial é a capacidade de optar sen influencias externas no proceso electoral. Neste mesmo sentido, a SAP de Barcelona n. 183/2014 afirma que *“non se pode xustificar unha limitación dese dereito con base en xuízos sobre o descoñecemento, por parte do presunto incapaz, das opcións políticas ou por criterios sobre a irrazonabilidade na elección das opcións”*.

A SAP de Valencia n. 304/2014, do 12 de maio, valora positivamente un inusitado interese polo devir político e revoga a sentenza de instancia no sentido de non privar do dereito de sufraxio, todo iso malia que o informe forense recollía que a persoa non era coñecedora da transcendencia do dereito de sufraxio. En similares liñas pronúnciase o maxistrado Sr. Luis Blánquez Pérez no seu voto particular á SAP de Guipúscoa n. 250/2010, do 19 de outubro.

O Auto do Tribunal Constitucional n. 196/2016, do 28 de novembro, sinala que a posesión destes coñecementos é un dato, entre outros, que se utiliza de forma razoable para recoñecer as facultades mentais (FX 4.º). Non obstante, esta posición é criticada pola maxistrada D.ª Adela Asua Batarrita no seu voto particular formulado ao auto, afirmando que a privación deste dereito pola mera carencia de determinado nivel de coñecementos políticos supón a imposición dun obstáculo á participación efectiva e plena das persoas con discapacidade na esfera política e pública. A maxistrada razoa que o exercicio de voto non está ligado a un nivel de coñecementos ou competencias, senón á condición de cidadán.

Non existe, pois, unha única liña interpretativa acerca da valoración dos coñecementos políticos do incapaz, aínda que foron habituais as sentenzas que, escusándose no único motivo de ausencia de tales coñecementos, decidiron a favor da incapacitación total.

4 A PROBLEMÁTICA DA DISCAPACIDADE NO EXERCICIO DO DEREITO DE SUFRAXIO

Como se adiantou ao inicio deste traballo, un gran número de persoas con discapacidades moi heteroxéneas teñen graves dificultades para exercer o seu dereito de voto, ben sexa pola

súa propia discapacidade ou inseguridade, ou ben sexa pola ausencia de axustes razoables e/ou de accesibilidade no colexio electoral. Todo iso repercute nas condicións básicas constitucionais do sufraxio: universal, libre, igual, directo e secreto (Gálvez Muñoz e Rubio Lara, 2007: 98).

En primeiro lugar, en relación coa accesibilidade, e malia ser certo que a regulación española avala a accesibilidade dos colexios electorais co fin de que persoas con limitacións de mobilidade poidan votar, hai que ter en conta que os colexios electorais non son edificios de nova construción, senón que a súa elección vén determinada polas delegacións provinciais da Oficina do Censo Electoral, elección que non sempre considera a óptima accesibilidade do edificio. Os problemas de accesibilidade permanecen e seguen sendo frecuentes. A pesar de que hai determinadas medidas administrativas e elementos estendidos, como as ramplas para as cadeiras de rodas, existen outros que poderían ser beneficiosos para todos os electores se se atende a un “deseño para todos”. Un exemplo: a implantación de cabinas con maiores dimensións traduciríase en comodidade para todos os electores sen ter en conta as súas disfuncionalidades físicas.

En segundo lugar, a problemática da accesibilidade das papeletas de votación tan só foi resolta para as persoas con discapacidade visual, mediante a modificación da LOREX que tivo lugar no ano 2011. Esta modificación supuxo un avance, pero non é suficiente nin sequera para as propias persoas beneficiarias, pois conséguese un sistema accesible pero que leva consigo unha tramitación pouco áxil, implicando un descenso das solicitudes do *kit* de voto en braille nos últimos anos.

En terceiro lugar, cabe facer referencia ás persoas que por impedimentos físicos de grande envergadura non poden acudir ao colexio electoral. Elas requiren a axuda doutra persoa (un representante) para solicitar certificación no censo e/ou recoller a documentación electoral para acceder ao seu dereito de participación política. A única garantía prevista do dereito para este suposto é que o “apoderado” debe acreditar a enfermidade ou incapacidade impeditiva para a solicitude do voto, así como a representación que posúe. Sobra dicir que esta garantía devén insuficiente, pois deixa aberta a posibilidade de que o representante se aproveite da súa condición e emita o voto no seu lugar (Gálvez Muñoz e Rubio Lara, 2007: 107 e ss.).

Dito isto, en cuarto lugar, en moitas outras ocasións sucede que as persoas con graves discapacidades físicas requiren da asistencia dun terceiro para exercer o seu dereito, coas consecuencias que iso leva consigo. Nesta situación a axuda vén dada, na súa maioría, polos familiares e, polo tanto, esta persoa de confianza irremediabilmente coñece o voto ou a simpatía da persoa con discapacidade por un determinado partido político. Iso permite dicir que a garantía do segredo de voto é quebrantada, igual que a personalidade do voto, o cal ten outras implicacións negativas que a continuación se comentarán.

A ausencia de axustes razoables ou medidas de discriminación positiva suficientes ou eficientes no sistema de votación para as persoas con graves discapacidades implica, en definitiva, aumentar o sentimento de desigualdade, que en ocasións provoca o desánimo ou o desinterese en votar. Colateralmente, as actuais medidas ou axustes para que as persoas con discapacidade exerzan o dereito de sufraxio, por insuficientes ou inadecuadas, implican unha perda das garantías estreitamente relacionadas co propio dereito, como son a personalidade do dereito, o carácter secreto do voto e o dereito á intimidade no exercicio do dereito de sufraxio, especialmente naqueles casos en que a persoa con discapacidade necesita do auxilio dun terceiro para exercer o dereito.

Aínda que se formularon numerosos problemas, tamén son diversas as solucións, que pasan, esencialmente, pola implantación dun deseño para todos, a incorporación das novas tecnoloxías para o acto de votar con adaptacións propias para cada tipo de discapacidade e a oferta dun grupo de asistentes especializado para o día das eleccións co fin de que as persoas con graves discapacidades non necesiten da axuda da súa persoa de confianza no colexio electoral que poida condicionar o seu voto.

Á vista do exposto, poderían sinalarse catro tipos de voto: o “ordinario”, para persoas con problemas de desprazamento; o “asistido”, para as persoas que non poden votar por si mesmas; o “accesible”, para persoas con discapacidade visual; e o “a distancia”, para persoas que non se poden desprazar (Gálvez Muñoz e Rubio Lara, 2007: 99).

Por último e en referencia ao dereito de sufraxio pasivo, o panorama político actual non ofrece moitas candidaturas cunha presenza de persoas con discapacidade, o que se fai formular se son necesarias medidas de discriminación positiva. Neste sentido, sería unha medida axeitada ofrecer incentivos económicos á promoción das persoas con discapacidade na vida política ou, como se fai nas ofertas de emprego público, establecer unha porcentaxe de reserva de prazas que favorezan a inclusión (Martínez Pujalte, 2013: 107 e ss.)⁹.

4.1 Inquietudes ante a actual regulación do dereito de sufraxio das persoas con discapacidade

Diversos sectores pronunciáronse sobre as inquietudes que a actual regulación de discapacidade en España lles ocasiona.

Neste sentido, o Comité sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade das Nacións Unidas, en sesións que tiveron lugar nas datas comprendidas entre o 19 e o 23 de setembro de 2011, fixo observacións acerca do informe presentado por España, preocupándose seriamente pola restrición do dereito de voto das persoas con discapacidade intelectual ou psicosocial, nos casos de que proceda a súa incapacidade ou do seu internamento nunha institución, e recomenda a revisión da lexislación para que a) as persoas con discapacidade teñan dereito a votar e participar na vida pública en condicións de igualdade que o resto de persoas, con independencia da súa deficiencia, e b) que as persoas con discapacidade que desempeñen un cargo político teñan asistencia persoal se a necesitan.

A Fiscalía Xeral do Estado entende que a privación de voto é excepcional, de modo que só pode afectar ás persoas que non teñan ningunha capacidade de decisión nos seus asuntos persoais, pois, no caso contrario, se estaría a permitir abertamente a manipulación destes votos, caso en que a “restrición” do dereito non sería tal, pois trataríase dunha constatación que se xustifica pola propia finalidade e natureza do dereito (Martínez Pujalte, 2013: 89). Noutras palabras, as persoas con discapacidade deberían ter o dito dereito con independencia da súa deterioración cognitiva, sempre que teñan algo de capacidade, pois iso respecta a dignidade da persoa recoñecida no artigo 10 da Constitución e, como ben sinala a xurisprudencia, hai que ter en conta que a limitación afecta ao libre desenvolvemento da personalidade.

A Recomendación do Defensor do Pobo do 30 de xuño de 2016, en resposta á queixa n. 16008346, resolveu que se debería promover a reforma do artigo terceiro da LOREX, co fin de reforzarse o dereito de sufraxio de persoas con discapacidade no sistema electoral, restrinxíndose o dereito de voto só nos supostos de plena inconsciencia ou falta de coñecemento da persoa con discapacidade. As recomendacións do Comité sobre os Dereitos das Persoas con Discapa-

cidade, a doutrina da Fiscalía Xeral do Estado e a contradición entre a LOREX e a Constitución española (Martínez Pujalte, 2013: 87 e ss.) foron determinantes nesta decisión.

Por último, o último recurso interposto ante o Tribunal Constitucional co fin de que se puidese determinar a actual problemática do dereito de sufraxio en persoas con discapacidade intelectual foi desestimado mediante o Auto n. 196/2016, do 28 de novembro. Non obstante, a Ilma. Maxistrada D.^a Adela Asua Batarrita formula voto particular mostrando a súa discrepancia co auto e pon de relevo os seguintes extremos:

i) Recorda que o dereito do artigo 23 CE, en relación coas persoas con discapacidade, está directamente conectado cos artigos 9.2, 14 e 49 da Constitución española.

ii) Afirma que o artigo 49 da CE *“non se cohonesta co contido do artigo 3.1 b) da LOREX”*.

iii) Rebate a seguinte afirmación da Sala do Tribunal: *“o modelo constitucional de sufraxio universal non é per se incompatible coa privación singularizada deste dereito, por causa legalmente prevista, sobre todo cando a dita privación está revestida da garantía xudicial”*, porque o deber do lexislador é o de respectar o contido do dereito constitucional.

iv) Examina que o artigo 29 –*Participación na vida política e pública*– da Convención sobre os dereitos das persoas con discapacidade é incompatible co artigo 3 da LOREX, xa que este último fundamenta o impedimento para o exercicio de sufraxio na propia discapacidade.

v) Critica que o artigo 3 da LOREX se aplique de forma automática sen establecer criterios, razóns ou elementos esenciais orientativos para facilitar o exercicio do dereito; polo tanto, sepárase das exigencias constitucionais dos artigos 23, 9.2 e 49 da CE.

vi) Considera que o conveniente para o caso de autos, onde o que se recorre é a privación do dereito de sufraxio dunha persoa con discapacidade, é proceder á ponderación ou xuízo de proporcionalidade co fin de concluír se se vulneraba o artigo 23.1 en relación co artigo 14 da norma suprema.

5 CONCLUSIÓNS

Á vista de todo o descrito anteriormente, é patente que o artigo 3.1 da LOREX pode lesionar o artigo 23.1 da Constitución española, que recoñece o dereito cidadán de participación nos asuntos públicos. En conformidade coa Constitución, só podería excluírse a posibilidade de emitir o voto exclusivamente aos que efectivamente carecen desa posibilidade de feito, co fin único de evitar a manipulación do voto, pois nese caso serían outros os que decidirían por eles. O problema da formulación actual é a ausencia de explicación das condicións en que se produce a exclusión do dereito (Martínez Pujalte, 2013: 90). A isto pódese engadir, no ámbito de exercicio dos dereitos políticos, a ausencia de cambio do modelo de substitución por un modelo de apoio na toma de decisión.

