

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 de la Escola Galega de Administración Pública

administración & ciudadanía

– VERSIÓN CASTELLANA –



Sumario / Summary

LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO / THE FREE TRADE AGREEMENTS

_ ARTÍCULOS / CONTRIBUTIONS

[263-330]

GONZÁLEZ VEGA, Javier A. (Universidad de Oviedo, España) «**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 TTIP*

[265-282]

MARTÍNEZ ARGÜELLES, Santiago (Universidad de Oviedo, España) «**El TTIP en contexto: razones y efectos**» / *The TTIP in context: reasons and effects*

[283-298]

CALLEJAS FONSECA, Leopoldo | TAVERA OCHOA, Rodrigo (Universidad Latina de América, México) «**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*

[299-312]

REILLY, Sarah (Universidad de Santiago de Compostela, España) «**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*

[313-330]

OTRAS TEMÁTICAS / OTHER SUBJECTS

_ ARTÍCULOS/ CONTRIBUTIONS

[331-500]

SIOTA ÁLVAREZ, Mónica (Universidad de Vigo, España) «**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*

[333-362]

GARCÍA COSTA, Francisco Manuel (Universidad de Murcia, España) «**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*

[363-394]

TERUEL LOZANO, Germán M. (Universidad de Murcia, España) «**La reforma de los reglamentos parlamentarios como instrumento para la regeneración democrática**» / *The reform of parliamentary regulations as an instrument for democratic regeneration*

[395-406]

ESTÉVEZ ABELEIRA, Teresa (Universidad de Vigo, España) «**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*

[407-428]

FARIÑA SANTOS, Mariña-Balbanera (Universidad de Santiago de Compostela, España) «**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*

[429-452]

AMENEDO BERMÚDEZ, Pablo (Funcionario del Cuerpo Superior de la Administración de la Xunta de Galicia, España) «**Fundamentos y tramitación del procedimiento arbitral de transportes**» / *Fundamentals and processing of the transport arbitration procedure*

[453-476]

CANEIRO GONZÁLEZ, Paloma (Universidad de A Coruña, España) | PÉREZ HERMIDA, Crístel Magdalena (Abogada, A Coruña, España) «**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* [477-488]

AL-HUSSEN VILLA, Nour (Universidad de Santiago de Compostela, España) «**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* [489-500]

_ **CRÓNICAS / CHRONICLES** [501-506]

PAZOS CASTRO, Ricardo (Universidad de Santiago de Compostela, España) «**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'* [503-506]

_ **RECENSIONES / REVIEWS** [507-512]

IGLESIAS SEVILLANO, Héctor (Universidad Autónoma de Madrid, España) «**Merloni F. y Vandelli L. (coords.): La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi, Firenze, Passigi Editori, 2010**» / *Merloni F. and Vandelli L. (coords.): La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi, Florence, Passigi Editori, 2010* [509-512]

Proceso de selección e avaliación dos orixinais
Normas de publicación [513-514]

Proceso de selección y evaluación de los originales
Normas de publicación [515-516]

Selection of contributions and evaluation process
Publication requirements [517-518]

LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO



Artículos

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 Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad 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, considerarase 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 renqueante 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 La nueva generación de acuerdos de libre comercio. 2 El desarrollo de las negociaciones comerciales: confidencialidad vs. transparencia. 2.1 La elaboración de los acuerdos. 2.2 La confidencialidad en el proceso de negociación y la incidencia del principio de transparencia. 2.3 La confidencialidad y el papel de los *lobbies* en el proceso negociador. 2.4 La adopción y la autenticación de los textos de los acuerdos y la quiebra de la confidencialidad: la “renegociación” del CETA. 3 El control democrático de los acuerdos: el papel del Parlamento Europeo, de los Estados y de los ciudadanos. 3.1 El control del acuerdo por parte del Parlamento Europeo. 3.2 El papel de los Estados: la función de los gobiernos y la eventual intervención de los parlamentos nacionales en la hipótesis de la “mixtura” del CETA y el TTIP. 3.3 Los mecanismos de la democracia participativa y su incidencia en la conclusión del acuerdo. 3.4. La eventualidad del control jurisdiccional. 4 A modo de conclusión: negociar en “tiempos líquidos”. 5 Bibliografía.

1 LA NUEVA GENERACIÓN DE ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

En el último lustro se ha registrado un significativo desarrollo en la negociación de tratados de libre comercio entre significativos grupos de Estados. Se trata de una “nueva generación” de acuerdos, toda vez que, superando las clásicas técnicas de liberalización comercial, aspiran a intensificar los intercambios de todo orden sobre la base –no de unos desarmes arancelarios crecientemente generalizados merced a la acción sucesiva del GATT y de la OMC–, sino conforme a una relativa armonización de las reglas comerciales entre los Estados participantes¹. A esta nueva generación responden, entre otros, los nuevos tratados multilaterales restringidos (llamados ahora “plurilaterales”), como el *Acuerdo de Asociación Transpacífico* (TPP)², el *Acuerdo Económico y Comercial Global* (en lo sucesivo, CETA) en vías de conclusión entre la Unión Europea y Canadá³, la aparentemente fallida *Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión* (en lo sucesivo, TTIP) o el menos conocido *Acuerdo sobre el Comercio de Inversiones y Servicios* (TISA), cuya negociación iniciaron los EE. UU., la UE y otros Estados de la OMC, proclives a una intensificación de los, a su juicio, magros resultados del AGCS/GATS de 1995⁴.

Aunque los objetivos que animan a estos nuevos acuerdos se sustentan en la potenciación del libre comercio –al que se suman ahora las inversiones–, conviene advertir que las herramientas que se contemplan en ellos no son los tradicionales desarmes arancelarios al uso –reducidos hoy por ejemplo en las relaciones trasatlánticas a cifras anecdóticas⁵–, sino medidas de otro cariz –fundamentalmente, la eliminación de las barreras técnicas o fiscales– tras las que se esconde muchas veces el proteccionismo –tal como en su día puso de manifiesto el célebre asunto *Cassis de Dijon*⁶–, pero que también en ocasiones responden a objetivos (salud, medio ambiente, protección de los consumidores, etc.), merecedores de atención por los poderes públicos.

El cambio de modelo supone en la práctica una redefinición de las áreas de libre comercio, abandonando las anteriores tentativas por establecer un marco global (“multilateralismo”) en el seno de la OMC⁷, en pro de espacios más restringidos, a los que alude el término “plurilateralismo”. Sin embargo, esta apuesta por el particularismo puede reportar inconvenientes tanto

desde una perspectiva jurídica como económica, pues las especificidades inherentes a estos nuevos acuerdos “incrementan” la fragmentación de las reglas del juego para las empresas implicadas en el comercio internacional, generando(les) al mismo tiempo sustanciales costes de información”⁸. En otro orden de cosas, este nuevo diseño tiene unas implicaciones geopolíticas evidentes porque tanto el TPP como el CETA o el TTIP dejan fuera, de un lado, a los BRICS, así como a las restantes economías emergentes, por lo que no ha faltado quien ve en ellos exponentes de la nueva estrategia del capitalismo global⁹.

Siendo muchas las cuestiones que suscita la regulación contemplada en estos acuerdos, este trabajo se limitará a abordar el examen jurídico de las cuestiones que suscita su proceso de negociación y conclusión desde la perspectiva que plantea la implicación en ellos de la Unión Europea. Se comprenderá por tanto que nuestra atención se dirija tanto hacia el CETA –en curso de conclusión– como hacia el languideciente TTIP, toda vez que estos han despertado un interés inusitado, lejos de la relativa placidez con la que hasta ahora discurrían los procesos de negociación comercial abordados por la Unión.

2 EL DESARROLLO DE LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES: CONFIDENCIALIDAD VS. TRANSPARENCIA

Las negociaciones entabladas por la UE con Canadá y los EE. UU., respectivamente, con miras a fortalecer el libre comercio a ambas orillas del Atlántico se iniciaron respectivamente en 2009 y 2013. En su desarrollo se han planteado cuestiones tales como la determinación de los actores participantes y los límites existentes en su proceso –particularmente la discreción que han mantenido los negociadores–. En el análisis que sigue, no obstante, incidiremos asimismo en la influencia de las partes interesadas (*stakeholders*) en el contenido de las negociaciones.

2.1 La elaboración de los acuerdos

Por parte de la Unión Europea, la negociación de los acuerdos compete a la Comisión, siguiendo –eso sí– las instrucciones cursadas por el Consejo al autorizar su apertura y aprobar el mandato negociador¹⁰. Se da aquí una división de funciones característica de todo proceso de negociación internacional: p.e. en España, la Constitución y la Ley 25/2014, de 27 de diciembre, de tratados y otros acuerdos internacionales (LTOAI) –esta última, particularmente–, precisan que el Gobierno acuerda la apertura de negociaciones, pero estas las desarrolla el ministerio competente *ratione materiae*¹¹. Este papel esencial atribuido a la Comisión en esta fase del proceso de elaboración de los acuerdos, por otra parte, no se ve cuestionada por el hecho de que las materias eventualmente comprendidas en ellos excedan de las competencias atribuidas en exclusiva a la Unión Europea, pues incluso en la eventualidad de que su contenido final conforme un supuesto de “acuerdo mixto” –esto es, un tratado precisado para su conclusión de la participación adicional de los Estados miembros– la práctica institucional ha venido atribuyendo el rol negociador –aun en estos casos– en exclusiva a la Comisión¹². En otro orden de cosas, conviene destacar que en lo que respecta al CETA, el equipo negociador de la parte canadiense incluía a representantes de diferentes provincias, en conformidad con las previsiones de su sistema constitucional; no así, en el caso del TTIP, donde la negociación por parte estadounidense era monopolizada por los representantes de la Unión (americana), dadas las competencias exclusivas en manos de esta¹³.

Por otra parte, en cuanto a su desarrollo, el proceso negociador –tanto del CETA y el TTIP como de cualquier otro tratado– se caracteriza por su notable flexibilidad¹⁴. Los negociadores pueden convenir en estructurar la negociación como tengan a bien, su desarrollo puede acelerarse o prolongarse en el tiempo y puede suspenderse o darse por terminado en cualquier momento en virtud de sus exclusivos intereses. De hecho, no son frecuentes las obligaciones jurídicas en materia de negociación de acuerdos (*pacta de contrahendo*) y en el caso que nos ocupa la libertad de los negociadores –con las salvedades apuntadas en relación con su mandato respectivo– es plena. De hecho, las exigencias que impone el derecho internacional en lo que respecta a la genérica observancia en su transcurso del principio de buena fe aunque entrañan la necesidad de adoptar un enfoque constructivo en el desarrollo de la negociación, en la práctica sólo se traducen en la exigencia de que no se recurra a engaños o maquinaciones fraudulentas con miras a propiciar un acuerdo que de otra forma no tendría lugar¹⁵.

De hecho, la relativa anomia característica del proceso negociador sólo encuentra un límite en la vigencia –como se verá, por otra parte, relativa– del denominado principio de la confidencialidad en el desarrollo de las negociaciones¹⁶.

2.2 La confidencialidad en el proceso de negociación y la incidencia del principio de transparencia

En efecto, un rasgo característico de toda negociación en derecho internacional ha sido tradicionalmente el de la confidencialidad. Es verdad que el Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969 –expresivo del derecho en vigor en la materia como ha reconocido repetidas veces el TJUE– no se refiere a ello y de forma significativa también la reciente ley española de tratados omite toda referencia al tema cuando define el término¹⁷, pero se da por sentado que es un rasgo propio de toda negociación; tanto es así que en el pasado incluso los “Estados socialistas” –que tendrían a cuestionar buena parte de las reglas del derecho internacional como expresión de un orden burgués– se caracterizaban por insistir en tal exigencia¹⁸. Desde entonces y pese a los profundos cambios experimentados en el sistema internacional, la situación no ha cambiado radicalmente: sirva para demostrarlo que durante las recientes negociaciones desarrolladas con Irán con miras a alcanzar un acuerdo en relación con su programa nuclear la confidencialidad se ha mantenido –incluso en términos muy estrictos– durante el proceso¹⁹.

No obstante, la regla de la confidencialidad no es un principio inmutable. En particular, el desarrollo “exponencial” de negociaciones en entornos multilaterales ha tendido a introducir mecanismos de publicidad: las grandes conferencias internacionales promovidas por las Naciones Unidas –sirva de ejemplo la desarrollada en París en otoño de 2015 sobre el clima– han propiciado una difusión de las propuestas negociadoras, convirtiéndose la publicidad en un elemento más de presión en el contexto negociador; de hecho –como se ha destacado– la presión social y la transparencia que caracteriza a estos entornos coadyuvan a la “fuerza civilizadora de la hipocresía”, conforme a la cual los Estados se ven obligados a edulcorar sus posiciones negociadoras “con invocaciones al interés general en vez de la egoísta defensa de sus solos intereses”²⁰.

No hay duda de que –pese a las especificidades que comporta la observancia del derecho de los tratados en el ámbito de la UE, tal como ha destacado P. Andrés Sáenz de Santa María en un reciente y pormenorizado estudio²¹– las reglas anteriormente descritas resultan en ella

operativas. Sin embargo, la existencia de un *principio de transparencia*, que ordena el funcionamiento de la Unión y obliga –entre otras cosas– a sus instituciones a facilitar información a los ciudadanos acerca de las actuaciones que esta emprende obliga a matizar las precedentes afirmaciones. De hecho, tras el Tratado de Lisboa de 2007 ha habido importantes desarrollos tanto normativos como derivados de la práctica institucional que han introducido una considerable presión sobre la vigencia de la confidencialidad, en clara contestación a los afanes de la Comisión y del Consejo por ampliar su dominio so pretexto de la dimensión “securitaria” presente en muchas acciones de la UE²². Y es que la publicidad, además de reforzar la transparencia del sistema jurídico de la Unión, pone en camino hacia un empoderamiento de los ciudadanos europeos sobre los asuntos globales²³.

Como resultado, como ha destacado su Tribunal de Justicia, la tensión entre transparencia y confidencialidad en el dominio de las negociaciones internacionales desarrolladas por la UE no se resuelve siempre en favor de la segunda, pues:

“la participación del público en el procedimiento relativo a la negociación y conclusión de un tratado internacional está necesariamente restringida, teniendo presente el interés legítimo de no desvelar los elementos estratégicos de las negociaciones”²⁴.

Aquel concluía reconociendo que el mismo interés general imponía en el caso el hecho de que el documento reclamado fuera accesible.

Empero, las negociaciones comerciales del tipo de las planteadas en el CETA y en el TTIP plantean problemas de orden estructural para posibilitar el despliegue del apuntado principio de transparencia, dado que su negociación discurre conforme al principio del *package deal*; esto es, se trata de una “negociación global” que alcanza a todos sus puntos hasta que se logre un acuerdo definitivo²⁵; o, lo que es lo mismo, que los términos acordados no son firmes hasta el cierre mismo de la negociación, por lo que una eventual publicidad de las negociaciones no garantiza un cabal conocimiento de los términos del acuerdo: más aún, la instrumentalización de esta podría propiciar cambios drásticos en el contenido de los compromisos provisionalmente alcanzados.

Con todo, ha de reconocerse que, tras el “secretismo inicial” en los albores de la negociación del TTIP –no en las del CETA²⁶–, este ha sido paulatinamente abandonado por parte de la “Comisión Juncker” (difusión del mandato negociador; consultas públicas en 2014; publicidad de las propuestas negociadoras de la Comisión, etc.)²⁷, en lo que se percibió como una clara respuesta a las agudas críticas recibidas por parte de la opinión pública y las organizaciones de la sociedad civil²⁸. El resultado sitúa a la UE a considerable distancia del grado de información que se dispensa al proceso negociador en los EE. UU. y del común, por otra parte, en otras negociaciones de esta índole²⁹.

2.3 La confidencialidad y el papel de los *lobbies* en el proceso negociador

Conviene reparar en un último argumento sobre la base del cual se ha defendido la pertinencia del mantenimiento de la confidencialidad en los procesos negociadores en materia económica y comercial y conforme al cual la reserva mantenida a lo largo de su desarrollo trataría de evitar la interferencia de los grupos de interés, supuestamente afectados por el acuerdo en ciernes. Desde esta perspectiva, se ha señalado que:

“la realidad de una negociación obliga a admitir que, durante el forcejeo que cada parte realiza en defensa de sus intereses, se beneficia a algunos sectores de su propia economía tal vez en perjuicio de otros”³⁰.

De suerte que

“uno de los problemas que plantea esta difícil y a veces penosa decisión es que, si la concesión fuera narrada al público sin explicaciones complementarias, tropezaría con insoportables presiones de los sectores perjudicados”³¹.

Ahora bien, sería ingenuo pretender que el desarrollo de las negociaciones discurre al margen de los actores interesados por su resultado, máxime si analizamos –como es el caso– un proceso que interesa a los más importantes actores económicos y comerciales del planeta³². De hecho, la importancia que en el marco de las negociaciones se confiere a los *stakeholders* queda clara en el simple hecho de reparar que al inicio de cada ronda negociadora tiene lugar un encuentro entre estos y las principales organizaciones representativas de los sectores interesados. Pero al margen de esta “ritualización”, los contactos entre unos y otros se desarrollan al hilo de las mismas por cauces que no resultan usualmente conocidos. El influjo que deparan estos contactos resulta difícil de calibrar, pero es sin duda notable, por lo que parece conveniente arbitrar mecanismos que palién las deficiencias actualmente existentes, acrecentando al menos la transparencia –si es posible– de estos grupos de presión. En este orden, es evidente que la regulación existente en el marco de la UE, con ser ciertamente más satisfactoria que la existente en muchos Estados miembros –el caso español en este punto es desalentador³³– resulta manifiestamente mejorable, pese a los intentos en curso³⁴.

2.4 La adopción y autenticación de los textos de los acuerdos y la quiebra de la confidencialidad: la “renegociación” del CETA

La confidencialidad que rodea al proceso negociador concluye una vez que este termina con la adopción y autenticación del texto del acuerdo. Si bien la adopción supone la expresión del acuerdo de los negociadores sobre el texto del tratado, este proceso va seguido indefectiblemente por la autenticación a través de la cual los negociadores convienen en identificar el texto sobre el que expresan su acuerdo, declarando su autenticidad –de ahí el término– y considerándolo irreformable (*ne varietur*).

El derecho internacional –codificado en los mencionados Convenios de Viena– regula estas cuestiones estableciendo las modalidades susceptibles de ser acogidas por los negociadores para llevar a efecto tales actos. En este punto, dado que las negociaciones aquí consideradas son de carácter bilateral, la adopción no plantea especiales problemas, concretándose en el acuerdo unánime de las respectivas delegaciones acerca del texto adoptado. En cuanto a la autenticación, en cambio, existe diversidad de procedimientos con miras a proceder a la adveración del texto; los Convenios de Viena identifican –de forma no exhaustiva– algunos de ellos, como la firma, la firma *ad referendum* y la rúbrica.

Conviene destacar que en la práctica convencional desarrollada por la Unión Europea es la rúbrica el procedimiento usualmente seguido a tales efectos, tras la cual el texto resulta –en principio– definitivo, pudiendo darse a conocer su contenido³⁵. En el caso del CETA, efectivamente la autenticación se realizó el 1 de agosto de 2014, procediendo poco después a la difusión del contenido del acuerdo. En concreto, los entonces presidentes de la Comisión, M. Durão Barroso, y del Consejo Europeo, H. van Rompuy, y el primer ministro canadiense de la época, S.

Harper, anunciaron de manera conjunta el final de las negociaciones en la Cumbre UE-Canadá de 26 de septiembre de 2014, tras lo cual el texto del acuerdo se hizo público el mismo día. A partir de ese momento, el texto del acuerdo fue conocido tanto por los Estados miembros como por el público, propiciando una reacción adversa no sólo entre la movilizadora opinión pública, sino entre algunos de los gobiernos de los Estados miembros, poco conformes con algunas de las soluciones arbitradas en sus disposiciones.

En puridad, no obstante, dado que el texto había sido autenticado, no cabía esperar que experimentara sensibles modificaciones, salvo las que resultaran del denominado proceso de revisión jurídica (*legal scrubbing*), conforme al cual se procede a efectuar leves ajustes en el texto acordado con miras a acomodarlo a la terminología jurídica específica respectiva. En este caso, sin embargo, el proceso de revisión fue aprovechado para introducir modificaciones de alcance, resultado de un velado proceso de renegociación con miras a sustituir las disposiciones más controvertidas –en concreto, las relativas al mecanismo de arreglo de controversias en materia de inversiones (comúnmente denominado ISDS)– para atender las exigencias formuladas por algunos Estados en línea con las demandas de la opinión pública y de sectores caracterizados, particularmente las asociaciones judiciales. Como consecuencia, el texto difundido por la Comisión Europea, tras el proceso de revisión jurídica, el 29 de febrero de 2016, presentaba significativas alteraciones respecto de la versión de 2014³⁶.

La experiencia en este caso venía a demostrar que las cortapisas derivadas de la confidencialidad observada en su elaboración habían jugado un flaco favor al propio acuerdo, que, una vez conocido, debía ser objeto de una “renegociación” vergonzante.

3 EL CONTROL DEMOCRÁTICO DE LOS ACUERDOS: EL PAPEL DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE LOS ESTADOS Y DE LOS CIUDADANOS

El desarrollo de la vertiente exterior de la Unión ha de acomodarse a los principios que vertebran su estructura; entre ellos, el principio democrático. La conclusión de acuerdos de naturaleza comercial, sean de viejo cuño o de nueva generación, requiere por consiguiente su subordinación a controles democráticos. Indudablemente, entra aquí en juego el correspondiente al Parlamento Europeo, si bien cabe plantearse si ese control no habrá de interesar igualmente a los parlamentos nacionales e incluso a los propios ciudadanos a través de los instrumentos de la democracia participativa, reforzados tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Por otro lado, dado que tanto la Unión como sus Estados miembros respetan el principio de la “Unión/Estado de derecho”, este se ve salvaguardado en último análisis a través del sistema jurisdiccional multinivel que conforman los órganos jurisdiccionales de la UE y de sus Estados miembros, que pueden venir llamados a intervenir para controlar la legalidad de aquellos.

3.1 El control del acuerdo por parte del Parlamento Europeo

En cuanto a lo primero –el control por parte del PE–, la información facilitada regularmente a la cámara es, por el momento, reducida por todo lo expuesto con anterioridad³⁷. Con todo, es el Parlamento Europeo el responsable –a través del “procedimiento legislativo especial”, antes conocido como “dictamen conforme”– de pronunciarse a favor o en contra del acuerdo (artículo 218 TFUE); eso sí, limitándose a aprobarlo o rechazarlo, pero sin poder introducir ningún tipo

de enmiendas³⁸. No es menos cierto, sin embargo, que esta capacidad limitada de actuación es conforme con la existente en las instituciones parlamentarias de los Estados miembros; por recurrir al ejemplo español, durante el proceso de autorización parlamentaria, la formulación de enmiendas al articulado de los tratados internacionales sometidos a su aprobación está vedada por los reglamentos parlamentarios. Con arreglo a estas premisas, el PE concedía recientemente su aprobación a la celebración del CETA³⁹.

Estas restricciones en la capacidad de la institución parlamentaria no le impiden en cambio solicitar un dictamen del Tribunal de Justicia para el caso de que considere que el proyecto de acuerdo resulta incompatible con los tratados (artículo 218.11 TFUE). En este caso, se abre la vía para un control jurisdiccional⁴⁰, que puede abocar –el dictamen del TJUE pese a su denominación tiene carácter vinculante– a una resolución negativa que impida su conclusión u obligue a una renegociación de su contenido.

3.2 El papel de los Estados: la función de los gobiernos y la eventual intervención de los parlamentos nacionales en la hipótesis de la “mixtura” del CETA y el TTIP

Ciertamente, los Estados miembros –sus gobiernos– participan en el *iter* decisorio, pues es al Consejo de la UE –en el que se hallan todos ellos representados– al que corresponde aprobar el acuerdo; cosa distinta es qué reglas habrían de resultar aplicables, por cuanto –desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la consiguiente revisión de las disposiciones de la UE en materia de política comercial– según se califique el acuerdo, conforme al artículo 207.4 TFUE, puede requerirse bien una simple mayoría cualificada (primer apartado) o bien unanimidad (acuerdos en materia de servicios o inversiones requeridos de desarrollo interno por unanimidad, acuerdos con implicaciones culturales, en materia de servicios sociales, educación, etc.), con posibilidad de veto por parte de cualquier Estado en este último caso⁴¹; esta última opción es la que manejaba el Gobierno griego de Syriza cuando blandía en 2015 la posibilidad de oponerse al futuro TTIP⁴².

Más discutible resulta la cuestión de si los parlamentos nacionales habrán de venir llamados a intervenir en el proceso. En tal sentido, si bien desde la Comisión se han trasladado en sucesivos momentos opiniones en tal sentido (y en el contrario)⁴³, algunos parlamentos nacionales –entre los que no se encontraba el español– se planteaban en 2014 una iniciativa a tal fin⁴⁴, con apoyo en una interpretación de tales acuerdos que permitiría su engarce en las disposiciones del artículo 218.8 TFUE, en donde subsiste aún hoy en día la tipología de los “acuerdos mixtos”, requeridos como tales de su aprobación tanto por la UE como por los Estados miembros, “de conformidad con sus reglas constitucionales respectivas” –ergo, en España mediante autorización parlamentaria (no es en cambio preceptivo un referéndum)⁴⁵–, con la consiguiente posibilidad de veto por parte de cualquier Estado. No ha de ocultarse que tal planteamiento, sin embargo, se ve dificultado por el aparente tenor restrictivo del artículo 218.8, que enumera *uti singuli* los acuerdos en cuestión: acuerdos de asociación (p.e. el Acuerdo de Cotonú)⁴⁶, acuerdos con Estados candidatos a la adhesión, así como el eventual acuerdo de adhesión de la UE al CEDH (“torpedeado” como es sabido, por el TJUE en su Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014)⁴⁷. Con todo, la cuestión parece haberse resuelto definitivamente con el reciente Dictamen TJUE 2/15 de 16 de mayo de 2017 en donde el Tribunal asume el carácter de “competencia compartida” –y la consiguiente “mixtura”– de muy concretas materias contenidas en

los acuerdos comerciales de nueva generación –como los que abordamos– imponiendo en este caso su necesaria conclusión por parte de los Estados miembros conforme a sus procedimientos constitucionales respectivos⁴⁸; ergo, precisados de la autorización parlamentaria correspondiente. Adviértase, no obstante, que aun en tales casos, la intervención de las cámaras parlamentarias competentes de los Estados miembros no impediría la eventual aplicación provisional de los acuerdos con anterioridad a su aprobación por aquellas, cuestión esta siempre sensible⁴⁹.

Una última precisión –derivada en este caso del reciente proceso de firma del CETA– es la relativa a que las instancias parlamentarias competentes a nivel nacional –en el caso de que vengan llamadas a intervenir en el proceso– han de ser las que tengan atribuida la competencia para ello, de acuerdo con el principio estructural del respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros (artículo 4.2 TUE), con arreglo a la cual –principios de autonomía institucional y procedimental– los órganos llamados a intervenir y los procedimientos a seguir son los que determine el ordenamiento interno respectivo. Viene esta salvedad a propósito de las especificidades que aporta el derecho belga en la materia, en donde –en consonancia con el (con) federalismo evolutivo allí existente– se atribuye a los parlamentos regionales –y no al nacional– la competencia para autorizar los tratados que afecten a materias de su competencia⁵⁰. De ahí que, frente a las críticas dirigidas por algunos autores⁵¹, resulte plenamente congruente la eventualidad de un veto como el planteado por el Parlamento de Valonia con ocasión del acto de firma del CETA. En ese momento, en efecto, su 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 es sabido, el incidente era finalmente resuelto, merced al compromiso expresado por la UE de dotar de garantías –en la línea solicitada por aquel– al proceso de conclusión del mismo⁵³.

3.3 Los mecanismos de la democracia participativa y su incidencia en la conclusión del acuerdo

Finalmente, conviene analizar la cuestión del *supuesto control en manos de la ciudadanía europea*. En este orden, es cierto que el Tratado de Lisboa –recuperando fórmulas contenidas en el fallido Tratado constitucional de 2004– ha introducido previsiones en relación con la denominada “democracia participativa” (artículo 11 TUE). Este principio, sin embargo, se limita a modular el diseño del sistema político de la UE, firmemente anclado en la noción de “democracia representativa” (artículo 10 TUE); como consecuencia, la regulación atinente a la participación de la ciudadanía se cifra esencialmente en los mecanismos de diálogo y consulta abiertos eventualmente a la participación de la sociedad civil (*v. gr.* los habituales libros verdes o las ya mencionadas consultas públicas desarrolladas en relación con el CETA y el TTIP). En cambio, la aplicabilidad del mecanismo de la *iniciativa ciudadana europea* (en lo sucesivo, ICE) –contemplada en el artículo 11.4 TFUE⁵⁴ y equivalente de la “iniciativa legislativa popular” regulada en nuestra Constitución (artículo 87.3 CE)⁵⁵–, en lo que atiende a la negociación y eventual conclusión de tales acuerdos, se torna más problemática. De hecho, esta fórmula queda –en principio– reservada para propuestas legislativas, fórmula bajo la cual no parece subsumirse en principio la conclusión de tratados internacionales, como es el caso; por otra parte, su aceptación –aun en aquellos supuestos– quedaría al albur de la inequívoca discrecionalidad que a la

Comisión confiere la normativa en vigor, de ahí que una primera iniciativa fuera ya descartada por esta en 2014 al situarse fuera “del ámbito competencial definido”⁵⁶.

Ha de advertirse, sin embargo, que la propia práctica de la Comisión en la materia ha tendido a abandonar su rígido formalismo anterior. En tal sentido, a finales de 2015 la Comisión declaraba admisible la iniciativa ciudadana *Wake Up Europe!*, que no perseguía el desarrollo de una propuesta legislativa, sino la activación del procedimiento sancionador previsto en el artículo 7 TUE, abonando por consiguiente una concepción más laxa de la noción de “acto jurídico” en el contexto del procedimiento participativo⁵⁷. Y por otra parte, abundando en esta orientación, recientes decisiones del Tribunal General de la UE han cuestionado tanto la rigidez del mecanismo como la amplia discrecionalidad en manos de la Comisión Europea; en tal sentido, de un lado, aquel ha rechazado la estrecha caracterización del objeto de las propuestas instrumentadas a través de la ICE y lo ha hecho precisamente a propósito del rechazo por la Comisión de la iniciativa *STOP TTIP*. En su pronunciamiento, el Tribunal General desarrolla un razonamiento en el que aboga por una lectura generosa de los cauces participativos, el cual por su relevancia nos vemos obligados a transcribir. Allí se dice que:

“...la normativa relativa a la ICE no incluye indicación alguna en virtud de la cual no quepa contemplar la participación ciudadana para impedir la adopción de un acto jurídico. Si bien es cierto que, según el artículo 11 TUE, apartado 4, y el artículo 2, apartado 1, del Reglamento n. 211/2011, el acto jurídico previsto debe contribuir a la aplicación de los tratados, así ocurre sin duda en el caso de los actos que tienen por objeto impedir la celebración del TTIP y del CETA, que tienen como finalidad modificar el ordenamiento jurídico de la Unión.

Como han señalado acertadamente los demandantes, es evidente que el objetivo de participación en la vida democrática de la Unión que persigue el mecanismo de la ICE incluye la facultad de solicitar la modificación de los actos jurídicos en vigor o su revocación, en todo o en parte.

Por tanto, nada justifica tampoco excluir del debate democrático los actos jurídicos que pretenden que se revoque una decisión por la que se autoriza la apertura de negociaciones para la celebración de un acuerdo internacional, igual que ocurre con los actos que tienen por objeto impedir la firma y la celebración de tal acuerdo, los cuales, en contra de la tesis defendida por la Comisión, producen innegablemente efectos jurídicos autónomos, al impedir, en su caso, una modificación anunciada del derecho de la Unión.

La tesis defendida por la Comisión, tal como parece deducirse de la decisión impugnada, implicaría en definitiva que una ICE sólo pudiese referirse a la decisión del Consejo de celebrar o de autorizar la firma de acuerdos internacionales cuya iniciativa hubiesen asumido las instituciones de la Unión y que estas hubiesen negociado previamente, impidiendo al mismo tiempo a los ciudadanos de la Unión recurrir al mecanismo de la ICE para proponer modificaciones de tales acuerdos o su abandono. Es cierto que, ante el Tribunal, la Comisión ha afirmado que una ICE puede, en su caso, incluir también una propuesta de apertura de negociaciones para la celebración de un acuerdo internacional. Pues bien, nada justifica, en este último supuesto, que se obligue a los autores de una propuesta de ICE a esperar a la celebración de un acuerdo para poder impugnar a continuación únicamente la conveniencia de este.

Tampoco puede prosperar la alegación de la Comisión de que los actos que la propuesta de ICE le invita a presentar al Consejo supondrían una injerencia inadmisibles en el desarrollo de un procedimiento legislativo en curso. En efecto, el fin perseguido por la ICE es permitir a los

ciudadanos de la Unión participar más en la vida democrática de la Unión, en particular explicando en detalle a la Comisión las cuestiones que plantea la ICE, invitando a dicha institución a presentar una propuesta de acto jurídico de la Unión después de haber presentado la ICE, en su caso, en una audiencia pública organizada en el Parlamento de conformidad con el artículo 11 del Reglamento n. 211/2011 y, por tanto, suscitando un debate democrático sin tener que esperar a la adopción del acto jurídico cuya modificación o abandono en definitiva se persigue.

Por consiguiente, tampoco vulnera el principio de equilibrio institucional, característico de la estructura institucional de la Unión, el hecho de admitir tal posibilidad (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 2015, Consejo/Comisión, C-409/13, EU:C:2015:217, apartado 64), en la medida en que corresponde a la Comisión decidir si da o no un curso favorable a la ICE presentando, conforme al artículo 10, apartado 1, letra c), del Reglamento n. 211/2011, en una comunicación, sus conclusiones finales de carácter jurídico y político sobre la misma, las medidas que en su caso se proponga adoptar y las razones para actuar así o para no hacerlo.

En consecuencia, lejos de suponer una injerencia en el desarrollo de un procedimiento legislativo en curso, la propuesta de ICE es expresión de la participación efectiva de los ciudadanos de la Unión en la vida democrática de esta, sin comprometer el equilibrio institucional que propugnan los Tratados⁵⁸.

De otro lado, también el TGUE ha tratado de poner límites a la discrecionalidad en manos de la Comisión, al advertir que esta se troca en una arbitrariedad antijurídica cuando su rechazo a registrar una iniciativa no se acompaña de una motivación suficiente⁵⁹. Aunque se impone la cautela a la hora de valorar unos pronunciamientos judiciales susceptibles de verse desautorizados por la instancia jurisdiccional suprema de la Unión, no conviene desconocer que los trabajos en curso con miras a una revisión del mecanismo de la ICE podrían propiciar en un futuro la consolidación de estos planteamientos aperturistas.

En otro orden de cosas, ha de destacarse que los límites que el derecho de la UE parece imponer a la democracia participativa en este contexto no impiden que en el orden interno se puedan admitir estas fórmulas. En este sentido, conviene recordar que algunos Estados miembros se han servido del recurso a fórmulas referendarias para consultar a la ciudadanía en relación con diferentes desarrollos producidos en el curso del proceso de integración europea. Además, en este orden, conviene recordar que los Países Bajos han introducido recientemente un procedimiento de iniciativa popular conforme al cual, con arreglo a ciertas condiciones, puede la ciudadanía instar la celebración de un plebiscito en relación con los tratados internacionales concluidos por el Reino o en los que este participe: en tal sentido, la reciente aplicación del mecanismo al polémico supuesto del Acuerdo (mixto) de asociación entre la UE, sus Estados miembros y Ucrania de 2014 supuso el rechazo del cuerpo electoral neerlandés a este en la consulta realizada en abril de 2016, dificultando la conclusión del acuerdo⁶⁰. De hecho, los obstáculos derivados de este plebiscito han tratado de ser sorteados mediante una posterior decisión del Consejo Europeo, ofreciendo una serie de precisiones en relación con el objeto del acuerdo, con miras a posibilitar el levantamiento del veto holandés⁶¹.

3.4 La eventualidad del control jurisdiccional

Como ya hemos señalado, en cuanto “Unión de Derecho”, los controles existentes en la Unión Europea comportan asimismo un control jurisdiccional, en manos del TJUE, ejercitable tanto *ex ante* (dictamen sobre el proyecto de acuerdo, conforme al artículo 218.11 TFUE, pre-

viamente citado) como *ex post* (recurso de anulación, *ex* artículo 267 TFUE), en relación con todo acuerdo internacional –obviamente, también para el CETA y el TTIP– en el caso de que se considere que sus disposiciones contrarían lo dispuesto en los tratados, si bien con las consabidas limitaciones en materia de legitimación procesal, restringida a los Estados miembros y a las instituciones (incluido el PE, tal como hemos visto)⁶². Esta vía no ha de desdeñarse –como se ha apuntado, la Comisión Europea no ha descartado recurrir a ella⁶³– y sus eventuales consecuencias tampoco, por cuanto el TJUE se ha revelado particularmente celoso a la hora de defender sus competencias frente a posibles acuerdos internacionales que puedan ponerlas en riesgo; en tal sentido, desde el año 1993 una copiosa jurisprudencia ha cuestionado numerosos proyectos –o simples hipótesis– de acuerdo (Espacio Económico Europeo, Patente Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¡en este último caso, por dos veces (1996 y 2014)! En todo caso, tal posibilidad –pese a las supuestas clarificaciones ofrecidas por el ya mencionado reciente Dictamen TJUE 2/15– no ha de verse descartada, pues Bélgica ha reiterado su intención de solicitar, conforme al artículo 218.11 TFUE, un dictamen del TJUE referido específicamente al CETA⁶⁴.

Por otra parte, dada la estructura multinivel que coexiste en el seno de la Unión Europea, tampoco ha de descartarse la puesta en marcha de un control jurisdiccional, en este caso a cargo de los tribunales de los Estados miembros en relación con los mencionados acuerdos –una vez más, presupuesto su carácter mixto–. De hecho, en el caso del CETA la cuestión se está planteando tanto en Francia como en otros Estados miembros. Y, en cuanto al TTIP, la doctrina alemana ya sopesaba hace tiempo la posibilidad de un futuro control de este a cargo del Tribunal Constitucional Federal. En este orden, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la laxitud de la legitimación en algunas de estas instancias jurisdiccionales amplía sobremedida las posibilidades de un eventual control sobre estos acuerdos⁶⁵.

4 A MODO DE CONCLUSIÓN: NEGOCIAR EN “TIEMPOS LÍQUIDOS”

La nueva generación de acuerdos de libre comercio en cuya negociación se han embarcado las principales potencias occidentales –y dentro de ellas la UE y sus Estados miembros– ha suscitado una inesperada inquietud entre toda suerte de actores, tal como ha revelado la reciente decisión del presidente de los EE.UU., D. Trump, de desistir en la conclusión del TPP.

Con todas las salvedades posibles, en el caso de la Unión Europea el panorama resulta no menos perturbador. El tradicional sigilo con el que se ha conducido la negociación de los acuerdos comerciales se ha revelado inconciliable con las exigencias de publicidad que una sociedad civil crecientemente movilizadora ha reclamado a las instituciones europeas –particularmente, a la Comisión, responsable efectiva de tales negociaciones. Si bien comprensible técnicamente, la confidencialidad reclamada por esta para su desarrollo no ha satisfecho a aquella y plantea el problema de su difícil conciliación con una Unión Europea cuyo funcionamiento se guía –con las oportunas excepciones– por el principio de transparencia. De hecho, las tentativas de la Comisión por ofrecer una información limitada en el marco de la frustrada negociación del TTIP y la velada renegociación –tras conocerse su contenido– de significativas disposiciones del CETA ponen de manifiesto las limitaciones del viejo modelo y revelan la urgente necesidad de arbitrar futuros mecanismos en los que se concilie la imprescindible reserva con las ineludibles implicaciones de una acción exterior democrática.

En este contexto, no menores son las dificultades que ha de arrostrar la conclusión de unos acuerdos cuya entidad –de la que da prueba su caracterización doctrinal como “acuerdos trans-

formativos” – suscita una comprensible preocupación en los gobiernos y las sociedades de los Estados miembros. En este orden, la pretendida competencia exclusiva de la Unión –cimentada en las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa en el ámbito de la política comercial– no parece satisfacer las exigencias ni de unos ni de otras, que reclaman su participación en el proceso, invocando los unos la controvertida naturaleza mixta de los acuerdos en cuestión, poniendo en marcha las otras los instrumentos de la democracia participativa.

En este confuso panorama, complicado además por el *Brexit* en curso –que obligará en su momento a una nueva revisión del CETA– y la implicación de nuevos actores –tal como ha reflejado el “incidente valón” en el proceso de firma de este acuerdo–, no ha de sorprender que la última palabra corresponda a las instancias jurisdiccionales, tanto de la UE como de los Estados miembros. Grandeza y servidumbre de una Unión y unos Estados miembros cuyo actuar –también en el marco de la política comercial– ha de guiarse por un escrupuloso respeto al principio de la “Unión/Estado de derecho”.

5 BIBLIOGRAFÍA

- Alschnner, W. y 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. y 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. y 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.
- Czuczai, J. 2010. «Mixity in Practice: Some Problems and Their (Real or Possible Solution)», en C. Hillion y 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 Milieudefensie et Stichting Natuur en Milieu*», *Cahiers de Droit Européen*, 51 (1), 151-178.
- Eckhardt, J. y 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 y 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. y Van Waeyenbergh, A. 2015. «La protection juridictionnelle effective en Europe ou l'histoire d'une procession d'Echtornach», *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.
- Ghérari, H. 2015. «L'avenir du cycle de Doha», en SFDI, *Colloque de Lyon, Droit international et Développement*. Paris: A. Pedone, 441-458.

- González Alonso, L.N. y Santos Vara, J. 2013. «La dimensión exterior del Mercado único europeo», en J.M. Beneyto Pérez (dir.), J. Maíllo González-Orús y 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. y 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 y otros (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:en Edicions.
- Guamán, A. y Moreno, G. 2017. «La trampa del Tribunal de Justicia a propósito de los tratados de comercio». <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. y 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. y Bastien, V. 2015. «Le Québec et l’AECG», en Ch. Deblock, J. Lebullenger y 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, octubre de 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 *Dalichi 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 ‘dérèpages 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): ¿Preliudio de la entrada en vigor?», *LA LEY Unión Europea*, 46.
- Ruiz Fabri, H. 2012. «Regulating Trade, Investment and Money», en J. Crawford y 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 y 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. y Fuertes, M. 2016. «Europa: dos vías de agua», *Diario El Mundo*, 14-7-2016.
- Streinz, R. 2015. «Disputes on TTIP: Does the Agreement Need the Consent of the German Parliament?», en C. Herrmann, B. Simma y R. Streinz (eds.), *European Yearbook of International Economic Law. Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship. Liber amicorum in memoriam Horst G.renzler*. Heidelberg: Springer, 271-295.
- VV.AA. 2015. «JIEL Debate: Transformative Transatlantic Free Trade Agreements», *Journal of International Economic Law*, 18, 577-696.
- Waelbroeck, D. y Bombois, Th. 2014. «Des requérants ‘privilegiés’ 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. y O’Neill, M. 2016. «CETA: The EU-Canada free trade agreement», *House of Commons, Briefing Paper*, 7492, 19-2-2016.

NOTAS

- 1 Cottier, 2014: 671. Sobre las razones del cambio, asociadas con la pretendida ineficiencia del “democrático” modelo OMC, vid. Colomer, 2014: 111-113.
- 2 En cuanto al TPP –cuyo texto, a la espera de su revisión, era difundido públicamente el 5 de noviembre de 2015–, vid. Lester, 2015. En todo caso, su futuro se torna incierto tras la decisión del presidente de los EE.UU., D. Trump, de retirar la firma del mismo, adoptada el pasado 23 de enero.
- 3 Ya concluida su negociación –el texto fue rubricado en Ottawa el 26 de septiembre de 2014 y firmado en Bruselas el 30 de octubre de 2016–, el acuerdo es visto por algunos como la antesala del TTIP por su regulación en materia de servicios y por el mecanismo de arreglo de controversias en materia de inversiones (*Investor-State Dispute Settlement, ISDS*). Al respecto, vid. Balmond, 2015: 249-250; Campbell *et al.*, 2015: 185; Segura Serrano, 2015; Webb, O’Neill, 2016.
- 4 Participan así, junto a estos, Australia, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Hong Kong, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Mauricio, México, Noruega, Nueva Zelanda, Pakistán, Panamá, Perú, Suiza, Taiwán y Turquía, http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/index_es.htm (20-02-2017). Se trata de un nuevo envite en este ámbito, tras la experiencia fallida del Acuerdo Multilateral de Inversiones, negociado a caballo de la OCDE y la OMC y “tumbado” en 1998 por la presión del movimiento “antiglobalización”.
- 5 En promedio entre el 3% y el 4,5%, sin perjuicio de que este se eleve al 7% respecto del común de los productos agrícolas y alcance incluso la cota del 30% respecto de productos como el calzado o el acero.
- 6 Sentencia TJ (UE) de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78, EU:C:1979:42.
- 7 Ghérari, 2015: 455-456. Para señalar su carácter innovador, se habla de “acuerdos de libre comercio transformativos” (VV.AA., 2015: 577), por su incidencia en el modelo OMC al uso. La terminología, empero, es cuestionada en razón de sus supuestas deficiencias democráticas (Petersmann, 2016: 461-468). En todo caso su conciliación con el marco OMC es defendida por el Consejo Europeo. Al respecto vid. Conclusiones del Presidente del Consejo Europeo, Bruselas, 9 de marzo de 2017, párr. 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 Artículo 218 TFUE, números 2 a 4. En el caso del CETA, el 24 de abril de 2009, el Consejo autorizó a la Comisión a iniciar las negociaciones de un Acuerdo Económico y Comercial Global con Canadá, manteniendo reservado el contenido de las directrices de negociación que sólo fueron objeto de “desclasificación parcial” año y medio más tarde de la rúbrica del acuerdo (Doc. Consejo, Bruselas, 15 de diciembre 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, en el caso del TTIP el mandato negociador se concretaba en las Directrices de negociación relativas a la Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América (Doc. Consejo, Bruselas, 17 de junio de 2013 (25.06) (OR. en) 11103/13), las cuales –en contra de lo que es práctica habitual– eran objeto de “desclasificación” –y consiguiente publicidad– algo más de un año más tarde (Cfr. Doc. Consejo, Bruselas, 9 de octubre 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)). La disparidad de criterios responde a la intensa contestación que rodeó desde sus inicios a la negociación con los EE.UU.
- 11 Véase el artículo 97 CE y el artículo 5 LTOAI, *BOE*, n. 288, de 28 de noviembre de 2014.
- 12 Sin perjuicio de puntuales excepciones –asociadas a una eventual doble base jurídica del acuerdo a negociar– y no obstante la posibilidad de que en ocasiones los Estados miembros destaquen expertos que asistan a la Comisión en el proceso (Czuczaj, 2010: 238).
- 13 Las divergencias entre ambos Estados obedecen a que Canadá ha ampliado en los últimos años los poderes de las provincias. Respecto de las características que ha revestido la participación –desigual y eminentemente consultiva– de estas en el proceso, vid. Johnson *et al.*, 2015: 27; Kukucha, 2016.
- 14 Con razón se ha podido hablar del “arte” de la negociación (Bassols Jacas, 2016).
- 15 Andrés Sáenz de Santa María, González Vega, 2016: 149.
- 16 No debe confundirse esta idea con la noción de tratado secreto: este último es un acuerdo internacional que no es objeto de publicidad ni en su elaboración ni al término de esta y constituye una manifestación que el derecho internacional ha tratado de limitar (artículo 102

- de la Carta de las Naciones Unidas). Tampoco con los “tratados ocultos”, categoría sobre la que hemos incidido en otro lugar (González Vega, 2013). En cambio, el carácter confidencial de toda negociación no impide que a su término –adopción del texto– este sea dado a conocer.
- 17 De hecho, la ley se limita a definirla como el “proceso por el que se elabora el texto de un tratado internacional” (artículo 2.f), LTOAI, de 27 de noviembre de 2014).
 - 18 Expresivo de ello es el comunicado de protesta del Ministerio de Comercio Exterior de la RP China sobre la difusión por F. Castro del contenido de las negociaciones comerciales chino-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 Sentencia TJUE de 3 de julio de 2014, *Consejo c. in’t Veld*, C-350/12 P, EU:C:2014:2039, pto. 102.
 - 25 Conforme al postulado “*nothing is agreed until everything is agreed*”, cada delegación negociadora se reserva su posición hasta que obtenga plena satisfacción del otro negociador (Korontzis, 2012: 184).
 - 26 En este la publicidad en el curso de las negociaciones se limitó a una serie de contactos con la sociedad civil y las partes interesadas en el marco de la evaluación del impacto sobre la sostenibilidad (Cfr. Comisión Europea, Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, Estrasburgo, 5 de julio 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 La información sobre el proceso está accesible –mayormente en inglés– en el portal de la Comisión Europea (*DG Trade*). Véase http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_es.htm (26-02-2017).
 - 28 La oposición al acuerdo –si bien especialmente patente en el caso alemán, donde los apoyos al TTIP en la primavera de 2016 sólo alcanzaban al 17% de la población– se concretó en el movimiento “Stop TTIP”, una coalición de organizaciones de la sociedad civil, en la que se incluían sindicatos, ONG de consumidores y ecologistas, genuinamente paneuropeo y unido en torno a los supuestos riesgos de “americanización” y de degradación de los estándares europeos, especialmente en materia de salud y protección ambiental, derivados del acuerdo en ciernes (Peterson, 2016: 388).
 - 29 Son comprensibles los recelos que se expresan ante la confidencialidad, en un sector –el derecho económico internacional– proclive a rodearse de reserva e incertidumbre respecto al mismo contenido de sus reglas (Ruiz-Fabri, 2012: 368).
 - 30 Bassols Jacas, 2016: 120.
 - 31 *Ibid.*
 - 32 El papel de los *lobbies* ha resultado decisivo para el inicio de las diferentes negociaciones comerciales tanto en el caso estadounidense como en el europeo, ante el *impasse* de los desarrollos en el seno de la OMC (Eckhardt, Elsig, 2015: 982).
 - 33 De hecho, a nivel estatal el tema sigue ayuno de tratamiento legal; en cambio, en el caso catalán ha sido recientemente abordado –al amparo del artículo 3.1.b) de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (DOCG n. 6780, 31 de diciembre de 2014)– en el Decreto ley 1/2017, de 14 de febrero, por el que se crea y se regula el Registro de grupos de interés de Cataluña (DOGC, n. 7310, 16 de febrero de 2017).
 - 34 Al respecto *vid.* la propuesta del Consejo de la UE para un Acuerdo interinstitucional sobre un Registro obligatorio de Transparencia, Doc. 12882/16, Bruselas, 6 de octubre de 2016.
 - 35 Aunque la UE hace un uso peculiar de las categorías jurídicas contempladas en los Convenios de Viena, presentando “singularidades terminológicas” e “imaginativas aportaciones” (Andrés Sáenz de Santa María, 2016: 55, 101), en este punto no existe variación. La rúbrica es el procedimiento de autenticación, con independencia del ulterior proceso de revisión jurídica (*vid. infra*); la firma en cambio conforma el inicio del proceso de conclusión del tratado, en línea con la denominada “firma simple” en la práctica de las Naciones Unidas: ello explica que el CETA fuera primero rubricado (autenticación) el 1 de agosto de 2014 y luego firmado el 30 de octubre de 2016, abriéndose con este último acto el proceso de cara a la manifestación del consentimiento en obligarse por él por parte de los signatarios.
 - 36 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (28-02-2017). De hecho, un estudio cuantitativo del texto ha revelado que el 19% del capítulo en materia de inversiones había experimentado modificaciones sin que en su inmensa mayoría se debieran propiamente al proceso de revisión jurídica, sino a una renegociación orientada a vencer las resistencias crecientes de la opinión pública europea –alertada por el paralelo proceso negociador del TTIP– de algunos gobiernos (p.e. el francés) e incluso a permitir al entrante Gobierno liberal canadiense de J. Trudeau revisar algunas disposiciones controvertidas (el ISDS en particular), reacomodándolas a las propuestas formuladas por la Comisión al hilo de otros procesos negociadores; en concreto el TTIP y el Acuerdo de libre comercio con Vietnam (Alschner, Skougarevsky, 2016: 585). En todo caso, pese a su trascendencia, no abordaremos en este estudio las relevantes cuestiones que suscita el ISDS en relación con el CETA y el TTIP. Al respecto *vid.* Fach Gómez, 2017: 295; Pascual Vives, 2017: 287; Saura Estapá, 2016: 315.
 - 37 Aunque el artículo 218.10 do TFUE impone un deber de información “plena e inmediata” al PE, esta se canaliza en el caso a través de la Comisión de Comercio Internacional (INTA).
 - 38 Los consabidos límites en el control parlamentario de la conclusión del TTIP –y del previamente negociado CETA– han llevado a sugerir la necesidad de reforzar en su implementación los mecanismos de la democracia participativa y deliberativa contemplados en el artículo 11 TUE (véase más abajo, 3.3), de suerte que se evite la “mercantilización” (*commodification*) de los ciudadanos europeos (Petersmann,

- 2015: 606). Debe advertirse, sin embargo, que en los EE.UU., donde el control parlamentario de los tratados comerciales resulta *a priori* más severo –posibilitando la introducción de enmiendas–, se ha habilitado respecto del TPP y del TTIP el procedimiento de urgencia (*fast track*), autorizando al presidente (*Trade Promotion Authority, TPA*) a someter por este cauce los acuerdos comerciales concertados antes del 1 de julio de 2018 –fecha eventualmente prorrogable hasta el 1 de julio de 2021– (Webb, 2015: 26).
- 39 Resolución Legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de febrero de 2017, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (10975/2016 – C8-0438/2016 – 2016/0205(NLE)), en [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0030+0+DOC+PDF+V0//ES \(14-07-2017\)](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0030+0+DOC+PDF+V0//ES (14-07-2017)).
- 40 Véase más abajo, 3.4.
- 41 Sobre las innovaciones que plantea la nueva regulación de la política comercial y su naturaleza exclusiva o “parcialmente” compartida, *vid. González Alonso, Santos Vara*, 2013: 751.
- 42 Guamán, 2015: 60. Además, en el caso del Reino Unido el CETA era conceptualizado por el Gobierno como un acuerdo mixto, lo que preferiría una calificación semejante para el TTIP (Webb, O’Neill, 2016: 11).
- 43 Bajo el mandato del anterior comisario de Comercio, K. De Gucht, parecía imponerse un planteamiento negativo blandiendo la posibilidad de acudir al TJUE con miras a esclarecer la cuestión competencial. En cambio, el equipo de la actual responsable, C. Malmström, parecía asumir la naturaleza mixta del TTIP –descartando toda afinidad con aquel (European Commission Press Release, 30 de octubre de 2014; en Webb, 2015: 22).
- 44 Guamán, 2015, *loc. cit.*
- 45 En cambio, su concreción en el caso español podría suscitar “problemas de calificación” en relación con la eventual aplicación del artículo 93 CE y la mayoría agravada en él requerida.
- 46 Acuerdo de Asociación CE (UE)-ACP de Cotonou, de 23 de junio de 2000, revisado en 2005 y 2010, DO n. L 287, 4 de noviembre de 2010.
- 47 Sobre el particular véase González Vega, 2015.
- 48 EU:C:2017:376. El dictamen fue solicitado por la Comisión en octubre de 2015 en relación con el *acuerdo comercial con Singapur* de 20 de septiembre de 2013, aunque se considera que su respuesta resuelve la cuestión tanto respecto del TTIP como del CETA. Con ello se clarifica la jurisprudencia hasta ahora poco concluyente en relación con las nuevas disposiciones de la PCC (Larik, 2015: 779; Streinz, 2015: 271), aunque al mismo tiempo se atenúa considerablemente la “mixtura” de la práctica convencional anterior. En este orden, conviene confrontar la amplia mixtura sostenida por la abogada general E. Sharpston, en sus Conclusiones de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:992) con las parcas competencias mixtas retenidas por el TJUE, limitadas al mecanismo de solución de diferencias entre Estados e inversores (ISDS) y el régimen de inversiones no directas. Al 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/ \(05-06-2017\)](https://iniciativadebate.org/2017/05/22/la-trampa-del-tribunal-de-justicia-a-proposito-de-los-tratados-de-comercio/).
- 49 Tal cosa es posible conforme al artículo 218.5 TFUE, donde el Consejo puede acordarla por mayoría cualificada, previa autorización del PE. El CETA la contempla, aunque –ahora– excluyendo las materias en que aparece *a priori* implicada la competencia de los Estados miembros. Al respecto *vid. Rodríguez Magdaleno*, 2017.
- 50 Tras la reforma constitucional de 2014 las regiones belgas pueden condicionar la acción exterior del Ejecutivo federal; en ese contexto el 28 de abril de 2016 el Parlamento valón rechazaba acordar los plenos poderes al Gobierno federal para concluir el AECG (Cfr. “La Wallonie s’oppose fermement au CETA”, en [https://blogs.mediaparticulofr/gerard-becquet/blog/280416/la-wallonie-soppose-fermement-au-ceta \(28-02-2017\)](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 octubre 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 \(28-02-2017\)](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 de la firma del CETA en el curso de la XVI cumbre UE-Canadá, de 30 de octubre de 2016, éstos y los Estados miembros de la UE adoptaron un instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros, al que asignan la condición de medio de interpretación “auténtico” del tratado en los términos del artículo 31 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969 (Cfr. párr. 5, en Doc. 13541/16, Bruselas, 27 de octubre de 2016, en [http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered/details/2041 \(28-02-2017\)](http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/es/pdf (28-02-2017)”) y cuya naturaleza jurídica y fuerza vinculante confirmaba una coetánea Declaración del Servicio Jurídico del Consejo. Conviene destacar que el documento se había formulado inicialmente como una simple declaración de la UE hacia la Región de Valonia, pero la “tozudez” de esta logró transformarlo en un instrumento integrante del “contexto” del CETA, en los términos del artículo 31.2 del meritado Convenio de Viena.</p><p>54 Prevista en el Programa de la Presidencia española de 2010 y desarrollada por el Reglamento UE n. 211/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, DO n. L 65, 11 de marzo de 2011, p. 1. Sobre el particular, Bellido Barrionuevo, 2014: 45.</p><p>55 Que, no se olvide, veda su ejercicio en relación con cuestiones internacionales.</p><p>56 Cfr. Propuesta de iniciativa STOP TTIP, desestimada por la Comisión Europea el 10 de septiembre de 2014; en <a href=).
- 57 Rijkvovorsel, 2016: 56.
- 58 Cfr. Sentencia TGUE de 10 de mayo de 2017, *Michael Efler c. Comisión Europea*, EU:T:2017:323.
- 59 Cfr. Sentencia TGUE de 3 de febrero 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 Se trata de la Ley sobre referéndums consultivos, en vigor desde julio de 2015, conforme a la cual –sobre la base de las 427.939 declaraciones de apoyo– se sustanció la consulta el 6 de abril de 2016, deparando un resultado de más del 60% de votos contrarios al acuerdo. No obstante, dada la baja participación del electorado (32%) y la naturaleza no vinculante de la consulta, el Ejecutivo holandés ante las elecciones en ciernes vacilaba respecto a la decisión a adoptar, lo que no impedía que partes importantes del acuerdo se aplicaran provisionalmente desde el 1 de septiembre de 2014, ampliadas sustancialmente a partir del 1 de enero de 2016. Cfr. <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/eastern-partnership/ukraine/> (01-03-2017).
- 61 Cfr. Decisión de los jefes de Estado o de Gobierno de los veintiocho Estados miembros de la UE, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa al Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, de 15 de diciembre 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, la cámara baja de los Estados Generales aprobaba el acuerdo el 24 de febrero de 2017 y lo propio hacía el Senado holandés el pasado 30 de mayo. Cfr. <https://www.euractiv.com/section/elections/news/dutch-senators-approve-compromise-on-eu-ukraine-pact/> (05-06-2017).
- 62 Por eso resulta engañoso sugerir la oportunidad de esta vía de acción a los particulares (Guamán, 2015: 60); bien al contrario, severas limitaciones lastran esta legitimación basándose en una caracterización restrictiva de la jurisprudencia, que ni las reformas del Tratado de Lisboa han logrado revertir (Waelbroeck, Bombois, 2014: 21; Fromont, Van Waeyenberge, 2015: 113). A todo ello se suma el hecho de la dificultad en cuanto a la invocabilidad por los particulares de los acuerdos internacionales (Delile, 2015: 151), afirmación que constituye prácticamente un dogma en relación con los acuerdos comerciales que –conforme a reiterada jurisprudencia del TJUE respecto a los acuerdos del GATT/OMC– carecen de efecto directo.
- 63 Esa era la posición mantenida por el anterior comisario de Comercio, K. De Gucht, en la precedente “Comisión Barroso”, bajo la que se iniciaron las negociaciones del 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 en el caso alemán, donde los más recientes desarrollos jurisprudenciales apuntan a un control genérico sobre toda suerte de actos de la 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
Universidad de Oviedo (Asturias, España)
sramon.martinez@tcu.es

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

Resumo: A Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (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 Transatlántica 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: los efectos beneficiosos del comercio internacional no son obvios. 2 Instrumentos para protegerse del comercio o para proteger a los productores nacionales. 3 La integración regional como respuesta. 4 La estrategia comercial de la UE. 5 Las relaciones comerciales entre Europa y los Estados Unidos. 6 Las negociaciones sobre el TTIP. 7 La dimensión geoestratégica del TTIP. 8 Valoraciones económicas *ex ante* de los efectos del TTIP. 9 Conclusiones. 10 Bibliografía.

1 ANTECEDENTES: LOS EFECTOS BENEFICIOSOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL NO SON OBVIOS

Que determinados colectivos se opongan a la globalización o que un presidente de un gran país proclame de forma explícita su voluntad de proteger activamente la producción nacional tiene numerosos antecedentes históricos. Realmente, la convicción de que el comercio internacional puede ser beneficioso para todos es relativamente reciente. Durante los siglos XVI a XVIII dominaron las convicciones mercantilistas que postulaban que la riqueza de la nación dependía de los metales preciosos que acumulase el Estado. Entendían el comercio como un juego de suma cero. Es decir, que para que unos ganen, otros tienen que perder, por lo que prescriben reducir las importaciones e incrementar las exportaciones. Esta visión tan primaria, que resurge periódicamente, fue la dominante hasta que David Ricardo (1772-1823) postuló la conocida como ley de la ventaja comparativa: el comercio es beneficioso para todos si cada país se especializa en aquello que puede producir con un coste comparativamente menor. Ricardo utiliza en su teoría uno de los conceptos más genuinamente económicos: el coste de oportunidad. Es decir, el valor de lo que dejamos de obtener si concentramos todos los recursos en la producción de un bien.

Especializarse en la producción de un bien cuyo coste es comparativamente menor que en otro país no quiere decir que especialización sea sinónimo de eficiencia absoluta, sino que el coste de oportunidad de importarlo es menor que el de producirlo. En consecuencia, al especializarse todos en lo que producen con un menor coste de oportunidad, todos pueden obtener beneficio si participan en la especialización y en el intercambio internacional. En el fondo, la teoría ricardiana nos permite explicar todo el comercio, no sólo el internacional, y todos los procesos de especialización.

Ahora bien, la atractiva teoría ricardiana incorpora en su formulación demasiados supuestos implícitos que la alejan de la realidad y, en consecuencia, la hacen poco realista. Por ejemplo, supone que hay competencia perfecta, que los rendimientos son constantes, que no hay costes de transporte o que las personas pasan automáticamente de una industria a otra, por lo que no hay desempleo. Es evidente que la realidad no es así y que las personas que trabajaban en una industria no siempre se pueden incorporar a otra. En definitiva, las debilidades del modelo ricardiano ya apuntan a los problemas que puede generar una internacionalización desregulada: hay crecimiento, aunque se generan ganadores y perdedores.

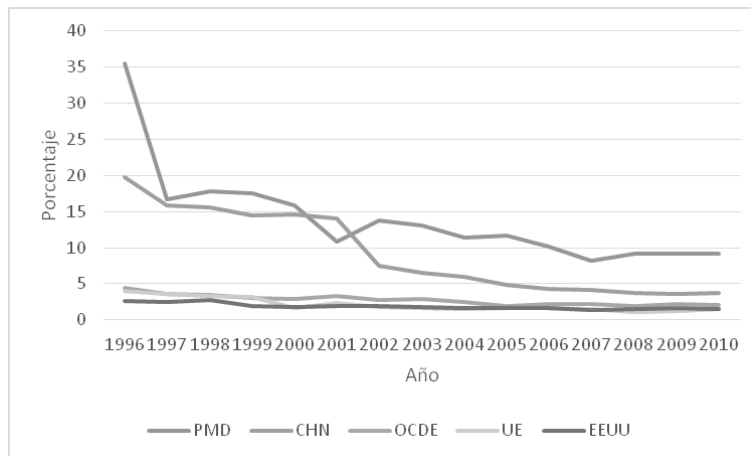
2 INSTRUMENTOS PARA PROTEGERSE DEL COMERCIO O PARA PROTEGER A LOS PRODUCTORES NACIONALES

La existencia del comercio y su creciente importancia son hechos poco cuestionables. Sin embargo, la adopción de medidas que dificultan el comercio también ha sido históricamente un hecho. Las razones por las que se han adoptado esas medidas son variadas, y van desde la necesidad de recaudación de los gobiernos hasta el deseo de corregir los efectos negativos de las importaciones sobre determinadas industrias que son poco competitivas y, en consecuencia, muy vulnerables ante la competencia exterior.

La medida que tradicionalmente se ha adoptado para regular el comercio internacional ha sido el arancel, un impuesto que grava las importaciones, consiguiendo una elevación de su precio y una reducción de la cantidad importada. La historia comercial internacional nos permite constatar los altibajos que han tenido el librecambismo y el proteccionismo. Así, a mediados del siglo XIX los aranceles bajos tuvieron una edad dorada que se fue debilitando a partir de 1879 y desapareció con la Primera Guerra Mundial, de tal forma que en 1925 era habitual que las importaciones de productos manufacturados estuviera gravada por aranceles superiores al 20% en los principales países (OMC, 2007).

La reconstrucción del orden económico internacional después de la Segunda Guerra Mundial desde el punto de vista comercial se materializa en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), que no es una organización internacional hasta que en 1995 se transforma en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Durante casi medio siglo es un acuerdo multilateral en el que, esencialmente, los participantes se comprometen a hacer extensivas a todos los signatarios del acuerdo que concedan las mismas contrapartidas las condiciones ventajosas que bilateralmente se hayan acordado. El acuerdo también incluye un sistema de resolución de conflictos entre partes.

Gráfico 1. Tasa arancelaria por zonas económicas. Media ponderada. Todos los productos 1996-2010. Porcentaje



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

Legenda: PMD: Países menos desarrollados, CHN: China.

Las reducciones arancelarias acordadas en las ocho rondas negociadoras que se realizaron hasta 1995 arrojaron como resultado una significativa reducción de los aranceles en el ámbito mundial, hasta el punto de que la tasa arancelaria media mundial era del 2,88% en el año 2012, como se puede ver en el gráfico 1. Sin embargo, dicho gráfico pone en evidencia que existen grandes diferencias entre países. Así, los países menos desarrollados (PMD) y China son los que presentan tipos arancelarios relativamente más altos, mientras que la Unión Europea, los Estados Unidos y la OCDE son los que menores aranceles presentan.

Los importantes éxitos logrados en las negociaciones anteriores no pueden ocultar que la última ronda negociadora de la OMC, que inició sus trabajos en Doha en 2001, aún no ha logrado cerrar un acuerdo global y multilateral aceptado por los 157 países que en la actualidad forman parte de la organización. Los temas que se discuten abordan, entre otras materias, cuestiones como agricultura, facilitación de comercio, propiedad intelectual o comercio de servicios. Esta agenda pone en evidencia que el arancel ha sido desplazado por un amplio abanico de medidas que se conoce bajo el nombre genérico de barreras no arancelarias (BNA).

El cuadro 1 presenta la clasificación de las principales BNA. Por un lado, se encuentran las que afectan a las exportaciones, a través de las medidas que las fomentan, como subvenciones o incentivos, o bien que las penalizan con instrumentos como tasas, y restricciones cuantitativas. Por otro lado, se encuentran las BNA que limitan las importaciones, y que se clasifican en dos grandes grupos: las medidas técnicas y las no técnicas.

A diferencia de los aranceles, que son absolutamente transparentes en cuanto a su aplicación y permiten una evaluación de sus efectos, el impacto económico de las BNA es mucho más difícil de analizar. Las razones por las que se implantan BNA en detrimento de los aranceles son variadas, aunque debe tenerse en cuenta que su finalidad, como señalan Raza *et al.* (2014), no tiene por qué ser aislar un país de determinada competencia, sino que puede perseguir otros fines. Así, la prohibición de utilizar determinados componentes puede tener como finalidad proteger la salud de los consumidores.

Cuadro 1. Clasificación de barreras no arancelarias por capítulos

	Medidas técnicas	A. Medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF) B. Obstáculos técnicos al comercio (OTC) C. Inspección previa a la expedición y otras formalidades
Importaciones	Medidas no técnicas	D. Medidas especiales de protección del comercio E. Licencias no automáticas y medidas de control de la cantidad establecidas por motivos distintos de las MSF y OTC F. Medidas de control de los precios, incluidos cargas e impuestos adicionales G. Medidas financieras H. Medidas que afectan a la competencia I. Medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio J. Restricciones a la distribución K. Restricciones relacionadas con los servicios posventa L. Subvenciones (excepto a la exportación) M. Restricciones a la contratación pública N. Propiedad intelectual O. Normas de origen
Exportaciones		P. Medidas relacionadas con las exportaciones

Fuente: UNCTAD (2015a): *Clasificación internacional de las medidas no arancelarias. Versión de 2012.*

Disponible en www.unctad.org

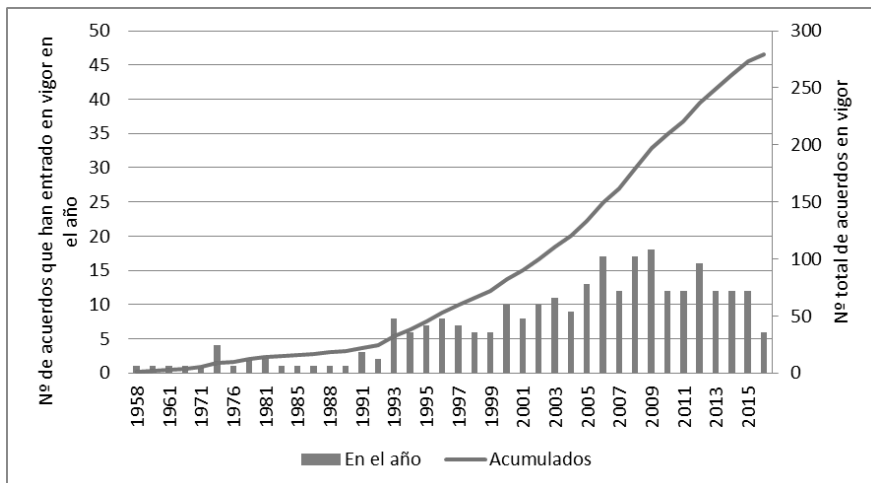
En la actualidad, la OMC tiene registradas 38.630 medidas no arancelarias¹ y, aunque los datos sobre el impacto de las medidas no arancelarias son aún muy escasos, la UNCTAD (2015b, 17) considera que “el comercio internacional está muy regulado a través de la imposición de barreras técnicas (TBT), que afectan a más del 30% de las líneas de productos y casi al 70% del comercio mundial. Las restricciones cuantitativas y los controles de precios afectan a un 15% del comercio mundial. Las medidas sanitarias y fitosanitarias inciden en un 10% del comercio mundial”. En definitiva, las diferentes aproximaciones indican que las BNA tienen un impacto muy relevante en los intercambios mundiales.

3 LA INTEGRACIÓN REGIONAL COMO RESPUESTA

A finales de los años cincuenta del siglo pasado, mientras el mundo asistía a una eclosión multilateralista, la constitución de la Comunidad Económica Europea en 1957 supuso el inicio de un proceso de integración regional, la actual Unión Europea, que, con el tiempo, sería un modelo imitado por otros países. De hecho, medio siglo después, el regionalismo comercial se ha convertido en una alternativa al multilateralismo estancado que representa la Ronda de Doha.

El Gráfico 2 representa los acuerdos comerciales regionales comunicados a la OMC, según el año en el que han entrado en vigor. En la elaboración de este gráfico no se han computado aquellas comunicaciones a la OMC que suponen variación en el ámbito (bienes y/o servicios) o en los países signatarios del acuerdo regional. El primer acuerdo comunicado fue la entrada en funcionamiento de la CEE en 1958. En 2016, el número de acuerdos comerciales regionales comunicados a la OMC era de 279. Hasta el año 2000 entraron en vigor 82 acuerdos; sin embargo, en los últimos 16 años entraron en vigor 197 nuevos acuerdos. Es decir, en lo que ha transcurrido de este siglo se han suscrito casi 2,5 veces más acuerdos que en los 42 años anteriores.

Gráfico 2. Acuerdos comerciales en vigor.
Nuevos cada año y acumulados. 1958-2016. Número



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

Desde un punto de vista cuantitativo, la UNCTAD (2015b, 14) estima que en 2014, excluyendo los intercambios que tienen lugar entre países pertenecientes a la UE, el 52% del comercio mundial se realizó en el marco de acuerdos comerciales preferenciales de ámbito regional.

4 LA ESTRATEGIA COMERCIAL DE LA UE

La configuración de la Comunidad Económica Europea en sus orígenes como una unión aduanera es una de las razones por las que la política comercial es competencia exclusiva comunitaria, aunque este rasgo no la ha aislado de las diferentes sensibilidades nacionales a la hora de abordar cuestiones comerciales. A partir de 2006 se produce una redefinición de la estrategia comercial de la UE para que contribuya al “estímulo del crecimiento y a la creación de empleo en Europa” (Comisión Europea, 2006a). Como señalan Bataller y Jordán (2013), a partir de ese momento se establece como prioridad la necesidad de tender no sólo hacia la liberalización arancelaria, sino a las barreras no arancelarias y aspectos determinantes para las empresas europeas, como las inversiones, la contratación pública o los servicios. Este giro se completa con un refuerzo de las negociaciones bilaterales con países estratégicos que supone un cierto desplazamiento del multilateralismo y del regionalismo que tradicionalmente había dominado la estrategia comercial europea². Por su parte, Bollen, De Ville y Orbie (2016) destacan dos rasgos adicionales de la nueva estrategia comunitaria: por un lado, el uso de instrumentos de defensa comercial con la intención de hacer que su aplicación sea más fácil y eficaz (Comisión Europea, 2006b); por otro lado, también se pretende reforzar la posición comunitaria en relación con la exigencia de reciprocidad en cuestiones en las que la UE ha mantenido una posición más abierta a la competencia internacional, como es el caso de las compras públicas.

La redefinición estratégica se instrumenta a través de la propuesta de una nueva generación de acuerdos comerciales que sean controlables y que permitan una liberalización progresiva de los intercambios, el acercamiento de las normas entre la UE y sus socios comerciales y una mayor eficacia en la gestión de las denuncias y quejas sobre los obstáculos a los intercambios (Comisión Europea, 2007).

La nueva estrategia comercial también contiene una redefinición de las preferencias geográficas desde el punto de vista comercial. Así, se identifica la prioridad que suponen las economías emergentes. En concreto, se señala a ASEAN, Corea, Mercosur, la India, Rusia y el Consejo de Cooperación del Golfo, y respecto al comercio trasatlántico se afirma que “es, con gran diferencia, la mayor del mundo y el núcleo de la economía global. Los beneficios económicos de la supresión de las barreras no tradicionales que se encuentran detrás de las fronteras podrían ser significativos en la UE y en los EE. UU.” (Comisión Europea, 2016a).

5 LAS RELACIONES COMERCIALES ENTRE EUROPA Y LOS ESTADOS UNIDOS

La negociación del TTIP se inscribe en un contexto comercial internacional que se caracteriza por un desplazamiento de los aranceles por las barreras no arancelarias como instrumento de política comercial y la importancia creciente de los acuerdos preferenciales comerciales de ámbito regional en detrimento del multilateralismo; pero, además de los elementos de entorno ya mencionados, se encuentran otros aspectos que ayudan a comprender mejor las grandes dinámicas comerciales mundiales. El Cuadro 2 recoge cómo han evolucionado en el ámbito económico

mundial las posiciones relativas de la Unión Europea, de los Estados Unidos y del grupo de economías emergentes integrado por Brasil, Rusia, la India y China, países conocidos como BRIC. La información que proporciona el cuadro nos ayuda a comprender el debilitamiento progresivo de las posiciones relativas tanto de Europa como de los Estados Unidos en el ámbito mundial.

Cuadro 2. Participación de la UE, los EE. UU. y los BRIC en el valor de las exportaciones mundiales y en el PIB mundial. En porcentaje

	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
	Exportaciones				
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

Fuente: Tomado de Gostomski y Michalowski (2015)

En el periodo 1992-2013 se constata que, mientras los BRIC casi han duplicado su participación en el PIB mundial, tanto los Estados Unidos como la UE han reducido su aportación relativa, especialmente la UE. De la misma manera, el escenario que se presenta cuando se analiza la variable exportaciones incide aún más en los rasgos comentados con anterioridad. Durante las dos décadas analizadas, los BRIC incrementaron su participación en las exportaciones mundiales en más de un 95%, mientras Europa experimentó una reducción de casi un 29% y los Estados Unidos superaron el 26% de retroceso. Se espera que el ya constatado declive de las posiciones relativas de los Estados Unidos y de Europa en los indicadores económicos internacionales siga acentuándose en el futuro (Gostomski y Michalowski, 2015).

Cuadro 3. Intercambios comerciales de bienes entre la Unión Europea y los Estados Unidos. 2013-2016.

Porcentaje respecto al total mundial de exportaciones e importaciones de cada uno

Exportaciones					
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%	Suiza	9,8%	9,7%
México	14,3%	15,7%	China	8,5%	8,2%
China	7,7%	7,7%	Turquía	4,5%	4,5%
Japón	4,2%	4,1%	Rusia	6,9%	4,1%
Total exportaciones (Miles de mill. de €)	1.188,5	1.356,1	Total exportaciones (Miles de mill. de €)	1.702,9	1.745,7

Importaciones					
Estados Unidos			Unión Europea		
Origen	2013	2015	Origen	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%	Suiza	5,6%	7,1%
Japón	6,1%	5,8%	Rusia	12,3%	7,0%
Total importaciones (Miles de mill. de €)	1.708,0	2.020,4	Total importaciones (Miles de mill. de €)	1.687,4	1.706,4

Fuente: Elaborado a partir de la Comisión Europea (2017) y Gostomski y Michalowski (2015)

El Cuadro 3 recoge el detalle de los principales socios comerciales de la Unión Europea y de los Estados Unidos en 2013 y en 2016³. En primer lugar, se constata que el patrón de proveedores y de clientes es bastante estable entre los dos años, aunque llama la atención el debilitamiento de las relaciones comerciales entre la Unión Europea y Rusia.

Los datos disponibles para 2016 nos indican que la Unión Europea es el primer socio comercial de los EE.UU., y que supone el 18,7% del comercio total mundial (exportaciones más importaciones) de los Estados Unidos, 2,7 puntos por encima de China, que es su segundo socio. Al mismo tiempo, los EE.UU. son el primer socio comercial de Europa, con el 17,6% de la suma de exportaciones e importaciones mundiales europeas, también 2,7 puntos por encima del segundo socio, que también es China (Comisión Europea, 2017).

Desde un punto de vista arancelario, los perfiles arancelarios referidos a 2014 publicados por la OMC señalan que la media ponderada de los aranceles aplicados por los Estados Unidos a los productos no agrarios procedentes de Europa se situaba en el 1,3%, mientras que la media ponderada de los aranceles aplicados por la Unión Europea a los mismos bienes se situaba en el 1,1%. Se trata, en ambos casos de unos niveles arancelarios muy bajos cuya eventual supresión difícilmente puede tener un impacto significativo en el total de los intercambios entre ambos bloques comerciales.

Cuadro 4. Número de BNA establecidas entre la Unión Europea y los Estados Unidos. Medidas no arancelarias según capítulos UNCTAD (2017)

	País que establece la medida	Unión Europea		EE. UU.	
		Todos los países	Sólo los EE. UU.	Todos los países	Unión Europea
MEDIDAS NO ARANCELARIAS	Medidas sanitarias y fitosanitarias (A)	97	–	1.243	694
	Obstáculos técnicos al comercio (B)	296	–	2.559	17
	Inspecciones previas a la expedición (C)	2	–	29	5
	Medidas especiales de protección del comercio (D)	–	3	–	–
	Medidas de control de cantidades (E)	6	–	3	14
	Medidas de control de precios (F)	–	–	29	–
	Otras medidas (G a O)	2	–	1	–
	Medidas relacionadas con las exportaciones (P)	2	–	131	32
	TOTAL	405	3	3.995	762

Fuente: Elaborado a partir de UNCTAD (2017)

El cuadro 4 presenta el número de BNA en vigor en la UE y en los EE.UU. a principios de 2017. El total de medidas que afectan al comercio entre ambos bloques comerciales a comienzos de 2017 es de 5.165, lo que representa el 13,4% del total de medidas declaradas ante la OMC. Sin embargo, las BNA aplicadas por los EE.UU. representan el 92% del total de medidas que afectan a las relaciones entre ambos bloques. Destacan especialmente los obstáculos técnicos al comercio que los EE.UU. aplican a todos los países y las medidas sanitarias y fitosanitarias que tienen establecidas tanto para las mercancías procedentes de cualquier lugar del mundo como para las que proceden específicamente de la UE y que son casi 700.

Por su parte, la Unión Europea es mucho menos restrictiva y tiene establecido un número de medidas significativamente menor tanto para las mercancías procedentes de cualquier lugar del mundo como para las que son originarias de los EE.UU. En este último caso, debe señalarse que las que sólo afectan a productos estadounidenses se refieren a medidas *antidumping* relacionadas con el bioetanol, el biodiésel y el etanol.

6 LAS NEGOCIACIONES SOBRE EL TTIP

La UE tiene una amplia experiencia en la negociación de acuerdos comerciales internacionales, como acreditan los 36 acuerdos en vigor y las negociaciones sobre otros 15 que tiene notificados a la OMC (2017). Sin embargo, los acuerdos comerciales regionales que se encuadran en la estrategia comercial desarrollada a partir de 2006 son los suscritos y plenamente en vigor con Corea del Sur (2011) y con Colombia y Perú (2013); el Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) suscrito con Canadá, ratificado por el Parlamento Europeo y pendiente de ratificación por los países miembros; y el acuerdo de libre comercio con Singapur, cuya negociación está concluida desde 2015 pero que está pendiente de aprobación por el Parlamento Europeo. Por lo tanto, negociar un acuerdo económico con los Estados Unidos se enmarca dentro de una amplia tradición negociadora europea.

Desde finales de la década de los noventa del siglo pasado se produjeron varias iniciativas para abordar un proceso de negociación de un acuerdo de libre comercio entre Europa y los Estados Unidos que fueron bloqueadas por la oposición más o menos explícita de varios gobiernos europeos. Sin embargo, la propuesta impulsada por Angela Merkel en 2007 cuajó y se materializó en 2013 en un mandato negociador de los países miembros a la Comisión Europea para negociar un acuerdo de libre comercio y protección de la inversión con los EE.UU. (Bollen, De Ville y Orbi, 2016).

Las directrices⁴ del Consejo de la Unión Europea (2013) establecen los principales capítulos que se han de abordar en la negociación, así como los tres grandes objetivos que se persiguen con el acuerdo, pero que al mismo tiempo son limitaciones a la negociación:

a) Aumentar el comercio y la inversión entre la UE y los EE.UU. para generar nuevas oportunidades de empleo y crecimiento mediante un mejor acceso al mercado y una mayor compatibilidad reglamentaria; además, con el ambicioso objetivo de ser referencia mundial en materia de normas.

b) Respetar los acuerdos y las normas internacionales y europeas en materias medioambientales, laborales y de consumo, con el objetivo último de fomentar unos elevados niveles de protección medioambiental, laboral y de los consumidores. Se indica explícitamente que no se admitirá que el crecimiento del comercio o de la inversión directa sea a costa de una suavización

de la legislación y de las normas europeas en materia de medio ambiente, normas laborales y/o salud y seguridad laboral.

c) Preservación de la diversidad cultural y lingüística de la Unión o de sus Estados miembros, y negativa a que se cuestione que la Unión y sus Estados miembros puedan desarrollar políticas y medidas en apoyo del sector cultural.

El terreno de juego de la negociación establecido por el Consejo de la UE fue precisado con mayor detalle en un amplio informe aprobado por el Parlamento Europeo (2015) que realiza 67 recomendaciones concretas que abordan cuestiones generales y de contexto, acceso al mercado, cooperación en regulación y barreras no arancelarias, normativa y transparencia.

A pesar de que las directrices del Consejo de la UE (2013) contienen una indicación clara de que el acuerdo debe contener referencias a las pequeñas y medianas empresas, es el informe del Parlamento Europeo (2015) el que señala a las pymes como las principales destinatarias del TTIP, en la medida en que las identifica como las principales afectadas por las dificultades que suponen las medidas no arancelarias.

Cuadro 5. Comparativa de los principales contenidos de acuerdos negociados recientemente por la Unión Europea

Capítulos del TTIP ⁵	CETA	Singapur	Colombia-Perú ⁶	Corea
Comercio de bienes: aranceles y acceso al mercado	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Compras públicas	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Comercio de servicios e inversiones	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Reglas de origen	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Cooperación regulatoria	SÍ	SÍ	Previsto	Previsto
Barreras técnicas al comercio	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Medidas sanitarias y fitosanitarias	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Comercio y desarrollo sostenible	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Comercio de energía y materias primas	–	–	–	–
Pequeñas y medianas empresas	–	–	–	–
Aduanas y facilitación de comercio	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Propiedad intelectual, incluidas indicaciones geográficas protegidas	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Competencia	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Protección de las inversiones	SÍ	SÍ	–	–
Solución de diferencias entre administraciones	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Sectores: Farmacia	SÍ	SÍ	–	SÍ
Sectores: Cosméticos	–	–	–	–
Sectores: Textiles	SÍ	SÍ	–	–
Sectores: Vehículos	SÍ	SÍ	–	SÍ
Sectores: Dispositivos médicos	–	–	–	–
Sectores: Tecnologías de la información y comunicación	SÍ	SÍ	–	SÍ
Sectores: Ingeniería	–	–	–	–
Sectores: Química	–	–	–	–
Sectores: Pesticidas	–	–	–	–

Fuente: Elaborado a partir de UE/EU (2016), Consejo de la Unión Europea (2016), Comisión Europea (2015), DOUE (2012), DOUE (2011)

En el cuadro 5 se comparan los capítulos abordados en la 13.^a ronda de negociaciones UE/EE.UU. con los acuerdos suscritos por la UE en los últimos años en el marco de su nueva estrategia comercial. El borrador del TTIP contiene algunos capítulos nuevos respecto al resto de acuerdos: en primer lugar, se abordan sectores económicos que son especialmente relevantes en las relaciones entre la UE y los EE.UU., como es el caso de cosmética, dispositivos médicos, ingeniería, química y pesticidas. Se incorpora un capítulo específico relativo a las pequeñas y medianas empresas, mientras que en otros acuerdos su tratamiento estaba disperso a lo largo de los correspondientes textos. También es novedoso el capítulo referido a las materias primas y a la energía.

El tratamiento de la protección de las inversiones es uno de los aspectos que ha sido cuestionado más intensamente por una parte de la opinión pública. La importancia de los aspectos relativos a la protección de las inversiones y a que las empresas extranjeras y los Estados dispongan de ámbitos en los que resolver sus diferencias reside, entre otras cuestiones, en los elevados gastos jurídicos que generan, que se sitúan en una media de 8 millones de dólares por pleito (Gostomski y Michalowski, 2015), que son especialmente prohibitivos para las pymes.

Es cierto que no se aborda explícitamente en los acuerdos suscritos con Colombia y Perú y con Corea del Sur, si bien existen referencias para tratar esta cuestión en el futuro. La controversia sobre la regulación de la protección de las inversiones motivó que se realizase una consulta pública por parte de la Comisión Europea y está presente en el informe del Parlamento Europeo (2015) que plantea su preocupación y propone algunos límites al alcance de las obligaciones que sobre esta cuestión pueden acordarse en la negociación y propone la creación a medio plazo de un Tribunal Internacional de Inversión de carácter público.