Se se afonda na idea de dereito de voto, este é un dereito ligado a condición de persoa e non a un determinado nivel de coñecementos (Martínez Pujalte, 2014: 18). Entón, que sentido ten privar do dereito de sufraxio unha persoa con discapacidade por non ter determinados coñecementos dos partidos políticos?; non é certo que son maioría as persoas sen discapacidade que acoden a votar sen coñecer ou coñecendo escasamente o programa electoral do partido ao que vota? Verdadeiramente, é absurdo que un sector xurisprudencial valore un determinado nivel de coñecementos para decidir acerca do dereito de participar na vida colectiva cando este

dereito non está ligado ás competencias da persoa, senón á súa condición de cidadán e ao seu dereito a participar nas decisións políticas (Martínez Pujalte, 2013: 89).

Neste sentido, quedemos coas palabras do TEDH no *Caso Hirst contra Reino Unido*, do 6 de outubro de 2005, acerca da esencialidade do dereito de sufraxio para soste unha democracia digna, efectiva e rexida polo principio de legalidade que debe velar pola inclusión.

En conclusión, malia os cambios na realidade social e as reivindicacións dos distintos sectores xurisprudenciais e doutriniais a favor da non privación do dereito de sufraxio ás persoas con discapacidade por motivo desta condición, a normativa legal e a maioría de xurisprudencia continúa avalando un concepto médico da discapacidade. Iso preocupa a órganos, entidades internacionais e especialmente ás propias persoas afectadas pola privación do seu dereito. Así mesmo, a ausencia dunha normativa que asegure o paso definitivo para que a restrición deste dereito sexa algo excepcional (para aqueles casos en que se probase que a persoa estará privada de toda razón no momento da votación ou que iso os prexudica) e non a regra (doutrina avalada por sentenzas e sectores xa mencionados) provoca o atraso dunha regulación máis próxima coas necesidades das persoas con discapacidade, que expanda un deseño para todos e medidas de discriminación positiva, que equilibre a súa actual desigualdade á hora de votar e participar na vida pública. Unha solución idónea a este conflito requiriría o seguinte:

1.º) Unha reforma da LOREX consistente en substituír os apartados b e c do seu artigo 3, establecendo que carecen de dereito de sufraxio, de forma excepcional, os que teñan afectada toda capacidade de decisión incluída a necesaria para poder votar, coa exigencia de que iso sexa expresamente declarado en sentenza xudicial firme tras un proceso xudicial.

2.º) A aprobación dun texto normativo que desenvolva en sentido máis extenso esta epígrafe, especificándose os criterios de avaliación da capacidade de votar en persoas con discapacidade (podendo ser os coñecementos políticos un dos posibles factores a valorar entre outros, pero sen ser o factor determinante), as condicións nas que procede a restrición deste dereito (evitándose que un mantemento do dereito voto a todas as persoas abra a porta á súa manipulación), que recolla o deber reforzado de motivación das sentenzas nos procesos que finalicen coa restrición do dereito de sufraxio e que garanta actuar sen barreiras da persoa con discapacidade.

3.º) A aprobación dun texto normativo que, tendo en conta as necesidades das distintas persoas con discapacidade á hora de exercer o seu dereito de sufraxio, estableza as medidas materiais, humanas e sociais que promovan a súa participación. Algunhas destas medidas poderían ser a implantación de cabinas de votación máis grandes para todos os electores, que os colexios electorais se sitúen en edificios absolutamente accesibles, que se cre un equipo de especialistas que asistan as persoas con discapacidade que o necesiten, a posta en marcha de medidas que eviten a influencia de familiares e coñecidos nas persoas con discapacidade cando estean a votar, fomentar a diversidade funcional nos propios carteis electorais que promoven a participación cidadá, etc.

6 BIBLIOGRAFÍA

- Biel Portero, I. 2011. *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch (Monografías, 751).
- Cuenca Gómez, P. (ed.), Aragón Gómez, C. et al. 2010. *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson.
- Cuenca Gómez, P. 2012. *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*. Alcalá: Universidad de Alcalá (Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, 7).
- Fernández Liesa, C.R. (ed.) 2007. *La Protección Internacional de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. BOE (Colección Monografías, 53).

- Gálvez Muñoz, L.A. e Rubio Lara, P.A. 2007. «El régimen de votación de las Personas Especialmente Vulnerables y sus Garantías, en particular la Penal», *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, 25, 97-131. <http://revistas.um.es/analesderecho/issue/view/5941> (31-10-2016).
- Gálvez Muñoz, L. 2008. «Sufragio y Discapacidad. Notas sobre el régimen de votación de las personas discapacitadas», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 142, 201-230. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/45113/0> (21-04-2017).
- Gálvez Muñoz, L. 2009. *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables. Teoría, crítica y práctica*, 1ª ed. Murcia: Universidad de Murcia. Tirant monografías.
- Genzenmuller Roig, C. 2010. «Modificación de la capacidad en el ámbito personal. Aspectos contradictorios entre la tutela, curatela y un sistema de apoyos flexibles», *Criterios interpretativos en materia de modificación de la capacidad y medidas de apoyo*. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Justicia-y-Discapacidad/Cursos/Ano-2010--Criterios-interpretativos-en-materia-de-modificacion-de-la-capacidad-y-medidas-de-apoyo> (31-10-2016).
- Martínez Pujalte, A.L. 2014. «Discapacidad y Derechos Fundamentales», *Ciudadanía y Valores-Fundación*. http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1392985246_170114_texto_ponencia_oficial.pdf (31-10-2016).
- Martínez Pujalte, A.L. 2015. *Derechos Fundamentales y Discapacidad*, 1ª ed. Madrid: Grupo Editorial Cinca. http://www.convenciondiscapacidad.es/ColeccionONU_new/14.pdf (31-10-2016).
- Salazar Benítez, O. 1999. *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*. Granada: Comares (Crítica del Derecho).
- Sánchez Navarro, A.J. 1998. *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Cuadernos y debates, 76).
- Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior 2003. *Colectivos en Dificultades para el ejercicio del derecho de sufragio*. Madrid: Dykinson S.L. (Colección de Estudios Electorales II).

7 APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- STEDH do 30 de marzo de 2004. Caso Hirst contra o Reino Unido.
- STEDH do 20 de maio de 2010. Caso Alajos Kiss contra Hungría.
- STEDH do 21 de outubro de 2014. Caso Harmati contra Hungría.
- STEDH do 23 de setembro de 2014. Caso Gajcsi contra Hungría.

- STC n. 12/2008, do 29 de xaneiro.
- Auto TC n. 196/2016, do 28 de novembro.

- STS n. 421/2013, do 24 de xuño.
- STS n. 341/2014, do 1 de xuño.
- STS n. 181/2016, do 17 de marzo.
- STS n. 373/2016, do 3 de xuño.

- SAP de Zaragoza n. 569/2010, do 30 de setembro.

- SAP de Guipúscoa n. 250/2010, do 19 de outubro.
- SAP de Cidade Real n. 257/2012, do 24 de outubro.
- SAP de Barcelona n. 183/2014, do 13 de marzo.
- SAP de Valencia n. 304/2014, do 12 de maio.
- SAP de Barcelona n. 742/2014, do 10 de novembro.
- SAP de Barcelona n. 165/2015, do 5 de marzo.
- SAP de Barcelona n. 194/2015, do 18 de marzo.
- SAP de Burgos n. 103/2015, de 27 marzo.

NOTAS

- 1 *Vid. a Declaración Americana de Dereitos e Deberes do Home*, aprobada pola IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá o 2 de maio de 1948; a *Declaración Universal de Dereitos Humanos*, adoptada pola Resolución da Asemblea Xeral das Nacións Unidas n. 217 A (iii), o 10 de decembro de 1948; o *Protocolo Adicional ao Convenio para a Protección dos Dereitos Humanos e Liberdades Fundamentais*, feito en París o 20 de marzo de 1952; o “*Tratado de Funcionamento da Unión Europea*”, feito en Roma o 25 de marzo de 1957; o *Pacto Internacional de Dereitos Cívís e Políticos*, ratificado pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas na súa resolución 2200 A (XXI), do 16 de decembro de 1966; a *Declaración dos Dereitos do Atrasado Mental*, proclamada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas na súa resolución 2856 (XXVI), do 20 de decembro de 1971; a *Declaración dos dereitos dos impedidos*, proclamada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas na súa resolución 3227 (xxx), do 9 de decembro de 1975; o *Programa de Acción Mundial para persoas con discapacidade*, aprobado pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas o 3 de decembro de 1982 na súa resolución 37/52; o *Protocolo adicional á Convención Americana sobre dereitos humanos en materia de dereitos económicos, sociais e culturais*, aprobado pola Asemblea Xeral o 17 de novembro de 1988; a *Declaración de Cartaxena de Indias sobre Políticas Integrais para as persoas con discapacidade na área iberoamericana*, adoptada na Conferencia Intergubernamental Iberoamericana sobre Políticas para as persoas anciás e persoas discapacitadas celebrada en Colombia os días 27 e 30 de outubro de 1992; a *Resolución sobre a situación das persoas con discapacidade no Continente Americano*, aprobada pola Asemblea Xeral da OEA en 1993; as *Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as Persoas con discapacidade*, aprobada pola Organización das Nacións Unidas o 20 de decembro de 1993; a *Declaración e Programa de Acción de Viena*, aprobada na Conferencia Mundial de Dereitos Humanos o 25 de xuño de 1993; a *Resolución sobre a Situación dos Discapacitados no Continente Americano*, adoptada pola OEA en 1995; a *Resolución Ag/Res 1369 Compromiso de Panamá coas Persoas con Discapacidade no Continente Americano*, adoptada pola OEA no ano 1996; a *Recomendación n. R (99) 4 do Comité de Ministros dos Estados Membros do Consello de Europa sobre os principios referentes á protección xurídica dos maiores incapacitados*, adoptada o 23 de febreiro de 1999; a *Convención Interamericana para a Eliminación de todas as formas de Discriminación contra as Persoas con Discapacidade*, aprobada pola OEA en 1999; a *Carta dos Dereitos Fundamentais na Unión Europea* do 18 de decembro de 2000; a *Opinión n. 190/2002 da Comisión Europea para a Democracia polo Dereito (Comisión de Venecia) sobre o Código de Boas Prácticas en Asuntos Electorais*; a *Recomendación R (2006) 5 do Comité de Ministros dos Estados Membros do Consello de Europa sobre o Plan de Acción do Consello de Europa para a promoción dos dereitos e a plena participación das persoas con discapacidade na sociedade: mellorar a calidade de vida das persoas con discapacidades en Europa 2006-2015*, adoptada o 5 de abril de 2006; a *Convención Internacional sobre os dereitos das persoas con discapacidade*, aprobada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas o 13 de decembro de 2006 en Nova York.
- 2 Polo demais, como sostén Martínez Pujalte (2013: 87) “*é (...) absolutamente infrecuente que a autorización xudicial para o internamento non voluntario por razón de trastorno psíquico (...) inclúa disposición ningunha sobre o dereito de sufraxio, máxime cando tal medida se aplica normalmente a persoas que foron obxecto—ou van a selo, pois o promoverá o Ministerio Fiscal— dun proceso de modificación da capacidade*”.
- 3 Xunto a estes preceptos, téñanse en conta os artigos 72, 73, 87, 91 e 93, que ofrecen medidas para favorecer o voto das persoas especialmente vulnerables.
- 4 *Vid. artigos 31 e 41.*
- 5 Aínda que é certo que algunhas discapacidades restrinxen enormemente o autogoberno, o proceso de incapacitación é exclusivamente no propio interese da persoa con discapacidade e, polo tanto, neste adóptanse as medidas máis favorables no seu interese
- 6 No primeiro sentido, declarando ausencia de motivación, *vid.* a SAP de Barcelona n. 742/2014, do 10 de novembro; a SAP de Barcelona 165/2015, do 5 de marzo; a SAP de Barcelona n. 194/2015, do 18 de marzo, a STS n. 341/2014, do 1 xuño; a STS n. 373/2016, do 3 de xuño. Pola contra, outras sentenzas manteñen a privación do dereito de sufraxio cun escaso razoamento, como é o caso da SAP de Zaragoza n. 569/2010, do 30 de setembro.
- 7 Ao respecto, sinala Ganzenmuller Roig (2010: 18), tomando como referencia a sentenza do Xulgado de Primeira Instancia n. 15 de Las Palmas de Gran Canaria do 27/04/2010, ditada en autos de incapacidade n. 678/08, que só nos casos en que se acredite no marco dun proceso xudicial unha especial incapacidade da persoa para elixir unha opción ou manifestar a súa vontade sobre as ofertas electorais (tendo en conta a formación cultural da persoa) se restrinxirá o dereito de sufraxio.
- 8 *Artigo 29. Participación na vida política e pública:*
Os Estados partes garantiránlles ás persoas con discapacidade os dereitos políticos e a posibilidade de gozar deles en igualdade de condicións coas demais, e comprometeranse a:
a) asegurar que as persoas con discapacidade poidan participar plena e efectivamente na vida política e pública en igualdade de condicións coas demais, directamente ou a través de representantes libremente elixidos, incluído o dereito e a posibilidade das persoas con discapacidade de votar e ser elixidas...
- 9 Esta medida podería ter detractores, á vista do exposto no antecedente 10 a) e FX 5.º da STC n. 12/2008, do 29 de xaneiro.

De Al Qaeda a Daesh: Siria como escenario da loita pola hexemonía do novo xihadismo global

De Al Qaeda a Daesh: Siria como escenario de la lucha por la hegemonía del nuevo yihadismo global

From Al Qaeda to Daesh: Syria as Scene of the Struggle for the Hegemony of the New Global Jihadism

NOUR AL-HUSSEN VILLA

Politóloga

Máster de Estudos Internacionais

Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)

alhussen.villa@gmail.com

Recibido: 21/03/2017 | Aceptado: 30/05/2017

Resumo: O conflito sirio materializou a evolución do que se entende por “xihadismo global” desde 1988. O pulso polo equilibrio rexional e a loita de intereses entre múltiples potencias facilitou a diversificación dos bandos belixerantes e a aparición dunha insurxencia xihadista. Lonxe de ser monolítica, esta amosa claras diferenzas en canto a medios e obxectivos a medio e longo prazo. Mentres que Al Qaeda perde a súa hexemonía, capacidade de conquista territorial e coordinación, Daesh foi capaz de establecer un protoestado co fin de lexitimarse, controlar socialmente a poboación e alcanzar unha autonomía financeira.
Palabras clave: xihadismo global, Al Qaeda, AQI, Daesh, Al Nusra, Siria.

Resumen: El conflicto sirio ha materializado la evolución de lo que se entiende por “yihadismo global” desde 1988. El pulso por el equilibrio regional y la lucha de intereses entre múltiples potencias ha facilitado la diversificación de los bandos beligerantes y la aparición de una insurgencia yihadista. Lejos de ser monolítica, ésta muestra claras diferencias en cuanto a medios y objetivos a medio y largo plazo. Mientras que Al Qaeda pierde su hegemonía, capacidad de conquista territorial y coordinación, Daesh ha sido capaz de establecer un protoestado con el fin de legitimarse, controlar socialmente a la población y alcanzar una autonomía financiera.
Palabras clave: yihadismo global, Al Qaeda, AQI, Daesh, Al Nusra, Siria.

Abstract: The Syrian conflict has materialised the evolution of what was meant by “global jihadism” since 1988. The power struggle for the regional balance and the clashes of interests between states on the ground has facilitated the diversification of belligerent parties and the emergence of a jihadist insurgency that far from being monolithic shows clear differences in terms of resources and mid-term and long-term objectives. While Al Qaeda is losing its hegemony, Daesh has been able to establish a shell-state in order to legitimize itself as a state, impose a social control and achieve a financial autonomy.

Key words: global jihadism, Al Qaeda, AQI, Daesh, Al Nusra, Syria.



Sumario: 1 Introducción. 2 A relación entre Al Qaeda e Daesh: converxencia e fragmentación. 2.1 A orixe de Al Qaeda. 2.2 A orixe de Daesh e a súa vinculación con Al Qaeda. 2.3 O xurdimento de Al Nusra. 2.4 O secuestro da revolución siria. 3 Similitudes e diferenzas en medios e obxectivos. 4 Conclusións. 5 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

O impacto da globalización na tecnoloxía e a inmediatez que leva consigo obríganos a reformularnos certos conceptos. Estes son asumidos con convicción a pesar da existencia dun debate sen fin arredor deles. Este efecto non é soamente material, senón tamén psicolóxico. Un exemplo diso podémolo atopar no alento de posturas impulsadas pola autodestrución e a violencia, que en ocasións son xustificadas baseándose na relixión ou no retorno ao pasado. Se combinamos ambas as dúas, obtemos unha explicación razoable da orixe de novos actores internacionais. Destes mesmos ata agora só coñecemos a súa versión precedente; non obstante, as súas características móstranse obsoletas ante o contexto posmoderno da nosa actual perspectiva.

Certamente “un dos efectos inesperados da Primavera Árabe foi o rebrote do movemento xihadista transnacional, que atravesaba horas baixas tras as campañas contra Al Qaeda desatadas polos Estados Unidos despois dos atentados do 11 de setembro de 2011”¹. O caso máis salientable é o de Siria, onde a revolución iniciada en marzo de 2011 derivou nun conflito secular e na aparición de grupos salafistas-xihadistas como a antiga Fronte Al Nusra (filial siria de Al Qaeda) ou Daesh.

O obxectivo deste artigo é realizar unha revisión da orixe e a evolución de cada organización mencionada. Tamén ten como fin sinalar a similitude entre os seus obxectivos e a diferenza dos medios utilizados para a súa consecución. Así mesmo, preséntase unha contextualización do inicio do conflito sirio e, posteriormente, indícanse os factores que facilitaron a consolidación de ambos os dous grupos. É erróneo afirmar que os dous xurdiron dentro do conflito sirio; máis ben, o contexto propiciou a súa escisión. Ademais, a dinámica e a complexidade da contenda impulsounos a evolucionar cara a unha forma alternativa ao “xihadismo global”² como ata agora o entendiamos.

Para a realización deste artigo baseeime tanto na revisión de fontes bibliográficas (libros, documentos de traballo e informes) como nas miñas publicacións anteriores centradas na transformación administrativa e social da cidade de Raqqa, erroneamente coñecida como a capital do Estado Islámico³.

2 A RELACIÓN ENTRE AL QAEDA E DAESH: CONVERXENCIA E FRAGMENTACIÓN

2.1 A orixe de Al Qaeda

Antes do comezo da guerra en Siria, falar de xihad global e terrorismo xihadista era sinónimo de falar de Al Qaeda. Non obstante, o conflito desenvolveu un escenario diverso en canto á insurxencia xihadista, rematando así coa hexemonía da organización que durante décadas se proclamou como a “multinacional do terrorismo”.

Este cualificativo débese a que, para falar de Al Qaeda, debemos diferenciar dúas dimensións referentes á súa estrutura e, por conseguinte, ao seu ámbito de actuación. En primeiro lugar,

podemos sinalar unha primeira dimensión superior correspondente á organización central en si e o que se coñece como Al Qaeda Central (AQC). En segundo lugar, podemos facer referencia a outra dimensión inferior correspondente á súa estratexia de descentralización. Esta última comprende as súas ramas locais operativas en distintos países, como por exemplo Al Qaeda Península Arábica (AQPA), Al Qaeda no Magreb Islámico (AQMI), Al Qaeda na Terra dos dous Ríos (AQTR), que posteriormente se convertería en Estado Islámico en Iraq (EI), logo en Estado Islámico en Iraq e Levante (EIL) e finalmente dividiríase en Estado Islámico (Daesh) e a filial de Al Qaeda en Siria, o antigo Al Nusra. Ademais destas ramificacións, Al Qaeda conta con grupos asociados á súa matriz, que comparten as súas mesmas aspiracións de crear un califato islámico rexido pola xaria. Como exemplos de grupos asociados podemos mencionar a Al Shabab en Somalia, Boko Haram en Nixeria (que en 2015 xurara lealdade a Daesh) e o Emirato do Cáucaso ou Imerat Kavkaz.

A orixe de AQC ten lugar en 1988. Osama bin Laden, Zawahiri e Abudullah Azzam fundaron esta organización de base xihadista salafista. Esta ideoloxía é “unha variante do salafismo de acordo coa cal o concepto relixioso de xihad debe ser entendido exclusivamente na súa acepción belicosa; xustifica moral e utilitariamente a violencia terrorista co obxectivo último de instaurar un califato ou sorte de imperio panislámico de orientación fundamentalista”⁴.

A día de hoxe, podemos afirmar que os obxectivos de Al Qaeda xiran arredor de tres eixes fundamentais⁵:

a) Rematar coa presenza dos Estados Unidos en Oriente Medio, xa que desde un principio os EE. UU. presentáronse como o principal inimigo a combater, posto que representan a visión impura e pecadora da sociedade occidental. Ademais, a súa presenza militar tanto na península Arábica como en Afganistán e Iraq é interpretada como unha inxerencia externa na rexión. Dédúcese que o seu fin é saquear o patrimonio e perseguir e aniquilar os musulmáns directamente ou a través do apoio a países represivos cos musulmáns, como pode ser por exemplo Israel.

b) Por iso, Israel é outro inimigo a abater para Al Qaeda, dado que representa a ocupación colonial de Occidente e a apropiación ilegal da terra lexítima dos musulmáns. Así pois, Al Qaeda avoga por unha retórica antisemita e pola destrución total do Estado xudeu.

c) Do mesmo xeito que os anteriores obxectivos forman parte dun propósito xeral que é “a loita contra o inimigo afastado”, dentro da axenda de Al Qaeda inclúese tamén o obxectivo de loitar contra o “inimigo próximo”. Este tipo de inimigo engloba “os falsos musulmáns, os xiítas e aqueles sunnitas que apoiaban ou toleraban os réximes opresivos contra o islam por seren apóstatas”⁶. Neste obxectivo fíxose maior fincapé a partir da descentralización de Al Qaeda levada a cabo despois dos atentados do 11-S. Desta forma, as franquías rexionais cobrarían maior importancia. Dado o “acoso a que estaba sometida a matriz central, aumentou nas cada vez máis descentralizadas organizacións rexionais o interese polos obxectivos próximos, quedando a retórica dos ataques a Occidente como responsabilidade da dirección central”⁷.