7 LA DIMENSIÓN GEOESTRATÉGICA DEL TTIP

El TTIP no puede ser valorado sólo como un acuerdo de contenido comercial y sería un error concebirlo sólo como una operación mercantil. En el caso de que llegue a buen puerto, sus efectos superarán ampliamente las relaciones comerciales entre ambos países y tendrá incidencia en terceros países, en las agendas negociadoras internacionales y en los patrones de gobernanza mundial que se articulen en los próximos años.

Como señalan Joseph y Picard (2015), el TTIP nace para atender intereses económicos, pero los términos de la negociación desbordan las cuestiones comerciales para dejar clara una ambición que trasciende a la relación bilateral. El TTIP incorpora temas muy relevantes y novedosos, como la supresión de las barreras no arancelarias, el comercio energético, la liberalización de los servicios, las cuestiones agrícolas, las ayudas a las pymes o la armonización y compatibilidad de regulaciones para los bienes, servicios y capitales. En un sentido similar se pronuncian otros autores que, desde una perspectiva más estadounidense, reflexionan acerca del TTIP. Así, Bromund, Coffey y Rile (2014) señalan que el TTIP debe formar parte de una amplia estrategia norteamericana de promoción del libre comercio y que sus riesgos y beneficios deben tener en cuenta los aspectos geopolíticos.

Hasta hace unos años estaba claro que las relaciones económicas –y políticas– internacionales giraban en torno a lo que se decidiese en el marco de la relación trasatlántica entre Europa y los Estados Unidos. Sin embargo, la situación está cambiando con relativa velocidad y ya no está tan claro que el eje económico-político siga siendo el mismo en los próximos años. En este

contexto, Fontagné *et al.* (2013) señalan que el TTIP es un intento de la Unión Europea y de los Estados Unidos por retener tanto como sea posible el liderazgo en el comercio mundial. Por su parte, Arregui (2015) señala que la firma del TTIP supondría que Occidente mantuviese o incluso aumentase su poder político y económico en la esfera internacional; sin embargo, también hace notar que un fracaso en las negociaciones o un acuerdo final que no alcanzase los ambiciosos objetivos planteados significaría la consolidación del desplazamiento del eje de las relaciones internacionales hacia el Pacífico.

En este sentido tiene especial relevancia que el primer objetivo fijado por el Consejo de la UE (2013) a la Comisión fuera que el acuerdo se constituyera en “referencia mundial en materia de normas”. Efectivamente, los cambios tecnológicos que se producirán en los próximos años, así como el desarrollo de la logística y del comercio electrónico, van a hacer necesarias nuevas normas y protocolos en el comercio mundial. Sin desconocer que existen posiciones más escépticas con el potencial geopolítico que conllevaría la suscripción del TTIP, como ponen de manifiesto Bromund, Gardiner y Coffey (2014), que cuestionan desde una perspectiva americana la capacidad del acuerdo, reforzar la posición euro-estadounidense ante China, desde nuestro punto de vista, un acuerdo en estos momentos entre las potencias económicas que suponen más del 40% de las exportaciones mundiales supondría un paso definitivo en cuanto a la determinación de las pautas, normas y protocolos del comercio internacional. Ahora bien, también debemos ser plenamente conscientes de que un acuerdo de baja intensidad que supusiese abandonar las dimensiones más novedosas y ambiciosas de este acuerdo, como la consideración de las cuestiones laborales, medioambientales, culturales o la protección de datos personales, abriría las puertas a que las normas internacionales que se acabasen consolidando no incorporasen valores europeos que hasta ahora han estado presentes en la regulación del comercio internacional.

8 VALORACIONES ECONÓMICAS EX ANTE DE LOS EFECTOS DEL TTIP

Los efectos económicos de la formalización de un acuerdo de amplio alcance económico entre la UE y los Estados Unidos ha sido objeto de numerosos estudios econométricos que han intentado medir el impacto económico para ambas partes. Los estudios realizados deben ser tomados con prudencia, puesto que su elaboración ha requerido en todos los casos de la formulación de supuestos que conllevan una limitación relevante para los resultados alcanzados. Un resumen de los principales estudios realizados se presenta en el Cuadro 6.

Pelkmans *et al.* (2014) constatan las especiales dificultades que entraña evaluar el impacto del TTIP, por tratarse de un acuerdo inusual tanto por la amplitud de materias que pretende abordar como por la relevancia económica de los firmantes. Consideran que la utilización de modelos de equilibrio general (CGE) refleja el “estado del arte” de la ciencia económica y que son la “mejor herramienta para estimar los efectos a largo plazo de un acuerdo comercial complejo” (Pelkmans *et al.*, 2014: 2), a pesar de que son conscientes de las limitaciones derivadas de supuestos poco reales como la flexibilidad perfecta del mercado de trabajo, el tratamiento de las inversiones o considerar irrelevante el tamaño de las empresas a la hora de tener en cuenta efectos sobre productividad o innovación. Asimismo, consideran que incorporar las BNA a la realización de cualquier estimación de los efectos del acuerdo es indispensable, por tratarse de los instrumentos predominantes de política comercial, pero también es extraordinariamente di-

fácil. La crítica a los modelos CGE por incorporar supuestos muy alejados de la realidad y por sus limitaciones a la hora de evaluar el impacto en el empleo también está recogida en el informe de Raza *et al.* (2014).

A pesar de las limitaciones, un modelo CGE fue utilizado en los trabajos de Francois *et al.* (2013). Sus estimaciones les permiten prever ganancias positivas y significativas, tanto para la UE como para los EE.UU., si bien constatan que se produciría una importante reducción de las ganancias si el acuerdo se limitase sólo a una eliminación de aranceles, y consideran crítico que los esfuerzos se concentren en reducir las barreras arancelarias.

Cuadro 6. Resultados de valoraciones *ex ante* del TTIP.
Porcentaje de cambio respecto al escenario base

	Fontagné et al. - CEPII (2013)	Francois et al. - CEPR (2013)	Felbermayr et al. - Bertelsmann (2013)
Plazo de predicción	2015 - 2025	2017 - 2027	10 - 20 años
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 exportaciones bilaterales	49,0	0,69 - 28,0	5,7 - 68,8
EU exportaciones totales	7,6	0,16 - 5,91 (sólo comercio extra UE)	ND
EU salarios reales	ND	0,29 - 0,51	ND
Tasa de paro	Supuesto: sin cambios	Supuesto: sin cambios	-0,42

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

También utiliza una variante de modelo CGE el estudio de Fontagné *et al.* (2013), que en el escenario de referencia estima el crecimiento del PIB a largo plazo en un 0,3%, tanto para Europa como para los Estados Unidos. Desde un punto de vista sectorial, prevé un impacto negativo en la agricultura europea de -0,8%; sin embargo, la industria europea crecería un 0,6% y los servicios un 0,5%. El impacto positivo previsto para la industria y los servicios europeos es sensiblemente superior al que calculan para estos sectores en los Estados Unidos.

El estudio de Felbermayr *et al.* (2013) utiliza una metodología diferente, y sus previsiones más relevantes apuntan a que la eliminación de las barreras no arancelarias supondría un incremento de la renta per cápita media de Europa y de los EE.UU. del 3,27%, aunque ya apuntan a la existencia de diferencias en los impactos por países. En todo caso, estos resultados son considerados por Pelkmans *et al.* (2014) como excesivamente optimistas.

Un reciente trabajo de Villaverde y Maza (2016) realiza un primer intento de evaluar el impacto del TTIP a partir de la estimación, y posterior agregación, de los efectos del acuerdo sobre cada uno de los países de la UE. Los resultados que alcanzan les permiten afirmar que los efectos del TTIP serán pequeños aunque positivos y desigualmente distribuidos en la UE, ya que los países más desarrollados se beneficiarán más del incremento del comercio con los Estados Unidos.

Por otra parte, el estudio realizado por Capaldo (2014) utiliza el Modelo Global de Políticas de las Naciones Unidas, bajo la hipótesis de un contexto de prolongada austeridad y bajo crecimiento, y suponiendo que el modelo institucional de la UE no varíe y siga siendo incapaz de coordinar eficazmente sus políticas fiscales para responder ante crisis económicas, obtiene resultados sensiblemente diferentes de los anteriores y predice un impacto negativo en todas las

variables económicamente relevantes (PIB, empleo, exportaciones, rentas del trabajo) que afecta especialmente a las economías del norte de Europa. Este trabajo incide especialmente en que, de mantenerse las condiciones en las que se desenvuelve en la actualidad la política fiscal europea, la economía de los diferentes países de la UE y de esta en su conjunto puede hacerse más vulnerable ante posible *shocks* externos, particularmente los que puedan provenir de los EE.UU.

En definitiva, los estudios realizados sobre el impacto del TTIP nos permiten afirmar, con toda la prudencia que se deriva de los supuestos e hipótesis formuladas, que el impacto económico del TTIP es ligeramente positivo, aunque el efecto es desigual tanto en los países de la Unión Europea como en los diferentes sectores económicos. Esto nos permite afirmar que, como también se constata en estudios como el de Bromund, Coffey y Rile (2014), la UE no puede depositar sus esperanzas de reactivación económica sólo en el crecimiento de su comercio exterior, en general, y en particular en los efectos económicos derivados del TTIP. Es más, aprovechar los potenciales efectos positivos que se deriven de un acuerdo de esta naturaleza requiere que la UE refuerce sus mecanismos de coordinación económica para hacerlos verdaderamente eficaces.

9 CONCLUSIONES

El TTIP se inscribe en un marco de redefinición de las relaciones económicas internacionales caracterizado por la formalización de acuerdos económicos regionales como respuesta al estancamiento de la Ronda de Doha de la Organización Mundial del Comercio, por el desplazamiento del eje económico mundial hacia el Pacífico y por el dominio de las barreras no arancelarias frente a los clásicos aranceles. Una valoración adecuada de este acuerdo no puede limitarse sólo a los efectos económicos, sino que ha de incorporar la dimensión geoestratégica y el objetivo, más o menos explícito, de que Europa y los Estados Unidos sigan siendo las referencias comerciales mundiales, especialmente en el ámbito de las normas y de las referencias.

A pesar de que se desconoce la orientación que la Administración de Trump pretende establecer en las negociaciones, los contenidos negociados hasta ahora del TTIP se asemejan bastante a los que figuran en acuerdos comerciales suscritos por la UE a partir de la aprobación en 2006 de la nueva estrategia comercial europea, incorporando como elementos centrales de la negociación las medidas no arancelarias, así como una especial atención a las pymes y a la energía. La mayor singularidad de este acuerdo deviene del hecho de que las partes negociadoras son, en la actualidad, las principales potencias comerciales del mundo. Un acuerdo de esta naturaleza que alcance los objetivos ambiciosos que se ha fijado trascenderá a los propios firmantes e influirá en todo el mundo. Precisamente por ello, los efectos del TTIP trascienden a los estrictamente económicos y se sitúan en el terreno de la geoestrategia mundial, por lo que su adecuada valoración debe incorporar estos aspectos para los que aún no disponemos de métodos de valoración económica afinados.

En todo caso, los estudios que, sin tener en cuenta la dimensión geoestratégica y con limitaciones para evaluar el impacto de la supresión de las barreras no arancelarias, intentan medir *ex ante* los efectos económicos del TTIP coinciden en señalar que son positivos. Sólo el trabajo de Capaldo (2014) difiere de esta previsión positiva. Sin embargo, las previsiones optimistas no pueden ocultar que la distribución de los efectos presenta importantes diferencias territoriales y sectoriales que posiblemente requieran actuaciones correctoras por parte de la UE. En todo caso, debemos ser conscientes de que el futuro económico de Europa no sólo depende de este

acuerdo. La resolución de las incertidumbres institucionales y políticas que actualmente existen son determinantes incluso para aprovechar plenamente los potenciales efectos positivos de la formalización de este.

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. y 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. y Orbie, J. 2016. «EU trade policy: persistent liberalisation, contentious protectionism», *Journal of Economic Integration*, 38 (3), 279-294.
- Bromund, T., Coffey, L. y 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. y 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. y 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. y Jean, S. 2013. «Transatlantic Trade: wither 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. y 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. y 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. y 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).
- Pelkmans, J., Lejour, A., Schrefle, L., Mustilli, F. y 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).
- Raza, W., Grumiller, J., Taylor, L., Tröster, B. y 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).
- 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 databse*. <http://i-tip.unctad.org> (5-02-2017).
- Villaverde, J. y 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).

NOTAS

- 1 Dato obtenido en <http://i-tip.unctad.org> (22-02-2017).
- 2 Meissner (2015) realiza un interesante análisis del fracaso de las negociaciones UE-ASEAN que ilustra las dificultades para seguir avanzando en acuerdos interregionales y la necesidad de apostar por relaciones bilaterales en determinadas regiones.
- 3 En el momento de redactar este artículo, los datos publicados por la Comisión Europea para los Estados Unidos sólo se refieren a 2015.
- 4 Las negociaciones con los EE.UU. se iniciaron siguiendo los protocolos vigentes en aquel momento, que consideraban confidenciales la mayor parte de los documentos relacionados con esta cuestión. Las reiteradas acusaciones de oscurantismo y la presión política en favor de una mayor transparencia en las negociaciones comerciales hicieron que la UE iniciase una política de transparencia y, entre otras medidas, desclasificase buena parte de sus documentos a partir de 2014. En mayo de 2016 Greenpeace publicó los documentos consolidados de la decimotercera ronda negociadora, lo que provocó otro salto en lo que se refiere a transparencia en las negociaciones comerciales. En la actualidad, la UE hace públicos informes antes y después de cada ronda.
- 5 Los documentos de la Unión Europea en relación con el TTIP, los textos de la negociación y los objetivos y la posición de la Comisión Europea respecto a cada uno de los capítulos están disponibles en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1249&serie=866&langId=es#market-access>.
- 6 Recientemente se ha incorporado Ecuador a este acuerdo (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 de la Universidad Latina de América (México)
lcallejas@unla.edu.mx

MTRO. RODRIGO TAVERA OCHOA

Profesor de la Universidad 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 ha desarrollado el 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 inició 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 de la apertura comercial. 2 Operatividad e implementación de la apertura comercial de México. 2.1 El intercambio comercial de México. 2.2 La inversión extranjera directa. 2.3 Posibles consecuencias de renegociar el TLCAN. 2.4 El escenario del comercio internacional con la nueva Administración estadounidense. 3 Reflexiones finales. 4 Bibliografía.

1 ANTECEDENTES DE LA APERTURA COMERCIAL

Un fenómeno que ha sido considerado como de suma importancia para el mundo, por su impacto y por sus implicaciones, es el de la globalización, proceso mediante el cual los países buscan incrementar el intercambio de bienes, servicios, mercancías, cultura, finanzas, comunicaciones, tecnología, ciencia, industria, etc. Dicho intercambio comercial provee los socios de escenarios más complejos por las relaciones de interdependencia que se van generando a través de los años.

El Fondo Monetario Internacional (FMI) señala que la “globalización” económica es un proceso histórico, el resultado de la innovación humana y el progreso tecnológico. Se refiere a la creciente integración de las economías de todo el mundo, especialmente a través del comercio y de los flujos financieros. En algunos casos este término hace alusión al desplazamiento de personas (mano de obra) y a la transferencia de conocimientos (tecnología) a través de las fronteras

internacionales. La globalización abarca además aspectos culturales, políticos y ambientales más amplios...” (Fondo Monetario Internacional, 2013).

Por otro lado, el Banco Mundial (BM) coincide en que la multiplicidad de significados ha ido en aumento, además de que estos van “(...) adquiriendo connotaciones culturales, políticas y de otros tipos además de la económica (...)” (PREM, 2013). A pesar de ello, el BM se centra en la que considera como definición medular: que la actividad económica del mundo “(...) parece estar teniendo lugar entre personas que viven en países diferentes (en vez de en el mismo país)” (PREM, 2013).

Ambos organismos internacionales convergen en la íntima relación de la globalización con los flujos económicos y comerciales que tienen los Estados más allá de sus fronteras. En este sentido, uno de los instrumentos jurídicos internacionales que más han aportado al proceso de globalización mundial son, sin duda alguna, los tratados de libre comercio, instrumentos jurídicos internacionales signados por diferentes países entre sí, ya sea a nivel bilateral, regional o multilateral.

Para el caso de los Estados Unidos Mexicanos, el proceso globalizador se formaliza en la teoría y en la praxis con la inclusión del país en el GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) en 1986, que a la postre sería sustituido por lo que hoy conocemos como la OMC (Organización Mundial del Comercio), gracias a la Ronda de Uruguay.

La incorporación de México a dicho organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas coincide con la formulación e implementación del modelo neoliberal a escala global a partir de la década de los ochenta del siglo pasado, principalmente promovido por los Estados Unidos de América e Inglaterra, siendo este uno de los fenómenos y procesos que más han impactado e influido en las relaciones económicas y comerciales internacionales de la mayoría de los países del mundo.

Dicho proceso económico ha ido eliminando, virtualmente, muchas de las barreras comerciales que los Estado-nación procuraron en sus economías prácticamente desde la aparición del Sistema Político Internacional en 1648 y hasta la Segunda Guerra Mundial, momento en que los organismos internacionales y especializados desarrollan un papel mucho más activo en la participación de la política económica y comercial internacional. De ahí que hasta la fecha órganos especializados de la ONU como el FMI, el BM, la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) y la OMC, entre otros, sean referentes en diversos temas de sus respectivas áreas de competencia.

Ahora bien, es cierto que los procesos de integración económica y comercial se vinieron gestando en Europa con la misma conclusión de la Segunda Guerra Mundial. Ejemplo de ello es la conformación del BENELUX (Bélgica, Holanda y Luxemburgo), pasando por la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), hasta lo que hoy conocemos como la Unión Europea.

Sin embargo, era un proceso que se daba exclusivamente a nivel regional. No es sino hasta la década de los ochenta cuando comienza a formalizarse y extenderse de manera más general la promoción y la adhesión a los tratados de libre comercio con la finalidad de buscar mayores beneficios entre sus socios comerciales. Paralelamente, en este período se comienza a debatir y a replantear a nivel internacional muchos de los esquemas de participación, cooperación e interacción no sólo entre los Estados y organismos internacionales, sino también entre los sujetos de derecho internacional e incluso con los mismos actores internacionales.

Para el caso mexicano, la década de los ochenta trajo consigo una serie de transformaciones en los ámbitos político, económico, comercial y social, entre otros. La elección presidencial de 1988 en México dejó como presidente a Carlos Salinas de Gortari, quien por su misma formación académica en el extranjero comulgaba y promovía en buena y mejor medida los ideales y principios neoliberales, por lo que desde el inicio de su gobierno dio muestras claras y contundentes de cuál era el rumbo que el Estado mexicano iba a seguir, al menos, en las siguientes tres décadas.

La privatización de empresas nacionales, la reducción de zeros al peso mexicano y el inicio de la firma de tratados de libre comercio fueron el comienzo de la implementación del modelo económico que hasta la fecha sigue estando vigente y que en la actualidad acumula poco más de una docena de instrumentos jurídicos comerciales con 45 países en los cinco continentes de nuestro planeta.

La propuesta para México era desarrollar una dinámica que le permitiría impulsar el proceso globalizador gracias a la firma de diferentes instrumentos jurídicos internacionales, con la finalidad de incrementar el intercambio y el flujo comerciales. Por ello, firma en 1986 el Acuerdo de Alcance Parcial (AAP) con Panamá, en 1987 el Acuerdo de Cooperación Económica (ACE) con Argentina, en 1994 el Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos de América y Canadá, el cual propicia que se incremente el interés de naciones por signar instrumentos similares con México, generándose en 1995 el ACE con Bolivia, el TLC con Costa Rica y el TLC con Colombia y Venezuela.

Para el año de 1998 se firma un AAP con Ecuador y un TLC con Nicaragua, para 1999 un TLC con Chile, en el año 2000 un TLC con Israel, un AAP con Paraguay y un TLC con la Unión Europea; para el año 2001 se suma un TLC con Guatemala, Honduras y El Salvador, un ACE con Cuba y un TLC más con Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza. En el año 2003, se signa un Acuerdo de Cooperación Económica que además resulta importante en el desarrollo de la economía mexicana, siendo este el acuerdo automotriz con el Mercosur y también con Brasil el que impulsa de manera significativa el papel de México en el mercado mundial del sector automotriz.

Gracias a ello, se originan más firmas de acuerdos con Japón en 2005, se crea la Alianza del Pacífico con Chile, Colombia y el Perú, se desarrolla un TLC único para Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua en 2011, así como para el Perú y Panamá en 2012 y 2014 respectivamente.

En el año 2015, México inicia las negociaciones y solicita incorporarse al Tratado de Asociación Transpacífico (TPP), que le permitiría generar más sinergias con países como Australia, Brunei, Canadá, Chile, Japón, Malasia, Nueva Zelanda, el Perú, Singapur, Vietnam y los Estados Unidos (Proméxico, 2014).

Es importante señalar que, en el caso del TPP, los países estaban en la etapa de negociación para su futura firma y, en su caso, ratificación de cada una de las partes. Sin embargo, el triunfo electoral y la investidura de Donald Trump como presidente de los Estados Unidos de América dieron atrás con dichas negociaciones, que en su momento suponían un bloque para contrarrestar los avances de China en ambas regiones continentales.

Como se puede apreciar, México ha sido uno de los países que más ha promovido y signado acuerdos de libre comercio, desarrollando una estrategia diversificadora, al menos en la teoría, a través de la firma de un gran número de instrumentos jurídicos internacionales que le permiten

tener la posibilidad de incrementar su actividad exportadora, lo que generaría mayores niveles de ingresos y bienestar para la población.

Sin embargo, los números parecieran no explicar o demostrar la gran ventaja y oportunidades que se le han presentado al país al tener un buen número de socios comerciales a lo largo y ancho del planeta, ya que siguen siendo los Estados Unidos de América los principales socios comerciales de México, por lo que a continuación se presentarán algunos de los principales indicadores que demuestran la dependencia que ambas economías tienen, lo que hace cuestionar que sea tan benéfico contar con un gran número de socios si no se logra una verdadera diversificación comercial.

2 OPERATIVIDAD E IMPLEMENTACIÓN DE LA APERTURA COMERCIAL DE MÉXICO

El impulso comercial generado por las diferentes economías del orbe ha logrado prácticamente eliminar buena parte de las fronteras económicas entre los países gracias a la globalización. Este proceso ha permitido cambios trascendentales en diversos aspectos políticos, culturales, sociales y económicos que a día de hoy sufren y gozan las diferentes sociedades. Sufren por la innegable pérdida o transformación de la identidad al establecerse nuevas sociedades multiculturales en los países y gozan por la gran cantidad de bienes y servicios a los que ahora tienen acceso estas nuevas sociedades, lo que les ha permitido incrementar, en algunos casos, los niveles de vida y acceder a mejores servicios.

Por otro lado, vemos países, quizá los menos beneficiados por la apertura comercial, que han buscado regresar a modelos económicos proteccionistas y tradicionales suponiendo con ello que recuperarían lo que tenían en el pasado, sin entender *de facto* que las sociedades ya no son las mismas y que, por lo tanto, es más difícil que ello ocurra.

Hoy vemos un mayor intercambio comercial de bienes y servicios que han creado grandes interdependencias entre las economías, como se decía, para bien y para mal, ya que tanto el neoliberalismo como la globalización se presentaban como modelos que podían paliar en buena medida los problemas de la inequidad a nivel global, situación que a todas luces no se ha logrado.

Por otro lado, las empresas multinacionales y las grandes corporaciones no parecen estar dispuestas a cambiar la dinámica comercial y de mercado en la que actualmente participan, ya que ello supondría menores niveles de beneficios para sus dueños y socios. Hoy estas corporaciones poseen un poder tal que tienen una gran injerencia en las relaciones y en el intercambio comercial en el mundo entero.

2.1 El intercambio comercial de México

Hoy en día hay un fuerte debate en la sociedad mexicana sobre los resultados de la apertura comercial, así como sobre la dependencia que la economía sigue teniendo con los Estados Unidos de América. Dicha dicotomía se encuentra entre los que defienden los resultados macroeconómicos de la apertura comercial y los que sostienen que dichos resultados no se han visto reflejados en el desarrollo de la población en general.

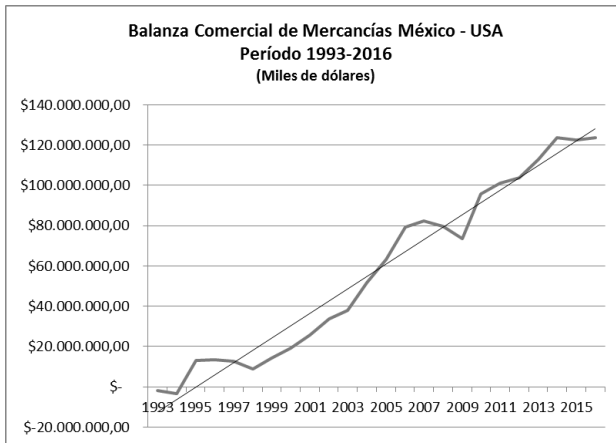
Sin duda alguna, encontrar un punto intermedio se vuelve un poco más que complicado, ya que eso supondría hacer un análisis minucioso de cada uno de los sectores que conforman el

Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y Canadá (TLCAN) y ponderar el impacto que cada uno de ellos ha tenido no sólo en términos macroeconómicos, sino a nivel poblacional.

Por ello, a continuación se presentan solamente algunos indicadores y resultados de dicha apertura comercial, particularmente en lo relativo al tratado con los Estados Unidos de América y Canadá, con la finalidad de que sea el propio lector el que identifique o valore los resultados de dicho acuerdo comercial.

Los tratados de libre comercio han sido un instrumento que le ha permitido a la economía mexicana avanzar en el proceso de liberalización de los mercados de bienes y servicios. A partir de 1994, México experimentó un cambio significativo gracias a la firma del TLCAN, logrando con ello posicionarse como uno de los más importantes socios comerciales de la unión americana. Como se puede apreciar en el gráfico 1, el saldo de la balanza comercial entre México y los Estados Unidos de América ha registrado un superávit, de manera general, para México, a pesar de las inestabilidades económicas que se han presentado en ambos países.

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



Fuente: Elaboración propia con datos del Banco de Información Económica del INEGI 2017

Asimismo, se puede observar que, salvo durante el primer año de operación del TLCAN (1994), período que estuvo marcado por un proceso electoral altamente cuestionado en México, el levantamiento zapatista en el sur del país y el asesinato del candidato presidencial del partido en el gobierno Luis Donald Colosio Murrieta, así como durante la crisis hipotecaria de los Estados Unidos de 2008, los números son mejores para el Estado mexicano, creciendo exponencialmente las relaciones comerciales entre ambas naciones año a año.

El tratado no sólo le ha abierto las puertas al Estado mexicano para impulsar la comercialización de sus productos, sino que también le ha brindado la oportunidad de impulsar el desarrollo tecnológico y la modificación en el comportamiento de los consumidores internos; ello ocasionó un cambio en las preferencias de sus ciudadanos, lo que supone en principio una mayor activación de la economía local.

Aunque, ciertamente, se han obtenido mayores beneficios en términos generales del comercio y del consumo, una de las industrias que más se han desarrollado en el país a partir

del TLCAN fue la automotriz, convirtiéndose a día de hoy en el eje estratégico del crecimiento económico nacional.

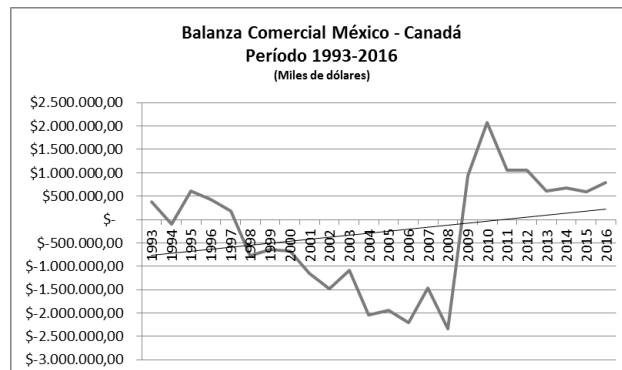
En este sentido, México ha encontrado en la manufactura automotriz el combustible que le ha permitido y permitirá crecer en los próximos años, ya que este sector aporta más del 3% del Producto Interno Bruto Nacional y cerca del 18% del manufacturero, generando una derrama económica por más de 52 mil millones de dólares y cerca de 900 mil empleos directos, convirtiéndolo en el séptimo productor mundial y en el cuarto en cuanto a la exportación de vehículos ligeros (Proméxico, 2016).

Ello explica la importancia que el actual presidente de los Estados Unidos de América, Donald Trump, le ha dado en sus primeros días de gobierno al tema, inhibiendo la inversión extranjera directa de dicho sector estratégico para la economía mexicana. Es importante reconocer que el haber retenido, al menos por el momento, la inversión de empresas estadounidenses en dicho sector ha sido un logro para su Administración.

Por otro lado, queda claro, al menos en términos jurídicos, que, para poder renegociar o cancelar el TLCAN, los Estados Unidos deben seguir un procedimiento jurídico-administrativo que, en el mejor de los casos, le llevará de seis meses a un año. Por ahora, y de acuerdo con los primeros acercamientos entre funcionarios de primer nivel de los dos países, todo parece indicar que la renegociación comenzará a mediados de año. Asimismo, también queda de manifiesto que cada una de las naciones podrá llevar a cabo acciones para inhibir o desincentivar inversiones con y entre sus socios comerciales.

Otra de las industrias más beneficiadas para México por el TLCAN es la industria aeronáutica, colocándose hoy como uno de los proveedores más importantes, por encima de Italia, Brasil, Israel y China (HSBC, 2015). Así, se ha intentado clarificar la importancia y el beneficio que le ha arrojado a México la firma del TLCAN. Sin embargo, como pudimos observar en el gráfico anterior, este escenario se presenta sólo en la relación comercial México-Estados Unidos.

Gráfico 2. Saldo de la balanza comercial México-Canadá 1993-2016



Fuente: Elaboración propia con datos del Banco de Información Económica del INEGI 2017

Por lo que respecta a Canadá, al ser parte del mismo bloque comercial y regional, uno supondría que los resultados deberían ser similares. Sin embargo, los datos arrojan grandes diferencias con relación a los Estados Unidos de América, en principio porque la balanza comercial

entre México y Canadá presenta un déficit puntual desde 1996 hasta 2008, teniendo un repunte muy importante en 2009, como se puede observar en el gráfico 2, el cual podría interpretarse como el resultado de la crisis originada en los Estados Unidos, la misma que se comentó con antelación y que redundó en un menor nivel de consumo de los productos mexicanos y donde tanto Canadá como México aprovecharon la coyuntura para impulsar la relación comercial bilateral. Es decir, la caída presentada en el intercambio comercial con los Estados Unidos de América significó un incremento en el nivel de exportaciones de México hacia Canadá.

El gráfico anterior también nos deja ver que en el arranque del TLCAN los resultados para México eran favorables, contrariamente a lo que sucedió en el inicio con los Estados Unidos de América, lo que nos deja entrever que en momentos de crisis la economía mexicana ha “buscado o encontrado” los espacios para compensar los desajustes comerciales que se presentan con los Estados Unidos.

Es importante comentar que el crecimiento en el intercambio comercial entre México y Canadá ha originado que esta se convierta en el tercer socio comercial, donde las exportaciones de México crecieron cerca del 7%, arrojando como resultado que la balanza comercial sea superavitaria para el país azteca. Entre los principales intercambios de mercancía están la maquinaria y los aparatos mecánicos, los equipos de sonido y de televisión, así como los equipos eléctricos. También hay que mencionar que, así como se ha impulsado el desarrollo de ciertas industrias estratégicas en México, son los vehículos, las aeronaves y los minerales quienes ocupan los primeros lugares en las exportaciones de México hacia Canadá (El Economista, 2016).

Para la Administración de Carlos Salinas de Gortari, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte fue uno de sus mayores logros, ya que suponía la inclusión de México en las economías más desarrolladas y el reconocimiento de los Estados Unidos de América a las políticas implementadas por el país en los últimos años.

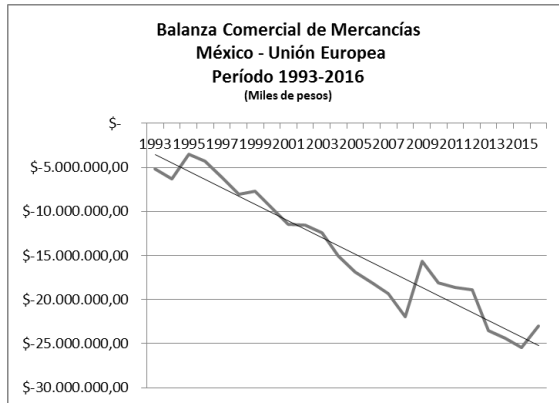
El haber signado dicho tratado hizo que México se volviera un socio atractivo para otros países y regiones. Comenzó entonces una política económica comercial que continuaron los presidentes Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa y, actualmente, Enrique Peña Nieto.

Para Zedillo Ponce de León, su estrategia en materia comercial era signar un tratado de libre comercio con el principal bloque económico internacional o al menos el más consolidado hasta ese momento, la Unión Europea, por lo que implementó una serie de acciones que lograron concretar dicho acuerdo comercial, aceptando incluso la llamada cláusula democrática, muy cuestionada en su momento por la oposición en México.

En el gráfico 3 se puede apreciar la evolución histórica de la balanza comercial de México con la Unión Europea desde 1993. Es importante señalar que no fue hasta el año 2000 cuando entra en operación dicho acuerdo comercial. Sin embargo, para efectos comparativos se ha decidido ponderar las mismas fechas que en los gráficos anteriores, con la finalidad de poder tener los mismos elementos comparativos.

A diferencia del TLCAN, la balanza comercial con la Unión Europea, incluso posteriormente a su firma, ha demostrado un declive permanente en los últimos años, lo cual indica que México no ha sabido o no ha podido sacar el beneficio esperado de dicho acuerdo comercial.

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

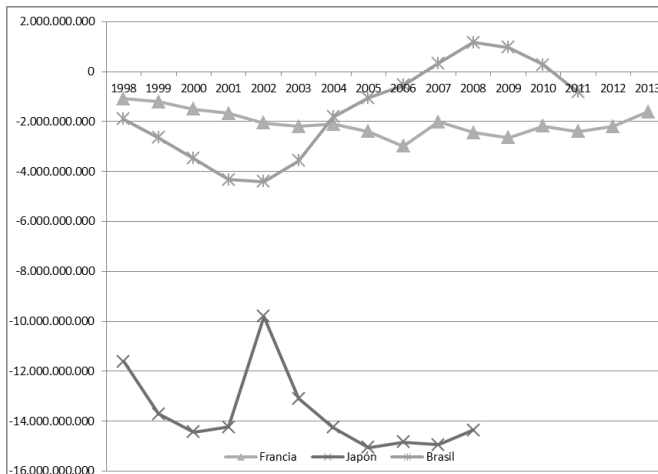


Fuente: Elaboración propia con datos del Banco de Información Económica del INEGI 2017

Es necesario resaltar que, al igual que sucedió con Canadá, con la Unión Europea en los períodos de crisis aparece un repunte favorable para la balanza comercial de México, lo que sustenta la idea de que no se han realizado los esfuerzos políticos necesarios para lograr consolidar una diversificación de la economía nacional.

Por otro lado, en el gráfico 4 se puede observar de manera general que la balanza comercial de México con países como Francia, Japón y Brasil, con quienes se tiene acuerdos comerciales signados, ya sea de manera bilateral o por bloque, ha sido muy regular en cuanto a su comportamiento, tanto en superávit como en déficit, pero al mismo tiempo se observa que no ha habido alteraciones significativas en los montos totales de importaciones y de exportaciones.

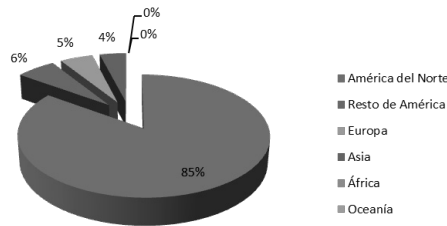
Gráfico 4. Comparación de la balanza comercial de México con otros países 1998-2015



Fuente: Elaboración propia con datos del Banco de Información Económica del INEGI 2017

La apertura comercial de México y la firma de diversos acuerdos comerciales no han generado los resultados esperados, particularmente en lo relativo a la diversificación de la dependencia de la economía nacional. Por el contrario, la relación y dependencia que ambas economías (México y los Estados Unidos de América) tienen se ha ido consolidando cada vez más. De igual manera, se puede señalar que para el resto de los países con los que tenemos signados instrumentos jurídicos de libre comercio se continúa con los bajos niveles de comercialización, tal como se muestra en el gráfico anterior, y en el subsecuente gráfico 5, que muestra la alta dependencia del comercio de México con diferentes regiones del mundo, lo que significa que el intercambio con diversos países sigue siendo deficitario.

Gráfico 5. Exportaciones totales de México 1991-2016



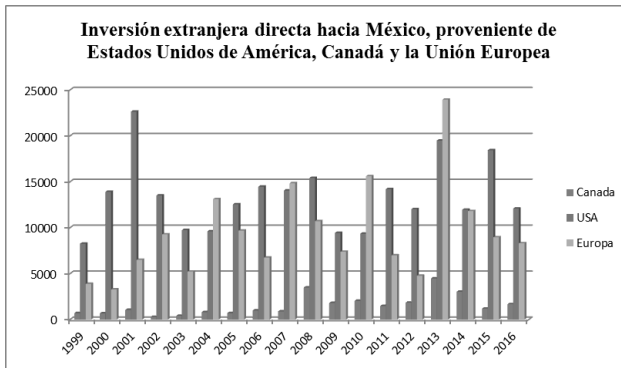
Fuente: Elaboración propia con datos del Banco de Información Económica del INEGI 2017

2.2 La inversión extranjera directa

Al principio del documento, se señaló que otro de los instrumentos de la globalización tenía que ver con los flujos económicos, de acuerdo con el FMI. La inversión extranjera directa (IED) es uno de los elementos que demuestran la relación comercial entre México con el resto del mundo.

En el caso que nos ocupa, otro de los beneficios que México ha obtenido es el incremento en la IED derivado de los tratados comerciales firmados. Así, en el periodo 1999-2016 se experimentó un aumento considerable en la materia que provino, sustancialmente, de los Estados Unidos de América, como se puede observar en el gráfico 6. Sin embargo, hay años en los que la IED de Europa ha superado dicha inversión.

Gráfico 6. Inversión extranjera directa hacia México, USA, Canadá y la UE 1993-2016



Fuente: Elaboración propia con datos del Banco de Información Económica del INEGI 2017

Tal como se puede observar en el gráfico anterior, la IED ha sufrido diversos altibajos; sin embargo, después de la crisis estadounidense, esta ha sido bastante considerable, lo que ha logrado impulsar la economía mexicana.

Asimismo, continúa expresándose la alta relación bilateral entre los Estados Unidos de América y México, ya que la diferencia existente con la IED que proviene de Canadá es muy inferior a la estadounidense. Igualmente, tras la firma del tratado de libre comercio con la Unión Europea en el año 2000, la economía ve el reflejo de ello en la IED que proviene de dicho bloque económico, consolidándose en el año 2013, sobrepasando a la IED que se venía generando por parte de los Estados Unidos.

De esto se concluye que el gran aporte que se ha obtenido en la economía mexicana, sea vía exportaciones o IED, proviene básicamente de la economía estadounidense. Sin embargo, a pesar de que las exportaciones que se han logrado hacia la Unión Europea aún distan mucho de lo que se esperaría, la llegada de inversionistas ha propiciado que el motor mexicano no se detenga y se esperen mejores expectativas en un futuro.

2.3 Posibles consecuencias de renegociar el TLCAN

Ahora bien, uno de los problemas más preocupantes que tiene el Gobierno mexicano es la política que pretende implementar el nuevo Gobierno de los Estados Unidos de América. Según lo expresado por el presidente Trump, con México pretende renegociar el TLC en virtud de que este ha sido más beneficioso para los mexicanos que para el pueblo estadounidense. Ante esto, el escenario para México podría pensarse en las siguientes vías:

1. Si se originara la cancelación del TLC, las reglas del tratado especifican que debería informar con 6 meses de anticipación, lo que incentivaría una oleada de escepticismo, volatilidad y especulación que afectaría principalmente a la economía mexicana por su alta dependencia de los Estados Unidos. Esto llevaría al incremento de precios tanto en el mercado estadounidense como en el mercado mexicano vía importaciones-exportaciones, en que los afectados finales serían los consumidores.

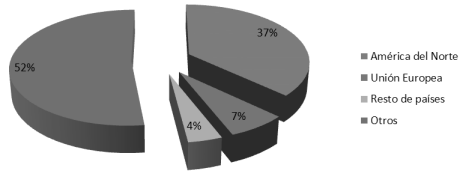
2. El retiro afectaría más al mercado estadounidense que al mexicano, ya que muchas de las piezas que se utilizan para productos finales son exportadas de México hacia los Estados Unidos. Ello originaría un incremento en el precio al productor y en los precios finales al consumidor, lo que llevaría a disminuir la competitividad de las exportaciones de los productos estadounidenses.

3. La eliminación del TLC y el incremento en los aranceles que los Estados Unidos pudiera imponer a los productos mexicanos no implicaría inmediatamente que las empresas extranjeras estadounidenses ubicadas en México trasladaran su producción, ya que el incremento de las cuotas arancelarias también las aplicaría México, por lo que con la mano de obra barata este último seguiría siendo más competitivo.

4. En caso de que la autoridad estadounidense incentivara la salida de sus empresas en México vía reducción de impuestos a estas, se tendría que evaluar la pertinencia en cuanto a competitividad y utilidades futuras, dado que México también podría crear incentivos de permanencia para dichas empresas, generando al final una guerra comercial entre ambas naciones.

5. Unido a lo anterior, bajo ningún escenario México apostaría por la salida de capitales estadounidenses; por el contrario, buscaría la forma de mantenerlos y atraerlos, lo cual podría lograr gracias a los TLC signados con diferentes naciones.

Gráfico 7. Inversión extranjera directa total recibida por México



Fuente: Elaboración propia con datos del Banco de Información Económica del INEGI 2017

6. Asimismo podría verse beneficiado por las políticas que el Gobierno estadounidense aplicara al resto de los países, ya que no se debe olvidar que la política proteccionista impulsada por Trump no es exclusiva de empresas mexicanas, sino que, por el contrario, podría afectar a empresas alemanas, británicas, francesas, españolas, etc., que sin duda aplicarían el mismo trato, de tal forma que las empresas estadounidenses asentadas en México deberán poner en una balanza la pertinencia de abandonar dicho país. En este sentido, a pesar de que la mayoría del comercio exterior de México se encuentra concentrado en la Unión Americana, esto no ocurre con la inversión extranjera directa, ya que, como se puede apreciar en el gráfico 7, el 52% del total de la IED recibida proviene de Norteamérica, mientras que el 37% procede de la Unión Europea y la restante, de los diversos países del orbe.

2.4 El escenario del comercio internacional con la nueva Administración estadounidense

Los primeros días de gobierno del presidente Donald Trump en los Estados Unidos de América han generado más dudas e incertidumbres a nivel global por lo confrontante de sus declaraciones no sólo hacia México, sino hacia el mundo en general.

La conformación del gabinete presidencial estadounidense deja claro que, más allá de seleccionar a expertos en la administración pública, una de las tradiciones de la meritocracia de aquella nación, Trump ha optado por perfiles empresariales que no necesariamente conocen el funcionamiento de la democracia ni en las formas ni en el fondo, y mucho menos en los tiempos.

Por otro lado, la descalificación sistemática a los medios de comunicación y a los opositores ideológicos deja claro que es una persona que, lejos de fomentar el diálogo y el debate, promueve la duda y la incertidumbre como una forma de negociar, más vinculada a los negocios que la diplomacia internacional. Asimismo, el discurso hacia los migrantes particularmente mexicanos y musulmanes ha dado muestras claras de su política e ideología nacionalista, con visos de poca tolerancia hacia ciertos sectores poblacionales.

Por otro lado, el presidente Donald Trump ha mostrado gestos de atención y deferencia con algunos jefes de Estado con los que tiene mayor afinidad. Países como Rusia, Japón, Inglaterra y Canadá han sido algunas de las naciones que han recibido un trato diferenciado, por lo que todo hace suponer que la idea es tener un nacionalismo económico con una apertura comercial seleccionada.

En este sentido, y de acuerdo con lo observado a lo largo de este documento, el Gobierno mexicano y particularmente el presidente Peña Nieto deben estar preparando la estrategia no

sólo para la renegociación del TLCAN, sino para una verdadera diversificación comercial de la economía mexicana.

Se deben ponderar políticas públicas que promuevan e incentiven dicha diversificación comercial utilizando todas las herramientas y recursos con los que cuenta el Estado para ello, pero debe ser ya, ahora mismo. Si esperamos a ver los resultados de la negociación, los costos pueden ser más elevados. Los gráficos anteriores dejaron en evidencia que en momentos de crisis la misma dinámica comercial busca mercados alternos que “solventen” los ajustes de dichas relaciones económicas y comerciales.

Pensar en acelerar la firma de nuevos tratados e incrementar el número de países con los que se tienen acuerdos comerciales, como recientemente instruyó Peña Nieto al secretario de Economía Ildefonso Guajardo, refiriéndose particularmente a Australia, Brunei, Malasia, Nueva Zelanda, Singapur y Vietnam (países que pertenecían al TPP) o incluso buscar uno con China vía *fast track*, no resolverán la dependencia de México de los Estados Unidos. Por el contrario, parece más una acción desesperada que una política comercial estratégica, como sugieren algunos especialistas en la materia.

Ahora bien, una de las lecciones que México debe tomar no sólo sobre el TLCAN sino sobre la totalidad de sus acuerdos es que, dada la dinámica global, se vuelve prioritario tener una política institucionalizada que permita evaluar los resultados de cada uno de dichos tratados, con la finalidad de poder llevar a cabo, en caso de ser necesario, revisiones y/o actualizaciones en cada uno de ellos cuando haya lugar.

No reconocer lo anterior es desconocer las nuevas tendencias globales. Desde 1994 hasta la fecha muchas cosas han cambiado a nivel nacional e internacional. Por ejemplo cuando se firmó el TLCAN el tema del petróleo para México era innegociable; hoy día es un sector en el que se puede tener participación internacional. Por ello, se debe reconocer que, más allá de las circunstancias particulares, era necesario ponderar una actualización del TLCAN.

3 REFLEXIONES FINALES

A manera de conclusión, aunque se espera que se inicie una renegociación del Tratado de Libre Comercio entre México, los Estados Unidos y Canadá, este se ha vuelto demasiado importante para los tres países, donde la marcada interdependencia, sobre todo de la relación entre México y los Estados Unidos, hace por demás difícil el creer que dicho tratado podría ser eliminado, sobre todo considerando que la mayoría de las empresas ubicadas en el territorio mexicano son de origen estadounidense y que estas se han visto beneficiadas por dicho tratado, por lo que no sólo será el espíritu nacionalista del presidente Donald Trump el que deberá impedir en dichas negociaciones, sino que deberán tomarse un gran número de variables para considerar en la negociación, como son infraestructura, precios, mano de obra calificada y ventajas competitivas y comparativas, que muy probablemente sea difícil que el Estado norteamericano pueda generar en un tiempo muy corto.

Por otro lado, hoy el Estado mexicano tiene una gran oportunidad de diversificar sus relaciones comerciales con el resto de los países y no centrarse solamente en uno. Así, hoy se tienen las capacidades y los conocimientos que se han aprendido de las empresas estadounidenses que permiten a México posicionarse a escala mundial como una economía con posibilidades reales de crecimiento y competencia para diversos mercados mundiales tanto por la calidad como

por la capacidad para enfrentarse a los retos que se le presenten. El establecimiento de políticas públicas adecuadas que permitan llevar por buen camino dichas capacidades impactará de manera importante en la economía mexicana.

Finalmente, la actual Administración de México debe replantearse la política económica y comercial que se deba llevar a cabo en las siguientes décadas, pensando no en las próximas elecciones, sino en las futuras generaciones.

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#ll> (03-03-17).
- HSBC 2015. *HSBC Global Connections*. <https://globalconnections.hsbc.com/mexico/es/articulos/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-automotriz-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

Candidata al Doctorado

Universidad 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.

Sumario: 1 Introducción. 2 Antecedentes. 3 Integración económica y una comparación imperfecta del caso canadiense. 4 Residentes permanentes, trabajadores temporales y nuevas clases de admisiones bajo el libre comercio. 4.1 Inmigrantes. 4.2 No-inmigrantes. 5 Un análisis de las admisiones canadienses en los Estados Unidos en función de dos factores. 6 La Unión Europea y el Programa de Exención de Visa: El estado actual del asunto. 7 Conclusión. 8 Bibliografía. 9 Anexos.

1 INTRODUCCIÓN

La salida de los Estados Unidos en enero de 2017 del Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP; Trans-Pacific Partnership) ha puesto en tela de juicio el destino de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (T-TIP) entre los EE.UU. y la U.E., actualmente en negociaciones. Aunque muchos medios de comunicación han aludido a un final inminente de la asociación, recientemente en enero de 2017 la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos, perteneciente a la Oficina Ejecutiva del Presidente, publicó una actualización del progreso del acuerdo. El informe detalla el desarrollo de las últimas negociaciones en octubre de 2016, justo antes de las elecciones de noviembre de 2016, que supusieron un cambio en las proyecciones políticas con la elección del candidato republicano Donald Trump. Como comentó la Comisaria de Comercio de la U.E. Cecilia Malmström en su discurso del 24 de enero de 2017 en Bruselas sobre el futuro de la política comercial de la U.E.: “La elección de Donald Trump parece probable que suponga firmemente dejar en el congelador las negociaciones entre U.E.-EE.UU., al menos por un tiempo” (Malmström, 2017). Si el acuerdo llega a buen puerto y los Estados Unidos forman un importante bloque comercial mundial con la Unión Europea, las cuestiones de migración, que afectan tanto a los inmigrantes de carácter permanente como a los no-inmigrantes temporales, podrían suponer una preocupación importante. Aunque no es una comparación perfecta, un análisis de los patrones de admisión de no-inmigrantes canadienses en el contexto del libre comercio proporcionaría un modelo potencial de lo que podría ocurrir con las admisiones de no-inmigrantes de la Unión Europea a los Estados Unidos.

Actualmente, la mayoría de las admisiones de no-inmigrantes de la Unión Europea a los Estados Unidos son a través del Programa de Exención de Visa (VWP; Visa Waiver Program). En este momento, los textos provisionales de T-TIP no parecen suponer un incremento de las medidas establecidas en el marco del VWP, con respecto a la entrada temporal de personas de negocios,

ni prever la creación de una nueva clase de admisión de no-inmigrante. Por consiguiente, no parece probable que un acuerdo de libre comercio afecte en gran medida a las admisiones de no-inmigrantes de la U.E. a los Estados Unidos.

Los cinco países de la U.E. que actualmente no están incluidos en el VWP suponen una advertencia importante. Unos cambios políticos relevantes para reconstruir o reemplazar el VWP podrían influir significativamente en las admisiones de no-inmigrantes, en un esfuerzo por incluir a todos los estados miembros de la U.E.

2 ANTECEDENTES

Históricamente, la política de inmigración estadounidense a menudo ha supuesto el establecimiento de restricciones en tiempos de crisis económica o presión política. Su papel, a veces como catalizador y a veces de barrera, resulta crítico para las tendencias migratorias. En un informe del 2013 del Population Reference Bureau, el autor Philip L. Martin clasifica las “oleadas” migratorias a los Estados Unidos en cuatro períodos distintos. La primera oleada importante se componía predominantemente de inmigrantes británicos que llegaron en la década de 1820. En las décadas de 1840 y 1850, los católicos irlandeses y alemanes conformaron la segunda oleada, que finalizó con la guerra civil americana en la década de 1860. La tercera afluencia, entre 1880 y 1914, estuvo compuesta de inmigrantes europeos, pero se desaceleró como resultado de la Primera Guerra Mundial y las cuotas de inmigración de los años veinte. Después de la Gran Depresión, los niveles de inmigración permanecieron bajos durante la década de 1930 y continuaron disminuyendo hasta 1960. La cuarta oleada de migración a los Estados Unidos comenzó después del año 1965, caracterizada por la entrada a los Estados Unidos de muchos inmigrantes latinoamericanos y asiáticos (Martin, 2013: p.8). Una nueva era de la inmigración estadounidense comenzó a finales de los años 80 con la Ley de Reforma y Control de Inmigración de 1986, implementada principalmente para abordar el problema de los extranjeros indocumentados.

Cada uno de estos períodos ha estado influenciado por una confluencia compleja de factores, tales como eventos mundiales o determinantes económicos, pero la política de migración de los Estados Unidos sigue siendo la principal directiva de las admisiones de extranjeros. La migración desde México a los Estados Unidos es representativa de este hecho. Es un fenómeno complicado que ha sido ampliamente estudiado, tanto histórica como estadísticamente. Varios factores han contribuido a configurar la historia de la emigración mexicana hacia los Estados Unidos, incluyendo las tendencias demográficas mexicanas, el perfil del emigrante mexicano y las fluctuaciones económicas que afectan a los sectores relacionados con la contratación de mano de obra, pero nada tan crítico como la política de inmigración estadounidense.

Las relaciones entre los Estados Unidos y México también han estado afectadas por el desequilibrio inherente de la hegemonía estadounidense y la disparidad entre sus economías. Los países altamente desarrollados siempre han tenido una poderosa influencia en los sistemas productivos de las naciones menos desarrolladas. Los efectos resultantes del NAFTA (TLCAN; Tratado de Libre Comercio de América del Norte) sobre la integración económica entre México y los Estados Unidos han demostrado ser multidimensionales y los flujos migratorios de México a Estados Unidos, en el contexto del libre comercio, han sido altamente influenciados por factores característicos de una relación económica desequilibrada.

Un factor importante, a menudo mencionado para explicar el aumento de la migración internacional en las últimas décadas, es la persistencia de las desigualdades económicas entre las naciones. La mayoría de los analistas académicos estiman que los niveles de migración laboral internacional seguirán aumentando como resultado de las desigualdades demográficas y económicas en este período de globalización (Martin, 2011). Si bien la desigualdad económica se ha utilizado a menudo para explicar este aumento, los flujos migratorios entre naciones de igual posición económica, permanecen en gran parte inexplorados. Desde la adopción en enero de 1989 del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y EE.UU. (CUFTA), Canadá y los Estados Unidos han estado estrechamente ligados a través del libre comercio. Aunque su sucesor, el TLCAN, es uno de los acuerdos de libre comercio más estudiados de todos los tiempos, poco se ha examinado sobre los efectos del acuerdo post-comercial sobre la migración de Canadá a los Estados Unidos. Un análisis de las admisiones de inmigrantes y no-inmigrantes entre estos dos países puede proporcionar una idea de cómo los acuerdos de libre comercio afectan a los flujos migratorios entre las principales economías industriales.

3 LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA Y LA COMPARACIÓN IMPERFECTA DEL CASO CANADIENSE

Cuando se iniciaron las negociaciones en julio de 2013 (*Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos, Oficina Ejecutiva del Presidente, 2017*), la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (T-TIP) trajo consigo la posibilidad de un acuerdo comercial entre algunas de las economías industriales más avanzadas del mundo. Aunque a menudo se entiende que el comercio y la migración están implícitamente conectados, no está claro cómo este acuerdo, sin precedentes exactos, podría afectar a los flujos migratorios desde Unión Europea a los Estados Unidos. Aunque no es una comparación perfecta, el ejemplo canadiense-estadounidense puede ofrecer cierta comprensión sobre cómo o si el libre comercio afecta a las tendencias migratorias entre países económicamente comparables.

De acuerdo con el *World Factbook 1987* de la Agencia Central de Inteligencia de los Estados Unidos, Canadá tenía en 1985 un PIB de 366.000 millones de dólares, 88.100 millones de dólares en exportaciones y 75.300 millones de dólares en importaciones, (*Central Intelligence Agency, 1987:43*). Cuatro años más tarde, en 1991, dos años después de la entrada en vigor del CUFTA, el PIB registrado ascendía a 516.700 millones de dólares, con exportaciones de 126.700 millones de dólares e importaciones de 116.300 millones de dólares en 1990 (*Central Intelligence Agency, 1991*). Canadá había consolidado anteriormente su condición de importante actor desde el punto de vista industrial con su entrada en el Grupo de los 7 (G7) en 1976. Precedido por el G5, el G7 comenzó a realizar convocatorias anuales a partir de 1975 para discutir temas económicos mundiales. Canadá se unió a la coalición informal un año después (Laub y McBride, 2014). Como lo anuncian los informes del Fondo Monetario Internacional, las cumbres del G7 continúan funcionando como una conferencia para discutir asuntos económicos y financieros para los principales países industrializados (*Fondo Monetario Internacional, 2016*).

La Unión Europea es otra gran potencia comercial mundial, que funciona como un mercado único con veintiocho países. Con un PIB de 14.600 millones de euros en 2014, el comercio exterior de la U.E. representa alrededor del veinte por ciento de las exportaciones e importaciones mundiales (*Official European Union website, European commission - The Economy, 2017*). Mientras

que tanto Canadá como la U.E. representan a las economías industrializadas, los diferentes grados de integración económica entre la comparación de Estados Unidos y Canadá, y luego los países miembros de la Unión Europea, dificultan la comparación.

Los mercados abiertos son la base de la teoría del libre comercio, que se aplica a las importaciones y exportaciones, de bienes y servicios. Sin embargo, también se ha incluido la libre circulación de trabajadores en determinados tipos de integración económica, concretamente en la creación de un mercado común. La Unión Europea se formó como un mercado común, instituyendo el libre comercio de bienes y servicios a lo largo del tiempo. Esto estableció tarifas arancelarias comunes entre los miembros y concedió la libre movilidad del capital y la mano de obra entre los países. (Suranovic, 2012: 111) El artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea estableció este principio, y el concepto se siguió desarrollando mediante legislación adicional. Sin embargo, el TLCAN es un ejemplo de una zona de libre comercio, creada cuando los países eliminan los aranceles entre sí, pero mantienen los aranceles externos sobre las importaciones del resto del mundo (Suranovic, 2012: 110). Este acuerdo sólo prevé la entrada temporal de ciertos extranjeros que cumplen con unos requisitos específicos. El capítulo 15 de la CUFTA se refiere a la entrada temporal de personas de negocios, y las mismas disposiciones se transfieren al capítulo 16 del TLCAN. En resumen, el concepto de zona de libre comercio es *facilitar* la circulación de los trabajadores, no reconociendo la libre circulación de los ciudadanos entre los países miembros. Los documentos de negociación T-TIP provisionales estipulan la creación de una zona de libre comercio que no contempla la libre circulación de los ciudadanos.

El lenguaje y la ubicación de Canadá son otros factores que lo convierten en una comparación imperfecta. Dada su frontera con los Estados Unidos, y la falta de una barrera del idioma, los visitantes canadienses temporales por negocios pueden entrar y salir regularmente, lo que podría explicar el elevado número de admisiones. Esto crea una afluencia constante de entradas temporales que pueden no ser tan frecuentes cuando se requieren viajes transatlánticos.

En el contexto del libre comercio, y aunque no es una comparación completamente análoga, los flujos migratorios canadienses hacia los Estados Unidos pueden todavía proporcionar un marco de referencia de cómo puede afectar la migración de la U.E. a los EE.UU. si se alcanzara un acuerdo comercial como el T-TIP. Por lo tanto, es útil examinar la trayectoria de la migración canadiense tanto a través de las admisiones de inmigrantes, como las de no-inmigrantes.

4 RESIDENTES PERMANENTES, TRABAJADORES TEMPORALES Y NUEVAS CLASES DE ADMISIONES EN EL LIBRE COMERCIO

Los extranjeros que ingresan legalmente a los Estados Unidos pueden ser admitidos a través de las categorías de visados de *inmigrantes* o *no-inmigrantes*. Las categorías de visas de inmigrantes se dividen en *patrocinadas por la familia* o *patrocinadas por el empleador*. Los no-inmigrantes pueden ingresar a los Estados Unidos a través de una variedad de diferentes categorías de visas, dependiendo del motivo del viaje. En los Estados Unidos, una visa es un documento que permite a un extranjero viajar a una frontera de los Estados Unidos, o puerto de entrada, y pedir permiso a la Patrulla Aduanera y Fronteriza (CBP) para entrar en los Estados Unidos. Una vez en el puerto de entrada, el oficial de la CBP puede autorizar el status del extranjero en los Estados Unidos, o su permiso para permanecer en los Estados Unidos por un período de tiempo.

Según el Departamento de Seguridad Nacional de los EE.UU., Anuario de la Oficina de Estadísticas de Inmigración, la ley de inmigración de los Estados Unidos define a los *inmigrantes* como personas de otros países autorizados con *residencia legal permanente* en los Estados Unidos. Este status permite a un extranjero vivir y trabajar permanentemente en los Estados Unidos. Una Tarjeta de Residente Permanente en los Estados Unidos, también conocida como *Green Card* (tarjeta verde), es el documento de acompañamiento que certifica el status de residente permanente de un extranjero en los Estados Unidos. Los inmigrantes llegan a los Estados Unidos con visas de inmigrante emitidas en el extranjero, o *ajustan su status* de residencia temporal a residencia permanente, una vez en los Estados Unidos (Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 1994: 13). Alternativamente, los *no-inmigrantes* son aquellos que se encuentran en los Estados Unidos de forma temporal.

4.1 Inmigrantes

El número total de inmigrantes admitidos anualmente de un determinado país está compuesto por *los recién llegados y los ajustes*, aquellos que han ajustado su status a residentes permanentes en ese ejercicio económico. En el caso de Canadá, como ocurre en muchos otros países, estos inmigrantes están sujetos a un límite numérico, o *tope*. “La Ley de Inmigración de 1990 creó un límite anual flexible de inmigración de 700.000 personas durante los ejercicios económicos de transición de 1992-94, y 675.000 posteriormente (excluyendo los ajustes de refugiados y asilo, además de algunas otras categorías)” (Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de Justicia de los Estados Unidos: 13). Este tope limita el número de extranjeros que pueden ajustar anualmente su condición de residente permanente.

Un factor importante que puede tener un efecto en las admisiones de inmigrantes es el *tiempo de espera*. Para determinar el orden en que los extranjeros son elegidos para ajustar su status a residente permanente, las enmiendas a la Ley de Inmigración y Nacionalidad del 3 de octubre de 1965 establecieron un sistema de preferencias basado en categorías (79, 911, 1965). La Ley de Inmigración de 1990 amplió el sistema para incluir dos categorías adicionales, totalizando nueve (104 Stat. 4978, 1990). El sistema de preferencias es una forma de asignar un límite o cupo al número máximo de visas de inmigrantes disponibles cada año. Una vez que la solicitud de visa de inmigrante de un extranjero ha sido aprobada a través de los Servicios de Inmigración y Ciudadanía de los Estados Unidos (USCIS), se debe esperar a que el Departamento de Estado de los Estados Unidos facilite un número de visa de inmigrante, de acuerdo con el límite anual de visas permitido en cada categoría.

El tiempo de espera antes de recibir una visa de inmigrante, o ajustar su status, depende en gran medida de “... la demanda y la emisión de visas de inmigrantes, las limitaciones de visados para cada país, [así como] el número de visas asignados para extranjeros en la categoría preferente (*Disponibilidad de Visas y Prioridad de Fechas*, 2015). Si bien las diversas medidas para ajustar el status están fuera del alcance de este estudio, es importante establecer que las admisiones de inmigrantes que ingresan a los Estados Unidos estén directamente relacionadas con el volumen total de solicitantes, así como con cualquier atraso de solicitudes pendientes. Esencialmente, el número de extranjeros capaces de vivir y trabajar permanentemente en los Estados Unidos se rige por una fórmula compleja determinada por la ley de inmigración estadounidense, e influenciada por la oferta y la demanda.

4.2 No-inmigrantes

A diferencia de las personas con o en búsqueda de residencia permanente, los no-inmigrantes son extranjeros en los Estados Unidos de manera temporal. Dependiendo del motivo de viajar a los Estados Unidos, existen diferentes visas y clasificaciones a través de las cuales un no-inmigrante puede disponer de un status legal. Hay varias categorías de visas de no-inmigrantes que han sido afectadas por la integración económica entre Canadá y los Estados Unidos.

El Anexo 1502.1 al capítulo 15 de la CUFTA organiza la entrada temporal de personas de negocios en cuatro secciones: *Visitantes por Negocios, Comerciantes e Inversores, Traslados dentro de la Empresa y Profesionales*. Los visitantes por negocios corresponden a la categoría de visa B-1, los comerciantes e inversores a la categoría de visa E, y los trasladados dentro de la empresa a la categoría de visa L. En virtud de este acuerdo, se facilitó a los ciudadanos canadienses los procedimientos de admisión para los visitantes por negocios, los comerciantes e inversores, y los trasladados dentro de la empresa. Por ejemplo, los trasladados dentro de una empresa ahora pueden presentar directamente una solicitud de visado L-1 a los oficiales de la CBP en un puerto de entrada, en lugar de tener que presentar la petición por adelantado en un Centro de Servicio de USCIS. Por lo tanto, se podría procesar la petición conjuntamente con una solicitud de admisión. El proceso para los ciudadanos canadienses admitidos en la categoría L-1 se simplificó, debido a que ya no estaban obligados a obtener previamente una visa L-1.

Los *profesionales* son personas de negocios que trabajan en una de las profesiones descritas por el CUFTA, y más tarde en el TLCAN, que cumplen con los requisitos específicos. Esta última sección creó una nueva clase de admisión de no-inmigrante para profesionales que cumplieren con los requisitos específicos para entrar en los Estados Unidos (Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 1992: 92). La nueva clase de admisión de no-inmigrantes era la visa TC, junto con la visa TB para cónyuges y menores solteros o dependientes. La categoría de visado TC, posteriormente reemplazada por la TN, es un status especial para un no-inmigrante en los Estados Unidos, únicamente para ciudadanos de Canadá, y más tarde de México, con el objetivo de facilitar el movimiento temporal de trabajadores. Las admisiones bajo el CUFTA finalizaron el 31 de diciembre de 1993, ya que las entradas bajo el TLCAN comenzaron el 1 de enero de 1994 (Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 1996: 107). Mientras que las categorías establecidas en el CUFTA para la entrada temporal de personas de negocios permanecieron iguales, la clasificación de la visa TC fue absorbida por la nueva visa TN. La visa TD fue creada para los cónyuges y menores solteros o hijos dependientes de los titulares de visa TN.

Debido a que el visado no está diseñado para la residencia permanente en los Estados Unidos, se considera una iniciativa de migración temporal. “Los programas de migración temporal (TMP; Temporary migration programs) tienen por objeto incorporar los trabajadores extranjeros a la mano de obra, pero no necesariamente a los residentes integrados en la población. Estos programas, a menudo llamados programas para trabajadores invitados o trabajadores temporales extranjeros, se encuentran en todos los países industrializados y enfatizan con el hecho de que el inmigrante no se asiente” (Martin, 2009: 6). El TN es similar a lo que comúnmente se conoce como categoría de visa H-1B, pero los dos se diferencian en algunos aspectos. Las visas TN son emitidas por períodos de tres años en comparación con los seis años permitidos en el status de H-1B. El TN puede renovarse indefinidamente, lo que no es el caso de las visas H-1B.

Finalmente, a diferencia del status de H-1B, el status de la visa TN no incluye la posibilidad de solicitar un cambio al de residente permanente.

Los actuales textos de negociación T-TIP no parecen sentar las bases para la creación de una nueva clase de admisión de no-inmigrante. La sección sobre el Comercio de Servicios, Inversiones y Comercio Electrónico aborda en el capítulo IV la *Entrada y Permanencia Temporal de Personas Físicas para Negocios*. El artículo 4-2 se refiere a los *Trasladados dentro de la Empresa y a los Visitantes por Negocios*, el artículo 4-3 incluye *Vendedores y Comerciales de Servicios*, y el artículo 4-4 es para *Proveedores de Servicios Contractuales, Modelos y Oficinas Especializadas*. Dado la inexistencia en el texto de oficinas especializadas, éstos parecen referirse a los actualmente disponibles bajo la categoría de visas H-1B. Esta clasificación se aplica a los extranjeros que prestan servicios en un trabajo que cumple con los criterios establecidos para que pueda ser calificado como oficio especializado. Dado que el T-TIP no parece enumerar oficios especializados que califiquen a los profesiones bajo los términos del acuerdo (el TLCAN enumera 63 profesiones), se supone que no se crearía una categoría especial de visado, como el TN, para los profesionales de la U.E.

5 ANÁLISIS DE LAS ADMISIONES CANADIENSES EN LOS ESTADOS UNIDOS EN FUNCIÓN DE DOS FACTORES

Los datos disponibles sobre los ciudadanos canadienses extranjeros que entran en los Estados Unidos están organizados en admisiones de inmigrantes y admisiones de no-inmigrantes. El Gráfico 1 esboza el total de entradas de inmigrantes canadienses o extranjeros que pueden vivir y trabajar permanentemente en los Estados Unidos desde 1984 a 2015. El Tratado de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos entró en vigor el 1 de enero de 1989 y entre los ejercicios económicos de 1989 y 1990, hubo un incremento en el número de admisiones de personas, de 4.661 a un total de 16.812. Desde 1990 a 1996 el número total de inmigrantes permaneció relativamente constante: alrededor de 15.500 personas por año. Esto incluye el período posterior a la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en 1994. A pesar de un ligero incremento en el transcurso de 1995 a 1996, el número total de admisiones de inmigrantes canadienses parece disminuir entre 1995 y 1999. Dado el menor número de inmigrantes admitidos con residencia legal permanente, debido al creciente número de solicitudes pendientes de ajuste de status, la inmigración legal en 1999 alcanzó su punto más bajo desde 1988 (Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 2002a: 14). En el año 2000, las personas que recibieron el status legal de residente permanente aumentaron debido al empuje del Servicio de Inmigración y Naturalización para tratar el gran número de casos pendientes (Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 2002b: 14).

Como ya se esperaba, estos datos no parecen indicar que los acuerdos de libre comercio establecidos entre Canadá y los Estados Unidos a finales de los 80 y los 90 tuvieran una influencia directa en las admisiones de inmigrantes canadienses en los Estados Unidos. Dado que el número de extranjeros que pueden vivir y trabajar en los Estados Unidos de forma permanente está predominantemente regulado por la ley de inmigración de los Estados Unidos, e influenciado por la oferta y la demanda, es probable que el tope de la política de limitaciones afectase a las admisiones de inmigrantes durante este período.

Dado que las cuatro categorías tratadas en el CUFTA y en el TLCAN (*Visitantes por Negocios, Comerciantes e Inversores, Traslados dentro de la Empresa y Profesionales*) pertenecen a las clasificaciones de no-inmigrantes, un análisis de las entradas de no-inmigrantes debería proporcionar una mejor evaluación de los flujos migratorios canadienses hacia los Estados Unidos en el contexto del libre comercio. Dado que existe una tendencia general de aumento anual del número total de entradas de no-inmigrantes canadienses, es necesario analizar el porcentaje que cada categoría (*Visitantes por Negocios, Comerciantes e Inversores, Traslados dentro de la Empresa y Profesionales*) supone en el total anual de admisiones de no-inmigrantes canadienses.

La tabla 1 muestra que, con la excepción de 1995 y 1996, el número total de admisiones de no-inmigrantes canadienses a los Estados Unidos aumentó anualmente, con un salto drástico en el año 2013. Las entradas con status de no-inmigrante de TC aumentaron sustancialmente entre 1989 y 1993 - sus años de disponibilidad. Durante el ejercicio económico de 1989, las admisiones como no-inmigrante de tipo TC constituyeron únicamente el 3,74% de las admisiones totales de inmigrantes canadienses, pero en 1993, representaron el 19,76% del total. En 1989, la suma total de los Visitantes Temporales por Negocios, Comerciantes e Inversores y Traslados dentro de una Empresa, fue del 36,46% del total de las admisiones de no-inmigrantes canadienses. En el año siguiente, se redujo a 34,56%, y en los tres años siguientes permaneció más o menos constante, representando alrededor del 30% del total.

Hasta 1995, la suma total de Visitantes Temporales por Negocios, Comerciantes e Inversores y Traslados dentro de una Empresa representaba un porcentaje mayor del total de admisiones de no-inmigrantes canadienses que entraban bajo la clasificación de visas de tipo TC o la clasificación de visas TN. Sin embargo, como se indica en el Gráfico 2, esta tendencia se invirtió desde 1996 y a lo largo del 2012, con las admisiones de visas tipo TN, representando de forma consistente un porcentaje mucho mayor del total de las admisiones de no-inmigrantes canadienses, y alcanzando su punto máximo en los años 2000 y 2012, con aproximadamente el 46% del total. Dado que el número total de admisiones de no-inmigrantes canadienses a los Estados Unidos ha aumentado anualmente (omitiendo el año 1995 y 1996), y las entradas de visa TN entre los años 1996-2012 representaron sistemáticamente un porcentaje mucho mayor del total de admisiones de no-inmigrantes canadienses con respecto a la suma total de las otras categorías de entrada temporal para personas de negocios, los datos parecen indicar que la creación de una nueva categoría de no-inmigrante para la admisión de trabajadores profesionales del acuerdo de libre comercio tenga un efecto sobre las admisiones de no-inmigrantes.

Los porcentajes decrecientes entre los años 2003-2009 tanto para las entradas de visa tipo TN como para la combinación de las otras categorías para la entrada temporal de personas de negocios, probablemente pueden considerarse como parte de una disminución general mayor de las entradas de no-inmigrantes procedentes de todos los países, así como un cambio en los procedimientos de recopilación de datos. Después de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley de Seguridad Nacional de 2002 (Ley Pública 107-296) y se creó el 25 de noviembre de 2002, el Departamento de Seguridad Nacional (DHS) de los Estados Unidos. Según el Sistema de Información para No-inmigrantes del Servicio de Inmigración y Naturalización (INS) se registró una disminución de más de 4,9 millones de admisiones de no-inmigrantes en el ejercicio económico de 2002, lo que representa un descenso del 15% con respecto al año 2001 (Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de EE.UU., 2003: 82). En 2003, el DHS incorporó el Servicio

de Inmigración y Naturalización y asumió sus responsabilidades (Dhs.gov, 2017), actualizando el Sistema de Información de No-inmigrantes del INS bajo el sistema de Aduanas y Protección Fronteriza de los Estados Unidos. (73 FR 77739, 2008).

Sin embargo, hay un cambio repentino en el año 2013, cuando los porcentajes tanto para las entradas de visa tipo TN como para la combinación de las otras categorías para la entrada temporal de personas de negocios, disminuyeron dramáticamente. El porcentaje de admisiones canadienses tipo TN disminuyó aún más en el año 2014, sólo para recuperarse ligeramente en el 2015. El Formulario I-94 de Registro de Llegada/Salida fue un documento físico utilizado por las Aduanas y Protección Fronteriza de los EE.UU., e indicaba tanto la fecha de entrada de un extranjero a los Estados Unidos como su salida posterior. El número de registros de no-inmigrantes del I-94 en el año 2013 es mucho mayor que el reportado en años anteriores, debido a un recuento más preciso de las admisiones canadienses. (Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, Oficina de Estadísticas de Inmigración, 2013: 70) “Los conteos de admisión de no-inmigrantes se basan en la recolección de formularios de entrada/salida (I-94) en los puertos de entrada. Los formularios I-94 se exigen a todos los visitantes temporales, excepto a los visitantes por negocios u ocio (clases B1 y B2) de Canadá y México... Por lo tanto, millones de visitantes canadienses y mexicanos no están representados en los recuentos de admisión presentados... (Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, Oficina de Estadísticas de Inmigración, 2004:III). Según el *Informe Anual sobre Admisiones de No-inmigrantes a los Estados Unidos: 2013*, expedido por el DHS, en la primavera de 2013, fueron automatizados los procedimientos I-94 para entradas de no-inmigrantes por aire y mar. Anteriormente, los I-94 eran en forma de papel y este nuevo sistema de registros electrónico fue creado en su lugar. El informe indica que esto causó un aumento sustancial en el número registrado de viajeros canadienses por negocios y turismo. (Foreman, K. y Monger, R., 2014: 1). Esto se debe al hecho de que, previamente, no era necesario rellenar el formulario I-94 en formato papel, y por tanto quedaban excluidos de los datos de las admisiones del I-94.

Este hallazgo es significativo ya que pone en tela de juicio los datos de los *Visitantes por Negocios* Canadienses con anterioridad al año 2013. Como se explicó anteriormente, entre 1996 y 2012 los porcentajes para las entradas canadienses de visas tipo TN representaron sistemáticamente un porcentaje mucho mayor del total de admisiones de no-inmigrantes canadienses con respecto a la suma total de las otras categorías de entrada temporal para personas de negocios. Esto sugiere que la creación de una clasificación específica de visados para los trabajadores profesionales del acuerdo de libre comercio podría haber contribuido a un incremento de las admisiones de no-inmigrantes. Sin embargo, una vez que se automatizó el procedimiento de recopilación de registros I-94 en 2013, los datos desde 2013-2015 muestran un historial diferente. Como se indica en la Tabla 1, sólo se registraron 33.666 admisiones de Visitantes Canadienses por Negocios en el año 2012. El sistema de registros electrónico I-94 pudo dar un recuento más preciso del número de admisiones de Visitantes Canadienses por Negocios a partir del año 2013 y para el 2015 el número se disparó a 1.694.076. Esto significa que hasta el año 2013 las admisiones de Visitantes por Negocios registrados no reflejan un porcentaje exacto del total de las admisiones de no-inmigrantes canadienses, y es probable que estas entradas sean sustancialmente más altas. Por el contrario, los trabajadores del acuerdo de libre comercio deberían representar un porcentaje inferior a lo que los datos indican con respecto a las admisiones totales de no-inmigrantes.

6 LA UNIÓN EUROPEA Y EL PROGRAMA DE EXENCIÓN DE VISA: LA SITUACIÓN ACTUAL DEL ASUNTO

Actualmente, la mayoría de las admisiones de no-inmigrantes de la Unión Europea a los Estados Unidos son a través del Programa de Exención de Visa. Creado por la Ley de Reforma y Control de la Inmigración de 1986, veintitrés de los veintiocho países miembros de la Unión Europea participan en el programa. “El Programa de Exención de Visa se estableció por la Ley de Reforma y Control de Inmigración (IRCA) de 1986 y se convirtió en permanente mediante la Ley de Programa Permanente de Exención de Visa del año 2000. Dicho programa permite las entradas temporales a los Estados Unidos sin visado de no-inmigrante para determinados casos desde los países calificados” (*Departamento de Seguridad Nacional de los EE.UU., Oficina de Estadísticas de Inmigración, 2003: 85*). Como estipula las Aduanas y Protección Fronteriza de EE.UU., el programa permite a ciudadanos de 38 países (incluyendo países no miembros de la U.E.) ingresar en los Estados Unidos por negocios o turismo, y permanecer hasta 90 días sin necesidad de visado (*Departamento de Seguridad Nacional, Aduanas y Protección Fronteriza de los EE.UU. - Programa de Exención de Visa, 2017*). Para los países que participan en el Programa de Exención de Visa, es probable que no haya cambios en las admisiones de no-inmigrantes, dado que los extranjeros temporales por negocios pueden ingresar actualmente bajo el VWP.

Desde el año 1996 al 2012 y con los datos actuales, está claro que los porcentajes de las entradas canadienses con visa tipo TN representaron sistemáticamente un porcentaje mucho mayor del total de las admisiones de no-inmigrantes canadienses con respecto a la suma total de las otras categorías de entrada temporal para personas de negocios. Esto sugiere que si existiera una nueva clase de admisión de no-inmigrante, como así fue creado específicamente el tipo TN para los ciudadanos de la Unión Europea, podría aumentar los flujos migratorios hacia los Estados Unidos. Sin embargo, como se mostró anteriormente, los resultados de 2013-2015 sugieren lo contrario. Si en realidad las entradas de visitantes temporales por negocios representasen un porcentaje muy superior al de las entradas de no-inmigrantes canadienses reflejadas actualmente para los datos de 2013, y las provisiones bajo el T-TIP fuesen simplemente una extensión del Programa de Exención de Visa, sería probable que el porcentaje anual de admisiones de no-inmigrantes siguiese siendo el mismo.

Como se reflejó anteriormente, esta conclusión no toma en cuenta el hecho de que la ubicación de Canadá, frontera con los Estados Unidos, podría haber contribuido a la afluencia constante de visitantes temporales por negocios; Esa misma afluencia puede no ser tan frecuente cuando se requieren viajes transatlánticos. En otras palabras, dada su proximidad a los Estados Unidos, los visitantes temporales por negocios canadienses pueden entrar y salir regularmente, lo que podría explicar el elevado número de admisiones, pero pudieran no ocurrir patrones similares para el caso de la migración de la Unión Europea.

Otra consideración es el hecho de que pudiera haber una revisión de la política para incluir los cinco países de la U.E. que actualmente no participan: Bulgaria, Croacia, Chipre, Polonia y Rumania. En abril de 2016, la Comisión Europea intentó presionar a los Estados Unidos para que incluyera a todos los países de la U.E. en el VWP. La situación se evaluó en julio de 2016 (*reciprocidad de Visa con los EE.UU. y Canadá: la Comisión hace balance de los últimos acontecimientos, 2016*). “La Comisión intensificará sus esfuerzos sin demora para impulsar la reciprocidad plena en materia de exención de visados en coordinación con los cinco Estados miembros afectados (Bulgaria, Croacia, Chipre, Polonia y Rumanía) una vez que la nueva administración

de los Estados Unidos esté operativa. Se espera que la siguiente reunión de los altos cargos del ministerio de Justicia y Asuntos Nacionales de la U.E.-EE.UU. se celebre en el primer semestre de 2017 y que proporcione una nueva ocasión para tratar con la nueva Administración un camino hacia el logro de este objetivo. “(*Reciprocidad de Visa con los Estados Unidos y Canadá: informes de la Comisión sobre los acontecimientos recientes, 2016*). En el caso de incluir a los cinco países adicionales en el VWP, lo más probable sería que aumentara el número total de entradas de no-inmigrantes procedentes de la Unión Europea.

El 2 de marzo de 2017, el Parlamento Europeo aprobó una resolución no legislativa para reestablecer temporalmente los requisitos de visado para los ciudadanos estadounidenses. Aunque los miembros del Parlamento Europeo “... instan a la Comisión a adoptar las medidas jurídicas necesarias ‘en un plazo de dos meses’” no están autorizados para hacer cumplir la solicitud. (*El Parlamento Europeo, 2017*). La Comisión no ha emprendido ninguna acción judicial hasta el momento, pero sigue siendo el órgano principal que toma la decisión final. Las complicaciones con la reciprocidad de visas podrían estancar los flujos migratorios entre la U.E.-EE.UU. Si bien es difícil predecir lo que podría parecer una revisión de la política, una suspensión de las exenciones de visas para los ciudadanos estadounidenses en la U.E., podría provocar cambios en la política de inmigración estadounidense hacia los países de la U.E.

7 CONCLUSIÓN

El fenómeno de la migración internacional, así como sus causas y efectos, ha sido ampliamente estudiado en la documentación de investigación. Aunque los acuerdos comerciales y el consiguiente aumento del comercio deberían estar correlacionados con las tendencias migratorias, no parece tener un efecto importante entre países económicamente comparables. Este documento se ha centrado en la relación entre el libre comercio y los flujos migratorios canadienses hacia los Estados Unidos, y cómo tales efectos podrían trasladarse al caso de la migración entre la U.E.-EE.UU. si se realizase el T-TIP.

Utilizando como base para el análisis los datos de las admisiones canadienses de no-inmigrantes entre los años 1984 y 2015, la evidencia indica que la creación de una nueva clase de admisión para los trabajadores profesionales de libre comercio podría haber estado directamente relacionada con un aumento en las admisiones de no-inmigrantes. Esto se basa en el hecho de que desde el año 1996 al 2012 los porcentajes para las entradas canadienses con visa tipo TN representaron sistemáticamente un porcentaje muy superior al creciente total de las admisiones de no-inmigrantes con respecto a la combinación de las otras categorías, como se indica en el CUFTA y TLCAN. Sin embargo, una vez automatizado el procedimiento de recopilación de datos en el año 2013, el sistema de registro electrónico pudo facilitar un recuento más preciso del número de admisiones de visitantes canadienses por negocios, y en 2015 el número había aumentado drásticamente. Esto significa que hasta el año 2013 las entradas de visitantes por negocios registradas no reflejan un porcentaje exacto del total de admisiones de no-inmigrantes canadienses, lo que probablemente debería ser sustancialmente mayor. Ya que la mayoría de las admisiones de no-inmigrantes de la U.E. están actualmente bajo el Programa de Exención de Visas, y los textos provisionales de T-TIP no parecen alterar las medidas actualmente vigentes en el marco del VWP para visitantes por negocios, ni prevén la creación de una nueva clase de

admisión del no-inmigrante; no es probable que un acuerdo de libre comercio afectase en gran medida a las admisiones de no-inmigrantes de la U.E. en los Estados Unidos.

Como se mencionó, hay factores adicionales que pueden afectar a este escenario. Los Estados Unidos podrían experimentar un incremento en la admisión de no-inmigrantes de la U.E. si el T-TIP estableciese las bases para la creación de una nueva clase de admisión de no-inmigrantes, o, si se racionalizase aún más el proceso de admisión para los ciudadanos de la U.E. admitidos en status L-1 o H-1B. Además, una revisión de la política relacionada con la reciprocidad de visados para los ciudadanos de la E.U. en los EE.UU, probablemente afectaría al número de admisiones. En particular, la posibilidad de una reforma de inmigración estadounidense ciertamente podría cambiar las circunstancias actuales, lo que, bajo la dirección de Donald Trump, parece cada vez más probable que ocurra. La incertidumbre que rodea a los integrantes del Programa de Exención de Visas, y la presión de la U.E. hacia los EE.UU. para mantener la misma reciprocidad, indica las dificultades de predecir la migración futura.

8 BIBLIOGRAFÍA

- 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).

Archivos Gubernamentales

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-124.

— (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.

Registro Federal

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)

Status

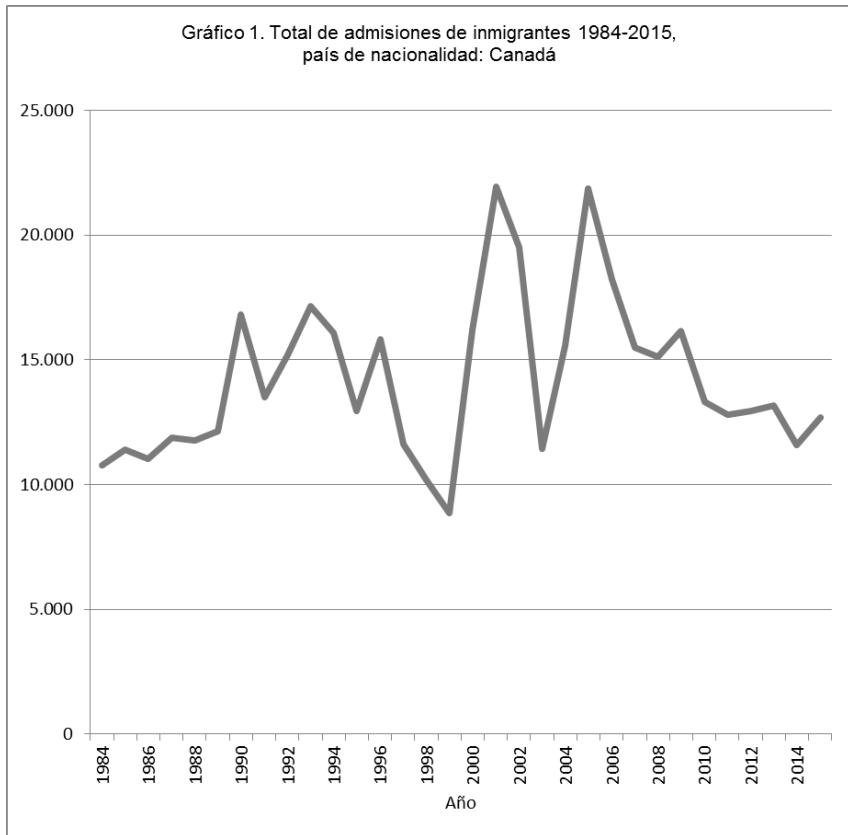
Immigration and Nationality Act Amendments of October 3, 1965. 79 Stat. 911. Washington D.C.: U.S. Government Printing Office.