2.2 A orixe de Daesh e a súa vinculación con Al Qaeda

O que coñecemos hoxe por Estado Islámico ou Daesh⁸ é o resultado dun proceso iniciado a finais da década dos noventa e cuxo impulsor é o xordano Abu Musab Al Zarqawi. En 1989 Zarqawi mantivera os seus primeiros contactos coa cúpula de Al Qaeda en Afganistán. Posteriormente, foi enviado a Europa e desde alí estableceu as células de Al Tawhid. Zarqawi estaría cinco anos en prisión pola súa actividade vinculada ao terrorismo para despois, no ano 1999, viaxar de

novo a Afganistán co fin de reatoparse con Osama bin Laden. Con desconfianza e receo, Osama bin Laden subministroulle apoio financeiro e loxístico para que o grupo de Jund Al Sham, a cargo do propio Al Zarqawi, comezase a súa actividade. Meses despois de se establecer, o grupo cambiou o seu nome a Yamaat Al Tawhid Wal Xihad, pero continuaba recibindo adestramento militar e utilizando instalacións de Al Qaeda en Afganistán.

Seguindo a biografía escrita polo xihadista Sayf Al Adal “Al Zarqawi tratou de construír desde o principio unha pequena sociedade, unha comunidade política que –segundo relata Al Adal– Al Zarqawi pretendía transplantar a Oriente Medio e en concreto a Irak”⁹. Así pois, tras os atentados do 11-S, Al Zarqawi trasladouse a Iraq, concretamente a unha provincia do Kurdistan iraquí denominada Sulaymaniya. Unha vez comezada a guerra en Iraq, Zarqawi empezou a ocupar un espazo dentro do movemento insurxente iraquí cometendo varios atentados. É en 2004 cando o xordano decide xurarlle fidelidade a Osama bin Laden. A adhesión formal de Tawhid Wal Xihad a Al Qaeda non supuxo máis que un acordo por necesidade e oportunismo. Por un lado “Al Qaeda quería ter presenza en Iraq e Al Zarqawi desexaba atraer voluntarios e financiamento, adoptando a marca máis valorada daquela nos ámbitos islamistas radicais”¹⁰. Xa consolidado como Al Qaeda en Iraq (AQI) –e tras cometer varios ataques sangrentos, entre eles o ataque á embaixada xordana en Bagdad ou o atentado contra a mesquita xiíta Imán Ali en Nayaf¹¹–, recibiu varias mensaxes de parte de AQC instándoo a que frease o nivel exaxerado de violencia perpetrada contra a poboación local.

Facendo caso omiso ás advertencias da cúpula, en 2006 AQI conseguiu formar, xunto a outros cinco grupos insurxentes, o Consello da Shura dos Muxahidin. Facíao despois de que a organización intuise a perda de confianza da poboación sunnita que estaba disposta –segundo o resultado do referendo constitucional celebrado o 15 de outubro de 2005– a chegar a un acordo coa maioría xiíta. Tras ser eliminado Zarqawi o 8 de xuño de 2006¹² nunha operación norteamericana ao norte de Bagdad, o Consello da Shura dos Muxahidin comezou a deseñar o proxecto de crear un suposto Estado Islámico.

Por iso, lonxe de pensar que o que coñecemos hoxe por Daesh é un produto espontáneo e recente, xerado e consolidado na guerra de Siria, debemos ter presente que a súa creación se remonta ao ano 2006 en Iraq. Segundo J. Jordán¹³, AQI, convertido en EII e liderado por Abu Omar Baghdadi, continuaría sen obter éxito por dúas razóns principais. En primeiro lugar, pola desconfianza que creaba o carácter foráneo dos combatentes, os cales procedían de distintos países, en especial de Arabia Saudita, para servir á organización. En segundo lugar, polo fanatismo, a violencia e a imposición de normas baseadas nunha interpretación interesada do Corán que imposibilitaba a vida cotiá dos iraquís.

A situación do EII mantívose crítica nos anos 2009 e 2010, perdendo de novo o seu líder. Este foi substituído por Abu Bakr Al Baghdadi, quen logrou o rexurdir da organización entre 2011 e 2013 grazas a varios factores. O primeiro deles é que o EII posuía a capacidade financeira de atraer combatentes a cambio dunha alta remuneración económica e, ademais, servíase do descontento cidadán e de grupos armados cara á mala xestión do goberno de Maliki. En segundo lugar, foi a campaña intensiva de atentados e de asaltos ás prisións que se converteran nun caldo de cultivo de radicalización. As prisións máis coñecidas (Abu Ghraib e Camp Bucca) acolleron entre as súas reixas o actual líder de Daesh, o autoproclamado califa Abu Bakr Al Baghdadi, o seu número dous Abu Muslim Al Turkmani¹⁴ e a Haji Bakr. Non obstante, non deixa de ser curioso que os postos de relevancia dentro da organización fosen ocupados non só por

ex-prisioneiros radicais, senón tamén por ex-oficiais de Saddam Hussein que se radicalizaron nas propias prisións ao entraren en contacto cos primeiros.

Pero que beneficios mutuos ofrecía ese contacto? Basicamente un intercambio de coñecementos e fortalezas. Por unha parte “os xihadistas aprenderon dos ex-baazistas habilidades de organización e disciplina militar. E estes, pola súa banda, atoparon un propósito nos militantes islamistas”¹⁵. Por último, o EI mellorara a súa coordinación e as súas tácticas de ataque, que combinaban técnicas de guerrilla con sofisticadas estratexias militares e, por suposto, ataques suicidas.

2.3 O xurdimento de Al Nusra

A ausencia de Al Qaeda en Siria ata 2012 é un aspecto interesante que cómpre destacar e revela en boa medida as dinámicas internas e a evolución de medios e obxectivos do grupo. Nun inicio, a antiga filial de Al Qaeda en Siria tomou o nome de Jabhat Al Nusra li Ahl Al Sham. Na súa orixe, no ano 2011, o grupo pretendía ser unha simple expedición enviada por Bagdad para explorar a situación no país veciño. A dita expedición estaba encabezada por Abu Muhamad Al Julani, quen, ao detectar factores favorables ao asentamento do grupo, conseguiu que outras formacións xihadistas locais emerxentes e outros como Khorasaan formasen parte da Fronte de Al Nusra¹⁶ e, desta forma, ocupar un lugar nas forzas opositoras ao réxime de Asad en Siria. O grupo declarou oficialmente a súa existencia no ano 2012, e nese mesmo ano “expandíronse as súas operacións en 11 das 13 provincias de Siria, incluídas partes de Aleppo, Raqqa, Deir el Zour, Daraa e Idlib”¹⁷.

En abril de 2013 e mediante un acto unilateral, Al Baghdadi proclamou a pertenza de Al Nusra á súa organización, que agora posuía o nome de Dawla Islamiya fi Al Iraq wa Al Sham¹⁸, é dicir, Estado Islámico en Iraq e Levante. Pola súa banda, Al Julani opúxose firmemente a esta unión, tendo que resolverse o conflito coa intervención de Ayma Zawahirin, ao sinalar que cada grupo debería actuar nun territorio (Al Nusra en Siria, e Estado Islámico en Iraq e Levante en Iraq) e, aínda que fosen independentes, deberían manter unha relación de cooperación e asistencia mutua. Al Baghdadi rexeitou esta decisión, xustificando ademais que esa solución lexitimaba indirectamente a imposición colonial de fronteiras, materializada no tratado de Sykes Picot en 1916. En definitiva, a día de hoxe podemos afirmar que “esta ruptura desatou unha pugna pola hexemonía no xihadismo global entre dúas organizacións que comparten no fundamental doutrina e fins pero discrepan en tácticas e en estratexia”¹⁹.

Segundo un ex-presos de Daesh, o núcleo fundador do que hoxe se coñece como antigo Al Nusra en Raqqa entrou en Siria no ano 2012 e estableceuse nunha aldea que non supera os 100 habitantes, próxima a Tal Abyad, denominada Beir Asheq. Entre este grupo fundador atopábanse Faisal Al-Blo, Abu Ali Sharei, Hadi Al-Akaal, Abu Ali Al Kajwan e Abu Loukman, na actualidade xefe *de facto* do aparato de seguridade de Daesh en Siria. Aínda así, nese momento foi elixido como emir do grupo, xa que, de acordo coa ideoloxía xihadista, todo grupo con características similares que exceda as tres persoas ten que estar rexido por un emir²⁰. Podemos afirmar que, en xeral, tanto dirixentes como combatentes de Al Nusra adoitan ser de nacionalidade siria e que, a diferenza de Daesh, “Al Nusra é un grupo netamente sirio que loita contra o réxime e mantén unha estreita relación co resto de milicias armadas, en particular co salafista Ahrar Al Sham, co que estableceu o Exército da Conquista”²¹.

O 20 de xullo de 2016, Al Julani anunciaba publicamente mediante un vídeo²² a separación de Al Nusra de Al Qaeda, aprobada previamente por Ayman Zawahiri, “co fin de preservar a xihad no país”. O grupo pasaría a denominarse Jabhat Fateh Al Sham, e obraría de forma (supostamente) independente da súa matriz. Pero o certo é que isto non é máis que unha estratexia do grupo que consiste “en crear unha imaxe de ser máis moderado nun intento de unificar, galvanizar e apelar aos outros grupos da oposición en Siria”²³. Aínda así, os seus obxectivos seguen a coincidir coa axenda de Al Qaeda.

2.4 O secuestro da revolución siria

A guerra en Siria foi un contexto determinante e sen dúbida favorable para a expansión e consolidación de grupos terroristas como Al Nusra e Daesh. O caos de que ambos os dous grupos se nutren é o resultado dun conflito internacionalizado cuxa dinámica deu lugar ao xurdimiento de múltiples bandos e actores non estatais cuxos intereses e obxectivos son inflexibles entre si, o cal dota dunha maior complexidade o conflito e dificulta a súa solución.

Ata o ano 2012, na ditadura de Hafez Al Asad, posteriormente herdada polo seu fillo Bashar Al Asad no ano 2000, non existían grupos terroristas iguais aos que hoxe están presentes sobre o terreo, nin tampouco ningunha entidade política que fose contraria ao réxime pública e legalmente, pois a ditadura eliminara calquera indicio de oposición, xa fosen organizacións ou partidos políticos de base ideolóxica como pode ser o Partido Comunista, ou de base relixiosa como Os Irmáns Musulmáns, cuxa represión e persecución foi feroz, chegando ao extremo de perpetrar un masacre na cidade de Hama no ano 1982, coa escusa de rematar cunha suposta rebelión organizada polos Irmáns Musulmáns. Aínda se descoñece a día de hoxe o número exacto de vítimas asasinadas a mans das forzas leais do réxime, encabezadas por Rifaat Al Asad, que entraron abrindo fogo na cidade e asaltando casas civís, aínda que informes de organizacións internacionais, entre elas Amnistía Internacional, sitúanas nunha cifra próxima ás 25.000 vítimas²⁴. Por outra banda, tampouco existía ningunha manifestación pública de sectarismo, radicalismo ou conflito relixioso no país ao nivel do panorama actual, aínda que si é certo que existían grupos desde 1979 como a Vangarda Combatente, “un grupúsculo emparentado cos Irmáns Musulmáns, que pretendía derrocar ao réxime baazista, ao que tachaba de ‘apóstata’”²⁵.

No referente á sociedade siria, podemos destacar a súa diversidade relixiosa. O 74%²⁶ está conformada por musulmáns sunnitas, mentres que musulmáns xiítas, alauitas e ismaelitas representan un 13%. Pola súa banda, os cristiáns conforman o 10% e os drusos un 3%. Cabe destacar que, pola súa natureza sociolóxica, a sociedade siria non se rexía estritamente baseándose na relixión nas súas relacións sociais, senón en canto a normas impostas por “unha marcada segmentación tribal de tipo patriarcal, onde as lealdades están atadas a unha descendencia común e onde familia, clan, tribo e pacto de honra se interrelacionan con fortes motivacións e condicións de comportamento”²⁷. Ademais disto, cabe recordar a estimación do FMI do crecemento do PIB en 2010 do 3,9%, o que supón un 6%, por debaixo da porcentaxe alcanzada en 2008, e a súa caída en 2011 entre un 15% e un 20%, ata os 64.700 millóns de dólares²⁸.