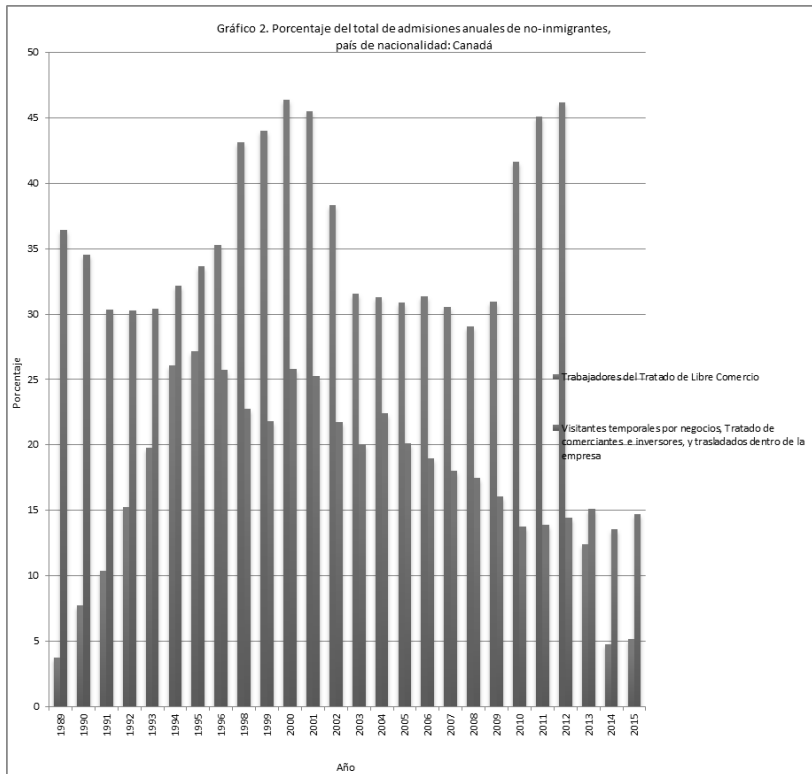
Immigration Act of November 29, 1990. 104 Stat. 4978. Washington D.C.: U.S. Government Printing Office.

9 ANEXOS

Tabla 1. Datos de las admisiones de no-inmigrantes a los EE.UU. 1984-2015,
País de Nacionalidad: Canadá

	Año	Total No-inmigrantes Entradas ¹	Trabajadores del Acuerdo de Libre Comercio ²	% de Total Entradas	1. Visitantes Temporales por Negocios	2. Tratado Comerciantes e Inversores	3. Traslados dentro de la Empresa ³	Total (Categorías 1-3)	% Entradas Totales (Categorías 1-3)
TLCAN (TN) (Canadá)	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%	
Acuerdo de Libre Comercio entre EE.UU.-Canadá (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%





NOTAS

- 1 “Un no-inmigrante es un extranjero admitido en los Estados Unidos por un período temporal determinado y no para la residencia permanente.” (Departamento de Justicia del Servicio de Inmigración y Naturalización de los Estados Unidos, 1989: xxix).
- 2 Incluye cónyuges y menores solteros (o dependientes).
- 3 Incluye cónyuges e hijos de empleados trasladados dentro de la empresa.
- 4 Este número es la suma de los trabajadores admitidos en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, además de los cónyuges e hijos de los trabajadores admitidos del TLCAN. (Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, Oficina de Estadística de Inmigración, 2003: 113).
- 5 Representa datos de visitantes temporales por negocios u ocio. “Los datos por negocios u ocio no están disponibles por separado debido al vencimiento temporal del Programa de Exención de Visas durante el mes de octubre del año 2000.” (Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 2003: 157).
- 6 “... los datos del ejercicio económico del año 1997 no aparecen en esta edición debido a las incoherencias de datos resultantes de la reestructuración tanto de la introducción de datos como de la gestión de las bases de datos del Sistema de Información para No-inmigrantes... No hay datos fiables para 1997” Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 1999: 110).
- 7 “Las entradas bajo el Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Canadá terminaron el 31 de diciembre de 1993; Las entradas de ciudadanos canadienses en virtud de este programa durante el ejercicio económico de 1994 fueron de 5.529 (incluidos los cónyuges e hijos) [Se incluye esta cifra en la categoría de los trabajadores del Tratado de Libre Comercio para el ejercicio económico de 1994]. Las admisiones empezaron bajo el Acuerdo Norteamericano de Libre Comercio el 1 de enero de 1984” (Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 1996: 107).
- 8 Incluye cónyuges e hijos del Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Canadá (TB) (Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 1992: 104).
- 9 “Los datos correspondientes a las tres cuartas partes del ejercicio económico de 1989 muestran admisiones de 2.677 trabajadores y 140 cónyuges e hijos.” (Servicio de Inmigración y Naturalización del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 1990: xxxiii). Existe una discrepancia, ya que el anuario de estadísticas de 1991 indica el número de admisiones para *todo el ejercicio económico* de 1989 (no las tres cuartas partes), es decir 2.677 trabajadores y 140 cónyuges e hijos.

OTRAS TEMÁTICAS



Artículos

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 doctora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad 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 estudio se enmarca en el Proyecto de investigación INOU16-09 relativo a la "Naturaleza e efectos xurídicos da contraprestación económica satisfeita pola subministración municipal de auga", que ha sido financiado por la Universidad de Vigo y del que la autora ha sido investigadora principal.

Sumario: 1 Consideraciones previas. El eterno debate sobre la naturaleza jurídica de la contraprestación por el servicio de abastecimiento domiciliario de agua. 2 Aspectos comunes en su régimen jurídico. 2.1 Sometimiento al principio de reserva de ley. 2.2 Sujeción al IVA. 3 Aspectos divergentes en su régimen jurídico. 3.1 Cuantificación de la contraprestación. 3.2 Sujetos obligados al pago. 3.3 Recaudación y vía ejecutiva para el cobro. 3.4 Suspensión del suministro en caso de impago. 4 Bibliografía.

1 CONSIDERACIONES PREVIAS. EL ETERNO DEBATE SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONTRAPRESTACIÓN POR EL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DOMICILIARIO DE AGUA

Quizás uno de los debates doctrinales¹ y jurisprudenciales que ha hecho correr más ríos de tinta en los últimos años, tanto en el derecho administrativo como en el tributario, es el de la naturaleza jurídica de la contraprestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua² que, directa o indirectamente, prestan los entes locales³. Se trata, además, de un debate que cada cierto tiempo se reaviva⁴, y al que la doctrina administrativa también ha tratado de dar respuesta⁵.

La polémica ha venido en parte motivada por la disparidad de criterios que utilizan los distintos operadores jurídicos para delimitar las tasas de otros tipos de ingresos públicos —en particular de los precios públicos⁶—, pero también por una abundante y cambiante jurisprudencia de los tribunales ordinarios, en atención a la legislación aplicable en cada momento y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁷, y, en última instancia, por una cierta confusión terminológica en las normas que tradicionalmente han regulado esta materia: la legislación de régimen local, la normativa tributaria y las leyes y decretos de ordenación económica, en las que se contenían sistemáticamente medidas relativas a la política de precios que incidían esencialmente sobre el régimen de las tarifas de los servicios públicos⁸.

La discusión doctrinal y jurisprudencial⁹ ha basculado, con carácter general¹⁰, entre considerar que las cantidades que satisfacen los usuarios por la prestación del servicio público de abastecimiento de agua son tasas o tarifas (precios privados intervenidos o autorizados por la Administración), disyuntiva que a su vez ha encontrado reflejo en las ordenanzas fiscales de la mayoría de ayuntamientos españoles. Así, y aunque las entidades locales de nuestro país venían disponiendo tradicionalmente de varias alternativas para financiar sus servicios y actividades públicas y proteger el interés general (precios privados, tarifas, precios públicos y tasas¹¹), en el caso de la contraprestación satisfecha por la prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua, los ayuntamientos se han decantado, fundamentalmente, por estas dos opciones¹²: o regularlas como tasas¹³ o considerar que son tarifas. En el fondo de esta controversia subyace, por tanto, la distinción entre la potestad tarifaria y la potestad tributaria como forma de contraprestación de los servicios públicos¹⁴.

En cualquier caso, la discusión y la determinación de la verdadera naturaleza jurídica de la mencionada contraprestación no es una cuestión baladí, ya que condiciona claramente el régimen jurídico de la misma¹⁵. En este sentido, no podemos obviar que mientras la tasa es un tributo, y por tanto un ingreso público de derecho público de la Administración, la tarifa constituye un ingreso privado de quien presta un servicio público en régimen de derecho privado¹⁶, con todas las consecuencias que de ello se derivan¹⁷. No obstante, creemos que también es posible identificar algún punto de encuentro en el régimen jurídico de esta contraprestación, con independencia de que su naturaleza jurídica sea la de tasa o la de tarifa, en particular si tenemos en cuenta la coactividad que presenta el servicio público de abastecimiento domiciliario de agua.

En las páginas siguientes, por tanto, trataremos de señalar ciertos aspectos o elementos comunes del marco regulador del pago de dicho servicio público con independencia de que se configure jurídicamente como una tasa o como una tarifa, analizando a continuación sólo algunas de las principales divergencias que se apreciarían en el régimen jurídico de dicha contraprestación en función de la fórmula de financiación escogida.

Como acabamos de indicar, y aun siendo una cuestión capital para concretar su régimen jurídico, no examinaremos en profundidad la naturaleza jurídica de la mencionada contraprestación por exceder de los objetivos que nos hemos planteado con este trabajo. Sin embargo, y como punto de partida de nuestro análisis, debemos indicar que nos posicionamos con buena parte de la doctrina¹⁸, al considerar que la supresión del segundo párrafo de la letra a) del artículo 2.2 de la LGT, llevada a cabo por la disposición adicional 58 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, permite que se puedan exigir tarifas o tasas por la prestación de servicios públicos¹⁹ –tesis que, además, ya ha encontrado reflejo en algunos pronunciamientos judiciales²⁰, y que por tanto se puedan cobrar tarifas o tasas por la prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua.

Nos apartamos, de este modo, de los que sostienen que la titularidad del servicio condiciona necesariamente la naturaleza jurídica de la prestación que abona el usuario²¹. De acuerdo con los defensores de esta tesis, difícilmente podrían establecerse tarifas por la prestación de servicios públicos, ya que un servicio público, aun siendo prestado por un ente privado, seguiría siendo de titularidad pública y, por tanto, sólo podría financiarse a través de una tasa o, en todo caso, de un precio público.

Se sigue discutiendo, de todas formas, sobre el criterio o criterios que permiten atribuir la naturaleza jurídica de tasa o de tarifa al pago que realiza el usuario por la prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua. Así, algunos apuestan por tener en cuenta, fundamentalmente, el régimen de derecho público o privado que preside la relación entre el usuario y el prestador del servicio público²², y, en menor medida, por apreciar la naturaleza pública o privada del ente gestor (criterio diferenciador clásico)²³. Otros se decantan por combinar alguno de los criterios anteriores con los sistemas de gestión del servicio público²⁴, distinguiendo entre modalidades gestoras de derecho público y modalidades gestoras de derecho privado²⁵. Sin embargo, cada vez son más los autores que reconocen la posibilidad de que se pueda exigir una tasa a través de una gestión indirecta²⁶, y por tanto también ha cobrado fuerza, como criterio delimitador, el del destinatario último del ingreso²⁷.

2 ASPECTOS COMUNES EN SU RÉGIMEN JURÍDICO

2.1 Sometimiento al principio de reserva de ley

Como ha señalado Martín Queralt, la reserva de ley establecida por la Constitución está presente tanto en la ordenación jurídica de las tasas, dada su consideración de tributos, como en la ordenación de las prestaciones patrimoniales que, sin revestir naturaleza tributaria, deben calificarse como prestaciones impuestas²⁸.

En efecto, las tasas, como todo tributo, están sometidas al principio de reserva de ley tributaria, si bien, según la doctrina constitucional, es en el ámbito de las tasas locales donde se advierte en mayor medida la flexibilidad de este principio²⁹.

Lo cierto es que, a diferencia de lo que acontece con el Estado y las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales carecen en nuestro ordenamiento de potestad legislativa y, por tanto, carecen de la potestad para crear tributos *ex novo*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ya salió al paso de esta cuestión para poner de manifiesto la necesidad de diferenciar entre una doctrina del principio de reserva de ley elaborada en relación con tributos de ámbito estatal y la aplicable a los tributos que integran la hacienda local³⁰. De modo que, “cuando se trata de tributos locales, concurre una peculiaridad adicional que no puede dejar de tenerse en cuenta, pues en relación con estos tributos la exigencia de la reserva de ley de los artículos 31.3 y 133 CE hay que analizarla en conexión con los artículos 133.2 y 142 CE, donde el pleno municipal alcanza la categoría de protagonista (o, lo que es lo mismo, cumple con la garantía de la autoimposición de la comunidad sobre sí misma), por tratarse del órgano resultante de la elección directa por sufragio de los vecinos de la Corporación local que cumple con las exigencias del fundamento último de la reserva de ley tributaria, a saber, ‘que cuando un ente público impone coactivamente una prestación patrimonial a los ciudadanos cuenta para ello con la voluntaria aceptación de sus representantes’ [SSTC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3 a); y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18]”³¹.

En consecuencia, para que la tasa local por abastecimiento domiciliario de agua satisfaga el principio de reserva de ley en su establecimiento y regulación, además de reconocerse de forma genérica en el artículo 20.4.t) del TRLRHL³², debe promulgarse la correspondiente ordenanza fiscal³³. Dicha ordenanza debe tramitarse mediante el procedimiento previsto en el artículo 17 del TRLRHL, lo que implica su aprobación por el Pleno de la Corporación local³⁴.

Por otra parte, se ha defendido que las tarifas o precios privados pueden constituir prestaciones patrimoniales de carácter público³⁵ que, como tales, y de acuerdo con el artículo 31.3 de la Constitución española, estarían sometidas al principio de reserva de ley³⁶. Los defensores de esta tesis, a la que nos sumamos, se amparan fundamentalmente en la STC 185/1995, de 14 de diciembre, por la que se establecieron los criterios para decidir si una determinada prestación, cualquiera que fuese su naturaleza –precios privados, ingresos públicos o tributos–, debía considerarse o no prestación patrimonial de carácter público, a los efectos de la aplicación del principio de reserva de ley³⁷. Recordemos que dicha sentencia no sólo identificó a la coactividad como la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público, sino que, además, indicó los supuestos fácticos en los que debía entenderse que una prestación patrimonial resultaba coactivamente impuesta –esto es, cuando la realización de su presupuesto de hecho fuese obligatoria; cuando el bien, la actividad o el servicio requerido fuese objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares; y cuando el pago se efectuase por la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por los entes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho–. Parece, por tanto, como apunta Trias Prats, que el Tribunal Constitucional pretendía vincular el concepto de prestación patrimonial de carácter público a “todos aquellos supuestos en que falte la libertad para obligarse, pero que esa libertad no sólo ha de ser formal, sino también material”³⁸.

La STC 182/1997, de 28 de octubre, también se refirió a las prestaciones patrimoniales de carácter público, pero en esta ocasión para diferenciarlas de los tributos, de modo que estos se satisfacen con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, por lo que debe ser un ente público quien ingrese el pago, mientras que las prestaciones patrimoniales de carác-

ter público se conceptúan como prestaciones coactivas que, con independencia de la condición pública o privada de quien las percibe, tienen una inequívoca finalidad de interés público³⁹.

En consecuencia, Lozano Serrano señala que las prestaciones patrimoniales públicas tienen tres caracteres distintivos: a) la exigencia de reserva de ley para su establecimiento; b) la coactividad, como trasunto y exigencia a un tiempo de la reserva de ley, y c) la finalidad pública de la prestación⁴⁰. Y no son siempre un ingreso público, ni una prestación al ente público, por lo que este mismo autor defiende que la prestación patrimonial de carácter público es toda detracción coactiva del patrimonio del particular, consista esta en una obligación de dar al ente público o a particulares, o en una obligación de padecer o soportar, dando lugar en todo caso a una merma de su riqueza, ya sea definitiva o temporal⁴¹.

Por su parte, y con arreglo a la STC 185/1995, Palao Taboada afirma que el concepto de prestación patrimonial de carácter público es independiente de la naturaleza de la prestación –siendo indiferente el régimen jurídico tanto del servicio o actividad del ente público prestador como de la obligación del particular o usuario de dicho servicio–, ya que aquel se basa en la existencia de una coactividad de carácter esencialmente fáctico⁴². Y de ahí concluye que la calificación como prestación patrimonial de carácter público es independiente y compatible con la naturaleza de precio privado⁴³. Así, por ejemplo, la existencia de un monopolio de hecho haría que el precio privado pagado por el usuario de un servicio prestado en régimen de derecho privado se pudiese calificar de prestación patrimonial de carácter público.

En definitiva, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se deduce que bajo la categoría “prestación patrimonial de carácter público” se engloban una serie de prestaciones de naturaleza heterogénea, entre las que se podrían incluir verdaderos y propios ingresos privados, cuando estos constituyan obligaciones de pago coactivas y persigan una finalidad de interés público⁴⁴. Así, una tarifa puede, sin dejar de ser un precio privado, constituir una prestación patrimonial de carácter público que, por imperativo del artículo 31.3 de la Constitución, debe someterse al principio de reserva de ley en su establecimiento y regulación⁴⁵.

Por tanto, si es posible concluir que el suministro domiciliario de agua es un servicio coactivo en los términos de la jurisprudencia constitucional, su contraprestación –incluso cuando se configure como una tarifa o precio privado– sólo podría establecerse con arreglo a la ley⁴⁶.

La nota de la coactividad está presente en el servicio público de suministro de agua potable municipal porque, tradicionalmente, se ha prestado en régimen de monopolio por su condición local y por su dependencia de una infraestructura difícilmente duplicable⁴⁷. Hasta el punto de que, según su actual régimen jurídico, los usuarios deben obtener el servicio del único gestor autorizado sin que puedan hacerlo de otro proveedor diferente, ni siquiera de aquel que preste igual servicio en un municipio colindante⁴⁸.

No obstante, y de acuerdo con la legislación vigente, este servicio puede ser prestado en concurrencia o en régimen de exclusividad⁴⁹. Ahora bien, como ha señalado Pagès i Galtés, en el hipotético supuesto de que se admitiera la prestación en régimen de concurrencia del servicio, no se estaría en presencia de un monopolio de derecho, pero muy probablemente se estaría ante un monopolio de hecho consistente en que, a pesar de que la norma jurídica admite la libre concurrencia, en la práctica sólo existe un único oferente en el mercado, circunstancia que habitualmente ocurrirá en el suministro domiciliario de agua potable, ya que los usuarios se verán *de facto* obligados a contratar el servicio con un determinado suministrador si no quieren verse privados del servicio⁵⁰.

Por otra parte, y aunque se ha discutido si el servicio de abastecimiento de aguas es de solicitud o recepción voluntaria u obligatoria⁵¹, difícilmente puede negarse que se trate de un servicio imprescindible para la vida privada o social del solicitante⁵², y, en ese sentido, también se pondría de manifiesto su carácter coactivo⁵³.

En definitiva, dado que la tarifa por la prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua se configura como una prestación patrimonial de carácter público⁵⁴, debe establecerse y regularse a través de la correspondiente ordenanza local⁵⁵.

2.2 Sujeción al IVA

Tanto si la contraprestación por el servicio público de abastecimiento domiciliario de agua se configura como tasa o como tarifa, se produciría su sujeción al IVA⁵⁶.

Con carácter general, el artículo 7.8.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido (en adelante LIVA), establece la no sujeción de las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas por las administraciones públicas⁵⁷ siempre que se den ciertos requisitos⁵⁸. La razón de ser de este supuesto de no sujeción se encontraría en que dichos entes, en principio, no realizan actividades empresariales o profesionales, sino que actúan en el ejercicio de funciones públicas, con las prerrogativas propias del poder público.

Sin embargo, en ocasiones, los entes públicos “se despojan de su *auctoritas* y se lanzan a la arena del mercado interviniendo en la producción o distribución de bienes o servicios. Por ello en tales situaciones sí podrán ser sujetos pasivos del IVA para evitar que un tratamiento al margen del impuesto determine distorsiones significativas de la competencia”⁵⁹.

Así, y como excepción a la regla general, el apartado 8.º del artículo 7 de la LIVA establece que ciertas operaciones realizadas por las administraciones, entes, organismos y entidades del sector público –entre las que se cita expresamente la “distribución de agua”– se consideran en todo caso sujetas a dicho impuesto⁶⁰.

En este sentido, la Resolución de la DGT de 7 de julio de 2011 (V1763-11) considera que estará sujeto a IVA el suministro de agua que efectúe un Ayuntamiento, con independencia de cuál sea la naturaleza de la contraprestación exigida por ello (precio privado, precio público o tributo), e incluso aunque no perciba contraprestación alguna. El Ayuntamiento que planteaba la consulta había aprobado la correspondiente ordenanza municipal en la que se preveía el cobro de una tasa por suministro; sin embargo, aún no la exigía, realizando el suministro a título gratuito. Ante dicha circunstancia la DGT recuerda que las operaciones sujetas a IVA no son únicamente las realizadas a título oneroso y, por tanto, considera que, en este supuesto de autoconsumo, el Ayuntamiento consultante estará en todo caso sujeto a IVA, no pudiendo ser la base imponible inferior al coste de los bienes entregados.

Cabe señalar, no obstante, que el sujeto pasivo del IVA por la prestación de este servicio variará en función del modo de gestión del mismo⁶¹. Así, en los supuestos en los que el Ayuntamiento preste directamente el servicio de abastecimiento de agua, se convertirá en contribuyente por este impuesto. En cambio, si el servicio se presta de forma indirecta, el contribuyente del IVA será el gestor del servicio⁶².

Por otra parte, se han planteado dudas sobre si los servicios que son accesorios a la distribución del agua, como los relacionados con la acometida y el contador, estarían o no sujetos a IVA cuando dichos servicios son prestados por administraciones públicas.

Según Pagès i Galtés⁶³, la sujeción al IVA dependerá de si los servicios accesorios son absorbidos o no por el servicio de distribución de agua, distinguiendo dos posibles hipótesis:

a) En el supuesto de que se configuren como un solo servicio, con un único importe que englobe el servicio principal y los servicios accesorios, debería defenderse su sujeción al IVA. Ello derivaría de la aplicación del criterio consistente en que lo accesorio sigue a lo principal, de tal forma que como la parte principal de la contraprestación (la relativa al servicio de distribución de agua) estaría sujeta a IVA, también debería estarlo su parte accesorio (la relativa a los servicios de acometida y contador). En esta hipótesis toda la contraprestación estaría sujeta a IVA.

b) En cambio, en el supuesto de que se configuren como servicios independientes, con cuotas separadas, podría sostenerse que no les afectaría la cláusula de sujeción del artículo 7.8.º b) de la LIVA, pues este precepto sólo se refiere a la “distribución”, no alcanzando a los servicios de acometida y de contador.

Sin embargo, y por lo que respecta al servicio de acometida, el TJUE ha considerado que debe estar sujeto a IVA. Concretamente, la STJUE de 3 de abril de 2008, asunto Finanzamt Oschatz, C-442/05, en respuesta a una cuestión prejudicial sobre si la instalación de acometida individual a la red de distribución forma parte de la actividad de distribución de agua, contemplada en el anexo D, punto 2, de la sexta directiva IVA, señaló que la directiva debe “interpretarse en el sentido de que forma parte de la actividad de distribución de agua (...) la instalación de la acometida individual, que consiste (...) en colocar una canalización que permita conectar la instalación hidráulica de un inmueble a la red fija de suministro de agua, de modo que un organismo de derecho público que actúe en el ejercicio de sus funciones públicas tiene la condición de sujeto pasivo en lo que respecta a dicha operación”.

Por su parte, la DGT ha defendido que todos los servicios relacionados con el denominado ciclo integral del agua están sujetos a IVA. Así, en su Resolución de 14 de mayo de 2010 (V1012-10), evidencia que la actividad de distribución de agua sujeta al impuesto sobre el valor añadido incluye, además del propio suministro y distribución de agua en sentido estricto, todas las operaciones relacionadas con el denominado ciclo integral del agua (fases de captación, suministro, potabilización, distribución de agua potable, alcantarillado y depuración de aguas residuales), de tal forma que, cuando una Administración pública realiza la distribución y suministro del agua incluyendo en la contraprestación de sus operaciones, además de la tasa de suministro, la tasa de saneamiento y alcantarillado, estas también deberán formar parte de la base imponible del suministro y distribución de aguas sujeto al impuesto sobre el valor añadido que dicha Administración pública efectúa.

Ninguna duda debe plantear la sujeción al IVA de la tarifa exigida por el prestador del servicio público cuando este se preste en régimen de derecho privado.

3 ASPECTOS DIVERGENTES EN SU RÉGIMEN JURÍDICO

A continuación desarrollaremos algunos.

3.1 Cuantificación de la contraprestación

El artículo 7 de la Ley 8/1989, 13 de abril, de tasas y precios públicos, proclama el principio de equivalencia⁶⁴ para determinar la cuantificación de las tasas, estableciendo que estas “tenderán a cubrir el coste del servicio de la actividad que constituya su hecho imponible”, mientras

que el TRLRHL dispone, en su artículo 24.2, que “el importe de las tasas por la prestación de un servicio o la realización de una actividad no podrá exceder en su conjunto del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida”⁶⁵. De este modo, y a diferencia de lo que ocurre en el ámbito estatal, en el local, el principio de equivalencia de coste no se ha establecido como un medio para asegurar la autofinanciación de los servicios públicos y actividades administrativas locales, sino como límite cuantitativo a la recaudación obtenida por las respectivas tasas⁶⁶. Por tanto, como afirma Fernández Pavés, “la entidad local no puede hacer ‘negocio’ con las tasas, no puede exigir un pago que supere el coste de prestación o desarrollo del servicio o actividad que la origina en el conjunto recaudatorio que esta genera, ni por tanto obtener ‘beneficio económico’ como ‘superávit recaudatorio’ que pudiera destinar a cubrir otros gastos”, aunque sí sería posible que se ingresasen tasas por debajo del coste del servicio, bien por atender a criterios de capacidad económica, bien porque se establezcan tasas subvencionadas⁶⁷.

Y es que a la hora de configurar las tasas por el servicio de abastecimiento domiciliario de agua, y junto al principio de equivalencia, también habrá que tener presente el principio de capacidad económica. Mucho se ha discutido sobre la presencia del mencionado principio en esta categoría tributaria⁶⁸, en particular en las tasas por prestación de servicios esenciales⁶⁹. Sin embargo, y aunque asumimos que el principio de capacidad económica no es el referente inexcusable a la hora de graduar la prestación en este tipo de tributos⁷⁰, consideramos que, en virtud del mandato constitucional del artículo 31.1, dicho principio debe hacerse presente, en mayor o menor medida, también en las tasas. Así, no es extraño encontrar en las ordenanzas fiscales reguladoras de la tasa por prestación del suministro domiciliario de agua exenciones o bonificaciones en la cuota a favor de determinados colectivos como pensionistas, desempleados, familias numerosas, personas con rentas bajas, etc.⁷¹.

Para determinar el importe de la tasa, habrá que tener en consideración todos los costes de la actuación administrativa –tanto directos como indirectos–, incluyendo entre estos últimos los de carácter financiero, así como la amortización del inmovilizado y, en su caso, los necesarios para garantizar el mantenimiento del servicio por cuya prestación se exige la tasa⁷². Por otra parte, y de acuerdo con el principio de quien contamina paga, la Directiva Marco del Agua precisa que los Estados miembros deberán tener en cuenta que es necesario que los precios satisfechos por el agua reflejen los costes totales de los servicios relacionados con la misma, “incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos”⁷³.

Una cuestión especialmente polémica relacionada con los elementos integrantes de la cuota de esta tasa en los casos en los que se recurre a su gestión indirecta se refiere a si es posible incluir el beneficio empresarial del prestador en el coste del servicio que será repercutido al obligado tributario⁷⁴. Y, así como algunos autores se han mostrado partidarios de su inclusión amparados en el principio de autosuficiencia del servicio⁷⁵, otros –a los que nos sumamos– consideran que la obtención de beneficios por la empresa gestora del servicio público choca con el límite del coste del servicio como presupuesto económico de la tasa⁷⁶. Por tanto, estimamos que, si el precio con que el Ayuntamiento tiene que retribuir al concesionario del servicio –y que ha sido establecido en el pliego de cláusulas económico-administrativas– es superior al que el ente local ingresa mediante la oportuna tasa, el Ayuntamiento tendrá que recurrir a otros ingresos presupuestarios adicionales para hacer frente al pago del precio del contrato⁷⁷.

El instrumento técnico que el legislador prevé para verificar si se ha vulnerado o no el límite global del coste del servicio es la memoria o el informe técnico-financiero⁷⁸, que debe acompañar a toda propuesta de establecimiento o modificación de la ordenanza reguladora de una tasa⁷⁹. Como se ha señalado, “su ausencia vicia de nulidad la propia ordenanza, no ya por infracción de un trámite esencial para su tramitación, que también, sino porque la memoria es pieza esencial de la ordenanza misma, a la que complementa y alimenta de forma inseparable”⁸⁰.

En todo caso, es habitual que la cuota tributaria de la tasa por abastecimiento de agua sea la combinación de una tarifa fija o “cuota de servicio”, normalmente en función del calibre del contador, y una tarifa variable o “cuota de consumo”, que suele calcularse de acuerdo con el volumen de agua consumida y el uso dado a la misma (domiciliario, industrial, comercial, etc.), estableciendo tramos o bloques de consumo con la finalidad de atender las necesidades básicas y desincentivar los consumos excesivos⁸¹. Junto a dichas cuotas, y dado que el hecho imponible de la tasa por prestación del servicio municipal de agua suele incluir, además del propio suministro, una serie de actividades administrativas y técnicas como el enganche, la conservación o mantenimiento de contador, etc., se suelen añadir, aunque de forma separada, las cuotas correspondientes a las mencionadas actividades.

Cuando se trata de cuantificar las tarifas, en cambio, nos encontramos ante un precio en el que tiene que incorporarse el coste de la organización y la prestación del servicio, así como el razonable beneficio de la empresa gestora del mismo⁸², aunque en todo caso nunca será un precio ajeno a la intervención de la Administración, fruto de la exclusiva y autónoma decisión de las partes del contrato; al ser el resultado del ejercicio de una potestad administrativa, que habrá de contar con la correspondiente cobertura legal habilitante⁸³.

Las tarifas son precios que están sometidos a unos procedimientos de fijación y modificación preestablecidos por la Administración, que, en el caso de las sociedades mercantiles públicas, será el establecido en el reglamento del servicio o en el régimen económico financiero previsto entre la Administración titular del servicio y su empresa pública; y, en el caso del concesionario y otros contratistas gestores indirectos de servicios, en el régimen que resulte del pliego de condiciones. Ahora bien, como Tornos Mas ha señalado, a efectos económicos, la relación entre la Corporación municipal y su sociedad no será muy distinta de la que mantiene con un concesionario, siendo cada vez más habitual la fórmula del llamado “contrato-programa” entre las administraciones y sus empresas públicas⁸⁴.

En el caso de las tarifas por la prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua –y a diferencia de las tasas⁸⁵– habría que referirse, además, a la potestad de ordenación económica de los precios que desarrolla la Administración con la finalidad de controlar la inflación⁸⁶. En estos supuestos, la potestad administrativa no tiene como finalidad determinar el precio de remuneración del servicio, sino el control de su incremento en cuanto a la situación coyuntural inflacionaria⁸⁷. Así, el anexo II del Decreto ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, contempla, entre los precios autorizados de ámbito autonómico, los relativos al abastecimiento de agua a poblaciones. Por tanto, las comisiones de precios autonómicas, allí donde existan, deberán controlar y revisar la cuantía de dichas tarifas en cuanto a su justificación técnica y proporcionalidad⁸⁸.

3.2 Sujetos obligados al pago

En las tasas establecidas por razón de servicios públicos que beneficien o afecten a los ocupantes de viviendas o locales confluyen los dos tipos de sujetos pasivos que contempla nuestro ordenamiento: el contribuyente y el sustituto⁸⁹. Así, cuando la contraprestación que se exija por el suministro de agua potable se configure como una tasa, y el usuario o beneficiario efectivo del servicio no sea el propietario del inmueble en el que se presta el servicio, el primero será el contribuyente y el segundo el sustituto del contribuyente⁹⁰. En todo caso, será el propietario del inmueble el que satisfaga la tasa al prestador del servicio, ya sea en calidad de contribuyente, ya sea en calidad de sustituto del contribuyente.

Como ya se ha puesto de manifiesto, en estos supuestos, el legislador ha previsto la figura de la sustitución para garantizar el cobro por parte de la Hacienda Pública local de las deudas tributarias ocasionadas por los arrendatarios u ocupantes, por cualquier título, de una vivienda o local⁹¹.

Y, aunque la condición de sujeto pasivo puede ser regulada por las ordenanzas fiscales, en opinión de Moreno González, debería hacerse siempre respetando el marco legal de dicho instituto jurídico⁹². De este modo, dichas ordenanzas no podrían crear nuevos sujetos pasivos u otorgar dicha condición a quien no se encontrase en la situación legalmente definida como tal. Por otra parte, cabría dudar de la legalidad de las ordenanzas fiscales que estableciesen como único sujeto pasivo de las mismas a los titulares de los contratos del servicio de suministro de agua; ya que, en la medida en que estos no coincidan con el propietario, no se estaría contemplando la figura del sustituto, que el legislador prevé de modo imperativo en el TRLRHL⁹³.

Sin embargo, la doctrina considera que sí sería posible que las ordenanzas fiscales reguladoras de la tasa por la prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua contemplasen otros obligados tributarios en el marco de la relación jurídico-tributaria como, por ejemplo, responsables solidarios y subsidiarios, y ello a pesar de que el artículo 23 TRLRHL se refiera exclusivamente a los sujetos pasivos⁹⁴.

En aquellos supuestos en que la prestación exigida por el servicio no se configura como una tasa, sino como una tarifa, no cabría hablar de la figura del sustituto⁹⁵, ni por supuesto del contribuyente. De acuerdo con la teoría general de los contratos, toda obligación requiere, al menos, un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor); por ello, cuando se trata de precios privados, la determinación de los sujetos pasivos deriva esencialmente de las obligaciones contractuales acordadas en el marco de la normativa rectora de las obligaciones y lo que, en su caso, disponga la normativa financiera⁹⁶. En consecuencia, el obligado al pago de la contraprestación será, en principio⁹⁷, el titular del contrato de suministro, y ello con independencia de que sea o no el propietario del inmueble en el que se presta el servicio. Además, en el ámbito de las tarifas no será posible establecer las figuras tributarias del sustituto o del responsable, pues la obligación de pago de estos deriva de una imposición legal que pugna con la naturaleza contractual de los precios.

3.3 Recaudación y vía ejecutiva para el cobro

El importe de las tasas por la prestación del servicio municipal de abastecimiento de agua, en cuanto ingresos de derecho público, ha de ingresarse en las arcas municipales bajo los principios de caja única y de no afectación presupuestaria⁹⁸.

Sin embargo, en la práctica son numerosos los ejemplos de concesiones administrativas en las que, incluso con la calificación jurídica de tasa, los ingresos son percibidos directamente por la empresa concesionaria⁹⁹. Esta circunstancia ha hecho que algunos autores se planteen si el concesionario puede recaudar directamente las tasas por la prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua¹⁰⁰, cuestión que analizaremos a continuación.

Del examen de artículo 106.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, se desprende claramente que la gestión, recaudación e inspección de las tasas locales es competencia de las entidades locales. Por su parte, el artículo 12 del TRLRHL establece, en su apartado 1, que la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales se realizará de acuerdo con lo previsto en el Ley general tributaria y en las demás leyes del Estado reguladoras de la materia, así como en las disposiciones dictadas para su desarrollo. No obstante, el apartado 2 de este mismo precepto normativo permite que las entidades locales a través de sus ordenanzas fiscales puedan adaptar la normativa citada al régimen de organización y funcionamiento interno propio de cada una de ellas, sin que tal adaptación pueda contravenir el contenido material de dicha normativa.

En consecuencia, el régimen jurídico de la recaudación de las tasas locales se encuentra en la LGT y, en desarrollo de la misma, en el Real decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación, identificando el artículo 8 del mencionado reglamento los entes competentes para llevar a cabo la recaudación en la Hacienda pública local¹⁰¹.

Por otra parte, y según el artículo 92.bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, la función de recaudación se configura como una de las funciones públicas necesarias en todas las corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional. De este modo, las funciones de recaudación, que son al menos las comprendidas en el artículo 5.3 del Real decreto 1147/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación nacional, serán ejercidas por el tesorero municipal.

Esta última circunstancia no impide que puedan existir actuaciones materiales de colaboración por parte de empresas y entidades no sujetas al estatuto funcionarial. Así, el artículo 9.1 del Reglamento general de recaudación contiene un *numerus clausus* de las entidades que pueden actuar como entidades colaboradoras en materia de recaudación prestando el servicio de caja: bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito¹⁰². Por tanto, y en opinión de Rodríguez Fernández-Oliva¹⁰³, dado que las empresas concesionarias del servicio no están incluidas en dicho listado, no podrían asumir tareas de colaboración en la gestión recaudadora.

Sin embargo, y aunque no debería confundirse la actividad de colaboración con la de externalización de ciertos servicios¹⁰⁴, el legislador parece haber dado cobertura legal a la externalización de determinadas actividades del proceso de aplicación de los tributos en el artículo 92 de la LGT, dedicado a la colaboración social en el citado proceso¹⁰⁵. Y, en este sentido, se ha puesto de manifiesto que es en la potestad administrativa de recaudación donde se han producido más supuestos de externalización¹⁰⁶.

Así, Pagès i Galtés, y aun partiendo de la base de que la tasa es por definición un ingreso público que, como tal, debe ser percibido por un ente público, admite que pueda ser recaudado por un sujeto privado. En estos casos, afirma, “el ingreso continuará siendo público si este sujeto

actúa como ‘mero gestor’ o vicario del ente público acreedor del ingreso”¹⁰⁷. Y, al respecto, distingue dos posibles supuestos en los que un sujeto privado puede llegar a gestionar ingresos públicos¹⁰⁸:

a) Cuando tenga la condición de gestor del servicio público de recaudación de ingresos públicos. Esto es, cuando la principal función de la entidad privada sea recaudar ingresos públicos. En esta hipótesis, el mencionado autor sostiene que la reserva legal a la gestión directa y por personal funcionario no se extiende a todas las tareas de recaudación¹⁰⁹, sino tan sólo a las de dirección de la recaudación y a las que suponen el ejercicio de medidas coercitivas sobre el patrimonio del deudor. Por tanto, el resto de actividades podrían ser ejercitadas de forma indirecta; entre otras: las tareas propias de la recaudación voluntaria y las funciones auxiliares de la recaudación ejecutiva, siempre y cuando se actúe bajo la dirección del tesorero.

b) Cuando el sujeto privado es gestor de otro servicio público por el que percibe tasas de los usuarios. En este caso dicho sujeto tendría como principal cometido gestionar un determinado servicio público; si bien, y con carácter accesorio y secundario, se encargaría de la recaudación de ingresos públicos.

Es precisamente esta segunda hipótesis la que, con cierta frecuencia, se plantea en el ámbito del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua, ocasionando dudas de legalidad entre parte de la doctrina¹¹⁰.

Se ha tratado de justificar que el concesionario pueda recaudar directamente las tasas por la prestación del mencionado servicio en que la normativa de contratos del sector público establece que el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato¹¹¹. Concretamente, el artículo 281.1 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, dispone: “El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización, que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración”.

No obstante, como muy bien ha explicado Falcón y Tella¹¹², en ninguno de los dos casos la contraprestación que recibe el concesionario puede ser una tasa¹¹³.

En los supuestos más frecuentes, el concesionario recibirá directamente de los usuarios una tarifa, que tendrá la consideración de precio privado, “pues otra cosa resulta incompatible (o al menos muy difícilmente conciliable) con el carácter contractual de las relaciones entre el concesionario y los usuarios del servicio, y con la naturaleza privada del prestador del servicio”¹¹⁴.

Mientras que, como indica Falcón y Tella, “si el concesionario cobra de la Administración (a través de lo que a veces se denomina ‘peaje en la sombra’) estamos pura y simplemente ante el precio de un contrato público. No es una tasa, y no es tampoco un precio público de los previstos en la Ley de 1989, pues esta sólo se refiere a los precios cobrados por los entes públicos, y no a los pagados por dichos entes a los contratistas”. Cuestión distinta, como señala este mismo autor, es que “paralelamente pueda estar establecida una tasa sobre la prestación del servicio (o sobre otros servicios) y que dicha tasa pueda ser gestionada en periodo voluntario por el concesionario (ya sea el concesionario del servicio gravado o de otro distinto, como ocurre por ejemplo cuando existe una tasa de alcantarillado que se cobra a través del recibo del agua). Está claro que estas tasas no son una remuneración del concesionario (que en estos casos cobra de

la Administración), sino que el contratista simplemente gestiona dichas tasas en nombre de la Administración que las ha establecido, como un mandatario de esta¹¹⁵.

En este mismo sentido se pronuncia Pagès i Galtés¹¹⁶, cuando afirma que constituye una ilegalidad que el gestor privado se apropie *sic et simpliciter* del importe de la tasa; ya que, por definición, la tasa es un ingreso público y, por tanto, tiene que figurar necesariamente en los presupuestos del Ayuntamiento por imperativo del principio de universalidad presupuestaria, que ha sido recogido en el artículo 134.2 de la CE. Por tanto, señala el mencionado autor, “si el Ayuntamiento quiere retribuir al gestor privado del servicio con la globalidad del importe que el gestor privado recaude por tasa, lo que tiene que hacer es anotar como ingreso presupuestario el importe recaudado por tasa, para, acto seguido, anotar como gasto presupuestario el mismo importe que estará destinado a retribuir al gestor privado¹¹⁷.”

Incluso se ha considerado factible que la entidad local autorice al concesionario a ingresar el importe de las tasas en su cuenta¹¹⁸. Pero, en estos casos, y dado que es necesario consignar en los presupuestos de la entidad local, así como reflejar en su cuenta tanto el pago realizado al concesionario como los ingresos obtenidos a través del cobro de la tasa, se podría recurrir a cuentas de formalización, que no llevan aparejados movimientos de fondos¹¹⁹.

Es admisible, por tanto, que el concesionario intervenga, como mero mandatario de la Administración, en el cobro de la tasa¹²⁰, pero sin que por ello se convierta, en ningún caso, en sustituto del contribuyente. Al respecto, De Vicente García y Adame Martínez han señalado, con acierto, que “las entidades suministradoras no ostentarán la condición de sustitutos del contribuyente de las referidas tasas [los mencionados autores se refieren a las tasas por servicios de alcantarillado, pero su reflexión se puede extender, en nuestra opinión, a las tasas por el servicio de abastecimiento domiciliario de agua], pues la ley no les otorga este carácter. Se trata, más bien, de meros colaboradores de la Administración que tienen el deber de cobrar el tributo del usuario y de ingresarlo en la Hacienda del sujeto activo. Por lo tanto, si una vez facturada en el recibo del agua la tasa de alcantarillado, el sujeto pasivo se niega a pagarla, la entidad suministradora no deberá pagar aquella tasa en lugar del contribuyente, como tampoco estará legitimada para ejercer ninguna acción contra el mismo, sino que tan sólo podrá poner este hecho en conocimiento de la Administración para que esta proceda a verificar su cobro a través de los cauces legales pertinentes¹²¹.”

Por lo que se refiere a los supuestos de gestión indirecta del servicio de abastecimiento domiciliario de agua financiado mediante tarifas, cabe señalar que dichos ingresos serán precios privados del contratista, que ingresarán directamente los usuarios del servicio en su cuenta de explotación¹²².

También se ha discutido si es posible recurrir a la vía de apremio para exigir el cobro de la contraprestación en caso de impago del usuario, apreciándose de nuevo diferencias en función del sistema de financiación elegido.

Entre la doctrina se sostiene, de forma casi unánime, que los pagos por la prestación del servicio público de abastecimiento de agua sólo podrán ser recaudados en vía de apremio cuando se configuren como tasas¹²³, mientras que, si adoptan la forma de tarifas (precios privados), su reclamación sólo podrá llevarse a efecto conforme a las prescripciones civiles y mercantiles¹²⁴. Por tanto, la vía de apremio sería consustancial a la tasa –que, obviamente, no puede exigirse en vía civil–, y en cambio no podría ser utilizada por el concesionario, ya que implica ejercicio de autoridad.

Para Falcón y Tella, sin embargo, nada impide que en los pliegos y en el reglamento del servicio se otorgue al concesionario la posibilidad de utilizar la vía de apremio, ya que se trata de prestaciones derivadas de un contrato de derecho público, y el artículo 130 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales prevé que el gestor privado expida la correspondiente certificación de descubierto, que entregará al interventor, para que sea el presidente de la Corporación quien expida la providencia de apremio¹²⁵. Por tanto, y en su opinión, la opción por una tasa o por una tarifa para financiar el servicio público de abastecimiento de agua no prejuzgaría la posibilidad de utilizar la vía de apremio¹²⁶.

A Falcón y Tella se le podría objetar que, aunque en líneas generales el Reglamento de servicios de las corporaciones locales sigue estando en vigor, ello no determina su plena aplicación, pues algunos preceptos reglamentarios han sido implícitamente derogados por otras normas posteriores y superiores en rango. Concretamente, cabría entender que el artículo 130 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales ha sido derogado por el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local¹²⁷, pues en él se refrenda la reserva de gestión directa para aquellos servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad. También deben entenderse derogadas las previsiones del mencionado reglamento dirigidas a fijar los órganos competentes en materia de recaudación y el importe del recargo de apremio. Así, y por lo que respecta a la primera cuestión, de la normativa vigente resulta que será el interventor local, y no el concesionario, el competente para expedir certificaciones de descubierto, mientras que el órgano competente para dictar las providencias de apremio y de embargo será el tesorero, y no el presidente de la Corporación¹²⁸. Y, en relación a los recargos, se devengarán, en su caso, los que establezca la LGT, y no los que prevé el Reglamento de servicios de las corporaciones locales.

Por otra parte, si tenemos en cuenta que la utilización de la vía de apremio es una de las manifestaciones más claras de ejercicio de autoridad, no podemos olvidar que el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público prohíbe de forma taxativa (“en ningún caso”, reza el párrafo 2.º del artículo 275.1) la gestión indirecta de aquellos servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

De todas formas, como reconoce Casas Agudo, la expresión “ejercicio de autoridad” es de muy difícil concreción, siendo especialmente complejo separar los concretos servicios y actividades que son susceptibles de ser externalizados de aquellos que impliquen un ejercicio de autoridad y que, por tanto, sólo puedan ser realizados por funcionarios de la Administración pública¹²⁹. Así, y a juicio de este autor, no todas las tareas de la recaudación ejecutiva implicarían ejercicio de autoridad, quedando únicamente excluidas de la posibilidad de externalización las de contenido fundamentalmente público o de mayor sensibilidad para los obligados tributarios, como la ejecución de las garantías, la práctica de los embargos, la enajenación, la transmisión de la titularidad de los bienes enajenados o la resolución de tercerías¹³⁰. Por tanto, sería admisible que las actividades secundarias o auxiliares de la recaudación ejecutiva que no implicasen ejercicio de autoridad las llevase a cabo el concesionario del servicio¹³¹.

3.4 Suspensión del suministro en caso de impago

Directamente relacionada con el apartado anterior se encuentra la polémica cuestión de la posible suspensión del suministro de agua en caso de impago, en particular cuando el servicio se financia mediante una tasa¹³².

Se ha señalado que, en la gestión recaudatoria de las tasas que no han sido satisfechas en periodo voluntario, es frecuente utilizar procedimientos “compulsivos” o “intimidatorios”, distintos de los previstos en el procedimiento ejecutivo tributario¹³³. La razón última de este modo de proceder se debería a que las tasas, a diferencia de los impuestos, son tributos que se exigen mediante contraprestación; y, por ello, ante la negativa de pago de la tasa por abastecimiento de agua, una opción lógica y sencilla sería la de “cortar” el suministro del servicio¹³⁴.

Tratando de justificar la suspensión del suministro desde una perspectiva normativa, explica Pagès i Galtés¹³⁵ que el artículo 84 del Reglamento de verificaciones eléctricas, aprobado por el Decreto de 12 de marzo de 1954, permitía a las compañías eléctricas suspender el suministro de energía ante el impago de la tarifa, y se entendió que este precepto era aplicable a los suministros de agua y de gas por la Orden de 28 de febrero de 1955. No obstante, al modificarse el citado reglamento por el Real decreto 1725/1984, de 18 de julio, se planteó la duda de si tal precepto resultaba directamente aplicable al suministro de agua, o si, por el contrario, requería de una disposición específica que lo permitiera.

Con carácter general, el Tribunal Supremo se mostró contrario a aplicar el mencionado reglamento al suministro de agua tras la modificación de 1984¹³⁶. Sin embargo, no han faltado autores dispuestos a justificar la posible suspensión de suministro ante la falta de pago. Así, por ejemplo, Pagès i Galtés, aun reconociendo que sería deseable que se dictase una norma con rango de ley que permitiese el corte del suministro, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 1.1, 14 y 31 de la CE, 25.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases de régimen local, y 7.2 del Código civil, consideró que se podría deducir la existencia de una habilitación legal implícita, derivada de la cláusula general de orden público, que tiene por objeto impedir el abuso de derecho que supone la utilización de un servicio sin satisfacer las tarifas, poniendo en peligro la viabilidad del mismo¹³⁷. Por su parte, De Vicente García y Adame Martínez¹³⁸ se amparan en el principio de autonomía local, tal y como es interpretado en el voto particular a la STC 19/1987, de 17 de febrero¹³⁹, para justificar la supresión del suministro ante la falta de pago.

En cambio, la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales, en contestación a una consulta planteada por un Ayuntamiento que tenía dudas sobre la posibilidad de cortar el suministro domiciliario de agua a un vecino ante la falta de pago del servicio, responde, el 9 de junio de 2000, que dicho servicio es esencial y de prestación continuada, y por tanto de devengo periódico, de modo que por su naturaleza no puede ni debe interrumpirse el servicio, ni en los casos de impago del mismo¹⁴⁰.

En todo caso, y teniendo en cuenta que no existiría amparo normativo explícito¹⁴¹ para proceder al corte del suministro, Navarro Heras sostiene que, “una vez que la deuda tributaria vencida, líquida y exigible no ha sido satisfecha, la manera de hacerla efectiva no es la de recurrir a medidas más o menos ‘persuasivas’ o ‘intimidatorias’ de carácter extratributario, sino la de hacer valer las facultades exorbitantes de naturaleza tributaria que para recaudación de las deudas tributarias prevé el ordenamiento jurídico”¹⁴². Es más, e incluso aunque el corte del suministro estuviese amparado, lo cierto es que no sería el método más ortodoxo desde el punto de vista tributario, al existir medidas propias de los tributos, que son las que se deben utilizar en procedimientos de recaudación como el propio procedimiento de apremio¹⁴³.

En efecto, el impago de un tributo en periodo voluntario no determina el corte de un suministro, sino, conforme a la LGT, la apertura del período ejecutivo de cobro¹⁴⁴, y, en caso de

persistir en el impago, la apertura del procedimiento de apremio. Así lo ha señalado Villar Rojas, “el impago de la tasa no permite la denegación del servicio (...), sino que el cobro debe resolverse por la vía de apremio”¹⁴⁵.

Pero en la práctica es frecuente que los Ayuntamientos regulen las incidencias del servicio en los reglamentos reguladores del mismo o en las ordenanzas fiscales correspondientes; contemplando, en ocasiones, el corte de suministro en caso de impago¹⁴⁶.

Por ello, algunos autores defienden que se pueda recurrir a dicha medida sólo en último extremo y con las correspondientes garantías para los usuarios¹⁴⁷. Esto es, sostienen que tendría que aplicarse necesariamente, y en primera instancia, la vía de apremio, y tan sólo cuando esta vía resultase infructuosa cabría el corte de suministro. Por otra parte, la suspensión de suministro debería quedar avalada por normativa reglamentaria; en concreto, por la ordenanza reguladora del servicio o por la ordenanza fiscal, con mención del órgano competente para acordar el corte del suministro y demás datos necesarios para completar el expediente de suspensión del mismo¹⁴⁸. Aunque, como reconoce Moreno González¹⁴⁹, ni siquiera esta forma de proceder acabará con los usuarios que no hacen frente al pago de forma reiterada, ya que la culminación de la vía de apremio es lenta y durante su tramitación pueden originarse nuevos consumos de agua que también resulten impagados, lo cual forzaría a acudir nuevamente a la vía de apremio para intentar su cobro. De ahí que, como posible solución a este problema, se haya propuesto que la ordenanza reguladora del servicio establezca expresamente que “en caso de impago de un número de recibos consecutivos se presumirá que el usuario se da de baja en el servicio, lo que autorizaría el corte del suministro”¹⁵⁰.

Otros, en cambio, siguen sosteniendo que el impago de esta tasa por parte del usuario no puede dar lugar, en ningún caso, a la suspensión del suministro de agua, ni siquiera después de su fallido intento de recaudación en vía ejecutiva. Si así se hiciera, sostiene Tornos Mas, “el corte de suministro constituiría un medio de ejecución forzosa manifiestamente ilegal, por no estar contemplado entre los previstos por los artículos 95 y 96 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común”¹⁵¹. Ello sin perjuicio de la eventual y posible incursión en los delitos de coacciones y/o exacciones ilegales de los artículos 172 y 437 del Código penal”¹⁵².

Ahora bien, en el supuesto de que el servicio de abastecimiento de agua se financiase con cargo a una tarifa, y de acuerdo con el artículo 1124 del Código Civil, que reconoce, en las obligaciones recíprocas, la facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento de la otra parte, sería posible iniciar el expediente de suspensión del suministro por impago de forma casi inmediata.

4 BIBLIOGRAFÍA

- Aliás 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 y ss.
- Blanquer Criado, D. 2012. *La concesión de servicio público*. Valencia: Tirant lo Blanch. Aquí citado según 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 y ss.

- Carrillo Donaire, J.A. 2012. «A vueltas sobre la naturaleza jurídica 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 y 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 y ss.
- De Vicente García, J. y 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 según 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 según 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 y 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 y J. Ramos Prieto (coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 451 y 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 y ss.
- Ferreiro Serret, E. 2012. «La gestión de los tributos sobre el agua», en L.M. Alonso González y H. Taveira Torres (coords.), *Tributos, aguas e infraestructuras*. Barcelona: Atelier, 189 y 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 y ss.
- Jiménez Compaired, I. 2012. *Los cánones de regulación y las tarifas de utilización del agua*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Lago Montero, J.M.ª y Guervós Maíllo, M.ªA. 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 y ss.
- Martín Fernández, J.M. 2014. «Tasas y precios públicos en el ordenamiento financiero español», en F. Adame Martínez y 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 y 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. y Casado Ollero, G. 2016. *Curso de Derecho financiero y tributario*, 27ª ed. revisada y puesta al 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 según 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 y J. Galán Ruiz (dirs.), *Las tasas locales*. Cizur Menor: Civitas, 1125 y ss.
- Milans del Bosch y Jordán de Urríes, 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 y J. Galán Ruiz (dirs.), *Las tasas locales*. Cizur Menor: Civitas, 273 y ss.

- Palao Taboada, C. 2005. «Tarifas portuarias: precios privados que son tributos», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 271, 177 y ss.
- Pagés 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.
- Pagés i Galtés, J. 2005. *Tributos sobre las aguas (estatales, autonómicos y locales)*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Pagés i Galtés, J. 2011. «La ordenanza fiscal en materia de tasas locales», en P. Chico de la Cámara y J. Galán Ruiz, (dirs.), *Las tasas locales*. Cizur Menor: Civitas, 63 y ss.
- Pagés 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 y 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 y 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 y ss.
- Ruiz Garijo, M. 2011. «Concepto de tasa y delimitación con otros ingresos de Derecho público y privado», en P. Chico de la Cámara y J. Galán Ruiz (dirs.), *Las tasas locales*. Cizur Menor: Civitas, 99 y 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 y ss.
- Tornos Mas, J. 1994. «Potestad tarifaria y política de precios», *Revista de Administración Pública*, 135, 77 y ss.
- Tornos Mas, J. 2009. «Regulación de precios y tarifas», en S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la regulación económica (Vol. I: Fundamentos e instituciones de la regulación)*. Madrid: Lustel, 537 y 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://laadministraciondia.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 y ss.
- Valenzuela Villarrubia, I. 2014. «Financiación de los servicios públicos locales», en J.A. Carrillo Donarie y 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 y ss. Aquí citado según 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 y ss.

NOTAS

- 1 Una amplia recopilación de las principales posturas doctrinales puede encontrarse en: Aragonés Bertrán, 2012: 55 y ss.
- 2 Actualmente, es la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, la que reconoce una competencia genérica municipal sobre el suministro de agua, configurando el abastecimiento como un servicio esencial, y de prestación obligatoria en todos los municipios. Y aunque dicha norma parece utilizar indistintamente los conceptos de suministro y abastecimiento de agua, en las normas reguladoras del abastecimiento dictadas por las comunidades autónomas, el abastecimiento constituye una operación más amplia que la relativa al suministro o distribución de agua, de manera que, según la legislación autonómica, el abastecimiento de agua incluiría las tareas de aducción y distribución. La primera (aducción) comprende las funciones de captación o alumbramiento de las aguas, su embalse y conducción por arterias o tuberías primarias, así como su tratamiento. En cambio, la distribución incluye el almacenamiento de las aguas en depósitos, la elevación por grupos de presión y el reparto por tuberías hasta las acometidas particulares; De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 306 y 307.
- 3 Así lo reconocen, entre otros: Pagés i Galtés, 2015: 697; Aliás Cantón, 2016: 39; Carrillo Donarie, 2012.
- 4 Esto es lo que ha sucedido con la STS de 23 de noviembre de 2015, recurso de casación 4091/2013, siendo especialmente crítico con este pronunciamiento Tornos Mas, 2016: 7 y ss.
- 5 La Dirección General de Tributos (en adelante DGT) ha mantenido una interpretación cambiante sobre esta cuestión en los últimos años.

Inicialmente, en un Informe de 26 de octubre de 2007 de la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, se afirmó que “a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/1995, de 14 de diciembre, como en las núms. 102/2005, de 20 de abril y 121/2005, de 10 de mayo (...) y de la traslación legal de los criterios jurisprudenciales primero a la reforma de la Ley de haciendas locales por la Ley 25/1998, de 13 de julio, y hoy día en el Texto refundido de 2004, así como en la Ley general tributaria, esta Subdirección General no alberga dudas sobre la calificación como tasa de las contraprestaciones que satisface el usuario del servicio de suministro de agua potable, con independencia de la modalidad de gestión adoptada”. Por tanto, y en un primer informe, considero que, con independencia de cuál fuese el modo de gestión del servicio –incluso a través de concesión–, la contraprestación exigida no podía tener otra naturaleza que la de tasa.

Con posterioridad, el 26 de julio de 2011, la DGT emitió un nuevo informe, a petición de la Asociación Española de Abastecimientos de Agua y Saneamientos, sobre la interpretación y alcance que debía darse a la nueva dicción del artículo 2.2 a) de la LGT, una vez suprimido su párrafo segundo, por la disposición final 58ª de la Ley 2/2011 de economía sostenible; y, en particular, si, de acuerdo con dicha reforma, se podía considerar que la contraprestación económica que los usuarios del servicio público de abastecimiento de agua y alcantarillado satisfacían a una empresa pública, privada o mixta, prestadora del servicio en virtud de un título o derecho especial o exclusivo podía revestir la naturaleza jurídica de tarifa (precio privado). En esta ocasión, la DGT concluyó que, en el supuesto planteado –el ente gestor era una empresa pública, mixta o privada que se regía por el derecho privado– la prestación se podía reconducir al ámbito de los precios privados.

Más recientemente, y como consecuencia de las SSTs de 28 de septiembre de 2015 y 23 de noviembre de 2015, la DGT insiste, en un informe emitido el 20 de mayo de 2016, en que, “si los servicios públicos de abastecimiento de agua y alcantarillado son gestionados directamente por un ente local, sin ningún tipo de delegación, la contraprestación satisfecha por los usuarios debe tener la naturaleza jurídica de tasa. Por el contrario, si dichos servicios son gestionados por una sociedad privada municipal, o por una empresa privada a través de un contrato administrativo de gestión del servicio, las contraprestaciones no podían ser calificadas como ingresos de derecho público, sino como ingresos de derecho privado. Y, por tanto, subsiste la posibilidad de que en el caso de que la prestación del servicio público la realice una empresa, ya sea pública, privada o mixta, la Administración pública titular del citado servicio pueda optar por retribuir al gestor mediante una tarifa o precio a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración, o una combinación de ambas formas”.

6 Téngase en cuenta, como afirma Martín Fernández, que la dicotomía entre tasas y precios públicos es uno de los temas de eterno retorno del derecho financiero y tributario; Martín Fernández, 2014: 1605.

7 Así lo ha señalado Tornos Mas, 2016: 1.

8 Sastre Beceiro reconoce que estos tres grupos de normas contemplaban perspectivas diferentes y no siempre calificaban las cosas de la misma manera; Sastre Beceiro, 2002: 169 y 170.

9 La STS de 24 de junio de 2015, recurso de casación 3898/2013 (RJ 2015\3214), resume la evolución de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios del siguiente modo: “A título de conclusión sobre este repaso al tratamiento que la jurisprudencia ha dado a la retribución por la prestación del servicio público de agua domiciliaria o potable, (...) la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha basculado entre su condición de precio privado y la de tasa.

Ha atribuido la naturaleza de precio privado, fijado por la Corporación municipal ejercitando su potestad tarifaria y sometido a la aprobación ulterior de la Comunidad Autónoma en aplicación de la política de control de precios, cuando el servicio era gestionado de forma indirecta por un concesionario o un arrendatario, incluso una empresa participada mayoritariamente por el municipio (...). Si el servicio se prestaba directamente, la retribución satisfecha por los usuarios constituía una tasa (...).

Esta sala mantuvo esta configuración hasta el 1 de enero de 1999, fecha a partir de la cual y en virtud de la disposición transitoria segunda, apartado 1, de la Ley 25/1998, debería siempre considerarse una tasa, como consecuencia de las reformas introducidas a resultas de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, cuya doctrina ratificaron las Sentencias 102/2005, de 20 de abril, y 121/2005, de 10 de mayo. Por ello, en la sentencia Ayuntamiento de Ávila esta Sala sienta un criterio, después ratificado en la sentencia Ayuntamiento de Alicante, conforme al que la prestación del servicio público municipal de abastecimiento de agua, de recepción obligatoria, siempre debe sufragarse a través de una tasa, cualquiera que sea su forma de gestión.

Pese al aparente ‘desorden’, la jurisprudencia ofrece un cuadro nítido y una evolución coherente. En relación con el mencionado servicio público municipal, aun reconociendo que hubo un periodo (entre la entrada en vigor de la Ley 39/1988 y la de la Ley 25/1998) en que podía financiarse mediante precios públicos [nunca se le ha planteado un supuesto tal], considera que partir de esa segunda ley, y también bajo la vigencia de la Ley general tributaria de 2003 (artículo 2.2) y del Texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales, aprobado en 2004 [artículo 20.1.B)], los usuarios han de sufragarlo a través de una tasa que pasa a engrosar la partida de ingresos del presupuesto local, con independencia de la forma en que se gestione, ya que siempre se trata de servicios municipales de recepción obligatoria (artículo 25.2.I) de la Ley reguladora de las bases del régimen local”.

10 Y es que no han faltado pronunciamientos judiciales y doctrina que se hayan inclinado por calificar la prestación como precio público. Al respecto, véase Pagès i Galtés, 2015: 698, nota al pie número 4.

11 Al respecto, Fernández Pavés, 2015: 75 y ss.

12 En este sentido, Rodríguez Fernández-Oliva, 2008: 133 y ss.

13 El artículo 20.4.t) del Texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLRHL), dispone que “las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de prestación de servicios o de realización de actividades administrativas de competencia local, y en particular por los siguientes: (...) t) Distribución de agua, gas, electricidad y otros abastecimientos públicos incluidos los derechos de enganche de líneas y colocación y utilización de contadores e instalaciones análogas, cuando tales servicios o suministros sean prestados por entidades locales”.

- 14 Señala Tornos Mas que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración hasta cuatro potestades diferentes para intervenir en la determinación de los precios de los bienes y servicios: la potestad tributaria, la potestad tarifaria, la potestad para establecer precios regulados, y la potestad de ordenación económica.

A través de la potestad tributaria, el poder público puede exigir, de forma coactiva, el pago de determinados servicios de responsabilidad pública, que van a ser prestados directamente por la Administración. El ejercicio de esta potestad se concretaría en la exigencia de tasas o precios públicos, que se ingresarían en el presupuesto público.

La potestad tarifaria, en cambio, se reconoce a la Administración titular de un servicio público para fijar el precio de la remuneración del concesionario o de la entidad de régimen privado que prestará el servicio. En este caso, el precio no se ingresa en un presupuesto público, sino en la cuenta de explotación del ente que presta el servicio. Dentro de esta categoría cabe diferenciar: el precio establecido para las entidades de derecho privado de capital total o mayoritariamente público que prestan el servicio público, y la tarifa fijada a través de un procedimiento negocial, como precio de un contrato de gestión de servicio público.

Véase, al respecto, Tornos Mas, 2009: 537 y ss. Y, del mismo autor, 1994: 77 y ss.

- 15 Así lo han reconocido: Cañal García, 2012: 77; Villar Rojas, 2005: 1.
- 16 Ha de tenerse presente que “la tarifa es el precio fijado por la Administración para remunerar a quien en régimen de derecho privado presta un servicio, sin que la tarifa se convierta en ingreso público”; Tornos Mas, 1994: 80.
- 17 Jiménez Compaired, refiriéndose a la naturaleza jurídica de cánones y tarifas, reconoce que, “estemos ante un recuso de derecho público o de derecho privado, supone atribuirle un régimen jurídico absolutamente diferenciado en cuanto a su fijación, aplicación y revisión. La fijación de un instrumento de derecho público se realizará de manera unilateral, bien es cierto que la forma la dispondrá la categoría concreta que ostente; en la fijación de un instrumento de derecho privado, se tendrá que realizar mediante el acuerdo entre las partes (por mucho que ese acuerdo más parezca una adhesión). La aplicación, particularmente el cobro, de un instrumento de derecho público estará rodeado de un conjunto de derechos y deberes para el acreedor y el deudor, notándose las prerrogativas de las que dispondrá el primero: la vía de apremio para la ejecución del patrimonio del moroso; no será así tratándose de un instrumento de derecho privado, situándose las partes en un plano de igualdad, y dejando a la jurisdicción ordinaria la implementación del cobro no realizado. Finalmente, la revisión de la actuación del acreedor de un instrumento de derecho público corresponderá al orden contencioso-administrativo –con recurso necesario en vía administrativa–; mientras que los conflictos de todo tipo que sucedan alrededor de un instrumento de derecho privado se residenciarán en el orden civil”; Jiménez Compaired, 2012: 235 y 236.
- 18 Entre otros: Falcón y Tella, 2011: 1; Ruiz Garijo, 2011: 124; Falcón y Tella, 2016: 1; Aragonés Bertrán, 2012: 55 y ss.
- 19 Carrillo Donaire sostiene que la opción discrecional entre la configuración de la contraprestación como tasa o tarifa sólo está limitada y preconfigurada legalmente cuando el objeto de la actividad o servicio implica ejercicio de autoridad, supuestos en los que se impone la gestión directa por la propia Administración o mediante un organismo autónomo, tal y como se desprende del artículo 85.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, en cuyo caso las contraprestaciones de los servicios públicos prestados directamente han de tener, necesariamente, la naturaleza de tasas –o de precios públicos–. Pero esta es la única limitación. En cualquiera de las otras formas de gestión directa del artículo 85.2 A) de la Ley reguladora de las bases del régimen local (entidad pública empresarial o sociedad mercantil con participación íntegramente pública) y en todas las formas de gestión indirecta del artículo 85.2 B) de la Ley reguladora de las bases del régimen local, mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos del artículo 277 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, la Administración titular del servicio puede optar entre retribuir al gestor mediante una tarifa a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración, o bien una combinación de ambas formas de prestación económica; Carrillo Donaire, 2012: 8, nota al pie n. 1.
- Tornos Mas también reconoce la potestad discrecional que ampara la elección de uno u otro régimen; sin embargo, señala que se ha justificado el régimen de tarifa cuando el objeto de la prestación en que consiste el servicio permite una relación individualizada y singularmente evaluable entre el gestor y el usuario, como en el caso del suministro domiciliario de agua o en el transporte de viajeros, mientras que cuando las características del servicio hacen muy difícil o imposible establecer esa relación y, sobre todo, esa evaluación singular de la prestación –por ej. en el servicio de recogida de residuos urbanos–, se impone el régimen de tasa; Tornos Mas, 2009: 548.
- 20 Cabe citar al respecto la STS de 28 de septiembre de 2015, recurso de casación 2042/2013 (RJ 2015/4216), en cuyo fundamento jurídico sexto se aborda la naturaleza de la remuneración que debe recibir una entidad de naturaleza privada que presta un servicio público (si bien el objeto del pronunciamiento se refería al precio de servicios liberalizados). Así, la mencionada sentencia reconoce que: “Como consecuencia de la derogación efectuada por la disposición final 58ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible del referido inciso, es posible recuperar las ideas de precio y beneficio para los servicios públicos gestionados por concesionarios, e incorporar a los servicios públicos en régimen de concesión o de gestión indirecta los criterios de autofinanciación y del equilibrio económico del contrato”, señalando, además, que “la expresión en régimen de derecho público tiene que referirse necesariamente a las formas de gestión en que la Administración actúa mediante su personalidad jurídico-pública ordinaria o bien adopta personalidades diferenciadas pero siempre de naturaleza pública, y siempre con la finalidad de ejercer una actividad pública o prestar un servicio público. Por tanto, han de quedar excluidas la realización de actividades y la prestación de servicios en régimen de derecho privado, incluyendo tanto la forma de gestión mediante personalidad diferenciada con naturaleza jurídico-privada como la gestión contratada a particulares”. Y, en el mismo sentido, se pronuncia el voto particular de los magistrados Fernández Montalvo y Huelín Martínez a la STS de 23 de noviembre de 2015, recurso de casación 4091/2013.
- 21 Como por ejemplo Martín Queral, Lozano Serrano, Tejerizo López, Casado Ollero, 2016: 83.
- 22 Y ello a pesar de que, según Pagès i Galtés, no está nada claro qué debe entenderse por “régimen jurídico de derecho público” en contraposición a “régimen jurídico de derecho privado”; Pagès i Galtés, 2015: 136.
- 23 Carrillo Donaire, 2012: 4.
- 24 De acuerdo con el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, los servicios públicos de competencia local pueden gestionarse:

- De forma directa: gestión por la propia entidad local, organismo autónomo local, entidad pública empresarial local y sociedad mercantil, cuyo capital social sea de titularidad pública.
- De forma indirecta: mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (concesión, gestión interesada, concierto, y sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas).
- 25 Si bien se ha señalado que la distinción entre ambas modalidades de gestión no es nada pacífica; Pagés i Galtés, 2015: 136.
- 26 Entre otros: Fernández Farreres, 2012: 247; Cañal García, 2012: 111; Tornos Mas, 2016: 3; Falcón y Tella, 2016: 2. También parece secundar esta tesis Fernández Pavés cuando afirma: "las tasas se pueden pagar por actividades administrativas o servicios públicos prestados con sometimiento al régimen de derecho público, ya sea mediante las formas de prestación directa de los mismos, o quizá también a través de su gestión indirecta"; Fernández Pavés, 2015: 79.
- 27 Así, para Tornos Mas, "la nota determinante de las tarifas no es tanto la forma de gestión de derecho privado como que a estas modalidades de gestión hay que añadir que, en el específico régimen de financiación del servicio que se haya adoptado, la contraprestación la ha de percibir el gestor como propia y ajena al presupuesto de la Administración titular del servicio"; Tornos Mas, 2009: 541, nota al pie n. 3. Este criterio que también quedó reflejado en la enmienda de adición n. 443, que presentó el Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i Unió en el Congreso de los Diputados y en el Senado para incorporar a la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible –y que sería el origen del cambio en el artículo 2.2 de la LGT–, pero que finalmente no fue aprobada:
- "Disposición final (nueva). Modificación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, y del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales.
- Uno. Se modifica el segundo párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, que tendrá la siguiente redacción:
- "Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público, y siempre y cuando las contraprestaciones satisfechas por los usuarios a la Administración titular del servicio lo sean en el marco de una relación tributaria figurando como tales en los presupuestos de la respectiva Administración".
- Dos. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, con el siguiente tenor literal:
- "3. No tendrán la consideración de tasas la contraprestación por las actividades que realicen y los servicios que prestan las entidades u organismos públicos que actúan según normas de derecho privado, y que prestan los particulares que indirectamente gestionan servicios públicos o concesiones de obras públicas siempre y cuando sea satisfecha directamente por los usuarios al gestor del servicio en el marco de una relación contractual de derecho privado entre el usuario y el gestor, y no aparezcan como ingresos públicos en los presupuestos de la respectiva Administración".
- Tres. Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 20 del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de las haciendas locales, con la siguiente redacción:
- "No tendrán la consideración de tasas la contraprestación por las actividades que realicen y los servicios que prestan las entidades u organismos públicos que actúan según normas de derecho privado, y que prestan los particulares que indirectamente gestionan servicios públicos o concesiones de obras públicas siempre y cuando sean satisfecha directamente por los usuarios al gestor del servicio en el marco de una relación contractual de derecho privado entre el usuario y el gestor, y no aparezcan como ingresos públicos en los presupuestos de la respectiva Administración".
- 28 Martín Queralt, 1989: 17.
- 29 Y ello, según Pagés i Galtés, por dos motivos. En primer lugar porque nos encontramos ante "tributos retributivos", de modo que, en relación con los elementos cuantificadores, el legislador puede permitir una intensa colaboración del reglamento en la cuantificación tributaria, siempre y cuando el legislador contemple unos criterios o límites que sean idóneos para evitar que la actividad discrecional del reglamento en la apreciación de los factores técnicos de cuantificación se transforme en una actuación libre. Y, en segundo lugar, por ser "tributos locales", de manera que el principio de autonomía local impone al legislador estatal que atribuya al reglamento local un ámbito de decisión acerca de sus tributos propios mayor que el que pudiera relegarse al reglamento estatal; Pagés i Galtés, 2011: 67 y 68.
- 30 Véase, entre otras, la STC 233/1999.
- 31 Así se pone de manifiesto en el FJ 3 del Auto del TC 123/2009, de 30 de abril.
- 32 Dicho precepto prevé que las entidades locales puedan establecer tasas por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas por la "distribución de agua, gas, electricidad, y otros abastecimientos públicos incluidos los derechos de enganche de líneas y colocación y utilización de contadores e instalaciones análogas, cuando tales servicios o suministros sean prestados por entidades locales".
- 33 En dicha ordenanza, como señala Fernández Pavés, y entre los demás aspectos a considerar de su régimen jurídico, se fijarán los mecanismos de cuantificación y, en su caso, los importes o cuantías a satisfacer por dicho tributo; Fernández Pavés, 2015: 89.
- 34 De acuerdo con las SSTC 233/1999 y 106/2000, cumple con las exigencias de la reserva de ley tributaria, en la regulación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, la intervención del Pleno de la Corporación Local, "en tanto que (órgano) formado a partir de la elección por sufragio de los vecinos".
- 35 La categoría de prestación patrimonial de carácter público resulta controvertida jurisprudencial y doctrinalmente. Lo cierto es que el artículo 31.3 de la Constitución española utiliza la expresión "prestación patrimonial de carácter público", apartándose de nuestra tradición constitucional y legal en la que el objeto de la reserva de ley se establecía por referencia a categorías tributarias concretas o a la genérica de tributo. Esta circunstancia ha suscitado la cuestión de si el concepto "prestación patrimonial de carácter público" se identifica con el de tributo o si, por el contrario, es distinto.

La jurisprudencia constitucional se ha hecho eco de tales dudas y vacilaciones. Así, en ocasiones, ha afirmado (SSTC 233/1999 y 106/2000) que prestación patrimonial pública y tributo son sinónimos, de modo que nos encontraríamos ante una misma figura, cuyas notas características definitorias consistirían en ser ingresos públicos pecuniarios exigidos por una Administración pública como consecuencia de la realización de un supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir con el fin de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos. Su exigencia y percepción correspondería siempre a una Administración pública.

Pero en otras ocasiones –más frecuentes–, el Tribunal Constitucional (SSTC 185/1995, 182/1997, 63/2003, 102/2005 y 121/2005) ha sostenido que dichas expresiones no son sinónimas, siendo la prestación patrimonial pública el género y el tributo una de sus especies, pues es impensable, de acuerdo con una interpretación sistemática, que la Constitución se refiera a las mismas cosas en el artículo 33.1 –donde habla de “prestaciones patrimoniales públicas”– y en el artículo 133.1 –donde utiliza el término “tributos”–. Por tanto, el Tribunal ha concluido que ambos preceptos se refieren a dos figuras diferentes con características comunes: la necesidad de su establecimiento a través de ley y la coactividad. Y, de hecho, según Menéndez Moreno, la actual doctrina del Tribunal Constitucional sigue propugnando la distinción entre los tributos y las prestaciones patrimoniales públicas, refiriéndose, en particular, a la STC 62/2015, en la que se explicita que la prohibición del artículo 134.7 de la Constitución –“las leyes de presupuestos no pueden crear tributos”– no puede “extenderse a cualquier prestación patrimonial de carácter público a que se refiere el artículo 31.3 CE”; Menéndez Moreno, 2016.

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

37 Como ha señalado Martín Fernández, el artículo 31.3 de la Constitución predica la reserva de ley formal respecto del establecimiento de todo tipo de prestaciones patrimoniales de carácter público, pero sin definir las. Y el Tribunal Constitucional ha reconocido que esta expresión es más amplia que el concepto de tributo y no queda condicionada por ninguna de las figuras jurídicas existentes en el momento de la elaboración y aprobación de la Constitución Española; Martín Fernández, 2014: 1617.

Por tanto, como apunta Tornos Mas, la conclusión que debió extraerse es que las tarifas eran prestaciones patrimoniales de carácter público, sujetas al principio de reserva de ley, pero no necesariamente una tasa resultante del ejercicio de la potestad tributaria, sino una tarifa fruto del ejercicio de la potestad tarifaria. Y ello a pesar de que el legislador, mediante la Ley general tributaria 58/2003, interpretó la STC 185/1995 en el sentido de que toda remuneración por la prestación de un servicio público debía tener naturaleza tributaria, fuera cual fuese el modo de gestión del servicio; Tornos Mas, 2016: 2.

38 Trias Prats, 2010: 189.

39 Para Villar Rojas, el elemento distintivo de la prestación patrimonial pública es “la inequívoca finalidad de interés público de la prestación impuesta”. “Así, si es el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, llevará hacia el tributo (artículo 31.1 de la Constitución); pero si la obligación patrimonial se impone para castigar una conducta infractora, aparecerán las sanciones (artículo 25); si se trata de asegurar la garantía del suministro energético, surgirán las reservas mínimas obligatorias para los operadores energéticos (artículo 31.3); si el deber trae causa del derecho de la sociedad de participar en las plusvalías urbanísticas, surgirán las cesiones obligatorias. En consecuencia, todos los tributos son prestaciones patrimoniales de carácter público, pero no todas las prestaciones de esa clase son tributos; las sanciones, las cesiones urbanísticas obligatorias, las reservas mínimas obligatorias y las tarifas de servicios públicos también merecen esa calificación”; Villar Rojas, 2005: 5.

40 Lozano Serrano, 1998: 25-28.

A estas tres características Villar Rojas añade otras: sólo las entidades públicas territoriales pueden establecer prestaciones patrimoniales de esta naturaleza, ni las entidades instrumentales, ni los gestores privados pueden hacerlo; el modo de gestión es instrumental, no determina la naturaleza de esta prestación; y la indiferencia sobre la condición pública o privada del perceptor del pago y, en consecuencia, su afectación o destino público o privado. Villar Rojas, 2005: 5.

41 Lozano Serrano, 1998: 32.

42 Palao Taboada, 2005: 179-180.

43 *Ibidem*: 182.

44 Pérez-Fadón reconoce que el Tribunal Constitucional ha ampliado el ámbito de las “prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario” a supuestos de prestaciones entre particulares. Y al respecto cita la STC 182/1987, de 28 de octubre, en la que se analizó la constitucionalidad del artículo 6.1 del Real Decreto Ley 5/1992, que impuso a los empresarios el pago de una parte de la prestación de la Seguridad Social en los casos de incapacidad laboral transitoria derivada de riesgos comunes. En la citada sentencia, el TC calificó esa obligación de pago como “prestación patrimonial de carácter público” pese a que se trataba de una relación jurídico-privada, de carácter voluntario en su constitución, entre dos particulares (empleador y empleado) que son el obligado al pago y el perceptor, respectivamente. Lo importante, a juicio del TC, no es el régimen jurídico público o privado de la relación, que es instrumental, sino que la prestación sea impuesta por un poder público, que sea coactiva y que persiga una finalidad pública, sin que el carácter privado de la relación laboral modifique en absoluto aquella condición.

Este mismo autor también hace referencia a la STC 62/2015, de 13 de abril, en la que se admite que las leyes de presupuestos generales del Estado puedan establecer “prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias”, refiriéndose a los ingresos que deben efectuar las personas, empresarios, grupos empresariales, fabricantes e importadores de medicamentos y sustancias medicinales por descuentos al Sistema Nacional de Salud, en función del volumen de ventas de estos productos; Pérez-Fadón Martínez, 2015: 75 y 77.

45 En opinión de Lozano Serrano, la expresión “prestación patrimonial de carácter público” es un concepto constitucional a efectos de sujetar a reserva de ley el establecimiento de toda detracción coactiva de riqueza”; Lozano Serrano, 1998: 32.

46 Así lo consideran: Tornos Mas, 2016: 7; Cañal García, 2012: 88; Villar Rojas, 2005: 5; Aragonés Bertrán, 2012: 173.

47 Y ello a pesar de que, como señala Villar Rojas, la viabilidad técnica y la asequibilidad económica de ciertos modos de captación y suministro de agua –como por ejemplo, el autoabastecimiento mediante la desalación de agua marina– constituyan un claro desafío a los servicios públicos prestados en condiciones de exclusividad y a sus fundamentos, de modo que ciertos cambios tecnológicos pueden llevar a un

- replanteamiento en el entendimiento y en la ordenación de estos servicios (igual que ocurrió con las telecomunicaciones); Villar Rojas, 2016: 208 y 209.
- 48 Ello se infiere del artículo 47 en relación con el 34 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales.
- 49 Así se prevé en los artículos 26.1.a) y 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.
- 50 Pagès i Galtés, 2005: 181.
- 51 Los que defienden el carácter voluntario de la solicitud o recepción de este servicio se amparan en que la acometida o enganche de la instalación general interior de un inmueble a la red municipal de distribución de agua es de solicitud y recepción voluntaria. Por tanto, bastaría con que el titular de la vivienda se diese de baja del servicio de suministro de agua, con la subsiguiente anulación del enganche o acometida, para que el servicio no se pudiese prestar. Al respecto véanse: Pagès i Galtés, 2015: 703 y 704; Villar Rojas, 2016: 212.
- 52 Pagès i Galtés, 2015: 698. De hecho, para Rodríguez Fernández-Oliva, la esencialidad del servicio de abastecimiento de agua podría sustentarse incluso en el propio ordenamiento jurídico; Rodríguez Fernández-Oliva, 2008: 144.
- 53 Precisamente Cañal García ha puesto de manifiesto que en los servicios de suministro de aguas están presentes dos características –servicios esenciales para las personas y son prestados en régimen de monopolio por los entes públicos, o bien por entes privados que reciben una concesión pública– que permiten calificar de prestaciones patrimoniales de carácter público a las contraprestaciones que por dichos servicios paga el usuario; Cañal García, 2012: 80.
- 54 Para Tornos Mas, la determinación de los elementos esenciales de la tarifa por el servicio de abastecimiento domiciliario de agua tendría cobertura legal en el artículo 281 de la Ley de contratos del sector público. Así, la ley establece el derecho al cobro de una contraprestación por la prestación de un servicio público, y determina que su cuantía debe estar vinculada a la utilización del servicio por el usuario. A partir de ahí, y según el mencionado autor, la remisión a las ordenanzas locales no plantea problemas; Tornos Mas, 2016: 13.
- 55 Fernández Farreres, 2012: 251. Y, en el mismo sentido, cabe señalar las conclusiones del “Seminario sobre aspectos jurídicos y financieros en la gestión del agua”, organizado por la Fundación Agbar: “A la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, la tarifa del agua se configura en todo caso como una prestación patrimonial pública, de forma que queda sometida a una reserva de ley formal, lo cual implica en el ámbito local que debe fijarse mediante ordenanza aprobada por el pleno municipal. Se trata de una tarifa determinada en todo caso por la Administración de acuerdo con la ley, independientemente de que pueda originarse a partir de una propuesta privada derivada de un proceso de licitación del servicio”; Milans Del Bosch y Jordán De Urries, 2012: 33.
- 56 Así lo reconocen: Pagès i Galtés, 2015: 721; Moreno González, 2011: 1160.
- Al respecto véase: Resolución del TEAC de 10 de septiembre de 2003 (n. 843/2003).
- 57 El mismo apartado 8.º del artículo 7 de la LIVA señala que, a los efectos de este supuesto de no sujeción, se considerarán administraciones públicas: “a) La Administración general del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas y las Entidades que integran la Administración local. b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social. c) Los organismos autónomos, las universidades públicas y las agencias estatales. d) Cualesquiera entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, dependiente de las anteriores que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- No tendrán la consideración de administraciones públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las comunidades autónomas y entidades locales.
- No estarán sujetos al impuesto los servicios prestados en virtud de encomiendas de gestión por los entes, organismos y entidades del sector público que ostenten, de conformidad con lo establecido en los artículos 4.1.n) y 24.6 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración pública encomendante y de los poderes adjudicadores dependientes del mismo.
- Asimismo, no estarán sujetos al impuesto los servicios prestados por cualesquiera entes, organismos o entidades del sector público, en los términos a que se refiere el artículo 3.1 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, a favor de las administraciones públicas de la que dependen o de otra íntegramente dependiente de estas, cuando dichas administraciones públicas ostenten la titularidad íntegra de los mismos”.

58 Concretamente, y tras la reforma operada en el artículo 7.8.º de la LIVA por la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, para que las entregas de bienes o prestaciones de servicios realizadas por el sector público no estén sujetas a IVA tendrían que darse los siguientes requisitos: a) que sean realizadas directamente por las administraciones públicas; b) que las operaciones se realicen sin contraprestación, o, de haberla, que esta tenga naturaleza tributaria; c) que no se trate de ninguna de las operaciones que, de forma expresa, estarán sujetas de acuerdo con el mismo artículo 7.8.º de la LIVA.

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

59 *Ibidem*: 743.

60 Véase, al respecto, la Resolución de la DGT de 9 de julio de 2013 (V2263-13).

61 En relación con esta cuestión, resulta de interés examinar la Resolución de la DGT de 1 de octubre de 1996, sobre la sujeción al IVA de las tasas por el servicio de alcantarillado, en función de la forma en la que se gestione el servicio (contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y prestación directa). En opinión de Pagès i Galtés, las conclusiones de dicha resolución se pueden extender a las demás tarifas por otros servicios que presentan naturaleza de tasa; Pagès i Galtés, 2015: 399 y ss.

62 En ese caso, señala Pagès i Galtés, el ayuntamiento titular del servicio será objeto de repercusión del IVA por los servicios de suministro de agua que perciba de sus propios gestores. Y ello ocurriría incluso en los supuestos en los que se establezca una cláusula concesional de gratuidad del suministro al ente titular del servicio; *Ibidem*: 731 y 722.

63 *Ibidem*: 731.

- 64 Como ha indicado Pagès i Galtés, la relación entre el producto de la tasa y el coste del servicio se ha buscado, básicamente, a través de los principios de cobertura de costes y equivalencia. El primero de ellos atiende a la relación entre el coste del servicio o actividad y la recaudación por tasa, de tal modo que la recaudación por tasa tienda a cubrir (total o parcialmente) los costes de administración y mantenimiento de la organización, con inclusión de los gastos por intereses y amortización del capital invertido en la prestación del servicio o actividad. Mientras que el principio de equivalencia atiende no solamente a la relación entre el coste del servicio o actividad y la recaudación de la tasa, sino también a la relación entre la prestación del servicio y la “contraprestación” (en un sentido económico) que paga el receptor del mismo, de tal modo que la recaudación derivada de la tasa no sólo tienda a cubrir los costes de prestación del servicio, sino que, además, tienda a cubrir el valor que para el ciudadano tiene la prestación del servicio; Pagès i Galtés, 1999: 47 y 48.
- 65 Señalan De Vicente y Adame que, dado que el servicio de abastecimiento de agua es de primera necesidad, también resultaría aplicable en este ámbito el artículo 149.4 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales cuando establece que “las tarifas por prestación de servicios de primera necesidad (...) no excederá del costo necesario para la financiación de los mismos”, aunque, en opinión de los mencionados autores, dicho precepto coincidirá sustancialmente con lo previsto en el artículo 24.2 del Texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales; De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 352.
- 66 Martínez Sánchez, 2014: 256 y 257.
- 67 Fernández Pavés, 2015: 87 y 88. En todo caso, “no es de recibo utilizar el principio de capacidad económica para elevar la cuota respecto de esa cuota ideal. La falta de capacidad económica previa de unos usuarios no puede ser repercutida en los otros usuarios, obligándoles a contribuir en términos que excedan de su cuota equivalente al coste del servicio a ellos imputable. Las meras de recaudación que produzca la aplicación del principio de capacidad económica deben ser cubiertas mediante recursos generales, nunca elevando la contribución de los restantes usuarios, que tienen como límite insoslayable el del coste del servicio imputable a cada cual”; Lago Montero, Guervós Maillo, 2004: 138.
- 68 Resume las principales posturas doctrinales al respecto Moreno González, 2011: 1143.
- 69 Así, se ha señalado que, en las tasas por prestación de servicios esenciales, como regla general, sería más forzado atribuir capacidad económica al uso de un servicio público que es esencial, sobre todo cuando quien lo recibe es una persona física al margen de una actividad empresarial; Lago Montero, Guervós Maillo, 2004: 117.
- 70 En las tasas, “la tendencia a cubrir el coste del servicio o actividad hace que el principio del beneficio y el principio de capacidad económica puedan no encontrar siempre una plácida convivencia”; Martín Queralt, Lozano Serrano, Tejerizo López, Casado Ollero, 2016: 90.
- 71 Moreno González, 2011: 1144.
- 72 Véase artículo 24.2, párrafo segundo del Texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales.
- 73 Así se prevé en el artículo 9.1, párrafo primero, de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.
Fernández Farreres reconoce que la observancia estricta del principio de que la cuantía de la tasa no puede sobrepasar el coste del servicio puede impedir, o dificultar, la observancia de otros objetivos o previsiones legales como, por ejemplo, la posibilidad de aplicar tarifas progresivas como técnica para penalizar consumos abusivos de agua; Fernández Farreres, 2012: 252.
- 74 Aunque, en opinión de Martínez Sánchez, la cuestión sobre el hipotético sobrecoste que podría suponer la gestión indirecta de un servicio no es, en puridad, una cuestión tributaria, por más que pueda tener consecuencias en este ámbito, en particular sobre la cuota tributaria de las tasas. Se trata, en cambio, de un asunto que ha de ser resuelto en el marco de la legislación administrativa relativa a las formas de gestión de los servicios públicos y, en su caso, a la luz del principio de eficacia que ha de presidir el funcionamiento de la Administración; Martínez Sánchez, 2014: 264.
- 75 Para Falcón y Tella, “el beneficio del concesionario forma parte del coste del servicio, por lo que debe estar incluido en el importe de la contraprestación. Y esto es así tanto si el servicio se financia con un precio privado que hace suyo el contratista como si se financia con una tasa que el contratista ingresa en su cuenta; e incluso si el servicio se financia con un precio que paga la Administración, ya que el coste efectivo del servicio incluirá ‘la totalidad de las contraprestaciones económicas que abone la entidad local al contratista, incluidas las contraprestaciones en concepto de precio del contrato...’”, según el artículo 6 de la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales”; Falcón y Tella, 2016: 3.
No obstante, los partidarios de incluir el beneficio empresarial en el coste de las tasas por prestación de servicios públicos estiman deseable que la propia ley prevea un margen razonable de beneficio. Entre otros: Martínez Sánchez, 2014: 265.
- 76 Una buena síntesis de ambos posicionamientos doctrinales podemos encontrarla en Moreno González, 2011: 1152 y 1153.
- 77 En todo caso, y por lo que respecta al concesionario, la calificación como tasa o como tarifa del sistema de financiación escogido para sufragar el servicio público de abastecimiento domiciliario de agua debe resultarle indiferente, sin que pueda tener en su retribución incidencia económica alguna. Así, en caso de que se configuren como tarifas, la financiación procederá directamente de los usuarios del servicio, mientras que, si se opta por establecer una tasa por la prestación del mencionado servicio, la retribución va a quedar garantizada por la Administración titular concedente del servicio; Fernández Farreres, 2012: 247.
- 78 Cabe señalar que, mientras el artículo 25 del TRLRHL se refiere al “informe técnico-financiero”, el artículo 20 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, alude a la “memoria económico-financiera”. No obstante, y pese a la diferente terminología empleada por ambos textos normativos, tanto la memoria como el informe son documentos que tienen un contenido análogo y una función idéntica.
- 79 No obstante, como pone de manifiesto Valenzuela Villarrubia, tras la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, se ha flexibilizado este requisito, de modo que desde el 1 de enero de 2013 no es preciso emitir este informe cuando se aumenten los costes del servicio por revalorizaciones o actualizaciones de carácter general; ni en los supuestos de disminución del importe de las tasas, salvo que se trate de reducciones sustanciales en el coste del servicio; Valenzuela Villarrubia, 2014: 158.

- 80 De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 352.
- 81 Moreno González, 2011: 1153.
- Pagès i Galtés explica que las tasas por abastecimiento de agua potable se pueden estructurar en tarifas monomías, cuando están integradas por un solo factor o concepto, y en tarifas plurinomías, cuando están integradas por conceptos que obedecen a servicios o actividades accesorios pero distintos a la prestación del servicio principal. A su vez, las tarifas monomías pueden adoptar dos formas: puede ser una cantidad fija o uniforme para todos los sujetos pasivos u obligados al pago, o modulada con criterios objetivos; o bien, puede consistir en un tipo de gravamen aplicado sobre elementos cuantitativos relacionados con la intensidad de uso del servicio; Pagès i Galtés, 2015: 715 y 716.
- 82 Además, y en opinión de Villar Rojas, la legislación vigente evidencia que las tarifas responden mejor que las tasas a las exigencias del principio de capacidad económica o, de modo más general, a criterios de justicia material. Y ello porque en las tasas el principio de capacidad económica queda subordinado al principio de equivalencia, de modo que estas cumplen de modo deficiente con el principio de capacidad económica; en cambio, en las tarifas es preciso separar el nivel tarifario, que engloba la totalidad de los costes de prestación del servicio, de la estructura tarifaria, que hace referencia a cómo se reparte ese coste entre los usuarios, un reparto que puede y debe atender a circunstancias económicas, sociales o territoriales –por ejemplo, en el caso de abastecimiento de agua potable, la tarifa creciente por consumo y su corrección en el caso de las familias numerosas–; Villar Rojas, 2005: 6.
- 83 Fernández Farreres, 2012: 253.
- 84 Tornos Mas, 2009: 546.
- 85 El Tribunal Supremo entiende que la aprobación de las tasas, manifestación de la autonomía tributaria local, no está sujeta a tutela de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la posible impugnación de los acuerdos municipales. Y es que, conforme al régimen jurídico de las tasas, en cuanto establece limitaciones al importe de los ingresos, se hace cuestionable el ejercicio de dicha competencia sobre control de precios por parte de las CC. AA., que deberían reconducir su competencia a un control de la legalidad de dichas ordenanzas fiscales; Rodríguez Fernández-Oliva, 2008: 160.
- 86 Sobre las distintas posturas que al respecto mantiene la doctrina y la jurisprudencia, véase Pagès i Galtés, 2015: 707 y ss.
- 87 De hecho, como reconoce Tornos Mas, no se fija el precio, aunque se determina su cuantía final al controlar el incremento propuesto; Tornos Mas, 2009: 540.
- 88 Tornos Mas, 2016: 13.
- 89 Así se desprende del artículo 23.1. b) del Texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales: “son sujetos pasivos de las tasas, en concepto de contribuyentes, las personas físicas y jurídicas, así como las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (...), que soliciten o resulten beneficiadas o afectadas por los servicios o actividades locales que presten o realicen las entidades locales”; y del artículo 23.2 a) del Texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales, al establecer como sustitutos el contribuyente “en las tasas establecidas por razón de servicios o actividades que beneficien o afecten a los ocupantes de viviendas o locales, los propietarios de dichos inmuebles, quienes podrán repercutir, en su caso, las cuotas sobre los respectivos beneficiarios”.
- De todas formas, y de acuerdo con Pagès i Galtés, en caso de que se interprete literalmente el presupuesto de hecho de la norma de sustitución contenida en el artículo 23.2 a) del Texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales, podría llegarse al absurdo de que cualquier servicio que beneficie o afecte al ocupante de un inmueble determinaría la obligación de pago del propietario, a título de sustituto. Por ello, defiende que este supuesto de sustitución esté pensado sólo para las tasas por servicios inmediatamente dirigidos a facilitar la mera ocupación de los inmuebles. Da igual que en ellos se ejerza o no una actividad económica, lo relevante sería que el servicio o actividad públicos deriven de una situación o actuación previa del propietario que, por lo general, sea susceptible de considerarse un elemento relevante en la relación contractual entre este y el cesionario del inmueble; Pagès i Galtés, 2015: 262 y 263.
- 90 En opinión de Pagès i Galtés, aun cuando podría discutirse hasta qué punto se ajustaría a derecho que la ordenanza fiscal estableciera que el contribuyente fuera el propietario del inmueble –teniendo en cuenta que este no deja de verse afectado por el servicio–, lo normal, y técnicamente más correcto, es prever que el contribuyente sea aquel a cuyo favor se preste el servicio, el cual formalmente coincidirá con el titular del contrato o póliza de suministro; *Ibidem*: 705.
- 91 Moreno González, 2011:1140.
- 92 *Ibidem*: 1140.
- 93 Pagès i Galtés, 2015: 706. Por tanto, como señala Pagès i Galtés, al tratarse el sustituto de un sujeto pasivo, y estar sometido a la reserva de ley, la ordenanza fiscal debe respetar la regulación que al respecto establezca el legislador.
- 94 Moreno González, 2011: 1141.
- 95 Al respecto existen algunos pronunciamientos judiciales, si bien en ellos se parte de la configuración de esta contraprestación como precio público.
- Así, en la STSJ de Cantabria de 6 de marzo de 1997 (JT 1997/162) se sostuvo que en el ámbito de los precios públicos no existe la figura del sustituto del contribuyente, al estar esta regulada en la Ley reguladora de haciendas locales sólo en materia de tasas.
- También en relación con la obligación de pago del “precio público” por consumo de agua, la STSJ del Principado de Asturias de 18 de febrero de 2004 (JUR 2004/105016) afirma que está obligado al pago del precio el propietario del local, y no el arrendatario del mismo, ya que este último estaría obligado en el supuesto de que el consumo de agua fuese realizado por un arrendatario que estuviese dado de alta como beneficiario del servicio y fuera el usuario de tal servicio, pero, al no darse esa circunstancia, queda obligado al pago el dueño del local.
- 96 Pagès i Galtés, 2015: 287.
- 97 Como advierte Pagès i Galtés, nada impide que el deudor por la prestación de un servicio sea alguien distinto del beneficiario si así se pacta entre todos los interesados; *Ibidem*: 287.

98 Fernández Pavés, 2015: 79 y 80.

99 Al respecto creemos que resulta de interés no sólo analizar la Resolución de la DGT de 1 de octubre de 1996, sobre la sujeción al IVA de las tasas por el servicio de alcantarillado –en ella se describen los vínculos jurídicos que se originan entre la Administración titular del servicio público y el ente que presta el servicio en función de cómo se gestiona este (contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios)–, sino también los comentarios que sobre dichos vínculos jurídicos hace Pagès i Galtés.

Así, por ejemplo, la primera de las opciones que contempla la citada resolución es: “Si el Ayuntamiento encomienda al prestador (contratista) la prestación del servicio de manera que será el empresario el que lo preste en nombre propio, por su cuenta y riesgo, autorizándole incluso a la percepción de la tasa municipal como contraprestación de sus servicios (...) el contratista deberá facturar a los destinatarios del servicio el importe total de la contraprestación (tasa o precio)”. Este supuesto, en palabras de Pagès i Galtés, “se refiere, sustancialmente, a una práctica bastante habitual consistente en que el Ayuntamiento, a través del ‘contrato de gestión de servicios públicos’ regulado en los artículos 154 y siguientes del TR de la LCAP, encomienda la prestación de un servicio a un gestor privado autorizándole a apropiarse del importe de la tasa, llegando incluso en ocasiones a considerarse que este importe es un ingreso propio del gestor del servicio que no tiene por qué incluirse entre los ingresos municipales”, aunque, a continuación, el propio Pagès i Galtés matiza esta última afirmación señalando que el gestor privado no se puede apropiarse directamente del importe de la tasa, al constituir esta un ingreso público; Pagès i Galtés, 2015: 399 y 400.

100 Rodríguez Fernández-Oliva, 2008: 146.

101 Dicho artículo establece: “Corresponde a las entidades locales y a sus organismos autónomos la recaudación de las deudas cuya gestión tengan atribuida y será llevada a cabo: a) directamente por las entidades locales y sus organismos autónomos, de acuerdo con lo establecido en sus normas de atribución de competencias; b) por otros entes territoriales a cuyo ámbito pertenezcan cuando así se haya establecido legalmente, cuando con ellos se haya formalizado el correspondiente convenio o cuando se haya delegado esta facultad en ellos, con la distribución de competencias que en su caso se haya establecido entre la entidad local titular del crédito y el ente territorial que desarrolle la gestión recaudatoria; c) por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, cuando así se acuerde mediante la suscripción de un convenio para la recaudación”.

102 El mencionado precepto dispone: “1. Podrán prestar el servicio de caja las entidades de crédito con las que cada Administración así lo convenga.

Podrán actuar como entidades colaboradoras en la recaudación las entidades de crédito autorizadas por cada Administración, con los requisitos y con el contenido a que se refiere el artículo 17.

A efectos de este reglamento, sólo podrán actuar como entidades que presten el servicio de caja o como entidades colaboradoras las siguientes entidades de crédito: a) los bancos, b) las cajas de ahorro, c) las cooperativas de crédito”.

103 *Ibidem*: 149.

104 Como ha señalado Casas Agudo, “aunque el paralelismo con la externalización es evidente –ambas presuponen un acuerdo de voluntades y se encaminan a una mejora de la aplicación de los tributos–, en la colaboración la Administración adopta una posición colaboradora pero no cede su posición jurídica: la Administración sigue estando presente, aunque asuma un esfuerzo externo al suyo propio; no hay, como en la externalización, una cesión de competencia en la que el cesionario asume la gestión de la actividad tributaria en cuestión y la Administración deja de realizarla por ella misma, limitándose su control al de los efectos y la forma de cumplimiento del contrato de gestión de servicios públicos o de los términos de la autorización administrativa”; Casas Agudo, 2015: 58 y 59.

105 *Ibidem*: 93.

106 *Ibidem*: 107.

107 Pagès i Galtés, 2015: 414.

108 *Ibidem*: 414 y 415.

109 Véase también, Casas Agudo, 2015: 109.

110 Alías Cantón, 2016: 56; Pagès i Galtés, 2015: 727.

111 Alías Cantón, 2016: 56. Aunque este mismo autor reconoce, a continuación, que, “si dicha retribución tiene la naturaleza de tasa –por tanto, de tributo– consideramos que lo coherente debe ser que la entidad local sea la que recaude la tasa y entregue, con posterioridad, dicha recaudación al concesionario”.

Por otra parte, Alías Cantón apunta que la doctrina ha admitido de forma pacífica que la retribución abonada por el usuario por la prestación del servicio de abastecimiento de agua puede ser percibida directamente por el concesionario, puesto que: el artículo 128.3.1.º del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, establece que serán derechos del concesionario: “percibir la retribución correspondiente por la prestación del servicio”; y el artículo 129.1 b) del mismo reglamento dispone que el concesionario percibirá, como retribución, “las tasas a cargo de los usuarios, con arreglo a tarifa aprobada”.

Sin embargo, en nuestra opinión, estos preceptos no resultarían de aplicación, ya que, por la disposición derogatoria única 1 f del Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de contratos de las administraciones públicas, queda derogado el título III “Servicios corporaciones locales” del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, en lo que se oponga al mencionado real decreto. Por tanto, y aunque en líneas generales el Reglamento de servicios de las corporaciones locales sigue en vigor, debe entenderse que los artículos 128 y 129 del mismo están implícitamente derogados.

112 Falcón y Tella, 2011: 2. Y, en este sentido, es especialmente crítico con el Informe de la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos, de 26 de octubre de 2007, en el que se afirma lo siguiente: “Las tasas recaudadas, en cuanto ingreso de derecho público de la hacienda municipal, han de ingresarse por su importe total en las arcas municipales y ello con independencia de que se hayan utilizado sistemas de gestión directa o indirecta. En este último supuesto, la remuneración que se establezca a terceros, cuestión conceptualmente ajena a la relación tributaria que se produce entre el ente público acreedor y el usuario del servicio municipal, habrá de hacerse con cargo a los presupuestos municipales”. En su opinión, la Subdirección General comete un disparate “mayúsculo” con este

informe, pues da a entender que la Ley general tributaria prohíbe que el concesionario cobre directamente de los usuarios, lo que está expresamente previsto en la Ley de contratos del sector público, que es posterior. Y además no se trata de ninguna novedad de esta última ley, sino de la forma en que han venido aplicándose siempre las tarifas, al menos desde el Estatuto municipal de 1924; *Ibidem*: 2.

113 Así también lo entiende, Blanquer Criado cuando interpreta el artículo 281.1 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público. En su opinión, de lo establecido en este precepto legal resulta que pueden existir distintas fuentes de financiación para sufragar el coste de implantación y el coste de prestación del servicio público. La remuneración del concesionario puede consistir en: el ingreso de las tarifas que abonen los usuarios del servicio, o bien en la percepción de una subvención remuneratoria o pago realizado por la Administración; Blanquer Criado, 2012: 3.

114 Falcón y Tella, R. 2011: 2.

115 *Ibidem*: 2. Y en el mismo sentido: Cañal García, 2012: 91; Villar Rojas, 2005: 4; Perdígó I Sola, 1996: 424.

En nuestra opinión, Tornos Mas ha explicado perfectamente los diferentes vínculos jurídicos que se despliegan entre el usuario, el ente gestor y el Ayuntamiento, en caso de que se optase por financiar el servicio de abastecimiento de agua a través de una tasa, y mediante gestión indirecta. Por su interés nos parece oportuno reproducir literalmente sus palabras, aun a sabiendas de la gran extensión de la cita: “Por una parte, hay una relación tributaria entre los usuarios del servicio, en la condición de sujetos pasivos contribuyentes, y el Ayuntamiento, sujeto activo de la relación tributaria, amparada por la correspondiente ordenanza fiscal municipal. Y, por otra parte, el Ayuntamiento tiene una relación de contrato administrativo de gestión del servicio con el concesionario del mismo, con una sociedad de economía mixta o con un arrendatario. Con arreglo a lo establecido en el pliego de cláusulas económico-administrativas particulares y la oferta adjudicataria, el contratista es retribuido mediante el precio del contrato que, con la periodicidad fijada contractualmente, le es abonado por el Ayuntamiento y que lo satisface con cargo a sus ingresos presupuestarios, ya sea íntegramente con el rendimiento de la tasa o con la aportación de recursos adicionales si la tasa sólo financia parcialmente la prestación del servicio. Este precio contractual, como cualquier otro, será objeto de la correspondiente factura, emitida con arreglo a lo dispuesto en el reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación (...). Esta factura incorporará la consignación de la correspondiente cuota tributaria del IVA (...). En todo caso, en el régimen de tasa no hay relación jurídica alguna entre el usuario del servicio y el gestor del mismo (...). La práctica habitual por la que la cuota de la tasa es ‘cobrada’ por el gestor del servicio, mediante recibo, no es más que una fórmula de conveniencia o ‘pronto pago’, de carácter totalmente voluntario por parte del usuario. Este ‘intento de cobro’ por parte del gestor constituye una colaboración con el Ayuntamiento prevista, en su caso, en el contrato o acordada posteriormente; pero no es una relación fundada, en absoluto, en ninguna relación jurídica entre el gestor y el usuario, relación que es inexistente. Por otra parte, este sistema de cobro de las cuotas de la tasa, por parte de la entidad suministradora, no sustituye el pago del precio contractual por parte del Ayuntamiento. El gestor del servicio o entidad suministradora deberá ingresar en la cuenta correspondiente de la Tesorería municipal el producto de la ‘recaudación’ de la tasa, con la periodicidad que el Ayuntamiento tenga establecida y con independencia de la factura también periódica al objeto de percibir de la Administración municipal el precio del contrato; ello sin perjuicio de que, a los efectos de uno y otro ingreso, se proceda a la correspondiente compensación de derechos y obligaciones, de conformidad con lo previsto por los artículos 1195 del Código civil, y 55 y 56 del Reglamento general de recaudación”; Tornos Mas, 2009: 545 y 546.

116 Pagès i Galtés, 2015: 400. Concretamente, y de acuerdo con la clasificación económica de ingresos que prevé la Orden Ministerial EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales, el Ayuntamiento tendría que incorporar el importe cobrado dentro del artículo 30 de ingresos “Tasas por la prestación de servicios básicos”, en el concepto 300 “Servicio de abastecimiento de agua”.

117 *Ibidem*: 400.

118 Falcón y Tella, 2016: 3.

119 *Ibidem*: 3.

120 Reconoce Villar Rojas que el concesionario puede colaborar en la recaudación en tareas materiales e instrumentales; pero ni pueden exigir tasas, ni pueden recaudarlas; Villar Rojas, 2005: 4.

121 De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 367.

122 En este caso, como ha descrito Tornos Mas, también se darían dos relaciones jurídicas que, sin embargo, no son totalmente independientes como ocurre en el caso de la tasa. Así, y en primer lugar, existe una relación de contrato administrativo entre el concesionario u otro contratista del servicio público y el Ayuntamiento. Pero, además, se establece una relación de prestación de servicios entre la entidad suministradora y los usuarios, que éstos retribuirán mediante una tarifa. Normalmente, esta segunda relación se formaliza mediante un contrato privado o “póliza” cuyas condiciones, cumplimiento y extinción suelen estar reguladas por el reglamento municipal del servicio y/o por el pliego de cláusulas económico-administrativas particulares; Tornos Mas, 2009: 547.

123 Como señala Blanquer Criado, “hay un factor que debe ser ponderado cuando se analiza la gestión indirecta de un servicio público; cuando la Administración opta por privatizar la gestión y explotación del servicio (como sucede cuando otorga una concesión), no sólo quiere externalizar las inversiones precisas para su establecimiento y/o conservación, sino que en alguna medida la Administración también busca aligerar la carga de trabajo burocrático en la gestión de cobros frente a los usuarios morosos. Pues bien, es evidente que ese objetivo se frustra cuando se suprime la noción de ‘tarifa’, y los ingresos del concesionario se califican como ‘tasas’. Efectivamente, el cobro de las deudas pendientes suele ser una labor ardua y trabajosa, por lo que parece razonable pensar que, cuando otorga una concesión a un tercero, la Administración también quiere liberarse de esa enojosa actividad de recaudación. Ahora bien, si la remuneración del concesionario es una tasa, tendrá que ser la Administración titular del servicio quien desempeñe esa función recaudadora”; Blanquer Criado, 2012: 21.

124 Entre otros: De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 367; Ferreiro Serret, 2012: 207; Pagès i Galtés, 2015: 428; Cañal García, 2012: 91.

125 Falcón y Tella, 2016: 3.

Catalá Martí reconoce que existe un derecho regulado en el artículo 130 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales que no aparece reconocido en el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, cual es la utilización de la vía de apremio para percibir las prestaciones económicas de los usuarios. No obstante, según dicho autor, se trata de un derecho que ha de conceder la Administración,

en ejercicio de la potestad discrecional, a favor del empresario-contratista-concesionario. Por tanto, requiere una autorización expresa por parte del órgano de contratación que podrá manifestarse en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares.

Así, y en el caso de que la Administración otorgue al empresario-contratista-concesionario la utilización de la vía de apremio para percibir las prestaciones económicas de los usuarios, concretará el concepto o conceptos a los que sea aplicable la ejecución. También determinará la sustanciación del procedimiento ejecutivo que ha de estar a cargo de los agentes ejecutivos de la Administración o si comprende la posibilidad de que el empresario-contratista-concesionario proponga agentes ejecutivos particulares, los cuales deberán reunir los requisitos de capacidad e idoneidad exigibles, para los de la Administración, que deberá aprobar los nombramientos y tendrá facultades de revocarlos en cualquier momento si se extralimitaren en sus funciones.

Según Catalá Martí, llegado el caso de que el empresario-contratista-concesionario tuviese que ejercitar la vía de apremio, expedirá la correspondiente certificación de descubierto y la entregará al interventor de fondos de la Administración. El interventor comprobará si la certificación cumple los requisitos exigibles, si los débitos contenidos en la misma son precisa y exclusivamente por los conceptos a los que se contraiga el objeto del contrato por el cual se autorizó la vía de apremio, y si se ha agotado el plazo de recaudación voluntaria; y cuando procediere, la autoridad competente expedirá providencia de apremio que, en el caso de las entidades locales, corresponde emitirla al tesorero. Decretado el apremio, la providencia de apremio y certificación será entregada a la agencia ejecutiva de la Administración o al empresario-contratista-concesionario, según los casos, para el desarrollo de las ulteriores fases del procedimiento; Catalá Martí (coord.), 2012: 896.

- 126 Falcón y Tella, 2016: 3.
- 127 Pagès i Galtés, 2015: 416.
- 128 *Ibidem*: 416 y 417.
- 129 Casas Agudo, 2015: 125.
- 130 *Ibidem*: 109.
- 131 Pagès i Galtés, 2015: 416.
- 132 Aunque en opinión de Falcón y Tella, la opción por una tarifa o por una tasa no prejuzga la posibilidad de cortar el suministro; Falcón y Tella, 2016: 3.
- 133 Navarro Heras, 2011: 285.
- 134 *Ibidem*: 285. De todas formas, cabe aclarar que, con frecuencia, los Ayuntamientos requieren en un mismo recibo el pago de la tasa de alcantarillado junto a la tarifa por el servicio de abastecimiento de agua; sin embargo, no procederá suspender dicho suministro, por más que el usuario del servicio se niegue a pagar a tasa de alcantarillado porque esta no puede confundirse con la que se devenga por el servicio de abastecimiento de agua; De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 367.
- 135 Pagès i Galtés, 2015: 201.
- 136 Véanse, al respecto, tanto los pronunciamientos a favor como en contra en Moreno González, 2011: 1166.
- 137 Pagès i Galtés, 2005: 202. Argumentos que repite en Pagès i Galtés, 2015: 277.
- 138 De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 360.
- 139 “La autonomía que garantiza el artículo 140 de la Constitución impone al legislador la obligación de conceder, en el ámbito de los elementos configuradores del tributo, un margen de libertad que permita a los Ayuntamientos adaptarlos a sus peculiaridades de acuerdo con la política tributaria municipal que decidan sus legítimos representantes democráticamente elegidos”.
- 140 Dicha consulta se recoge en: Navarro Heras, 2011: 286.
- 141 La STS de 3 de octubre de 2003, ante la alegación de la vulneración del principio de legalidad y jerarquía normativa, pues no hay una ley que otorgue esta facultad de corte de suministro y la delegue a los ayuntamientos, ha respondido que el artículo 26.1.a) de la Ley reguladora de bases de régimen local establece el deber de los municipios de prestar el servicio de abastecimiento de agua potable, lo que comporta una habilitación para hacer lo necesario sobre tal prestación (que no hay que olvidar que es un deber) y, por consiguiente, significa una concreta aplicación, en esta específica materia, del genérico principio de legalidad. Además, el interés público representado por las necesidades que precisan el agua como un bien imprescindible resulta atendido por el establecimiento y mantenimiento del servicio que realiza el suministro; por lo que la articulación de medidas dirigidas a asegurar y regular el funcionamiento de este servicio no pueden considerarse contrarias a ese interés general. Se hace referencia a esta sentencia en: Moreno González, 2011: 1167 y 1168.
- 142 Navarro Heras, 2011: 286.
- 143 *Ibidem*: 285.
- 144 Si bien, como aclara Pagès i Galtés, “resultará que el mero impago de la tasa contenida en el recibo factura del agua no será suficiente para iniciar el período aludido en el artículo 161 de la LGT, pues este únicamente se iniciará cuando se haya notificado individualmente la tasa al interesado y haya transcurrido el plazo de pago en período voluntario fijado en el artículo 62 de la LGT”; Pagès i Galtés, 2005: 231.
- 145 Villar Rojas, 2005: 4.
- 146 A menudo, los usuarios del servicio han acudido a los tribunales para oponerse a dicha medida, alegando la vulneración del principio de legalidad, la incompatibilidad entre el procedimiento de apremio y el acuerdo de corte de suministro y el carácter imprescindible del mismo para la vida de los usuarios. Sin embargo, Moreno González reconoce que el Tribunal Supremo no ha admitido estos argumentos. En relación con la vulneración del principio de legalidad, la posibilidad del corte de suministro encontraría fundamento en los artículos 1, 4.1.a), 25.2.1, 26.1.a) y 85 de la Ley reguladora de bases de régimen local y artículo 55 del Texto refundido del régimen local aprobado en el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril. Tampoco aprecia incompatibilidad entre el procedimiento de apremio y el acuerdo de corte del suministro, pues con esta última medida no se tiende a ejecutar la deuda contraída, sino a evitar la asunción de deudas futuras. Se cita abundante jurisprudencia al respecto en: Moreno González, 2011: 1166 y 1167.

147 Entre otros: De Vicente García, Adame Martínez, 2008: 360; Moreno González, 2011: 1168.

Para Jiménez Compaired, la medida del corte de suministro “puede ser razonable y proporcional en función de cómo se configuren sus presupuestos y ello con independencia de la naturaleza que pueda ostentar como derecho el acceso al agua (...). De otro modo se estaría facilitando el impago por parte de quien, estando en condiciones de acometerlo, no lo hace, vulnerando el principio de recuperación de costes que debe informar una determinada perspectiva del acceso al agua como derecho. (...) Otra cosa será cómo se discipline el régimen jurídico material y formal de la actuación administrativa”; Jiménez Compaired, 2006: 137 y ss.

Mientras que Pagès i Galtés utiliza un criterio principialista para justificar la suspensión del suministro, dicho autor reconoce que “el carácter imprescindible del servicio comporta ciertamente que todos, sin excepción, tengan derecho a utilizarlo. Ahora bien, ello no implica que sea inconstitucional la suspensión del suministro en caso de impago, si se considera, como nosotros consideramos, que la inexistencia de capacidad económica comporta la aplicación automática de exención, de tal manera pues que, acreditada la inexistencia de capacidad económica por parte del usuario, no nacería la obligación tributaria, y, por ende, tampoco procedería su pago, lo que, a su vez, conllevaría que no fuera pertinente la suspensión del suministro por impago, a no ser que se acreditara la existencia de un abuso de derecho”; Pagès i Galtés, 2015: 727.

148 Indica Falcón y Tella que, de todos modos, el ente público podría optar por limitar la posibilidad de cortar el suministro, o excluirla en ciertos casos; Falcón y Tella, 2016: 3.

149 Moreno González, 2011: 1168.

150 *Ibidem*: 1168.

151 En la actualidad, la mención normativa debería hacerse a los artículos 99 y 100 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

152 Tornos Mas, 2009: 546 y 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 doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Murcia (España)
fmgarcia@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 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. 2.1 La circunstancia de la promulgación de la ley. 2.1.1 Una precisión metodológica. 2.1.2 Tribunal Constitucional y defensa extraordinaria de la Constitución. 2.2 El contenido de la ley. 2.2.1 Las medidas no impugnadas en los recursos de inconstitucionalidad resueltos por las SSTC 185/2016 y 215/2016. 2.2.1.1 La recepción explícita de la función del Tribunal Constitucional de hacer ejecutar sus decisiones (artículos 92.1, 87.1 y 87.2 de la LOTC). 2.2.1.2 La nueva regulación del auxilio al Tribunal Constitucional (artículo 92.2 de la LOTC). 2.2.1.3 La supletoriedad de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 80 de la LOTC). 2.2.2 Las medidas impugnadas en los recursos de inconstitucionalidad resueltos por las SSTC 185/2016, de 3 de noviembre, y 215/2016, de 15 de diciembre. 2.2.2.1 Las medidas previstas en el artículo 92.4 de la LOTC. 2.2.2.2 Incidente de ejecución de resoluciones que acuerdan la suspensión de disposiciones impugnadas (artículo 92.5 de la LOTC). 2.2.3 La doctrina sobre el incidente de ejecución: el ATC 141/2016, de 19 de julio. 3 La constitucionalidad de la LORLOTC según las SSTC 185/2016, de 3 de noviembre, y 215/2016, de 15 de diciembre. 3.1 La constitucionalidad de la LORLOTC en la STC 185/2016, de 3 de noviembre. 3.1.1 Extensión y límites del juicio de constitucionalidad de la LOTC y de sus reformas. 3.1.2 Desestimación de los motivos de inconstitucionalidad de orden procedimental. 3.1.3 Desestimación de los motivos de inconstitucionalidad de orden sustantivo. 3.1.3.1 Desestimación de la vulneración del modelo de justicia constitucional. 3.1.3.2 Desestimación de la vulneración del principio de legalidad penal. 3.1.3.3 Desestimación de la vulneración de los artículos 2, 143 y 155 de la CE. 3.2 La constitucionalidad de la LORLOTC en la STC 215/2016, de 15 de diciembre. 3.2.1 Desestimación de los motivos de inconstitucionalidad de orden procedimental. 3.2.2 Desestimación de la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados de la LOTC. 3.2.2.1 Desestimación de la inconstitucionalidad de la multa coercitiva del artículo 92.4.a) de la LOTC por vulneración del principio de legalidad penal. 3.2.2.2 Desestimación de la inconstitucionalidad de la ejecución sustitutoria del artículo 92.4.c) de la LOTC por vulneración de los artículos 137, 153, 161.1 y 164 de la CE. 3.2.2.3 Desestimación de la inconstitucionalidad del incidente de ejecución de resoluciones que acuerdan la suspensión de disposiciones impugnadas del artículo 92.5 de la LOTC. 4 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

La ejecución de sus resoluciones por parte del Tribunal Constitucional se ha presentado tradicionalmente como una cuestión pacífica para la doctrina científica en tanto en cuanto parecía claro que una de las consecuencias necesarias de la afirmación de la supremacía de la Constitución era el pleno reconocimiento de la efectividad de las sentencias y demás resoluciones del

Tribunal Constitucional en su condición de supremo intérprete y garante último de la norma fundamental.

Tal reconocimiento de los poderes de ejecución del alto tribunal español no sólo se deducía de la mencionada posición institucional de este órgano constitucional, sino que resultaba, asimismo, de las previsiones de los artículos 161 y 164 de la Constitución española (en adelante, CE), así como, en virtud de la habilitación contenida en el artículo 165 de la CE, de determinados preceptos de su ley de desarrollo, singularmente del artículo 4 (que faculta al Tribunal Constitucional a “delimitar el ámbito de su jurisdicción y a adoptar cuantas medidas sean necesarias para preservarla”) y del artículo 87 (que proclamaba en su redacción original que “todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva”).

Consiguientemente, el Tribunal Constitucional español presenta un innegable carácter jurisdiccional y ha venido disponiendo de poderes de ejecución de sus resoluciones, tanto por su primacía institucional como por su atribución, al menos implícita, por parte de la Constitución, en la línea del Tribunal Constitucional alemán y del Tribunal Constitucional austríaco, y a diferencia del Tribunal Constitucional italiano¹. En ese entendimiento, existía práctica unanimidad doctrinal en la especificación de que, en palabras de Huelin Martínez de Velasco, “el derecho a la ejecución de las sentencias firmes en sus propios términos y el respeto a esa firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas se predica no sólo de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales, sino también de las propias sentencias del Tribunal Constitucional”². Ello ha determinado, pues, que la cuestión de los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional haya venido recibiendo escaso tratamiento por parte de la doctrina científica española³, a diferencia de lo que venía sucediendo con la sentencia constitucional, objeto de estudio en numerosas publicaciones⁴.

Sin embargo, la promulgación de 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 (en adelante, LORLOTC) ha despertado, en un primer momento, el interés doctrinal sobre esta problemática con la publicación de varios e interesantes estudios al respecto⁵ y, posteriormente, la propia ley ha sido objeto de pronunciamiento por parte del propio supremo intérprete en dos sentencias: la STC 185/2016, de 3 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad n. 229/2016, promovido por el Gobierno Vasco contra la LORLOTC, así como contra el artículo único apartado tres de la misma en la redacción dada a las letras b) y c) del apartado 4 y al apartado 5 del artículo 92 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC); y, por su parte, la STC 215/2016, de 15 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad n. 7466/2015, promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la LORLOTC, así como contra su artículo único.tres, por la redacción dada a los artículos 92.4.a), b) y último inciso del c), y 5 de la LOTC.

En estas líneas examinaremos, en primer lugar, la LORLOTC. No sólo analizaremos su contenido, sino también la circunstancia de su aprobación, lo que nos conducirá a realizar una serie de reflexiones, en clave de teoría general, sobre la conveniencia de que, a través de esta nueva regulación de los poderes de ejecución que introduce la LORLOTC, el alto tribunal se encargue de la defensa extraordinaria de la Constitución. En segundo lugar, analizaremos las dos sentencias del Tribunal Constitucional (STC 185/2016, de 3 de noviembre, y STC 215/2016, de 16 de diciembre) que avalan la constitucionalidad de la LORLOTC.

2 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

2.1 La circunstancia de la promulgación de la ley

2.1.1 Una precisión metodológica

Comenzaba el profesor Garrorena su trabajo sobre la sentencia constitucional advirtiendo de la insuficiencia de acometer el examen de este objeto de estudio a partir de uno de los parciales puntos de vista con los que habitualmente se había venido analizando; así, sostenía que los procesalistas agotaban esta temática en el análisis de la condición de “acto procesal” de la sentencia constitucional, mientras que los cultivadores de la hermenéutica jurídica la agotaban en su condición de “actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del derecho”, y los constitucionalistas, por su parte, la agotaban en la condición de “decisión política” de la sentencia constitucional; en su “dimensión política, politológica, que es la esencia –la auténtica almendra– del tema”. Los tres enfoques antedichos debían ser, en todo caso, integrados y superados, sin perjuicio de que el profesor Garrorena, ante las dificultades de alcanzar una perspectiva omnicompreensiva de los mismos, optara en su trabajo “por una de esas dimensiones, intentando después que quede constantemente trascendida –transformada en su entidad y elevada en su condición– por los datos provenientes de las otras dos perspectivas”⁶.

Siguiendo la metodología del profesor Garrorena, vamos a analizar las disposiciones de la LORLOTC a partir de su dimensión política para, posteriormente, trascenderla con los datos de las otras dos perspectivas. De esta manera, no sólo no renunciamos al enfoque político en el análisis de la ley en examen –tradicionalmente preterido–, sino que, muy al contrario, pretendemos revalorizarlo. Se trata, en todo caso, de un planteamiento legítimo al que no debería renunciar la doctrina científica constitucionalista, a la cual le corresponde perfectamente pronunciarse sobre hipotéticas aplicaciones de la LORLOTC, sin perjuicio de que tampoco puede abandonar el análisis abstracto de la ley en estudio.

Como venimos de afirmar anteriormente, antes de la entrada en vigor de la LORLOTC existía consenso en la afirmación del carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional, así como de que este órgano disponía de poderes de ejecución propios de esta su condición. Esta realidad ha sido de todo punto confirmada por el legislador orgánico en el preámbulo de la propia LORLOTC al afirmar, con carácter general, que “nuestra Constitución encomienda al Tribunal Constitucional la función de ser su supremo intérprete y garante mediante el ejercicio de su función jurisdiccional”, así como al recordar, ahora con carácter más inmediato, que “la actual regulación del Tribunal Constitucional contiene los principios generales para garantizar la efectividad de sus resoluciones”. No obstante ello, tales principios generales, continúa el legislador orgánico, han de ser considerados, en todo caso, como insuficientes y, consiguientemente, ha de estimarse como preciso e imprescindible “desarrollar los instrumentos necesarios para que la garantía de efectividad sea real” ante “la necesidad de adaptarse a las nuevas situaciones que pretenden evitar o soslayar tal efectividad”⁷.

A la luz de estas disposiciones preambulares, sólo cabe entender la nueva regulación de los poderes de ejecución del Tribunal que realiza la LORLOTC desde un análisis político de la misma y, consiguientemente, a partir de la necesidad de neutralizar esas “nuevas situaciones

que pretenden evitar o soslayar tal efectividad”, de forma que podemos afirmar, siguiendo en este punto a Almeida Cerredá, que “el objetivo perseguido, en realidad, con la promulgación de la LORLOTC no es primariamente de naturaleza abstracta –la mejora de la regulación procesal de la ejecución del máximo intérprete de la Constitución–, sino de carácter concreto”⁸. Y este carácter concreto está directamente relacionado con la situación político-constitucional que atraviesa España desde 2010 y, concretamente, con la voluntad de las autoridades de la Generalitat de Catalunya de lograr la secesión de Cataluña –y la consiguiente desaparición de España por secesión de parte de su territorio– contraviniendo las disposiciones constitucionales⁹.

Por si alguna duda hubiera sobre el carácter concreto de la LORLOTC, debemos reproducir en esta sede la comparecencia parlamentaria conjunta del portavoz del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, Sr. Hernando, y la del presidente del Partido Popular en Cataluña, Sr. García Albiol, en la que señalaban que con la presentación de la Proposición de Ley de reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional “se acabó la broma” (*sic*)¹⁰. Son, pues, estos acontecimientos relacionados con la independencia de Cataluña los que constituyen el telón de fondo en el que se produce la introducción del nuevo sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español.

Pero sería ingenuo sostener –también desde la perspectiva “política” que adoptamos– que estos acontecimientos pretenden únicamente “evitar o soslayar la efectividad” de las resoluciones del Tribunal Constitucional o cuestionar su supremacía como supremo intérprete de la Constitución, cuando a lo que están orientados es, sin ningún género de dudas, a destruir el orden constitucional mismo. No se ataca, pues, ni la efectividad de las resoluciones del alto tribunal, ni su legitimidad como poder sobre los demás poderes con la capacidad de declarar la nulidad del derecho inconstitucional, sino la propia vigencia del régimen político de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978.

Consiguientemente, la finalidad de la nueva regulación de los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional no es otra que la de incorporar a este órgano a la defensa extraordinaria del Estado y de la Constitución. Ello, por otra parte, destierra cualquier consideración que cualquier analista no prevenido de la realidad jurídico-política española podría haber realizado a partir de la interpretación del propio título de la LORLOTC (“para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de derecho”) del que podría deducirse que esta ley ha sido aprobada porque, con anterioridad, el Tribunal Constitucional no tenía carácter jurisdiccional y sus resoluciones eran desconocidas por sus destinatarios debido al defectuoso diseño de los poderes de ejecución del alto tribunal español.

Asumida esta perspectiva política en el análisis de la LORLOTC, a continuación realizaremos una serie de consideraciones en torno al significado y a la oportunidad de la nueva regulación de los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional entendida como habilitación al mismo para intervenir en la defensa extraordinaria del Estado y de la Constitución.

2.1.2 Tribunal Constitucional y defensa extraordinaria de la Constitución

La efectividad de las resoluciones del Tribunal Constitucional se reduce, en esencia, a que todos los poderes públicos y los particulares se sometan voluntariamente al orden constitucional, asumiéndolo lealmente. Por ese motivo, la regulación original del artículo 87 de la LOTC reducía

el problema de la ejecución de las resoluciones del TC a la mera proclamación de la obligación de todos los poderes públicos de cumplir lo que el Tribunal Constitucional resolviera.

Los nuevos poderes de ejecución de los que dispone el alto tribunal desde la entrada en vigor de la LORLOT se han de entender –desde esa perspectiva “política” que hemos acogido en este estudio– como mecanismos en modo alguno enderezados a especificar, desarrollar y concretar los “principios generales para garantizar la efectividad de las resoluciones del Tribunal Constitucional” en el ámbito de un adecuado funcionamiento de los poderes del Estado presidido por el principio de lealtad constitucional. Muy al contrario, dada la gravedad de las “nuevas situaciones que pretenden evitar o soslayar tal efectividad”, los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional han de ser considerados como un conjunto de herramientas orientadas a operar como medidas extraordinarias de defensa constitucional al pretender prevenir la eventual secesión de parte del territorio nacional. Por consiguiente, la atribución de los nuevos poderes de ejecución del Tribunal Constitucional no trata de asegurar la efectividad de sus resoluciones, como si se tratara de un órgano jurisdiccional cualesquiera, sino evitar un proceso abierto de secesión que cuestiona los fundamentos de la propia Constitución, operando así como un nuevo instrumento, no previsto expresamente por la Norma Fundamental, de defensa extraordinaria de la Constitución. Con esta nueva regulación de los poderes de ejecución, al menos en nuestra opinión, se produce un cambio cualitativo en la posición del alto tribunal, consistente en reforzar la condición del alto tribunal como defensor de la Constitución, ahora no sólo como mero defensor ordinario de la legalidad constitucional, sino también como defensor extraordinario de la misma.

Sentado el debate en estos términos, cabe plantearse la cuestión central de si puede el Tribunal Constitucional convertirse en un instrumento de la defensa extraordinaria de la Constitución.

Recordemos que la defensa extraordinaria del orden constitucional aparece regulada por la Constitución en los artículos 116 (estados de alarma, excepción y sitio)¹¹, así como en el artículo 155 (adopción de las medidas necesarias para obligar a las Comunidades Autónomas al cumplimiento forzoso de las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan o para la protección del interés general de España) habilitando la Constitución al Gobierno y a las Cámaras parlamentarias a adoptar las medidas oportunas en los supuestos de hecho allí considerados. El Tribunal Constitucional, por definición, tiene encomendadas funciones de defensa ordinaria de la Constitución, es decir, en los supuestos en los que no existe un cuestionamiento de su legitimidad, ni mucho menos del propio orden constitucional. Ello es así porque la función de los tribunales constitucionales, como bien es sabido, es defender mediante técnicas jurídicas la vigencia de la Constitución, y las mismas sólo tienen razón de ser cuando previamente se ha aceptado el orden constitucional en el que opera el Tribunal Constitucional.

Cuando nos encontramos con la decidida voluntad de quebrantar el orden constitucional, tal como sucede en la España actual, la efectividad de las resoluciones del Tribunal Constitucional no depende de los poderes de ejecución del supremo intérprete de la Constitución, sino, en primera instancia, de los órganos que tienen atribuida la defensa extraordinaria del Estado y, en última instancia, de la capacidad de los diferentes actores políticos de lograr que la voluntad de quebrantar la Norma Fundamental desaparezca, todo ello sin perjuicio de que, si tal voluntad existe, ello se debe en muy buena medida a que la propia Constitución ha fracasado en su función primaria y principal de asegurar la unidad política de la comunidad.

Por todo ello, consideramos que incorporar el Tribunal Constitucional al ámbito de la defensa extraordinaria del Estado es cuestionable en tanto en cuanto no sólo supone la alteración del equilibrio de poderes, sino una mutación de la propia función del Tribunal, que no es la de ejercer poderes de ejecución para coadyuvar en la tarea de defensa extraordinaria de la Constitución, la cual le corresponde, en todo caso, al Gobierno de la nación y a las Cortes Generales en aplicación de los artículos 116 y 155 de la Norma Fundamental.

Consiguientemente, la LORLOTC opera un desplazamiento de la titularidad de la defensa extraordinaria de la Constitución al alto tribunal que responde, en esencia, a la voluntad del Gobierno de la nación de incorporar este órgano a la misma mediante sus nuevos poderes. Esta voluntad puede deducirse –siguiendo la perspectiva “política” de análisis de la LORLOTC que hemos asumido en este trabajo– del análisis del (i) momento político en el que se tramitó esta ley, así como del (ii) procedimiento seguido en las Cortes Generales para su aprobación.

(i) Con respecto a la primera cuestión, resulta llamativo que la LORLOTC se hubiese aprobado, precisamente, en las postrimerías de la X Legislatura y ante la inminencia de la celebración de elecciones a Cortes Generales de resultado incierto, como la realidad demostró posteriormente. En este sentido, es sintomático, a todas luces, el propio preámbulo de la LORLOTC, en el que se hace referencia de manera indisimulada al momento político en el que se aprueba la ley al recordar que el Tribunal Constitucional podrá “encomendar al Gobierno de la nación, aun en funciones, la ejecución sustitutoria”.

La elección de este momento político ha determinado que se haya sostenido que “este hecho ha perjudicado gravemente la imagen de neutralidad del máximo intérprete de la Constitución, al permitir que, de forma interesada, por algunos grupos, se alienten las sospechas de que la variación de su norma rectora tan sólo ha servido para colocar al Tribunal Constitucional directamente al servicio de determinadas posiciones políticas”¹². Se trata de una crítica acertada porque debemos recordar, en la línea con lo indicado anteriormente, que el fundamento de la legitimidad de la jurisdicción constitucional se encuentra –dada su naturaleza de órgano cuyas decisiones presentan incuestionables consecuencias políticas– en la imparcialidad, el prestigio y la autoridad del supremo intérprete de la Constitución.

Por tanto, hubiera sido conveniente haber desterrado cualquier duda sobre la oportunidad política de la aprobación de esta ley y de su eventual utilización en el juego partidista. Sin desconocer en modo alguno la gravedad de los acontecimientos que sirven de telón de fondo a la LORLOTC, hubiera sido deseable que, al menos, el momento de su aprobación hubiera sido cualquier otro alejado de la inminencia de la convocatoria de elecciones a las Cortes Generales. Al respecto debemos recordar que, dada la mayoría absoluta que sustentaba al complejo Gobierno-Administración en toda la X Legislatura, una ley como la LORLOTC debería de haber sido tramitada en el ecuador de esta.

(ii) La segunda de las circunstancias de las que puede deducirse la voluntad del Gobierno y de la mayoría parlamentaria que lo sustentaba de atribuir al alto tribunal funciones propias de la defensa extraordinaria del Estado entronca con dos aspectos del procedimiento seguido en las Cortes Generales para su aprobación: el ejercicio de la iniciativa legislativa por el Grupo Parlamentario Popular y la posterior tramitación de la LORLOTC mediante el procedimiento de lectura única en el Congreso de los Diputados y la declaración de urgencia tanto en esta Cámara como en el Senado. Todo ello determinó que la misma fuese aprobada por las Cortes Generales en un plazo de 30 días desde su presentación.

Recordemos al respecto que fue el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados el que ejerció la iniciativa legislativa al presentar la proposición de la ley en examen con fecha de 4 de septiembre de 2015, la cual fue tomada en consideración por el Pleno de la Cámara el 16 de septiembre, acordándose su tramitación urgente por el procedimiento de lectura única en aplicación de las previsiones de los artículos 93, 126.5 y 150 del Reglamento del Congreso de los Diputados (en adelante, RC). Tras su tramitación en el Congreso, en la que se rechazaron tanto las enmiendas a la totalidad como todas las enmiendas al articulado, excepto la número 30 de modificación presentada por el Grupo Parlamentario Popular¹³, comenzó su tramitación ante el Senado el 2 de octubre de 2015. En esta Cámara no se acordó la tramitación de la propuesta por el procedimiento de lectura única, a diferencia de lo ocurrido en el Congreso, si bien se acordó su tramitación por el procedimiento de urgencia en aplicación de lo dispuesto en los artículos 133 a 136 del Reglamento del Senado (en adelante, RS). Tras ser analizada en el seno de la Comisión Constitucional, el Pleno del Senado aprobó la LORLOTC con fecha de 15 de octubre de 2015¹⁴.

Como puede observarse con claridad del proceso de tramitación de la ley en examen, la iniciación de la tramitación de la LORLOTC no se ha articulado a través de un proyecto de ley, sino mediante una proposición de ley depositada por el Grupo Parlamentario Popular, eludiendo así tener que recabar informes del Consejo de Estado, del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal que hubieran permitido que la formación de la voluntad parlamentaria se hubiera realizado con mayor fundamento.

Por su parte, la LORLOTC se ha tramitado siguiendo el procedimiento de lectura única en el Congreso de los Diputados, reduciéndose, asimismo, sus plazos a la mitad como consecuencia de la declaración de urgencia, lo que determinó una falta de consenso entre los grupos parlamentarios no sólo en cuanto al resultado final de la votación¹⁵, sino con relación al propio procedimiento parlamentario utilizado. Sobre este particular volveremos fundamentalmente en el punto 3.1.2 de este trabajo, al analizar las SSTC 185/2016 y 215/2016, dado que esta falta de consenso, así como la supuesta vulneración del artículo 150 del RC al no concurrir los requisitos establecidos en el mismo para la utilización del procedimiento de lectura única, han operado como motivo de impugnación de la LORLOTC en los recursos de inconstitucionalidad n. 229/2016 y n. 7466/2015.

En nuestra opinión, una modificación del estatuto jurídico del Tribunal Constitucional, consista tanto en la mera especificación de los principios generales que garantizan la efectividad de sus resoluciones –tal como sostiene el preámbulo de la LORLOTC–, como en dotarla de mecanismos para la defensa extraordinaria del orden constitucional –como sostenemos aquí–, debería haberse realizado con el apoyo mayoritario de los distintos grupos parlamentarios, lo que hubiera implicado que la LORLOTC se hubiera aprobado en otro momento político más oportuno y sin la utilización de tácticas parlamentarias que denotan, en última instancia, una confianza limitada por parte de los promotores de la LORLOTC en la misma.

Podemos concluir afirmando que la nueva regulación de los poderes de ejecución al alto tribunal, enderezada a contribuir a la defensa extraordinaria del Estado, resulta de todo punto cuestionable, tanto por la eficacia de los mismos en un contexto de conflicto político en el que se ataca a la unidad nacional, como por la pérdida de *auctoritas* del Tribunal Constitucional, fundamental para que los demás órganos del Estado cumplan las decisiones de este. La ejecución de las decisiones del Tribunal Constitucional, cuando esta ha de llevarse a cabo en un con-

texto de quebrantamiento constitucional, no pueden ser encomendadas al alto tribunal, sino a las autoridades que tienen confiada la defensa extraordinaria del Estado: Gobierno y Cortes Generales. Ello no significa en modo alguno que el Tribunal Constitucional no haya de seguir cumpliendo su función primera y principal de garantizar la supremacía de la Constitución, sino que tal función ha de desarrollarla en su ámbito propio, el de la defensa ordinaria del Estado, confiando la defensa extraordinaria del Estado a los órganos constitucionalmente habilitados para ello. Muy posiblemente esta crítica la hayan asumido implícitamente los promotores de la LORLOTC, como denota la elección del momento político en el que la misma se aprueba, así como la de los mecanismos parlamentarios para su tramitación (presentación de proposición de ley del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados en lugar de proyecto de ley del Gobierno; procedimiento de lectura única con declaración de urgencia en lugar del procedimiento ordinario).

2.2 El contenido de la ley

Una vez analizada la circunstancia de la ley y, consiguientemente, interpretado su sentido y su significado, pasamos a estudiar en concreto la nueva regulación de los poderes de ejecución atribuidos al Tribunal Constitucional. Su exposición la realizamos en función de si los mismos han sido impugnados en los recursos de inconstitucionalidad que presentaron el Gobierno Vasco y el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y que resolvieron, respectivamente, la STC 185/2016, de 3 de noviembre, y la STC 215/2016, de 15 de diciembre. Hemos acogido este criterio de clasificación no sólo porque resulta operativo para el posterior análisis que realizaremos de las dos sentencias mencionadas, sino porque el mismo, por otra parte, incorpora otro criterio acerca del contenido de las nuevas medidas en materia de ejecución del TC: aquellas que no han sido impugnadas son todas aquellas que no suponen novedad sustancial con respecto a la regulación anterior de la LOTC al limitarse a explicitar los principios generales en materia de ejecución ya existentes, mientras que las que sí lo han sido sí suponen una novedad sustancial al atribuir expresamente al alto tribunal poderes de ejecución con respecto a los cuales no cabe colegir unánimemente que sean respetuosos con el orden constitucional. No obstante ello, este criterio general de clasificación presenta dos excepciones: no se impugna la novedad –de alcance– que supone la sustitución de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) como ley supletoria en materia de ejecución de las resoluciones del Tribunal; y, por el contrario, se impugna la nueva regulación de las multas coercitivas del artículo 92.4.a) LOTC, a pesar de que esta medida venía prevista en la anterior redacción de la LOTC.

2.2.1 Las medidas no impugnadas en los recursos de inconstitucionalidad resueltos por las SSTC 185/2016 y 215/2016

2.2.1.1 La recepción explícita de la función del Tribunal Constitucional de hacer ejecutar sus decisiones (artículos 92.1, 87.1 y 87.2 de la LOTC)

Siguiendo un análisis lógico de las medidas introducidas por la LORLOTC, debemos destacar, en primer lugar, aquellas que están enderezadas a explicitar de manera inequívoca la función del alto tribunal de hacer ejecutar sus decisiones: (i) los incisos que se añaden al artículo

92.1 de la LOTC, así como (ii) los nuevos incisos finales de los números 1 y 2 del artículo 87 de la Ley reguladora del alto tribunal.

(i) Según el reformado artículo 92.1, el Tribunal Constitucional, designado así *eo nomine* a diferencia de lo que ocurría con la regulación anterior, no sólo “podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarlas y, en su caso, resolver las incidencias de ejecución”, sino que, además, “velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones” y “podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores [...] las medidas de ejecución necesarias”.

No podemos más que concluir que el reformado artículo 92.1 no añade, en rigor, nada sustancialmente novedoso a la regulación ya en vigor de la LOTC en tanto en cuanto el Tribunal Constitucional asumía competencias de ejecución de sus resoluciones en aquellos procesos que, por su naturaleza, lo permitían.

Dejando a un lado las sentencias dictadas en los procesos de declaración de inconstitucionalidad, así como las sentencias sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales, cuyos efectos pertenecen al ámbito de la aplicación de la ley recurrida, las sentencias resolutorias de los conflictos de competencias, así como las recaídas en procesos de amparo, venían siendo ejecutadas sin problema alguno por el propio Tribunal¹⁶. Recordemos, al respecto, que la STC 65/1984, de 23 de mayo, declaró el principio general de que el alto tribunal tenía encomendada la función de ejecutar sus resoluciones en los siguientes términos: “En cuanto a las consecuencias derivadas de dicha anulación, es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 66 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), este Tribunal puede disponer lo que estimare procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la disposición, resolución o acto anulados”. Coherentemente con este planteamiento, y en sede de conflictos positivos de competencia, el Auto del Tribunal Constitucional 854/1986 controló la ejecución de la STC 94/1985, de 29 de julio, que resolvió el conflicto positivo de competencia n. 22/1982, que declaraba la nulidad del acuerdo de 2 de noviembre de 1978 del Consejo General del País Vasco, que incorporaba las cadenas como elemento propio del escudo vasco por infracción del artículo 4.2 y de la disposición adicional primera de la Constitución.

(ii) Complementan estas previsiones del artículo 92 los dos nuevos incisos introducidos por la LORLOTC en los números 1.º y 2.º del artículo 87, que refuerzan la obligatoriedad de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Por el primero, se habilita al Tribunal Constitucional a acordar la notificación personal de sus resoluciones a cualquier autoridad o empleado público que se considere necesario, mientras que por el segundo de ellos se declara que las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional tendrán la consideración de títulos ejecutivos.

El alcance de estos nuevos incisos del artículo 87 ha de entenderse limitado a explicitar la función del Tribunal Constitucional de hacer ejecutar sus resoluciones, dado que la posibilidad de acordar la notificación personal de sus resoluciones y la condición de título ejecutivo de los mismos son atribuciones inherentes a la función de hacer ejecutar lo juzgado.

Tanto la nueva redacción del artículo 92 como los incisos finales del artículo 87.1 y del 87.2 no han sido objeto de impugnación en ninguno de los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la LORLOTC, y la doctrina científica se ha limitado tan sólo a recordar que los mismos, al representar la mera especificación de la función propia del Tribunal Constitucional de hacer ejecutar lo juzgado, únicamente tienen el valor simbólico-legitimador de hacer notorio que el alto tribunal tiene atribuida esta función.

2.2.1.2 La nueva regulación del auxilio al Tribunal Constitucional (artículo 92.2 de la LOTC)

La LORLOTC añade un nuevo punto al artículo 92 para extender la obligación de auxilio al Tribunal Constitucional en la ejecución de sus sentencias, de forma que la misma afectará a “cualquiera de las administraciones y poderes públicos”. Añade este punto que tal auxilio deberá ser prestado “con carácter preferente y urgente”. Consiguientemente, deberán prestar este auxilio al Tribunal Constitucional no sólo los jueces y tribunales, a los que expresamente se contemplaba en el artículo 87.2 (“Los juzgados y tribunales prestarán con carácter preferente y urgente al Tribunal Constitucional el auxilio jurisdiccional que este solicite”), sino también los nuevos sujetos indicados, regulándose una suerte de “remedo de auxilio y cooperación administrativas”¹⁷.

La constitucionalidad de esta nueva regulación del auxilio al Tribunal Constitucional no ha sido controvertida en los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno Vasco y la Generalitat de Catalunya en muy buena medida porque el nuevo artículo 92.2 LOTC –en la línea de los artículos 92.1, 87.1 y 87.2 LOTC– explícita y concreta la obligación de todos los poderes públicos de prestar auxilio al supremo intérprete de la Constitución, obligación que cabe considerar inherente al mandato del artículo 87 LOTC, según el cual –recordemos– todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva.

2.2.1.3 La supletoriedad de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 80 de la LOTC)

Otra de las novedades introducidas por la LORLOTC que, como las anteriores, no ha sido impugnada en los recursos resueltos por las SSTC 185/2016 y 215/2016 es la recogida en el último párrafo del artículo 80 de la LOTC, consistente en sancionar el carácter supletorio de la LJCA en materia de ejecución de las resoluciones del alto tribunal, sustituyendo así a la LEC. No obstante ello, esta última ley, así como la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), seguirán revistiendo carácter supletorio “en materia de comparecencia en juicio, recusación y abstención, publicidad y forma de los actos, comunicaciones y actos de auxilio jurisdiccional, día y horas hábiles, cómputo de plazos, deliberación y votación, caducidad, renuncia y desistimiento, lengua oficial y policía de estrados”.

A diferencia de las reformas que venimos de examinar en los puntos anteriores, que, en esencia, pueden ser consideradas como explicitación y concreción de “los principios generales para garantizar la efectividad de las resoluciones” del Tribunal Constitucional existentes en la redacción original de la LOTC, esta reforma presenta alcance y calado al sustituir a la LEC y a la LOPJ por la LJCA. La mayor parte de la doctrina científica ha saludado favorablemente esta modificación al entender, por una parte, que existe una similitud entre el proceso ejecutivo de las resoluciones del alto tribunal y el proceso ejecutivo del contencioso-administrativo “en cuanto a su objeto y a los sujetos”¹⁸ y al entender, por otra parte, que la supletoriedad de la LJCA puede coadyuvar, gracias a su complejidad, “a una menor tensión en la aplicación de las resoluciones del Tribunal, que, a la postre, puede ser beneficiosa para el conjunto del sistema constitucional”¹⁹.

Por último, debe recordarse que el procedimiento para la imposición por parte del Tribunal Constitucional de multas en aplicación de lo previsto en el artículo 92.4,

a) (“Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado”), es el previsto en los artículos 48.7 y 112 de la LJCA.

2.2.2 Las medidas impugnadas en los recursos de inconstitucionalidad resueltos por las SSTC 185/2016, de 3 de noviembre, y 215/2016, de 15 de diciembre

2.2.2.1 Las medidas previstas en el artículo 92.4 de la LOTC

El artículo 92.4 de la LOTC regula, tras la reforma introducida por la LORLOTC, el incidente de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional previendo que, en caso de advertirse que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, el Tribunal, bien de oficio o bien a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto. Una vez recibido el informe o transcurrido el plazo fijado –continúa el artículo 92.4–, si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, el alto tribunal puede aplicar hasta cuatro medidas en el caso de que aprecie el incumplimiento total o parcial de su resolución: imposición de multa coercitiva (a)); suspensión de funciones (b)); ejecución sustitutoria con el auxilio del Gobierno de la nación (c)); exigencia de la correspondiente responsabilidad criminal previa deducción del oportuno testimonio de particulares (d)).

Las tres primeras de las medidas enumeradas, las previstas en las letras a), b) y c), han sido impugnadas en los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno Vasco (concretamente, las contenidas en las letras b) y c)) y por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña (específicamente, las contenidas en las letras a) y b) y en el último inciso de la letra c)).

La primera de estas medidas consiste en la posibilidad de imponer las correspondientes multas coercitivas, por una cuantía de tres mil a treinta mil euros, a las autoridades, empleados públicos o particulares que hayan incumplido las resoluciones del Tribunal, con previsión de que el Tribunal pueda reiterar la multa “hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado”. Por otra parte, el número 4 del artículo 92 habilita a la ley ordinaria para revisar, en todo momento, “los límites de la cuantía de estas sanciones o de las multas previstas en la letra a) del apartado 4 del artículo 92”.

La segunda de ellas consiste en acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal.

La tercera de las medidas previstas consiste en la ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. En este caso, el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la nación a fin de que, en los términos fijados por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones.

Por último, el artículo 92.4 prevé “deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder”, siendo esta la única medida no recurrida por los recursos de inconstitucionalidad presentados por el Gobierno Vasco y por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

2.2.2 Incidente de ejecución de resoluciones que acuerdan la suspensión de disposiciones impugnadas (artículo 92.5 de la LOTC)

La LORLOTC introduce en el número 5 del artículo 92 LOTC un incidente de ejecución de las resoluciones que acuerdan la suspensión de disposiciones impugnadas, el cual ha sido considerado como una suerte de procedimiento para la adopción de medidas “cautelarísimas” en garantía de providencias provisionales previamente fijadas²⁰.

Recordemos al respecto que el Tribunal Constitucional ha de resolver las impugnaciones previstas en el artículo 161.2 CE, es decir, aquellas que presente el Gobierno de la nación contra las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, cuya formulación “producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida; pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses” (artículo 161.2 CE), concretando el artículo 77 de la LOTC que “la impugnación regulada en este título, sea cual fuere el motivo en que se base, se formulará y sustanciará por el procedimiento previsto para sustanciar los conflictos positivos de competencia en los artículos sesenta y dos a sesenta y siete de esta ley”.

En este sentido, el nuevo artículo 92.5 LOTC dispone que, en el caso de la ejecución de resoluciones que acuerden la suspensión de disposiciones, actos o actuaciones impugnadas, y siempre que concurren circunstancias de especial trascendencia constitucional, el Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, adoptar las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento sin, incluso, oír a las partes. No obstante ello, este artículo 92.5 prevé que en la propia resolución el Tribunal fije una vista posterior en el plazo común de tres días en la que participaran las partes, tras lo cual el Tribunal dictará resolución por la que se levanten, confirmen o modifiquen las medidas previamente adoptadas.

2.2.3 La doctrina sobre el incidente de ejecución: el ATC 141/2016, de 19 de julio

El primer acto de aplicación del nuevo incidente de ejecución previsto en los artículos 87 y 91 se contiene en el Auto de Pleno 141/2016, de 19 de julio, que resuelve el incoado por el Gobierno de la nación para la ejecución de la STC 259/2015, de 2 de diciembre, dictada en el proceso de impugnación de disposiciones autonómicas n. 6330-2015, que declaró inconstitucional y nula la resolución I/XI del Parlamento de Cataluña, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015.

Interesa la representación procesal del Gobierno de la nación la declaración de nulidad, por contravenir lo decidido en la STC 259/2015 y al amparo de los artículos 87.1 y 92 de la LOTC, de la Resolución 5/XI del Parlamento de Cataluña, de 20 de enero de 2016, de creación de comisiones parlamentarias, en tanto en cuanto en ella se dispone la creación de la denominada comisión de estudio del proceso constituyente.

Partiendo de la jurisprudencia sentada sobre el incidente de ejecución (AATC 107/2009, de 24 de marzo, FJ 2; y 177/2012, de 2 de octubre, FJ 2), el Tribunal considera que tal contravención existiría en el caso de que la Resolución 5/XI contuviera “un pronunciamiento contrario a la STC 259/2015 o supusiera un intento de menoscabar la eficacia –jurídica o material– de lo que se resolvió en esta sentencia”. A continuación realiza el ATC un análisis de la Resolución 5/

XI, concluyendo que “el Tribunal aprecia que los ámbitos asignados a dicha comisión parlamentaria por la resolución 5/XI ofrecen un alto grado de semejanza con alguno de los elementos integrantes del llamado proceso constituyente en la resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, declarada inconstitucional, pues tales “ámbitos” coinciden sustancialmente con los fines que perseguía la resolución 1/XI, declarada inconstitucional y nula por la STC 259/2015”, siendo tales fines “la apertura de un proceso constituyente en Cataluña encaminado a la creación de la futura constitución catalana y del estado catalán independiente en forma de república”.

Resultan relevantes para nuestro estudio, asimismo, las consideraciones que se realizan en el FJ 7 de este ATC 141/2016 en relación con la determinación por parte del Tribunal Constitucional del alcance de su estimación del incidente de ejecución, habida cuenta –según afirma el propio Tribunal– de que la LOTC perfila con gran amplitud sus facultades para “resolver las incidencias de la ejecución” (artículo 92.1) y para adoptar “las medidas de ejecución necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones” (artículo 92.3). Tal determinación la realiza el alto tribunal “ponderando los distintos valores constitucionales en juego en la tarea de hacer cumplir sus resoluciones” y concluye al respecto que el alcance de la estimación del incidente se reduce a la declaración de nulidad de la comisión parlamentaria en cuestión “evitando con ello que la creación de la comisión sobre la que versa nuestro enjuiciamiento pueda entenderse o utilizarse so pena de arrostrar las consecuencias que prevé el ordenamiento jurídico, como un intento de sortear o eludir la vinculación de todos los poderes públicos al cumplimiento de lo resuelto por el Tribunal Constitucional”.

3 LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LORLOTIC SEGÚN LAS SSTC 185/2016, DE 3 DE NOVIEMBRE, Y 215/2016, DE 15 DE DICIEMBRE

Una vez analizada la nueva regulación de los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional a la luz de la circunstancia política en la que se ha aprobado la LORLOTIC, así como examinada la doctrina del propio Tribunal sobre el incidente de ejecución sentada en el Auto 141/2016, de 19 de julio, pasamos a continuación a realizar el examen de las SSTC 185/2016, de 3 de noviembre, y 215/2016, de 15 de diciembre, que avalan la constitucionalidad de la LORLOTIC.

Son dos los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la LORLOTIC. El primero de ellos, en orden cronológico, es el recurso de inconstitucionalidad n. 7466/2015, presentado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, que impugna la LORLOTIC y el artículo único.tres, por la redacción dada a los artículos 92.4.a), b) y último inciso del c), y 5 de la LOTC, que fue resuelto por la STC 215/2016, de 15 de diciembre. El segundo de ellos es el recurso de inconstitucionalidad n. 229/2016, promovido por el Gobierno Vasco contra la LORLOTIC, así como contra el artículo único apartado tres de la misma en la redacción dada a las letras b) y c) del apartado 4 y al apartado 5 del artículo 92 de la LOTC, que, por su parte, fue resuelto por la STC 185/2016, de 3 de noviembre.

Ambos recursos impugnan la LORLOTIC por considerar que en su tramitación en las Cortes Generales se ha incurrido en vicios de inconstitucionalidad de orden procedimental, si bien en el recurso del Gobierno del País Vasco se impugnan los artículos 92.4.b) y c) y 95.2 de la LOTC y

en el de la Generalitat de Cataluña, además de los dos anteriores, se impugna el artículo 92.4.a) de la LOTC.

Debemos hacer notar que la STC 185/2016, de 3 de noviembre, no resuelve el primero de los recursos presentados, el promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, sino el presentado con posterioridad, el promovido por el Gobierno Vasco. La explicación de ello no aparece recogida en la primera STC 185/2016, sino en la posterior STC 215/2016, en cuyo fundamento jurídico (en adelante FJ) 1 se expresa que el Tribunal “a propuesta de los magistrados designados ponentes por turno de reparto en uno y otro recurso”, consideró oportuno como criterio de ordenación de las deliberaciones que la resolución del recurso del Gobierno de la Generalitat fuera pospuesta a la del Vasco, dado que en este último se aducía como motivo de inconstitucionalidad “una desnaturalización del modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente”.

Esta decisión de la mayoría del Tribunal ha sido criticada en los votos particulares del magistrado Xiol Ríos a las SSTC 185/2016 y 215/2016, para quien lo razonable hubiera sido que se hubiera resuelto primero el recurso interpuesto por el Gobierno de la Generalitat en atención a los siguientes dos argumentos: en primer lugar, en consideración a que “parece razonable que, ante la diversidad de recursos de inconstitucionalidad planteados contra una misma norma, o bien se ordenen de manera temporal o, al menos, se haga un estudio acumulado o, en su caso, simultáneo” (voto particular a la STC 185/2016); en segundo lugar, en atención a que así se habría evitado “soslayar en el análisis de la impugnación de esta normativa la valiosa información que podía y debía aportar la contextualización de la norma cuya constitucionalidad se estudiaba en este recurso y que está indisolublemente unida con acontecimientos desarrollados en Catalunya”.

En cualquier caso, debemos subrayar que existen evidentes similitudes entre ambos recursos de inconstitucionalidad, por lo que el propio FJ 1 de la STC 215/2016 no tiene más que admitir que “van a ser inevitables y frecuentes las remisiones y reproducciones que en esta resolución haremos a la doctrina y pronunciamientos de la Sentencia 185/2016”. Tales similitudes se proyectan en la ordenación de este trabajo, de forma que el análisis de la STC 215/2016 que realizaremos en el punto 3.2 contendrá las necesarias y obligadas remisiones al análisis de la STC 185/2016.

3.1 La constitucionalidad de la LORLOTC en la STC 185/2016, de 3 de noviembre

El primero de los pronunciamientos que avalan la constitucionalidad de la LORLOTC se contiene, como sabemos, en la STC 185/2016, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra la LORLOTC en su conjunto por haber incurrido en vicios procedimentales en su tramitación en las Cortes Generales, así como contra dos de las medidas que puede adoptar el Tribunal Constitucional en el incidente de ejecución de sentencias (la suspensión de funciones de las autoridades o empleados públicos y la ejecución sustitutoria con la colaboración del Gobierno de la nación –letras b) y c) del apartado 4 del artículo 92)– y contra el incidente de ejecución de resoluciones que acuerdan la suspensión de disposiciones impugnadas (apartado 5 del artículo 92).

La sentencia en examen hace, en primer lugar, una serie de consideraciones generales sobre la singularidad que presenta el juicio de constitucionalidad de la propia LOTC (FJ 3). Seguida-

mente, la sentencia resuelve las tachas de constitucionalidad alegadas por el recurrente, distinguiendo entre las que son de naturaleza formal o de tramitación y aquellas otras que son de carácter material o sustantivo. Los vicios procesales son tratados en los FJ 4 y 5, mientras que los de orden sustantivo son analizados en los FJ 6 a 16. En particular, los FJ 6 a 10 resuelven las impugnaciones del recurrente fundamentadas en la vulneración del modelo de Tribunal Constitucional sancionado en los artículos 117.3, 161 y 164 CE; los FJ 12 a 15 resuelven, por su parte, los motivos de inconstitucionalidad basados en la vulneración del principio de legalidad penal; por último, los FJ 16 y 17 resuelven la impugnación consistente en la conculcación del sistema de controles de las Comunidades Autónomas por el Estado fijados en los artículos 155. 2 y 143 CE.

Acompañan a la sentencia tres votos particulares suscritos, respectivamente, por la magistrada doña Adela Asúa Batarrita, por el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré y por el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

A continuación analizaremos la sentencia en estudio, así como sus votos particulares, en función del tratamiento que esta hace a cada una de las impugnaciones del recurrente, una vez que hayamos examinado con carácter previo las peculiaridades del juicio de constitucionalidad de la LOTC y sus reformas referidas en el FJ 3.

3.1.1 Extensión y límites del juicio de constitucionalidad de la LOTC y de sus reformas

Como venimos de señalar, interesa destacar que el FJ 3 de la sentencia en estudio hace una serie de consideraciones relativas a la singularidad de la propia LORLOTC como norma sometida a control por parte del Tribunal, reproduciendo en líneas generales la jurisprudencia sentada en la STC 49/2008, de 9 de mayo²¹, y en la STC 118/2016, de 23 de junio²², según las cuales cabe afirmar la existencia de un debilitamiento del control de constitucionalidad que el supremo intérprete de la Constitución debe ejercer sobre la LOTC y sus reformas. Se trata esta de una argumentación de suma importancia al condicionar el posterior juicio de constitucionalidad que realiza la STC 185/2016 y que ha sido duramente criticada en los tres votos particulares que la acompañan en tanto en cuanto se “interpreta de una manera notablemente laxa esa doctrina [la de la STC 118/2016]”. (Voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré a la STC 185/2016).

Añadamos en este momento de nuestra exposición que la posterior STC 215/2016, a diferencia de la STC 185/2016, huye deliberadamente de esta premisa según la cual existe un debilitamiento del control de constitucionalidad de la LOTC, lo que llevará al magistrado Valdés Dal-Ré en su voto particular a la STC 185/2016 a considerar en su voto particular a esta STC 215/2016 que este cambio de orientación se debe al “hecho de que la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia haya sido receptiva a estas objeciones entonces formuladas”.

En esencia, la STC 185/2016 parte del presupuesto de que el legislador orgánico dispone de una mayor libertad de configuración para establecer la regulación del Tribunal Constitucional que cuando establece cualquier otro desarrollo normativo, de forma que el alcance del control de constitucionalidad es menos intenso en relación con cualquier otra disposición normativa enjuiciada. Este modo de entender el alcance y los límites del juicio de constitucionalidad de la LOTC reproduce, en todo caso, la vieja cuestión de la legitimidad de la justicia constitucional en los Estados democráticos.

En primer lugar, la STC 185/2016 afirma con carácter general que el legislador orgánico del Tribunal Constitucional dispone de una libertad de configuración que se deriva del principio de-

mocrático y de las diversas reservas de ley orgánica previstas en el texto constitucional respecto a esta institución, si bien tal libertad está –obviamente– limitada por los límites materiales y formales del texto constitucional. Sentado ello, el Tribunal Constitucional estima en segundo lugar –y aquí está la clave de su argumentación– que, dado que la norma controlada por el Tribunal Constitucional es la propia LOTC, las consideraciones generales realizadas anteriormente han de ser matizadas en relación (i) con el alcance del control de constitucionalidad, así como (ii) con los posibles resultados de este control.

(i) Así, con respecto a la primera de las cuestiones, recuerda el alto tribunal que el ámbito de su enjuiciamiento está constreñido por tres límites:

El primero de ellos, evidente y que se podría predicar perfectamente del enjuiciamiento de cualquier otra disposición enjuiciada por el Tribunal, es que su juicio es “exclusivamente de constitucionalidad y no político, de oportunidad o de calidad técnica, limitado a contrastar con carácter abstracto y, por lo tanto, al margen de su posible aplicación práctica, los concretos preceptos impugnados y las normas y principios constitucionales que integran en cada caso el parámetro de control (FJ 4 de la STC 118/2016)”. Ambas características del juicio de constitucionalidad aparecerán desarrolladas posteriormente en el FJ 7 al recordar el Tribunal Constitucional, con relación a la primera, que “las intenciones del legislador, su estrategia política o su propósito último no constituyen, como es evidente, objeto de nuestro enjuiciamiento” y, con relación a la segunda, que su “pronunciamiento debe estar al margen de cualquier posible o hipotético acto de aplicación de dicho precepto”.

A diferencia del enfoque político/politológico que la doctrina científica puede asumir en sus trabajos y que, de hecho, incorporamos a este estudio, el juicio de constitucionalidad que realiza el Supremo Tribunal ha de ser, por definición, abstracto. Sin embargo, este grado de abstracción es cuestionado severamente en los tres votos particulares formulados a la sentencia, pues, como recuerda el voto particular de la magistrada Asúa, sirve para eludir la cuestión capital de “si la nueva potestad atribuida a este Tribunal de suspender en sus funciones, con arreglo al nuevo artículo 92.4.b) LOTC, a las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento [...] es compatible con diversos preceptos constitucionales”. En esta misma línea se sitúa el voto particular del Sr. Valdés Dal-Ré, en el que se sostiene que la sentencia “hace del control abstracto un uso desviado” que lo lleva a “renunciar, bajo la cobertura del tipo de control impuesto, a verificar la constitucionalidad del completo enunciado normativo de la medida de ejecución ahí instituida”. También de esta crítica participa el voto particular del magistrado Xiol Ríos, para el que la abstracción del control de constitucionalidad no debería haber impedido que el Tribunal Constitucional hubiera entrado en el análisis de todas aquellas cuestiones interpretativas planteadas debido a que “no son infrecuentes los casos en que el Tribunal, como otros tribunales constitucionales, desarrolla su control abstracto precisamente en relación con las diversas interpretaciones y situaciones aplicativas que pudieran llegar a plantearse para, en su caso, excluir aquellas que pudieran resultar inconstitucionales”.

El segundo de los límites que según la STC 185/2016 constriñe el ámbito de su enjuiciamiento viene determinado por “la presunción de constitucionalidad” que impone “al recurrente no sólo poner en marcha [el control de constitucionalidad] mediante el ejercicio de su legitimación, sino concretar los motivos de la pretendida inconstitucionalidad y colaborar con la jurisdicción constitucional”. No recuerda el Tribunal únicamente en esa sede la presunción de constitucionalidad de toda ley, sino el deber del recurrente de “colaborar con la jurisdicción

constitucional” deslizando, en ese caso de manera velada, su juicio de que la representación procesal del Gobierno Vasco ha desatendido esta obligación. El reproche que aquí se contiene implícito se hace palmario en otros lugares de la sentencia: así, cuando el Tribunal denuncia el incumplimiento por el recurrente de su obligación de “colaborar con la justicia del Tribunal mediante un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan” (letra 7 c) del FJ 7) o cuando critica que el recurrente sostiene que la ley se tramitó en el Senado por el procedimiento de lectura única, cuando ello sólo sucedió en el Congreso de los Diputados (FJ 4).

Este reproche del Tribunal a la representación procesal del Gobierno Vasco es objeto, por su parte, de una profunda crítica en el voto particular de la magistrada Asúa, en el cual se afirma no sólo que los motivos de impugnación del recurrente “están ampliamente argumentados”, sino también que el cuestionamiento que realiza el Tribunal a este último forman parte de una “triple estrategia de elusión de las cuestiones constitucionales” con la que el Tribunal “abdica” del ejercicio de la jurisdicción constitucional. En esta línea, se encuentra también el voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré, en el cual, lejos de atribuir este reproche al recurrente, lo imputa a la propia sentencia y valora muy positivamente “la notable relevancia” de las cuestiones planteadas por el recurrente, que, en lugar de limitarse estrictamente a la consideración de la nueva regulación de los poderes de ejecución del Tribunal, se abren a los problemas vinculados con el modelo constitucional de Estado.

El tercero y último de los límites del control de la constitucionalidad de la LORLOTC viene determinado por “que el legislador [...] está constitucionalmente legitimado para tomar todas aquellas medidas que, en el marco caracterizado del pluralismo político, no vulneren los límites que se derivan de la Norma Fundamental” (FJ 3), de forma que los artículos 161.1 d), 162.2 y 165 CE confieren al legislador orgánico del Tribunal Constitucional “una amplia habilitación para la determinación última de los distintos elementos que lo configuran” (FJ 10). Si bien los dos límites anteriores al alcance de su juicio de constitucionalidad de la LOTC son importantes (carácter abstracto del juicio de constitucionalidad; presunción de constitucionalidad), este tercero supone afirmar claramente y sin ambages que el legislador orgánico goza de una mayor libertad de configuración en la LOTC que en cualquier otra disposición normativa.

Este límite del juicio de constitucionalidad de la LORLOTC ha sido duramente criticado por los tres votos particulares formulados. Así, en su voto particular, la magistrada Asúa considera que, si bien es cierto que la Constitución permite que se amplíe el elenco competencia principal del Tribunal, las leyes orgánicas que operen esta ampliación competencial no pueden “lesionar los ámbitos competenciales constitucionalmente atribuidos a otros órganos, o menoscabar el carácter propio del Tribunal”. En este sentido se pronuncian, asimismo, el voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré, en el que se critica la “laxitud con la que la sentencia interpreta el ámbito atribuido constitucionalmente al poder normativo del legislador orgánico”, así como el voto particular del magistrado Xiol Ríos, en el que se afirma indubitablemente que el legislador orgánico “cuenta con la misma libertad de configuración [dentro del límite de la Constitución] para regular el Tribunal Constitucional que cualquier otra institución”.

(ii) En cuanto a los resultados de su actividad de control, el supremo intérprete recuerda que el “control de la Ley orgánica del Tribunal debe limitarse a los supuestos en que existe un conflicto evidente e insalvable entre la misma y el texto constitucional”, de suerte que realizar “un control más intenso no sólo supondría debilitar la presunción de constitucionalidad de cualquier norma aprobada por el legislador democrático, sino que situaría al Tribunal en una posición que

no se corresponde con el papel que cumple la reserva contenida en el artículo 165 CE para que sea el legislador quien, a través de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, desarrolle directamente y con vocación de completitud el título IX CE, el desarrollo legal al que este Tribunal está íntegramente vinculado” (FJ 4)”.

Esta consideración sobre el resultado de la actividad de control ha sido duramente cuestionada por los votos particulares de los magistrados Asúa y Xiol Ríos con argumentaciones que no podemos más que compartir.

De entrada, el voto particular de la magistrada Asúa afirma que, “frente a lo que parece insinuar la sentencia, no hay dos cánones o intensidades de control de constitucionalidad, uno más estricto para la Ley orgánica del Tribunal Constitucional y otro más relajado para las demás leyes y normas de rango legal. Más bien, cabría defender justamente lo contrario: que, en razón de la función constitucional de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional y la posición institucional del Tribunal Constitucional, el control de inconstitucionalidad sobre su propia ley reguladora debe ser todavía más exigente”. Planteamientos que se encuentran expresados en el voto particular del magistrado Xiol Ríos, en el que no se consideran suficientes para limitar los resultados del juicio de constitucionalidad los dos argumentos utilizados para ello por la mayoría que sostiene la sentencia: así, la “libertad de configuración del poder legislativo debe ser objeto de un singular escrutinio por parte del Tribunal Constitucional en los casos en que la regulación recae sobre cuestiones o aspectos que inciden en materias sobre las que ya existe una previa configuración por parte del Poder Constituyente, como ocurre, paradigmáticamente, con los órganos constitucionales”. En segundo lugar, considera que la circunstancia de que el Tribunal Constitucional tenga que autoenjuiciar el respeto a su configuración constitucional por parte del poder legislativo no ha de limitar su juicio de constitucionalidad, pues ello conduciría “a una especie de sumisión a los designios del poder legislativo por las dudas que podrían plantearse sobre su imparcialidad”.

Afirmada con carácter previo esta doctrina sobre el alcance y resultados del juicio de constitucionalidad de la reforma de la LOTC enjuiciada, el Tribunal pasa a desestimar los diferentes motivos, unos de tramitación, otros sustantivos, en que el recurrente fundamenta la inconstitucionalidad de la propia LORLOTC y de algunos de sus preceptos.

3.1.2 Desestimación de los motivos de inconstitucionalidad de orden procedimental

Con respecto a los motivos de inconstitucionalidad de orden formal, el recurrente considera que la tramitación de la LORLOTC a través del procedimiento de lectura única ha vulnerado el artículo 23 CE, así como el artículo 150.1 RC y el artículo 129.1 RS, dado que ninguno de los requisitos necesarios para que pueda tramitarse el procedimiento de lectura única han concurrido en el caso en cuestión, consistentes, en esencia, en que “la naturaleza del texto lo aconseje, o que lo permita la simplicidad de su formulación”.