Ademais, os únicos datos oficiais dispoñibles sobre a cantidade de persoas que vivían baixo o limiar da pobreza remóntanse ao ano 2006, que apuntan que o 11,9% dos habitantes sirios vivían en tales condicións. En definitiva, “o crecemento poboacional anual está estimado nun 2,5-3%, un dos máis altos da rexión”. Noutras palabras, “a economía siria non se corresponde

co crecemento da poboación, especialmente no número de solicitantes de emprego que se introducen no mercado cada ano²⁹.

Os aspectos mencionados anteriormente son importantes, pois apuntan a que, ademais de posuír unha limitación en canto a liberdade política, e de enfrontarse a unha violación sistemática de dereitos humanos e democráticos, a poboación siria atravesaba unhas dificultades económicas reflectidas nos datos anteriormente expostos. Pódese deducir entón que o inicio da revolución iniciada en marzo de 2011 non tiña un obxectivo relixioso, senón sublevarse ante a limitación política, protestar ante a corrupción e exixir unha mellora nas políticas económicas.

O que debemos preguntarnos a continuación é que foi o que levou o conflito sirio a adquirir connotacións relixiosas e a atraer a inclusión de organizacións xihadistas dentro del. Como acontecera en Iraq, a guerra sectaria chegaría para “distraer os combatentes do obxectivo real. A aparición de grupúsculos extremistas estranxeiros, orfos de xihad, en permanente busca de terreos propicios onde levar o seu extremismo e facerse fortes mediante o crime disfrazado de actitude relixiosa, definíase como o seguinte paso³⁰.

Existen varios factores que axudaron a que o nihilismo islámico en Siria experimentase un auxe e que, polo tanto, grupos como Al Nusra ou Daesh se expandisen e consolidasen no territorio. En primeiro lugar, a intensa violencia exercida polas forzas de seguridade de Bashar Al Asad contra o levantamento popular; en segundo lugar, a ausencia de apoio exterior á revolución siria ou de protección contra esta violencia extrema, e en último lugar o fracaso da oposición siria de presentar unha visión colectiva e un proxecto consistente³¹. Isto viuse reflectido na incapacidade de administrar eficazmente as zonas que acababan de ser liberadas do réxime, en ocasións coa colaboración de Al Nusra ou Ahrar Al Sham. O baleiro de poder xerado nestes territorios, xunto aos conflitos ideolóxicos entre os grupos para adminístralos e o aumento das demandas básicas da poboación que se atopaba desprotexida a causa da guerra, fixeron que esta lle dese unha oportunidade ás faccións islamistas como garantes da lei e a orde.

3 SIMILITUDES E DIFERENZAS EN MEDIOS E OBXECTIVOS

Unha vez asentado en Siria, Al Nusra comezou a recrutar combatentes locais. Al Baghdadi proclamou o 29 de xuño de 2014 a creación do califato, é dicir, recuperar “o primeiro sistema de goberno establecido polo islam, sendo a unión de toda a comunidade arredor dun líder, denominado califa e que se rexía baixo a lei islámica, a xaria³². O acto en si significaba unha lexitimación imposta arredor da figura do denominado “califa Ibrahim” e, en consecuencia, motivar ideoloxicamente futuros recrutas. Ademais, o grupo cambiaría a denominación de Estado Islámico de Iraq e Levante pola de Estado Islámico. O simbolismo que posúe este cambio de nome reside en que, a diferenza de marcar uns límites territoriais á acción do grupo (Iraq e Siria), agora as accións do grupo posuirían oficialmente unha connotación global que implicaba a expansión da ideoloxía e os fins do grupo, por iso “*Baqiya wa ya tamada*”, que significa “Permanecer e expandirse”, converteuse no lema da organización.

Daesh supera a Antiga Fronte Al Nusra e actual Fateh Al Sham en varios aspectos. O primeiro deles é na mobilización e capacidade de atraer combatentes de distintas zonas do mundo, ben europeos, do Norte de África, península Arábrica, Cáucaso ou Asia Central. Mentres que a cúpula de Al Qaeda sempre estivo formada por líderes de distintas nacionalidades, plasmando

desta forma a identidade transnacional da organización, a cúpula de Daesh está formada en boa medida por ex-oficiais baazistas iraquís que sufriron un proceso de radicalización nos cárceres.

A idea invértese no referente ás nacionalidades dos seus combatentes. Mentres a antiga filial de Al Qaeda en Siria acolleu desde o seu inicio sirios que desertaban doutras faccións opositoras atraídas polo seu discurso radical, os combatentes de Daesh posúen distintas nacionalidades, xa sexa calquera europea, magrebí, tunisiana, saudita, chechena ou uzbeka. Non obstante, Daesh logrou pouco a pouco que nacionais sirios tamén compoñan as súas filas, sobre todo despois de forxar alianzas con algunhas tribos locais nas provincias de Raqqa, Al Hasakah e Dayr Al Zor.

A capacidade de atraer combatentes estranxeiros débese a dous factores. Por un lado, ao efecto do discurso apocalíptico propio de Daesh, que promete vinganza e xustiza a todos os musulmáns humillados e, sobre todo, á promesa de pertencer a unha comunidade onde a estes individuos se lles valore e se lles recoñeza como heroes. Por suposto, este discurso está estudadamente construído e eficazmente difundido desde o “Cibercalifato”, o grupo de Internet, redes sociais, comunicación e mercadotecnia de Daesh. Por outro lado, débese á capacidade económica que demostra o grupo ao pagarlles aos combatentes soldos que oscilan entre os 400 e os 600 dólares³³ ao mes, ademais dun plus por cada esposa e cada fillo. Entre 2014 e 2015 combatentes estranxeiros chegaron a alcanzar o soldo de 1.500 dolares³⁴. Por este segundo factor en concreto, en 2013 algúns combatentes de Al Nusra admiten cambiar de bando e empezar a loitar nas filas de Daesh³⁵. Aínda así, o grupo reduciu o salario dos seus combatentes ata o 50% no último período, debido á campaña de bombardeos dirixidos pola Coalición Internacional ás súas instalacións e pola debilitación das súas finanzas³⁶.

Sobre a visión político-relixiosa de Daesh, o certo é que non achega novidade ningunha á xa desenvolvida por Al Qaeda, salvo na súa esencia takfiri, baseada na lexitimación do uso da violencia extrema contra os propios musulmáns sunnitas. Ambas as dúas organizacións teñen como fin establecer un califato rexido pola xaria e posteriormente librar a batalla contra infieis e preparar o mundo para “*Youm Al Kyama*”, é dicir, o día do xuízo final. A diferenza radica na mensaxe que expresa Daesh, construída arredor da necesidade de engadir control territorial ao control relixioso³⁷. Este dominio físico e a súa capacidade administrativa é a gran fenda que separa unha organización da outra: mentres que en Siria a antiga filial de Al Qaeda controla pequenos enclaves situados en Idlib, sur de Daraa e pequenas aldeas situadas entre Hama e Homs, Daesh chegou a controlar, no ano 2016, 40.000 km cadrados³⁸ comprendidos entre Siria e Iraq, onde habitan 8 millóns de civís.

No entanto, certo é que nestes últimos meses Daesh perdeu 18.000 km cadrados³⁹ do total que controlaba o ano anterior. Por iso, ante a capacidade de controlar un territorio, o grupo de Al Baghdadi pretende demostrar que foi capaz de levar a cabo o seu proxecto de Estado, e inverte o seu maior esforzo en reflectilo na súa propaganda. A diferenza da antiga Fronte Al Nusra, cuxa coordinación e xestión territorial é deficiente, Daesh desenvolveu un modelo de goberno estruturado, organizado e planificado desde o ano 2006, pois así o reflicte o seu documento publicado ese mesmo ano co título “Informacións para as xentes sobre o Estado Islámico”⁴⁰.

A estrutura de Daesh está conformada por dous niveis: central e local. A estrutura de poder central componse o califa Al Baghdadi, que conta con tres órganos consultivos: o Consello da Shura, o Consello da Xaria e o Gabinete, composto polos líderes de cada consello (Dirección Xeral, Seguridade, Finanzas, Coordinación Provincial e Transportes, Militar, Novos Combatentes, Educación, Liderado, Económico, Consellos de Servizos Sociais, etc.)⁴¹. Para facilitar a súa

xestión, Daesh dividiu o seu territorio en 19 *wilayat*⁴². Estas incorporáronse ao seu control ben a causa da súa expansión, ou ben recibindo o xuramento de lealdade, denominado *baya*, por parte doutros movementos xihadistas, como pode ser “a provincia de Sinaí”. Así pois, “en cada *wilayat* reproducécese o mesmo esquema de liderado estratéxico, dirixido por un *wali* (gobernador). Á súa vez, a estrutura repítese a nivel micro nos distritos locais, que teñen como nome *qitahaat*; cada municipio está administrado por un comandante militar, un líder de seguridade e un emir, todos eles supeditados ás ordes do *wali*”⁴³.

Ademais, segue a súa estratexia de recuperar nomes, termos e conceptos da era dourada do islam co fin de autolexitimarse. Por exemplo, para a xestión local de cada provincia, Daesh restableceu o que se coñece por *dawawin* (plural de *diwan*), unha sorte de oficinas locais gobernamentais herdadas dos antigos califatos. O seu actual labor é estar ao cargo do plan administrativo e de controlar a poboación, co fin de asegurar o suposto “proxecto de Estado” e implementar as normas provenientes da organización central.

Non obstante, estas oficinas están lonxe de velar polo ben dos cidadáns e cubrir as súas necesidades. Máis ben, mostran estar orientadas ao espolio da poboación, mediante impostos como o *zakat* ou *jizya*⁴⁴ ou multas impostas por non cumprir coas normas do grupo, sempre cunha xustificación relixiosa e co fin de alimentar as súas arcas. Unha das oficinas que máis fincapé fai neste espolio continuo é Al Hisba, tamén coñecida como Policía da Moral, cuxa función é a vixilancia e o control da poboación.

En definitiva, o conflito sirio impulsou unha transformación no “xihadismo global”. Por unha parte, este movemento segue sendo a raíz de ambos os dous grupos salafistas xihadistas. O concepto de “xihadismo global” utilízase máis ben na propaganda –en especial na de Daesh– co fin de sementar o terror, a ameaza en Occidente e continuar alimentando a narrativa destrutiva contra “os cruzados”. Non obstante, na práctica e sobre o terreo, a dimensión global pasa a segundo plano e cobran maior importancia as necesidades locais. Estas son reflectidas na conquista territorial e o proceso de desenvolver institucións para a súa xestión, así como para o autofinanciamento do grupo mediante actividades ilícitas e o espolio á poboación.

4 CONCLUSIÓNS

Vimos como o xerme do que hoxe coñecemos por Daesh ten lugar nos anos noventa e ten como impulsor a Zarqawi. As súas alianzas coa cúpula de Al Qaeda permitiulle establecerse en Iraq, onde estaría a cargo da célula local de Al Qaeda, é dicir, AQI. O grupo sufriría diversas transformacións ata chegar a ser Estado Islámico de Iraq e Levante. En 2013 é cando ten lugar a separación de Al Nusra como grupo independente do Estado Islámico, aínda que permanecerá vinculado a Al Qaeda, converténdose na súa filial siria.