En este sentido, considera el recurrente que la naturaleza de la LORLOTC no aconseja su tramitación por el procedimiento de lectura única, dado que “incluye modificaciones con una relevancia constitucional fuera de discusión en cuanto afecta a aspectos esenciales relativos a un órgano constitucional”; asimismo, entiende la representación procesal del Gobierno Vasco que en modo alguno nos encontramos en la LORLOTC ante un texto cuya simplicidad de formulación permita su tramitación por el procedimiento de lectura única, dado que las “modifi-

caciones introducidas por la reforma presentan una complejidad técnica que exige el análisis de la propia posición institucional del Tribunal Constitucional y de la naturaleza de la jurisdicción constitucional”.

Igualmente, el recurrente estima que la ausencia de consenso político en orden a la tramitación de la proposición de ley por el procedimiento de lectura única habilitaría al Tribunal para juzgar esta decisión del Pleno del Congreso de los Diputados, con arreglo a su doctrina reiterada de que “dicho Tribunal no debe sobreponer su juicio al de las Cámaras para depurar irregularidades de procedimientos sobre decisiones parlamentarias no enteramente regladas y que no levantaron en su momento protesta alguna en sede parlamentaria”.

Interesa aquí destacar, como también hace el Tribunal Constitucional, que los dos motivos aducidos de inconstitucionalidad formal de la LORLOTC no aluden a que la decisión de su tramitación por el procedimiento de lectura única no fuese adoptado por el Pleno del Congreso de los Diputados, a propuesta de la Mesa de la Cámara, oída la Junta de Portavoces; o a que se hubiera prescindido de alguno de los trámites del procedimiento; o, en fin, a que se hubiera privado a los diputados o a los grupos parlamentarios de las facultades reglamentariamente previstas.

En relación con el primer motivo de impugnación, el Tribunal Constitucional reprocha de entrada al recurrente su falta de colaboración con la jurisdicción constitucional al haberse alegado la vulneración de los preceptos que regulan el procedimiento de lectura única tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, cuando únicamente se siguió este procedimiento en aquella Cámara. A continuación el alto tribunal examina si, como sostiene el recurrente, no concurre ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 150 RC, concluyendo que no le corresponde al propio Tribunal reemplazar la voluntad y el criterio de oportunidad de la Mesa del Congreso de los Diputados al proponer la tramitación de la proposición de ley por el procedimiento en lectura única, ni la del Pleno de adoptar dicha decisión, todo ello en garantía del respeto a la autonomía de las Cámaras sobre los procedimientos que se desarrollan en su seno.

A pesar de esta consideración, el Tribunal sí desciende a enjuiciar en concreto el cumplimiento por parte de la LORLOTC de los dos requisitos exigidos, estimando que la proposición de ley en examen podía perfectamente ser tramitada por el procedimiento de lectura única, tanto por su naturaleza como por su simplicidad de formulación. En relación a su naturaleza, la sentencia argumenta que “la especial relevancia o la trascendencia constitucional de un texto normativo, a la luz del citado precepto reglamentario, no es incompatible con su tramitación por el procedimiento en lectura única, ni suficiente por sí misma”, de lo que se deduce, *a contrario sensu*, que las modificaciones de relevancia constitucional propias de la LORLOTC pueden tramitarse mediante este procedimiento. Con respecto a la simplicidad de su formulación, el Tribunal entiende cumplido este requisito, dado que la LORLOTIC “consta de un único artículo, con cuatro apartados, y una disposición final que modifican o dan nueva redacción parcial a cuatro artículos LOTC, con una estructura y un lenguaje, desde la perspectiva de cualquier observador razonable, comprensibles, sencillos e inteligibles, sin perjuicio de su incidencia en una materia de indudable calado constitucional”.

En relación con el segundo motivo de impugnación alegado, concluye el Tribunal que la falta de consenso entre los grupos parlamentarios no puede ser considerada como vicio formal de la ley, dado que este consenso no es requerido para aprobar la tramitación de la ley por el

procedimiento de urgencia (basta con la mayoría simple) y dado que el mismo nada tiene que ver con los requisitos exigidos por el artículo 150.1 RC.

Contra el criterio de la mayoría que sustenta esta desestimación de los motivos procesales de impugnación de la ley en examen no se formula objeción alguna en los tres votos discrepantes.

3.1.3 Desestimación de los motivos de inconstitucionalidad de orden sustantivo

3.1.3.1 Desestimación de la vulneración del modelo de justicia constitucional

El recurrente considera que las previsiones del artículo 92.4.b) y c) y 5 LOTC son inconstitucionales por infracción de los artículos 161, 164 y 165, en relación con el artículo 117.3 CE. En particular, la representación procesal del Gobierno Vasco estima, de entrada, que los nuevos poderes de ejecución regulados en estos preceptos no se encuentran amparados en la habilitación del artículo 165 CE y que, en todo caso, las medidas introducidas por este precepto suponen una mutación del sistema constitucional diseñado por el constituyente en tanto en cuanto el alto tribunal pasa a ocupar una posición de superioridad con respecto a los demás órganos constitucionales dado que, en aplicación de los nuevos poderes de ejecución, el Tribunal interfiere en sus actuaciones y los puede llegar a sustituir en el ejercicio de sus poderes de decisión.

El Tribunal considera desestimar ambas impugnaciones (i) recordando el alcance de la habilitación del artículo 165 CE y (ii) declarando que no existe contravención del modelo de Tribunal Constitucional previsto en el título IX de la CE.

(i) Con respecto a esta primera cuestión, ya avanzada en el FJ 3 de la sentencia en estudio a la hora de trazar los límites del juicio de constitucionalidad de la LORLOTC, el alto tribunal recuerda que el título IX de la CE no diseñó un modelo de justicia constitucional cerrado y petrificado, sino un modelo abierto que encuentra su anclaje en la reserva de ley del artículo 165 CE, “cuya amplitud y vocación de plenitud es manifestación de la estrecha relación que existe entre la Norma Suprema y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, y se constata, en relación con el sistema de designación de los magistrados, la figura del presidente, los procesos constitucionales o las personas y órganos legitimados para acudir al Tribunal Constitucional en los diferentes procesos constitucionales. Consiguientemente, el TC termina afirmando que “la regulación de la ejecución de sus resoluciones es materia que encuentra cobertura en la reserva de ley orgánica del artículo 165 CE, reserva a cuya amplitud y vocación de plenitud ya nos hemos referido” (FJ 9).

(ii) Admitido ello, el supremo intérprete de la Constitución considera que no se ha producido la desnaturalización del modelo de justicia constitucional denunciado por el recurrente, dado que los nuevos poderes de ejecución atribuidos al Tribunal son instrumentos enderezados única y exclusivamente a asegurar el cumplimiento de sus resoluciones y, por extensión, a garantizar la supremacía de la Constitución. Siendo ello así, no cabe deducir de la nueva regulación de la LORLOTC una mutación de la naturaleza del Tribunal Constitucional, pues estos nuevos poderes no implican en modo alguno que el Tribunal no siga ostentando “la función jurisdiccional encomendada *ex constitutione* mediante el conocimiento de los procesos constitucionales atribuidos por el constituyente” (FJ 10.a)).

Disiente de ello el voto particular de la magistrada Asúa al considerar con carácter general que la sentencia, a diferencia de lo que se afirma en ella, no contiene una reflexión sobre el mo-

delo de justicia constitucional. Viniendo al caso concreto, se afirma en este voto particular que la argumentación de la sentencia confunde la problemática de si el Tribunal Constitucional es titular de la potestad de ejecución de sus resoluciones, que a todas luces es incuestionable, con la de si las medidas con las que el nuevo artículo 92.4 LOTC pretende garantizar la ejecución son respetuosas del orden constitucional. Como consecuencia de esta confusión –prosigue el voto particular– la sentencia predica la constitucionalidad de los poderes de ejecución impugnados únicamente porque son mera expresión del ejercicio de la potestad encomendada al Tribunal de ejecutar sus resoluciones.

Esta crítica aparece, igualmente, en el voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré, en donde se expresa que este modo de razonamiento de la sentencia recurre “a un bucle argumentativo: las medidas impugnadas son constitucionales dado que su finalidad, cual es garantizar la posición institucional del Tribunal Constitucional y la efectividad de sus decisiones, tiene un fundamento constitucionalmente legítimo”.

3.1.3.2 Desestimación de la vulneración del principio de legalidad penal

El recurrente considera que las medidas contempladas en el artículo 92.4.b) y c) y 92.5 LOTC vulneran el artículo 161 CE en relación con el artículo 25 CE, dado que la naturaleza de las mismas no es en modo alguno coercitiva o cautelar, sino sancionadora y, consiguientemente, la indefinición en su formulación conculcaría el principio de legalidad penal en su dimensión de garantía criminal.

Sobre el carácter sancionador de las medidas, el recurrente considera que la suspensión de funciones impediría a las autoridades y empleados públicos de la Administración responsable el incumplimiento de la realización de actividad alguna encaminada a ejecutar la resolución, lo que demuestra que la finalidad no es la ejecución de la resolución judicial, sino, por el contrario, sancionar la conducta de dicha autoridad. Consiguientemente, la formulación de estas medidas mediante cláusulas abiertas (“advertirse que pudiera estar siendo incumplida”) y conceptos jurídicos indeterminados (“circunstancias de especial trascendencia constitucional”) desconoce las exigencias de previsibilidad en la definición de las conductas y de las sanciones derivadas del principio de legalidad penal en su vertiente de garantía criminal.

A pesar de que el recurrente impugna las medidas de los artículos 92.4.b) y c) y 92.5 LOTC, el Tribunal Constitucional sólo resuelve la impugnación dirigida a la medida de suspensión en sus funciones de autoridades o empleados públicos prevista en el artículo 94.2 b), dado que, según expresa en su FJ 12, la representación procesal del Gobierno Vasco únicamente argumenta sobre el carácter punitivo de esta última medida, sin que nada digan al respecto en relación con las contempladas en el artículo 92.4.c) y 92.5 LOTC.

Partiendo de su jurisprudencia al respecto, sentada principalmente en la STC 48/2003, de 12 de marzo, el Tribunal considera que para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico, de suerte que una medida presentará carácter penal o administrativo sancionador cuando con la misma “se inflige, al margen de la voluntad reparadora, un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente” (FJ 13). Por tanto, el Tribunal descarta, como sostiene el recurrente, que la suspensión de funciones de autoridades presente carácter punitivo en razón a que medidas similares estén

previstas como sanción en la legislación disciplinaria en materia de función pública o como pena en el Código penal o en razón a que con ellas se castigue a los responsables del incumplimiento antes de instar de nuevo a su cumplimiento por aquellos. Muy al contrario, el carácter sancionador de la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos presentará carácter punitivo si no responde a su finalidad de garantizar la efectividad de las resoluciones del alto tribunal (FJ 13).

Descendiendo al examen concreto de la finalidad de la medida cuestionada, el máximo garante de la Constitución concluye que la misma no es otra que la de garantizar la ejecución de las resoluciones del Tribunal, pues con la remoción del funcionario público renuente al cumplimiento de la misma se persigue, primera y primordialmente, “permitir al Tribunal adoptar las medidas necesarias y pertinentes en cada caso para garantizar su efectividad”.

El voto particular de la magistrada Asúa critica que la sentencia se sirva exclusivamente del criterio de la finalidad para enjuiciar el carácter sancionador de la suspensión de funciones de autoridades o empleados públicos y concluye que la misma no puede ser considerada en modo alguno una medida cautelar (dado que la potestad jurisdiccional de suspensión responde a la necesidad de asegurar la efectividad de un pronunciamiento futuro); ni de ejecución (pues no va encaminada de forma inmediata y directa a hacer efectivo el contenido del fallo de una sentencia y esta medida es desconocida como medio de ejecución en nuestra legislación procesal). Por tanto, sostiene la magistrada que la medida de suspensión de autoridades o empleados públicos consiste en “reacción correctora de carácter individualizado ante un supuesto de incumplimiento de una resolución jurisdiccional” que presenta la “finalidad represiva, retributiva o de castigo” que caracteriza a las medidas sancionadoras “por negarse a cumplir o no facilitar un determinado cumplimiento”.

El voto particular del magistrado Xiol Ríos abunda en estos planteamientos al recordar que los debates parlamentarios demuestran palmariamente la intención de dotar de una naturaleza materialmente sancionadora a estas medidas y concluye que hubiera sido deseable “una posición de este Tribunal más exigente y contundente en cuanto al establecimiento de límites claros para su aplicación”, de forma que se hubiera condicionado su aplicabilidad, al menos, a las exigencias siguientes: “(i) que el incumplimiento recayera en una obligación de hacer; (ii) que su exclusiva finalidad fuera la de posibilitar que un sustituto pudiera adoptar las decisiones necesarias para la ejecución de la resolución constitucional que estuviera siendo incumplida; y, en conexión con ello, (iii) que la suspensión lo fuera exclusivamente en relación con esa concreta función para la que deba ser sustituido; y (iv) por el tiempo estrictamente preciso para que el sustituto pudiera desarrollar esa labor”.

3.1.3.3 Desestimación de la vulneración de los artículos 2, 143 y 155 CE

El recurrente aduce como otro de los motivos de inconstitucionalidad de las medidas reguladas en los artículos 92.4.b), 92.4.c) y 92.5 la vulneración de los artículos 155, 2 y 143 CE. En este sentido sostiene el Gobierno Vasco que tanto la suspensión en sus funciones de los funcionarios públicos autonómicos del 92.4.b) como la ejecución sustitutoria del 92.4.c) y el incidente de ejecución de resoluciones que acuerdan la suspensión de disposiciones impugnadas del artículo 92.5 LOTC contravienen el artículo 155 CE y el artículo 143. Dado que las tres medidas impugnadas son medidas previstas en el artículo 155, su imposición vía poderes de ejecución

del Tribunal estaría conculcando este precepto. Además, en el caso de la ejecución sustitutoria con el auxilio del Gobierno de la nación, el artículo 92.4.c) habilitaría al Gobierno para sustituir a la Comunidad Autónoma permitiendo así una injerencia clara en la autonomía política de las Comunidades Autónomas, sin respetar las previsiones y precisiones de los artículos 2 y 155 CE.

Con respecto a la primera tacha de inconstitucionalidad predicada de todas las medidas impugnadas –las recogidas en los artículos 92.4.b), 92.4.c) y 92.5 LOTC–, el Tribunal Constitucional considera que tales medidas no pueden ser consideradas en modo alguno como equivalentes a las previstas por el artículo 155 CE ya que “tienen un diferente título legitimador”. En el caso de las medidas establecidas en el artículo 155 CE este “título legitimador” es el incumplimiento por una Comunidad Autónoma de “las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan” o el desarrollo de su actuación “de forma que atente gravemente al interés general de España”; por el contrario, el “título legitimador” de las medidas de la LORLOTC es “garantizar la efectividad y el cumplimiento de sus resoluciones”.

Incurre aquí el Tribunal Constitucional en el error evidente de desconocer que ambos títulos legitimadores pueden coincidir, pues en abstracto no es posible descartar que el cumplimiento de sus resoluciones sea impedido por una Comunidad Autónoma en flagrante incumplimiento de la obligación constitucional prevista en el artículo 164 CE.

En relación con la segunda tacha de inconstitucionalidad –dirigida en este caso únicamente contra la ejecución sustitutoria del artículo 92.4.c)–, el Tribunal Constitucional considera que la ejecución sustitutoria no implica necesariamente la sustitución de la Comunidad Autónoma por el Estado en el ejercicio de sus competencias. Fundamenta su parecer el alto tribunal en dos argumentos:

Como primero de ellos, recuerda el Tribunal Constitucional que el título legitimador de la ejecución sustitutoria no es en ningún caso un supuesto título competencial del Estado, sino el aseguramiento de la efectividad de las resoluciones del Tribunal Constitucional, que será el órgano que decida la intervención del Gobierno de la nación en la ejecución sustitutoria. Consiguientemente –prosigue el Tribunal– la intervención del Gobierno en la ejecución sustitutoria responde a un fin constitucionalmente legítimo y la misma sólo puede adoptarse una vez constatada la voluntad deliberada y persistente de incumplir la resolución por quien está obligado a su cumplimiento.

Añade el alto tribunal a este primer argumento otro segundo según el cual únicamente se podrá recurrir a la ejecución sustitutoria cuando pueda resultar una medida de ejecución idónea y procedente y, en todo caso, su aplicación “ha de cohonestarse y respetar siempre las previsiones constitucionales y nunca podrán dar lugar a la alteración de la posición institucional del Estado y de las Comunidades Autónomas” (FJ 17).

El magistrado Valdés Dal-Ré considera en su voto particular que existe un “inadmissible solapamiento” entre el artículo 155 CE y la ejecución sustitutoria del artículo 92.4 c), para lo cual realiza un análisis del “verdadero núcleo de aplicación” de esta última medida que lo lleva a concluir que “tiene como finalidad sustituir a las instituciones o autoridades de los poderes ejecutivos de las Comunidades Autónomas (i) que incumplan una obligación de hacer contenida en el fallo de una resolución del Tribunal Constitucional recaída en un conflicto de competencia o en una impugnación del título V LOTC, (ii) que exceda de los límites habituales de las controversias dirimidas ante el Tribunal (o, si se prefiere, que revista caracteres de especial gravedad o trascendencia constitucional) y (iii) que no dé lugar “a la alteración de la posición institucional

del Estado y de las Comunidades Autónomas” [F] 17.b)]”. Siendo ello así, se produce pues un “inconstitucional solapamiento de la ejecución sustitutoria así concebida con el artículo 155 CE”.

Por su parte, el voto particular del magistrado Xiol Ríos sostiene, en la línea del voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré, que, efectivamente, existe un solapamiento entre el artículo 155 CE y el reformado de la LORLOTC que supone una “alteración del modelo constitucional de control del artículo 155 CE por la regulación de la ejecución sustitutoria establecida en el artículo 92.4.c) LOTC”. Ello es así, continúa, porque “el modelo del artículo 155 CE toma como base la idea de que el conflicto ha de ser resuelto, *prima facie*, por instancias políticas; y, por el contrario, el del legislador orgánico en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional está presidido por la idea de la jurisdiccionalización de la reacción estatal por medio del Tribunal Constitucional”.

Debemos destacar que este último voto particular se encuentra en la línea de lo que venimos sosteniendo en este trabajo y es que, con la reforma de la LORLOTC, el Tribunal Constitucional se ha incorporado a la defensa extraordinaria del Estado asumiendo las funciones que le corresponden en esta última a los órganos políticos. Y ello se debe al hecho de que el voto particular del magistrado Xiol Ríos analiza las medidas de la LORLOTC teniendo presente “la conexión de la norma impugnada con la situación en Catalunya”, pues “la labor de un Tribunal Constitucional no puede hacerse eludiendo el contexto sociopolítico en que se desarrolla la legislación cuya constitucionalidad tiene la obligación de enjuiciar cuando es requerido para ello”. Adopta, pues, este voto particular la perspectiva política o politológica que está presente inevitablemente en toda resolución del Tribunal Constitucional, tal como hemos comentado en el punto 2.1.1 de este trabajo.

3.2 La constitucionalidad de la LORLOTC en la STC 215/2016, de 15 de diciembre

El segundo de los pronunciamientos que avala la constitucionalidad de la LORLOTC se contiene, como sabemos, en la STC 215/2016, de 15 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad n. 7466/2015, interpuesto por el Gobierno catalán contra la LORLOTC en su conjunto por haber incurrido en vicios procedimentales en su tramitación en las Cortes Generales, así como contra dos de las medidas que puede adoptar el Tribunal Constitucional en el incidente de ejecución de sentencias (la suspensión de funciones de las autoridades o empleados públicos y la ejecución sustitutoria con la colaboración del Gobierno de la nación –letras b) y c) del apartado 4 del artículo 92–) y contra el incidente de ejecución de resoluciones que acuerdan la suspensión de disposiciones impugnadas ante el Tribunal Constitucional (apartado 5 del artículo 92).

El recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Generalitat (n. 7466/2015) y que es resuelto por la STC en examen es diferente del presentado por el Gobierno Vasco (n. 229/2016), tanto en su (i) estructura, como en (ii) los preceptos de la LORLOTC recurridos, como en (iii) los motivos de impugnación alegados:

(i) Con respecto a su estructura interna, el recurso del Gobierno catalán, a diferencia del que presenta el Gobierno Vasco, se estructura en función de los preceptos impugnados de la LORLOTC, y no según los motivos de inconstitucionalidad en los que eventualmente podrían incurrir los preceptos de los que se pretende su declaración de inconstitucionalidad.

(ii) En cuanto a los preceptos de la LORLOTC impugnados, el recurso de inconstitucionalidad n. 7466/2015 se dirige contra uno de los nuevos poderes de ejecución del Tribunal Constitucional no controvertido en el recurso del Gobierno Vasco: la multa coercitiva del artículo 92.4.a).

Coinciden ambos recursos en impugnar el procedimiento seguido en las Cortes Generales para la aprobación de la LORLOTC, así como la suspensión de funciones de autoridades y empleados públicos del artículo 92.4.b), la ejecución sustitutoria con el Gobierno de la nación del artículo 92.4.c) de la LORLOTC y el procedimiento previsto en el artículo 92.5 LOTC.

(iii) En cuanto a los motivos de inconstitucionalidad referidos a los preceptos cuestionados por ambos recursos, hemos de señalar que coincide parcialmente el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno catalán con el promovido por el Gobierno Vasco en la impugnación de la LORLOTC por vicios formales en su tramitación, en tanto en cuanto aquel aduce todos los alegados por este, y añade, además, la eventual vulneración del artículo 23 CE por la declaración de urgencia para la tramitación de la LORLOTC tanto en el Congreso como en el Senado.

En relación con la impugnación de la ejecución sustitutoria del artículo 92.4.c) de la LOTC, el recurso del Gobierno catalán alega la infracción de los principios de la imparcialidad del juzgador e igualdad procesal (artículos 161 y 165 CE), así como la vulneración de la autonomía parlamentaria (artículo 72 CE), de la independencia judicial (artículo 117.1 CE) y de la autonomía política (artículo 137 CE), mientras que, por su parte, el recurso del Gobierno Vasco alega la alteración del sistema de controles del Estado sobre las Comunidades Autónomas (artículos 142 y 155 CE) y la sustitución de la Comunidad Autónoma por el Estado en el ejercicio de sus competencias (artículos 2 y 155 CE).

Con respecto a la impugnación del incidente de ejecución de resoluciones que acuerdan la suspensión de disposiciones impugnadas del artículo 92.5 LOTC, el recurso del Gobierno catalán considera conculcados el principio de igualdad procesal y la autonomía política de las CC.AA. reconocida en los artículos 9.3, 25, 137, 153, 161.1 y 2 y 165 CE, mientras que el del Gobierno Vasco considera vulnerado el sistema de controles del Estado sobre las Comunidades resultante de los artículos 2, 143 y 155 CE.

Por último, y en cuanto a la impugnación dirigida a la suspensión de funciones de autoridades o empleados públicos, tanto el recurso del Gobierno de la Generalitat como el del Gobierno Vasco alegan la infracción del principio de legalidad penal.

Centrándonos en el análisis de la STC 215/2016, de 15 de diciembre, su estructura es parcialmente coincidente con la de la anterior STC 185/2016. En primer lugar, porque ambas dos, antes de resolver las alegaciones presentadas en los respectivos recursos de inconstitucionalidad, realizan consideraciones sobre la singularidad que presenta el juicio de constitucionalidad de la propia LOTC, si bien tales consideraciones no son plenamente coincidentes –como hemos advertido anteriormente–. En segundo lugar, tanto la STC 215/2016, como la anterior STC 185/2016, resuelven los motivos de inconstitucionalidad alegados por el recurrente, distinguiendo, igualmente, entre los que son de naturaleza formal o de tramitación y aquellos otros que son de carácter material o sustantivo.

Sin embargo, dado que el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Generalitat se estructura según los preceptos impugnados, los fundamentos jurídicos que resuelven el recurso se organizan en atención de los preceptos impugnados, y no en función de las tachas de inconstitucionalidad alegadas por el recurrente.

En cualquier caso, las tachas de inconstitucionalidad de carácter formal son examinadas en los FJ 4 y 5, mientras que las de naturaleza material lo son en los FJ 6 a 14. En concreto, el FJ 6 recuerda la doctrina sobre los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional sentada en la STC 185/2016; los FJ 7 y 8 resuelven la pretendida inconstitucionalidad de la nueva regulación de la multa coercitiva del artículo 92.4.a) LOTC por vulneración del principio de legalidad penal; los FJ 9 y 10 se dedican a la suspensión de funciones de autoridades o empleados públicos del artículo 92.4.b) LOTC por violación, asimismo, del principio de legalidad penal; los FJ 11 y 12 analizan la conformidad con la Constitución de la regulación de la ejecución sustitutoria; y, por último, los FJ 13, 14 y 15 desestiman la pretendida inconstitucionalidad del procedimiento del artículo 92.5 LOTC por vulneración de los artículos 9.3, 25, 137, 153, 161.1 y 2 y 165 CE.

En relación con el contenido de la STC 215/2016, debemos recordar que en la misma hallamos continuas remisiones a la jurisprudencia sentada en la STC 185/2016, fundamentalmente en el FJ 6, en el que se recuerda la doctrina sobre los poderes de ejecución sentada en esta última STC.

Al igual que en relación a la STC 185/2015, se formulan tres votos particulares contra la STC 215/2015, los cuales vienen suscritos, respectivamente, por la magistrada doña Adela Asúa Batarrita, por el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré y por el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos. Los dos primeros votos particulares consisten, en esencia, en la remisión a los correspondientes votos particulares formulados por cada uno de los magistrados a la STC 185/2016. Sin embargo, el voto particular del magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré no consiste en una remisión en su totalidad al formulado a la STC 185/2016, sino en la reproducción de alguno de sus puntos (puntos 9 a 11 con relación a la decisión de posponer el análisis del recurso de inconstitucionalidad planteado por la Generalitat de Catalunya al promovido por el Gobierno Vasco; puntos 12 a 15 sobre el carácter materialmente sancionador de la suspensión de funciones de las autoridades o empleados públicos del artículo 92.4.b) LOTC; y puntos 16 a 20 en relación a la alteración del modelo constitucional de control del artículo 155 CE por la regulación de la ejecución sustitutoria establecida en el artículo 92.4.c) LOTC). No obstante ello, este voto particular contiene una argumentación específica en torno al desuso de la doctrina establecida en la STC 49/2008, FJ 4, sobre el debilitamiento del control de constitucionalidad que debe ejercitarse sobre la LOTC.

Dado que la estructura de la STC 215/2016 es diferente de la propia de la STC 185/2016, hemos considerado conveniente examinarla según los preceptos impugnados en lugar de en función de los motivos de inconstitucionalidad alegados por el Gobierno de la Generalitat de Catalunya. La única excepción la realizaremos en relación con la desestimación de la inconstitucionalidad de la LORLOTC basada en vicios de orden formal en su tramitación. Añadamos, asimismo, que en todo lo que coincida la STC 215/2016 con la anterior STC 185/2016 realizaremos la conveniente remisión al punto 2 de este trabajo.

3.2.1 Desestimación de los motivos de inconstitucionalidad de orden procedimental

El recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Generalitat impugna la LORLOTC aduciendo como primer motivo de inconstitucionalidad, al igual que en el recurso de inconstitucionalidad n. 229/2016, que su tramitación parlamentaria urgente y en lectura única ha vulnerado el artículo 150 RCD y los derechos fundamentales que a los diputados reconoce

el artículo 23 CE. La representación procesal del Gobierno de la Generalitat añade a los argumentos aducidos por el Gobierno Vasco en su recurso de inconstitucionalidad que la declaración de urgencia vulnera el derecho fundamental de los diputados al *ius in officium* reconocido en el artículo 23 CE y ha alterado de forma sustancial el proceso de formación de la voluntad de la Cámara.

El Tribunal Constitucional ha desestimado este motivo de inconstitucionalidad afirmando al respecto que los abogados del Gobierno de la Generalitat “no concretan en aspecto alguno ni acreditan de ningún modo” que la reducción de los plazos de tramitación de la declaración de urgencia haya impedido o limitado las facultades de los diputados o haya alterado notablemente la formación de la voluntad de la Cámara.

3.2.2 Desestimación de la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados de la LOTC

3.2.2.1 Desestimación de la inconstitucionalidad de la multa coercitiva del artículo 92.4.a) de la LOTC por vulneración del principio de legalidad penal

Como hemos adelantado con anterioridad, los FJ 7 a 10 entienden que no se ha vulnerado el principio de legalidad penal en la regulación de las multas coercitivas (FJ 7 y 8) y en la suspensión de funciones de las autoridades o empleados públicos (FJ 9 y 10). Con respecto a esta última cuestión, los FJ 9 y 10 resuelven este motivo de inconstitucionalidad a partir de la jurisprudencia sentada en la STC 185/2016, a la que remiten. Consiguientemente, nos centraremos en la impugnación de la regulación de la multa coercitiva prevista en el artículo 92.4.a) de la LOTC.

Alega el recurrente que las multas coercitivas tienen un indubitado carácter sancionador dado su excesivo y desproporcionado importe. Añade, igualmente, que no existe parámetro de gradación de las mismas ni se ha establecido regulación alguna de los plazos para reiterarlas, ni existe posibilidad de revisión ante otro órgano jurisdiccional, por lo que considera que las multas coercitivas vulnerarían el principio de legalidad penal y el principio de seguridad jurídica.

El alto tribunal recuerda que las multas coercitivas vienen recogidas desde la redacción original de la LOTC entre las medidas que puede adoptar en los supuestos de incumplimiento de sus resoluciones y que la reforma introducida por la LORLOTC las contempla “con una configuración sustancialmente similar a la que tenían en la anterior redacción de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional [...], si bien sitúa la horquilla de su importe entre 3.000 y 30.000 €”. Continúa en este sentido argumentando el garante de la Norma Fundamental que esta medida se impone como coerción o estímulo para el cumplimiento de un deber jurídico y no con una finalidad represiva o retributiva por la realización de una conducta antijurídica, por lo que no puede ser entendida como una medida sancionadora en sentido propio. Sentada esta su naturaleza, añade el Tribunal Constitucional que este carácter no sancionador no puede ser alterado porque se considere excesiva o desproporcionada su cuantía como consecuencia de la reforma operada por la LORLOTC.

Completa su argumentación el Tribunal Constitucional recordando que el hecho de que las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en las que se impongan multas coercitivas no sean susceptibles de impugnación es consecuencia de la condición del propio Tribunal como único en su orden.

3.2.2.2 Desestimación de la inconstitucionalidad de la ejecución sustitutoria del artículo 92.4.c) de la LOTC por vulneración de los artículos 137, 153, 161.1 y 164 CE

El recurrente considera que la ejecución sustitutoria vulnera los principios de imparcialidad del juzgador e igualdad procesal de los artículos 161.1 y 164 CE al prever que la misma se realice con colaboración únicamente del Gobierno de la nación, con exclusión de otros órganos o Administraciones públicas, incluso en supuestos en los que puede ser parte en el proceso constitucional.

En segundo lugar, alega el recurrente que la aplicación de la ejecución sustitutoria vulnera, en el supuesto de que se aplique a cualquiera de los Parlamentos, la autonomía parlamentaria; en el caso de que se aplique a jueces y magistrados, la independencia judicial; y en el supuesto de que se aplique sustitución de las Comunidades Autónomas, la autonomía reconocida en el artículo 137 CE y al sistema constitucional de distribución de competencias.

Con respecto a la primera alegación, la STC 215/2016 recuerda que, si bien el artículo 92.4.c) únicamente menciona al Gobierno de la nación, ello no implica que el Tribunal Constitucional pueda recabar el auxilio jurisdiccional de cualquier poder público en aplicación del artículo 92.2 LOTC.

La segunda alegación es desestimada por el Tribunal Constitucional fundamentándose en la jurisprudencia sentada sobre esta medida de ejecución forzosa en la STC 185/2016, según la cual la finalidad de esta medida no es conculcar la autonomía parlamentaria, ni la independencia judicial, sino tan sólo “la garantía de la efectividad y cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional”. Específicamente se refiere la sentencia a la eventual infracción de la autonomía política de las Comunidades Autónomas y del reparto de competencias establecido en el artículo 137 CE concluyéndose que la ejecución sustitutoria no implica que el Estado sustituya a la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias por idénticos argumentos a los utilizados en la STC 185/2016, de 3 de noviembre, y que analizamos en el punto 3.1.3.3 de este trabajo.

3.2.2.3 Desestimación de la inconstitucionalidad del incidente de ejecución de resoluciones que acuerdan la suspensión de disposiciones impugnadas del artículo 92.5 LOTC

Los FJ 13 a 15 de la sentencia en examen analizan la constitucionalidad del procedimiento recogido en el artículo 92.5 LOTC. Sostiene la representación procesal de la Generalitat de Cataluña, de un lado, que este precepto vulnera los artículos 161 y 165 CE al privar a las Comunidades Autónomas de la facultad de solicitar del Tribunal Constitucional la adopción de las medidas en él contempladas cuando la suspensión recaiga sobre disposiciones o actos del Estado o de otra Comunidad Autónoma. De otro lado, el recurrente estima que se vulnera el artículo 165 CE al prever el artículo 92.5 LOTC que el Tribunal Constitucional pueda definir libérrimamente cuándo concurren circunstancias extraordinarias de trascendencia, así como acordar incondicionada e ilimitadamente cualquier tipo de medida para asegurar la suspensión de las disposiciones impugnadas.

Con respecto al primer motivo de impugnación, el Tribunal Constitucional considera que la posición privilegiada del Gobierno de la nación en incidente del artículo 92.5 trae causa en último término de la prerrogativa conferida a este por el artículo 161.2 CE, sin que, en todo caso, la

nueva regulación suponga un fortalecimiento de dicha prerrogativa. Recuerda el Tribunal que, en todo caso, la participación de las Comunidades Autónomas está prevista en su condición de parte en el incidente de ejecución.

En relación a la supuesta libertad para apreciar la concurrencia de circunstancias de especial trascendencia constitucional, el Tribunal considera que, efectivamente, existe un “margen de apreciación” que está justificado dado que la Constitución no veda el uso de conceptos jurídicos indeterminados y, dada la pluralidad de supuestos de hechos imaginables y las distintas y cambiantes situaciones que puedan darse, se justifican razonablemente. No obstante, continúa el Tribunal su argumentación recordando que este margen de apreciación no puede confundirse con arbitrariedad, citando algunos supuestos que constituyen “circunstancias de especial trascendencia constitucional” entre los que se encontrarían sin ningún género de dudas “la declaración de soberanía y del derecho de decidir del pueblo de una Comunidad Autónoma (ATC 156/2013, de 11 de julio, FJ 2), o la defensa de la integridad de la Constitución o, en fin, la iniciación de un proceso de reforma constitucional (AATC 182/2015, de 3 de noviembre, FJ 4, y 186/2015, de 3 de noviembre, FJ 3)”.

Por último, y en relación con la posibilidad de que el Tribunal adopte cualquier tipo de medida para asegurar la suspensión de las disposiciones impugnadas, la STC en estudio recuerda que el Tribunal sólo puede adoptar las “medidas necesarias” al respecto, entendiendo por tales aquellas que puedan resultar idóneas para garantizar la efectividad y ejecución de las resoluciones de suspensión.

4 BIBLIOGRAFÍA

- Almagro Nosete, J. 1989. «Comentario al artículo 87»; «Comentario al artículo 92», en J. Almagro Nosete y 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: EDERSA.
- 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. y 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. y 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 ejecutar. 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. También es preclaro al respecto González Pérez, quien afirma lo siguiente: “en cuanto el Tribunal Constitucional es jurisdiccional, dentro del ámbito de su jurisdicción juzgará y hará ejecutar lo juzgado”. Prosigue, asimismo, declarando que “es incuestionable, como se ha señalado, que el Tribunal Constitucional, en el ejercicio de la función jurisdiccional atribuida por la propia Constitución, tiene competencia para adoptar las medidas adecuadas para “hacer ejecutar lo juzgado”. González Pérez, 1980: 224 y 226.
- 3 Antes de la entrada en vigor de la LO 15/2015, el tema de la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional había sido estudiado en las siguientes obras: Cano Mata, 1986; Salas, Palomino, 1987: 89-118; Almagro Nosete, 1989; Pulido Quecedo, 2007.
- 4 Garrorena Morales, 1981: 8; VV.AA., 1986; VV.AA., 1998; Gómez Amigo, 1998.
- 5 *Vid.*, al respecto: Almeida Cerredá, 2016:163-189; Villaverde Menéndez, 2016: 643-682.
- 6 Garrorena Morales, 1981: 8.
- 7 No sólo el preámbulo de la LORLOTC alude implícitamente a la situación sociopolítica que atraviesa España, sino también su propio articulado al regular el incidente de ejecución de resoluciones que acuerdan la suspensión de disposiciones impugnadas en atención a la concurrencia de circunstancias de “especial trascendencia constitucional” (artículo 92.5 LOTC).
- 8 Almeida Cerredá, 2016: 165.
- 9 Recordemos que la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, a diferencia de numerosas constituciones de su entorno jurídico-político, no contiene ninguna cláusula de intangibilidad, de forma que cualquier decisión constitucional fundamental contenida en ella, inclusive la indisoluble unidad de la nación española (artículo 2), puede ser válidamente modificada, siempre y cuando se observen los procedimientos previstos para la reforma constitucional en el propio título X de la Constitución, concretamente en su artículo 168. Consecuentemente, la Constitución permite, *a contrario sensu*, la secesión de cualquier parte de España, si bien somete su ejercicio a las previsiones y precisiones establecidas para el ejercicio de la reforma constitucional.
- 10 *Vid.*, al respecto, el siguiente enlace con la noticia periodística. <http://www.elperiodico.com/es/videos/politica/xavier-garcia-albiol-aca-bo-broma/3507314.shtml> (14-2-2017).
- 11 *Vid.*, al respecto, Cruz Villalón, 1984. Asimismo, López Guerra, Espín Templado, 2004.
- 12 Almeida Cerredá, 2016: 167.
- 13 El iter de la tramitación de la LORLOTC en el Congreso de los Diputados fue el siguiente: BOCG. Congreso de los Diputados N. B-237-1 de 04-09-2015, Iniciativa; BOCG. Congreso de los Diputados N. B-237-2 de 17-09-2015, Acuerdo subsiguiente a la toma en consideración; BOCG. Congreso de los Diputados N. B-237-2 de 17-09-2015, Tramitación por el procedimiento de lectura única; BOCG. Congreso de los Diputados N. B-237-2 de 17-09-2015, Toma en consideración; BOCG. Congreso de los Diputados N. B-237-3 de 29-09-2015, Enmiendas; BOCG. Congreso de los Diputados N. B-237-4 de 06-10-2015, aprobación por el Pleno; BOCG. Senado N. 607_4178 (apartado I) de 02-10-2015, Texto remitido por el Congreso de los Diputados; Ds. Congreso de los Diputados N. 306 de 16-09-2015, Debate de toma en consideración y Ds. Congreso de los Diputados N. 309 de 01-10-2015, aprobación en lectura única.
- 14 El iter de la tramitación de la LORLOTC en el Senado fue el siguiente: *Vid.*: BOCG Senado N. 611_4190 (apartado I) de 13-10-2015, Propuestas de veto; BOCG. Senado N. 611_4191 (apartado I) de 13-10-2015, Enmiendas; BOCG. Senado N. 613_4204 (apartado I) de 15-10-2015, votos particulares; BOCG. Senado N. 613_4209 (apartado I) de 15-10-2015, Informe de la ponencia; BOCG. Senado N. 613_4213 (apartado I) de 15-10-2015, Dictamen de la Comisión; BOCG. Senado N. 615_4233 (apartado I) de 19-10-2015, Texto aprobado por el Senado; Ds. Senado N. 534 de 29-09-2015, Senado - Comisión Constitucional; Ds. Senado N. 541 de 13-10-2015, Senado - Comisión Constitucional y Ds. Senado N. 178 de 15-10-2015, Senado - Pleno.
- 15 Los resultados en el Congreso de los Diputados fueron los siguientes. Votos afirmativos, 181 (diputados del PP y del Grupo Mixto); votos negativos, 133 (diputados del PSOE, CiU, PNV, UPYD, IU, Grupo Mixto); Abstenciones: 1 (diputado del Grupo Mixto).
- 16 *Vid.*, al respecto, Tur Ausina, 2008.
- 17 Villaverde Menéndez, 2016: 649.
- 18 Villaverde Menéndez, 2016: 646.
- 19 Almeida Cerredá, 2016: 176.
- 20 Almeida Cerredá, 2016: 178.
- 21 La STC 49/2008, de 9 de mayo, desestima el recurso de inconstitucionalidad n. 6729-2007, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Popular del Congreso de los Diputados contra el artículo único, apartados seis y siete, de la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, por el cual se habilita la participación de los Parlamentos Territoriales en la designación por parte del Senado de los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponde según el artículo 159.1 CE.
- 22 La STC 118/2016, de 23 de junio, resuelve los recursos de inconstitucionalidad n. 3443/2010, n. 4138/2010, n. 4223-2010 y n. 4224-2010, promovidos por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el Parlamento de La Rioja, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y las Cortes de Castilla y León, respectivamente, respecto de la Ley orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del poder judicial, por la cual se atribuye al Tribunal Cons-

titucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra las normas forales fiscales de los territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el 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 ayudante doctor de Derecho Constitucional
Universidad 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 traballo plantea a posibilidade 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. Particular, 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 La revitalización del Parlamento y de los parlamentarios individuales en su dimensión como contrapoder. 2.1 Reforzar la posición individual del parlamentario. 2.2 Incorporar me-

canismos preferentes de control parlamentario a favor de la oposición. 3 Participación ciudadana en las funciones del Parlamento para una regeneración política. 3.1 Mejora de la participación ciudadana en la función legislativa. 3.2 Posibilidades de participación ciudadana en el control parlamentario al Gobierno y en la dirección política. 4 Conclusión. 5 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978 reconoce como forma de Estado la del Estado democrático y autonómico (arts. 1.1 y 2 CE), y como forma de gobierno la monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE)¹. Ello sitúa al Parlamento, en el caso español bautizado como Cortes Generales, en la posición central del tablero político. Estas *“representan al pueblo español”* (art. 66.1 CE) y de las mismas va a derivar la confianza del propio Gobierno (art. 99 CE), a cuyo control y fiscalización queda sometido (art. 66.2 CE). Lo cual exige un notable dinamismo en el funcionamiento del sistema político y un continuo equilibrio entre poderes y contrapoderes institucionales y sociales.

Sin embargo, la *“fatiga del parlamentarismo”* que había observado el propio Kelsen es evidente hoy día². Puede concluirse, con Tajadura Tejada, que nos encontramos con *“[u]na forma de gobierno parlamentaria excesivamente racionalizada y una organización interna de sus cámaras también muy determinada por la importancia de los grupos parlamentarios como sujetos políticos centrales, [que] han hecho que el Parlamento quede en manos del poder ejecutivo y de los partidos políticos”*³. A esta esclerosis del funcionamiento del parlamentarismo, capturado por la lógica partitocrática⁴, cabe añadir el crecimiento en la población de un sentimiento de desconfianza hacia los políticos que se ha expresado en consignas como *“no nos representan”* y en las exigencias de *“más democracia”*⁵ que fueron clave en el Movimiento del 15-M.

Se presenta, por tanto, una crisis del parlamentarismo que, en realidad, cuestiona la propia democracia representativa. Y es que, la triada democracia-participación-representación, donde esta última variable ocupa, como advierte el profesor Garrarena, una posición determinante, ya que a ella le corresponde *“organizar la participación y realizar la democracia”*⁶, quiebra ante la desconfianza que surge entre representantes y representados. Esta situación no es inédita, pero sí es actual. Ni es nuevo el debate y el cuestionamiento del parlamentarismo, ni es nuevo que se busque llevar la política a las calles y se saque de la sede parlamentaria⁷, por más que ahora concurren circunstancias antes no presentes y deban buscarse nuevas respuestas. Pues bien, el déficit que se observa en nuestra democracia representativa, y en particular en el funcionamiento del propio Parlamento, puede desglosarse en cuatro planos, siguiendo a Piedad García-Escudero: a) el plano electoral, b) el déficit de democracia participativa; c) el divorcio entre Parlamento y sociedad; y d) la relación entre representantes y representados⁸.

De todos ellos, a los efectos del presente trabajo, nos interesará abordar los tres últimos, articulados en torno a dos cuestiones, aunque de manera circunscrita a su relación con los reglamentos parlamentarios. Por un lado, *¿cómo lograr reforzar el peso del Parlamento como poder o, mejor, como contrapoder, a través de los reglamentos parlamentarios?* En España hemos logrado gobiernos estables, pero ¿a qué precio? Y, por otro lado, *¿qué instrumentos podemos introducir en los reglamentos parlamentarios para que nuestro Parlamento recupere su vigor auténticamente “representativo”?* O, más allá, *¿qué posibilidades ofrecen los reglamentos parlamentarios para profundizar en el paradigma de una democracia participativa?* Parece necesario afrontar cómo recomponer los lazos en el actual divorcio entre Parlamento y sociedad; estudiar qué mecanismos

pueden ayudar a revitalizar la relación entre representantes y representados, desde la perspectiva, como se ha dicho, de la reforma de los reglamentos parlamentarios. Estos son mucho más que una fuente normativa con notables peculiaridades como tal, son más que un conjunto de reglas procedimentales de derecho parlamentario; los reglamentos parlamentarios vertebran el día a día de la vida parlamentaria y, como se tratará de demostrar, pueden servir de cauce para incorporar mecanismos regeneradores de nuestra democracia.

2 LA REVITALIZACIÓN DEL PARLAMENTO Y DE LOS PARLAMENTARIOS INDIVIDUALES EN SU DIMENSIÓN COMO CONTRAPODER

Como ha diagnosticado el profesor Garrorena, una de las causas profundas de la crisis del sistema representativo es, precisamente, la identificación “de la representación como “poder” y no como “contrapoder””, de tal manera que a diferencia de las asambleas medievales, en las que el Parlamento actuaba como contrapeso del rey que ostentaba el poder, con el Estado constitucional el Parlamento se erigió en un auténtico poder, siendo “a la vez, nuestra representación ante el poder y ese mismo poder ante el que tendríamos que estar representados”⁹. Por este motivo, como terapia, siguiendo la formulación del mencionado profesor, debe plantearse cómo lograr que el Parlamento vuelva a asumir su posición como contrapoder.

A este respecto se pueden plantear dos líneas de actuación: por un lado, reforzar la posición del parlamentario individual, y, por otro, dotar de instrumentos propios a la oposición para que pueda ejercer eficazmente la función de control al Gobierno. Comencemos así a desgranar cada una de ellas.

2.1 Reforzar la posición individual del parlamentario

Si se analiza la posición actual de los parlamentarios, esta es francamente débil y se encuentra subordinada al grupo parlamentario que, en definitiva, es la correa de transmisión del propio partido político y constituye el eje en torno al que termina por girar el funcionamiento de las Cámaras¹⁰. Como ha expresado Rubio Llorente, “[e]l Parlamento no es hoy, como en su imagen ideal, un cuerpo integrado por representantes individuales que actúan con plena libertad y no están sujetos a mandato imperativo alguno, sino por grupos cuya voluntad se impone a la de sus miembros”¹¹. Por ello se advierte la conveniencia de reforzar la posición individual de los parlamentarios para que estos puedan contar con iniciativa propia, en un adecuado equilibrio con la necesaria función de los grupos parlamentarios que, por otro lado, garantizan la estabilidad política y dotan de una cierta unidad de acción imprescindible para el orden de los actuales partidos de masas que sostienen el pilar representativo de nuestra democracia como “cauces, si no únicos, sí fundamentales de la relación entre la sociedad y el Estado”¹². Se trata, por tanto, de lograr la “cuadratura del círculo”, fortaleciendo el papel del parlamentario individual “sin privar del necesario protagonismo a los grupos parlamentarios”¹³.

A este respecto, según ha apuntado un sector doctrinal, se podría explorar la reforma de los reglamentos parlamentarios para atribuir facultades a los parlamentarios sin necesidad de la firma del correspondiente grupo¹⁴. Así, se puede estudiar, entre otras posibilidades, atribuir un “derecho de iniciativa a todos y cada uno de los parlamentarios en los distintos procedimientos de las Cámaras”¹⁵, y más en concreto, en el desarrollo de la función legislativa, se podría plantear que los parlamentarios pudieran presentar enmiendas a los textos legislativos sin necesidad

de la firma del portavoz del grupo parlamentario, dando voz a los mismos en las comisiones para su defensa y poniendo en valor el debate en esta última más que en la ponencia¹⁶. O, desde la perspectiva del control al Gobierno, también aquí se pueden suprimir algunos filtros, como es la exigencia de previo conocimiento del grupo parlamentario en las solicitudes de acceso a la información de las administraciones públicas (art. 7 Reglamento del Congreso y 20.2 Reglamento del Senado), y se puede estudiar el establecimiento de turnos para que los parlamentarios puedan defender sus iniciativas (interpelaciones, preguntas orales, etc.) a título individual¹⁷. A nivel político estas propuestas también han tenido una cierta acogida y, por ejemplo, el PSOE recogió en su programa electoral en 2015 potenciar el papel del parlamentario individual y también en el acuerdo con Ciudadanos se preveía, entre otras medidas, que los parlamentarios pudieran intervenir después de los portavoces en los debates.

2.2 Incorporar mecanismos preferentes de control parlamentario a favor de la oposición

El segundo de los aspectos que podrían coadyuvar a dotar de sentido a la dimensión del Parlamento como contrapoder sería incorporar mecanismos que permitan a las minorías parlamentarias ejercer una efectiva labor de oposición y de fiscalización al Gobierno. Se reforzaría así, según distingue Aragón Reyes, las posibilidades de ejercer un control “en” el Parlamento –y no “por” el Parlamento–¹⁸. Como se expresaba en el conflicto de atribuciones de competencias interpuesto por el Congreso de los Diputados, “no puede desconocerse que, así como el principio mayoritario propio de los sistemas democráticos conlleva que las leyes sean producto de las fuerzas mayoritarias que de este modo ejercen la potestad legislativa, en el caso de la función de control, siendo la titularidad de las Cámaras en su conjunto, el ejercicio real corresponde a la minoría. Ello no impide que los diputados y senadores de la mayoría no puedan, por ejemplo, formular preguntas o interpelaciones, pero el verdadero acento de la función de control hay que situarlo en la oposición”¹⁹.

En este sentido se ha planteado la posibilidad de reconocer un estatuto de la oposición que sitúe en una “situación preferente de dichos parlamentarios [los que conforman la oposición] a la hora de poner en marcha procedimientos de control”²⁰. Este estatuto preferente considero que podría lograrse mediante reformas en los reglamentos parlamentarios, siempre y cuando no se restringieran totalmente las posibilidades de intervención a los diputados de la mayoría, ello porque, según la interpretación que ha ofrecido el Tribunal Constitucional, los diferentes mecanismos de control se integran en el *ius in officium* de todos los parlamentarios (entre otras, SSTC 117/2002, de 14 de octubre; 208/2003, de 1 de diciembre; y 89/2005 y 90/2005, de 18 de abril)²¹. No obstante, puede compartirse con el profesor Garrorena que la mejor alternativa sería optar por un auténtico “*Estatuto constitucional de las minorías*”, dirigido “a constituir a la oposición en un auténtico poder del Estado, ese poder al que le quedaría constitucionalmente encomendada la tarea de operar como contrapoder”²².

En cuanto a las concretas medidas que podrían adoptarse, se han planteado, entre otras²³: reservar órdenes del día a la oposición, o que se prioricen las preguntas orales de la oposición o se restrinjan del partido en el Gobierno, o que se puedan formular preguntas sin que los miembros del Gobierno las conozcan previamente²⁴. También se ha propuesto reforzar el derecho de acceso de la minoría a documentos y expedientes y sistemas de amonestación públicos a la Administración que no responda a las solicitudes de información, la posibilidad de incorporar

instrumentos específicos de seguimiento de ciertas actuaciones (por ejemplo, del programa de gobierno presentado en la investidura parlamentaria) o de las mociones y proposiciones no de ley²⁵; o que se aprueben mociones de la minoría o que se creen comisiones de investigación a petición de una minoría parlamentaria como ocurre en otros países y en algunas comunidades autónomas²⁶. Además, cabe la posibilidad de replantear los instrumentos de control ya existentes (preguntas, interpelaciones y mociones) para dotar de mayor dinamismo a los debates parlamentarios²⁷.

3 PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS FUNCIONES DEL PARLAMENTO PARA UNA REGENERACIÓN POLÍTICA

Otro aspecto en el que se podría mejorar para dinamizar las funciones parlamentarias a través de las correspondientes reformas de los reglamentos es precisamente la participación ciudadana. Cabe en este sentido preguntarse cómo puede avanzarse en el paradigma de la democracia participativa, reconociendo la misma, como ha descrito el profesor Presno Linera, como “instrumento de impulso, deliberación y control”²⁸. La democracia participativa, siguiendo al mencionado profesor, “se contrapone a la democracia inactiva, donde el papel del ciudadano se limita a la intervención en el proceso de selección de los representantes. En sociedades como la española, con una progresiva concienciación política de la ciudadanía, es incongruente limitar la intervención política de esos ciudadanos a los procesos electorales”²⁹.

Así entendida, la participación ciudadana se puede estimular tanto en relación con la función legislativa como con la función de control al Gobierno del Parlamento³⁰. Y, para ello, no sólo el derecho comparado a nivel internacional ofrece respuestas interesantes sino también en el ámbito autonómico se encuentran iniciativas interesantes que, con carácter general, pueden englobarse en el genérico concepto de “Parlamento abierto”. Procedamos, por tanto, a estudiar algunas de esas propuestas.

3.1 Mejora de la participación ciudadana en la función legislativa

El derecho de los ciudadanos a participar en la elaboración de las leyes, concreción del genérico derecho a participar en los asuntos públicos de forma directa, ha sido reconocido en algunos estatutos de autonomía y ha encontrado desarrollo en distintos reglamentos de parlamentos autonómicos. Así, por ejemplo, el Estatuto de autonomía de Cataluña afirma, en su artículo 29, apartado 4.º, que: “Los ciudadanos de Cataluña tienen derecho a participar, directamente o a través de entidades asociativas, en el proceso de elaboración de las leyes del Parlamento, mediante los procedimientos que establezca el Reglamento del Parlamento”. Y, en desarrollo del mismo, el art. 222.1 del Reglamento del Parlamento catalán establece: “El Parlamento, por medio del Portal de la Transparencia y otros formatos electrónicos, si procede, debe adoptar las medidas necesarias para que los ciudadanos, entidades, organizaciones y grupos sociales participen y colaboren en la tramitación de los proyectos y proposiciones de ley y las iniciativas parlamentarias en general”. En similares términos reconocen también este derecho, entre otros, el Estatuto de autonomía de Andalucía (art. 30.1.b), el Estatuto de autonomía de las Islas Baleares (art. 15.2.b) o el Estatuto de autonomía de Aragón (art. 15.2). Y a nivel reglamentario, por ejemplo, el Reglamento de las Cortes Valencianas incluye el deber de estas de desarrollar medios para posibilitar a los ciudada-

nos su participación en las actividades parlamentarias y, entre ellas, en las iniciativas legislativas (art. 110.bis.2).

A este respecto, entre las propuestas que ya se han ido acogiendo en algunas comunidades autónomas, destacan las audiencias parlamentarias abiertas a ciudadanos y a organizaciones sociales en las tramitaciones legislativas³¹. A nivel estatal los Reglamentos del Congreso y del Senado prevén esta posibilidad pero limitada en su sentido a lo que serían comparecencias de expertos, literalmente de *“personas competentes en la materia”* (art. 44 Reglamento del Congreso) y, más genéricamente, *“de otras personas para ser informadas sobre cuestiones de su competencia”* (art. 67 Reglamento del Senado). Sin embargo, de lo que se trataría ahora es de abrir las mismas a agentes sociales y colectivos, incluso a ciudadanos individuales, para que ellos también puedan hacer valer su voz directamente en el Parlamento. Así, por ejemplo, el Reglamento del Parlamento andaluz prevé la posibilidad de celebrar comparecencias informativas en el procedimiento legislativo ordinario en las que los diputados o los grupos parlamentarios propongan la comparecencia de *“los agentes sociales y organizaciones que pudiesen estar interesados en la regulación de que se trate”* (art. 112.1). Y, en términos parecidos, se pronuncia también el Reglamento de la Asamblea de Extremadura (art. 164). En ambos casos, debe notarse que cabe la intervención de personas a título individual pero sólo con carácter excepcional. Más acertada parece la regulación recogida en el Reglamento del Parlamento catalán ya que reconoce que en estas audiencias podrán comparecer *“las organizaciones y los grupos sociales interesados”* y los *“expertos en la materia”* (art. 115.1); y, distinguiendo también entre expertos e interesados, puede verse el Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias (art. 67.1.f)). Ello porque, en mi opinión, debe distinguirse, como hacen estos preceptos, las comparecencias de los grupos sociales interesados, que pueden ofrecer información valiosa sobre sus intereses y sobre cómo puede afectarles una determinada regulación, de la comparecencia de los expertos, que abundarán en la calidad técnica de la iniciativa legislativa. En cuanto a la participación de ciudadanos, parece adecuado exigir que esta se canalice a través de grupos u organizaciones sociales, excluyendo o limitando su intervención individual a casos excepcionales. En este ámbito, una solución novedosa ha sido la aportada por el Reglamento de las Cortes Valencianas, que ha previsto la creación de una comisión especial de participación ciudadana, de carácter permanente no legislativo, pero en la que se da la posibilidad de *“analizar y contrastar opiniones entre los comparecientes, representantes de la sociedad civil, respecto de las iniciativas legislativas que proceda”* (art. 182.bis.2).

Un paso más allá supone dar la posibilidad a estos grupos u organizaciones sociales de presentar enmiendas al articulado de iniciativas legislativas. En este sentido, el Reglamento del Parlamento andaluz, por ejemplo, contempla la posibilidad de que los ciudadanos, *“a través de asociaciones representativas de sus intereses”*, puedan presentar enmiendas legislativas que no podrán ser *“de exclusivo interés personal”* y que, una vez admitidas formalmente, deberán ser asumidas por algún grupo parlamentario para su tramitación (art. 114.bis). En Valencia el reglamento de sus Cortes extiende esta posibilidad de enmendar a los valencianos directamente, y no sólo a través de asociaciones, pero mantiene que deban ser asumidas por un grupo parlamentario (art. 113.bis).

Una alternativa intermedia es la que se ha contemplado en Galicia, donde se aprobó la Ley 7/2015, de 7 de agosto, de iniciativa popular y participación ciudadana en el Parlamento de Galicia, en la que, entre otros aspectos, se prevé la participación popular en la elaboración de las

leyes, permitiendo a los ciudadanos remitir “*sugerencias y aportaciones*” a la Mesa del Parlamento, las cuales serán entregadas a la ponencia encargada de elaborar el correspondiente informe legislativo (art. 15). No se concede, por tanto, un derecho de presentar enmiendas, pero se trata de una posibilidad cualificada a la pura audiencia parlamentaria. Ahora bien, sorprende que aspectos relacionados con la actividad parlamentaria y la participación ciudadana en esta sede hayan sido regulados por medio de ley autonómica y no en el correspondiente reglamento parlamentario, obviando la reserva material que se ha venido reconociendo a este último tipo de fuente normativa³².

Asimismo, tampoco conviene olvidar, como ha señalado entre otros Presno Linera, la oportunidad de revisar los mecanismos clásicos de participación ciudadana, aunque ello comporte la exigencia de una reforma constitucional³³. Cabría en este sentido reconsiderar la iniciativa legislativa popular –el número de firmas necesarias, las materias vedadas a este tipo de iniciativa o excluir la toma en consideración, entre otros aspectos–; y también puede ser interesante revisar la regulación del referéndum e, incluso, plantear la posibilidad de introducir mecanismos como el referéndum abrogativo o derogatorio siguiendo el modelo italiano³⁴, que puede “operar como un instrumento de control ciudadano de la labor legislativa”³⁵.

A nivel político algunas de estas medidas han tenido acogida en distintos programas electorales y de gobierno. Por ejemplo, en el Acuerdo para un gobierno reformista y de progreso entre PSOE y Ciudadanos se contemplaba que se convirtiera la Comisión de Peticiones en una Comisión Permanente de Peticiones y Participación Ciudadana y que se creara una Oficina del Ciudadano para canalizar la participación y colaboración parlamentaria. Además, en relación con la función legislativa, también se preveía la posibilidad de crear un cauce específico de participación ciudadana en el procedimiento legislativo reconocido directamente a favor de los afectados y se planteaba la modificación de la iniciativa legislativa popular. En el programa electoral del Partido Popular a las elecciones celebradas en 2016 se preveía mejorar el procedimiento de elaboración de las leyes, abriéndolo a la participación de ciudadanos y organizaciones representativas. Y Podemos, por su parte, incluía en su programa electoral medidas más incisivas con cambios en la iniciativa legislativa popular y con la introducción de una iniciativa de veto popular y de una iniciativa de procesos deliberativos populares.

3.2 Posibilidades de participación ciudadana en el control parlamentario al Gobierno y en la dirección política

La segunda de las funciones primordiales del Parlamento en un modelo parlamentario es precisamente la de control al Gobierno, a la que cabría añadir su facultad de *indirizzo politico*, toda vez que al Parlamento, como sede de la representación popular, también le corresponde fijar orientaciones políticas. Así las cosas, es igualmente interesante incorporar la idea de participación política a estas funciones³⁶.

Desde la perspectiva de la fiscalización ordinaria de la actuación del Gobierno algunos reglamentos de Parlamentos autonómicos ya han previsto la posibilidad de que se formulen preguntas a los miembros del Gobierno de iniciativa ciudadana, aunque estas habrán de ser asumidas por algún diputado. Por ejemplo, el Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia introdujo las “preguntas de iniciativa popular”, pero restringidas a personas jurídicas que representen “intereses sociales” y dirigidas genéricamente al Consejo de Gobierno (art. 178); una posibilidad que el Reglamento del Parlamento andaluz extiende a cualquier andaluz y al resto de

ciudadanos residentes en Andalucía y permite que se dirijan al Consejo de Gobierno o a cada uno de sus miembros (art. 165). En Canarias el Reglamento de su Parlamento también prevé estas preguntas a favor de cualquier ciudadano residente en su territorio, pero dirigidas tanto al Gobierno como a sus miembros, con excepción del presidente (art. 177).

En Galicia la mencionada Ley 7/2015, de 7 de agosto, de iniciativa legislativa popular y participación ciudadana en el Parlamento de Galicia destaca por introducir mecanismos no sólo para el control ciudadano del Gobierno, sino también para la participación ciudadana en la función de dirección política. En concreto, prevé que cualquier persona jurídica o que un grupo de diez ciudadanos puedan presentar proposiciones no de ley, que deberán ser suscritas por 2.500 personas, al modo de las iniciativas legislativas populares, y que, en cualquier caso, deberán ser asumidas por un grupo parlamentario (art. 16). Asimismo, contempla que cualquier ciudadano o persona jurídica pueda presentar preguntas parlamentarias que, como en los supuestos vistos anteriormente, tendrán que ser asumidas por algún diputado (art. 17).

Más allá, también puede plantearse la constitución de foros que, con carácter más o menos formal, permitan la participación ciudadana en el debate de cuestiones de actualidad política. Es el caso, como se ha visto, del Portal de Transparencia que prevé el art. 222 del Reglamento del Parlamento catalán, que va más allá de ofrecer información, y a través del mismo se ha de dar participación a los ciudadanos y a las entidades y grupos sociales en las distintas iniciativas parlamentarias; así como de las propuestas del pacto entre PSOE y PP de crear una Comisión de participación ciudadana, y no sólo de peticiones, y una oficina que canalice la participación y colaboración ciudadanas. El Reglamento de la Asamblea de Extremadura ha constituido, en este sentido, un Consejo extremeño de ciudadanos y ciudadanas *“como foro de consulta para la participación ciudadana”* (art. 271). Y el art. 110.bis del Reglamento de las Cortes Valencianas contempla la habilitación de medios tecnológicos para facilitar la participación ciudadana que permitan hacer llegar las opiniones y observaciones de éstos a los grupos parlamentarios. En sentido similar el Reglamento del Parlamento Vasco dispone que el sitio web del Parlamento deberá dar la posibilidad a los ciudadanos de enviar *“sugerencias y aportaciones públicamente y conocer el resultado de las mismas”* (art. 110). En definitiva, como en doctrina ha sugerido el profesor Garrorena, para paliar que la relación representativa se convierta en una *“relación vacía de relación”*, *“en una simple metáfora”*, resulta interesante plantear la creación de *“espacios periódicos de comunicación institucionalizada entre electores y elegidos que hagan habitual esa necesaria práctica democrática”*, y que permitan a los electores ejercer una auténtica función crítica, más allá de la votación puntual³⁷.

Lo cual nos lleva, según advierte este autor en un juicio aquí compartido, a hacer un planteamiento crítico con respecto a la posibilidad de extender la participación democrática a los mecanismos extraordinarios de exigencia de responsabilidad política. Por ejemplo, en su programa electoral de 2016 Podemos proponía introducir instrumentos como el revocatorio por incumplimiento del programa electoral y la revocación de cargos públicos. Se trata de mecanismos que, a mi entender, pueden generar inestabilidad, enconan el panorama político al reducir las posibles respuestas a una votación que permite pocos matices, y no contribuyen a crear ese espacio de deliberación y reflexión crítica que exige una democracia plural. En palabras del profesor Garrorena, al que me permito citar extensamente: *“quienes piensan de esta manera [proponiendo que los electores puedan imponer instrucciones imperativas a sus elegidos o que puedan revocar su mandato] tienen más en la cabeza la idea de hacer caer a los gobernantes*

y de provocar nuevas elecciones que el deseo de dotar de contenidos realmente efectivos a la relación representativa, cuando a mi juicio es eso segundo lo que importa y en lo que, por tanto, habría que poner todos los esfuerzos. Pienso así porque estoy de acuerdo con Habermas cuando dice que el elector debe estar en condiciones de asegurar una función crítica. Y, en mi sentir, esa función crítica no se asegura porque exista una nueva votación, esto es, porque se habilite un nuevo minuto para votar”³⁸.

4 CONCLUSIÓN

Vivimos un momento clave; la sociedad española reclama una regeneración, cambios y reformas en el funcionamiento de nuestras instituciones. Y creo que debemos ser capaces de dar respuestas en sede académica pero, sobre todo, política. Una respuesta que será clave para sostener el marco constitucional de 1978 cuyas bases, aquellas “decisiones políticas fundamentales” sobre las que se erigió nuestro modelo de convivencia, considero que mantienen plena vigencia: un Estado social y democrático de derecho, que reconoce la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político como sus valores superiores (art. 1 CE).

En este trabajo se ha hecho una discreta aportación desde la limitada posibilidad que pueden ofrecer los reglamentos parlamentarios para introducir nuevos mecanismos que ayuden a la revitalización de nuestro parlamentarismo, en la doble perspectiva de reforzar la dimensión del Parlamento como contrapoder y de dotar de vigor a su condición representativa. Por ello se han dejado fuera de estudio otras medidas que podrían alcanzarse a través de reformas en los reglamentos parlamentarios y que coadyuvarían a ese fin último de revitalizar el funcionamiento de nuestro Parlamento pero que desbordan los dos ejes aquí analizados. Entre otras, como ha estudiado Piedad García-Escudero, se pueden plantear mejoras en la función legislativa –reforzando el papel de las ponencias parlamentarias, repensando la necesidad de convalidar como leyes los decretos-ley o estableciendo sistemas de evaluación de las leyes...–; como también cabe trabajar en aras de una mayor transparencia, con la creación de un registro de organizaciones sociales y representativas de intereses ante las Cortes Generales³⁹; e, incluso, se ha de apostar por una ética en el ejercicio parlamentario que puede positivarse, más allá de las normas de incompatibilidad y de conflictos de intereses, en un código ético de conducta de los parlamentarios y de los *lobbies*⁴⁰.

En cualquier caso, debemos ser conscientes de que la regeneración democrática y la mejora de nuestras instituciones no puede conformarse con introducir pequeños cambios en la letra de una ley. Mucho más, debemos reconocer que hay reformas que el derecho puede asumir, pero otras que no. Como ha concluido el profesor Garrorena: “la regeneración de la democracia depende, antes que del derecho de la mayor o menor solidez de la sociedad civil, del grado y condición de la cultura política que hayan llegado a adquirir sus ciudadanos y, en última instancia, del tipo de moral colectiva que dicha sociedad posea”⁴¹. Una tarea en la que todos, ciudadanos y actores políticos, tenemos 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 y 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 y 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 y 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 y 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 Según sintetiza el profesor Manuel Aragón, “[l]a forma de Estado en España es la del Estado democrático (art. 1 CE) y autonómico (art. 2 CE). La forma de gobierno es la parlamentaria monárquica (arts. 1.3, 56, 64, 99 y 108-115, principalmente). En relación, pues, con la forma de gobierno [...] hay que decidir que se trata, pues, de un sistema parlamentario, donde el Gobierno ha de gozar de la confianza del Parlamento en el que la Jefatura del Estado la ostenta un Rey, que, como todo Rey parlamentario, carece de poderes propios” (Aragón Reyes, 2005: 27-28).
- 2 Kelsen, 2006: 90.
- 3 Tajadura Tejada, 2014: 171.
- 4 La lógica partitocrática lleva a que los partidos políticos copen las estructuras del Estado y, aún más, que se extiendan incluso a otros cuerpos sociales (piénsese, por ejemplo, en el control político de asociaciones o sindicatos que han pasado a ser peleles de unos partidos u otros), independizándose del interés de los electores para terminar imponiendo el del propio partido. Como advierte Alzaga Villaamil, 2012: 305: “La democracia parlamentaria, que encuentra su razón de ser en la idea nutricia de la representatividad, parece condenada irremisiblemente a sustentarse en los partidos políticos y la gran pregunta que han de responder los demócratas de nuestro tiempo es de tan simple enunciado como de compleja respuesta, ¿Operan los partidos en función del gran principio de la representación de la sociedad ante las instancias políticas? O, por el contrario, ¿Son meras máquinas neocaciquiles de control de la sociedad desde el poder político?”. Sugerente e imprescindible lectura sobre estas cuestiones es García Pelayo, 1986.
- 5 Cfr. Garrorena Morales, 2015: 187-188, sobre la crisis actual de la democracia representativa y sus signos más evidentes.
- 6 Garrorena Morales, 2015: 185.
- 7 Cfr. García-Escudero Márquez, 2015: 172, y Garrorena Morales, 2015: 188 y 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, y 2015: 181.
- 14 Entre otros, véase en especial García-Escudero Márquez, 2011: *in toto*, y 2015: 179 y 184 y ss.; García Roca, 1997: *in toto*; Rubio Llorente, 2014: 144; o Tajadura Tejada, 2014: 173-176.
- 15 Tajadura Tejada, 2014: 174.
- 16 Así, García-Escudero Márquez, 2015: 184 y Rubio Llorente, 2014: 145.
- 17 Tajadura Tejada, 2014: 175 y también García-Escudero Márquez, 2015: 189.
- 18 Aragón Reyes, 2005: 40.
- 19 Texto del conflicto de atribuciones entre el Congreso de los Diputados y el Congreso, interpuesto el 2 de junio de 2016, con firma de la Letrada de las Cortes Generales Dña. Paloma Martínez Santa María, p. 21.
- 20 Tajadura Tejada, 2014: 176. A este respecto, véanse también, recientemente, Garrorena Morales, 2015: 201 y García-Escudero Márquez, 2015: 188. De forma más extensa, Sánchez Navarro, 1995 y 1997, y López Aguilar, 1991.
- 21 En este sentido considero que, aunque se reconozca que el art. 23 CE reconoce unos derechos de configuración legal, no sería constitucionalmente legítimo privar de forma absoluta a ningún parlamentario de estos mecanismos de control. Ello porque cabe plantear que los diputados que en su día conformaron la mayoría para investir a un Presidente quieran ejercer un control sobre el mismo y reclamar información sobre sus actuaciones, como previo incluso a exigir la responsabilidad política.
- 22 Garrorena Morales, 2015: 201-202.
- 23 Cfr. Garrorena Morales, 2015: 201-202, Tajadura Tejada, 2014: 176, y García-Escudero Márquez, 2015: 188-189.
- 24 La posibilidad de que en las sesiones plenarias se ampliara el número de preguntas de la oposición, en particular las dirigidas al Presidente del Gobierno, y que pudieran presentarse sin formulación ni notificación previa, estaban previstas en el Acuerdo para un gobierno reformista y de progreso, suscrito entre el PSOE y Ciudadanos. El programa electoral del PSOE también preveía la presentación de preguntas orales en Pleno sin formulación previa y que de ellas la mitad fueran planteadas sin previa notificación a la presidencia.
- 25 La posibilidad de crear un órgano encargado de hacer un seguimiento de las mociones y de las proposiciones no de ley fue incluida en el programa electoral del PSOE para las elecciones celebradas en 2016.
- 26 Por ejemplo, en Alemania (art. 44.1 Ley Fundamental de Bonn) o Portugal (art. 178.4 Constitución de la República Portuguesa); y en Castilla y León (art. 50 Reglamento de las Cortes de Castilla y León) y Cataluña (art. 66.1 Reglamento del Parlamento de Cataluña).
- 27 Cfr. Escudero Márquez, 2015: 187-188.
- 28 Presno Linero, 2016: 201.
- 29 Presno Linero, 2016: 231-232.
- 30 Sobre esas cuestiones véanse, entre otros, Escudero Márquez, 2015: 206-211, y Presno Linero, 2016: 222-231.
- 31 Cfr. Presno Linero, 2016: 222-227.
- 32 Cfr. SSTC 101/1983, 118/1988 y 119/1990.
- 33 Cfr. Presno Linero, 2016: 213-222.
- 34 En nuestra doctrina, pueden verse, aunque ya distantes en el tiempo, los trabajos de González Ayala, 1988, y de Rodríguez-Aguilera de Prat, 1988. En Italia, entre otros muchos, cfr. Luciani, 2005, Berretta, 1985 y 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 véase también European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on the imperative mandate and similar partices*, adoptado el 14 de marzo de 2009.
- 39 Entre otras, puede verse a este respecto la Proposición de Ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes, presentada por el grupo parlamentario de Ciudadanos el 20 de septiembre de 2016 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 23 de septiembre de 2016, n. 33-1).
- 40 García-Escudero Márquez, 2015: 181-186, 193-206 y 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

Doctora en Derecho. Abogada y profesora asociada de Derecho Civil
Universidad 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 Las viviendas de uso turístico en Galicia. 2.1 Delimitación del concepto de vivienda de uso turístico. 2.1.1 Cesión del uso de la vivienda. 2.1.2 La habitualidad de la actividad turística. Duración de las estancias. 2.1.3 La comercialización de las viviendas de uso turístico. 2.1.4 La finalidad lucrativa. 2.2 Régimen jurídico y de funcionamiento de las viviendas de uso turístico. 2.2.1 Obligatoriedad de la presentación de la declaración responsable de inicio de actividad. 2.2.2 Requisitos y servicios mínimos de las viviendas de uso turístico. 2.2.3 Régimen de funcionamiento. 2.2.4 Situación de las viviendas de uso turístico. Limitaciones urbanísticas y estatutarias. 2.2.4.a Limitaciones urbanísticas. 2.2.4.b Limitaciones estatutarias. 3 El arrendamiento de temporada. 3.1 Caracterización del arrendamiento de temporada. 3.1.1 Cesión del uso de la vivienda. 3.1.2 Significado del término “temporada”. La finalidad del contrato. 3.2 Diferencias con el contrato de alojamiento turístico. 4 Conclusiones. 5 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas provocó, al añadir un nuevo apartado al artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (en adelante, LAU de 1994), concretamente la letra e), la exclusión del ámbito de aplicación de esta ley de “la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial”. Hasta entonces, tal cesión se encuadraba en el arrendamiento de temporada del artículo 3 de la LAU, un contrato de naturaleza civil que permitía a los propietarios de viviendas particulares alojar a sus huéspedes temporales, teniendo este alojamiento, en muchas ocasiones, un marcado carácter turístico.

A partir de ese momento, el contrato de cesión de viviendas para uso turístico¹ queda sujeto a la normativa sectorial específica de las comunidades autónomas², cuando exista y tenga en ella acogida, pues, de lo contrario, el contrato mantendrá su naturaleza civil como arrendamiento de temporada para uso vacacional y quedará sometido a la legislación arrendaticia³, que en este aspecto no sufre modificación.

En consecuencia, la calificación del concreto contrato como de alojamiento turístico o como arrendamiento de temporada tiene una gran trascendencia en lo que a la determinación de la norma aplicable se refiere. Consistiendo el contrato de arrendamiento de temporada en la cesión temporal y onerosa del uso de una vivienda sin que el arrendador se obligue a prestar servicio alguno en beneficio del arrendatario, se le aplicará la normativa arrendaticia (de forma imperativa los títulos I y IV y, supletoriamente, a la voluntad de las partes, algunos artículos del título III de la LAU de 1994) y, como derecho supletorio de segundo grado, las disposiciones del Código civil. No se le aplicará, en cambio, la reglamentación turística propia del contrato de alojamiento, que regirá los contratos de arrendamiento de viviendas de uso turístico, contratos mixtos de cesión de uso de un bien acompañado de la prestación de unos servicios, los propiamente turísticos⁴.

En la actualidad, el fenómeno de los alquileres turísticos de viviendas puede encuadrarse dentro del ámbito de la economía colaborativa⁵. Sin embargo, creo que esta delimitación no está exenta de discusión. Es cierto que este modelo de negocio se caracteriza porque las partes pueden llegar a establecer entre ellas una relación económica gracias a las diversas plataformas digitales existentes, con el objeto de lograr un aprovechamiento más eficiente de bienes y re-

cursos, quizás infrutilizados por su propietario, a cambio de una contraprestación económica que debe satisfacer el usuario. Pero no lo es menos que la expresión *sharing economy*⁶ encierra una contradicción en sí misma por cuanto la idea de colaborar, cercana a otras como compartir o intercambiar, es ajena a cualquier transacción mercantil. No obstante, los defensores de este tipo de actividad argumentan que la economía colaborativa se basa en compartir recursos entre oferentes y demandantes, generando así una colocación más eficaz y eficiente de los mismos gracias al poder de interconectividad que proporciona internet⁷.

En todo caso, es innegable el auge que esta modalidad arrendaticia ha experimentado en los últimos años en España⁸. El uso generalizado de internet y la crisis económica han contribuido a ello. Internet permite, por un lado, acceder de manera sencilla a abundante información sobre los diferentes destinos turísticos y su oferta de alojamientos, así como a opiniones que otros usuarios hayan compartido tras su estancia, y, por otro lado, facilita la contratación de nuevas modalidades de alojamiento, entre las que se encuentran las viviendas de uso turístico, cuyos precios, habitualmente más bajos que los de ciertos establecimientos turísticos tradicionales, resultan muy competitivos y, en consecuencia, asequibles aún en épocas de crisis económica.

Pero la contratación de viviendas de uso turístico plantea cuestiones de muy diversa índole, en ocasiones, ciertamente problemáticas, que afectan a sectores tan dispares como las administraciones públicas, los propietarios de los pisos destinados a fines turísticos, los vecinos del inmueble en que estos se ubiquen y los propios usuarios, cuyos derechos e intereses deben quedar salvaguardados con una regulación *ad hoc* que, además, permita erradicar la contratación ilegal. Baleares fue la pionera en la reglamentación de los contratos de alojamiento turístico⁹, seguida, entre otras comunidades autónomas, de Cataluña, la Comunidad de Madrid, Aragón, Canarias, Andalucía, País Vasco, Asturias y Castilla y León¹⁰, además de Galicia, que aprobó 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 Galicia¹¹, en base a la competencia sobre promoción y ordenación del turismo en el ámbito de la Comunidad Autónoma gallega que, en exclusiva, asumió Galicia en el art 27.21 del Estatuto de autonomía¹².

2 LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO EN GALICIA

La aplicación de las nuevas tecnologías al alquiler de viviendas vacacionales¹³ y la tendencia creciente a destinar la vivienda habitual a este fin, unidas a la demanda de este tipo de alojamientos por los consumidores y usuarios y a la propia coyuntura económica, evidenciaron la necesidad de regular esta nueva materia en el ámbito de la Comunidad Autónoma gallega¹⁴. Ello fue posible sobre la base de la competencia exclusiva asumida por esta, tal como hemos comentado anteriormente, para así dar respuesta a una demanda que provenía tanto del sector del alquiler de viviendas de uso turístico, como del sector hotelero, del de las administraciones implicadas y de los consumidores y usuarios¹⁵.

El propio preámbulo del decreto se refiere a la tendencia actual a alquilar la vivienda habitual por días o semanas, para fines turísticos, lo que precisamente se vio favorecido por el desarrollo de las nuevas tecnologías, dando lugar a la creación de empresas que a través de sus páginas webs ofertan este tipo de alojamientos para su contratación en línea, de forma rápida y sencilla¹⁶. Asimismo, recoge diversos problemas relacionados con la actividad turística, tales como su

impacto económico-social, su fiscalidad y tributación, la seguridad y satisfacción de las personas usuarias, la calidad de la oferta, las posibles molestias ocasionadas a los residentes del inmueble y a los ciudadanos, así como el intrusismo y la competencia desleal frente a empresas dedicadas al alojamiento turístico ya reglamentadas¹⁷. A todas estas cuestiones intenta dar respuesta el nuevo Decreto regulador de las viviendas de uso turístico, en la búsqueda de un marco de seguridad jurídica que precisan tanto los particulares como todo el sector turístico¹⁸.

2.1 Delimitación del concepto de vivienda de uso turístico

Conforme al artículo 5 del decreto “son viviendas de uso turístico las cedidas a terceras personas, de forma reiterada y a cambio de contraprestación económica, para una estancia de corta duración, amuebladas y equipadas en condiciones de inmediata disponibilidad y con las características previstas en este decreto. La cesión de este tipo de viviendas será de la totalidad de la vivienda, sin que se permita la cesión por estancias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.e) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos”.

2.1.1 Cesión del uso de la vivienda

El Decreto gallego 12/2017 exige que el arrendamiento para uso turístico sea de la totalidad de la vivienda y excluye explícitamente la cesión por habitaciones¹⁹, en consonancia con la casi totalidad de la normativa sectorial, que no incluye en el arrendamiento de viviendas para uso turístico el que sea para cesión de estancias, cumpliendo con lo dispuesto por la LAU en la materia, que exige de manera explícita que la cesión sea de la “totalidad de la vivienda”²⁰.

Sólo unas pocas regulaciones sectoriales admiten la cesión de habitaciones. Así se prevé por el artículo 5.1 del Decreto andaluz 28/2016, que diferencia entre viviendas con fines turísticos completas, cuando la vivienda se cede en su totalidad, y por habitaciones, en cuyo caso la persona propietaria debe residir en ella²¹. Esta última exigencia es prescrita por el artículo 54 de la Ley de turismo del País Vasco 13/2016, en el que se regula el alojamiento en habitaciones de viviendas particulares para uso turístico, cuando la vivienda particular es el lugar de residencia efectiva de la persona titular, separadamente de la cesión de viviendas completas para uso turístico del artículo 53 del mismo texto legal. En cambio, la regulación asturiana admite la cesión por habitaciones sin necesidad de que el propietario de la vivienda resida en ella, tal como prevé el artículo 12.1 del Decreto 48/2016, que también se refiere a la modalidad de cesión íntegra de la vivienda. A pesar de que esta última normativa no exige que el propietario resida en la vivienda, es habitual que conviva con los usuarios de su inmueble, a los que incluso es frecuente que acompañe en las visitas turísticas, además de otros servicios turísticos que pueda prestarles.

Sin embargo, el Decreto gallego 12/2017 apuesta por un alquiler turístico de la totalidad de la vivienda, claramente diferenciado de otras fórmulas de alojamiento turístico por habitaciones, tal es el caso de las pensiones, que ya existían y para las que ya había regulación específica, en la que las exigencias de calidad nada tienen que ver con las requeridas por la normativa objeto de estudio en el presente trabajo.

2.1.2 La habitualidad de la actividad turística. Duración de las estancias

Señala el Decreto gallego 12/2017 que la cesión de la vivienda a terceras personas debe hacerse de forma reiterada, para estancias de corta duración que, en todo caso, deben ser por tiempo inferior a treinta días consecutivos, dos o más veces dentro del período de un año (artículo 5.1 y 2).

La totalidad de las normativas autonómicas exigen habitualidad en el desempeño de esta actividad turística, y así se plasma en el artículo 66 del Decreto catalán 159/2012, que considera cesión reiterada cuando la vivienda se cede dos o más veces en el mismo año por periodos de tiempo continuo igual o inferior a 31 días. Asimismo, en el artículo 2 del Decreto canario 113/2015, que establece que la cesión de la vivienda debe hacerse dos o más veces dentro del período de un año o una vez al año, pero en repetidas ocasiones; y en el artículo 3.2 del Decreto madrileño 79/2014, que entiende por habitualidad el ejercicio de la actividad turística durante un período mínimo de tres meses continuados durante el año natural²². Otras regulaciones sectoriales, sin embargo, fijan como criterios que determinan la habitualidad que se facilite el alojamiento por tiempo inferior a un mes y, al menos, una o más veces y por tiempo máximo al año y que la oferta de la vivienda se haga a través de canales turísticos²³. El Decreto gallego 12/2017, en cambio, limita la pauta de la habitualidad a que haya cesión de la vivienda, tal como señalábamos, dos o más veces dentro del período de un año en estancias de corta duración, inferior a treinta días consecutivos, sin que se haga alusión a los canales de oferta turística.

Teniendo en cuenta los diferentes períodos de cesión de las viviendas de uso turístico marcados por las distintas normativas sectoriales, cabría plantearse si tales prácticas turísticas son o no compatibles con que el propietario de la vivienda tenga en ella su residencia habitual en los tiempos en que no la tenga arrendada. El Decreto madrileño 79/2014 señala en su artículo 3.1 que la prestación del servicio de alojamiento en viviendas de uso turístico se ejercerá de forma profesional y habitual, para añadir en el artículo 6 que las viviendas de uso turístico no podrán utilizarse como residencia permanente. No parece, a pesar de la falta de claridad del precepto, que la prohibición que contiene se refiera al propietario de la vivienda, sino más bien al usuario que la arrienda, y así se recoge de manera muy precisa en el artículo 17.3 del Decreto asturiano cuando señala que los alojamientos turísticos regulados en esta norma no se pueden convertir en residencia principal ni secundaria de las personas usuarias turísticas en ningún caso. En otras regulaciones sectoriales se especifica que la condición de vivienda de uso turístico impide a la persona titular alegar la condición de domicilio a los efectos de impedir la actuación inspectora de las autoridades competentes²⁴.

A la vista de las referencias normativas que contienen algunos decretos turísticos, creo que es posible concluir el reconocimiento que se hace de la compatibilidad del ejercicio de la actividad turística en una vivienda con la fijación en la misma de la residencia habitual de su propietario, que podrá compaginarse, asimismo, con el arrendamiento de temporada de la LAU cuando los períodos de cesión de la vivienda de uso turístico superen los límites marcados por la regulación autonómica. En Galicia, en concreto, cuando la estancia vacacional sea superior a treinta días consecutivos ya no queda sujeta al decreto turístico, sin perjuicio de que pueda acogerse al arrendamiento de temporada de la LAU.

2.1.3 La comercialización de las viviendas de uso turístico

La comercialización de las viviendas de uso turístico en Galicia podrá ser realizada, tal como señala el artículo 5.1 del Decreto gallego 12/2017, por las empresas turísticas que, de manera habitual y profesional, prestan servicios, mediante contraprestación económica, en el ámbito de la actividad turística de alojamiento, restauración e intermediación o en relación con cualquier otro tipo de servicios que pudieran ser calificados como turísticos por la Administración autonómica gallega (artículo 33.1 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia). También la podrán hacer los propios propietarios de la vivienda²⁵ o la persona física o jurídica que los represente, lo que constituye una peculiaridad de la normativa gallega, compartida con la catalana.

No se refiere, en cambio, el Decreto gallego a los canales de oferta turística como el modo para realizar la comercialización y promoción de las viviendas de uso turístico. Tampoco el Decreto catalán 159/2012 alude a ellos y el Decreto madrileño 79/2014 se queda en una simple mención²⁶, sin pararse a concretar qué debe entenderse por tal expresión. Otras normativas autonómicas, sin embargo, señalan que la promoción o comercialización de las viviendas de uso turístico debe hacerse a través de los canales de oferta turística, que no definen, limitándose a incluir en el concepto a las agencias de viajes, centrales de reserva u otras empresas de mediación y organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación virtuales, así como la inserción de publicidad en los espacios de los medios de comunicación social relacionados con los viajes y estancias en lugares distintos a los del entorno habitual de los turistas, tal como se recoge en el artículo 2.b) del Decreto aragonés 80/2015²⁷.

Sobre el particular, cierta doctrina señala la conveniencia de hacer una delimitación pormenorizada de los canales de oferta turística y estima la necesidad de recoger un listado tasado que englobe el mayor número de opciones y que no se limite a vías que tomen como eje central la figura de internet²⁸. Aduce para ello que, debido a que los mecanismos de publicidad y de contacto con el turista que busca un alojamiento son múltiples, es necesario ofrecer una delimitación amplia al respecto²⁹. Sin embargo, confeccionar listas cerradas de los medios de promoción de las viviendas de uso turístico puede generar más problemas que soluciones, por tratarse de un campo en continua expansión que convertiría en obsoleto cualquier intento de listado delimitado.

Por ello, el criterio flexible y amplio adoptado por el Decreto gallego 12/2017 constituye una solución acertada. Se ha optado por omitir toda referencia a los canales de oferta turística como únicos instrumentos de comercialización y promoción de las viviendas de uso turístico, con lo que se consigue evidenciar que existen tres formas diferentes de comercialización de las mismas; por un lado, la comercialización podrá hacerse a través de empresas turísticas (agencias de viajes, centrales de reservas u otras empresas de mediación y organización de servicios turísticos); por otro lado, podrán ser los propios propietarios, como personas físicas, quienes den a conocer su inmueble a través de blogs o páginas web creadas por ellos mismos; finalmente, también podrán comercializar estas viviendas ciertas personas jurídicas que no tengan la consideración de empresas turísticas, tales como inmobiliarias o plataformas de comercialización, donde colocar una oferta que llega a un elevado número de potenciales usuarios.

2.1.4 La finalidad lucrativa

Por tratarse de un contrato de arrendamiento³⁰, la cesión del uso de la vivienda por terceras personas para fines turísticos se hará a cambio de una contraprestación económica, tal como se recoge en el artículo 5.1 del Decreto gallego 12/2017³¹, sin concretar el régimen de precios y reservas³².

En cambio, en las demás reglamentaciones sectoriales se hacen diferentes especificaciones en orden a perfilar la necesidad de que los precios se expongan en cada vivienda en lugar visible, para añadir en algún caso que se entenderá que incluyen los suministros de agua, energía y climatización, así como el uso de ropa de cama y baño y limpieza de habitaciones (artículo 19 del Decreto madrileño y artículo 8 del Decreto andaluz). En otros textos se señala que su cuantía será libre (artículo 11 del Decreto aragonés), o bien que no se podrán cobrar precios superiores o por conceptos diferentes de los solicitados u ofertados (artículo 11 del Decreto canario y 30 del Decreto de Castilla y León). También se especifica en alguna reglamentación, que los precios no pueden vulnerar la normativa de protección de los consumidores y usuarios (artículo 21 del Decreto asturiano), como también consta en el texto gallego.

2.2 Régimen jurídico y de funcionamiento de las viviendas de uso turístico

Todas las normativas sectoriales exigen, sin excepción, la presentación de una declaración responsable de inicio de actividad con la que comienza todo el proceso encaminado a la obtención de la condición de vivienda de uso turístico. El registro de entrada que se plasma en la declaración acredita que se ha cumplido con la obligación de presentar la declaración responsable y habilita para poder ejercer en el inmueble la actividad turística de forma reglada³³.

2.2.1 Obligatoriedad de la presentación de la declaración responsable de inicio de actividad

Para el inicio de la actividad turística en la modalidad de viviendas de uso turístico, exige el artículo 41 del Decreto gallego 12/2017, con carácter obligatorio, la presentación de una declaración responsable de inicio de actividad³⁴, suscrita por el propietario o persona física o jurídica que lo represente, ante el área provincial de la Agencia de Turismo de Galicia en que radique la vivienda, previo pago de las tasas correspondientes, que ascienden a 56,26 € y habrán de pagarse una sola vez.

La declaración responsable debe contener los datos de la vivienda y de su capacidad máxima, los datos de la persona propietaria, un número de teléfono en el que se atenderán posibles incidencias de los usuarios las 24 horas del día y los datos de la persona o empresa que comercialice la vivienda cuando no sea el propietario quien lo haga. Se acompañará del documento acreditativo de la personalidad jurídica del solicitante, del título o contrato que pruebe la libre disponibilidad de la vivienda por su propietario, del título suficiente para la comercialización de la vivienda, así como de la licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad³⁵ o certificado final de obra expedido por personal técnico competente³⁶ y del seguro de responsabilidad civil del propietario que cubra los riesgos de los usuarios del establecimiento por daños corporales, daños materiales y los perjuicios económicos derivados del desarrollo de la actividad turística³⁷.

Los expedientes se elevarán a la Agencia Turismo de Galicia, cuya área provincial inscribirá de oficio el establecimiento en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas de la Comunidad Autónoma de Galicia (REAT)³⁸ y emitirá un documento que acredite tal inscripción, salvo que se hayan omitido datos o documentos de carácter esencial, o que se desprenda de la declaración responsable que no reúne los requisitos exigidos por el decreto. La inscripción se notificará a la persona interesada en el plazo de 15 días contados desde la fecha de entrada de la declaración responsable en el registro del área provincial correspondiente de la Agencia Turismo de Galicia.

La presentación de la declaración responsable habilita para el ejercicio de la actividad turística de vivienda de uso turístico³⁹, aunque no exime al propietario o persona o empresa que comercialice la vivienda de la obligación de obtener las autorizaciones, permisos, licencias o informes que establezcan las distintas normativas sectoriales y municipales.

Si la declaración responsable, tal como señala el artículo 42.2 del Decreto gallego 12/2017, contiene alguna deficiencia u omisión de carácter esencial en los datos o manifestaciones, o no va acompañada de la documentación exigida, se requerirá a la persona interesada para que, en un plazo de 10 días, subsane el defecto y, si no lo hace, estará imposibilitada para el ejercicio de la actividad, sin perjuicio de las posibles responsabilidades penales, civiles o administrativas que puedan generarse. Se dará, además, audiencia a la persona interesada y la Dirección de la Agencia Turismo de Galicia dictará una resolución. Si esta resolución declarase la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de los datos declarados, o que no se ha aportado la documentación exigida, o el incumplimiento de los requisitos aplicables, determinará la baja de la vivienda de uso turístico y la cancelación de su inscripción en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas de la Comunidad Autónoma de Galicia. Asimismo, impedirá al interesado presentar una nueva declaración responsable con el mismo objeto en el plazo fijado en la propia resolución, que será de entre dos y seis meses, sin perjuicio de que también pueda imponerle la obligación de restituir la situación jurídica al momento previo al ejercicio de la actividad⁴⁰.

2.2.2 Requisitos y servicios mínimos de las viviendas de uso turístico

Si bien todas las comunidades autónomas participaron en la elaboración de unas bases homogéneas para la determinación de las prestaciones que deben ofrecer las viviendas de uso turístico, lo cierto es que, comparativamente, el decreto gallego es menos restrictivo que la normativa sectorial de otras comunidades autónomas, pues no exige requisitos como el establecimiento de un mínimo de habitaciones o estancias, o el servicio wifi, o utensilios o equipamiento específico, o información en castellano e inglés, que sí requieren otras regulaciones⁴¹.

Los requisitos y servicios mínimos exigidos en Galicia son de carácter genérico al establecer que las viviendas de uso turístico deben estar suficientemente amuebladas y dotadas de los aparatos y enseres necesarios para su utilización inmediata –no se especifica el número de muebles ni su clase–, en perfectas condiciones higiénicas⁴². La comercializadora del establecimiento podrá presentar al usuario, al comienzo de la estancia, un inventario detallado del mobiliario, aparatos y complementos⁴³, pudiendo realizarse una comprobación al término de la estancia.

Necesariamente, las viviendas de uso turístico deben contar con calefacción⁴⁴ en todas las dependencias, que deberá funcionar los meses de octubre a mayo⁴⁵, con un número de teléfono 24 horas para resolver posibles incidencias del usuario⁴⁶ y con servicio de asistencia y mantenimiento de la vivienda⁴⁷. Asimismo, deben exhibir en lugar visible un rótulo informativo

de la disponibilidad de las hojas de reclamación de turismo –que se entregarán a los usuarios de forma inmediata cuando las soliciten– y de la copia de la declaración responsable de inicio de actividad⁴⁸.

Es preciso, además, que se cumpla con la normativa sobre promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas prevista para los edificios de uso privado⁴⁹. No prevé, en cambio, el Decreto gallego 12/2017 la necesidad de que en la puerta de entrada de cada vivienda de uso turístico haya de exhibirse, en lugar visible, una placa distintiva⁵⁰, a diferencia de lo que ocurre en otras comunidades autónomas⁵¹. Esta disparidad puede responder a la intención del redactor de marcar diferencias con el resto de establecimientos turísticos⁵², a los que se les exige que cumplan determinadas normativas con unas exigencias muy concretas de calidad, que no se requieren a las viviendas de uso turístico. La placa distintiva se convierte, así, en un sello de calidad que, en modo alguno, se reconoce en el texto a las viviendas de uso turístico, a las que únicamente se exigen unos mínimos de calidad que no pueden homologarse a los de otros alojamientos turísticos, para los que las exigencias legales son mucho más estrictas y exigentes.

2.2.3 Régimen de funcionamiento

Las viviendas de uso turístico gallegas podrán disponer de normas de régimen interior que establezcan reglas de obligado cumplimiento para las personas usuarias durante su estancia sin que, en ningún caso, puedan suponer discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social⁵³.

Las normas de régimen interior, que estarán visadas por la Administración turística y a disposición de los usuarios en un lugar visible de la vivienda, podrán determinar las condiciones de admisión, las reglas de convivencia y funcionamiento, así como todo aquello que permita y favorezca el uso normal de las instalaciones, equipamientos y servicios, sin que puedan contravenir lo dispuesto en la legislación vigente. Llama la atención que el Decreto gallego 12/2017 tan sólo faculte al explotador de la vivienda de uso turístico para establecer un reglamento de régimen interno y para incluir en él las mencionadas especificaciones⁵⁴ y, sin embargo, sería conveniente que se exigiese un documento que contuviese unas mínimas normas de uso de las instalaciones de la propia vivienda y de convivencia, que evitaría infinidad de problemas y favorecería la normal y pacífica convivencia entre los usuarios y los vecinos del inmueble.

Se prevé, no obstante, en el texto gallego que en el caso de que el usuario atente contra las reglas básicas de convivencia, que no especifica, o incumpla las ordenanzas municipales dictadas al efecto, la persona titular de la propiedad o la persona que se encargue de su gestión debe requerir al usuario para que abandone la vivienda⁵⁵. Esta solución habría de adoptarse, también, en los casos en que el usuario no desocupe la vivienda después de expirar el plazo contratado, sin perjuicio de acudir a la Policía, si fuese necesario. Se trata de una medida que reduce drásticamente los plazos para hacer efectivas las consecuencias del incumplimiento de las normas de convivencia de la comunidad de propietarios, en consonancia con el carácter turístico de la actividad. Asimismo, favorece el desalojo de la vivienda una vez transcurrido el plazo convenido, frente a las disposiciones que se adoptan en virtud de resolución judicial en los arrendamientos civiles, que normalmente se dilatan en el tiempo, por lo que, a la postre, aquella medida resulta más eficaz.

Sí se exige, en cambio, con carácter obligatorio, la llevanza de libros de registro y partes de entrada de viajeros, de igual modo que en el resto de establecimientos turísticos, que deberán

remitirse a la Policía⁵⁶ –de esta forma se tiene constancia de los transeúntes, con particular trascendencia en los casos que acabamos de referir de incumplimiento de las normas de régimen interior y de convivencia en el inmueble y de falta de desalojo expirado el plazo contratado– y a la Guardia Civil. No se exige, en cambio, que las partes hayan de firmar contrato alguno, porque la cesión turística de la vivienda puede hacerse verbalmente, siendo necesario que se plasme por escrito cuando alguna de ellas así lo solicite.

2.2.4 Situación de las viviendas de uso turístico. Limitaciones urbanísticas y estatutarias

Existen limitaciones a las viviendas de uso turístico tanto por los usos del suelo, de acuerdo con las normas urbanísticas, como por las propias normas de funcionamiento de la comunidad de propietarios en que esté ubicado el establecimiento turístico⁵⁷. Se trata, quizás, junto con la cuestión de si el arrendamiento de viviendas de uso turístico ha de ser de la totalidad del inmueble o es admisible por habitaciones, de una de las previsiones normativas que provocan mayor contestación entre los propietarios de las mismas.

2.2.4.a Limitaciones urbanísticas

El Decreto gallego 12/2017, que en su redacción final añade, acertadamente, dos nuevos apartados al artículo 5, con los números 6 y 7 –que no estaban incluidos en el Proyecto de Decreto de 2016 por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia–, deja a la autonomía municipal la posibilidad de establecer limitaciones al establecimiento de viviendas de uso turístico. Asimismo, regula con cierta pormenorización la calificación del ámbito de las viviendas de uso turístico.

En Galicia estarán situadas en suelo de uso residencial y sólo podrán estar situadas en suelo de uso distinto al residencial cuando la normativa urbanística lo permita⁵⁸. Los ayuntamientos gallegos podrán establecer limitaciones en cuanto al número máximo de viviendas de uso turístico por edificio o por sector. En el caso de que la vivienda esté situada en suelo rústico, únicamente podrán tener la condición de vivienda de uso turístico las edificaciones legalmente existentes⁵⁹.

En general, las demás normativas autonómicas no inciden significativamente en los aspectos urbanísticos relacionados con la ubicación de las viviendas de uso turístico⁶⁰. Excepcionalmente, la normativa canaria 113/2015, que prohíbe el alquiler vacacional en suelos, zonas y urbanizaciones turísticas, es especialmente detallista en la materia, estableciendo que únicamente se aplicará el Decreto regulador de las viviendas vacacionales a las edificadas de acuerdo con la normativa urbanística y a las determinaciones del planeamiento sobre usos del suelo y la edificación, quedando expresamente excluidas de su ámbito de aplicación las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas⁶¹.

2.2.4.b Limitaciones estatutarias

No podrá dedicarse una vivienda al uso turístico si está prohibida por los estatutos de la comunidad de propietarios debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal⁶².

Cabe recordar que el artículo 7.2 de la Ley de propiedad horizontal señala que al propietario y al ocupante del piso o local en régimen de propiedad horizontal no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, aun cuando se haya obtenido una autorización administrativa para el desarrollo de la actividad. En consecuencia, salvo que los estatutos de la comunidad de propietarios prohíban expresamente a los propietarios del inmueble el uso de las viviendas para fines turísticos, podrán dedicarse los pisos en régimen de propiedad horizontal a actividades de esta índole.

Ahora bien, es posible que los estatutos comunitarios no contengan previsión al respecto, en cuyo caso las posibilidades de que se plasme tal prohibición una vez iniciada la actividad turística son mínimas cuando alguno de los propietarios quisiese destinar su vivienda a fines turísticos. La razón no es otra que la necesidad de que una modificación de los estatutos de la comunidad de propietarios se realice, según el artículo 17.6 de la Ley de propiedad horizontal, por unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación. Debemos tener en cuenta que entre los propietarios que voten el acuerdo se encontrará el propietario de la vivienda de uso turístico que, lógicamente, no votará a favor de la prohibición. En consecuencia, aunque el redactor del Decreto gallego 12/2017 ha puesto en manos de las comunidades de propietarios un instrumento que les permita limitar el ejercicio de la actividad turística en las viviendas del inmueble, lo cierto es que, dada la redacción de la Ley de propiedad horizontal, los límites a la actividad turística son difíciles de incluir en los estatutos de la comunidad⁶³.

Hay que tener en cuenta que, fundamentalmente en Cataluña, los problemas de convivencia entre los turistas que optan por esta modalidad de alojamiento y los vecinos de los inmuebles han adquirido importantes dimensiones. La jurisprudencia venía considerando que esta actividad turística tenía la connotación de molesta⁶⁴, pero este criterio jurisprudencial varió en la STSJ de Cataluña de 19 de mayo de 2016⁶⁵, que considera que el uso turístico de las viviendas no supone una actividad contraria a la convivencia normal en una comunidad de vecinos⁶⁶ al establecer en su F. J. 4.º que “no puede concluirse en abstracto que la existencia de viviendas de uso turístico supone una actividad contraria a la convivencia normal en la comunidad, sino que es necesario que el uso que se hace pueda tildarse de anómalo o antisocial, como consecuencia de una serie de conductas o actuaciones que merezcan la consideración de incívicas. Aunque este análisis deberá producirse caso por caso”⁶⁷, lo que permitirá mantener un difícil equilibrio entre los intereses de los propietarios que quieran dedicar a la actividad turística su vivienda y los de los vecinos del inmueble que, en muchas ocasiones, sufren las consecuencias negativas de la existencia de una vivienda destinada a fines turísticos dentro de la comunidad, entre otras, los ruidos o el desgaste o mal uso de los elementos comunes por los turistas o, incluso, la pérdida de valor de su vivienda en el mercado inmobiliario⁶⁸.

3 EL ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA

Si bien señala el artículo 3.2 de la LAU que tendrán la consideración de arrendamiento para uso distinto del de vivienda “los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea esta de verano o cualquier otra”, es el artículo 3.1 del mismo texto legal el que define el arrendamiento de temporada como aquel que, recayendo sobre fincas urbanas, tenga

como destino primordial uno distinto al de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario.

3.1 Caracterización del arrendamiento de temporada

El contrato de arrendamiento de temporada, por el que el propietario cede el uso de su inmueble al arrendatario por un precio, presenta diversos rasgos singulares que lo diferencian del contrato de alojamiento turístico, a la vez que determina para las partes un régimen de derechos y deberes que no se establecen en los contratos de cesión de viviendas turísticas. En este sentido, por ser particularmente significativas, cabría referirse a la obligación del arrendatario de temporada de satisfacer la fianza (artículo 36 de la LAU de 1994), así como al derecho de adquisición preferente (artículo 31 de la LAU de 1994), salvo pacto en contrario, en caso de venta de la vivienda arrendada⁶⁹; también a la obligación del arrendador de realizar las reparaciones que precise la vivienda (arts. 30 y 21 de la LAU de 1994), que suelen hacerse fuera de temporada, y a la facultad que tiene para resolver el contrato por falta de pago de la renta o por incumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones (arts. 35 y 21 de la LAU de 1994).

3.1.1 Cesión del uso de la vivienda

Por tratarse de un contrato de arrendamiento, el de temporada tiene por objeto la cesión del uso del inmueble, también con carácter temporal y oneroso, a cambio de un precio, como ocurre en los alojamientos turísticos, tal como hemos examinado. Sin embargo, a diferencia de estos, en el arrendamiento de temporada es suficiente con entregar la vivienda –sin que la entrega haya de referirse a un inmueble con unas dependencias que deban reunir unas características determinadas de acondicionamiento previstas en la normativa autonómica turística–, y el propietario no tiene obligación de prestar al arrendatario servicio alguno complementario de carácter turístico.

Además, dado que habitualmente los contratos de temporada se celebran, precisamente, durante la temporada de verano, es posible que el propietario de la vivienda fije en ella su residencia habitual⁷⁰. En Galicia, teniendo en cuenta la flexibilidad de la regulación autonómica de las viviendas de uso turístico, en la misma vivienda el propietario también podrá realizar la actividad turística de explotación del inmueble siempre que la duración máxima de la estancia sea inferior a treinta días consecutivos, dos o más veces durante el mismo año, tal como hemos estudiado anteriormente. De esta forma, las posibilidades de uso y explotación de las viviendas por sus propietarios aumentan de forma significativa, siempre que se cumpla con las previsiones contempladas en la LAU, en el Código civil y en la normativa sectorial.

3.1.2 Significado del término “temporada”. La finalidad del contrato

La temporalidad de esta modalidad arrendaticia no se refiere a que la duración del contrato haya de ser breve, como ocurre en los alojamientos turísticos, sino que tiene que ver con la finalidad perseguida con la celebración del mismo, que no puede ser la de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario⁷¹, propia del arrendamiento de vivienda del artículo 2 de la LAU, porque, como decíamos, el contrato que nos ocupa es de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda del artículo 3 de la LAU.

La doctrina, al comentar la LAU de 1964⁷², ya señalaba que el concepto de temporalidad no aparecía con precisión, pero que la referencia que el artículo 2.1 del citado texto legal hacía a la “temporada de verano o cualquier otra” parecía indicar la intención de que se considerase arriendo de temporada el destinado a satisfacer necesidades del arrendatario de carácter no permanente o de duración ocasional, ya limitado a un período de duración inferior al año, como por ejemplo algunas de las estaciones naturales, o a una campaña industrial o agrícola, o a una sucesión de tales períodos de tiempo.

En el mismo sentido se manifestaba la jurisprudencia, en concreto, la STS de 19 de febrero de 1982⁷³, que en su considerando 2.º establecía:

“Que la nota esencial que caracteriza a los arrendamientos de temporada a que se refiere en su n. 1.º el artículo 2.º de la LAU para excluirlos de las normas reguladoras de la misma, y quedar sujetos, únicamente, a lo expresamente pactado y a las leyes comunes, es la de haberse convenido el uso y disfrute, mediante el pago de la renta correspondiente, de una vivienda o local de negocio durante un plazo concertado en atención no a la necesidad permanente que el arrendatario tenga de ocupar aquella para que le sirva de habitual residencia familiar o un local donde establecer con carácter permanente de un negocio o industria, sino para desarrollar de una manera accidental y en épocas determinadas estas actividades negociales o para habitar transitoriamente y por razones diversas, debiendo entenderse este requisito de «temporalidad» de un modo amplio y flexible cuando claramente se infiera que el uso y ocupación de que el inmueble es objeto responda a exigencias circunstanciales, esporádicas o accidentales determinantes del contrato y elevadas expresamente a la condición de causa por las partes, como sucede en el presente caso, y no a la necesidad de habitar permanentemente o de la adecuada instalación del negocio o industria del ininterrumpido desenvolvimiento, ya que el requisito de la temporalidad de la ocupación guarda relación no con el plazo de duración simplemente cronológico, sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento determinante de su ocupación”.

Con la LAU de 1994 el sentido del término “temporada” no varió, y así se recoge en el artículo 3.2, porque “para que el contrato pueda ser calificado como de temporada, se requiere que la razón o la causa de la ocupación de la vivienda no sea la de atender o satisfacer la necesidad permanente que el arrendatario tenga de ocuparla para que le sirva de habitual residencia familiar, sino la de atender exigencias circunstanciales, esporádicas o accidentales”, tal como señala la SAP de Asturias de 9 de abril de 2001⁷⁴ en su FJ 2.º, que sigue el criterio jurisprudencial común a las sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, interpretando el requisito de la temporalidad de un modo amplio y flexible⁷⁵. Pero con una diferencia importante respecto de la LAU de 1964, porque, si bien esta última se refería a las fincas cuyo arrendatario las ocupe únicamente por la temporada de verano o cualquier otra, la LAU de 1994 alude a los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea esta de verano o cualquier otra. Si en la LAU de 1964 era determinante el período efectivo de ocupación de la finca, conforme a la LAU de 1994, prima el plazo pactado por las partes a la celebración del contrato, en clara consonancia con la LAU de 1946⁷⁶, porque para calificar un contrato de arrendamiento como de temporada habrá de atenderse a la voluntad de las partes plasmada en el contrato. En este sentido, señala la jurisprudencia que la causa de la temporalidad tiene que constar en el contrato y, tal como expresa la SAP de Barcelona de 1 de junio de 2004⁷⁷ en su FJ 2.º:

“Debe ser real y verdadera la razón por la que se ocupa la vivienda circunstancialmente como residencia transitoria. No basta concertar el contrato por un plazo breve coincidente con una temporada del año para calificarlo conforme al artículo 3.2 LAU, que expresamente recoge el concepto de arrendamiento para uso distinto del de vivienda”.

Del mismo modo, celebrado un contrato de arrendamiento por un plazo superior al de temporada, aunque la ocupación efectiva del inmueble sea por un período inferior, si esta cubre la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, el arrendamiento será de vivienda y no de temporada⁷⁸, como lo es también el contrato que, aunque temporal, satisface la referida necesidad permanente de vivienda del arrendatario, y así lo recoge la SAP de Las Palmas de 7 de febrero de 1997⁷⁹.

Lo cierto es que la calificación del contrato de arrendamiento de temporada no deriva del plazo concertado, ni de cómo se fijó la duración del arrendamiento, ni de la forma establecida para el pago de la renta, sino de la finalidad de la ocupación⁸⁰, esto es, que se destine a un uso accidental y en épocas determinadas por razón de circunstancias distintas de la instalación de la residencia permanente y domicilio habitual. Por ejemplo, que la ocupación de la vivienda sea con “carácter temporal y puntual” por razón de tener que desplazarse a la localidad para poder atender mejor a sus padres⁸¹, o “en los meses de verano, Navidad, otras festividades y algunos fines de semana”⁸², o “en la época de verano, en los fines de semana y en ocasiones similares”⁸³. De todas formas, señala la doctrina, si el plazo es inferior a un año se presume que se trata de un arrendamiento de temporada⁸⁴.

Pero, ¿qué ocurre en los supuestos en que a la celebración del arrendamiento de temporada las partes pactan que la duración del contrato será por más de una temporada, esto es, que el arrendatario ocupará la vivienda en años sucesivos en la misma época del año, por ejemplo, durante el verano? La doctrina, acertadamente, se muestra favorable a considerar que en el caso planteado habría arrendamiento de temporada, porque el uso de la finca se pacta por una determinada temporada del año, que se extiende a varias temporadas⁸⁵ en años sucesivos, en base a la jurisprudencia dictada sobre el particular vigente la LAU de 1964⁸⁶, que todavía se sigue en la actualidad, y así lo confirma la SAP de Málaga de 16 de febrero de 2001⁸⁷ cuando califica de contratos de arrendamiento de temporada los suscritos sucesivamente durante cuatro años, porque “la sucesión de los distintos contratos de arriendo no determina por sí sola el carácter de domicilio habitual del apelante”.

Distinto sería el supuesto planteado por la SAP de Málaga de 19 de julio de 2001⁸⁸, en el que se celebró un contrato de arrendamiento de vivienda que se fue renovando sucesivamente durante más de diez años, sin que la finalidad del mismo fuese “vacacional, de recreo, o de conveniencia, comodidad o capricho”, siendo ocupado por el inquilino de modo permanente como lugar de residencia habitual, pues tenía la vivienda “a su entera disposición” todo el año, como indica la propia resolución judicial en su F.J. 2.º, lo que impide su calificación como arrendamiento de temporada, no obstante ser titulado como tal el propio contrato en discusión.

3.2 Diferencias con el contrato de alojamiento turístico

Además de distinguirse por la normativa aplicable a uno y otro contrato –al arrendamiento de temporada la Ley de arrendamientos urbanos y el Código civil y al contrato de alojamiento turístico la normativa sectorial respectiva–, por el objeto sobre el que recae el contrato –en el arrendamiento de temporada una vivienda que no ha de tener unas características físicas y de

equipamiento concretas, que sí se exigen a la que constituye el objeto del contrato turístico– y por la falta de prestación de servicios complementarios por el arrendador en el arrendamiento de temporada, que sí se prestan en el contrato de alojamiento turístico, tal como hemos estudiado anteriormente, ambos tipos contractuales muestran importantes diferencias que pasamos a considerar.

Para poder celebrar un contrato de arrendamiento de temporada basta con tener la titularidad de un inmueble, sin que sea necesario hacer declaración de inicio de actividad alguna o inscribirse en algún registro administrativo o contar con algún tipo de autorización o licencia, que sí se exigen al propietario que quiera celebrar un contrato de alojamiento turístico con anterioridad al inicio de la actividad.

En cuanto a la duración del contrato, aunque en ambos contratos será la que las partes hayan acordado libremente, en el arrendamiento de temporada será por un plazo breve, de temporada, que no implique la satisfacción de la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, sin que la LAU establezca plazo mínimo o máximo alguno, a diferencia de la normativa que regula el contrato de alojamiento turístico, que establece, con carácter general⁸⁹, que la duración del contrato no podrá exceder de cierto tiempo.

Por lo que se refiere a la forma del contrato, rige el principio de libertad de forma para el arrendamiento de temporada, lo que implica que puede realizarse oralmente o por escrito, al igual que el contrato de alojamiento turístico, con la particularidad en este último de que a la entrada del usuario debe cubrirse un parte de entrada de viajeros, en el que han de plasmarse los datos del establecimiento (NIF, nombre del establecimiento, municipio y provincia) así como los datos del usuario (DNI o pasaporte, nombre y apellidos, sexo, fecha de nacimiento, nacionalidad y fecha de entrada). Además, figurará en esta hoja-registro la fecha en que se cubre, el sello del establecimiento y la firma del viajero.

Por otro lado, en el contrato de arrendamiento de temporada el arrendador no tiene obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil, que sí se exige en el contrato de alojamiento turístico. Asimismo, este último se comercializa y promociona a través de diferentes canales de oferta turística –posibilidad ajena al contrato de arrendamiento de temporada–, previéndose en algunas regulaciones sectoriales que también pueda ser comercializado directamente por los propios propietarios.

En el contrato de arrendamiento de temporada, el arrendatario que no abandona voluntariamente el inmueble finalizado el contrato será desahuciado; en el contrato de alojamiento turístico las medidas que deben seguirse se limitan, tal como hemos referido en páginas precedentes, a ponerlo en conocimiento de la policía para que pueda actuar en consecuencia.

Mientras que el arrendamiento de temporada se considera de uso residencial⁹⁰ –por lo que sólo podrá celebrarse en suelo destinado a uso residencial–, aunque sea por temporadas cortas –de días o semanas–, por lo que no se ve afectado por las prohibiciones que, en cuanto a actividades turísticas, puedan contener los estatutos de la comunidad de propietarios en que esté situada la vivienda, el contrato de alojamiento turístico –que sólo podrán celebrarse respetando las exigencias que en materia urbanística haya establecido la normativa autonómica respectiva– se ve constreñido por la normativa estatutaria que pueda existir en cuanto a la propia existencia de la actividad turística y a lo que en ella se haya previsto sobre actividades molestas en el edificio.

4 CONCLUSIONES

La exclusión por la Ley 4/2013, de 4 de junio, del ámbito de aplicación de la LAU de 1994 de la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, determinó que las comunidades autónomas hayan ejercido su competencia exclusiva en materia de viviendas de alquiler de uso turístico. El Decreto gallego 12/2017 incluye como principal novedad la regulación de las viviendas de uso turístico, referida exclusivamente a las viviendas que se alquilen en su totalidad, en respuesta a la exigencia contenida en el nuevo apartado e) del artículo 5 de la LAU de 1994, y por períodos inferiores a 30 días y dos veces o más durante un año, lo que no impide que sean de aplicación a los arrendamientos vacacionales por tiempo superior, que podrán realizarse, las previsiones de la LAU de 1994.

Singulariza la normativa gallega, frente al resto de regulaciones autonómicas, a excepción de la catalana, la previsión que contiene sobre la comercialización de las viviendas de uso turístico, que en Galicia no sólo podrá ser realizadas a través de empresas turísticas, sino también por personas jurídicas comercializadoras y por los propios propietarios. Esta pluralidad de vías para la promoción y publicidad de estos contratos de alojamiento, fiel reflejo del carácter flexible de la norma, favorece significativamente su celebración.

Una de las cuestiones más complejas que se plantean es la que se refiere a los posibles límites impuestos por los estatutos de las comunidades de propietarios al ejercicio de esta actividad turística. En la práctica, la unanimidad exigida por la Ley de propiedad horizontal para modificarlos limita sustancialmente las posibilidades de impedir que las viviendas de un inmueble se destinen a usos turísticos. Parece que sería conveniente reformar la Ley de propiedad horizontal para plasmar en ella la exigencia de mayorías cualificadas para la adopción de acuerdos por las comunidades de propietarios referidos a esta materia, a semejanza del Código civil catalán.

Por último, la posibilidad de que el propietario de la vivienda pueda tener en ella su residencia habitual, sin perjuicio de poder dedicarla también a arrendamiento de vivienda de uso turístico y a arrendamiento de temporada, aumenta de forma significativa las posibilidades de uso y explotación del inmueble por sus propietarios, siempre que se cumplan los requisitos exigidos, tanto en la LAU como en el Código civil y en la normativa sectorial, según la modalidad arrendaticia que se considere. Tratándose de la cesión de viviendas de uso turístico, la presentación de declaración responsable de inicio de actividad, su posterior inscripción en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas de la Comunidad Autónoma de Galicia (REAT) y la remisión expresa del Decreto gallego 12/2017 a la legislación estatal y autonómica protectora de los consumidores y usuarios en materia de precios y reservas, redundan en una mayor protección de los usuarios de esta modalidad 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.
- Castaños 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. y Peré Raluy, J. 1965. *Derecho de arrendamientos urbanos*, vol. I. Barcelona: Bosch.
- Rojo 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=no-va_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=no-va_1227.html (27-05-2017).

NOTAS

- 1 Estas nuevas formas de alojamiento reciben diferentes denominaciones, por ejemplo: viviendas de uso turístico en Galicia, Madrid, Cataluña, Asturias, Castilla y León y Aragón; viviendas con fines turísticos en Andalucía o viviendas vacacionales en Canarias.
- 2 La generalidad de las comunidades autónomas cuentan actualmente con normativa que regula las viviendas de uso turístico –a excepción de Murcia, Extremadura, Castilla-La Mancha, La Rioja, y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla–, existiendo importantes diferencias entre las distintas regulaciones, lo que es puesto de relieve desde la plataforma HomeAway al destacar la existencia de regulaciones flexibles y consensuadas junto a otras que suponen la prohibición de facto de la actividad, lo que les lleva a proponer que la normativa sea homogénea y de fácil cumplimiento, que enmarque esta actividad para otorgar mayor seguridad jurídica a los propietarios y mayores garantías de calidad a los turistas, y que se haga con una mayor transparencia, y así puede consultarse en <http://www.bez.es/983202442/viviendas-turisticas-Espana.html>.

- 3 Señala Román Márquez, 2014: § 4 *in fine*, que únicamente cuando exista normativa sectorial que prevea expresamente la figura de las viviendas de uso turístico, con las mismas características contempladas en la LAU, su regulación quedará excluida de esta norma y de la figura del arrendamiento de temporada, para quedar regulada por la legislación turística; en caso contrario, seguirá sujeta a la legislación arrendaticia en espera de una eventual modificación de su normativa sectorial. En el mismo sentido, Berrocal Lanzarot, 2013: § 1 y Campuzano Tomé, 2015: 1207, 1216 y 1234, que, atendiendo al tenor literal del artículo 5.e), afirma que los arrendamientos que quedan excluidos de la LAU son sólo los contratos de arrendamiento temporal que encajen en las legislaciones turísticas de las distintas comunidades autónomas, lo que ya venía ocurriendo en la práctica, señala la autora, con anterioridad a 2013. Esta circunstancia lleva a la autora a resaltar la inutilidad de añadir el mencionado apartado al artículo 5 LAU. Anteriormente, Carrasco Perera, 2012: 120-121, también había criticado la reforma por innecesaria e inoportuna, así como la normativa sectorial a que se remite el nuevo apartado del artículo 5, por entender que se trata de “un conjunto de reglamentaciones aisladas de las CCAA sobre arrendamientos turísticos, que no contienen un régimen jurídico civil”.
- 4 Martínez Cañellas, 2014: 155. En contra, Castaños Castro, 2014: § 1, considera que el contrato de hospedaje es, en puridad, un contrato de servicios en el que, a pesar de la diversidad de prestaciones, la profesionalidad que caracteriza al hosteleros las convierte, a todas ellas, en servicios a favor del consumidor.
- 5 Artigot Golobardes, 2017: 189.
- 6 En <http://www.sharingespana.es/media/codigo-principios-buenas-practicas-sharing-espana.pdf> puede consultarse el Código de principios y buenas prácticas de plataformas colaborativas.
- 7 *Vid.* <http://www.hosteleriadegranada.es/wp-content/uploads/2017/02/2017-Informe-Union-Hotelera-003p.pdf>.
- 8 Puede consultarse en <http://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?padre=232>. En concreto, en el año 2016 en Galicia, la demanda de estos alojamientos aumentó en un 4,2%, incrementándose en un 46,1% el número de viajeros que optaron por los alquileres turísticos y en un 31,5% sus pernataciones, tal como publica la Xunta de Galicia en http://www.turismo.gal/espazo-institucional/actualidade/detalle-nova?langId=es_ES&content=nova_1227.html.
- 9 Decreto 55/2005, de 20 de mayo, por el que se regulan las viviendas turísticas de vacaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Actualmente, el contrato de alojamiento en viviendas turísticas en Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera se rige por la Ley 8/2012, de 19 de julio, de turismo de las Islas Baleares, y por el Decreto 20/2015, de 17 de abril. En Formentera, además, será de aplicación el Reglamento 1/2015, por el que se regula la comercialización de estancias turísticas en viviendas en la isla de Formentera.
- 10 En Cataluña rige el Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico; en la Comunidad de Madrid, el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid; en Aragón, el Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón; en Canarias, el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias; en Andalucía, el Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos; en el País Vasco, la Ley 13/2016, de 28 de julio, de turismo del País Vasco, cuyo artículo 53 está dedicado a las viviendas para uso turístico; en Asturias, el Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico; y en Castilla y León, el Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León.
- 11 El artículo 3 del texto señala que “tienen la condición de apartamentos turísticos los inmuebles integrados en bloques de pisos o en conjuntos de unidades de alojamiento tales como chalés, bungalows y aquellas edificaciones semejantes que estén destinadas en su totalidad al alojamiento turístico, sin carácter de residencia permanente. Cada unidad de alojamiento estará dotada de instalaciones y servicios adecuados para la conservación, elaboración y consumo de alimentos y bebidas”, y el art. 4. define las viviendas turísticas como “los establecimientos unifamiliares aislados en los que se preste servicio de alojamiento turístico, con un número de plazas no superior a diez y que disponen, por estructura y servicios, de las instalaciones y del mobiliario adecuado para su utilización inmediata, así como para la conservación, elaboración y consumo de alimentos dentro del establecimiento”.
- 12 Cabe recordar que el artículo 148.1.18ª CE señala que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.
- 13 Lindner, 2016, se refiere a plataformas digitales como Airbnb, que actúan como agencias virtuales conectando a personas que desean alquilar sus viviendas a turistas con personas que buscan un alojamiento turístico privado.
- 14 Las viviendas de uso turístico se incluyen por primera vez como un nuevo tipo de alojamiento turístico en el artículo 65 bis de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, de Turismo de Galicia. Dicho artículo fue introducido por la Ley 12/2014, de 22 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, que define las viviendas de uso turístico como las viviendas cedidas a terceras personas de forma reiterada y a cambio de contraprestación económica, para una estancia de corta duración, amuebladas y equipadas en condiciones de inmediata disponibilidad y con las características establecidas por vía reglamentaria.
- 15 En el Plan Integral de Turismo de Galicia 2014-2016 ya se contemplaba la ordenación de las viviendas de uso turístico.
- 16 Aluden Guillén Navarro e Íñiguez Berrozpe, 2015: 15-18, a la aparición de las web p2p –Airbnb, Alterkeys, Flipkey, HomeAway, House Trip, Knok, Only Apartments, Wimdu, 9flats– y a las posibilidades de conexión entre usuarios que ofrecen como una causa que incide de manera significativa en el uso de las viviendas de uso turístico. Según señala Lindner, 2016, las herramientas virtuales han provocado que lo que antes era percibido como una relación de tipo privado se convierta, cada vez más, en una actividad económica al realizarse de manera habitual.
- 17 Parecidas razones se aducen, por ejemplo, en el Decreto madrileño 79/2014 y en el Decreto andaluz 28/2016.
- 18 El día 7 de abril de 2017 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia comunicó a la Xunta de Galicia que había formulado requerimiento previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo contra el Decreto gallego 12/2017. En este identificó como obstáculos a la competencia efectiva en el mercado lo dispuesto en los arts. 5.6 (limitaciones que pueden establecer los ayuntamientos

en cuanto al número máximo de viviendas de uso turístico por edificio o por sector), 5.1 (sólo cabe la cesión de viviendas completas), 5.2 (la cesión debe ser por estancias cortas y reiteradas), 41.1, 42 y 43 (la declaración responsable de inicio de actividad debe seguirse del cumplimiento de ciertas formalidades) y arts. 39 y 40 (exigencia de ciertos requisitos y servicios mínimos). En respuesta a este requerimiento, la Xunta de Galicia solicitó su desestimación argumentando que la regulación gallega únicamente ordena una actividad turística para garantizar la calidad y controlar el intrusismo; que los ayuntamientos pueden imponer limitaciones a la ubicación de esta modalidad de alojamiento por la necesidad de garantizar un ejercicio equilibrado y pacífico entre la actividad turística de este tipo de viviendas y el uso residencial de otras viviendas; y que el alquiler de viviendas que no cumplan los requisitos exigidos por el Decreto 12/2017 no está prohibido, simplemente no podrá publicitarse como turístico, pues quedará sometido a la LAU de 1994. El Decreto gallego entró en vigor el día 10 de mayo de 2017, pese al requerimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y así puede consultarse en https://www.hosteltur.com/121961_galicia-mantiene-intacto-su-decreto-alquiler-vacacional-pese-cnmcc.html.

- 19 La vulneración de esta prohibición conllevaría sanciones para los arrendadores.
- 20 En este sentido, los arts. 66.2 Decreto catalán 159/2012, 18.4 Decreto madrileño 79/2014, 3 Decreto aragonés 80/2015, 2.a) y 3 Decreto 3/2017, de Castilla y León. También el artículo 12.1 Decreto canario 113/2015, que, sin embargo, ha sido anulado por la STSJ de Canarias de 21 de marzo de 2017 (puede 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-). FJ 6.º, por vulnerar la libre oferta de servicios.
- 21 Se refieren Guillén Navarro e Íñiguez Berrozpe, 2016: 762, a los problemas que pueden generarse por la necesidad de compatibilizar la labor de inspección de la vivienda por parte de la Administración pública y el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio proclamada por el artículo 18.2 CE.
- 22 El Decreto andaluz, en cambio, si bien incluye en la definición de viviendas con fines turísticos que exista habitualidad (artículo 3.2), no concreta períodos de tiempo que permitan interpretar cuándo se produce tal habitualidad.
- 23 En concreto, el Decreto andaluz 28/2016 (artículo 3.2) exige que la comercialización y promoción se haga a través de los canales de oferta turística, y excluye del ámbito de aplicación del decreto las viviendas contratadas por tiempo superior a dos meses computados de forma continuada por una misma persona usuaria (artículo 1.2.b)); la Ley vasca de turismo 13/2016, presume que hay habitualidad cuando se realice publicidad o comercialización de viviendas en cualquier tipo de soporte, medio o canal de oferta turística o cuando se facilite alojamiento por un período de tiempo continuo igual o inferior a 31 días dos o más veces dentro del mismo año (artículo 53.7), que el Decreto asturiano 48/2016 reduce a, al menos, una vez al año, sin establecer período máximo de duración de la estancia (artículo 3.c)). Este último criterio es seguido, también, por el Decreto canario 113/2015, que entiende que la cesión de las viviendas vacacionales será de forma habitual cuando se produzca dos o más veces dentro del período de un año o una vez al año, pero en repetidas ocasiones (artículo 2.a) y c)). El Decreto 3/2017 de Castilla y León reduce a una o más ocasiones dentro del mismo año natural, por tiempo que en conjunto exceda de un mes, la exigencia para considerar que hay práctica común, frecuente y generalizada de facilitar alojamiento a los efectos del propio decreto, sin que la estancia por usuario pueda ser por un plazo superior a dos meses seguidos (art 4.c) y d)). Son, pues, generalizadas las especificaciones normativas de tiempos máximos de cesión del uso de las viviendas y sólo el Decreto madrileño señala en su artículo 17.3 que las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un período inferior a cinco días. Tal apartado del precepto ha sido anulado por la STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016, ponente Guillo Sánchez-Galiano, JUR 2016, marg. 127744, señalando en su FJ 7.º que “tal inciso y limitación temporal resulta contrarios a la normativa comunitaria y estatal señalada y constituyen una restricción injustificada y un obstáculo al mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado entre los operadores turísticos en materia de alojamiento”. Hace un completo estudio de la sentencia Martín Faba, 2016: 118-125, con referencia a los argumentos de la recurrente, a los de la Comunidad Autónoma de Madrid, a la normativa manejada por el TSJ, a la falta de motivación general del decreto, haciendo un análisis de los objetivos de este.
- 24 Art. 41.4 del Decreto gallego 12/2017, artículo 68.5 del Decreto catalán 159/2012, artículo 17.3 *in fine* del Decreto madrileño 79/2014 y artículo 17.3 del Decreto canario 113/2015.
- 25 Carrasco Perera, 2012: 120, entiende que si la contratación se produce directamente entre particulares el contrato será para uso distinto del de vivienda y, en consecuencia, sujeto a la LAU. En el mismo sentido, Román Márquez, 2014: § 4.c), señala que los arrendamientos concertados directamente entre propietario y usuario turístico son arrendamientos por temporada, salvo interpretación legal o jurisprudencial en contrario, lo que a la postre implica, en mi opinión, dejar al legislador y a los tribunales apreciar en cada caso la naturaleza civil o turística del contrato.
- 26 Art 2.2 Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad de Madrid.
- 27 La fórmula empleada por el resto de normativas autonómicas es similar a la del Decreto aragonés, limitando normalmente la difusión a los canales de publicidad turística (artículo 3.3 Decreto andaluz 28/2016 y artículo 3.b) Decreto asturiano 48/2016), sin perjuicio de la ampliación del ámbito de promoción a cualquier medio de publicidad, no sólo turística, en la legislación sectorial de Canarias y de Castilla y León. En concreto, en el artículo 2.b) del Decreto canario 113/2015 se incluye en la definición de canales de oferta turística a las agencias de viajes, centrales de reserva y otras empresas de intermediación y organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación virtuales; páginas web de promoción, publicidad, reserva o alquiler; y publicidad realizada por cualquier medio de comunicación. En parecidos términos, el artículo 4.b) del Decreto 3/2017 de Castilla y León.
- 28 Guillén Navarro e Íñiguez Berrozpe, 2015: 27. Recio Ramírez, 2016: 211-213, diferencia, dentro del modelo de actividad económica de las plataformas digitales, entre las que exigen cierta comisión sobre el precio de la transacción realizada al anfitrión (por ejemplo, HomeAway), o al huésped (como Casapordias.com o 9flats.com), o las que distribuyen la comisión entre el propietario y el usuario (Airbnb, entre otras).
- 29 Guillén Navarro e Íñiguez Berrozpe, 2016: 762.
- 30 Es de la misma opinión Ordás Alonso, 2013: 175, porque, según señala, carece de sentido excluir del ámbito de aplicación de la LAU un contrato que no estuviese sometido a la misma. En mi opinión, a pesar de que en precepto alguno del Decreto gallego 12/2017 se alude al contrato de cesión de viviendas de uso turístico como un contrato de arrendamiento, lo cierto es que creo que tal opción del redactor obedece a razones más formales que sustanciales, por cuanto lo que se ha pretendido con tal denominación es diferenciar claramente los

contratos sometidos a la regulación sectorial –y reservar para ellos la terminología propiamente turística– de los contratos de arrendamiento sujetos a la LAU.

- 31 En el mismo sentido, el artículo 66.1 del Decreto catalán, el artículo 2.2 del Decreto madrileño, el artículo 2.a) del Decreto aragonés, el artículo 2.a) del Decreto canario, el artículo 3.1 del Decreto andaluz, el artículo 53.1 de la Ley de turismo del País Vasco, el artículo 4.1 del Decreto asturiano y el artículo 3.1 del Decreto de Castilla y León.
- 32 Se limita a remitirse al Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, así como a la Ley 2/2012, de 28 de marzo, Gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias, y a la Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia, y al Decreto 179/2011, de 8 de septiembre, por el que se regula el régimen de precios y reservas de los establecimientos turísticos de alojamiento y restauración en la Comunidad Autónoma de Galicia.
- 33 En Galicia, el ejercicio de la actividad sin haber presentado la declaración responsable dará lugar a la imposición de las sanciones que, en su caso, correspondan conforme a la Ley 7/2011, de 27 de octubre, de turismo de Galicia, al propietario y a la persona o empresa comercializadora indistintamente.
- 34 Tal presentación, según señala el artículo 42 del Decreto gallego 12/2017, “en las condiciones previstas en este decreto, habilita para el desarrollo de la actividad turística de vivienda de uso turístico, sin perjuicio del cumplimiento de las demás obligaciones exigidas en otras normas que les resulten de aplicación”, lo que le diferencia del Decreto canario 113/2015, cuyo artículo 13.3, que supedita el inicio de la actividad al cumplimiento de ciertas exigencias administrativas, ha sido anulado por la STSJ de Canarias de 21 de marzo de 2017, FJ 7.º, argumentando que tales exigencias desnaturalizan los efectos de la declaración responsable. Puede 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 La exige sin excepción la regulación de todas las comunidades autónomas, por ejemplo, en el artículo 67.1 del Decreto catalán, en el artículo 17.6 del Decreto madrileño, en el artículo 3.1 del Decreto canario, en el artículo 53.10 de la Ley de turismo del País Vasco, en el artículo 13.a) del Decreto asturiano y en el artículo 7.1 del Decreto de Castilla y León.
- 36 En este certificado, tal como exige el artículo 41.2.e).4.º del Decreto gallego 12/2017, se acreditará que se ejecutaron las obras de conformidad con la licencia municipal otorgada. También podrá aportarse certificado municipal que acredite que la edificación reúne las condiciones técnicas y urbanísticas para su destino a vivienda, o informe del órgano municipal o autonómico competente, acreditativo de que se adoptaron medidas de restauración de la legalidad urbanística o ambiental. Es de destacar la prolija enumeración que hace este artículo de las diferentes vías admitidas en el Decreto gallego para constatar que la vivienda no es ilegal.
- 37 También exige el Decreto asturiano (artículo 26) a las empresas explotadoras de las viviendas de uso turístico que tengan permanentemente vigente un seguro de responsabilidad civil.
- 38 El alta administrativa de la vivienda de uso turístico garantiza su publicidad en el registro competente y permite colocar a la vivienda en un mejor posicionamiento en el mercado.
- 39 El alquiler de este tipo de viviendas está exento del pago del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), excepto si se prestan servicios propios de la industria hotelera –desayunos, limpieza semanal, por ejemplo–, en cuyo caso habrá de pagarse el 10% de IVA, que se reflejará en la factura. Únicamente en Canarias es obligatorio el pago del Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) del 7%. Tampoco exigen la generalidad de los decretos autonómicos el pago de tasa turística alguna, a excepción de Cataluña, donde es obligatoria para los propietarios/explotadores de las viviendas de uso turístico la recaudación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos (IEET). Ahora bien, los rendimientos obtenidos por el alquiler de una vivienda de uso turístico por su propietario persona física, tendrán la consideración de rendimientos de capital inmobiliario y tributarán por este concepto en el IRPF, pudiendo su propietario deducir de los ingresos los gastos que se produzcan, durante el tiempo en que la vivienda se encuentre ocupada, para financiación, reparación, conservación, suministros e impuestos, entre otros, tal como señala Velasco Karst, 2016: 10.
- 40 Art. 44 del Decreto gallego 12/2017.
- 41 En particular, el artículo 18.1 del Decreto madrileño 79/2014 señala que las viviendas estarán compuestas, como mínimo, por un salón-comedor, cocina, dormitorio y baño, pudiendo denominarse “estudios” cuando en el salón-comedor-cocina esté integrado el dormitorio y cuente con un máximo de dos plazas en camas convertibles, criterios que se repiten en el artículo 7.2 del Decreto 3/2017 de Castilla y León. En cuanto al servicio wifi, la única normativa que exige que las viviendas de uso turístico dispongan de conexión a medios telemáticos –acceso inalámbrico a internet wifi– es la madrileña, tal como se recoge en su artículo 18.3. Por lo que se refiere al equipamiento mínimo con que deben contar estos alojamientos, las regulaciones que cuentan con la relación más detallada son las de Canarias –en su artículo 10 diferencia entre el equipamiento general, el del dormitorio, el del baño y el de la cocina– y Castilla y León –en sus arts. 8-11 fija los requisitos de los dormitorios, aseos, salones, comedores y cocina–. Por otro lado, tanto la normativa aragonesa (artículo 10) como la canaria (artículo 7.4), asturiana (artículo 15.3) y castellano y leonesa (artículo 25) exigen que haya de constar, al menos, en castellano e inglés, diversa información que debe facilitarse a los usuarios.
- 42 Art. 39.1 Decreto gallego.
- 43 El Decreto asturiano, en su artículo 24.2 y 3, admite esta posibilidad y la amplía a las existencias de cocina, además de prever la oportunidad de exigir a los clientes una cantidad en concepto de fianza que no podrá exceder del 25% del importe total del precio pactado.
- 44 Debido a que el Decreto gallego 12/2017 no especifica el tipo de calefacción, debe entenderse que en el concepto cabe tanto la calefacción central como la eléctrica.
- 45 También se pronuncia el Decreto aragonés 80/2015 sobre la necesidad de garantizar a los usuarios el correcto funcionamiento de la calefacción automática (artículo 9.2), el Decreto asturiano 48/2016 al establecer que deben contar con calefacción capaz de alcanzar y mantener una temperatura ambiental adecuada (artículo 13.c)) y el Decreto de Castilla y León 3/2017 (artículo 12.c)). El Decreto andaluz 28/2016, asimismo, señala la obligación de que las viviendas con fines turísticos cuenten con calefacción los meses de octubre a abril –y con refrigeración los meses de mayo a septiembre– (artículo 6.d), para lo que se ha concedido un período de adaptación de un año, en

- concreto, hasta el 11 de mayo de 2017. Ahora bien, creemos que este requisito no es exigible cuando la vivienda o el edificio en que se integra está catalogado como Bien de Interés Cultural y el nivel de protección impida realizar algún tipo de obra, modificación o intervención que sea necesaria para cumplir con el requisito.
- 46 Exigencia común a todas las regulaciones autonómicas, con la excepción de Canarias, en cuyo artículo 7.4 del Decreto 113/2015 se exige que el número de teléfono de atención al usuario haya estar operativo como mínimo de 8:00 a 20:00 horas, por lo que, además, requiere que hayan de figurar en lugar visible teléfonos y direcciones de los servicios de emergencia y sanitarios redactados, al menos, en castellano e inglés, se supone que para cubrir posibles urgencias fuera del horario especificado en el texto normativo.
- 47 No exige el Decreto madrileño 79/2014, ni el canario 113/2015, ni el andaluz 28/2016, ni la Ley de Turismo vasca 13/2016 la prestación del servicio de conservación, reparación y mantenimiento de las instalaciones y equipamiento de la vivienda, que sí requiere, además del Decreto gallego 12/2017, el Decreto catalán 159/2012 (artículo 67.4), el Decreto aragonés 80/2015 (artículo 10), el Decreto asturiano 48/2016 (artículo 24.1) y el Decreto de Castilla y León 3/2017 (artículo 12.g).
- 48 Art. 39.2.d) del Decreto gallego 12/2017.
- 49 Art. 5.5 del Decreto gallego 12/2017.
- 50 Tampoco en el Decreto andaluz 28/2016.
- 51 Se exige en el artículo 20 del Decreto madrileño 79/2014, en el artículo 13 del Decreto aragonés 80/2015, en el artículo 6 del Decreto canario 113/2015, siempre que no conste prohibición expresa en las normas de la comunidad de propietarios del edificio. También en el artículo 13.g) del Decreto asturiano 48/2016 y en el artículo 6 del Decreto de Castilla y León 3/2017.
- 52 En concreto, el art. 12 del propio Decreto gallego 12/2017 prevé que los apartamentos y las viviendas turísticas exhiban en la parte exterior de la entrada principal, en un lugar muy visible, una placa identificativa normalizada en la que figure el distintivo correspondiente al grupo y categoría del establecimiento, según los modelos, dimensiones y colores de placas contenidos en el anexo I del mismo texto.
- 53 Art. 40 del Decreto gallego 12/2017, que se remite a los arts. 7 y 8 del mismo texto legal. En parecidos términos se manifiesta el Decreto madrileño 79/2014 en su artículo 18.4, el Decreto andaluz 28/2016 en su artículo 2.3 y el Decreto de Castilla y León 3/2017 en su artículo 19.2, en consonancia con los arts. 69 y ss. de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que, en su artículo 10, recoge las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.
- 54 También es voluntario el establecimiento de un reglamento de régimen interno conforme al artículo 16 del Decreto asturiano 48/2016, en cuyo caso, las empresas explotadoras de las viviendas deberán velar por su cumplimiento (artículo 27.f)); y de acuerdo con el artículo 19 del Decreto de Castilla y León 3/2017.
- 55 Igualmente, se hace esta previsión en el artículo 16 del Decreto asturiano 48/2016.
- 56 En el mismo sentido se pronuncia el Decreto catalán 159/2012 (artículo 70), el canario 113/2015 (artículo 8) y el asturiano 48/2016 (artículo 27.k).
- 57 Guillén Navarro e Íñiguez Berrozpe, 2016: 763, se hacen eco de los problemas que la existencia de viviendas de uso turístico pueden generar en la convivencia vecinal y de degradación de las zonas comunes del inmueble en que se encuentren situadas.
- 58 El Decreto andaluz 28/2016, en su artículo 3.1, limita exclusivamente a las viviendas ubicadas en inmuebles situados en suelo de uso residencial el concepto de viviendas con fines turísticos.
- 59 Art. 5.5, 6 y 7 del Decreto gallego 12/2017.
- 60 El Decreto madrileño 79/2014 se limita a señalar que las viviendas de uso turístico deben cumplir las normas sectoriales aplicables a la materia, con especial mención de las normas de urbanismo (artículo 5); el Decreto catalán 159/2012 señala que el destino de una vivienda al uso turístico no es posible si está prohibido por la ordenación de usos del sector donde se encuentre (artículo 68.6); y el Decreto aragonés 80/2015 exige que la declaración responsable debe contener, entre otros datos, una declaración responsable acerca de la compatibilidad del uso con el planeamiento urbanístico del municipio o, en su caso, la disposición de las autorizaciones municipales que fuesen necesarias para el ejercicio de la actividad en el inmueble de que se trate (artículo 14.1.e)).
- 61 Art. 3 del Decreto canario 113/2015, cuyo párrafo segundo ha sido anulado por la STSJ de Canarias de 21 de marzo de 2017, FJ 3.º, por entender que carece de cobertura legal en la Ley de Turismo de Canarias, infringiendo la libertad de empresa y la libertad de prestación de servicios. Puede 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 Art. 41.5 del Decreto gallego 12/2017. En similares términos se pronuncia el artículo 68.6 del Decreto catalán 159/2012 y el artículo 12.2 del Decreto canario 113/2015. Por su parte, el Decreto aragonés 80/2015, en su artículo 14.1.f), exige, en el caso de las viviendas ubicadas en los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, declaración responsable acerca de que los estatutos de la comunidad de propietarios no prohíben ni establecen restricciones del uso del inmueble al destino de vivienda de uso turístico.
- 63 No ocurre lo mismo en el derecho catalán, pues el artículo 553.25.2 del Código civil catalán establece que “es preciso el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios, que deben representar las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para adoptar acuerdos de modificación del título de constitución y de los estatutos, salvo que el título establezca otra cosa”, lo que permite que las comunidades de propietarios adopten estatutos que limiten el uso de los elementos privativos con esa mayoría reforzada, sin que sea necesario el consentimiento expreso del propietario afectado por la limitación. Sobre el particular, Artigot Golobardes, 2017: 214, señala que en Cataluña los estatutos de las comunidades de propietarios se erigen en el único instrumento normativo disponible en manos de las comunidades de propietarios para evitar la actividad de las viviendas con fines turísticos en una comunidad de propietarios.
- 64 STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2012, ponente Valls Gombau, RJ 2012, marg. 10019.
- 65 Ponente Abril Campoy, RJ 2016, marg. 3653.
- 66 Vila Marín, 2016: 36.

- 67 Señala Fuentes-Lojo Rius, 24 de febrero de 2016, como criterios orientativos para fijar los límites de estas actividades molestas la naturaleza del inmueble, es decir, si son edificios destinados mayoritariamente a vivienda habitual o a la actividad turística; las condiciones del lugar, esto es, si el edificio se encuentra en zona residencial o turística; y el uso que se haga del inmueble por parte de quien explota turística-mente la vivienda, ya sea un uso excesivo y molesto o un uso normal y de buena 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, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos. Rodríguez Aguilera y Peré Raluy, 1965: 183.
- 73 Ponente Seijas Martínez, *RJ* 1982, marg. 784.
- 74 Ponente Pueyo Mateo, *AC* 2001, 1049.
- 75 “Cuando claramente se infiera que el uso y ocupación de que el inmueble es objeto responde a exigencias circunstanciales, esporádicas o accidentales determinantes del contrato y elevadas expresamente a la condición de causa por las partes”, según se recoge en la SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2008, ponente Camazón Linacero, *JUR* 2008, marg. 382562, FJ 2.º En el mismo sentido, entre otras, la SAP de Barcelona de 1 de junio de 2004, ponente Sellart Ollearis, *AC* 2004, marg. 1524, FJ2.º A su vez, la SAP de Pontevedra de 10 de noviembre de 2016, ponente Almenar Belenguer, *JUR* 2016, marg. 266948, FJ 2.º, señala que “el arrendamiento de temporada se configura por dos elementos: el negativo, de no constituir la residencia habitual del locatario y no tener vocación de permanencia o de satisfacer la necesidad de vivienda del arrendatario; y el positivo, de la limitación temporal u ocasional de los períodos de ocupación, verificados de manera más o menos discontinua y con una mayor o menor frecuencia, pero siempre interrumpidos por la preferencia otorgada al hogar habitual, único que cubre la necesidad permanente de ocupación, frente a las motivaciones de mera conveniencia, comodidad o capricho determinantes del arriendo”.
- 76 Ordás Alonso, 2013: 113, nota 52.
- 77 Ponente Sellart Ollearis, *AC* 2004, marg. 1524.
- 78 Ordás Alonso, 2013: 114.
- 79 Ponente Castro Feliciano, *AC* 1997, marg. 810, FJ 4.º, en el que se precisa que no puede entenderse como contrato de arrendamiento de temporada el que se celebró entre las partes por un plazo de seis meses, sino que debe interpretarse como un contrato de arrendamiento de vivienda temporal en el que se excluye la prórroga forzosa del artículo 57 de la LAU de 1964; la estipulación segunda del mismo se refiere a ese plazo, que será improrrogable, renunciando expresamente la arrendataria a la tácita reconducción (estipulación tercera), aludiéndose en dicho contrato a la vivienda; y así se establece la renuncia a los derechos de tanteo y retracto, propios de los arrendamientos sujetos a la legislación especial.
- 80 SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2008, ponente Camazón Linacero, *JUR* 2008, marg. 382562, FJ 2.º Asimismo, SAP de las Islas Baleares de 30 de junio de 2016, ponente Gómez Martínez, *JUR* 2016, marg. 185960, FJ 3.º, y SAP de Jaén de 23 de noviembre de 2016, ponente Morales Ortega, *AC* 2016, marg. 2346, FJ 1.º
- 81 SAP de Guadalajara de 19 de julio de 2012, ponente Navarro Guillén, *AC* 2012, marg. 1463, FJ 2.º.
- 82 SAP de Alicante de 29 de mayo de 2008, ponente Ubeda Mulero, *JUR* 2008, marg. 274639.
- 83 SAP de Murcia de 1 de julio de 2004, ponente Hervás Ortiz, *JUR* 2004, marg. 244190, FJ 1.º En similares términos, la SAP de Girona de 26 de julio de 2016, ponente Soler Navarro, *JUR* 2017, marg. 35911, FJ 3.º. También sería arrendamiento de temporada el concertado por época académica, aun cuando el estudiante ocupe de manera ininterrumpida la vivienda, siempre que se pueda constatar que el contrato fue perfeccionado por las partes con la intención de satisfacer una necesidad no permanente de vivienda, tal como señala Colina Garea, 1998: 28.
- 84 Ordás Alonso, 2013: 115. En el mismo sentido, Martínez Cañellas, 2014: 160.
- 85 Ordás Alonso, 2013: 116.
- 86 La STS de 20 de septiembre de 1985, ponente Santos Briz, *RJ* 1985, marg. 4280, Considerando 3.º, reconoce como arrendamiento de temporada un contrato “en el que expresamente se pacta el arriendo «en régimen de temporada» de un local por la temporada del primero de marzo de mil novecientos setenta y siete al treinta y uno de octubre del propio año y por idéntica temporada en los años mil novecientos setenta y ocho y mil novecientos setenta y nueve, fecha en que quedará sin efecto el contrato”.
- 87 Ponente Martín Reyes, *JUR* 2001, marg. 162422, FJ 3.º
- 88 Ponente Torres Cuellar, *JUR* 2001, marg. 321750, FJ 2.º
- 89 Con las excepciones ya estudiadas.
- 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

Universidad 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 supuñan 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: el *marketing* público en la perspectiva de la reforma local en Galicia. 2 Las siete ciudades gallegas en perspectiva local. 3 Las concejalías de servicios sociales frente al *marketing mix* municipal. 3.1 El producto en la competencia municipal. 3.2 Justificando la presión fiscal: el precio. 3.3 La distribución y la atención a las aspiraciones locales. 3.4 La empatía en la servucción: las personas. 3.5 Los procesos. 3.5.1 ¿Coordinación interadministrativa en servicios sociales? 3.5.2 La perspectiva de la evaluación. 3.5.3 Externalización en servicios sociales municipales. 3.5.4 El reto de la transparencia en el municipalismo gallego. 3.6 Las evidencias físicas de las concejalías de servicios sociales. 3.7 La comunicación local como variable promoción. 4 Conclusiones: la perspectiva prehistórica del *marketing* en la Administración pública gallega. 5 Anexo: guión del cuestionario de entrevistas. 6 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN: EL MARKETING PÚBLICO EN LA PERSPECTIVA DE LA REFORMA LOCAL EN GALICIA

Aquellos refraneros populares referidos a que el tiempo pone a cada uno en su lugar, o que algo habla por sí solo, pueden asociarse a todo lo que no debe hacerse en el sector público. Es la cara opuesta al *marketing* público, porque no se puede dejar nada al azar; todo comunica, incluso *no comunicar*. En este mundo de percepciones, lo que un ciudadano advierta de la Administración pública (y gobierno) está fuertemente influido por otros factores y, en ocasiones, los empleados y gestores públicos no son conscientes de los efectos que tiene la ausencia de información en los ciudadanos. En este sentido, este trabajo busca dar a conocer en qué situación se encuentra la gestión del *marketing* público en las entidades locales gallegas y se describe la gestión de los servicios sociales municipales durante el periodo analizado en torno a las exigencias de directivos políticos y técnicos.

Este estudio ofrece un análisis exploratorio en torno a las 7 P del *marketing mix* del sector público (*producto, precio, distribución, promoción, personas, procesos y evidencias físicas*) en las siete principales ciudades de Galicia, en donde se dan las mejores condiciones de partida para aplicar con éxito las estrategias de *marketización* en las concejalías de servicios sociales durante la legislatura 2011-2015. A nivel teórico, los orígenes del *marketing* público tuvieron cabida en las teorías de la nueva gestión pública (marcando el papel del político/gerente y los servicios al ciudadano/cliente), si bien este paradigma ha sido superado por otros conceptos como el nuevo servicio público o la nueva gobernanza pública, aproximaciones dentro de la ciencia política hacia la legitimación del poder de la ciudadanía vinculada a la dignidad (Alguacil Gómez *et al.*, 2003) y la posibilidad de flexibilizar el sector público (Pascual Esteve, 2011: 71).

En vistas de esta nueva formulación donde la comunidad y la ciudadanía penetran como personajes principales, los teóricos construyen el término nuevo servicio público asociado a la gobernanza, debido a la necesidad de reconceptualizar ese campo y significar un paso más frente a la nueva gestión pública, aunque otras voces niegan la existencia de una nueva gestión pese a que se anunciase la obsolescencia de este paradigma. En cuanto al nuevo servicio público, el término está vinculado a la concepción del ciudadano no sólo como un consumidor de servicios públicos, porque se le reconoce que es una figura portadora de derechos y deberes en

el conjunto de la sociedad y el impulso en la implicación de los procesos públicos. Por tanto, los servicios públicos que se proporcionan están encuadrados dentro del contexto y realidad actuales como una infraestructura social, física, económica, mediática o propia de infraestructuras del gobierno, convirtiéndose en una extensión de las virtudes que se espera que tengan todos los ciudadanos en la democracia (Denhardt y Denhardt, 2000).

Indicar como única una definición concreta de *marketing* es imposible, porque gran parte del mundo académico se ha aventurado a presentar su propia interpretación (Kotler, Shaw, Sparling, Copeland, McGee y Shapiro, Mazis, Andreasen, Morgan, etc.), por lo que sería pura redundancia ahondar en la polisemia de definiciones en este trabajo. A nivel general, la mayoría de académicos y profesionales de *marketing* tienen como referente en este debate conceptual la definición presentada por la American Marketing Association¹. Tras un debate marcado por la apertura del *marketing* a otros sectores como a las administraciones públicas, la definición de octubre de 2007 fue conservada en los mismos términos con un nuevo ajuste en julio de 2013, quedando delimitado el *marketing* como *la actividad, conjunto de instituciones y procesos para crear, comunicar, entregar e intercambiar ofertas que tienen valor para los consumidores, clientes, socios y la sociedad en general*.

Autores como Booms y Bitner (1981), Moorthi (2002) o Gilmore (2003) definen las 7 P que, a mayores de los cuatro elementos del *marketing mix* (*producto, precio, promoción, distribución*), incluyen las variables: *personas, pruebas físicas y procesos*. Se considera las 7 P como una alternativa más apropiada para valorar las estrategias de *marketing* en el sector público y los nuevos intercambios producidos en un mercado digitalizado, que tiene en cuenta a las emociones y las personas. Y, desde la perspectiva de la filosofía de *marketing* orientada a los clientes, se pueden mencionar las 4 C (Lauterborn, 1990): *necesidades y preferencias del cliente, coste para el cliente, comodidad y comunicación*. La aparición de todas estas etiquetas revela las limitaciones de la aproximación propuesta por McCarthy (1964), especialmente en lo relativo a su aplicación en la economía de servicios y en el ámbito público.

Algunos autores como Kotler, Bagozzi o Hunt inician estudios sobre la idea del proceso social, a la que se le incluyen otros conceptos relativos como el del *marketing* social y estratégico². Por ello, no es muy descabellado vincular *marketing* público y social en el mercado de los servicios sociales, pese a algunas críticas y oposiciones que se puedan dar en esta unión. Ambas estrategias dentro del *marketing* se pueden producir en las instituciones públicas y, mientras unas se centran en el intercambio y satisfacción de causas sociales (*e.g.* informar sobre la apertura de centros de urgencia para mujeres víctimas de violencia de género), las otras buscan mejorar conductas o hábitos considerados moralmente deseables (*e.g.* campañas en contra de la violencia de género). Así las cosas, otro sector del *marketing* emerge en estas instituciones y enturbia la línea de separación entre ambas dimensiones –el *marketing* político–, más fácilmente reconocido por la opinión pública.

Cabe señalar en este marco de estudio la modificación de los artículos 25 y 26 de la Ley reguladora de las bases de régimen local³ en las competencias municipales que son dominantes a lo largo del estudio y durante la legislatura estudiada, por lo que desde este análisis se ofrece una perspectiva cualitativa enfocada en la dirección técnica y política. La reforma local interrumpió la posible planificación de servicios sociales municipales de las concejalías durante la legislatura analizada. Las acciones, recursos, programas del departamento o medios personales temporales quedaban limitados al 31 de diciembre de 2015, en un intento por acatar la norma durante un

periodo marcado por la inestabilidad social, política y legislativa en la prestación de los servicios sociales. Aunque importante en el periodo estudiado, es necesario señalar la prórroga otorgada por la legislación autonómica, mediante delegación (el gobierno autonómico carece de los medios habilitados por la red municipal). Por ello, en el análisis metodológico este proceso cobra una especial relevancia al tener en cuenta que el *marketing* deriva de la posible planificación y de la seguridad de las competencias que asumen las concejalías de servicios sociales. No obstante, es necesario contextualizar todos los elementos que entran en juego en un espacio municipal en el que compiten diversos actores informantes en dos espacios significativos: público y político.

A todos estos elementos se le suma la percepción de que las reformas legislativas recientes (fuertemente inspiradas en estrategias de *marketing* público) no se trasladan en la práctica de forma racional y las tendencias ideológicas afectan a la gestión de los servicios sociales municipales. Se trata de un tema que interesa a académicos debido al poder doctrinal y social que tienen estos servicios públicos. Sin embargo, esta perspectiva es completamente opuesta por parte de la ciudadanía si se tiene en cuenta que en junio de 2016 el barómetro del CIS señalaba que un 76,6% no había oído hablar de la reforma local (Encuesta 3030, pregunta 30).

Dado que el campo de estudio del *marketing* en las administraciones locales no es tan prolífico como en otras ramas de análisis de la Administración pública por parte de las ciencias políticas, las expectativas al emprender esta investigación se concentran en crear un marco conceptual sobre el *marketing* público en la gestión de los servicios sociales que constituya una aportación teórica relevante y que, al mismo tiempo, ofrezca un instrumento de trabajo en las instituciones públicas. Además, este objetivo se completa con el propósito de contribuir al conocimiento de la forma en que las administraciones locales establecen sus estrategias en la prestación de los servicios y, a nivel específico, aquellos servicios derivados del bienestar y la asistencia social en torno a los valores de la eficiencia y la eficacia.

Esta investigación pretende justificar la necesidad de promocionar la *marketización* en los servicios públicos. Existen muchas propuestas y sugerencias –constatadas y debatidas desde hace décadas en todo tipo de organismos– que determinan que el concepto del *marketing* no se limita a la venta de productos. Hay un abanico de herramientas posibles que mejoran la vida de las personas y reducen el trabajo de las organizaciones. En contra de lo que los detractores puedan suponer, se han constatado en los últimos años lagunas en el ordenamiento jurídico y la demanda social en la apertura hacia estas medidas desde el ámbito legal, al existir omisiones injustificables en el ordenamiento jurídico. La principal es la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional⁴, que intenta asentar las bases y los límites en los que fluyen asuntos tan inseparables como política y ámbito público. Y la otra norma, esta más reciente y más polémica, es la Ley de transparencia de 2013⁵. Ambas, aunque imprecisas (sobre todo, al establecer comparaciones lógicas con otros países más avanzados), son resultado de la tardanza democrática y de los cambios y exigencias ciudadanas intensificadas en estos años, ambientadas en un panorama político insólito y carente de responsabilidad pública y una crisis económica y de legitimación democrática de las instituciones públicas. Por ello, es necesario subrayar el papel del *marketing* público, favorecido por las reivindicaciones ciudadanas (mayor apertura democrática) para mejorar la percepción en el trabajo diario de las administraciones públicas.

En definitiva, los nuevos tiempos y escenarios, que exigen la necesidad de ética pública, rendición de cuentas y transparencia recíproca en el sector público y la ciudadanía, son el

caldo de cultivo ideal para potenciar las técnicas de *marketing* y mejorar el comportamiento y relación de la Administración pública con sus ciudadanos (entendidos estos como *clientes* de sus servicios). En el ámbito público, no está limitado el *marketing* público a la comercialización de los productos o servicios, sino que se estudia la demanda de los ciudadanos para adecuar las futuras provisiones y cómo sus ciudadanos entienden las necesidades (algunas escondidas en demandas aparentes) e influye en el comportamiento, porque facilita el amilnamiento de ciertas demandas y promociona otras necesidades.

2 LAS SIETE CIUDADES GALLEGAS EN PERSPECTIVA LOCAL

La selección de las instituciones públicas se tiene en cuenta para alcanzar una visión de las singularidades en el marco de gestión de los servicios sociales municipales, porque estas administraciones son organizaciones sensibles con la interacción con la ciudadanía. Se parte de dos criterios de selección para la obtención de la muestra, poblacional (variable de control) y político (variable explicativa). En la primera categoría se han seleccionado los ayuntamientos con población superior a 50.000 habitantes porque son los que pueden configurar acciones particulares (gestión con mayor autonomía y mayor número de usuarios y accesibilidad social) y disponer de cobertura financiera o medios personales amplios, mientras que los municipios de menor tamaño actúan como informadores o *tramitadores de expedientes*. La categoría política marca tres tipos de partidos políticos que gobiernan los ayuntamientos: PPdeG (A Coruña, Ferrol, Santiago de Compostela), PSdeG (Lugo, Ourense, Vigo) y BNG (Pontevedra) y que influyen en la impronta programática de los servicios públicos municipales. Estas unidades representan el 36,2% de la población de Galicia y más del 45% del PIB.

De ello, resulta un conjunto de datos de 14 interlocutores que pueden ser consideradas los *stakeholders* del entorno político-público, compuesto por: responsable político (en quien recae el compromiso y liderazgo a nivel estratégico) y responsable técnico (delega la operativa de la iniciativa para generar el impulso de las actividades municipales). Esta elección metodológica es pertinente al permitir acoger la percepción del *marketing* público a través de la relevancia de los casos seleccionados utilizando un diseño no probabilístico de selección intencional partiendo de axiomas predeterminados.

Con la intención de contribuir al estudio de un marco de referencia en el *marketing* público en Galicia a través de este contexto, otra parte importante de este trabajo es la conceptualización de las herramientas de *marketing* que llevan a la formulación y comprobación de hipótesis relativas a su incidencia en la Administración local. Se trata del análisis de un efecto que gira en torno a la filosofía de *management*, en el que se basa la *marketización* como parte de un proceso de modernización que intenta responder al fenómeno de pérdida de legitimidad del Estado (Villoria, 1996: 104). Las nuevas tendencias permiten enfocar la democracia en estos espacios localistas y comunitarios.

La entrevista basada en el guión dispone de un abanico de temas a tratar (ver anexo), aunque existe libertad en el orden en la formulación de las preguntas, teniendo en cuenta la fluidez de las entrevistas y los perfiles de cada uno de los entrevistados. El estudio de las situaciones experimentadas por concejales y técnicos de servicios sociales inscribe el contexto de la investigación en perspectiva cualitativa y determina la elección de esta técnica metodológica. Esta elección persigue dos objetivos: conocer las coyunturas en la prestación de los servicios sociales

municipales de mano de sus protagonistas y obtener información cualitativa para entender las posibilidades del *marketing* público en servicios sociales; y, por otro lado, familiarizarse con particularidades y localismos que permitan detectar los aspectos relevantes y proponer claves para el *marketing* a través de esta representatividad.

Atendiendo a las variables que ofrece el *marketing* público en la Administración local gallega, se pueden asimilar: la variable *precio*, a los procesos de dirección política y municipal, que son los encargados de diseñar el catálogo de servicios públicos; la variable *producto*, como el resultado ofrecido por la concejalía de servicios sociales; la variable *promoción*, integrada por el gabinete de comunicación municipal, los medios de comunicación con los que están en contacto, así como los usuarios en cuanto integran la opinión pública y las entidades del tercer sector; la variable *distribución*, como el canal de acceso a través del cual se prestan los servicios sociales municipales; la variable *personas*, centrada en el personal de la concejalía como elemento de calidad y factor de decisión del servicio; la variable *proceso*, desarrollada en la evaluación del servicio público o la coordinación interadministrativa y; por último, la variable *evidencias físicas*, como condiciones de fondo de los servicios públicos que sólo llaman la atención cuando se carece de ellas (localización de las dependencias municipales o situación de las oficinas).

3 LAS CONCEJALÍAS DE SERVICIOS SOCIALES FRENTE AL MARKETING MIX MUNICIPAL

La incapacidad de lograr una unanimidad en el concepto de *marketing* provoca que surjan críticas al desarrollo que adquiere esta disciplina en lo referente, sobre todo, a ámbitos de aplicación más recientes, como el aspecto social y el sector público. Tigãnas *et al.* (2011) señalan que el *marketing* público es una importante herramienta de los gestores públicos para promocionar los intereses y objetivos de la organización en relación con otros *stakeholders* institucionales o políticos, mientras que Kaplan y Haenlein (2009) también apuntan que para el coste económico del Estado en la vida de los ciudadanos no se aprecia ese interés en promocionar y difundir los instrumentos de *marketing*.

El papel del *marketing* en la prestación de los servicios públicos resulta la mejor plataforma de planificación estratégica para una agencia pública que desee satisfacer las necesidades de los ciudadanos, aportar un valor real (equiparado a un mecanismo de relaciones públicas) y potenciar los estudios de demandas y necesidades sociales, así como que se les dé mayor voz a los consumidores para introducirlos en los mecanismos formales. Asimismo, otros autores llegan a vincular el *marketing* como una herramienta imprescindible en las decisiones de legitimidad de las políticas públicas porque en las democracias deliberativas se permite aunar en las decisiones públicas las necesidades y conflictos de las administraciones públicas, los ciudadanos y el sector privado (Ozanne, Corus y Saatcioglu, 2009).

En definitiva, los nuevos tiempos y escenarios, que exigen la necesidad de ética pública, rendición de cuentas y transparencia recíproca en el sector público y la ciudadanía, son el caldo de cultivo ideal para potenciar las técnicas de *marketing* y mejorar el comportamiento y la relación de la Administración pública con los ciudadanos.

Al margen de las definiciones academicistas sobre el concepto de *marketing*, los entrevistados interpretan el *marketing* como un proceso en el que se promueven las fortalezas y oportunidades de un producto o servicio. Sin embargo, al acotar este procedimiento al ámbito de

la gestión de servicios sociales municipales, pocos consideran viable esta unión dentro de la Administración pública, al asociarla como una actividad procedente del sector privado. Para la gran mayoría de los entrevistados, predomina una perspectiva prehistórica del *marketing* como medio destinado a la venta de un producto (en menor medida lo asocian a un servicio y menos a un servicio público) y es visto como una función improductiva. Las percepciones de los entrevistados están muy alejadas de las actividades que se desarrollan en el sector público en general y en la Administración local gallega en particular. Uno de los argumentos más expuestos es que se trata de una actividad empresarial en la que se busca una ventaja económica y un beneficio personal y empresarial.

3.1 El producto en la competencia municipal

La gestión de los servicios sociales no se adapta al contexto actual en el que se exige mayor transparencia administrativa y racionalización del gasto público. Se entiende que los instrumentos derivados del *marketing* ya están asumidos en la Administración pública. Y se ha asumido que las instituciones públicas de todo tipo han incluido técnicas gerenciales y estrategias de medición, evaluación e indicadores de productividad y calidad, aunque los resultados son desiguales y marcan escasa novedad porque son instrumentos utilizados con éxito en otros servicios.

Es ineludible tener en cuenta la gran diferencia existente en este enfoque del producto entre Administración pública y sector privado. Además, en la primera los productos y servicios son originados a través de demandas sociales (tras un proceso político y luego administrativo para poder proyectarlos) o incluso de agendas electoralistas y decisiones políticas (Kaplan y Haenlein, 2009). La variable *producto* tiene un valor simbólico (y se puede generar sin una demanda concreta del mercado). Por ello, el factor más destacable es el hecho de que el objetivo de esta variable es el de lograr un servicio de calidad y no conseguir más usuarios, pues los productos y servicios públicos no tienen ninguna utilidad si no están disponibles para los ciudadanos y se puedan adaptar a sus expectativas y prioridades.

Pese a ser visto como un pilar del estado de bienestar, el sistema público de servicios sociales es defendido a nivel general, pero a nivel particular la visión de la prestación del servicio entraña conflictos personales relacionados con el estigma social de *ser usuario de los servicios sociales*, puesto que la paradoja se encuentra en que los ciudadanos satisfacen sus necesidades por circuitos diferentes al de los servicios sociales. Este tipo de acciones derivan de la beneficencia y produce todas estas situaciones de estigmatización social.

De hecho, el trabajo de Arenilla, Pérez y Romera (Díaz Lema, 2014), da cuenta del desconocimiento de la población acerca del contenido de los servicios sociales. Si bien existen en las corporaciones locales una tipología de ayudas relacionadas con la cultura, formación, ocio o planificaciones gerontológicas y afines, en el imaginario colectivo, hablar de servicios sociales ahora es tratar asuntos crónicos y de difícil solución, como el alojamiento de personas mayores y/o dependientes que viven solas o la ausencia de ingresos en la unidad familiar para asumir los gastos más elementales (vivienda, manutención, etc.), entre otros.

Algunos entrevistados confirman que es posible *recortar* en el departamento de servicios sociales a través de actividades socioculturales que se desplazaban a un segundo plano de prioridad –reconociendo no sólo la transversalidad de las actuaciones, sino que muchas acciones extienden las competencias mínimas–, y la mayoría no admiten hablar de sectores prioritarios de actuación y perfil de usuario porque remarcan que la concejalía *tiene la puerta abierta a todos*

los vecinos. Empero, es obvio que existen colectivos prioritarios con actuaciones y programas específicos. Asimismo, el envejecimiento de la población ha favorecido el despliegue de una importante cartera de prestaciones destinadas a grupos de edad avanzada, e informes como el del Estado Social de la Nación (2015), elaborado por la Asociación Estatal de Directores y Gerentes de Servicios Sociales, priorizan estos segmentos de población, constatando que los servicios que sufren mayor retroceso son la ayuda a domicilio y los servicios sociales básicos, incluyendo la atención a la dependencia.

Los ayuntamientos están desbordados ante el aumento de casos de emergencia social, y los objetivos principales pasan por limitar su actuación, derivando en una gestión ineficaz generadora de dependencia económica, pasando por la clarificación de su marco competencial. Gran parte de los entrevistados (técnicos, sobre todo) reconocen que se asiste a una época benéfico-asistencialista más que a un reconocimiento o adscripción de derechos sociales en la ciudadanía. Son los técnicos, de formación tradicional en trabajo social, quienes lamentan la falta de liderazgo y estrategia para mejorar la prestación de estos servicios públicos que, a su vez, se vuelven insostenibles para la hacienda local.

El monopolio público da paso a la competencia de operadores privados como fórmula de previsión de servicios orientados a la asistencia social. Esta competencia municipal está cada vez más debilitada en la oferta de algunos servicios, porque supone una gran planificación y responsabilidad de este tipo de servicios públicos (y que obedecen a la necesidad de alcanzar el bienestar social). Partiendo de este supuesto, se pueden reconocer nuevas formas de miopía de *marketing*, como el fallo al considerar los cambios en el contexto social en el que se enmarcan los servicios sociales municipales (asincronía entre reforma local, cambios de gestión de poco calado porque no se acompañan en todos los niveles administrativos y un contexto de crisis). El equipo de profesionales de las concejalías son las figuras principales en la observación y análisis de la información necesaria para poder compartirla y contrastarla. Por otra parte, es necesario incidir en la producción de investigaciones destinadas a ilustrar con carácter socioeconómico a las instituciones públicas y entidades con o sin fines de lucro. Las circunstancias sociodemográficas en las que la heterogeneidad de las demandas y el progresivo incremento de los extractos sociales abocados a la cronificación de la situación de dependencia pública limitan un servicio más individualizado o personalizado. Como factor público o a nivel electoralista, los entrevistados subrayan que el trabajo está dirigido a la población en general y no a subgrupos, por lo que marcan una equivalencia irreal entre público potencial (ciudadanos con necesidades homogéneas) y universo total.

No obstante, es absurdo totalizar estos servicios a una colectividad global si la primera distinción que se produce en los servicios públicos ofertados está entre individuos usuarios directos del servicio (demanda individualizada) y la ciudadanía en general (demanda colectiva), que incluye a potenciales usuarios, aquellos que no siendo beneficiarios directos contribuyen con sus impuestos a financiar los recursos sociales y conozcan bien a qué se dedican los impuestos de todos.

En todo caso, refutar la segmentación no es eludir la implementación de un factor elemental en el *marketing*, sino otro tipo de técnicas. Algunos de los políticos no son capaces, por ejemplo, de determinar la fórmula de la concejalía para saber si las actividades eran del agrado del público, y se guían por datos tan volátiles e imprecisos como el número de participantes de una convocatoria, cayendo en el error de que ofrecen mejores cualidades de los servicios por ser la

Administración pública más cercana. La opinión generalizada era que se estaban cronificando los problemas sociales y las concejalías no podían dar una respuesta óptima a las necesidades ciudadanas. Al preguntarse sobre la prestación o no de cada uno de los servicios por parte del gobierno local, los entrevistados incluyen explícitamente el método tradicional –es decir, a través de empleados públicos– los acuerdos entre administraciones, la contratación con empresas privadas o entidades sin ánimo de lucro o con asociaciones de vecinos.