A pesar de que a raíz destes dous grupos non tivera lugar en Siria, o certo é que o conflito no país alimentou a súa consolidación e, en certa forma, tamén provocou a súa escisión. O caos sementado a causa da violenta resposta do réxime sirio favoreceu a inseguridade e a inestabilidade das zonas que se sublevaran. Algunhas destas foron liberadas das forzas do réxime, pero a carencia de bens e servizos, xunto ao baleiro de poder existente, supuxeron uns factores de atracción favorables a estes grupos xihadistas, que tinguiron o conflito de radicalismo e relixiosidade, cando na súa orixe a causa do conflito é política e económica.

O conflito sirio supuxo unha redefinición do concepto de “xihadismo global” como ata agora o entendiamos. En lugar de ter un obxectivo global, o novo xihadismo preséntase máis

pragmático e atende en maior medida –sen deixar de lado o contido do seu discurso propagandístico– a necesidades locais sobre o terreo. Na súa axenda actual é prioritaria a conquista territorial e a expansión co fin de establecer o seu particular goberno. Algo que supuña unha aspiración para Al Qaeda nas anteriores décadas, alcanzouno Daesh nestes últimos 3 anos.

Por iso, ademais, o conflito en Siria evidenciou dúas cousas. Por unha parte, a perda de poder de Al Qaeda, debido á deficiencia na súa coordinación e desenvolvemento da súa estratexia antioccidental. Por outra parte, o auxe doutras formas alternativas de organización terrorista como Daesh, que aspiran a converterse en Estado. Mentres grupos como Al Nusra “se centran principalmente en atacar de forma constante os infieis, Daesh esfórzase principalmente en actuar como un Estado e en que se lle considere como tal”⁴⁵. Por esta razón “Daesh busca cumprir os requisitos dun Estado moderno: territorialidade, soberanía, lexitimidade e burocracia”⁴⁶. *É así como Daesh se compromete a asegurar orde e seguridade en zonas destruídas pola guerra e onde impera o caos e a falta de seguridade e de bens, mediante unha estratexia que combina a violencia coa suposta prestación de servizos sociais.*

Ademais, para levar a cabo o seu proxecto, Daesh puxo en marcha un modelo económico subordinado a outro de goberno, cuxas fontes de financiamento derivan de actividades ilícitas desenvolvidas no terreo que controla e tamén dos seus propios departamentos ministeriais que se dedican a extorsionar e espoliar a poboación local.

5 BIBLIOGRAFÍA

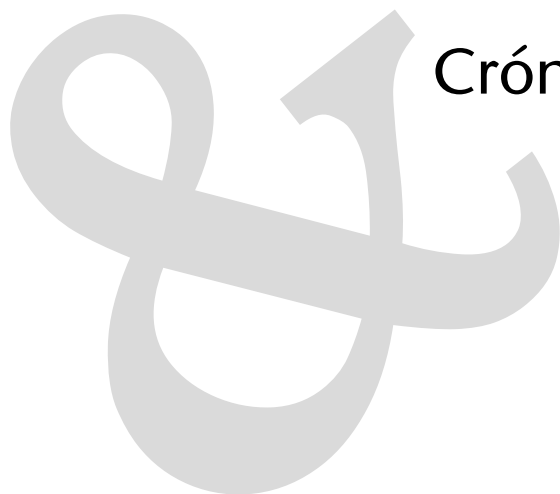
- ABC 2015. «Camp Bucca, la prisión estadounidense donde nació el Estado Islámico», *ABC*. <http://www.abc.es/internacional/20150426/abci-camp-bucca-universidad-estado-201504232109.html> (25-01-2017).
- Al-Hussen Villa, N. 2016. *Acción y Método de Daesh (2013-2016)*. Trabajo fin de máster (USC). <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/15138> (01-03-2017).
- Álvarez-Ossorio, I. 2014. «La Siria de los Asad: Autoritarismo y cleptocracia», *Siria: Esperanzas defraudadas*, CC.OO., 44, 12-18. <http://www.ccoo.es/cms/g/public/o/9/o25489.pdf> (17-01-2017).
- Álvarez-Ossorio, I. 2016. *Siria. Revolución, sectarismo y yihad*. Madrid: Los Libros de la Catarata.
- Atwan, A. 2015. *Islamic State*. London: Saqi Books.
- BBC 2014. «7 preguntas para comprender qué es el Estado Islámico», *BBC* http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140904_que_es_estado_islamico_amv (09-02-2017).
- Burns, J. 2006. «U.S Strikes Hits Insurgent at Safehouse», *New York Times*. <http://www.nytimes.com/2006/06/08/world/middleeast/08cnd-iraq.html> (12-01-2017).
- Bymand, D. 2015. *Al Qaeda, The Islamic State and the global jihadist movement*. Oxford: Oxford University Press.
- Espinosa, J. e Prieto, M. 2016. *Siria, el país de las almas rotas*. Barcelona: Debate.
- Fuente Cobo, I. 2015. «Aproximación histórica al fenómeno del yihadismo», *Instituto de Estudios Estratégicos*. Documento de Análisis n. 28/2015 http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2015/DIEEA28-2015_Evolucion_Yihadismo_IFC.pdf (08-01-2017).
- Gil, J., Lorcay, A. e Jam, J. 2012. «Grupos étnicos y facciones en la lucha de poder siria», *Afkar Ideas*, n. verano, 47-50. http://www.iemed.org/observatori/arees-danalisi/arxiu-adjunts/afkar/afkar-34/13-Lorca_Gil_James_Etnias_facciones%20en%20lucha%20de%20poder_Siria_IP.pdf (27-02-2017).
- Humid, K. 2016. «Islamic State Financing and U.S policy”, *Lovelace, D.: Terrorism Commentary on security documents*, 143, 103-136.
- Islamic State Iraq 2006. «Informing the people about the birth of Islamic State». <https://azelin.files.wordpress.com/2015/09/shaykh-uthmc481n-bin-abd-al-rae1b8a5man-al-tamc4abmc4ab22informing-the-people-about-the-birth-of-the-islamic-state22.pdf>.
- Jordán, J. 2013. «Al Qaeda en Siria, una fuente de problemas en más de un sentido», *Seguridad Internacional*. <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/al-qaeda-en-siria-una-fuente-de-problemas-en-m%C3%A1s-de-un-sentido> (20-02-2017).

- Jordán, J. 2015. «El Daesh», *La internacional yihadista*, Instituto de Estudios Estratégicos. Cuaderno de Estrategia, 173. Madrid: Ministerio de Defensa, 109-147.
- Kodmani, H. 2016. «Yassin Haj Salleh: La Syrie ne s'est pas démocratisée, c'est le monde qui s'est syrianisé», *Libération*. http://www.liberation.fr/debats/2016/05/09/yassin-al-haj-saleh-la-syrie-ne-s-est-pas-democratisee-c-est-le-monde-qui-s-est-syrianise_1451478 (29-12-2016).
- Kolch, A. 2016. «Khorasan Group», *Military and Strategic Affairs*, 8 (1), 91-107. <http://www.inss.org.il/> (20-02-2017).
- Lesch, D. 2012. *The Fall of the House of Assad*. London: Yale University Press.
- Lewis, J. 2014. *The Islamic State: A counter- strategy for a counter-state*. Institute for the Study of War. <http://www.understandingwar.org/sites/default/files/Lewis-Center%20of%20gravity.pdf> (21-01-2017).
- Manciulli, A. 2015. *Daesh: The challenge to regional and international security*. NATO Parliamentary Assembly, 226 GSM 15. <http://www.nato-pa.int/> (09-09-2017).
- Martín, J. 2015. *Estado Islámico, Geopolítica del Caos*. Madrid: Catarata.
- Martínez, G. 2016. «La derrota del Daesh ¿final de la pesadilla yihadista en Oriente Medio?», *Grupo de Estudios de Seguridad Internacional*. <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/la-derrota-del-daesh-%C2%BFinal-de-la-pesadilla-yihadista-en-oriente-medio> (29-02-2017).
- Morales González, A. 2015. «Expansión Mundial del Terrorismo Yihadista del Estado Islámico o DAESH», *Instituto Español de Estudios Estratégicos. Documento de Opinión*, 71. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEEO71-2015_ExpansiónMundial_TerrorismoYihadista_A.Morales.pdf (03-03-2017).
- Napoleoni, L. 2014. *El Fénix Islamista*. Barcelona: Paidós.
- Reinares, F. 2015. «Yihadismo global y amenaza terrorista: De Al Qaeda a Daesh», *Real Instituto Elcano*. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/ari33-2015-reinares-yihadismo-global-y-amenaza-terrorista-de-al-qaeda-al-estado-islamico (03-01-2017).
- Reuters 2016. «Islamic State to halve fighters' salaries as cost of waging terror starts to bite», *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/world/2016/jan/20/islamic-state-to-halve-fighters-salaries-as-cost-of-waging-terror-starts-to-bite> (03-08-2016).
- Saveiro Angiò, F. 2016. «Cambio estratégico de Daesh: “Queremos París”, desde la lucha contra el enemigo cercano a la lucha contra el enemigo lejano», *Instituto Español Estudios Estratégicos*, 04. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2016/DIEEEO0-2016_CambioEstrategico_Daesh_Saveiro_Angio.pdf (06-03-2017).
- Terradillos, A. 2015. «Un combatiente yihadista extranjero gana en Siria 1.400 dólares al mes», *Cadenaser*. http://cadenaser.com/ser/2015/05/18/espana/1431926367_651662.html (25-01-2017).
- Trotta, T. 2012. «La economía siria al borde del colapso», *El País*. http://economia.elpais.com/economia/2012/04/04/actualidad/1333535580_329058.html (15-01-2017).
- Tucker, S. 2015. *U.S Conflicts in the 21st Century*. Westport: Greenwood Press.

NOTAS

- 1 Álvarez Ossorio, 2016: 98.
- 2 A presentación do termo tivo lugar en 1988, mediante unha carta de Osama bin Laden publicada no medio *Al Quds Al Arabi*, onde se facía pública a creación da Fronte Islámica Mundial contra os Xudeus e os Cruzados. Acompañado dunha fatua, os documentos instaban a todo musulmán á loita violenta contra os norteamericanos e os seus aliados.
- 3 Un exemplo diso é *Acción y Método de Daesh en Raqqa* (2013-2016). Trátase do meu traballo fin de máster, e foi dirixido polo Dr. Rafael García Pérez. O traballo foi premiado con matrícula de honra e, por conseguinte, publicado no repositorio institucional de Minerva. Pódese acceder ao seu contido íntegro no seguinte enlace: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/15138>.
- 4 Reinares, 2015.
- 5 Bymand, 2015: 64-65.
- 6 Saveiro Angiò, 2016: 7.
- 7 Fuente Cobo, 2015: 13.
- 8 Neste artigo utilízase a denominación de “Daesh”, acrónimo de ‘Al-dawla al-islamiyya fi l-Iraq wa l-shâm’, é dicir, Estado Islámico de Iraq e Levante. Daesh rexeita esta denominación e castiga a quen a utiliza, dado que se emprega para deslexitimar a súa estrutura de Estado e autoridade, e ademais en árabe a súa pronuncia soa a unha palabra que significa “algo ao que esmagar”.
- 9 Jordán, 2015: 109-147.
- 10 *Ibidem*: 113.

- 11 Tucker, 2015: 66
- 12 Burns, 2006.
- 13 Jordán, 2015: 115
- 14 Segundo líder de Daesh, foi abatido o 18 de agosto de 2015.
- 15 ABC, 2015.
- 16 Kolch, 2016: 100.
- 17 Para máis información: <http://web.stanford.edu/group/mappingmilitants/cgi-bin/groups/view/493>.
- 18 Manciuilli, 2015: 4.
- 19 Reinares, 2015: 100.
- 20 Entrevista realizada o 08-04-2016.
- 21 Álvarez-Ossorio, 2016: 100.
- 22 Pode consultarse o vídeo da declaración: <https://www.youtube.com/watch?v=oossAtDYbrs>.
- 23 Martínez, 2016.
- 24 <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2012/02/syria-years-hama-survivors-recount-horror/> (13-02-2017).
- 25 Álvarez-Ossorio, 2014: 12-18.
- 26 Segundo a CIA, para máis datos visitar: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2122.html>.
- 27 Gil, Lorca, Jam, 2012: 47.
- 28 Trotta, 2012.
- 29 Lesch, 2012: 62.
- 30 Espinosa, Prieto, 2016: 130.
- 31 Entrevista a Yassin Haj Salleh en Kodmani, 2016.
- 32 Morales González, 2015: 3.
- 33 Humid, 2016: 117.
- 34 Terradillos, 2015.
- 35 Humid, 2016: 117.
- 36 Reuters, 2016.
- 37 Lewis, 2014: 10.
- 38 BBC, 2014.
- 39 Ver mapa de IHS IHS Conflict Monitor publicado en BBC. <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38677809> (20-02-2017).
- 40 Islamic State Iraq, 2006.
- 41 Atwan, 2015: 170-191.
- 42 Termo equivalente a Provincia.
- 43 Al-Hussen Villa, 2016.
- 44 Imposto especial que teñen que pagar as minorías relixiosas que decidan quedar a vivir nos territorios controlados por Daesh.
- 45 Martín, 2015: 52.
- 46 Napoleoni, 2014: 111.



Crónicas

Crónica da xornada “A cláusula chan: transparencia, abusividade e recuperación de cantidades”

Crónica de la jornada “La cláusula suelo: transparencia, abusividad y recuperación de cantidades”

Chronicle of the seminar “The floor clause: transparency, abusiveness and recovery of quantities”



RICARDO PAZOS CASTRO

Doutor en Dereito

Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)

ricardo.pazos@usc.es

Recibido: 22/05/2017 | Aceptado: 30/05/2017

O sector bancario é un dos ámbitos nos cales as controversias xurídicas adquiriron unha maior notoriedade nos últimos tempos, especialmente debido ás cláusulas “chan”, un termo xa de uso habitual entre os cidadáns. Precisamente, este tipo de cláusulas foron obxecto dunhas xornadas que, baixo o título “La cláusula suelo: transparencia, abusividad y recuperación de cantidades”, se celebraron os pasados 16 e 23 de febreiro de 2017 na Facultade de Dereito da Universidade de Santiago de Compostela. A súa organización correu a cargo do grupo de investigación De Conflictu Legum, sendo a directora das xornadas a profesora doutora de dereito civil da Universidade de Santiago de Compostela, e actualmente vicedecana de Calidade e Infraestruturas da Facultade de Dereito, D.^a Marta Otero Crespo.

A inauguración tivo lugar coas intervencións da vicerreitora de Investigación e Innovación da Universidade de Santiago de Compostela, D.^a Isabel Rodríguez-Moldes Rey; do director do grupo de investigación De Conflictu Legum, D. Santiago Álvarez González; do decano da Facultade de Dereito, D. Gumersindo Guinarte Cabada; e da directora das xornadas, D.^a Marta Otero Crespo. A presentación serviu para deixar constancia do compromiso da universidade coa sociedade, reflectido na vontade de estudar os problemas xurídicos que máis lles preocupan aos cidadáns, co obxectivo de ofrecer o coñecemento necesario para intentar pórilles remedio da mellor maneira posible.

Xa en relación co obxecto das xornadas, a primeira das intervencións foi levada a cabo por quen escribe estas liñas. A primeira parte do relatorio serviu para dar unha visión xeral sobre a protección dos consumidores e a problemática das cláusulas abusivas, mentres que a segunda

parte atendeu á controversia relativa ás cláusulas chan. Expuxéronse as exixencias de transparencia establecidas pola xurisprudencia española e europea, así como as notas esenciais da Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 21 de decembro de 2016. Esta resolución declarou contraria ao dereito europeo a xurisprudencia do Tribunal Supremo español que, acordando a nulidade das cláusulas chan examinadas baseándose na súa falta de transparencia, proclamara que as entidades bancarias non debían reembolsar as cantidades indebidamente percibidas con anterioridade ao 9 de maio de 2013, data da sentenza do Tribunal Supremo que configurou o control de transparencia actualmente aplicable no dereito español.

A segunda intervención das xornadas foi realizada por D. Antonio López Díaz, catedrático de dereito financeiro e tributario, quen falou das implicacións fiscais do Real decreto lei 1/2017, do 20 de xaneiro, aprobado polo Goberno coa intención de axilizar o proceso de devolución aos consumidores das cantidades que lles fosen indebidamente cobradas como consecuencia da aplicación de cláusulas chan. A intervención referiuse á disposición derradeira primeira do real decreto lei, que prevé unha modificación da Lei do imposto sobre a renda das persoas físicas, que afecta especificamente ao tratamento fiscal daquelas cantidades.

O profesor López Díaz comentou como se articulaba a nova regulación ante diferentes supostos prácticos. Entre eles, a dedución pola adquisición de vivenda habitual da que gozaron algúns consumidores no seu momento recibiu unha atención especial, porque a contía dos xuros pagados tíñase en conta á hora de practicar a dedución. O reembolso de parte deses xuros obriga a revisar a contía da dedución nos exercicios fiscais non prescritos. Ao mesmo tempo, incidiu en que as contías recuperadas polos consumidores non se integran na base imponible do imposto da renda. Finalmente, explicou como funciona o réxime fiscal cando o reembolso por parte da entidade bancaria se articula reducindo o importe do préstamo pendente de devolución polo cliente.

O primeiro día das xornadas continuou cunha mesa redonda en que interviñeron catro persoas. O notario D. Jaime Romero Costas repasou as posibilidades dos notarios para denegar a inclusión de cláusulas abusivas nos documentos que outorgan, destacando o importante papel que xogan os ditos profesionais en materia de información ao consumidor. Así mesmo, dedicou algúns minutos ás cláusulas que lle atribúen ao consumidor o pagamento de certos gastos e impostos, como os aranceis notarial e rexistral e o imposto de actos xurídicos documentados.

D.^a M. Salomé Martínez Bouzas, titular do Xulgado do Mercantil n. 2 da Coruña, presentou diferentes datos sobre o número de procesos abertos actualmente en relación coas cláusulas chan, as características de tales procesos, e algunhas das cuestións xurídicas que máis frecuentemente aparecen neles. Tamén analizou como afectaría a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 21 de decembro de 2016 aos procesos concluídos e, sobre todo, aos que aínda están en curso.

D. José Ignacio Canle Fernández, letrado de Abanca, ofreceu a perspectiva das entidades bancarias en materia da transparencia exixida ás cláusulas chan. Na súa opinión, a xurisprudencia española deixa moitas dúbidas en canto á seguridade xurídica. Hai que ter en conta que a Orde de 1994 sobre transparencia das condicións financeiras dos préstamos e, posteriormente, a Orde de 2011 sobre a mesma cuestión, sempre lles exixiron aos notarios advertir o cliente da existencia dunha cláusula chan, obriga que foi cumprida. O letrado cuestionou os argumentos que utilizou o Tribunal Supremo na súa Sentenza do 9 de maio de 2013 para considerar que as

cláusulas analizadas naquel caso non eran transparentes, e observou que o control desa transparencia toma en consideración parámetros moi pouco precisos.

Na última intervención do primeiro día, o avogado D. Lisardo Núñez Pardo de Vera reflexionou sobre a necesidade de protexer contra as cláusulas abusivas non só aquelas persoas que posúen a condición de consumidoras segundo a definición legal deste concepto, senón tamén as pequenas e medianas empresas e os autónomos, que a miúdo se atopan nunha situación de debilidade fronte a outros empresarios. A continuación, argumentou que quizais a Lei sobre condicións xerais da contratación xa permita outorgar esa maior protección reclamada.

O segundo día das xornadas comezou co relatorio da catedrática de dereito civil D.^a María Paz García Rubio, quen fixo unha análise completa do Real decreto lei 1/2017. O éxito ou fracaso deste texto normativo deberá avaliarse en función da súa capacidade para impedir que os xulgados españois se saturen con reclamacións relativas á cláusula chan tras a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 21 de decembro de 2016, pois ese é o seu obxectivo. Por este motivo, a profesora García Rubio rexeita as críticas ao real decreto lei polo seu limitado ámbito de aplicación. O texto aplícase a contratos de préstamo hipotecario que inclúan unha cláusula chan e en que o prestameiro sexa un consumidor, que son o tipo de relacións xurídicas en que un procedemento especial pode estar xustificado.

Por outra banda, a regulación do real decreto lei pode aplicarse tanto ás controversias que aínda non chegasen aos xulgados como a aquelas que xa se atopan nunha fase xudicial pero non están rematadas. No primeiro caso o procedemento é obrigatorio para o banco se o consumidor desexa inicialo, mentres que no segundo caso se require o acordo de ambas as partes. A profesora García Rubio referiuse especialmente aos prazos de prescrición que, unha vez cumpridos, lle permiten ao empresario non cumprir co seu deber de reembolsar as cantidades cobradas de máis como consecuencia da aplicación dunha cláusula chan. O debate posterior xirou en gran parte arredor deste aspecto, especialmente sobre o momento en que o prazo de prescrición comeza a correr.

A última sesión das xornadas consistiu nunha mesa redonda en que participaron tres persoas. O avogado D. Gaspar Otero Campos reflexionou sobre a xurisprudencia española que limita o control de transparencia aos contratos con consumidores, así como sobre a xurisprudencia que aplica un control similar aos contratos entre profesionais utilizando o principio de boa fe. Respecto desta cuestión, detívose a analizar a Sentenza do Tribunal Supremo do 3 de xuño de 2016.

D. Roberto de la Cruz Álvarez, titular do Xulgado de Primeira Instancia n. 3 de Vigo, tratou tanto cuestións substantivas como de tipo procesual. Entre as primeiras, cómpre sinalar a diferenza entre cláusula “abusiva” e cláusula “non transparente”. A primeira xera un desequilibrio entre os dereitos e as obrigas das partes en prexuízo do consumidor, mentres que a segunda é unha cláusula cuxas consecuencias económicas potenciais non foron debidamente explicadas. Entre as cuestións procesuais atopáronse os xulgados competentes para coñecer das reclamacións de restitución das cantidades indebidamente cobradas polo empresario, o tipo de xuízo que corresponde, os lexitimados para presentar unha demanda relativa ás cláusulas chan, ou quen debe ser demandado.

Finalmente, no último relatorio, o avogado D. Jesús Garriga Domínguez argumentou por que, na súa opinión, un préstamo cun tipo de xuro variable e cunha cláusula chan constitúe un instrumento financeiro derivado. A cláusula serve como instrumento de cobertura do risco

asociado ao comportamento do tipo de xuro. A consecuencia é que, segundo o relator, a este tipo de contratos lles é aplicable a Lei do mercado de valores, o que incrementa as obrigas que deben respectar as entidades de crédito.

As xornadas foron clausuradas tras esta última intervención, destacando as palabras da directora do evento, D.^a Marta Otero Crespo. Esta agradeceu a calorosa acollida que tiveron as xornadas, as cales contaron cunha nutrida asistencia e permitiron discusións xurídicas moi enriquecedoras, combinando os puntos de vista académico e práctico para unha mellor comprensión dos desafíos que presentan as cláusulas chan.



Recensións

A corrupción administrativa: causas, prevención e remedios

La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi

Administrative Corruption: Causes, Prevention and Remedies



MERLONI, F. E VANDELLI, L. (COORDS.)