3.2 Justificando la presión fiscal: el precio

Aplicar un precio público, tasa o impuesto como la expresión del valor económico del servicio público suministrado puede ser visto como un marcador de la calidad dentro del sector público; sin embargo, la variable precio dentro del dominio público, y más en concreto en los servicios sociales municipales, suele ser un factor secundario si se concibe en términos monetarios. Sobre todo, teniendo en cuenta que estos servicios no reflejan el coste real y que la tendencia general es a percibir la *gratuidad del servicio* o, en el menor de los casos, a obtener a través de entidades sociales un servicio similar o cuasi sustituible al provisto por el sector público y criticar el pago de ciertos servicios.

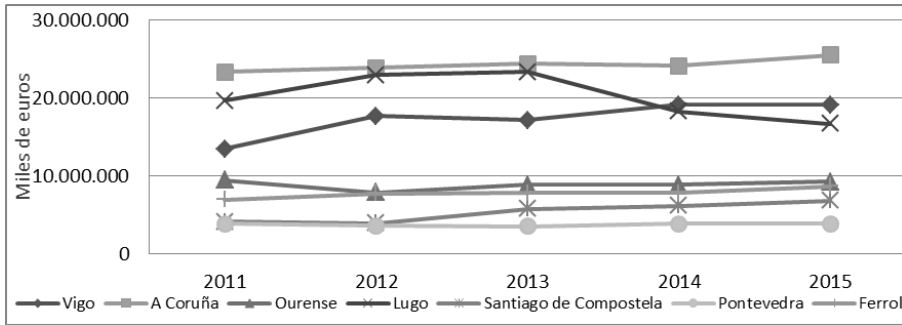
Para los entrevistados, el precio del servicio es retenido como una inversión que genera bienestar al conjunto de la sociedad y no puede ser subestimada. Es evidente que el aspecto lucrativo tropieza en esta materia y es preciso remarcar que tampoco se intenta la transformación del sector público en privado, sino reforzarlo a través de la aplicación de este concepto y crear sincronía con las demandas y las circunstancias sociodemográficas locales y el entorno general.

La gestión de *marketing* público proporciona herramientas para mejorar el rendimiento de los presupuestos municipales porque puede hacer más por menos. Efectivamente, no son estrategias que definan la medida en la que se obtienen ingresos o la asignación de partidas para las diversas políticas públicas, pero una estrategia global de *marketing* permite optimizar estos recursos financieros y tiene efectos en la gestión de las decisiones en materia social, como la previsión en materia de instalaciones, o determinadas necesidades que no son entendidas como prioritarias por los ciudadanos y se pueden complementar mediante la financiación de gasto social privado y generar resultados de otro tipo (*e.g.* en materia de empleo).

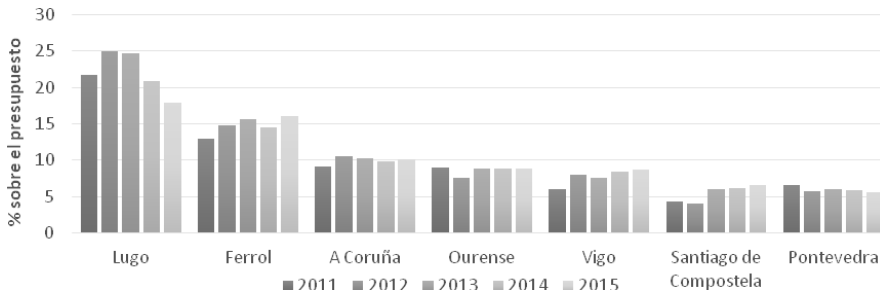
De media, la evolución de la partida dedicada a “Actuaciones de protección y promoción social” (ver figura 1) sufre un estancamiento en estos ayuntamientos, pero, como en otros ámbitos, en 2014 la tendencia negativa se normaliza o incluso se genera un cambio de tendencia, con una ligera recuperación de las partidas de forma leve o muy leve en algunos de los *concellos* estudiados (A). La ciudad de A Coruña, pese a ser la segunda ciudad en tamaño de población, es la ciudad que más recursos económicos destina a servicios sociales municipales, seguida por Lugo, la cuarta más poblada, que desde 2013 se desliga de esta tendencia y en 2014 es superada por el presupuesto de Vigo, hasta entonces en un tercer puesto. Asimismo, estas tres ciudades destacan por encima de las otras cuatro más pobladas de Galicia, cuyos presupuestos se ajustan y mantienen en un discreto segundo plano. Esta situación refleja el hecho de que el número de habitantes en las ciudades no es indicador clave en la determinación del presupuesto y en él influyen otras líneas de actuación gubernamentales.

Figura 1. Evolución de la partida de “Actuaciones de protección y promoción social” en los presupuestos (A) y porcentaje del presupuesto en servicios sociales (B) sobre el presupuesto de las 7 ciudades (2011-2015)

A)



B)



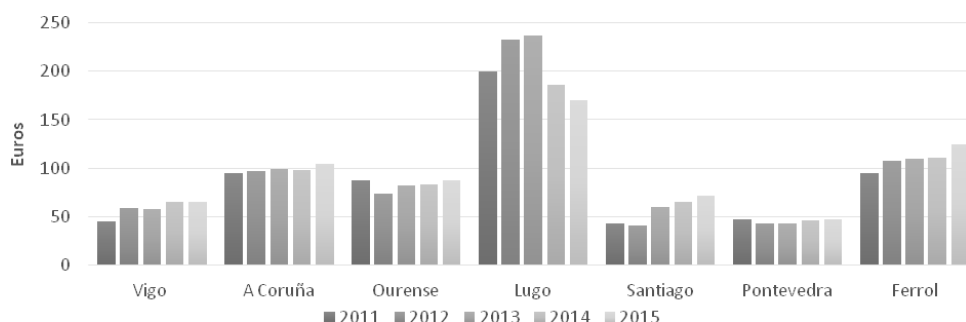
Fuente: Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Si bien el presupuesto se reduce constantemente con respecto a la proporción del presupuesto destinado a los servicios sociales (B), el Concello de Lugo lidera la inversión en partidas dedicadas a la protección y promoción social en 2011-2015. Según el análisis del presupuesto, en 2011 y 2012, el presupuesto ronda el 25% sobre el total y supera al resto de ciudades, a pesar de la tendencia alcista de algunas de ellas. La edila luguesa reconoce que este porcentaje tan alto en el presupuesto deriva de la apuesta por la inmersión local y era el cuarto presupuesto en servicios sociales más alto a nivel nacional. Asimismo, la ciudad supera el objetivo marcado en el preámbulo de la Ley de servicios sociales de Galicia 2008⁶ del 7% de los presupuestos de las administraciones públicas competentes. Tan sólo Santiago de Compostela y Pontevedra reducen estas cifras en torno al 5-6% en el periodo 2011-2015.

Al igual que el presupuesto total, con respecto al porcentaje del presupuesto relacionado con los servicios sociales municipales, el factor poblacional tampoco influye en esta proporción

y, tras Lugo, la segunda ciudad que más destina a servicios sociales es Ferrol, seguida por A Coruña, Ourense, Vigo, Santiago y Pontevedra, respectivamente. Esta clasificación está en consonancia con el volumen medio de gasto municipal por habitante (figura 2), con una reducción, de nuevo en Lugo, y un incremento progresivo del gasto por habitante en el resto de ciudades desde 2013. Además, el presupuesto sobre el que se edifica el nuevo sistema de competencias propias municipales puede chocar con su dimensión financiera.

Figura 2. Volumen medio por ciudadano del presupuesto dedicado a “Actuaciones de protección y promoción social” (2011-2015)



Fuente: Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

García Herrero *et al.* (2016), en un estudio de la Asociación Estatal de Directores y Gerentes de Servicios Sociales, refleja que Galicia es una de las comunidades autónomas con los presupuestos en servicios sociales más bajos del país y, además, tiene uno de los costes unitarios del servicio más elevados debido a la orografía y dispersión geográfica. También se reconoce un aspecto positivo de la gestión de servicios sociales que la convierten en una de las más eficientes: el equilibrio entre el gasto y la cobertura.

La complejidad de los servicios sociales municipales y su desbordamiento competencial, la escasa coordinación autonómica en materia de acciones sociales y el incremento de usuarios con una plantilla y un presupuesto limitados y reducidos año a año provocan la desesperación, en algunos casos, por parte de los entrevistados, que reconocen que las partidas económicas de emergencia social y las ayudas monetarias directas a las personas en riesgo de exclusión social son las mayores demandas a las que se enfrentan los equipos directivos. Pocos admiten el aspecto negativo hacia programas finalistas y cortoplacistas con poco margen de análisis que cronifican las situaciones de dependencia económica de los ciudadanos. No se puede hablar en todos los casos de decisiones precipitadas, pero sí de falta de anticipación o planificación a la coyuntura económica.

A excepción de Lugo, que mantiene un discurso coherente en relación con la anticipación de la crisis, los demás ayuntamientos defienden el aumento del presupuesto o la reorganización del trabajo (facilitando el número de beneficiarios de determinados programas por la modificación de las bases o estableciendo menos requisitos mínimos). Los concejales no tienen una definición sobre lo que se debe mejorar, reconocen que las partidas finalistas pueden aumentarse

(sólo tres concejales mencionan la importante subida de impuestos que esto supone) pero el proyecto a largo plazo se convierte en inviable.

Por mucho que el gasto se entienda como inversión social y no sea visto desde una *perspectiva económica clásica* (A Coruña, Santiago, Ourense), la crítica más contundente es la facilitada por la técnica del Concello de Vigo: *no sacamos el máximo provecho al dinero público y es una falta de respeto hacia el ciudadano*. Con esta situación, se percibe una desmotivación o un distanciamiento sobre la ciudadanía por parte de los administradores públicos, cuando sólo dos entrevistados se refieren al aumento de las obligaciones contributivas.

3.3 La distribución y la atención a las aspiraciones locales

Los aspectos prácticos de todo el proceso desarrollado en la prestación de los servicios sociales municipales dependen del canal a través del cual estos servicios públicos son distribuidos a la población local y, además, incluyen la perspectiva del *marketing* público, responden al reconocimiento de nuevos canales, sin olvidar este esquema de distribución vertical de los servicios sociales (Gobierno central, autonómico y *concellos*). La unidad básica de referencia parte de los equipos de trabajadores sociales (ETS) o de las unidades de trabajo social (UTS), definidas según el plan concertado como la unidad administrativa y territorial que tienen como función primordial la atención a los ciudadanos en su acceso a los servicios sociales, a través de un servicio de información y orientación. La red de prestaciones ofertadas a través de esta fórmula se distribuye basándose en los barrios y parroquias que integran la Administración periférica local.

La organización y distribución del trabajo de las concejalías está marcada por estos equipos que se trasladan al espacio vecinal y acceden al ciudadano-usuario para conocer las necesidades inmediatas, informar y administrar las características y prestaciones de los servicios públicos. El canal de distribución es relativamente corto en el caso estudiado, ya que la mayoría de servicios son adoptados desde el área municipal. Conviene señalar la relevancia del factor *lugar* en cuanto al papel que representa en el acceso de los servicios públicos y ámbito de actuación y programas coordinados. Esta cercanía no siempre es requerida como elemento de mejora del servicio, pues en ocasiones en barrios y parroquias el factor social sigue dominando la forma de gestión. Además, las barreras espaciales convierten la Administración local en la primera puerta de entrada del ciudadano que tiene que asumir y responder por los posibles errores o malas direcciones de la Xunta.

3.4 La empatía en la servucción: las personas

La variable *personas* es la que llega a determinar el uso de un servicio público porque se basa en la relación emocional y en la complicidad que tiene el ciudadano con el trabajador de la concejalía, y es uno de los elementos intangibles del servicio público más importantes (los prestadores del servicio son todos los que integran el personal de contacto y, generalmente, personal sin mando). Sin tratar de situarla por encima de otras, es necesario remarcar la *teoría del afecto del intercambio social*, por el cual el personal que desempeña este trabajo juega un papel fundamental debido a las percepciones subjetivas que despierta, ya que en muchos casos la elección del servicio entraña factores subjetivos como este, relacionados con aspectos cognoscitivos, emocionales y culturales.

Este personal que trabaja en contacto con el público tiene una doble tarea para realizar en el proceso de prestación del servicio: la de operador del sistema de *servucción* (Eigler y Langeard,

1989) previsto y la de ajuste del mismo a las especificaciones del usuario. La estandarización es casi imposible en los servicios sociales municipales porque requieren de personalización, individualidad y discrecionalidad y los usuarios deben percibir estos valores. Además, los empleados (trabajadores sociales, psicólogos, abogados, animadores socioculturales, educadores sociales...) trabajan con una cercanía con los usuarios que, en ocasiones, pueden discernir de las normas legales porque estas pueden producir un resultado distinto (Parrado Díez, 2015).

Uno de los mayores problemas que sufre la concejalía es la tasa de reposición, que algunos entrevistados definen como *indignante* y una *medida cínica* en tiempos de crisis y con necesidades sociales más generalizadas. Todos los concejales reconocen que se lleva a cabo la prestación de los servicios con recursos limitados, especialmente a nivel humano y que la contratación de personal es un tema preocupante, que origina la externalización de más servicios debido a esta sobrecarga desmesurada de trabajo. A nivel autonómico, esta tendencia de descenso del personal es paralela a la evolución marcada a nivel nacional, si bien las provincias de A Coruña y Ourense son las que soportan una caída más significativa del número de empleados a nivel local.

Esta investigación permite comprobar la dicotomía entre dirección política y dirección administrativa. Ninguno de los concejales critica el trabajo realizado por los funcionarios. Aspecto distinto es la opinión de algunos técnicos que reconocen que el personaje político alcanza un cargo que, en ocasiones, excede de las atribuciones y competencias personales. Resume este pesar uno de ellos (mediante atribución reservada): *son ellos los que se van dentro de varios años, nosotros somos los que estamos aquí toda la vida y tenemos que sobrellevar las decisiones que tomen en este tiempo*. Del mismo modo, esta actitud se puede volver a la directiva técnica y cuerpo de empleados públicos en general, que responden a una iniciativa de perpetuidad de cargo entendida en los términos de insatisfacción, inmovilismo o incluso falta de vocación, y representa muchos de los valores negativos que se le reprochan a la burocratización de la Administración pública.

3.5 Los procesos

El mayor problema de autonomía del servicio público, el marco legal, es a su vez su mayor virtud, pues al estar reglada la Administración local por el derecho público implica que, aunque las administraciones públicas tienen muchas más restricciones, controles y obligaciones (*e.g.* transparencia e información públicas), gozan de contrapartidas y privilegios que no están al alcance de las organizaciones privadas, como servicios exclusivos y monopolio del mercado o falta de precios directos que aseguren una cartera de clientes (o ciudadanos-usuarios). Otro aspecto enmarcado dentro de esta variable es la posibilidad de cambio y evolución de los servicios de los ayuntamientos gracias a las aportaciones directas de los ciudadanos, teniendo en cuenta el factor molestia cuando es necesario corregir un fallo, si bien puede ser un hecho perceptible en la derivada electoral y el mayor control social del gobierno local por parte de los ciudadanos.

3.5.1 ¿Coordinación interadministrativa en servicios sociales?

A lo largo de los últimos años, las corporaciones locales son objeto de miradas en las reformas de la Administración pública –al menos para clarificar por primera vez las competencias municipales por ley, como demanda tradicional del municipalismo–, pero los intentos por introducir la gobernanza generan a nivel académico un mayor protagonismo de los ayuntamientos, porque esta adaptación al nuevo escenario global y a las nuevas demandas sociales

provoca lo que Nabaskues (2003) denomina *municipalización de la política del bienestar*, ya que los ayuntamientos son los encargados de especialización de su agenda pública. Por todo ello, se comprende que esta parte del multinivel de gobierno, la más baja en la escala, es la que más peso tiene en el ciudadano. A todos estos elementos se le suma la percepción de que las reformas legislativas recientes (inspiradas en estrategias de *marketing* público) no se trasladan en la práctica de forma racional, y las tendencias ideológicas afectan a la gestión de los servicios sociales municipales. Caos de gestión, *austericidio* o falta de conocimiento de la realidad social son versiones de un mismo proceder en la reforma local percibidas por los dirigentes locales entrevistados como consecuencias inevitables de la falta de contacto con los problemas reales de los ciudadanos desde instancias ejecutivas superiores al ámbito local.

En el aspecto terminológico, a excepción de A Coruña y Santiago de Compostela, que emplean el concepto de *servizos sociais*, el resto de ciudades utiliza una terminología abstracta como *benestar social*, y Pontevedra, que utiliza el apelativo *benestar social municipal*. El resto de ciudades acompañan en el departamento otras áreas relacionadas con la igualdad de género, la educación, la cultura y la normalización lingüística, los deportes, la salud y la familia o la juventud.

Las concejalías alivian los problemas de la ciudadanía y son los mayores aportadores de financiación en servicios sociales, aunque no les corresponde a ellas. A pesar de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, esta dinámica se antoja más rígida de lo esperado para el legislador estatal, que no tiene el control que presupone en el ámbito municipal. Esta posibilidad de asunción de competencias distintas de las propias o atribuidas por delegación en la Administración local debe respetar los requisitos impuestos en el plan financiero. Si bien la coordinación en la Xunta se articula como garante presupuestaria, sólo los representantes políticos de los gobiernos conservadores valoran la relación interadministrativa presente, aunque en términos excesivamente personalistas: *la relación es magnífica porque conozco a las personas que están en la Administración y entonces tengo hilo directo. Levanto el teléfono cuando aparece un problema y se buscan soluciones* (A Coruña).

Muchos de los representantes políticos de diferente signo critican la forma de trabajo con la Xunta, porque niegan el *feedback* y subrayan la politización de esta relación. La concejala de Pontevedra es la que mejor resume el sentimiento de otros *concellos* socialistas: *la Xunta sabe que nosotros somos los que tenemos que dar las explicaciones a los vecinos y ellos desde un despacho frío y hostil hacen lo que les da la gana para cuadrar sus cuentas y presentarlas en el Parlamento de Galicia. Además trabajan de una forma absolutamente unilateral, sin dar explicaciones y sin contar en ningún momento con el daño lesivo que puede ocasionar una decisión que ellos tomen desde arriba*. Todos los representantes políticos, a excepción del PP, critican la posición de la Xunta, escudada en la distancia física para actuar unilateralmente sin obedecer a la realidad o las críticas que hace la ciudadanía por la prestación de un servicio público como este:

- *Si los otros niveles administrativos no responden, no irán a quejarse a ellos, sino a nosotros, que somos los que sienten más próximos* (Ourense).

- *Es difícil justificarse ante un vecino que ves cara a cara, que teniendo dinero y superávit en el Ayuntamiento no le puedes ayudar más. No es la prioridad ahora pagar la deuda porque en estos tiempos influye gravemente en la inversión social* (Lugo).

Ambos entrevistados lamentan la falta de información y la subsidiariedad en asuntos necesarios en la Administración local. Asimismo, la descentralización del sistema público de servicios

sociales a lo largo de las últimas dos décadas genera la reducción de una infraestructura sólida propia autonómica para poder gestionar en unos meses todos los servicios sociales de atención primaria. Tanto representantes políticos del espectro de izquierdas como la dirección técnica critican no sólo el volumen impositivo, sino la dejadez y elección de competencias municipales que marcan el devenir tomando en manos del azar este servicio y que mantiene esta lógica con la consideración individual del término emergencia social. Muchos de los jefes de servicio lamentan que la *emergencia social* sea lo único que se practica en los ayuntamientos, sin haberse completado el pretendido sistema público de servicios sociales.

Ninguno de los entrevistados confía en que la reforma local traiga cambios positivos, y la mayoría, entre jefes de unidad y ediles, aseveran la continuidad de la gestión en servicios sociales en el plano local como eje articulador de los servicios sociales comunitarios: no es el momento para iniciar una reforma local de este calado y señalan que afecta directamente a la autonomía local. Asimismo, se comprueba una preocupación por la capacidad de mejora de los servicios públicos, ya que las ideas relacionadas con la innovación de la Administración pública se distorsionan al llegar a la etapa política y son difíciles de proyectar en el funcionariado público, que suele rechazar cualquier cambio. Gran parte de los entrevistados le reconocen a la Administración local el derecho suficiente para poder tener como competencia propia la prestación de los servicios sociales, al menos comunitarios (aunque más definida de lo que ha estado), y no como una competencia *envenenada* que crea expectativas y asienta derechos sociales locales a los ciudadanos que no se pueden alcanzar, tanto por la falta de independencia como por la carga impositiva que supone.

3.5.2 La perspectiva de la evaluación

Durante la realización de las entrevistas, se constató el desconocimiento de las técnicas de evaluación de los servicios sociales municipales por parte de la dirección política. Muchos evaden las preguntas, ofrecen respuestas indirectas y se excusan en los tecnicismos del proceso administrativo para trasladar la misma pregunta a sus jefes de servicio (si bien tiene que ser una prioridad que los concejales, en cuanto cumplen el papel de gestores públicos, escuchen, observen y detecten los problemas de los servicios). En un único caso, se subrayan el desinterés y la indiferencia por la pregunta, recalando que en la web municipal *está todo muy bien explicado*.

Ciertamente, la evasión de este asunto y la forma de esquivar, por ejemplo, cómo se mide la satisfacción de un servicio público, la calidad percibida o cómo es valorada la imagen del servicio por los diferentes públicos constatan el desconocimiento en el uso de técnicas de evaluación e, indirectamente, los propios resultados administrativos basados en los conceptos de eficiencia, eficacia y economía, al no relacionar los recursos y presupuestos en el proceso de gestión como algo necesario de conocer por parte de la dirección política. Alguna concejala afirma que la calidad percibida de un servicio no es tangible ni se puede estudiar y, otros, la minoría, intentan responder argumentando que el factor de evaluación fundamental de éxito de un servicio público es el número de personas que se inscriben en las acciones de la concejalía. Se trata de la Administración pública tradicional, un ejemplo de miopía de *marketing*, y una inexistencia de medición del servicio en términos de *marketing*, y no se está actuando en busca de la excelencia en las políticas de bienestar y en la calidad de vida de los ciudadanos. Otra respuesta común por parte de los concejales tiene que ver con *gastar todo el presupuesto en lo que se tenía que gastar, pero entendiendo el gasto como una inversión*. Por así decirlo, la *postucción* o los cambios organi-

zativos para la mejora continuada de los servicios (Puig, 1998) son reducidos a percepciones del personal de contacto y el número de ciudadanos que acceden al servicio, en lugar de valorar cómo el servicio facilita la solución/respuesta de las necesidades a las que se enfrenta.

La dirección técnica define el trabajo de evaluación como *una batalla* con la dirección política y no conciben que en todos los casos de las ciudades se establezcan unos objetivos previos y estratégicos en las *concellerías*, y si se hacen están limitados al mandato de cuatro años. La función tecnocrática apuesta por el rendimiento de la organización a través de objetivos y metas, para obtener resultados concretos en el excesivo hincapié en normas y procesos organizativos. Además, valoran ciertos indicadores *para evaluarlo todo y basándose en esa evaluación poder programarnos para el año siguiente* (atribución reservada). Sin embargo, existe una imposición de metas irreal.

El volumen de trabajo y la dificultad de proporcionar una respuesta institucional adecuada generan frustración en los técnicos locales, que señalan que el problema más importante es, de la imprecisión en los objetivos de la concejalía, la inestabilidad de los gobiernos locales, que buscan medidas populistas que permitan el mantenimiento en el poder sin precisar soluciones. Se confirman grandes carencias en la dirección política de los servicios sociales en estas ciudades sobre *marketing* de los concejales y una reacción rápida hacia prioridades sociales cuando pueden percibir la amenaza de perder las elecciones. Es más, por norma general, no están adaptados a las exigencias de un puesto de esta envergadura y, siempre que las argumentaciones basadas en valores y ejemplos no sean sólidas, subrayan que sus estudios o sus carreras profesionales no están relacionados con los servicios sociales (*Es que, a ver, yo vengo del mundo de...*).

3.5.3 Externalización en servicios sociales municipales

Los cambios que los entes locales pueden sufrir en los próximos años pueden alterar la relación entre los usuarios y la Administración local y, a su vez, mejorar la prestación del servicio, partiendo de herramientas de eficacia y productividad, adaptación a las aspiraciones y demandas sociales, planificación estratégica, calidad o democracia participativa, en una época en la que se perpetúa la crisis económica. Muchas asociaciones y/o fundaciones locales desarrollan un trabajo intercooperativo con el municipio desde la autonomía de ambos a través de convenios y comparten una visión similar con la concejalía sobre los asuntos sociales a tratar enfocados en la mejora de la calidad de vida de los vecinos. Entre la concejalía y las entidades sociales se desarrolla un diálogo continuo a través de negociaciones y pactos de trabajo relacional, enfocados en la coproducción y la prestación de los servicios públicos.

A pesar de la literatura ligada a la externalización de los servicios públicos, las opiniones personales de los entrevistados en torno a la externalización de servicios públicos (pese a que era un aspecto asentado dentro de la Administración pública) están muy polarizadas. Por un lado, la justificación principal para la introducción de gestión mixta está motivada por la incapacidad de recursos humanos y de instalaciones en el *concello* que hacen más difícil la cobertura (Lugo, Ourense, Vigo, Ferrol, Santiago), así como el abaratamiento de los costes (Ourense). Otro aspecto es el de que la Administración pública no garantiza la especialización de determinados servicios y, en ciertos casos, una entidad social que trabaja con un colectivo concreto de personas para atender de forma más óptima las necesidades de los vecinos (Pontevedra, Lugo, Ourense, A Coruña).

De igual modo, otros entrevistados tienen una opinión más pétreo sobre la pervivencia de esta gestión relacional: *la Administración pública no es capaz de mantener por sí misma el actual sistema público de servicios sociales. Si bien la titularidad ha de ser siempre pública, tenemos que contratar a empresas privadas porque no tenemos medios personales y tenemos que externalizar algunos servicios recurriendo a las empresas privadas o entidades sociales (técnica de Ferrol)*. Los entrevistados evocan convenios o conciertos en servicios como teleasistencia o planificación gerontológica (residencias o sistemas alternativos de alojamiento) como las actuaciones en servicios sociales municipales más idóneas para la externalización de servicios. La observación más interesante del proceso de externalización en el sector público es la ofrecida por la técnica del Concello de Vigo, que reconoce que *la Administración pública no habría necesitado externalizar ningún servicio si se hubiesen aplicado las técnicas de marketing correspondientes; algunas cosas que se han hecho no tendrían por qué si se hubiesen valorado la misión/visión y estudiado el mercado*.

3.5.4 El reto de la transparencia en el municipalismo gallego

Salerno (Tornos y Galán, 2000: 175) retrocede hasta el origen divino del poder marcado por el absolutismo y el reproche kantiano a favor de la publicidad de las normas, para situar el paso hacia la idea de la transparencia en las decisiones políticas como garantía frente a las decisiones aleatorias y personales del poder estatal. Del mismo modo que la transparencia se ha convertido desde entonces en una aspiración en la Administración pública, todavía en proceso de construcción, tiene que ver, sin ser previsto hasta siglos después, en el conjunto de estrategias que ahora se asocian al *marketing* público, que permiten potenciar las relaciones entre instituciones públicas y el ciudadano, el mantra repetido a lo largo de esta investigación.

En este aspecto, los concejales son los más implicados en esta modernización, aunque son los técnicos los más sensibilizados con el exceso de informatización de los trámites y la escasez de medios para implementar las medidas. Asimismo, la representante política de Pontevedra recela de las medidas de informatización del entramado administrativo y compara el proceso con una *transparencia de prospecto médico*, entendiendo la excesiva información descontextualizada y de difícil comprensión. Los entrevistados asocian la transparencia a la publicación de información institucional y organizativa (organigrama, perfil y trayectoria profesional de los políticos, actas y acuerdos de órganos de gobierno, retribuciones a altos cargos y responsables máximos, declaraciones anuales de bienes y actividades, conocer el resultado de las acciones llevadas a cabo, etc.) en la web y gran parte de los concejales aseveran que la Administración local se adelanta a las exigencias de la ley estatal y *a nivel de transparencia está todo subido en la web*, reduciendo la transparencia al ámbito informático.

Este concepto de transparencia queda acotado al ámbito económico y financiero de los asuntos en los que incide la legislación estatal de la materia en estos momentos de crisis económica. De hecho, la concepción de la transparencia es reduccionista y no se valoran otros ámbitos relacionados y más fáciles de aplicar, como disponer de información de contacto actualizada en la web. En este debate pueril sobre el contenido de transparencia en su página web, se refleja que no sólo Pontevedra suspende en los estándares de Transparencia Internacional España, sino que en la última edición disponible de 2014 empeoran las puntuaciones de las siete ciudades con respecto a 2012 y sólo Vigo y Ourense tienen mejores datos que la media nacional.

3.6 Las evidencias físicas de las concejalías de servicios sociales

La Administración local ha de cuidar y buscar un cierto equilibrio en todas las percepciones relacionadas con las evidencias físicas, porque el usuario debe sentir que está personalizado para él, con la calidad de lograr sus expectativas sobre el servicio, y son cuestiones clave para la calidad y la satisfacción del servicio, como el cuidado del local y los lugares en el primer contacto entre el usuario y el servicio (acceso a las oficinas e instalaciones aptas para personas con discapacidades), una arquitectura cálida, la luz, los muebles, los horarios y las esperas (horas de apertura adaptadas al horario laboral de la población), las escuchas (la capacitación técnica del personal técnico que presta el servicio para transmitir al ciudadano un servicio público de calidad a través de cortesía, amabilidad y formalidad), el acompañamiento a través del proceso de uso del servicio (instrucciones, formularios o comunicaciones comprensibles al ciudadano medio y un lenguaje adaptado a las necesidades de los usuarios), etc.

La localización es importante y el acceso a los servicios ha de ser lo más fácil posible para el ciudadano. De los ayuntamientos estudiados, las concejalías de servicios sociales están deslocalizadas y situadas en edificios públicos en el centro de la ciudad y muy próximas a la casa consistorial en todas las ciudades. La excepción la marcan Vigo y Lugo, que disponen de oficinas técnicas y de atención a los ciudadanos en el edificio central. En términos de comodidad para la ciudadanía y control social, la mejor opción para el acceso a los servicios sociales puede ser la entrada en el edificio central local. La amplitud y número de oficinas permite que en los puntos de prestación de servicios el personal se adapte a las necesidades específicas de los ciudadanos para satisfacerlas mejor, siempre atendiendo a la idea de que el funcionamiento en red de la concejalía debe mantener unos estándares para homogeneizar los procesos, gastos y calidades (Puig, 1998).

Es común que las grandes ciudades descentralicen las dependencias consistoriales por razones de tamaño y espacio, a medida que los servicios públicos que ofrecen son más numerosos y complejos. Los únicos entrevistados que dan prioridad a la intimidad de los usuarios en su acceso a los servicios sociales son los representantes de Ourense, que reconocen que hasta hacía algunos años las instalaciones de atención al público estaban desfasadas o anticuadas. En todos los casos estudiados, el contacto presencial y/o telefónico es el acceso principal de comunicación de los ciudadanos con la concejalía.

Asimismo, la mayor crítica que declaran los entrevistados es el aspecto burocrático de la concejalía relacionado con trámites que deben cumplimentarse. Igualmente, la subordinación autonómica y la tutela de las entidades locales obligan a presentar cada año un plan económico-financiero justificando los gastos de la concejalía basándose en la previsión de recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera. Todos los entrevistados aclaran que es un aspecto fundamental pero que limita la atención a los usuarios, retrasa los tiempos y aleja de la realidad social a los trabajadores de los *concellos*.

3.7 La comunicación local como variable promoción

Es necesario incidir en el reducido conocimiento práctico de estrategias de gestión pública asociadas al *marketing*, exceptuando a los técnicos y un mando político de las dos ciudades más pobladas de Galicia (Vigo y A Coruña). En líneas generales, el *marketing* queda reducido a la variable *promoción* o, más en concreto, a la publicidad. El *marketing* público local es entendido como el proceso de información pública de la Administración local y es aceptado en

estos parámetros. Pervive la asociación del gabinete de comunicación como el único referente de *marketing* o comunicación del ayuntamiento capaz de relacionarse con el ciudadano. Todos los entrevistados asocian el *marketing* como un elemento dentro del sector privado, aunque puntualizan que está implantado dentro de la Administración pública y lo consideran integrado como herramienta propia del departamento de comunicación para la estrategia comunicativa del gobierno local.

Los mandos técnicos son los más reacios a opinar sobre la comunicación corporativa del ayuntamiento, incidiendo en que esos asuntos se escapan de sus competencias profesionales. De hecho, la técnica de Lugo reconoce directamente que, *dada la situación socioeconómica en la que vivimos, me parece que tenemos que dar prioridad al sistema de atención de emergencia y no al marketing*. Subyace un recelo a la labor que se desempeña en el departamento de comunicación, que perciben como servicio más próximo a los intereses y objetivos políticos, en el que se sitúa esencialmente la falta de conocimiento de la actividad desempeñada en el mismo dentro de la estructura corporativa como pieza estratégica de la composición política.

Se está reconociendo implícitamente la falta de independencia de los medios de comunicación, especialmente los locales, que son un altavoz del trabajo político desarrollado en la concejalía. Los concejales interpretan con total normalidad el hecho de que todo lo publicable es susceptible de aparecer en los medios a los pocos días y destacan la naturalidad con la que se concibe esta dependencia de los medios de comunicación. La figura tradicional del *goalkeeper* en las redacciones se traslada al responsable de comunicación del ayuntamiento, y el poder de decisión de los medios locales es muy reducido en la selección de hechos noticiables. Se trata de una relación simbiótica, ya que las campañas institucionales generan ingresos muy importantes a los medios.

4 CONCLUSIONES: LA PERSPECTIVA PREHISTÓRICA DEL MARKETING EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA GALLEGA

Este estudio echa por tierra algunas ideas preconcebidas y generalizadas, como la de que el *marketing* público es un hecho generalizado en los gobiernos locales, y la dificultad de implementar medidas está más relacionada con el contexto competencial del régimen local que con la posición pétrea de muchas figuras clave para la difusión de esta lógica de *marketización*. Además, la naturaleza política del gobierno tampoco influye en el impacto del *marketing* público y existe una abundante tradición social municipal que choca con los pretendidos cambios impuestos por la reforma local.

Si bien la tendencia de los entrevistados es a dudar de la capacidad del *marketing* público como instrumento de gestión de los servicios sociales municipales, los cargos políticos son más receptivos al uso de este en cuanto vinculan la concejalía que dirigen con el departamento de comunicación del ayuntamiento, que se convierte en una oficina interna encargada de realizar las tareas más propias de lo que se corresponde con la variable promoción del *marketing mix*. Para ellos, existe una marcada incapacidad para definir los objetivos de su concejalía en cuanto propósitos derivados de la línea de la comunicación pública, por lo que el tamaño de estos ayuntamientos habilita la disposición de un profesional de la comunicación encargado de personificar las carencias de los políticos en estos asuntos.

A la vista de este estudio, se puede comprobar cómo la aplicación del *marketing* es residual en estas concejalías y deriva de la acción política. Persisten en la dicotomía público/privado e inciden en que la regulación y legislación limitan este tipo de procedimientos, pese a que se insinúa que, dentro de unos parámetros, el *marketing* es fundamental para la vida pública actual y para mejorar las relaciones con la ciudadanía. A algunos (concejala de Vigo, técnicas de Lugo y Ourense) directamente no les parece apropiado y apuntan la inviabilidad de esta actividad en la Administración local, aunque gran parte de los entrevistados destacan sus posibilidades y, sobre todo, la gran mayoría era capaz de hacer autocrítica y apuntan deberes de las concejalías para mejorar los servicios o la atención al ciudadano (especialmente, con vistas a los comicios municipales y a la formación de un nuevo gobierno municipal).

Los inconvenientes directos están en el escaso espíritu de *marketing* que presentan los altos cargos de las concejalías de servicios sociales. No se potencian los estudios de actitudes y mentalidades del público y no existe una preparación técnica del personal *ad hoc*.

El *marketing* público permite reducir la brecha entre la percepción ciudadana y los *outputs* sociales. Los servicios sociales municipales se presentan dentro de un marco legislativo escasamente regulado y con un catálogo inconcreto, siendo el objetivo de la concejalía el de preservar e incrementar el bienestar colectivo de la comunidad. De todo ello se afirma que la línea de cambio asimilada dentro de un proceso de modernización e innovación adoptado en el marco de la autonomía local está basado en decisiones personales y políticas que, en ocasiones, coinciden con las herramientas de *marketing*. Las concejalías marcan la idea de transversalidad en las concejalías porque velan por el bienestar comunitario, generando un discurso destinado a deshomogeneizar su *target* y niegan la segmentación del mercado por no excluir a ningún ciudadano, por lo que no delimitan las prestaciones concretas. Con la información analizada, se podría situar el concepto de *marketing* en una fase de transición en la integración plena en la gestión pública, ya que se considera un factor exógeno del sector público.

Por ello, en la Administración local gallega todavía no se puede hablar de una fase de consolidación del *marketing* público, sino de una fase inicial de implementación, por lo menos en la concejalía de servicios sociales. La concreción hacia el sector de los servicios sociales sigue generando debates que, a nivel académico, se han superado gracias a la ampliación del concepto de intercambio y a las ideas derivadas del *marketing* social, entre otros. Pero no sólo el desconocimiento de las técnicas de *marketing* público a nivel local es generalizado, sino que ambos sectores de la dirección municipal destacan que el *marketing* puede ser visto como inmorales y un obstáculo en el sector público en asuntos relacionados con los servicios sociales. Aunque en esta área social el estudio del servicio público y su gestión es más complejo, la asociación *marketing-promoción* es ideal para los entrevistados en departamentos municipales relacionados con los actos culturales o el turismo (asocian un uso comercial de los problemas y necesidades sociales). Esta relación con la variable promoción implica la comercialización de las proclamas políticas, y el *marketing* es visto por la dirección administrativa como una herramienta de influencia en la opinión pública de lo desarrollado en la concejalía.

Asimismo, la gestión se caracteriza por la falta de implicación en procesos modernizadores de la Administración pública y la auténtica gobernanza local. Los personalismos están muy presentes en un cargo derivado de la elección del alcalde (algunos dirigen su trabajo como un engranaje dentro del proyecto del gobierno local personalizado en la figura del regidor) y para el que acaban reconociendo de forma implícita que tienen carencias, justificadas en algunos a

derivar las cuestiones planteadas al equipo técnico o a reconocer que sus estudios o carreras profesionales no están asociadas a los servicios sociales.

5 ANEXO: GUIÓN DE CUESTIONARIO DE ENTREVISTAS

Generales

1. Descripción estructura administrativa/servicios.
2. Cambios en la calidad de vida de los ciudadanos en la última década (a mejorar, lo mejor).
3. Reforma local: valoración previa, se mejorarán los servicios y expectativas de los cambios de aquí a 5 años. Objetivos primordiales esta legislatura y dónde incidir en los próximos años.
4. Coordinación con Xunta o Diputación en RRHH y económicos. ¿Autonomía suficiente para ello? Colaboraciones suscritas en estos años.
5. ¿Cómo definiría el *marketing*? ¿Actitud hacia el *marketing*? ¿A qué se asocia? ¿Cómo cree que debería aplicarse en la concejalía? ¿Deben existir límites? ¿Posibles aplicaciones en la AP local? ¿Por qué?
6. Medidas implementadas a nivel de transparencia.

Variable producto

1. Uso de las TIC y motivos que las impulsan (reducción de tiempos administrativos, incremento de la participación ciudadana, etc.). Importancia de la web municipal.
2. Estudio de las necesidades sociales de la ciudad. Cómo se priorizan unas demandas sobre otras.
3. La demanda municipal.
4. Utilidad/efectividad/fiabilidad del servicio.

Variable precio

1. Cálculo del coste efectivo (modo de estudio).
2. Adecuación de las contingencias económicas (procedencia de las subvenciones para la financiación de servicios públicos, dependencia interadministrativa, medios personales) y necesidades de los ciudadanos.
3. Influencia del precio público sobre +/- demanda ciudadana. Gestión eficiente/efecto sobre financiación local y autonomía financiera/ procedencia fondos.

Variable distribución

1. Grado de penetración y satisfacción de los ciudadanos.
2. Distribución y localización de instalaciones.

Variable promoción

1. Objetivos de comunicación municipal en servicios sociales (difusión de actividades, comunicación de asuntos impopulares).
2. Cómo obtienen información los usuarios. ¿Perfil de usuarios?
3. Relación particular entre concejal-medios de comunicación y presencia del concejal y concejalía en RRSS (se interactúa en las RRSS, cuál es la red social que más utilizan).

Variable personas

1. Trabajadores. ¿Limitación de medios personales? Cómo afectan los cambios legislativos a la situación laboral de los empleados públicos.
2. Relación entre empleados públicos y figuras políticas. Cómo colaboran en el diseño y organización de los SSM (¿incentivos para desarrollar su trabajo?).
3. Trato que dispensan/sensibilidad hacia el servicio público
4. Implicación de los ciudadanos y promoción de la participación ciudadana (¿existe reglamento?)

Variable procesos

1. Evaluación de los objetivos/calidad del servicio. Si se recoge algún tipo de información sobre la calidad de los servicios a los usuarios de los SSM.
2. Comunicación clara/trato que dispensan (orientadas a las necesidades de los potenciales usuarios).
3. Gestión idónea/adecuada de los servicios sociales (pública, privada, mixta).

Variable evidencias físicas

1. Accesibilidad física/temporal a los servicios y dependencias (instalaciones con capacidad suficiente y adaptabilidad al tipo de servicio, ambiente, señalizaciones, accesibilidad para los colectivos de potenciales usuarios).
2. Canales de acceso al servicio (presencial, telemático, telefónico).

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. y Tamboles 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. y 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. y 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 Digitalis, 15*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya.
- Denhardt, R.B. y 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. y 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. y Langeard, E. 1989. *Servucción. El marketing de servicios*. Madrid: McGraw-Hill.
- Eshius, J., Braun, E. y 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. y 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. y 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. y 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. y 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 Márketing en los Municipios*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Tigănas, A., Ticiău, T., Mora, C. et al. 2011. «Use of Public Sector Marketing and Leadership in Romania's Local Public Administration», *Revista de Cercetari Si Interntie Socială*, 34, 212-233.
- Tornos Mas, J. y 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 línea en: <https://www.ama.org/AboutAMA/Pages/Definition-of-Marketing.aspx> (26-04-2017).
- 2 El crecimiento del marketing social, como la propia disciplina general, es paralelo al desarrollo de las sociedades modernas y está vinculado a la aplicación de grandes reformas políticas y sociales. Wymer (2004) expone la importancia que tiene esta perspectiva en el área pública en la evolución del trabajo infantil y femenino en las minas de carbón en Inglaterra: durante las British Poor Laws los huérfanos menores de 13 años eran obligados a trabajar casi como esclavos y las mujeres con ese trabajo se desligaban de la imagen de fémina desprotegida marcada por la época victoriana, y tenían una imagen más masculinizada. Responsables públicos como Lord Ashley definieron este problema y buscaron soluciones sólo porque, como comenta el autor, era contrario a los valores de los grupos de presión.
- 3 Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, BOE de 30 de diciembre de 2013, n. 312, 106430-106473.
- 4 Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional. BOE de 30 de diciembre de 2005, n. 312, 42902-42905.
- 5 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, BOE de 10 de diciembre de 2013, n. 295, 97922-97952.
- 6 Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia. DOG de 18 de diciembre 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 del Cuerpo Superior de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia (España)

Miembro de la Junta 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 Legislación aplicable y principios fundamentales. 3 Inicio del procedimiento. 3.1 Recepción de la reclamación. 3.2 Admisión a trámite. 3.2.1 Los requisitos formales del escrito de reclamación. 3.2.2 Los requisitos sustantivos del escrito de reclamación. 3.2.2.a Capacidad y legitimación de las partes. 3.2.2.b Ejercicio efectivo de una acción por el reclamante. 3.2.2.c Existencia de convenio arbitral. 3.2.2.d Competencia de la Junta. 4 Sustanciación del procedimiento. 4.1 Citación a vista de las partes. 4.2 Constitución del colegio arbitral. 4.3 Asistencia de las partes. 4.3.1 Formas de comparecencia. 4.3.2 Postulación y efectos de la inasistencia de las partes. 5 Desarrollo de la vista. 5.1 Fase alegatoria. 5.2 Fase probatoria. 5.3 Suspensión e interrupción de la vista. 6 Terminación de las actuaciones arbitrales. 6.1 El laudo. 6.1.1 Plazo. 6.1.2 Forma. 6.1.3 Contenido. 6.1.4. Notificación. 6.1.5 Corrección, aclaración y complemento del laudo. 6.2 Otras formas de terminación. 7 Conclusiones. 8 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la actividad de la Administración pública, cualquier decisión sobre un asunto sometido a su conocimiento no puede adoptarse sin, previamente, haber seguido, en aras de la seguridad jurídica y en garantía del acierto, legalidad y oportunidad del acto, una determinada tramitación, que conforma lo que la doctrina denomina procedimiento.

Este presupuesto se predica igualmente de la resolución de las controversias de carácter mercantil¹ surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo², sean sometidas al conocimiento de las juntas arbitrales del transporte³ (en lo sucesivo las juntas) por las partes intervinientes u otras personas que tengan un interés legítimo en su cumplimiento.

Así pues, como veremos más adelante, y a pesar de no estar contenido en un único texto legal, puede hablarse de la existencia de un verdadero procedimiento arbitral⁴ para resolver las controversias sometidas a conocimiento de las juntas. Este procedimiento ha de venir establecido normativamente y, a este respecto, debemos comenzar indicando que el procedimiento de arbitraje en materia de transporte terrestre aparece sucintamente previsto en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (en lo sucesivo LOTT)⁵, y por el Real decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de ordenación de los transportes terrestres (en lo sucesivo ROTT)⁶.

2 LEGISLACIÓN APLICABLE Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Como acabamos de indicar, la LOTT se limita a recoger la existencia de las juntas y a esbozar sus líneas generales de funcionamiento, estableciendo que será el ROTT el que describa el procedimiento a seguir para la resolución de las controversias sometidas al conocimiento de las juntas, el cual se configura como un procedimiento de arbitraje específico en materia de transportes, de naturaleza administrativa⁷. El citado ROTT describe los trámites esenciales y fundamentales que definen dicho cauce, pero sin llegar a constituir un procedimiento completo.

Este carácter parcial del procedimiento de arbitraje requiere que sea integrado con trámites o actos regulados por otras normas distintas. Las normas a las que deberá acudir en defecto total o parcial de trámites específicos son las siguientes:

Legislación general de arbitraje: La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (en adelante LA⁸), establece, en su artículo 1.3, que “esta ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes⁹ previstos en otras leyes”, entre otros, el arbitraje de transportes terrestres; legislación general administrativa: La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en lo sucesivo Ley 39/2015), y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público; legislación procesal civil: la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (en adelante LEC), que no es de aplicación directa ni existe una remisión general a ella respecto a su aplicación supletoria por parte del ROTT o de la legislación de arbitraje, pero contiene principios, criterios y conceptos procesales generales de nuestro derecho que pueden ser considerados y aplicados por los árbitros en relación con cualquier decisión relativa a la dirección del procedimiento.

Junto a la normativa de aplicación, hemos de destacar algunos de los principios¹⁰ aplicables a este procedimiento. Comenzaremos haciendo referencia a los tres principios fundamentales que rigen el procedimiento arbitral de transportes, que son: el principio de *tramitación simple*, esto es, el establecimiento de un cauce o iter caracterizado por actuaciones escasas y sencillas que, sin merma de la eficacia en la resolución de la controversia, conduzcan a la decisión definitiva con celeridad¹¹ y sin necesidad de actuaciones complejas; el principio *antiformalista*, ya que no se exigen requisitos formales de una manera estricta y rigurosa respecto de los de los diferentes actos, documentos y elementos que integran el procedimiento; y el principio de *gratuidad*¹², que implica que los arbitrajes no supongan coste para los interesados, sin perjuicio de la obligatoriedad de satisfacer los gastos generados por la práctica de determinados medios de prueba.

Junto a ellos, no debemos olvidar otros como el *principio de rogación*, que implica que la intervención de las juntas sólo podrá tener lugar si se insta su actuación por el interesado; el *principio de justicia rogada*, con base en el cual las juntas decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales; el principio *pro actione*, o regla general de la interpretación más favorable al ejercicio de las acciones, que implica que, en determinados casos, no será preciso requerir la subsanación del escrito de reclamación; o los *principios de audiencia, igualdad y contradicción*, a través de los que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, y existe la obligación de los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.

En consecuencia, y basándose en estas normas y principios, se pretende ofrecer a continuación un esquema completo del procedimiento en materia de arbitraje de transportes, un procedimiento que es cada vez más demandado tanto por los consumidores como por los profesionales del transporte, caracterizados en nuestro país por el reducido tamaño de su estructura empresarial. Ello lo atestigua el hecho del crecimiento exponencial del número de reclamaciones y de expedientes resueltos por las juntas en toda España año tras año, pasando de 2.346 reclamaciones presentadas y 2.105 resueltas en el año 1999 a las 7.546 reclamaciones presentadas y 6.902 resueltas del año 2015¹³, y en el que procedemos a resaltar las cuestiones de mayor calado dentro de cada fase de este.

3 INICIO DEL PROCEDIMIENTO

3.1 Recepción de la reclamación

El procedimiento arbitral en materia de transportes comienza¹⁴ con la presentación de la reclamación por la persona interesada. Así lo declara el artículo 9.2 del ROTT, a cuyo tenor *“las actuaciones arbitrales de las juntas serán instadas por escrito firmado por el actor o sus representantes, (...)”*. Rige, por ello, el principio de rogación, anteriormente reseñado.

El escrito de reclamación deberá presentarse en una oficina de la Administración perteneciente a cualquiera de los lugares previstos en la legislación administrativa general. No podemos olvidarnos de que la Ley 39/2015 ha impulsado en el ámbito del procedimiento administrativo la llamada *“administración electrónica”*, a la que el arbitraje no debe ser ajeno y que ha de conllevar la asunción de medidas para modernizar el procedimiento arbitral, sin merma alguna de los derechos de los ciudadanos. Así pues, es menester que las juntas adopten las actuaciones necesarias para posibilitar que la reclamación pueda presentarse también por esta vía.

3.2 Admisión a trámite

3.2.1 Los requisitos formales del escrito de reclamación

El presidente¹⁵ de la junta, antes de iniciarse el arbitraje, deberá examinar el escrito con el fin de darle curso o decidir su inadmisión. Debemos recordar que el artículo 8.2 del ROTT establece que el presidente (licenciado en derecho) y, en caso de estimarlo procedente, dos vocales como máximo serán designados entre personal de la Administración con conocimiento de las materias de competencia de la junta. A ellos se les suman los vocales representantes de las partes en conflicto, lo que garantiza que nos encontremos ante auténticos especialistas en la materia. Dicho esto, procedemos a desgranar el examen del escrito, que habrá de extenderse a las siguientes cuestiones:

El artículo 9.2 del ROTT dispone que *“las actuaciones arbitrales de las juntas serán instadas por escrito firmado por el actor o sus representantes, en el que se expresará el nombre y domicilio del reclamante y de la persona contra la que se reclama, haciendo exposición de los fundamentos de hecho y de derecho en los que se justifique la reclamación, especificando de forma clara y precisa la petición y proponiendo las pruebas que se estimen pertinentes”*.

En consecuencia, del análisis integrado de este precepto y de los requisitos exigibles para la presentación de la reclamación, podemos concluir que, de no cumplirse alguno de los requisitos apuntados, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta en los casos siguientes¹⁶: la reclamación no lleva la firma del actor o de su representante; la reclamación no expresa el nombre y/o domicilio de la persona contra la que se reclama; la reclamación no contiene referencia a los fundamentos de hecho en los que se basa la pretensión del actor; la reclamación no contiene referencia alguna a la cuantía en que se estima la controversia (lo que es fundamental para la determinación de la existencia de convenio arbitral presunto); la reclamación no contiene petición alguna.

El escrito de requerimiento contendrá la indicación de que, si no fuera subsanada la falta en el plazo indicado, se le tendrá al actor por desistido de su reclamación. Sin embargo, no será preciso requerir la subsanación del escrito de reclamación en los siguientes casos:

Por un lado, respecto de los fundamentos de derecho, pues en el arbitraje de transportes se decide la controversia en derecho, con independencia de las normas jurídicas elegidas por

el actor¹⁷. Por otro, en relación con la omisión de la proposición de pruebas que se estimen pertinentes, dado que el reclamante tendrá la oportunidad de aportarlas en el acto de la vista.

3.2.2 Los requisitos sustantivos del escrito de reclamación

3.2.2.a Capacidad y legitimación de las partes

Para admitir a trámite la reclamación presentada, es necesario comprobar que se trata del ejercicio de una acción referida a una controversia mercantil en materia de transportes terrestres. En todo caso, este examen se entiende, sin perjuicio de lo que las partes pudieran alegar en el trámite de vista sobre las cuestiones analizadas. Entre otros presupuestos, pueden citarse los siguientes:

En este contexto, se examinará que del escrito de reclamación se desprende que tanto el actor como el reclamado poseen: capacidad para ser parte en el procedimiento, carácter que nuestro derecho reconoce a los sujetos comprendidos en el artículo 6 LEC (entre los que se encuentran las personas físicas y jurídicas); capacidad de obrar ante las administraciones públicas, en el sentido previsto en el artículo 3 de la Ley 39/2015; legitimación (activa o pasiva) para intervenir en el procedimiento arbitral por ser titular de la relación jurídica que motiva la controversia surgida en relación con el cumplimiento del contrato de transporte terrestre objeto de la reclamación.

Por otra parte, podrán comparecer en el procedimiento varias personas, como reclamantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir (aplicando el criterio del litisconsorcio del artículo 12 LEC).

3.2.2.b Ejercicio efectivo de una acción por el reclamante

La presentación de una reclamación representa jurídicamente el ejercicio de una acción o derecho de una persona, física o jurídica, dirigido a hacer valer una pretensión frente a otra u otras derivada del cumplimiento de un contrato de transporte terrestre. En nuestra opinión, el examen de este presupuesto ha de limitarse, pues, a constatar que la pretensión del actor se encuentra apoyada en la existencia previa de un contrato de transporte terrestre (u otros celebrados por empresas transportistas y de actividades auxiliares y complementarias del transporte cuyo objeto esté directamente relacionado con la prestación por cuenta ajena de los servicios y actividades que se encuentran comprendidos en el ámbito de su actuación empresarial), cuyos términos han sido contravenidos mediante el incumplimiento de alguna de las prestaciones u obligaciones de la otra parte; y que la cuestión objeto de reclamación que se somete al conocimiento y decisión de la junta está referida a una controversia de carácter mercantil sobre materia de libre disposición conforme a derecho¹⁸. Debemos recordar que no constituyen materias de libre disposición el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales, los alimentos futuros, la acción penal o cualesquiera derechos o libertades inherentes a la dignidad de la persona¹⁹.

La junta debe, en todo caso, admitir el ejercicio de la acción sin entrar a valorar de oficio si esta se encuentra o no prescrita, por exigirlo así el principio de justicia rogada vigente en nuestro derecho, positivizado en el artículo 216 LEC.

El ROTT, por su parte, declara sobre el tema de la prescripción de la acción lo siguiente: *“La posibilidad de acción ante las juntas para promover el arbitraje prescribirá en los mismos plazos en*

que se produciría si se tratara de una acción judicial que se plantease ante los tribunales de justicia” (artículo 9.1 ROTT).

3.2.2.c Existencia de convenio arbitral²⁰

En este presupuesto, se condensa la esencia de la institución arbitral, basada en la expresión de la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica contractual. En consecuencia, la admisión a trámite de la reclamación exige imperativamente la existencia de acuerdo de sometimiento al arbitraje de las juntas. Por ello, vamos a detenernos a examinar tanto su regulación como las diferentes posibles situaciones ante las que podemos encontrarnos, llevando a cabo un análisis conjunto de la LOTT y de la LA:

La LOTT establece al respecto que corresponde a las juntas resolver, “... cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento²¹ (...).

(...) Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento²² al arbitraje de las juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 15.000²³ euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado (...)” (artículo 38.1 LOTT, que prevé el denominado convenio arbitral presunto).

Por su parte, la LA ofrece, en su artículo 9, las siguientes reglas:

- El convenio arbitral deberá constar por escrito: en un documento firmado por las partes (que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente²⁴) o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo²⁵. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

- Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en un documento al que estas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

- Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión²⁶, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato²⁷.

Aplicando esta regulación al arbitraje de transportes, cabría considerar las siguientes hipótesis: Que de la documentación aportada por el actor al expediente de arbitraje se dedujera con claridad la existencia de convenio arbitral expreso, manifestada en documento o soporte (contrato, carta de porte, carta, telegrama, télex, fax, documento electrónico u óptico o remisión escrita a otro documento) que deje constancia del acuerdo, en cuyo caso, cualquiera que fuese la cuantía de la controversia, se entendería cumplido este presupuesto. Que, no siendo aplicable al caso la regla del convenio presunto (controversia por cuantía superior a 15.000 euros), no conste con la reclamación acuerdo expreso de sometimiento al arbitraje pero sí referencia expresa a su existencia por parte del actor²⁸; en este caso, sería suficiente dicha declaración del actor a los efectos de admitir a trámite la reclamación, sin perjuicio de lo que la parte reclamada pudiera manifestar en el acto de la vista respecto a la realidad del convenio y a su decisión de someterse o no al procedimiento arbitral (“Se considerará que hay convenio arbitral cuando en

un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra). Que, cualquiera que sea la cuantía de la controversia, conste en el expediente documento aportado por el reclamante en el que figure cláusula o mención de no sometimiento al arbitraje (p. ej., en el billete adquirido). Este hecho determinaría la inadmisión a trámite de la reclamación: que sea de aplicación la regla del convenio presunto (por ser la cuantía de la controversia igual o inferior a 15.000 euros), en cuyo caso se admitiría la reclamación sin perjuicio de que, en el acto de la vista, la otra parte acreditara haber manifestado expresamente al reclamante su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado.

3.2.2.d Competencia de la junta

La competencia, entendida como el conjunto de potestades y funciones²⁹ asignadas por el ordenamiento jurídico a las juntas arbitrales, adopta, en este ámbito, una doble vertiente:

Por un lado, la competencia objetiva o material³⁰: Se refiere a la capacidad o potestad de resolver un conflicto o controversia³¹ que cumpla los requisitos fijados por el artículo 38.1 LOTT y 6.1.a) ROTT. Este criterio competencial ha de ser objeto de examen previo a la sustanciación del procedimiento con el fin de excluir el conocimiento de:

- Reclamaciones referidas a controversias no mercantiles. El ROTT declara expresamente que *“estarán excluidas de la competencia de las juntas las controversias de carácter laboral o penal”* (artículo 6.1.a. ROTT).

- Reclamaciones referidas a controversias mercantiles surgidas en relación con el cumplimiento de contratos que no son de transporte (p. ej., compraventa, comisión, etc.).

- Reclamaciones referidas a controversias mercantiles surgidas en relación con el cumplimiento de contratos de transporte de carácter exclusivamente no terrestre (transporte aéreo o marítimo. Debemos destacar la salvedad expresamente prevista en Galicia respecto del transporte marítimo en aguas interiores³²).

- Reclamaciones referidas a contratos celebrados por empresas transportistas y de actividades auxiliares y complementarias cuyo objeto no esté directamente relacionado con la prestación por cuenta ajena de los servicios que se encuentran comprendidos en el ámbito de su actuación empresarial.

Por otro lado, la competencia territorial³³: Dispone el ROTT que *“La competencia de las juntas para realizar las actuaciones previstas en las letras a y b del artículo anterior vendrá determinada por el lugar³⁴ de origen o destino del transporte o el de celebración del correspondiente contrato, a elección del peticionario o demandante, salvo que expresamente y por escrito se haya pactado la sumisión a una junta concreta”* (artículo 7.2 ROTT³⁵). Deberá ser el demandado quien podrá apreciar en el acto de la vista la falta de esta competencia mediante la proposición en tiempo y forma de declinatoria, y ello porque siempre puede darse una sumisión tácita de las partes a una determinada junta.

Mención específica merece el supuesto de que estemos ante un transporte internacional sujeto al Convenio de 19 de mayo de 1956, relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (en adelante CMR³⁶). A este respecto, el citado convenio prevé en su artículo 33 que *“el contrato de transporte puede contener una cláusula que atribuya competencia a un tribunal arbitral siempre y cuando esta cláusula prevea que dicho tribunal arbitral aplicará este convenio”*.

De este modo, cuando no existe cláusula de sumisión expresa a arbitraje, las juntas han entendido que entra en juego la previsión de la LOTT y presumiendo que tal pacto existe. La aplicabilidad de esta presunción deriva de la naturaleza jurídica procesal, y no mercantil, que tiene el referido artículo 38.1, y ello porque la norma de derecho mercantil, de ser aplicable en el caso concreto, sería sólo supletoria de lo dispuesto en el CMR. No obstante, la norma de derecho procesal es directamente aplicable en todos los litigios que deban resolverse en España salvo, claro está, que un convenio internacional establezca taxativamente lo contrario.

Así, el artículo 38.1 de la LOTT, aunque está recogido en una ley administrativa, es una norma de derecho procesal, y así lo dictaminó expresamente el Tribunal Constitucional en la Sentencia 118/1996 (FJ 23)³⁷. Por lo tanto, es de aplicación directa en relación con las controversias relacionadas con los contratos de transporte internacional que deban resolverse en España, salvo que el convenio internacional aplicable establezca lo contrario, ya sea por no admitir expresamente la resolución arbitral o extrajudicial de conflictos o estableciendo que únicamente podrá hacerse de acuerdo con lo que allí se indique.

Eso no es así en el caso del CMR, cuyo artículo 33 deja claro que es posible la resolución extrajudicial de conflictos y, por otra parte, tampoco impide que los litigios puedan resolverse arbitrariamente aunque no haya una cláusula expresa³⁸ en el contrato.

Para poner fin al componente territorial de la competencia, debemos referirnos al supuesto de la contratación entre ausentes, cuando ni el origen ni el destino se sitúan dentro de la Comunidad en la que se encuentra la junta ante la que se ha interpuesto la reclamación, por lo que resulta preciso determinar el lugar de celebración del contrato.

Para estos efectos, las juntas entienden que cuando se acredita que la contratación se realizó estando en lugares distintos quien hizo la oferta y quien la aceptó, el contrato, en tal caso, se presupone celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta y, en este caso, dispone el artículo 54 del Código de Comercio, aprobado por el Real Decreto de 22 de agosto de 1885, que “hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, después de remitírsela al aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe”³⁹.

Una vez efectuado por la junta este trámite inicial de análisis interno de la admisibilidad y competencia de la reclamación recibida, se da paso al siguiente momento procedimental, en el que citar a las partes al acto de la vista oral.

4 SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

4.1 Citación a vista de las partes

Dispone el ROTT que *“la secretaría de las juntas remitirá copia de la reclamación a la parte contra la que se reclame, señalándose en ese mismo escrito fecha para la vista, que será comunicada también al demandante”*⁴⁰ (artículo 9.3 ROTT). Lo significativo en este trámite es lo de la correcta práctica de las notificaciones a las partes comunicando la fecha de la vista y, al demandado, además, la reclamación presentada y la documentación adjunta a esta, en su caso.

En esta materia de notificaciones, el ROTT declara que *“en relación con las notificaciones a las partes, que se realizarán por la secretaría de las juntas, será de aplicación la legislación de procedimiento administrativo”*⁴¹ (artículo 9.6 ROTT). Así pues, deberán tenerse presentes las normas contenidas en los artículos 40 y ss. de la Ley 39/2015⁴². Hemos de precisar que el ROTT se limita a regular las notificaciones de la junta a las partes, pero nada nos dice sobre las comunicaciones

que estas deban realizar dirigidas a la junta. A este respecto, en consonancia con lo indicado en el epígrafe relativo a la recepción de la reclamación, y en aras de buscar la debida coherencia entre la regulación legal contenida en la Ley 39/2015 y la normativa de procedimiento arbitral objeto de este análisis, deberíamos llevar a cabo una interpretación integradora de la norma, con la finalidad de concluir que también las partes deben regirse, en sus relaciones con la junta, por las exigencias contenidas en el artículo 14 de la Ley 39/2015, regulador del derecho y la obligación de relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas.

Así pues, a nuestro entender, las juntas deberían articular los mecanismos necesarios que garanticen el acceso de los ciudadanos a las notificaciones electrónicas.

Por lo que respecta a aquellos supuestos en que el domicilio del reclamado, facilitado por el actor en su escrito, ocasione una notificación con dirección incorrecta o el destinatario de la notificación sea desconocido en ese domicilio, con carácter previo a la práctica de notificación por medio de anuncios⁴³, puede solicitarse del reclamante, si la junta no dispone de otros medios para localizar el lugar del domicilio del reclamado, que designe o aporte información de otro domicilio del demandado del que pudiera tener noticia con el fin de intentar la notificación en él. Es evidente que el grado de exigencia en cuanto a la información a facilitar no puede predicarse con igual intensidad en el caso de que el reclamante sea un consumidor o usuario o en el caso de que estemos ante controversias entre empresas, las cuales están habituadas a relacionarse en el tráfico mercantil con otros sujetos de derecho, de modo que la participación activa de la junta variará en función de los supuestos indicados⁴⁴.

Finalmente, debemos resaltar que en el escrito que se remita a las partes señalando fecha para la vista es conveniente advertirles que concurran a ella con los documentos, elementos de juicio o pruebas que estimen convenientes en defensa de sus respectivos derechos⁴⁵.

4.2 Constitución del colegio arbitral

Establece el ROTT que "(...) *La inasistencia de cualquiera de los miembros de la junta, con excepción del presidente, no impedirá que se celebre la vista ni que se dicte el laudo*⁴⁶" (artículo 9.7 ROTT). Por lo demás, el régimen jurídico de este órgano colegiado se ajustará, como cualquier otro órgano de esta naturaleza, a las normas contenidas en los artículos 15 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las administraciones públicas en que se integran y de las propias normas de funcionamiento que el órgano arbitral hubiere podido establecer⁴⁷.

4.3 Asistencia de las partes

4.3.1 Formas de comparecencia

Tres cuestiones son relevantes en lo referente a la asistencia de las partes al acto de la vista: las formas de comparecer, la postulación y los efectos de la inasistencia de las partes.

Si se trata de personas físicas, las partes podrán comparecer bien por sí mismas, actuando en su propio nombre y derecho, bien por medio de representante. A estos efectos, cualquier persona con capacidad de obrar podrá actuar en representación de otra ante las administraciones públicas (artículo 5 de la Ley 39/2015). El representante actuará por cuenta y en nombre del interesado, debiéndose acreditar la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, siendo suficiente la existencia de un escrito firmado por el titular de la pretensión que se ejercita, o por el demandado, como recoge, siguiendo un criterio anti-

formalista, el artículo 9.6, párrafo segundo ROTT: *“Las partes podrán conferir su representación mediante escrito dirigido a la junta de que se trate”*. También podrá admitirse la acreditación de la representación mediante declaración en comparecencia personal del interesado y la representación electrónica en la correspondiente sede electrónica, o a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración pública competente (artículo 5.4 de la Ley 39/2015).

Si se trata de personas jurídicas, la parte comparecerá, generalmente, mediante el representante legal de la entidad o sociedad de que se trate, condición que se acreditará, en la práctica ordinaria, a través de la escritura pública de constitución o de modificación estatutaria o mediante el poder notarial, general o especial, de representación.

En todo caso, es conveniente dejar constancia por escrito de los datos de identidad de los comparecientes (nombre y apellidos y número del documento nacional de identidad) y del carácter con el que asisten al acto (como titulares de la pretensión, como representantes de la persona jurídica...).

4.3.2 Postulación y efectos de la inasistencia de las partes

Establece el artículo 9.6, párrafo primero, del ROTT que *“para la comparecencia ante la Junta de Arbitraje no será necesaria la asistencia de abogado ni procurador⁴⁸”*, lo que no significa que no puedan intervenir en representación de la parte cuyos intereses pretenden defender en el acto de la vista.

La inasistencia al acto de la vista produce efectos distintos según la parte a la que afecte:

“En el caso de que el reclamante o su representante no asistiera a la vista, se le tendrá por desistido en su reclamación” (artículo 9.5 párrafo primero ROTT). En este supuesto, la junta pondrá fin al procedimiento con declaración de archivo de las actuaciones practicadas.

En cambio, *“la inasistencia de la parte reclamada no impedirá la celebración de la vista ni que se dicte el laudo”* (artículo 9.5, párrafo primero ROTT). En este último caso, la continuación del proceso con la finalidad de que se dicte laudo sobre el fondo del asunto favorable al actor requerirá que se hayan reunido en el procedimiento medios de prueba suficientes para resolver la controversia en ese sentido.

Es aquí donde cobra especial relevancia la correcta notificación a las partes de la fecha y hora de celebración de la vista, a los efectos de evitar una posible impugnación del laudo por parte del demandado no compareciente. Correctamente efectuada esta y emplazadas las partes, comenzará la vista oral propiamente dicha.

5 DESARROLLO DE LA VISTA

En virtud del ROTT, *“en la vista, que será oral, las partes podrán alegar lo que a su derecho conenga y aportar o proponer las pruebas que estimen pertinentes”* (artículo 9.4. inciso primero). En consecuencia, pueden distinguirse normativamente dos partes en el acto de celebración de la vista: una, alegatoria; y la otra, de índole probatoria. Destacamos, a continuación, las principales actuaciones a desarrollar en el acto de la vista, incluyendo los impedimentos a su celebración.

5.1 Fase alegatoria

Se compone de las intervenciones de las partes, que sucintamente pueden integrarse en alguna de las siguientes actuaciones:

Por un lado, las alegaciones del reclamante. Se otorgará el uso de la palabra al reclamante con el fin de que este exponga los fundamentos de lo que pida o se ratifique de los expuestos en su escrito.

Por otro lado, las alegaciones del reclamado. Acto seguido, el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convengan. En este sentido, su actividad alegatoria puede adoptar diferentes posibilidades, de modo que la parte reclamada puede referirse a cuestiones de índole formal o procesal así como a cualquier hecho o circunstancia cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia (son las denominadas excepciones procesales). En este sentido, entre otras manifestaciones, puede: alegar cosa juzgada o litispendencia; recusar a uno o varios de los miembros de la junta; plantear la falta de capacidad, legitimación o representación del actor; plantear excepciones referidas a la existencia o validez del convenio arbitral o a la prescripción de la acción; denunciar la falta de competencia de la junta proponiendo la oportuna declinatoria.

Sin perjuicio de las alegaciones anteriores, el reclamado puede, en su contestación a la reclamación, admitir (total o parcialmente) los hechos aducidos por el reclamante, allanándose (en parte o en su totalidad) a la pretensión formulada por el actor; o negar los hechos aducidos por el reclamante, exponiendo los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor y alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente.

Por otro lado, la reconvencción del reclamado. Sin perjuicio de las alegaciones descritas, el reclamado puede formular reconvencción, esto es, la alegación de hechos no aducidos por el reclamante que constituyen el fundamento de una pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del actor.

La LOTT no analiza el asunto y el ROTT se limita a expresar que *“en la vista, que será oral, las partes podrán alegar lo que a su derecho convenga y aportar o proponer las pruebas que estimen pertinentes”* (artículo 9.4 inciso primero). Por su parte, la LA indica, en su artículo 4.c (reglas de interpretación), que: *“Cuando una disposición de esta ley se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvencción...”*. Por su parte, el artículo 29.1 del mismo texto legal declara que: *“(…) a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda (...)”*, para añadir a continuación (apartado segundo) que, *“salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho”*.

En el ámbito del procedimiento judicial, la figura de la reconvencción se encuentra admitida, como lo demuestra la regulación contenida al respecto en la LEC (artículo 406), la cual la admite únicamente cuando existiere conexión entre la pretensión del demandado y la del actor y siempre que el juzgado sea competente objetivamente por razón de la materia o de la cuantía.

A tenor de lo expuesto, existiría fundamento para sostener la posibilidad y admisibilidad de la reconvencción en un procedimiento arbitral, sin perjuicio de que la junta pudiera considerar improcedente la reconvencción y declararla inadmisibile, aplicando los criterios legales señalados,

en los casos siguientes: desproporción temporal entre los hechos aducidos en la demanda y los alegados por el reclamado en la reconvencción; falta de conexión entre la pretensión del reclamado y la del reclamante; falta de competencia de la junta para conocer de la controversia objeto de la reconvencción.

Ahora bien, en aquellos casos en que la reconvencción fuere procedente, de no constar en el acto de la vista los elementos de juicio suficientes para que el reclamante pudiera ejercer su derecho de defensa, habría que considerar la posibilidad de suspender dicho acto con el fin de concederle la oportunidad de alegar y proponer las pruebas que estime pertinentes frente a los hechos y pretensiones del demandado, como exigen los citados principios de audiencia, igualdad y contradicción⁴⁹.

Por último, el debate. Podrá concederse, con el fin de obtener datos adicionales o complementarios que aclaren las cuestiones debatidas, nuevo turno de intervención al reclamante (réplica) para que conteste a lo aducido por el demandado, así como a este (dúplica) para que responda a lo manifestado por el actor.

Siguiendo el criterio de la LEC (artículo 405), la junta podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales.

Asimismo, con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrán los miembros de la junta formular preguntas a las partes, sin perjuicio de instar o promover el acuerdo de estas sobre el objeto de la controversia.

5.2 Fase probatoria

No habiendo conformidad sobre los hechos relevantes en que las partes fundamenten sus pretensiones, podrán aportar o proponer las pruebas que estimen pertinentes en defensa de estas. En el mismo sentido, señala la LA que “(...) las partes, al formular sus alegaciones, podrán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer” (artículo 29.1 LA).

Por su parte, la Ley 39/2015 dispone, en su artículo 77, que “los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil”. Procedemos a citar también otras reglas que son de aplicación en materia de prueba ante la junta: Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente⁵⁰. Los árbitros o cualquiera de las partes, con su aprobación, podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba; esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por este de las medidas concretas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros; La junta podrá rechazar las pruebas propuestas cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias (criterio del artículo 77.3 de la Ley 39/2015). La junta podrá inadmitir aquellas pruebas que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, hayan de considerarse impertinentes, así como, por inútiles, aquellas pruebas que en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, o que se refieran a actividades prohibidas por la ley (criterios del artículo 283 LEC). Sin perjui-

cio de las pruebas que se practiquen a instancia de las partes, la junta podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes (criterio recogido del artículo 752 de la LEC).

Existen supuestos en los que, motivadamente, la vista oral debe paralizar su desarrollo o directamente no iniciarse, provocando con ello una demora justificada en la resolución de la controversia.

5.3 Suspensión e interrupción de la vista

Siguiendo el criterio previsto en la LEC, cabe la posibilidad de que la celebración de la vista en el día señalado pueda suspenderse mediante decisión de la junta en determinadas circunstancias que impidan su inicio, tales como, entre otras: por imposibilidad de constituirse válidamente el órgano arbitral; por solicitarlo de acuerdo las partes, alegando justa causa a juicio de la junta; por circunstancias graves (muerte, enfermedad) del representante de la parte que pidiere la suspensión, justificadas suficientemente, acaecidas en momento en que no resulte ya posible señalar con antelación nueva fecha; por quedar constatada, inmediatamente antes de su inicio, la falta de notificación formal de cualquiera de las partes.

Toda suspensión que la junta acuerde se comunicará inmediatamente a las partes y se procederá, en el mismo acuerdo, a señalar nueva fecha para la celebración de la vista.

Concepto distinto al de suspensión sería el de interrupción producida por causas que concurran una vez iniciada la celebración de una vista. Entre otras circunstancias, pueden dar lugar a la interrupción de la vista las siguientes: cuando la junta deba resolver alguna cuestión que no pueda decidir en el acto (p. ej., la recusación de uno de los miembros –artículo 18 LA–); cuando se deba practicar alguna diligencia de prueba que no pueda verificarse en el mismo acto; cuando no comparezcan los testigos o los peritos citados y la junta considere imprescindible la declaración o el informe de estos; cuando, después de iniciada la vista, se produzca alguna de las circunstancias que habrían determinado la suspensión de su celebración.

La vista se reanuda una vez desaparecida la causa que motivó su interrupción, haciéndose el oportuno señalamiento para la fecha más inmediata posible, con objeto de poner fin al procedimiento arbitral.

6 TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

6.1 El laudo

La forma ordinaria de terminación de las actuaciones arbitrales es la emisión del laudo por la junta, la cual podrá decidir las excepciones de índole procesal con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión, relativas al fondo del asunto. En todo caso, si la junta estimare alguna de estas excepciones, dictará la correspondiente decisión estimando y declarando la cosa juzgada o litispendencia, la falta de capacidad, legitimación o representación del actor, la inexistencia o nulidad del acuerdo de sometimiento a arbitraje, la prescripción⁵¹ de la acción o la falta de competencia del órgano arbitral.

No planteadas o desestimadas, en su caso, las excepciones procesales, la junta deliberará sobre la cuestión de fondo; a este respecto, el ROTT indica que: “(...) *La junta dictará su laudo, una vez oídas las partes y practicadas o recibidas las pruebas que considere oportunas, en el plazo previsto en la legislación general de arbitraje*” (artículo 9.4. inciso segundo ROTT); “(...) *El laudo se*

acordará por mayoría simple de los miembros de la junta, dirimiendo los empates el voto de calidad del presidente (...)” (artículo 9.7 ROTT).

6.1.1 Plazo

El artículo 37.2 LA determina que “(...) los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. (...) Este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros⁵² (...)”.

6.1.2 Forma

“Los laudos no requerirán formalidades especiales y tendrán los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, procediendo únicamente contra ellos la acción de anulación⁵³ y de revisión⁵⁴ por las causas específicamente previstas en dicha legislación (...)” (artículo 9.8 ROTT). Por lo demás, serían de aplicación las reglas previstas en la LA:

- Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

- El laudo deberá ser motivado, debiendo constar una “sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho”⁵⁵.

- Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje.

- En materia de costas, establece el ROTT que “(...) el pago de las costas se regirá por lo dispuesto en la legislación general de arbitraje” (artículo 9.9 ROTT).

6.1.3 Contenido

El laudo, además de referir los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, contendrá la decisión estimatoria (y, en este supuesto, además, la condena del demandado al pago de una determinada cantidad al actor) o desestimatoria de la reclamación presentada (y, en su caso, de la reconvencción). En el supuesto de que las partes hubieren llegado a un acuerdo en el acto de la vista sobre el fondo del asunto, la junta hará que conste dicho acuerdo en forma de laudo. El laudo, en estos casos tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

6.1.4 Notificación

Los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y en el plazo que estas hayan acordado dentro del mismo plazo establecido para su pronunciamiento. La notificación, aplicando el criterio establecido en el artículo 40 de la Ley 39/2015, deberá contener el texto íntegro de la resolución, con expresión de que contra él podrá ejercitarse la acción de anulación, de con-

formidad con los artículos 40 y ss. de la LA, así como que la parte interesada podrá instar su ejecución forzosa⁵⁶ con arreglo a lo dispuesto en la LEC y en el título VIII de la LA.

6.1.5 Corrección, aclaración y complemento del laudo

Dentro de los 10 días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar a los árbitros:

- la corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar;
- la aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo;
- el complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él;
- la rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje⁵⁷.

6.2 Otras formas de terminación

Como norma general, las actuaciones arbitrales terminarán con el laudo definitivo. Pero, al lado de esta forma de terminación, existen otras en las que el procedimiento no finaliza con un acto decisorio sobre el fondo del asunto. En nuestro derecho, se citan como tales la renuncia del derecho del actor, el desistimiento del reclamante al procedimiento arbitral o el allanamiento del demandado a la pretensión del actor, el acuerdo entre las partes, la comprobación de que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible... y la LA trata este asunto en su artículo 38⁵⁸.

7 CONCLUSIONES

A pesar de la inexistencia de un único texto normativo en el que se reúnan los preceptos aplicables a este mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos, podemos hablar de un verdadero procedimiento arbitral en el ámbito del arbitraje de los transportes terrestres, que goza de sustantividad propia y que por ende se diferencia y especializa de otros procedimientos análogos existentes en el derecho comparado.

El arbitraje se ha constituido, con carácter general, en una “alternativa” a los procedimientos judiciales y, en el ámbito del transporte, la existencia de un verdadero arbitraje en derecho y el sometimiento a este, salvo prueba en contrario, a través del denominado “convenio arbitral”, lo convierten en una institución esencial para la resolución de los problemas ordinarios del tráfico mercantil.

De este modo, estamos ante un verdadero sistema de resolución de controversias en el que la fase de la vista oral cobra un especial protagonismo toda vez que aglutina una gran parte de las actuaciones y trámites a desarrollar. Por ello, el procedimiento arbitral de transportes se caracteriza por su oralidad e inmediatez, favoreciendo una mayor rapidez en su resolución (plazo ordinario de 6 meses), y destacando frente a los posibles usuarios del mismo por su gratuidad y por el alto grado de especialización de los árbitros, los cuales conocen no sólo la legislación aplicable, sino también los usos y prácticas tan extendidos, en ocasiones, en este sector.

El procedimiento arbitral se caracteriza asimismo por su carácter antiformalista, elemento esencial de su estructura y que garantiza que cualquier usuario de este procedimiento va a poder intervenir en él con todas las garantías, sin necesidad de contar con asistencia letrada. Ello se ve reforzado por la sencillez del escrito de reclamación, como punto de partida de esta y por

la posibilidad con la que cuenta el reclamante de escoger entre tres criterios territoriales para determinar la junta ante la que interponer su reclamación de conformidad con sus necesidades.

Estamos, pues, ante una vía que aglutina las garantías propias de un auténtico procedimiento judicial con una serie de notas características que la aproximan y hacen atractiva tanto a las personas consumidoras y usuarias, en sus relaciones con las empresas de transporte, como a la mayor parte de los operadores que participan en el tráfico mercantil, los cuales se caracterizan, en nuestro país, por su reducida estructura empresarial. Todos estos atributos convierten al arbitraje de transportes en un sistema firmemente comprometido con el buen funcionamiento del estado de derecho y el acceso de todos a la justicia.

Por último, no debemos olvidar los nuevos retos procedimentales a los que nos enfrentamos tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015, con la consolidación definitiva de la Administración electrónica, a la que el arbitraje no debe ser ajeno y que ha de conllevar la asunción de medidas para modernizar el procedimiento arbitral, sin merma alguna de los derechos de los ciudadanos.

A este respecto ya hemos visto cómo el ROTT se refiere a esta cuestión en su artículo 9.6 al regular las notificaciones a las partes por parte de las juntas, pero queda por resolver si ese mismo criterio puede predicarse respecto de las comunicaciones de las partes a la junta (interposición de la reclamación, presentación de escritos...), entendiendo que ese debe ser el horizonte a corto plazo al que debe dirigirse esta vía de resolución de controversias, para mantener intactas tanto sus garantías procedimentales como su flexibilidad en aras de seguir desempeñando, como acabamos de destacar, un papel crucial en el buen funcionamiento de este complejo ámbito de actividad que constituye el transporte terrestre, en el que profesionales y consumidores confluyen 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 y 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 y 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 y 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 escurialense*, 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 no es oportuna la referencia a la naturaleza mercantil de este tipo de contrato, salvo que se haga para excluir del ámbito de las JAT las controversias de índole laboral y penal, porque, ciertamente, podrán tener aquella naturaleza cuando las partes contratantes sean empresas, pero es más dudoso que la tenga si una de las partes fuera un usuario o consumidor.
- 2 Aba-Catoira, 2011: 123-125, afirma que, en definitiva, el arbitraje como institución para resolver controversias entre las partes no excluye la posibilidad de acudir a la jurisdicción estatal, sino que depende de la voluntad de los interesados que tienen libertad para decidir cómo resolver sus litigios o bien ante el órgano jurisdiccional competente o bien ante un tercero con función de arbitrar (...). Así pues, nos encontramos con una institución, el arbitraje, como “medio para a solución de conflictos basado en la autonomía de la libertad de las partes” (Sentencias 43/1988, de 16 de marzo, y 174/1995, de 23 de noviembre, del Tribunal Constitucional). En este punto, y sin perjuicio de tratarse de una cuestión superada con la actual redacción del artículo 38.2 de la LOTT, debemos destacar también la opinión de Carazo Liébana, 1996: 1305-1320, que en relación con la referida Sentencia 174/1995 indicaba, al referirse al artículo 38.2 de la LOTT, declarado inconstitucional, lo siguiente: “(...) Sin embargo, a nuestro juicio, hay un aspecto que no se llega a resolver con la regulación contenida en este precepto: y es que el mismo no respeta, en puridad de términos, la voluntariedad (nota destacada en la Ley de arbitraje y en la que el Tribunal Constitucional hace especial hincapié para defender la total coordinación del arbitraje con los artículos 24.1 y 117.3 de la Constitución) en el arbitraje constituido por las juntas arbitrales de transportes. Es este dato el que ha llevado al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucional el artículo 38.2 párrafo primero de la LOTT y, por consecuencia, a suprimir dicho párrafo, unificando el régimen jurídico aplicable al arbitraje de transportes terrestres sin distinguir según la cuantía de la controversia (superior o inferior a 500.000 pesetas) y, por ende, estableciendo la libre voluntad de las partes como trascendental para su sometimiento al procedimiento arbitral.
- 3 Sánchez-Gamborino, 2010: 249, menciona que la LOTT creó las juntas arbitrales de transporte que venían a suceder a las llamadas “juntas detasas”. Por su parte, Álvarez Alarcón, 2011: 275, al referirse a las juntas detasas afirma que estos órganos son derogados por la LOTT, creándose en el mismo texto y en lugar de aquellas las juntas arbitrales de los transportes terrestres.
- 4 Aba-Catoira, 2011: 113-117, indica que el arbitraje es una institución histórica que aparece ya antes del constitucionalismo, pues ya en el derecho romano encontramos los primeros atisbos de esta institución. Efectivamente, en el procedimiento formulario, las partes en litigio podían elegir si se sometían a un juez o, por el contrario, planteaban la controversia ante un árbitro (...). En España (...) el punto clave viene a ser la Constitución de 1812, en la que es reconocido como “orden judicial libre e independiente” (...) el artículo 117.3 y demás previsiones constitucionales (Constitución de 1978) no permiten, en ningún caso, identificar arbitraje con jurisdicción. Sin embargo, lo que no cabe inferir es que con estas previsiones constitucionales se cierre la puerta al arbitraje como vía para solucionar conflictos jurídicos. (...) Ciertamente, en la práctica sólo cabe afirmar que no se plantean dudas sobre la posibilidad de recurrir a esta vía de solución de controversias jurídicas, pues esta técnica arbitral es elegida, en no pocas ocasiones, como vía para dirimir conflictos de diversa naturaleza (...).
- 5 Álvarez Alarcón, 2011: 294-295, recoge que la LOTT en su artículo 38.2 dispuso que el procedimiento de arbitraje de transporte sería regulado reglamentariamente, pero que este procedimiento se debería inspirar en su simplicidad. (...) Dispone el ROTT que el presidente “podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de del procedimiento”, redacción coincidente con el artículo 35.2 LA. (...) Aunque no lo diga la norma, todo el procedimiento debe regirse por los principios que se señalan en la legislación general de arbitraje, de modo que el presidente deberá ajustarse a ellos para decidir lo que corresponda (...).
- 6 Artículos 6 a 12 del ROTT: sección III, que está dedicada íntegramente a las juntas arbitrales de transporte.
- 7 Artículo 38.2 de la LOTT: “El Gobierno determinará reglamentariamente el procedimiento conforme al cual debe sustanciarse el arbitraje, debiendo caracterizarse por la simplificación de trámites y por la no exigencia de formalidades especiales”.
- 8 Abril Rubio, 2013: 809-827, establece que el motivo principal de la promulgación de la Ley de arbitraje fue la necesidad de adoptar un modelo regulatorio único del arbitraje interno e internacional en el ordenamiento jurídico español. El arbitraje, como institución, está regido por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, y, por tanto, por normas eminentemente dispositivas. Por ello, en cualquier convenio arbitral lo más importante es expresar con claridad la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o alguna de las controversias que surjan de una determinada relación contractual o no contractual.
- 9 Gimeno Sendra, 2013: 1680-1685 recoge que como es sabido, el TC ha sustentado y mantiene la tesis mixta, contractualista y jurisdiccional del arbitraje: A) la tesis jurisdiccionalista que inició Hellwig en Alemania y Mortara en Italia, conforme a la cual el arbitraje ostenta una naturaleza jurisdiccional (Fenech, Alcalá Zamora, Carreras, Serra, Montero); arguyen tales autores que la decisión arbitral ostenta todas las notas esenciales de la cosa juzgada, tales como la obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad (Fenech), que la excepción procesal para hacerla valer no era la de «transacción», sino la de la «cosa juzgada» (Serra), que, contra determinados laudos cabían en la ley anterior recurso de casación y que, si bien es cierto que los árbitros no ejercen *potestas*, sí que gozan de *auctoritas* (Carreras). B) La tesis contractualista, sustentada por la doctrina clásica extranjera (Rosenberg, Chiovenda, Rocco) y buena parte de la española (Guasp, Herce, Ogayar) de la época de la LA de 1953; destacan estos autores que el árbitro no es un juez, ni forma, por tanto, parte de la jurisdicción, ni siquiera está facultado para ejecutar sus decisiones. El arbitraje no integra más que un doble convenio: de un lado, es un contrato de compromiso, por cuanto las partes deciden someterse al futuro laudo y, de otro, contiene también un contrato de mandato, con base en el cual el tercero se obliga a resolver el conflicto con arreglo a derecho o a la equidad. C) Las tesis mixtas, sustentadas por Carnelutti, cuya doctrina en cierta medida secundó Prieto Castro y mantiene hoy Ramos. Para aquel autor, el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, a través del cual se pueden obtener los mismos objetivos que los perseguidos por la jurisdicción civil.
- 10 Sánchez-Gamborino, 2010: 249, cita como ventajas de las juntas arbitrales: “(...) la mayor rapidez (...) la menor onerosidad (...) la especialización de sus miembros en materia de transporte (...) la simplificación del procedimiento (...)”.