Florenca, Passigi Editori, 2010

Recibido: 21/03/2017 | Aceptado: 30/05/2017

O libro que presentamos nesta recensión é todo un portento da análise xurídica da corrupción administrativa. Os profesores Merloni e Vandelli, coa súa habitual finura e a súa probadísima solvencia académica, abordan o tema en todas as súas facetas: políticas, xurídicas, económicas e metodolóxicas. Reunindo un equipo de especialistas do maior recoñecemento en Italia, analizan os esgrevios camiños da corrupción administrativa no complexo escenario italiano, abordando mesmo os fenómenos máis delicados, e singularmente o crime organizado. Cremos que a obra é de grande interese, no que ao dereito español respecta, por dous motivos. O primeiro é a pulcritude da súa análise, que pon a vista nos feitos e nos estudos estatísticos que existen ao respecto do fenómeno da corrupción, pero tamén incorpora exames completísimos da normativa italiana vixente e, máis aínda, numerosas propostas *de lege ferenda*. En segundo lugar, pon o foco sobre a corrupción no seu conxunto, no marco dun Estado de cultura latina mediterránea doadamente comparable, como ben é sabido, á cultura administrativa española, pero que ademais sufriu unha corrupción procedente en parte dun tipo de crime organizado endémico e moi difícil de atallar. Todos estes elementos conflúen para propor un exame exhaustivo, suxestivo e moi valioso no estudo do dereito comparado, salvando as distancias propias do contexto político. Tampouco será banal lembrar que esta obra colectiva foi elaborada durante o momento álxido da crise económica de 2008, elemento este necesario para resaltar canto pode ter este traballo de modelo doutrinal para outros Estados con problemas similares, que despois da citada crise, con máis razón aínda se cabía, pretenderon atallarse. A corrupción pública (administrativa especialmente) é obxecto de propostas políticas e xurídicas constantes na nosa vida

pública, é en definitiva un asunto de plena actualidade, e de aí que un estudo tan sólido e ben tramado deba ser tomado como referencia ante a proposta de tales iniciativas.

A obra estrutúrase en cinco partes, correspondentes a diferentes ámbitos sistemáticos da corrupción administrativa e nos cales o fenómeno se aborda de forma diferente. Nunha introdución previa, os citados profesores que coordinan a obra presentan o fenómeno, o concepto e a súa problemática xurídica básica. As ideas que expoñen serán o *leitmotiv* do traballo, o que xustifica presentalas aquí moi brevemente. A corrupción administrativa debe definirse non nos estritos termos dun tipo penal, senón, tal como se entende na linguaxe xeral, como a dexeneración da oposición entre intereses xerais e o interese particular no exercicio dos cargos públicos. Desde este punto de vista, os autores conveñen en que a corrupción consiste nun paso máis alá da mala administración, é a “patoloxía máxima” da actuación administrativa, a última derivación dun exercicio ilexítimo do poder público. Ademais, a evolución do fenómeno non é precisamente prometedora: máis ben todo o contrario, é o que os autores chaman un camiño de “ilusións perdidas”. Por exemplo, na dinámica de privatizacións de empresas públicas común a moitos Estados europeos dos primeiros anos do século XXI, os autores observan como, no caso italiano, moitas destas operacións non se rexeron polas regras do libre mercado, senón polos intereses de certos grupos de intereses. A corrupción, manchada sempre polo correspondente e necesario escándalo –polo menos nas sociedades libres–, convértese entón nunha “emerxencia moral”. Agora ben, o termo “emerxencia” –e isto non é banal– non designa tanto unha situación imprevista ou extraordinaria. De feito, desgraciadamente, o termo “emerxencia” serve ás veces para frivolar os males públicos, para convencernos de que sempre foron impredecibles. En realidade adoita ser ao revés: a corrupción, na medida en que é un fenómeno desgraciadamente instalado xa na Administración, é predicible como tal. A emerxencia moral refírese entón a unha situación extremadamente crítica e perigosa, pero non imprevista: non hai xustificación para que a corrupción sorprenda o lexislador.

Os diferentes plans anticorrupción, incluído o italiano, teñen como fundamento a Convención das Nacións Unidas de 2003 contra a corrupción. Os seus principios, polo tanto, reconducense ao plan de acción deste último: valoración do risco de corrupción nas administracións públicas, a estruturación de corpos de intervención, a formación de funcionarios ou as respostas lexislativas ao fenómeno. Aos plans nacionais quedálles un labor de execución, de análise da información e formulación de propostas. Isto non debe distraernos da importancia da actividade do lexislador, que debe examinar o fenómeno da corrupción administrativa con finura e como se manifesta no seu país para poder atallalo eficazmente. E non hai que deixar de pór a vista tampouco na loita contra a corrupción desde o dereito penal, aínda que neste caso a norma internacional de maior importancia a nivel europeo, o Convenio penal do Consello de Europa sobre a corrupción asinado en Estrasburgo en 1999, non debe traducirse necesariamente na solución máis simplista de todas, o aumento das penas, tal como sucedeu en Italia, pois, como recordan os autores, criminoloxicamente esta solución adoita ter pouco efecto sobre o control da delincuencia. O traballo estuda igualmente os esforzos do Grupo Astrid, constituído en 2009 e editor da obra, que funciona como unha sorte de grupo de investigación ou foro que reúne profesionais de diferente orixe expertos e representantes políticos na loita contra a corrupción. O punto de partida é, como recordan os autores, o dano que a corrupción lles provoca ás institucións da República Italiana; sen o recoñecemento consciente e responsable do propio problema da corrupción, poucos son os resultados efectivos que se van ver ao intentar atallala.

Feita esta introdución, a primeira parte do traballo céntrase en estudar o fenómeno e as súas causas. O profesor Vannucci estuda a corrupción desde o punto de vista das ciencias sociais, como marco xeral que encadre o intercambio corrupto dentro da fenomenoloxía das relacións sociais. Desde este punto de vista, conclúese que os eidos de intervención pública máis sensibles á corrupción son tres: a adquisición de bens e servizos públicos por parte de suxeitos privados, normalmente cun sobreprezo; a asignación deses mesmos bens a cambio dun sobreprezo deliberadamente baixo; e, terceiro, a actividade executiva da Administración, especialmente nas potestades de incidencia patrimonial, como a mesma expropiación, casos en que existe un risco de que o axente exerza os seus poderes de conformidade cunha transacción privada e prohibida co suxeito executado, desviándose así do interese público, mesmo cando non se exceda no exercicio das súas potestades. A análise estatística (con datos de 2010) é particularmente valiosa para demostrar o grave estado da corrupción en Italia, moi por enriba da media europea (segundo o propio Eurobarómetro) e ao mesmo tempo pon igualmente en tea de xuízo a situación desta en España, cuxos datos de corrupción son inferiores aos italianos, aínda que non moi afastados destes. Non obstante, son moitos os estudos que se realizaron xa en materia de corrupción, e os datos non resultan tan impactantes, precisamente por estar asumidos. Máis importante sería coñecer cales son os factores da corrupción sistémica para poder atallala desde a raíz mesma do problema. A esta pregunta formula unha resposta este autor que, pola súa exhaustividade, merece ser tida en conta. A falta de alternancia política nos postos de goberno; o endebedamento crecente e o aumento desproporcionado dos custos de financiamento; os problemas coa independencia xudicial; o financiamento e o control da actividade dos partidos políticos; a falta de independencia dos medios de comunicación; a ineficiencia e a lentitude procedemental das administracións públicas, así como o carácter informal dalgúns procedementos e a súa falta de control, a arbitrariedade *de facto* en moitos procesos decisorios; a crecente importancia das decisións políticas e non técnicas sobre a ordenación da economía, a inflación normativa e regulatoria (o que entre nós coñecemos como a “motorización” da lexislación) que provoca a falta de certeza na norma aplicable, a súa interpretación e os seus destinatarios, e polo tanto o aumento dos espazos de discrecionalidade; o goberno de natureza “familiar” das organizacións empresariais; o paso descontrolado do sector público ao privado; a presenza de grupos de crime organizado; a falta de confianza dos cidadáns no Estado e a carencia do desenvolvemento dun sentimento cívico, así como a propia estrutura de valores sociais e a cultura política e a debilidade do sentido de Estado son as causas sinaladas. A corrupción sistémica aparece cando os propios servidores públicos se organizan nunha rede informal pero coordinada, que algúns axentes privados coñecen e apoian economicamente, compartindo logo os beneficios. Por outro lado, é tamén interesantísimo o intento que outro dos autores, o profesor Comandini, leva a cabo para explicar o fenómeno da corrupción desde a perspectiva da análise económica do dereito. Aquí a súa conclusión é clara: a corrupción é eficiente nun sistema excesivamente burocratizado e de regras inxustificadamente rixidas, en que a corrupción é utilizada como medio para superar esas trabas ilexítimamente. É incorrecto ademais, segundo o autor, formular a loita contra a corrupción en termos de concorrencia económica, e non porque a libre competencia non sexa necesaria, ao contrario, pero por si soa non pode atallar a corrupción. O motivo subxacente é que precisamente o problema da corrupción non se atopa nos suxeitos do mercado, senón na corrupción burocrática: canto maiores son as potestades atribuídas aos funcionarios corruptos maior será o volume de ofertas corruptas, e en

semellante contexto unha maior competencia só significa, desgraciadamente, un aumento das poxas por acceder a esas ofertas ilexítimas. A parte xeral continúa cun estudo do profesor Cerulli sobre a ética pública e a disciplina das funcións administrativas, que aborda un dos puntos máis difíciles do problema, a formación dun sistema de valores contrario á corrupción que poida ser compartido polos propios operadores xurídicos e polos empregados públicos; e remata á fin cunha análise sobre os tratados internacionais na materia e a súa incorporación ao ordenamento italiano, asunto tamén de interese para un estudo comparado.

A segunda parte do traballo examina os instrumentos de prevención da corrupción. De aquí destacamos tres propostas: a ancoraxe constitucional italiana da loita contra a corrupción, mediante unha nova lectura dalgúns dos preceptos da norma fundamental italiana; a protección dos *whistleblowers*, figura tamén de actualidade no dereito español, e a disciplina do Tribunal de Contas italiano, de similar importancia no control da contabilidade pública ao seu homólogo español. Esta segunda parte continúa estudando tamén a figura da imparcialidade do funcionario e dos distintos cargos públicos que poden verse ameazados por certos casos de corrupción, singularmente os xuíces e maxistrados. Unha terceira parte do traballo examina a dimensión obxectiva da corrupción, e singularmente o seu control mediante novos principios de dereito administrativo (con especial atención á transparencia), mentres que a cuarta se dedica a estudar os sectores “candentes”: o urbanismo, os contratos públicos, a sanidade e os servizos públicos. Por último, nunha quinta parte o profesor Merloni preséntanos un índice das propostas que foron formuladas ao longo de toda a obra, reafirmando os argumentos xa expostos máis arriba, e recapitulando as conclusións deste proliso estudo.

En definitiva, presentamos nesta recensión unha obra básica no estudo concienciado da corrupción en Europa, dunha pulcritude metodolóxica que deixa poucos recantos sen explorar, e que ademais aborda o problema no contexto dun ordenamento particularmente sensible a este. É, na nosa opinión, unha obra de consulta necesaria para todo aquel que aspire a facer un exame sobre a corrupción administrativa en España, e unha obra de referencia para todo o dereito europeo.

Héctor Iglesias Sevillano

Doutorando de Dereito Administrativo
da Universidade Autónoma de Madrid e da Universidade de Bolonia (SPISA)
Bolseiro do Real Colexio de España
hector.iglesias@predoc.uam.es