- 11 Álvarez Alarcón, 2011: 271, afirma que el objetivo de celeridad en la resolución de conflictos, comúnmente sentido, parece que fuera más acuciante en materia de transportes, quizás por la propia naturaleza de la materia, pues desde mediados del siglo XIX se ha perseguido lograrlo. Así, con esa declarada finalidad, la real Orden de 10 de enero de 1863 ya encomendaba a los tribunales de comercio entonces existentes la acción de daños y perjuicios por el retraso en la entrega de la mercancía.
- 12 Álvarez Alarcón, 2011: 292-293, recoge que es necesario hacer alguna precisión en cuanto a la gratuidad. En primer lugar, el arbitraje es sufragado por las juntas arbitrales, pues las mismas están asentadas sobre alguna estructura administrativa. (...) Así pues, cuando se dice que es gratis significa que las partes del conflicto no deben pagar nada de los gastos de funcionamiento de la junta arbitral. (...) En cuanto a los gastos ocasionado por las pruebas, estos sí que deben ser satisfechos de acuerdo con el régimen general existente en materia de arbitraje, según reza el artículo 9.9 del 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, dispone que el procedimiento comienza en el momento en el que "(...) el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, salvo que las partes hayan convenido otra cosa". Anteriormente el procedimiento se iniciaba "... cuando los árbitros habían notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje". Este cambio se produjo para que los "(...) efectos jurídicos del inicio del arbitraje se produzcan ya en ese momento, incluso aunque no esté perfectamente delimitado el objeto de la controversia". En este sentido debemos citar también el artículo 27 de la Ley 60/2003, de arbitraje. Inicio del arbitraje. "Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje."
- 15 Artículo 8.2 del ROTT: establece que el presidente y, en caso de estimarlo procedente, dos vocales como máximo, serán designados entre personal de la Administración con conocimiento de las materias de competencia de la junta. El presidente habrá de ser licenciado en derecho. Esta previsión reglamentaria se ve reforzada en alguna junta arbitral de transportes, como la de Galicia, en la que se prevé que la designación de los miembros correspondientes a la Administración se entenderá condicionada a que las personas que ocupen los puestos indicados tengan el título de licenciado en derecho o equivalente. Resolución de 29 de abril de 2013 por la que se nombran los miembros de la Junta Arbitral de Transportes de Galicia. (*Diario Oficial de Galicia*, n. 89, de 10 de mayo), modificada por la Resolución de 2 de julio de 2014 (*Diario Oficial de Galicia*, n. 132, de 14 de julio).
- 16 Artículo 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. (Subsanación y mejora de la solicitud: "si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo 66 y, en su caso, los que señala el artículo 67 u otros exigidos por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 21".
- 17 En relación con el principio tradicional según el cual *iura novit curia*, dijo la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en la Sentencia de 5 de mayo de 1982, n. 20/1982, así: "los tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo *iura novit curia* los autoriza para ello". La doctrina de este tribunal, a partir de esa Sentencia n. 20/1982, de 5 de mayo, ha sido la misma. En sentido destaca también la STC de 4 de febrero de 1987, n. 12/1987, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional.
- 18 Así se refiere el artículo 2.1 de la LA al regular las materias objeto de arbitraje: "son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho." En este punto debemos citar a Aba-Catoira, 2011: 133, que manifiesta que, para que el laudo arbitral produzca el efecto de equivalente jurisdiccional, tendrá que cumplimentar varios requisitos, siendo uno de ellos que el objeto de la controversia sea arbitrable (...), hay que tener presente que uno de los motivos que establece la LA para la anulación judicial del laudo es que este resuelva sobre materias no arbitrables. Debemos destacar también, en relación con esta cuestión, la opinión de Fernández Rozas, 2006: 77-78, que establece que prácticamente todos los conflictos pueden ser sometidos al arbitraje; sin embargo, el Estado, a través de la legislación, establece las materias o los conflictos que quedan excluidos de este procedimiento.
- Esta restricción obedece a que el Estado considera que existen cuestiones cuya decisión puede afectar, además de a las partes de la controversia, al orden público. Y a ello debe agregarse las materias de competencia exclusiva que corresponde a los tribunales de un determinado Estado, toda vez que el carácter contractual y privado del arbitraje impide a los árbitros conocer de estas. (...) El legislador consideró, con buen criterio, innecesario que la ley incluyese una relación de materias que no son de libre disposición. Como indica la exposición de motivos "basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales (...)".
- 19 San Cristóbal Reales, 2011: 285, afirma que no son materias de libre disposición conforme a derecho las siguientes: las relativas al estado civil de las personas, como nacionalidad, capacidad, prodigalidad, filiación, paternidad y maternidad, matrimonio, menores, los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; y los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción; y todas aquellas en que por razón de la materia o en representación y defensa de menores incapacitados o ausentes intervenga el Ministerio Fiscal y la relativa a alimentos futuros al no ser posible transigir sobre los mismos (arts. 1814 del Código civil, y artículos 748 y 551.1 LEC). En este sentido es necesario citar AP de Madrid, Sección 10ª, Auto de 16 de octubre de 2007 (Ley 252702/2007), que cita a su vez una Sentencia de 17 de mayo de 2005 de la AP de Vizcaya.
- 20 Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 352/2006, de 14 de diciembre de 2006. Cuestión de inconstitucionalidad 2096/1999. Planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el párrafo tercero del artículo 38.1 de la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres, en la redacción de la Ley 13/1996, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): ley que somete a arbitraje las controversias nacidas de contratos de transporte menores salvo declaración en contra (STC 174/1995). Para dar respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona es preciso partir de la doctrina sentada en la STC 174/1995, de 23 de noviembre,

(...) resolución esta que declaró la inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 38.2 LOTT en su redacción originaria. (...) Este precepto, como señalábamos en la citada STC 174/1995, venía a “establecer un arbitraje obligatorio, con el correspondiente efecto de excluir la vía judicial, salvo que las partes contratantes hagan explícita su voluntad en contrario. Si no existe pacto en contrario, el convenio arbitral nace *ex lege* y puede invocarse, llegado el caso, como excepción, tal y como prevén expresamente el artículo 11 de la Ley de arbitraje, su disposición adicional tercera 1, y el artículo 533 de la [Ley de enjuiciamiento civil], al que, precisamente, la Ley de arbitraje añadió como nueva excepción la de la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (apartado 8º) (FJ 2). Con ello se planteaba si resultaba “conforme con la Constitución, concretamente con sus artículos 24.1 y 117.3 CE, un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia» (FJ 3) que señala (...) «del precepto cuestionado no puede decirse ciertamente que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva, pues responde, como destacan el fiscal general y el abogado del Estado, a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad en la solución de las controversias de menor cuantía; pero, al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas “a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”» (*ibidem*). (...) Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el artículo 38.2, párrafo primero, de la LOTT, que, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al artículo 24.1 de la Constitución (FJ 3); (...) el legislador de la Ley 13/1996, al reformar el art. 38.1 LOTT, no hace más que seguir esta indicación que le da la Sentencia 174/1995. A la vista de la *ratio decidendi* de esta, el texto del precepto aquí cuestionado se expresa en unos términos dirigidos precisamente a alejarse de la redacción anterior, atendiendo a los criterios de la STC 174/1995 (...) Y a este respecto, hemos de señalar, siguiendo la doctrina de la STC 174/1995, que: a) el precepto en su nuevo texto sigue respondiendo a la «plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía» (FJ 3), y b) igualmente la redacción aquí cuestionada permite también afirmar: «nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la LOTT haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía» (FJ 3). Con este punto de partida, hemos de concluir que la consecuencia jurídica cuestionada –sometimiento al arbitraje–, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la celebración del contrato, no resulta desproporcionada. De una parte, porque no merece tal calificación la vinculación por el silencio resultante de una disposición normativa referida a una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre) y en relación únicamente con las controversias de menor entidad económica. De otra, porque los contratantes no vienen obligados a formular aquella declaración en el momento mismo del perfeccionamiento o de la formalización del contrato, sino que el *dies ad quem* para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las juntas arbitrales se pospone hasta el momento «en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada» que es cuando ha de ponderarse especialmente la seguridad de las partes en la relación comercial, aquí en un aspecto tan relevante como es el mecanismo de resolución heterónoma de conflictos. No se aprecia, pues, la vulneración del art. 24.1 CE en relación con el art. 117.3 CE que se atribuye al precepto cuestionado.

- 21 Sánchez-Gamborino, 2010: 251, prevé que la intervención de las juntas arbitrales de transporte en la solución de conflictos relativos al contrato de transporte es muy intensa. Uno de los motivos de la LOTT para crearlas fue descargar a los juzgados del excesivo trabajo que pesa sobre ellos en asuntos de menor entidad (...).
- 22 Cucarella Galiana, 2004: 3, recoge que el título II regula el convenio arbitral y sus efectos. Del mismo queremos destacar el contenido del artículo 11. El apartado 1 dispone que “el convenio arbitral obliga las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”. El apartado 2 añade que “la declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales”. Y el apartado 3 señala que “el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a este concederlas (...)”.
- 23 Sánchez-Gamborino, 2010: 251, en referencia al arbitraje «institucional» en el derecho del transporte o fomentado por el legislador español para controversias de escasa cuantía, destaca que la cuantía que comenzó siendo de 500.000 pesetas ha ido en aumento con las sucesivas reformas del artículo 38 de la Ley de ordenación de los transportes terrestres llegando en la actualidad hasta 15.000 euros tras la reforma de la Ley 9/2013, de 4 de julio.
- 24 AP Barcelona (Sección 15ª), auto de 23 octubre de 2006. JUR 2007\113980. Sumisión arbitral en contrato de transporte terrestre entre empresarios: cláusula no contraria a la buena fe ni originadora de desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de ambas partes. “(...) Según el art. 9 de la Ley 60/2003, de arbitraje, permite que el convenio arbitral pueda insertarse dentro de un contrato, como en este caso que es de transporte, siempre y cuando exprese de manera inequívoca la voluntad de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, que en el presente supuesto es la derivada del contrato de transporte. En el apartado segundo del referido artículo se prevé que el convenio arbitral pueda estar contenido en un contrato de adhesión, rigiéndose entonces la validez de dicho convenio y su interpretación por lo dispuesto en las normas aplicables a este tipo de contrato. Como ya argumentábamos en un caso similar al presente [Sentencia de 15 de febrero de 2005 (RA 503/2003)], “las condiciones generales insertas en un contrato de adhesión no son, *per se*, nulas, sino cuando no cumplen los requisitos de validez establecidos por su legislación reguladora, que es la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, cuya exposición de motivos distingue las condiciones generales de la contratación de lo que constituyen cláusulas abusivas, así como sus distintos efectos según rijan en contratos pactados entre profesionales o entre estos y los consumidores (a este respecto, véase la exposición de motivos de dicha ley). En condiciones generales son aquellas que están predispuestas y han sido incorporadas a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes. Deben ser conocidas o brindar efectivamente la posibilidad de conocerlas, y estar redactadas de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez y, además, cuando se contrata con un consumidor, se requiere que no sean abusivas. En el ámbito de la contratación con consumidores son cláusulas abusivas aquellas que, no habiendo sido negociadas individualmente,

contrarían las exigencias de la buena fe y causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Llenan, en todo caso, estas cualidades las que se relacionan en el art. 10 bis de la Ley 26/1984, general para la defensa de consumidores y usuarios. Pero, como se ha dicho, el concepto de cláusula abusiva tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores. En el caso de contratación entre empresarios o profesionales lo relevante no es ya que la cláusula haya sido redactada unilateralmente por una de las partes, sino que la cláusula o cláusulas en cuestión atenten contra los principios rectores de la contratación (art. 1255 del Código civil), teniendo en cuenta las características específicas de la contratación entre empresas. Así pues (e insistimos, léase la exposición de motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril), cuando la relación sea de un profesional frente a un consumidor opera la lista de cláusulas contractuales abusivas (introducidas en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984 por la Ley 7/1998), considerándose como consumidor protegido no solo al destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino a cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. Sin embargo, cuando la relación lo sea de profesionales entre sí el ámbito de aplicación de la citada ley se restringe, pues la condición general será abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, pero en el marco del régimen general de obligaciones y contratos". En este caso, como en el precedente invocado, "no podrá sostenerse la aplicación de la normativa especial de protección de consumidores y usuarios porque el adherente es un empresario, persona, ya sea física o jurídica –como es el caso– que no es destinatario final de los bienes y servicios que le presta el porteador pues los integra en su propio proceso de comercialización, como medio de situar la mercancía en el punto de venta (art. 1.3 de la Ley 26/1984), con lo cual no puede acogerse a la lista de cláusulas contractuales abusivas relacionadas en la disposición adicional primera de la Ley 6/1984. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de noviembre de 2001, interpretando el art. 2.b) de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, indica que el concepto de consumidor queda limitado exclusivamente a las personas físicas (...)". Debemos citar también, en este punto a Piloñeta Alonso, 1999:76-77, el cual afirma que la Ley de condiciones generales de contratación (art. 8.2) declara abusivas y, en consecuencia, nulas estas mismas cláusulas de arbitraje cuando se utilicen en contratos con consumidores o usuarios, y adopten la forma de condiciones generales. De acuerdo con la ley, se consideran condiciones generales las cláusulas de sumisión a arbitraje predispuestas cuya incorporación al contrato venga impuesta por una de las partes, redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, con independencia de su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otra circunstancia (...) La sanción de nulidad no alcanza, sin embargo, a los supuestos en los que el pacto de sumisión a arbitraje haya venido precedido de una negociación específica entre las partes (...).

- 25 Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), Sentencia num. 3/2011, de 10 noviembre, RJ\2012\5917. "(...) En el supuesto objeto de enjuiciamiento no existe constancia de documento escrito firmado por las partes o de un intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de telecomunicación que permitan apreciar la existencia del acuerdo, ni intercambio de escritos de demanda y contestación en los que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra, en orden a activar la presunción que establece el artículo 9.5 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Por el contrario, la parte actora en este proceso impugnatorio manifiesta de forma inequívoca que no se le puede aplicar la sumisión al arbitraje prevista en la LOTT y que no ha consentido sumisión alguna a arbitraje, afirmación que no es negada ni objetada por la parte demandada. Circunstancias como las expuestas autorizan a afirmar que, en el presente caso, no ha existido el convenio arbitral entre las partes que hubiera podido habilitar a la Junta Arbitral de Transporte del País Vasco para dictar el laudo arbitral de 18 de mayo de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres; y que, corolario de lo anterior, concurre el motivo de anulación previsto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (...)"
- 26 AP Madrid (Sección 14ª), Sentencia n. 298/2003, de 2 junio, JUR 2003\254869. Declaración de nulidad de la cláusula de sumisión a favor de órgano de arbitraje institucional creado por norma legal para un sector amplio y no específico. "(...) La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, reconoce expresamente en la exposición de motivos y concreta el propio artículo 5, en su párrafo segundo: "si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión, la validez de este pacto y su interpretación se acomodarán a lo prevenido por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación", confirmando el artículo 6.1 la posibilidad de incorporar estas cláusulas al contrato principal. Por su parte, la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), general para la defensa de los consumidores y usuarios, conforme a la redacción dada por la disposición adicional primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), de condiciones generales de la contratación, regula en su artículo 10.4 los convenios arbitrales establecidos en contratos que contienen condiciones generales no negociadas, concretando que serán eficaces si, además de los requisitos de validez exigidos por las leyes, resultan claros y explícitos, contemplando tan sólo la negativa del consumidor o usuario al sistema arbitral cuando este sea distinto del de consumo, regulado en el artículo 31 de la citada ley. La Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios es aplicable si el contratante tuviera la condición de consumidor o usuario, condición de la que gozaba la instante del arbitraje, hoy parte recurrida, y sabido es que dentro del catálogo de cláusulas abusivas establecido por la disposición adicional primera, según la disposición adicional primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril, reguladora de las condiciones generales de la contratación, se encuentra el número 26 (sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico). El contrato en el que se formaliza la cláusula de sumisión que invoca la recurrente es un contrato de adhesión, la cláusula no ha sido negociada individualmente, la usuaria del servicio del transporte ha hecho valer la nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje distinto del de consumo y del arbitraje institucional creado por la norma legal para el sector específico de transporte, esto es, la nulidad de la cláusula de sumisión a la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria, al someter la cuestión a arbitraje ante el órgano institucional creado por la norma legal para el sector específico (contrato de transporte) y la cláusula ha sido declarada nula por la Junta Arbitral de Transportes que emite el laudo, cobrando vigencia el régimen establecido por el artículo 38 de la LOTT. En estos casos y de conformidad con lo previsto en el artículo 10.2 de la Ley 26/1984, en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor, regla que reitera el artículo 6.2 de la Ley 7/1998, decantándose por favorecer al adherente. En este punto, ver también Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia n. 797/1994, de 20 de julio, RJ\1994\6518; y Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) Sentencia n. 318/2003, de 3 mayo JUR\2003\254392.
- 27 Gimeno Sendra, 2013: 1680-1685.
- 28 AP Madrid (Sección 14ª), Sentencia de 20 enero de 1999. AC 1999\3190, fraude de ley: división de la facturación violentando pacto privado con el fin de obtener el límite económico necesario para acceder a la Junta Arbitral de Transportes: falta de competencia de esta última: reclamación cuya cuantía exigía un pacto expreso de las partes para que pudiera entender del asunto. "(...) En definitiva, como la respuesta que da nuestro derecho al fraude de ley es someter el acto a la norma que se ha tratado de eludir (art. 6.4 CC), debemos

- estimar que la Junta Arbitral de Transportes no tenía competencia para conocer de esta reclamación al ascender a una cuantía para la que era necesario un pacto expreso de las partes para que pudiesen entender del asunto, determinando por tanto que el laudo debe anularse al concurrir la circunstancia 5ª del artículo 45 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, pues contrario al orden público debe considerarse limitar de tal modo el acceso a la jurisdicción que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución española a todas las personas (...)"
- 29 Álvarez Alarcón, 2011: 284-286, expone que, atendiendo a lo prevenido en los artículos 37 y 38 LOTT y al artículo 6 del ROTT, corresponde a las juntas arbitrales de transporte las siguientes funciones: función arbitral, (...) función de depositarias de mercancías objeto del transporte, (...) función de información o dictamen sobre aspectos jurídicos relativos al transporte y a las actividades complementarias y auxiliares, (...) función pericial (...).
- 30 Abril Rubio, 2013: 809-827, afirma que las juntas arbitrales de transporte son competentes para resolver las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de transporte terrestre. Entendiendo contrato de transporte de mercancías, de viajeros y mixto; y terrestre como el que se realiza por carretera, ferrocarril o mediante cable de tracción sin camino fijo de rodadura.
- 31 En el presente artículo nos hemos centrado propiamente en el estudio del procedimiento arbitral sin hacer mención a los diferentes tipos de reclamaciones que pueden interponerse, entre los que destacan, en el ámbito del transporte terrestre de mercancías por carretera, los impagos de portes, los daños en las mercancías transportadas, las paralizaciones o los depósitos... Cuestiones reguladas en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, si bien en relación con los depósitos ha de citarse también la Orden FOM 3386/2010, de 20 de diciembre, por la que se establecen normas para la realización por las juntas arbitrales del transporte, de funciones de depósito y enajenación de las mercancías.
- 32 En Galicia, y de conformidad con lo establecido en la disposición adicional primera (competencia de la Junta Arbitral de Transporte de Galicia) de la Ley 2/2008, de 6 de mayo, por la que se desarrolla la libre prestación de servicios de transporte marítimo de personas en aguas interiores de Galicia (DOG n. 90, de 12 de mayo de 2008), "la Junta Arbitral de Transporte de Galicia conocerá de las reclamaciones de contenido económico derivadas de la prestación de los servicios de transporte por empresas inscritas en el Registro de Empresas Operadoras del Transporte Marítimo, en los términos establecidos en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de transportes terrestres".
- 33 Artículo 7.1 del ROTT: "la localización geográfica y el ámbito territorial de las juntas arbitrales del transporte serán determinados por las correspondientes comunidades autónomas en las que estén situadas cuando las mismas hayan asumido las competencias al efecto delegadas por la Ley orgánica 5/1987, de 30 de julio, o, en otro caso, por la Dirección General de Transportes Terrestres." Es necesario aquí hacer mención a Martín, 1999: 236, que cita el artículo 12 del capítulo IV ("Delegación de facultades en materia de arbitraje") de la Ley orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en las comunidades autónomas en relación con los transportes terrestres y por cable, que dice: "se delegan en las comunidades autónomas en las que las mismas hayan de estar radicadas las funciones que la Ley de ordenación de los transportes terrestres atribuyen a las juntas arbitrales del transporte (...)". En palabras del autor, "(...) se pretende una uniformidad en el régimen jurídico del transporte terrestre –incluido todo lo relativo al arbitraje– sin perjuicio de su gestión y ejecución por las comunidades autónomas. Por tanto, al margen de las futuras normas sobre el arbitraje, las administraciones de las comunidades autónomas jugarán un papel importante en el futuro éxito o fracaso de las juntas arbitrales del transporte (...)".
- 34 Álvarez Alarcón, 2011: 283-284, recoge que, en cambio, en el caso de las funciones cuya ejecución se vincula a una mercancía concreta (depósito, enajenación y peritación), se seguirá el criterio del lugar donde se encuentre aquella situada.
- 35 Sánchez-Gamborino, 2010: 251, (...) a tenor de lo dispuesto en el ROTT, art. 7.2 y condición general 5.1 del anexo A de la Orden ministerial de 25 de abril de 1997 (actualmente vigente la Orden FOM 1882/2012, de 1 de agosto, por la que se aprueban las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera).
- 36 AP Asturias (Sección 5ª), Sentencia n. 564/2000, de 18 octubre, JUR 2000\311840. "(...) Centrado así el objeto del debate, debe manifestarse que, en opinión de esta sala, y compartiendo declarado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid en su reciente Sentencia de 29-6-00, la sujeción de los contratos al Consorcio de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR) de 1956, no es incompatible con las disposiciones de la Ley de ordenación del transporte terrestre de 30-7-87, modificada por la Ley 13/96 (RCL 1987, 1764, RCL 1996, 3182), sobre las juntas arbitrales del transporte, pues, en efecto, lo único que establece el referido CMR en su artículo 33 es la posibilidad de someter el asunto a la decisión de árbitros o tribunales arbitrales distintos de las juntas arbitrales del transporte, lo que es evidente que confiere competencia a estas, que en el ámbito de esta provincia aparecen creadas en el Decreto 87/90 del Principado (...); el precepto está en consonancia con la corriente potenciadora del arbitraje para dirimir las controversias entre particulares manifestada a nivel internacional, así los Seminarios de Milán (1991) y París (1993), destacando en esta línea la Recomendación 12/86 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, referida a "Medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga y trabajo de los tribunales", en la que se recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que adopten medidas adecuadas para que, en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz (...)". En relación con esta cuestión, debemos citar también a Piloña Alonso, 1999: 104, cuando indica que, consciente de la importancia de del arbitraje como método de resolución de controversias en materia de transporte, la convención CMR (art. 33) ha admitido expresamente la posibilidad de que tales contratos incluyan una cláusula por la que las partes se someten a arbitraje (...) con la condición de que en la misma se establezca que el tribunal arbitral deberá aplicar el convenio (...)."
- 37 TC Sentencia 118/1996, de 27 de junio (BOE n. 182, de 29 de julio de 1996). El art. 38.4 de la LOTT prevé que las juntas arbitrales realizarán, además de la función de arbitraje, "cuantas actuaciones les sean atribuidas" (...) No obstante, hay que tomar en consideración que el precepto habla de las actuaciones "que les sean atribuidas", pero ni especifica cuáles son ni quién haya de atribuir las. Esta indeterminación, en cuanto al tipo y número de funciones, así como en cuanto al ente –Estado central o Comunidad Autónoma– competente para definir las, permite efectuar una interpretación conforme con el bloque de constitucionalidad que rige en la materia para llegar a la conclusión de que el art. 38.4 no es inconstitucional, y resulta aplicable en Cataluña, siempre que se interprete en el sentido expuesto: en ese territorio las juntas arbitrales ejercerán las funciones que les atribuya el Estado, respecto de los transportes supracomunitarios; y, respecto de los transportes intracomunitarios, ejercerán, además de la función de arbitraje, impuesta por el Estado al amparo del título competencial derivado del art. 149.1.6 (legislación procesal), aquellas otras que, en su caso, les atribuya la Comunidad Autónoma."

- 38 Este fundamento ha sido utilizado en sucesivos laudos por parte de la Junta Arbitral de Transportes de Galicia.
- 39 La oferta hay que entenderla realizada por quien presta el servicio de modo que el contrato se considera celebrado en el lugar correspondiente al domicilio de la empresa de transporte. El criterio anterior es coherente con el que establece el artículo 29 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información, a tenor del cual “los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que este tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.” (Hay que destacar en este sentido que el artículo 54 del Código de comercio fue modificado por la disposición adicional 4.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio). Destacamos finalmente el artículo 1262 del Código civil: “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndose la remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.
- 40 Álvarez Alarcón, 2011: 295-296, hace mención a que no prevé el procedimiento que haya una contestación, sino que directamente se convoca a las partes para la celebración de una vista oral. Por eso, inmediatamente después de recibida la solicitud de arbitraje, la secretaría de la junta remitirá una copia de la reclamación contra la parte demandada, con indicación también de la fecha señalada para la vista, la cual le será comunicada igualmente al demandante.
- 41 Artículo 14 de la Ley 39/2015. Derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas.
- 42 Artículo 41 de la Ley 39/2015. Condiciones generales para la práctica de las notificaciones, seguido del Artículo 43 de la Ley 39/2015. Práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos.
- 43 El 1 de junio de 2015 entraron en vigor las previsiones, contenidas en la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, para configurar un tablón edictal único, a través del *Boletín Oficial del Estado*. A partir de esa fecha, los anuncios de notificación que realice cualquier Administración pública cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar o el medio de la notificación, o bien intentada esta, no se hubiese podido practicar, deberán publicarse necesariamente en el BOE. Previamente, y con carácter facultativo, las administraciones podrán publicar el anuncio en el boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia. Esta regulación resulta de aplicación cualquiera que sea la Administración competente para realizar la notificación, la materia sobre la que verse o el tipo de procedimiento administrativo de que se trate, incluidos aquellos que cuentan con normativa específica. En todos los casos, la publicación de los anuncios de notificación en el BOE se producirá de forma gratuita. La regulación del tablón edictal único del *Boletín Oficial del Estado* se encuentra recogida en el Real decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial *Boletín Oficial del Estado*.
- 44 A este respecto podemos destacar que, en la Junta Arbitral de Transportes de Galicia, en los supuestos de reclamaciones planteadas por consumidores y usuarios se les exige la diligencia de un buen padre de familia a la hora de poder identificar a la empresa contra la que se reclama, asumiendo la secretaría de la junta una labor activa en dicha “investigación”; mientras que si se trata de reclamaciones entre empresas de transportes, en el caso de que resulte infructuoso el intento de notificación, antes de acudir a la vía de anuncios, se exigirá a la parte reclamante que el domicilio facilitado se corresponde con el existente en el registro mercantil o en el registro de empresas de transporte (en este último caso cuando la reclamación se interpone contra una empresa con autorizaciones de transporte a su nombre).
- 45 Álvarez Alarcón, 2011: 295, indica que no dice nada el ROTT sobre si deben presentarse con la solicitud los documentos que se pretendan utilizar. Por consiguiente, hay que entender que podrían presentarse en el acto de la vista.
- 46 Piloñeta Alonso, 1999: 97, establece que la composición de la junta para conocer de un determinado asunto se decidirá en cada caso, en función de los sectores afectados por la controversia (...). Debemos mencionar también en este punto a Álvarez Alarcón, 2011: 277, que hace referencia a que, siguiendo con la tradición impuesta por las juntas de detasas, las JAT se constituyen con la misma forma tripartita –que es también adoptada en otros órganos dedicados al arbitraje, como acontece en el sistema arbitral de consumo–, en la que la Administración asume la posición central, la presidencia asistida por dos vocales representativos de los intereses afectados en el conflicto (...).
- 47 No debemos olvidar que la LA regula en su artículo 40 la acción de anulación del laudo, estableciendo el artículo 41 que uno de los motivos, siempre que sea solicitado y probado por una de las partes, es: “(...) b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos (...)”.
- 48 Artículo 539 LEC. Representación y defensa. Costas y gastos de la ejecución. 1. El ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por letrado y representados por procurador, salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales. Para la ejecución derivada de procesos monitorios en que no haya habido oposición, se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros. Para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros. (...).
- 49 Aba-Catoira, 2011: 136, recoge que, en cuanto a las garantías del procedimiento arbitral, es la norma constitucional la que consagra los principios de audiencia, contradicción e igualdad, orientados a la efectividad de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 CE como derecho fundamental de todas las personas. La propia Ley de arbitraje en su artículo 24.1 se refiere a dichos principios (...).
- 50 Respecto a la función de peritación sobre el estado de las mercancías, el artículo 367 del Código de comercio establecía, para cuando surgieran dudas y contestaciones entre el consignatario y el porteador sobre el estado de los efectos transportados en el momento de la entrega, el reconocimiento pericial con intervención, incluso, de la autoridad judicial; asimismo, se prevenía el depósito judicial de las mercancías si los interesados no se conformaban con el dictamen pericial y no llegaban a un acuerdo. Este precepto ha sido derogado por la letra a) del número 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 34 de esta ley (estado de las mercancías en el momento de entrega al destinatario). Por su parte, el artículo 6.1.d) del ROTT atribuye directamente a las juntas arbitrales del transporte la función de peritación,

ocupándose también del depósito de las mercancías ante las juntas arbitrales del transporte, previamente al eventual planteamiento de la controversia a que se refiere la letra a), cuando los interesados no acepten el resultado de la peritación y no resuelvan sus diferencias.

- 51 Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), Sentencia n. 37/2015, de 28 abril, AC\2015\861. "(...) El efecto vinculado a la prescripción es la extinción del derecho o acción que sea objeto de ella, según contempla el art. 1903 y 1903.2-1 CC (LEG 1889, 27), junto a los derechos y accesorios. Según reiterada jurisprudencia del TS la prescripción ha de ser alegada para que pueda ser estimada ya que el juez no la puede alegar de oficio en el momento procesal oportuno que viene a ser el de contestación a la demanda. Los arts. 1935 y 1937 del CC (LEG 1889, 27) establecen unas reglas particulares que disciplinan la renuncia a la prescripción (...) Consecuencia de lo anterior, puesto en relación con las alegaciones de la demandante, debemos decir que, extinguido el derecho al cobro de la parte reclamante en el procedimiento arbitral, –cuestión que por razones obvias ha de ser resuelta con carácter previo, al igual que la competencia del Tribunal Arbitral–, esa pérdida del derecho del acreedor a reclamar judicialmente las cantidades adeudadas hace innecesario el pronunciamiento del juez/árbitro sobre las cuestiones de fondos planteadas por las partes, ya sea en la demanda, contestación, o en cualquier alegación reconventional que sea formulada (...)”.
- 52 Los efectos del “silencio” en la emisión del laudo arbitral no se asemejan a los previstos por la Ley 39/2015 (artículos 24 y 25) para el llamado “silencio administrativo”.
- 53 Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), Sentencia n. 37/2015, de 28 de abril, AC\2015\861. "(...) Los motivos de anulación constituyen una lista cerrada no susceptible de ampliación. En este sentido hay que recordar la doctrina del Tribunal Constitucional (STC de 18-7-1994) que en relación con las causas de anulación previstas por la ley en el anterior art. 45 de la LA dijo: "... en el art. 45 se contemplan las causas de anulación judicial de un laudo, las cuales, en atención a la naturaleza propia del instituto del arbitraje, necesariamente deben limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje (aps. 1º a 4º art. 45) o de las garantías esenciales de procedimiento que a todos asegura el art. 24 de la CE (RCL 1978, 2836) (art. 45.5), sin extenderse a los supuestos de infracción del derecho material aplicable al caso, y ello porque, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo (...)”.
- 54 Guedea Martín, 1999: 230, dispone que la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, preveía ya dos tipos de recursos. En primer lugar se admite el recurso de revisión frente al laudo arbitral firme (art. 37), “conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes”. Es decir, son de aplicación los artículos 1796 a 1810 del libro II de la Ley de enjuiciamiento civil. Por tanto, contra las resoluciones firmes de las juntas arbitrales del transporte sólo cabría un recurso de revisión fundado en alguno de los cuatro motivos recogidos en el artículo 1796 de la Ley de enjuiciamiento civil.
- 55 La mención a “sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho” proviene del artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.
- 56 Guedea Martín, 1999: 230, afirma que indudablemente una de las razones que siempre se han alegado a favor del arbitraje y en contra del proceso jurisdiccional ordinario ha sido la difícil y problemática ejecución de las sentencias en nuestro Estado, sin distinguir órdenes jurisdiccionales u órganos judiciales. Aquí, como anteriormente al estudiar los recursos frente a los laudos, ante el silencio de la Ley de ordenación de los transportes terrestres nos vemos obligados –mientras que no se produzca modificación legal expresa– a la aplicación de la Ley de arbitraje. La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, dedicaba sus títulos VIII y IX a la ejecución forzosa del laudo y a la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros respectivamente.
- 57 Artículo 39.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo).
- 58 Artículo 38 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (terminación de las actuaciones). 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, sobre notificación y, en su caso, protocolización del laudo, y en el artículo siguiente, sobre su corrección, aclaración y complemento, las actuaciones arbitrales terminarán y los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo. 2. Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando: a) el demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio; b) las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones; c) los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible. 3. Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de dos meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar a los árbitros que le remitan los documentos presentados por ella. Los árbitros accederán a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes al envío, en su 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

Doctoranda en Derecho Administrativo Iberoamericano. Universidad de A
Coruña (Galicia, España)

Miembro del Observatorio de Políticas Públicas

en materia de discapacidade, atención a la diversidad e igualdad de
oportunidades

Becaria de la Fundación ONCE, Programa "Oportunidad para el talento",
2014 y 2015

paloma.caneiro.gonzalez@udc.es

CRÍSTEL MAGDALENA PÉREZ HERMIDA

Abogada

Miembro del Observatorio de Políticas Públicas

en materia de discapacidade, atención a la diversidad e igualdad 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 del derecho de sufragio de las personas con discapacidad. 3 La estrecha vinculación del derecho de sufragio con los procesos de incapacitación para las personas con discapacidad. 3.1 La cuestión controvertida de la observancia de los conocimientos políticos en los procesos de incapacitación. 4 La problemática de la discapacidad en el ejercicio del derecho de sufragio. 4.1 Inquietudes de la actual regulación del derecho de sufragio de las personas con discapacidad. 5 Conclusiones. 6 Bibliografía. 7 Apéndice jurisprudencial.

1 INTRODUCCIÓN

El panorama político actual ha colocado el derecho de sufragio de la ciudadanía en un papel de especial protagonismo. Todos los españoles que quisieron ejercitar su derecho han tenido que presentarse e ir a las urnas en dos ocasiones a fin de que un nuevo gobierno se forme y, pese a que hubo dudas acerca de la posibilidad de unas terceras elecciones, estas dudas fueron disipadas a principios de noviembre del año 2016.

Este año las elecciones han presentado candidatos políticos con importantes discapacidades, personas que han logrado una gran repercusión mediática, lo que ha singularizado positivamente el proceso electoral, mostrando más diversidad en las figuras políticas actuales.

Las elecciones suben a la palestra el derecho de sufragio, tanto el activo como el pasivo. Este derecho es fundamental, pero es además especialmente significativo en la defensa de la libertad y de la dignidad de la persona, cumpliendo, en palabras de Martínez Pujalte (2013: 83) *“una función legitimadora imprescindible para el funcionamiento de la democracia”*. Por todo ello, dos son los pilares que se deben tener en cuenta antes de iniciar la lectura de cualquier estudio del derecho de sufragio: a) el carácter fundamental de este derecho, cuya dimensión institucional es más acuciada debido a que constituye un elemento esencial de la democracia; b) la obligación *“de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la libertad y la igualdad”* (Martínez Pujalte, 2013: 86).

El derecho de sufragio activo se realiza en el acto de introducción de la papeleta con la opción política elegida en la urna. Esta acción, aparentemente sencilla, se torna de enorme complejidad para algunas personas con discapacidad, pudiendo llegar, incluso, a suponer una negación o ablación del propio derecho de sufragio.

Los datos de la Oficina de Censo Electoral indican que entre las elecciones generales comprendidas entre el año 2000 y el 2015 hubo un incremento de más de 80.000 personas que no pudieron votar. En concreto, los datos son los siguientes: en el año 2000 no han podido votar 12.709 personas; en el año 2004, 31.262; en el año 2008, 55.949; en el año 2011 la suma ascendió a 79.233 personas; y en el año 2015 la cifra ascendió a 96.418. Estos datos no pueden ser menos que dramáticos y así son considerados en la Recomendación del Defensor del Pueblo de fecha 30 de junio de 2016 como consecuencia de la queja n. 16008346, poniéndose de relieve las deficiencias en el sistema normativo o jurisprudencial, del que se hablará a lo largo de este estudio.

En razón de todo esto, este trabajo pretende reconocer la situación de un importante colectivo de ciudadanos y ciudadanas que se ven privados del ejercicio del derecho de sufragio o

que tienen dificultades para ejercitarlo. El estudio se centrará en el análisis de la normativa y los problemas fácticos que surgen en su aplicación al colectivo de personas con discapacidad. El objetivo a alcanzar será una propuesta de mejora normativa que se traduzca, al propio tiempo, en la efectividad real del derecho de sufragio.

En los siguientes epígrafes se analizará la normativa, los procesos de incapacitación y las dificultades que soportan las personas con discapacidad al pretender ejercitar su derecho de sufragio. Todo ello será analizado a la luz de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia.

2 NORMATIVA DEL DERECHO DE SUFRAGIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Las personas con discapacidad han tenido escasa, por no decir nula, participación en las decisiones políticas de los países. Sólo con el paso del tiempo los derechos de las personas con discapacidad mejoraron junto con un mayor compromiso de participación y al amparo de imprescindibles reconocimientos en textos internacionales¹, de entre los que debe ser destacado el artículo 29 de la *Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York, con el siguiente tenor literal:

Artículo 29. Participación en la vida política y pública:

Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas...

A nivel nacional, resulta imprescindible la cita del artículo 23 de la Constitución española de 1978:

Artículo 23

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal...

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG), contiene determinaciones relevantes que pueden ser aplicadas a las personas con discapacidad.

Por un lado, el artículo 3 determina las personas que carecen de derecho de sufragio:

Artículo 3

1. Carecen de derecho de sufragio:

(...)

b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

Sólo de forma indirecta se alude a las personas con discapacidad; en aquellos casos en que sean declarados incapaces por una grave dolencia física, psicosocial, cognitiva y/o sensorial que impida su autogobierno, serán considerados en los apartados transcritos del precepto².

Por otro lado, el artículo 7 dispone respecto al sufragio pasivo:

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo primero del artículo anterior, los que aspiren a ser proclamados candidatos y no figuren incluidos en las listas del censo electoral podrán serlo, siempre que con la solicitud acrediten de modo fehaciente que reúnen todas las condiciones exigidas para ello³.

La LOREG fue modificada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, incorporando novedades en el campo de la discapacidad y la capacidad, incluyendo ajustes razonables para las personas con discapacidad visual y sanciones a la emisión del voto sin capacidad⁴. Así, el renovado 87 introdujo un procedimiento de votación para las personas ciegas, permitiendo el ejercicio del derecho con garantía de secreto de voto, y el artículo 142 castiga con pena de prisión a quien vote sin la capacidad necesaria.

El Real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, también hace referencia al derecho de participación en los asuntos públicos, al señalar:

Artículo 53. Derecho de participación en la vida política.

Las personas con discapacidad podrán ejercer el derecho de participación en la vida política y en los procesos electorales en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos conforme a la normativa en vigor. Para ello, las administraciones públicas pondrán a su disposición los medios y recursos que precisen.

Finalmente, el Real decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, y el Real decreto 422/2011, de 25 de marzo, aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales.

3 LA ESTRECHA VINCULACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO CON LOS PROCESOS DE INCAPACITACIÓN PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En la actualidad, sigue siendo común asociar incapacidad con ausencia de toda potestad sobre uno mismo. La aceptación del concepto social de discapacidad y el correlativo declive del concepto médico han permitido superar tal asociación y han favorecido la participación efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad en condiciones de igualdad.

Esta realidad también se ha plasmado en la jurisprudencia. La STS 373/2016, de 3 de junio, reconoce la situación con una frase concluyente que define la nueva consideración de la discapacidad en la que se abandona el concepto médico limitativo *“pasándose de un régimen de sustitución en la adopción de decisión a otro basado en el apoyo para tomarlas”* (FJ 3.º). De esta manera, se ha implantado que la pérdida del derecho de sufragio no sea una consecuencia automática de la incapacidad.

Bajo esta premisa y con apoyo en la normativa consagrada en la LOREG, los procesos judiciales de incapacidad deben pronunciarse expresamente acerca del derecho de sufragio para la persona con discapacidad (FJ 2.º de la STS 181/2016, de 16 de marzo, y FJ 10.º de la STS 341/2014, de 1 de junio) y pueden finalizar con lo que el propio Tribunal Supremo ha calificado como un *“traje a medida”* para la persona con discapacidad (FJ 3.º de la STS 373/2016, de 3 de junio), es decir, una incapacidad parcial, requiriendo la intervención de un curador pero reser-

vando derechos a la persona con discapacidad como el de sufragio⁵. Ello evita una disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, como sería la anulación de derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la propia convención. En este sentido, la jurisprudencia ha analizado si la decisión de privación del derecho de sufragio activo es compatible con la convención, señalando que la respuesta debe ser positiva siempre que:

1.º) se tengan en cuenta las circunstancias particulares e intereses concurrentes;

2.º) se evite *“todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada”* (FJ 2.º de la STS 1163/2016, de 16 de marzo).

Al juez le corresponde diferenciar entre dos situaciones: una, cuando la persona no puede regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio; y otra, que esté impedida para su ejercicio de forma correcta, con el fin de pronunciarse si es conveniente negar el ejercicio de un derecho fundamental, siempre siguiendo un criterio restrictivo en la decisión de incapacitación en virtud de las limitaciones de derechos que ello conlleva (FJ 10.º de la STS 341/2014, de 1 de junio). Y ello porque, como ha reconocido el Tribunal Supremo, la autonomía e independencia de las personas con discapacidad son de gran importancia y sólo potenciando sus habilidades se evita la muerte social y legal de estas personas (FJ 2.º de la STS 421/2013, de 24 de junio).

A toda sentencia la persigue una obligación de motivación, exigencia que se ve reforzada cuando se pretende la privación de derechos fundamentales, como el de sufragio. La ausencia de justificación o razonamiento de la sentencia en la restricción de este derecho ha dado lugar a numerosos pronunciamientos que revocan el fallo de privación del derecho de sufragio, aunque existen algunas excepciones⁶.

En el proceso de incapacitación, el juez debe adoptar medidas proporcionales respaldadas por las pruebas practicadas. Así, los informes periciales médicos de la persona que se pretenda incapacitar y el interrogatorio de la persona con discapacidad son pruebas esenciales en este proceso y determinantes del mismo. En este sentido, el artículo 322 del Código civil reconoce la presunción de capacidad de la persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad persistente que permita inferir que la persona no puede regir su persona y sus bienes como una persona media. Sólo esta situación es la que determina la instauración de los apoyos personalizados y efectivos en su beneficio para proteger su personalidad, como se afirma en la STS 421/2013, de 24 de junio (FJ 2.º)⁷.

El tratamiento jurisprudencial de la cuestión ha sido incisivo en estos aspectos, con invocación directa de tratados internacionales. Así, el Tribunal Supremo ha invocado el artículo 29 de la Convención de Nueva York antes transcrito⁸ (STS n. 421/2013, de 24 de junio; STS n. 341/2014, de 1 junio; STS 181/2016, de 17 de marzo, y STS n. 373/2016, de 3 de junio). A nivel europeo, se han dictado igualmente algunas sentencias trascendentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, la STEDH de 20 de mayo de 2010, *Caso Alajos Kiss contra Hungría*; STEDH de 21 de octubre de 2014, *Caso Harmati contra Hungría*, y STEDH de 23 de septiembre de 2014, *Caso Gajcsi contra Hungría*.

El *Caso Alajos Kiss contra Hungría* fue resuelto por el Tribunal observando los siguientes elementos: objeto legítimo y proporcionalidad. Este último elemento es el que determina el fallo. El Tribunal considera que, si bien el poder legislativo nacional tiene margen de apreciación en

la determinación de las restricciones del derecho de voto, ese mismo margen no es global. En la restricción de derechos fundamentales de un colectivo vulnerable de la sociedad que ya fue discriminado en el pasado, como son las personas con discapacidad, el margen de apreciación del Estado es más estrecho y por lo tanto la restricción del derecho deberá fundarse en razones de peso. Esto se justifica a tenor de los prejuicios que sufrieron las personas con discapacidad, los mismos que les ocasionó una exclusión social. Estos mismos prejuicios son los que pueden estereotipar la legislación, prohibiendo que las capacidades y necesidades sean correctamente evaluadas de forma individual. En su FJ 4.º de la STEDH de 20 de mayo de 2010, el Tribunal dice:

“El Tribunal concluye por tanto que una eliminación indiscriminada del derecho de voto, sin una evaluación judicial individual y exclusivamente basada en la discapacidad mental que precisa una tutela parcial, no puede considerarse compatible con las bases legítimas para restringir el derecho de voto”.

3.1 La cuestión controvertida de la observancia de los conocimientos políticos en los procesos de incapacitación

A la hora de determinar acerca de la procedencia o no de la privación del derecho de sufragio, son diversas las sentencias que hacen referencia a la necesidad de observar los conocimientos políticos de la persona afectada.

Así, la SAP de Burgos n. 103/2015, de 27 de marzo, y la STS n. 181/2016, de 17 de marzo, entre otras, justifican la restricción del derecho de voto valorando el desconocimiento de los partidos políticos por parte de la persona incapaz.

En diferente sentido, la SAP de Ciudad Real n. 257/2012, de 24 de octubre, dictaminó que no procedía justificar la privación de este derecho en *“el desconocimiento completo del sistema político español”*, considerando el tribunal que lo esencial es la capacidad de optar sin influencias externas en el proceso electoral. En este mismo sentido, la SAP de Barcelona n. 183/2014 afirma que *“no puede justificarse una limitación de ese derecho con base en juicios sobre el desconocimiento, por parte del presunto incapaz, de las opciones políticas o por criterios sobre la irrazonabilidad en la elección de las opciones”*.

La SAP de Valencia n. 304/2014, de 12 de mayo, valora positivamente un inusitado interés por el devenir político y revoca la sentencia de instancia en el sentido de no privar del derecho de sufragio, todo ello pese a que el informe forense recogía que la persona no era conocedora de la trascendencia del derecho de sufragio. En similares líneas se pronuncia el magistrado Sr. Luis Blánquez Pérez en su voto particular a la SAP de Guipúzcoa n. 250/2010, de 19 de octubre.

El Auto del Tribunal Constitucional n. 196/2016, de 28 de noviembre, señala que la posesión de estos conocimientos es un dato, entre otros, que se utiliza de forma razonable para reconocer las facultades mentales (FJ 4.º). Sin embargo, esta posición es criticada por la magistrada D.ª Adela Asua Batarrita en su voto particular formulado al auto, afirmando que la privación de este derecho por el mero carecimiento de determinado nivel de conocimientos políticos supone la imposición de un obstáculo a la participación efectiva y plena de las personas con discapacidad en la esfera política y pública. La magistrada razona que el ejercicio de voto no está ligado a un nivel de conocimientos o competencias, sino a la condición de ciudadano.

No existe, pues, una única línea interpretativa acerca de la valoración de los conocimientos políticos del incapaz, aunque han sido habituales las sentencias que, excusándose en el único motivo de ausencia de tales conocimientos, han fallado a favor de la incapacitación total.

4 LA PROBLEMÁTICA DE LA DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO

Como se adelantó al inicio de este trabajo, un gran número de personas con discapacidades muy heterogéneas tienen graves dificultades para ejercer su derecho de voto, bien sea por su propia discapacidad o inseguridad, o bien sea por la ausencia de ajustes razonables y/o de accesibilidad en el colegio electoral. Todo ello repercute en las condiciones básicas constitucionales del sufragio: universal, libre, igual, directo y secreto (Gálvez Muñoz y Rubio Lara, 2007: 98).

En primer lugar, en relación con la accesibilidad, y si bien es cierto que la regulación española avala la accesibilidad de los colegios electorales a fin de que personas con limitaciones de movilidad puedan votar, hay que tener en cuenta que los colegios electorales no son edificios de nueva construcción, sino que su elección viene determinada por las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral, elección que no siempre considera la óptima accesibilidad del edificio. Los problemas de accesibilidad permanecen y siguen siendo frecuentes. Si bien ya hay determinadas medidas administrativas y elementos extendidos, como las rampas para las sillas de ruedas, existen otros que podrían ser beneficiosos para todos los electores si se atiende a un “diseño para todos”. Un ejemplo: la implantación de cabinas con mayores dimensiones se traduciría en comodidad para todos los electores sin tener en cuenta sus disfuncionalidades físicas.

En segundo lugar, la problemática de la accesibilidad de las papeletas de votación tan sólo ha sido resuelta para las personas con discapacidad visual, mediante la modificación de la LO-REG que tuvo lugar en el año 2011. Esta modificación ha supuesto un avance, pero no es suficiente ni siquiera para las propias personas beneficiarias, pues se consigue un sistema accesible pero que conlleva una tramitación poco ágil, implicando un descenso de las solicitudes del *kit* de voto en braille en los últimos años.

En tercer lugar, cabe hacer referencia a las personas que por impedimentos físicos de gran envergadura les es imposible acudir al colegio electoral. Ellas requieren la ayuda de otra persona (un representante) para solicitar certificación en el censo y/o recoger la documentación electoral para acceder a su derecho de participación política. La única garantía prevista del derecho para este supuesto es que el “apoderado” debe acreditar la enfermedad o incapacidad impeditiva para la solicitud del voto, así como la representación que posee. Sobra decir que esta garantía deviene insuficiente, pues deja abierta la posibilidad de que el representante se aproveche de su condición y emita el voto en su lugar (Gálvez Muñoz y Rubio Lara, 2007: 107 y ss.).

Dicho esto, en cuarto lugar, en muchas otras ocasiones sucede que las personas con graves discapacidades físicas requieren de la asistencia de un tercero para ejercer su derecho, con las consecuencias que ello conlleva. En esta situación la ayuda viene dada, en su mayoría, por los familiares y, por lo tanto, esta persona de confianza irremediablemente conoce el voto o la simpatía de la persona con discapacidad por un determinado partido político. Ello permite decir que la garantía del secreto de voto es quebrantada, al igual que la personalidad del voto, lo cual tiene otras implicaciones negativas que a continuación se comentarán.

La ausencia de ajustes razonables o medidas de discriminación positiva suficientes o eficientes en el sistema de votación para las personas con graves discapacidades implica, en definitiva, aumentar el sentimiento de desigualdad, que en ocasiones provoca el desánimo o desinterés en votar. Colateralmente, las actuales medidas o ajustes para que las personas con discapacidad ejerzan el derecho de sufragio, por insuficientes o inadecuadas, implican una pérdida de las garantías estrechamente relacionadas con el propio derecho, como son la personalidad del

derecho, el carácter secreto del voto y el derecho a la intimidad en el ejercicio del derecho de sufragio, especialmente en aquellos casos en que la persona con discapacidad necesita del auxilio de un tercero para ejercer el derecho.

Si bien se han planteado numerosos problemas, también son diversas las soluciones, que pasan, esencialmente, por la implantación de un diseño para todos, la incorporación de las nuevas tecnologías para el acto de votar con adaptaciones propias para cada tipo de discapacidad y la oferta de un grupo de asistentes especializado para el día de las elecciones a fin de que las personas con graves discapacidades no necesiten de la ayuda de su persona de confianza en el colegio electoral que pueda condicionar su voto.

A la vista de lo expuesto, podrían señalarse cuatro tipos de voto: el “ordinario” para personas con problemas de desplazamiento, el “asistido” para las personas que no pueden votar por sí mismas, el “accesible” para personas con discapacidad visual y el “a distancia” para personas que no se pueden desplazar (Gálvez Muñoz y Rubio Lara, 2007: 99).

Por último y en referencia al derecho de sufragio pasivo, el panorama político actual no ofrece muchas candidaturas con una presencia de personas con discapacidad, lo que hace plantearse si son necesarias medidas de discriminación positiva. En este sentido, sería una medida adecuada ofrecer incentivos económicos a la promoción de las personas con discapacidad en la vida política o, como se hace en las ofertas de empleo público, establecer un porcentaje de reserva de plazas que favorezcan la inclusión (Martínez Pujalte, 2013: 107 y ss.)⁹.

4.1 Inquietudes ante la actual regulación del derecho de sufragio de las personas con discapacidad

Diversos sectores se han pronunciado sobre las inquietudes que la actual regulación de discapacidad en España les ocasiona.

En este sentido, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, en sesiones que tuvieron lugar en la fecha comprendida entre el 19 y el 23 de septiembre de 2011, hizo observaciones acerca del informe presentado por España, preocupándose seriamente por la restricción del derecho de voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, en los casos de que proceda su incapacidad o de su internamiento en una institución, y recomienda la revisión de la legislación para que a) las personas con discapacidad tengan derecho a votar y participar en la vida pública en condiciones de igualdad que el resto de personas, con independencia de su deficiencia, y b) que las personas con discapacidad que desempeñen un cargo político tengan asistencia personal si la necesitan.

La Fiscalía General del Estado entiende que la privación de voto es excepcional, de tal modo que sólo puede afectar a las personas que no tengan ninguna capacidad de decisión en sus asuntos personales, pues, en caso contrario, se estaría permitiendo abiertamente la manipulación de estos votos, en cuyo caso la “restricción” del derecho no sería tal, pues se trataría de una constatación que se justifica por la propia finalidad y naturaleza del derecho (Martínez Pujalte, 2013: 89). En otras palabras, las personas con discapacidad deberían tener dicho derecho con independencia de su deterioro cognitivo, siempre que tengan algo de capacidad, pues eso respeta la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10 de la Constitución y, como bien señala la jurisprudencia, hay que tener en cuenta que la limitación afecta al libre desarrollo de la personalidad.

La Recomendación del Defensor del Pueblo de fecha 30 de junio de 2016, en respuesta a la queja n. 16008346, resolvió que se debería promover la reforma del artículo tercero de la LOREG, a fin de reforzarse el derecho de sufragio de personas con discapacidad en el sistema electoral, restringiéndose el derecho de voto sólo en los supuestos de plena inconsciencia o falta de conocimiento de la persona con discapacidad. Las recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la doctrina de la Fiscalía General del Estado y la contradicción entre la LOREG y la Constitución española (Martínez Pujalte, 2013: 87 y ss.) fueron determinantes en esta decisión.

Por último, el último recurso interpuesto ante el Tribunal Constitucional a fin de que se pudiese determinar la actual problemática del derecho de sufragio en personas con discapacidad intelectual ha sido desestimado mediante el Auto n. 196/2016, de 28 de noviembre. Sin embargo, la Ilma. Magistrada D.^a Adela Asua Batarrita formula voto particular mostrando su discrepancia con el auto y pone de relieve los siguientes extremos:

i) Recuerda que el derecho del artículo 23 de la CE, con relación a las personas con discapacidad, está directamente conectado con los artículos 9.2, 14 y 49 de la Constitución española.

ii) Afirma que el artículo 49 de la CE *“no se cohonestan con el contenido del art 3.1 b) LOREG”*.

iii) Rebate la siguiente afirmación de la Sala del Tribunal: *“el modelo constitucional de sufragio universal no es per se incompatible con la privación singularizada de este derecho, por causa legalmente prevista, sobre todo cuando dicha privación está revestida de la garantía judicial”*, porque el deber del legislador es el de respetar el contenido del derecho constitucional.

iv) Examina que el artículo 29 *–Participación en la vida política y pública–* de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad es incompatible con el artículo 3 de la LOREG, toda vez que este último fundamenta el impedimento para el ejercicio de sufragio en la propia discapacidad.

v) Critica que el artículo 3 de la LOREG se aplique de forma automática sin establecer criterios, razones o elementos esenciales orientativos para facilitar el ejercicio del derecho; por lo tanto, se separa de las exigencias constitucionales de los artículos 23, 9.2 y 49 de la CE.

vi) Considera que lo conveniente para el caso de autos, donde lo que se recurre es la privación del derecho de sufragio de una persona con discapacidad, es proceder a la ponderación o juicio de proporcionalidad a fin de concluir si se vulneraba el artículo 23.1 en relación con el artículo 14 de la norma suprema.

5 CONCLUSIONES

A la vista de todo lo descrito anteriormente, es patente que el artículo 3.1 de la LOREG puede lesionar el artículo 23.1 de la Constitución española, que reconoce el derecho ciudadano de participación en los asuntos públicos. En conformidad con la Constitución, sólo podría excluirse la posibilidad de emitir el voto exclusivamente a quienes efectivamente carecen de esa posibilidad de hecho, con el fin único de evitar la manipulación del voto, pues en ese caso serían otros quienes decidirían por ellos. El problema de la formulación actual es la ausencia de explicación de las condiciones en las que se produce la exclusión del derecho (Martínez Pujalte, 2013: 90). A esto se puede añadir, en el ámbito de ejercicio de los derechos políticos, la ausencia de cambio del modelo de sustitución por un modelo de apoyo en la toma de decisión.

Si se profundiza en la idea de derecho de voto, este es un derecho ligado a condición de persona y no a un determinado nivel de conocimientos (Martínez Pujalte, 2014: 18). Entonces, ¿qué sentido tiene privar del derecho de sufragio a una persona con discapacidad por no tener determinados conocimientos de los partidos políticos?; ¿no es cierto que son mayoría las personas sin discapacidad que acuden a votar sin conocer o conociendo escasamente el programa electoral del partido al que vota? Verdaderamente, es un sinsentido que un sector jurisprudencial valore un determinado nivel de conocimientos para decidir acerca del derecho de participar en la vida colectiva cuando este derecho no está ligado a las competencias de la persona, sino a su condición de ciudadano y a su derecho a participar en las decisiones políticas (Martínez Pujalte, 2013: 89).

En este sentido, quedémonos con las palabras del TEDH en el *Caso Hirst contra Reino Unido* de 6 de octubre de 2005 acerca de la esencialidad del derecho de sufragio para sostener una democracia digna, efectiva y regida por el principio de legalidad que debe velar por la inclusión.

En conclusión, pese a los cambios en la realidad social y las reivindicaciones de los distintos sectores jurisprudenciales y doctrinales a favor de la no privación del derecho de sufragio a las personas con discapacidad por motivo de esta condición, la normativa legal y la mayoría de jurisprudencia continúan avalando un concepto médico de la discapacidad. Ello preocupa a órganos, entidades internacionales y especialmente a las propias personas afectadas por la privación de su derecho. Asimismo, la ausencia de una normativa que asegure el paso definitivo para que la restricción de este derecho sea algo excepcional (para aquellos casos en que se probase que la persona estará privada de toda razón en el momento de la votación o que ello los perjudica) y no la regla (doctrina avalada por sentencias y sectores ya mencionados) provoca el retraso de una regulación más cercana con las necesidades de las personas con discapacidad, que expanda un diseño para todos y medidas de discriminación positiva, que equilibre su actual desigualdad a la hora de votar y participar en la vida pública. Una solución idónea a este conflicto requeriría lo siguiente:

1.º) Una reforma de la LOREG, consistente en sustituir los apartados b y c de su artículo 3, estableciendo que carecen de derecho de sufragio, de forma excepcional, quienes tengan afectada toda capacidad de decisión incluida la necesaria para poder votar, con la exigencia de que ello sea expresamente declarado en sentencia judicial firme tras un proceso judicial.

2.º) La aprobación de un texto normativo que desarrolle en sentido más extenso este epígrafe, especificándose los criterios de evaluación de la capacidad de votar en personas con discapacidad (pudiendo ser los conocimientos políticos uno de los posibles factores a valorar entre otros, pero sin ser el factor determinante), las condiciones en las que procede la restricción de este derecho (evitándose que un mantenimiento del derecho voto a todas las personas abra la puerta a su manipulación), que recoja el deber reforzado de motivación de las sentencias en los procesos que finalicen con la restricción del derecho de sufragio y que garantice el actuar sin barreras de la persona con discapacidad.

3.º) La aprobación de un texto normativo que teniendo en cuenta las necesidades de las distintas personas con discapacidad a la hora de ejercer su derecho de sufragio establezca las medidas materiales, humanas y sociales que promuevan su participación. Algunas de estas medidas podrían ser la implantación de cabinas de votación más grandes para todos los electores, que los colegios electorales se ubiquen en edificios absolutamente accesibles, que se cree un equipo de especialistas que asistan a las personas con discapacidad que lo necesiten, la implementación de medidas que eviten la influencia de familiares y conocidos en las personas con discapacidad cuando estén votando, promocionar la diversidad funcional en los propios carteles electorales que promueven la participación ciudadana, 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. y 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.
- Ganzenmuller 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/cgpi/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 de 30 de marzo de 2004. Caso Hirst contra el Reino Unido.
- STEDH de 20 de mayo de 2010. Caso Alajos Kiss contra Hungría.
- STEDH de 21 de octubre de 2014. Caso Harmati contra Hungría.
- STEDH de 23 de septiembre de 2014. Caso Gajcsi contra Hungría.

- STC n. 12/2008, de 29 de enero.
- Auto TC n. 196/2016, de 28 de noviembre.

- STS n. 421/2013, de 24 de junio.
- STS n. 341/2014, de 1 de junio.
- STS n. 181/2016, de 17 de marzo.
- STS n. 373/2016, de 3 de junio.

- SAP de Zaragoza n. 569/2010, de 30 de septiembre.

- SAP de Guipúzcoa n. 250/2010, de 19 de octubre.
- SAP de Ciudad Real n. 257/2012, de 24 de octubre.

- SAP de Barcelona n. 183/2014, de 13 de marzo.
- SAP de Valencia n. 304/2014, de 12 de mayo.
- SAP de Barcelona n. 742/2014, de 10 de noviembre.
- SAP de Barcelona n. 165/2015, de 5 de marzo.
- SAP de Barcelona n. 194/2015, de 18 de marzo.
- SAP de Burgos n. 103/2015, de 27 marzo.

NOTAS

- 1 *Vid. la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá el 2 de mayo de 1948; *la Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n. 217 A (iii), el 10 de diciembre de 1948; *el Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, hecho en París el 20 de marzo de 1952; o *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, hecho en Roma el 25 de marzo de 1957; *el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; *la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971; *la Declaración de los derechos de los impedidos*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3227 (xxx), de 9 de diciembre de 1975; *el Programa de Acción Mundial para personas con discapacidad*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1982 en su resolución 37/52; *el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, aprobado por la Asamblea General el 17 de noviembre de 1988; *la Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las personas con discapacidad en el área Iberoamericana*, adoptada en Conferencia Intergubernamental Iberoamericana sobre Políticas para las personas ancianas y personas discapacitadas celebrada en Colombia los días 27 y 30 de octubre de 1992; *la Resolución sobre la situación de las personas con discapacidad en el Continente Americano*, aprobada por la Asamblea General de la OEA en 1993; *las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con discapacidad*, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993; *la Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobada en Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993; *la Resolución sobre la Situación de los Discapacitados en el Continente Americano*, adoptada por la OEA en el año 1995; *la Resolución Ag/Res 1369 Compromiso de Panamá con las personas con discapacidad en el Continente Americano*, adoptada por la OEA en año 1996; *la Recomendación n. R (99) 4 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados*, adoptada el 23 de febrero de 1999; *la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*, aprobada por la OEA en el año 1999; *la Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, de 18 diciembre de 2000; *la Opinión n. 190/2002 de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) sobre el Código de Buenas Prácticas en Asuntos Electorales*; *la Recomendación R (2006) 5 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de los derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*, adoptada el 5 de abril de 2006; *la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York.
- 2 or lo demás, como sostiene Martínez Pujalte (2013: 87) “es (...) absolutamente infrecuente que la autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (...) se incluya disposición alguna sobre el derecho de sufragio, máxime cuando tal medida se aplica normalmente a personas que han sido objeto –o van a serlo, pues lo promoverá el Ministerio Fiscal– de un proceso de modificación de la capacidad”.
- 3 Junto a estos preceptos, ténganse en cuenta los artículos 72, 73, 87, 91 y 93 que ofrecen medidas para favorecer el voto de las personas especialmente vulnerables.
- 4 *Vid.* artículos 31 y 41.
- 5 Si bien es cierto que algunas discapacidades restringen enormemente el autogobierno, el proceso de incapacitación es exclusivamente en el propio interés de la persona con discapacidad y, por lo tanto, en el mismo se adoptan las medidas más favorables en su interés.
- 6 En el primer sentido, declarando ausencia de motivación, *vid.* la SAP de Barcelona n. 742/2014, de 10 de noviembre; la SAP de Barcelona 165/2015, de 5 de marzo; la SAP de Barcelona n. 194/2015, de 18 de marzo, la STS n. 341/2014, de 1 junio; la STS n. 373/2016, de 3 de junio. Por el contrario, otros fallos mantienen la privación del derecho de sufragio con un escaso razonamiento, como es el caso de la SAP de Zaragoza n. 569/2010, de 30 de septiembre.
- 7 Al respecto, señala Ganzenmuller Roig (2010: 18), tomando como referencia la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n. 15 de Las Palmas de Gran Canaria de 27/04/2010 dictada en autos de incapacitación n. 678/08, que sólo en los casos en que se acredite en el marco de un proceso judicial una especial incapacitación de la persona para elegir una opción o manifestar su voluntad sobre las ofertas electorales (teniendo en cuenta la formación cultural de la persona) se restringirá el derecho de sufragio.
- 8 **Artículo 29. Participación en la vida política y pública:**
Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:
a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas...
- 9 Esta medida podría tener detractores, a la vista de lo expuesto en el antecedente 10 a) y FJ 5.º de la STC n. 12/2008, de 29 de enero.

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 Estudios Internacionales

Universidad 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, esta 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 La relación entre Al Qaeda y Daesh: convergencia y fragmentación. 2.1 El origen de Al Qaeda. 2.2 El origen de Daesh y su vinculación con Al Qaeda. 2.3 El surgimiento de Al Nusra. 2.4 El secuestro de la revolución siria. 3 Similitudes y diferencias en medios y objetivos. 4 Conclusiones. 5 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

El impacto de la globalización en la tecnología y la inmediatez que lleva consigo nos obligan a replantearnos ciertos conceptos. Estos son asumidos con convicción a pesar de la existencia de un debate sin fin en torno a ellos. Este efecto no es solamente material, sino también psicológico. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el aliento de posturas impulsadas por la autodestrucción y la violencia, que en ocasiones son justificadas basándose en la religión o en el retorno al pasado. Si combinamos ambas, obtenemos una explicación razonable del origen de nuevos actores internacionales. De estos mismos hasta ahora solo conocíamos su versión precedente; no obstante, sus características se muestran obsoletas ante el contexto posmoderno de nuestra actual perspectiva.

Ciertamente “uno de los efectos inesperados de la Primavera Árabe fue el rebrote del movimiento yihadista transnacional, que atravesaba horas bajas tras las campañas contra Al Qaeda desatadas por los Estados Unidos después de los atentados del 11 de septiembre de 2011”¹. El caso más llamativo es el de Siria, donde la revolución iniciada en marzo de 2011 derivó en un conflicto sectario y en la aparición de grupos salafistas-yihadistas como el antiguo Frente Al Nusra (filial siria de Al Qaeda) o Daesh.

El objetivo de este artículo es realizar una revisión del origen y evolución de cada organización mencionada. También tiene como fin señalar la similitud entre sus objetivos y la diferencia de los medios utilizados para su consecución. Asimismo, se presenta una contextualización del inicio del conflicto sirio y, posteriormente, se indican los factores que facilitaron la consolidación de ambos grupos. Es erróneo afirmar que los dos surgieron dentro del conflicto sirio; más bien, el contexto propició su escisión. Además, la dinámica y la complejidad de la contienda los impulsó a evolucionar hacia una forma alternativa al “yihadismo global”² como hasta ahora lo entendíamos.

Para la realización de este artículo me he basado tanto en la revisión de fuentes bibliográficas (libros, documentos de trabajo e informes) como en mis publicaciones anteriores centradas en la transformación administrativa y social de la ciudad de Al Raqa, erróneamente conocida como la capital del Estado Islámico³.

2 LA RELACIÓN ENTRE AL QAEDA Y DAESH: CONVERGENCIA Y FRAGMENTACIÓN

2.1 El origen de Al Qaeda

Antes del comienzo de la guerra en Siria, hablar de yihad global y terrorismo yihadista era sinónimo de hablar de Al Qaeda. No obstante, el conflicto desarrolló un escenario diverso en cuanto a insurgencia yihadista, terminando así con la hegemonía de la organización que durante décadas se proclamó como la “multinacional del terrorismo”.

Este calificativo se debe a que, para hablar de Al Qaeda, debemos diferenciar dos dimensiones referentes a su estructura y, por consiguiente, a su ámbito de actuación. En primer lugar,

podemos señalar una primera dimensión superior correspondiente a la organización central en sí y lo que se conoce como Al Qaeda Central (AQC). En segundo lugar, podemos hacer referencia a otra dimensión inferior correspondiente a su estrategia de descentralización. Esta última comprende sus ramas locales operativas en distintos países, como por ejemplo Al Qaeda Península Arábiga (AQPA), Al Qaeda en el Magreb Islámico (AQMI), Al Qaeda en la Tierra de los dos Ríos (AQTR), que posteriormente se convertiría en Estado Islámico en Irak (EI), luego en Estado Islámico en Irak y Levante (EIL) y finalmente se dividiría en Estado Islámico (Daesh) y la filial de Al Qaeda en Siria, el antiguo Al Nusra. Además de estas ramificaciones, Al Qaeda cuenta con grupos asociados a su matriz, que comparten sus mismas aspiraciones de crear un califato islámico regido por la *sharia*. Como ejemplos de grupos asociados podemos mencionar a Al Shabab en Somalia, Boko Haram en Nigeria (que en 2015 juraría lealtad a Daesh) y el Emirato del Cáucaso o Imerat Kavkaz.

El origen de AQC tiene lugar en 1988. Osama bin Laden, Zawahiri y Abudullah Azzam fundaron esta organización de base yihadista salafista. Dicha ideología es “una variante del salafismo de acuerdo con la cual el concepto religioso de yihad debe ser entendido exclusivamente en su acepción belicosa; justifica moral y utilitariamente la violencia terrorista con el objetivo último de instaurar un califato o suerte de imperio panislámico de orientación fundamentalista”⁴.

A día de hoy, podemos afirmar que los objetivos de Al Qaeda giran en torno a tres ejes fundamentales⁵:

a) Terminar con la presencia de los Estados Unidos en Oriente Medio, dado que desde un principio los EE.UU. se presentaron como el principal enemigo a combatir, puesto que representan la visión impura y pecadora de la sociedad occidental. Además, su presencia militar tanto en la península Arábiga como en Afganistán e Irak es interpretada como una injerencia externa en la región. Se deduce que su fin es saquear el patrimonio y perseguir y aniquilar a los musulmanes directamente o a través del apoyo a países represivos con los musulmanes, como puede ser por ejemplo Israel.

b) Por ello, Israel es otro enemigo a abatir para Al Qaeda, dado que representa la ocupación colonial de Occidente y la apropiación ilegal de la tierra legítima de los musulmanes. Así pues, Al Qaeda aboga por una retórica antisemita y por la destrucción total del Estado judío.

c) Del mismo modo que los anteriores objetivos forman parte de un propósito general que es “la lucha contra el enemigo lejano”, dentro de la agenda de Al Qaeda se incluye también el objetivo de luchar contra el “enemigo cercano”. Este tipo de enemigo engloba a “los falsos musulmanes, los chiíes y aquellos suníes que apoyaban o toleraban los regímenes opresivos contra el islam por ser apóstatas”⁶. En este objetivo se ha hecho mayor hincapié a partir de la descentralización de Al Qaeda llevada a cabo después de los atentados del 11-S. De esta forma, las franquicias regionales cobrarían mayor importancia. Dado el “acoso al que estaba sometida la matriz central, aumentó en las cada vez más descentralizadas organizaciones regionales el interés por los objetivos próximos, quedando la retórica de los ataques a Occidente como responsabilidad de la dirección central”⁷.

2.2 El origen de Daesh y su vinculación con Al Qaeda

Lo que conocemos hoy por Estado Islámico o Daesh⁸ es el resultado de un proceso iniciado a finales de la década de los noventa y cuyo impulsor es el jordano Abu Musab Al Zarqawi. En 1989 Zarqawi había entablado sus primeros contactos con la cúpula de Al Qaeda en Afganistán.

Posteriormente, fue enviado a Europa y desde allí estableció las células de Al Tawhid. Zarqawi estaría cinco años en prisión por su actividad vinculada al terrorismo para después, en el año 1999, viajar de nuevo a Afganistán con el fin de reencontrarse con Osama bin Laden. Con desconfianza y recelo, Osama bin Laden le suministró apoyo financiero y logístico para que el grupo de Jund Al Sham, a cargo del propio Al Zarqawi, comenzara su actividad. Meses después de establecerse, el grupo cambió su nombre a Yamaat Al Tawhid Wal Yihad, pero continuaba recibiendo entrenamiento militar y utilizando instalaciones de Al Qaeda en Afganistán.

Siguiendo la biografía escrita por el yihadista Sayf Al Adal "Al Zarqawi trató de construir desde el principio una pequeña sociedad, una comunidad política que –según relata Al Adal– Al Zarqawi pretendía trasplantar a Oriente Medio y en concreto a Irak"⁹. Así pues, tras los atentados del 11-S, Al Zarqawi se trasladó a Irak, concretamente a una provincia del Kurdistán iraquí denominada Sulaymaniya. Una vez comenzada la guerra en Irak, Zarqawi empezó a ocupar un espacio dentro del movimiento insurgente iraquí cometiendo varios atentados. Es en 2004 cuando el jordano decide jurarle fidelidad a Osama bin Laden. La adhesión formal de Tawhid Wal Yihad a Al Qaeda no supuso más que un acuerdo por necesidad y oportunismo. Por un lado "Al Qaeda quería tener presencia en Irak y Al Zarqawi deseaba atraer voluntarios y financiación, adoptando la marca más valorada por aquel entonces en los entornos islamistas radicales"¹⁰. Ya consolidado como Al Qaeda en Irak (AQI) –y tras cometer varios ataques sangrientos, entre ellos el ataque a la embajada jordana en Bagdad o el atentado contra la mezquita chií Imán Ali en Nayaf¹¹–, recibió varios mensajes de parte de AQC instándole a que frenara el nivel exagerado de violencia perpetrada contra la población local.

Haciendo caso omiso a las advertencias de la cúpula, en 2006 AQI consiguió formar, junto a otros cinco grupos insurgentes, el Consejo de la Shura de los Muyahidín. Lo hacía después de que la organización intuyera la pérdida de confianza de la población suní que estaba dispuesta –según el resultado del referéndum constitucional celebrado el 15 de octubre de 2005– a llegar a un acuerdo con la mayoría chií. Tras ser eliminado Zarqawi el 8 de junio de 2006¹² en una operación norteamericana al norte de Bagdad, el Consejo de la Shura de los Muyahidín comenzó a diseñar el proyecto de crear un supuesto Estado Islámico.

Por ello, lejos de pensar que lo que conocemos hoy por Daesh es un producto espontáneo y reciente, gestado y consolidado en la guerra de Siria, debemos tener presente que su creación se remonta al año 2006 en Irak. Según J. Jordán¹³, AQI, convertido en EII y liderado por Abu Omar Baghdadi, continuaría sin cosechar éxito por dos razones principales. En primer lugar, por la desconfianza que creaba el carácter foráneo de los combatientes, quienes procedían de distintos países, en especial de Arabia Saudí, para servir a la organización. En segundo lugar, por el fanatismo, la violencia y la imposición de normas basadas en una interpretación interesada del Corán que imposibilitaba la vida cotidiana de los iraquíes.

La situación del EII se mantuvo crítica en los años 2009 y 2010, perdiendo de nuevo a su líder. Este fue remplazado por Abu Bakr Al Baghdadi, quien logró el resurgir de la organización entre 2011 y 2013 gracias a varios factores. El primero de ellos es que el EII poseía la capacidad financiera de atraer a combatientes a cambio de una alta remuneración económica y, además, se servía del descontento ciudadano y de grupos armados hacia la mala gestión del gobierno de Maliki. En segundo lugar, fue la campaña intensiva de atentados y de asaltos a las prisiones que se habían convertido en un caldo de cultivo de radicalización. Las prisiones más conocidas (Abu Ghraib y Camp Bucca) acogieron entre sus rejas al actual líder de Daesh, el autoproclama-

do califa Abu Bakr Al Baghdadi, a su número dos Abu Muslim Al Turkmani¹⁴ y a Haji Bakr. No obstante, no deja de ser curioso que los puestos de relevancia dentro de la organización fueran ocupados no solo por exprisioneros radicales, sino también por exoficiales de Saddam Hussein que se radicalizaron en las propias prisiones al entrar en contacto con los primeros.

Pero ¿qué beneficios mutuos ofrecía dicho contacto? Básicamente un intercambio de conocimientos y fortalezas. Por una parte “los yihadistas aprendieron de los exbaazistas habilidades de organización y disciplina militar. Y estos, por su parte, encontraron un propósito en los militantes islamistas”¹⁵. Por último, el EIi había mejorado su coordinación y sus tácticas de ataque, que combinaban técnicas de guerrilla con sofisticadas estrategias militares y, por supuesto, ataques suicidas.

2.3 El surgimiento de Al Nusra

La ausencia de Al Qaeda en Siria hasta 2012 es un aspecto interesante a destacar y revela en buena medida las dinámicas internas y la evolución de medios y objetivos del grupo. En un inicio, la antigua filial de Al Qaeda en Siria tomó el nombre de Jabhat Al Nusra li Ahl Al Sham. En su origen, en el año 2011, el grupo pretendía ser una simple expedición enviada por Baghdadi para explorar la situación en el país vecino. Dicha expedición estaba encabezada por Abu Muhamad Al Julani, quien, al detectar factores favorables al asentamiento del grupo, consiguió que otras formaciones yihadistas locales emergentes y otros como Khorasaan formaran parte del Frente de Al Nusra¹⁶ y, de esta forma, ocupar un lugar en las fuerzas opositoras al régimen de Asad en Siria. El grupo declaró oficialmente su existencia en el año 2012, y en ese mismo año “se expandieron sus operaciones en 11 de las 13 provincias de Siria, incluidas partes de Aleppo, Al Raqa, Deir el Zour, Daraa e Idlib”¹⁷.

En abril de 2013 y mediante un acto unilateral, Al Baghdadi proclamó la pertenencia de Al Nusra a su organización, que ahora poseía el nombre de Dawla Islamiya fi Al Iraq wa Al Sham¹⁸, es decir, Estado Islámico en Irak y Levante. Por su parte, Al Julani se opuso tajantemente a esta unión, teniendo que resolverse el conflicto con la intervención de Ayma Zawahirin, al señalar que cada grupo debería actuar en un territorio (Al Nusra en Siria, y Estado Islámico en Irak y Levante en Irak) y, aunque fueran independientes, deberían mantener una relación de cooperación y asistencia mutua. Al Baghdadi rechazó esta decisión, justificando además que dicha solución legitimaba indirectamente la imposición colonial de fronteras, materializada en el tratado de Sykes Picot en 1916. En definitiva, a día de hoy podemos afirmar que “esta ruptura ha desatado una pugna por la hegemonía en el yihadismo global entre dos organizaciones que comparten en lo fundamental doctrina y fines pero discrepan en tácticas y en estrategia”¹⁹.

Según un expreso de Daesh, el núcleo fundador de lo que hoy se conoce como antiguo Al Nusra en Al Raqa entró en Siria en el año 2012 y se estableció en una aldea que no supera los 100 habitantes, cercana a Tal Abyad, denominada Beir Asheq. Entre este grupo fundador se encontraban Faisal Al-Blo, Abu Ali Sharei, Hadi Al-Akaal, Abu Ali Al Kajwan y Abu Loukman, en la actualidad jefe *de facto* del aparato de seguridad de Daesh en Siria. Aun así, en ese momento fue elegido como emir del grupo, ya que, de acuerdo con la ideología yihadista, todo grupo con características similares que exceda de las tres personas tiene que estar regido por un emir²⁰. Podemos afirmar que, en general, tanto dirigentes como combatientes de Al Nusra suelen ser de nacionalidad siria y que, a diferencia de Daesh, “Al Nusra es un grupo netamente sirio que

lucha contra el régimen y mantiene una estrecha relación con el resto de milicias armadas, en particular con el salafista Ahrar Al Sham, con el que estableció el Ejército de la Conquista²¹.

El 20 de julio de 2016, Al Julani anunciaba públicamente mediante un vídeo²² la separación de Al Nusra de Al Qaeda, aprobada previamente por Ayman Zawahiri, “con el fin de preservar la yihad en el país”. El grupo pasaría a denominarse Jabhat Fateh Al Sham, y obraría de forma (supuestamente) independiente de su matriz. Pero lo cierto es que esto no es más que una estrategia del grupo que consiste “en crear una imagen de ser más moderado en un intento de unificar, galvanizar y apelar a los otros grupos de la oposición en Siria”²³. Aun así, sus objetivos siguen coincidiendo con la agenda de Al Qaeda.

2.4 El secuestro de la revolución siria

La guerra en Siria ha sido un contexto determinante y sin duda favorable para la expansión y consolidación de grupos terroristas como Al Nusra y Daesh. El caos del que ambos grupos se nutren es el resultado de un conflicto internacionalizado cuya dinámica ha dado lugar al surgimiento de múltiples bandos y actores no estatales cuyos intereses y objetivos son inflexibles entre sí, lo cual dota de una mayor complejidad al conflicto y dificulta su solución.

Hasta el año 2012, en la dictadura de Hafez Al Asad, posteriormente heredada por su hijo Bashar Al Asad en el año 2000, no existían grupos terroristas iguales a los que hoy están presentes sobre el terreno, ni tampoco ninguna entidad política que fuera contraria al régimen pública y legalmente, pues la dictadura había eliminado cualquier atisbo de oposición, ya fueran organizaciones o partidos políticos de base ideológica como puede ser el Partido Comunista, o de base religiosa como Los Hermanos Musulmanes, cuya represión y persecución fue feroz, llegando al extremo de perpetrar una masacre en la ciudad de Hama en el año 1982, con la excusa de terminar con una supuesta rebelión organizada por los Hermanos Musulmanes. Todavía se desconoce a día de hoy el número exacto de víctimas asesinadas a manos de las fuerzas leales del régimen, encabezadas por Rifaat Al Asad, que entraron abriendo fuego en la ciudad y asaltando casas civiles, aunque informes de organizaciones internacionales, entre ellas Amnistía Internacional, las sitúan en una cifra cercana a las 25.000 víctimas²⁴. Por otra parte, tampoco existía ninguna manifestación pública de sectarismo, radicalismo o conflicto religioso en el país al nivel del panorama actual, aunque sí es cierto que existían grupos desde 1979 como la Vanguardia Combatiente, “un grupúsculo emparentado con los Hermanos Musulmanes, que pretendía derrocar al régimen baazista, al que tachaba de ‘apóstata’”²⁵.

En lo referente a la sociedad siria, podemos destacar su diversidad religiosa. El 74%²⁶ está conformada por musulmanes suníes, mientras que musulmanes chiíes, alauíes e ismaelíes representan un 13%. Por su parte, los cristianos conforman el 10% y los drusos un 3%. Cabe destacar que, por su naturaleza sociológica, la sociedad siria no se regía estrictamente basándose en la religión en sus relaciones sociales, sino en cuanto a normas impuestas por “una marcada segmentación tribal de tipo patriarcal, donde las lealtades están atadas a una descendencia común y donde familia, clan, tribu y pacto de honor se interrelacionan con fuertes motivaciones y condiciones de comportamiento”²⁷. Además de esto, cabe recordar la estimación del FMI del crecimiento del PIB en 2010 del 3,9%, lo que supone un 6%, por debajo del porcentaje alcanzado en 2008, y su caída en 2011 entre un 15% y un 20%, hasta los 64.700 millones de dólares²⁸.

Además, los únicos datos oficiales disponibles sobre la cantidad de personas que vivían bajo el umbral de la pobreza se remontan al año 2006, que apuntan que el 11,9% de los habitantes

sirios vivían en tales condiciones. En definitiva, “el crecimiento poblacional anual está estimado en un 2,5-3%, uno de los más altos de la región”. En otras palabras, “la economía siria no se corresponde con el crecimiento de la población, especialmente en el número de solicitantes de empleo que se introducen en el mercado cada año”²⁹.

Los aspectos mencionados anteriormente son importantes, dado que apuntan a que, además de poseer una limitación en cuanto a libertad política, y de enfrentarse a una violación sistemática de derechos humanos y democráticos, la población siria atravesaba unas dificultades económicas reflejadas en los datos anteriormente expuestos. Se puede deducir entonces que el inicio de la revolución iniciada en marzo de 2011 no tenía un objetivo religioso, sino sublevarse ante la limitación política, protestar ante la corrupción y exigir una mejora en las políticas económicas.

Lo que debemos plantearnos a continuación es qué llevó al conflicto sirio a adquirir connotaciones religiosas y a atraer la inclusión de organizaciones yihadistas dentro de él. Como había acontecido en Irak, la guerra sectaria llegaría para “distraer a los combatientes del objetivo real. La aparición de grupúsculos extremistas extranjeros, huérfanos de yihad, en permanente búsqueda de terrenos propicios a donde llevar su extremismo y hacerse fuertes mediante el crimen disfrazado de actitud religiosa, se definía como el siguiente paso”³⁰.

Existen varios factores que ayudaron a que el nihilismo islámico en Siria experimentara un auge y que, por lo tanto, grupos como Al Nusra o Daesh se expandieran y consolidaran en el territorio. En primer lugar, la intensa violencia ejercida por las fuerzas de seguridad de Bashar Al Asad contra el levantamiento popular; en segundo lugar, la ausencia de apoyo exterior a la revolución siria o de protección contra esta violencia extrema, y en último lugar el fracaso de la oposición siria de presentar una visión colectiva y un proyecto consistente³¹. Esto se vio reflejado en la incapacidad de administrar eficazmente las zonas recién liberadas del régimen, en ocasiones con la colaboración de Al Nusra o Ahrar Al Sham. El vacío de poder generado en estos territorios, junto a los conflictos ideológicos entre los grupos para administrarlos y el aumento de las demandas básicas de la población que se encontraba desprotegida a causa de la guerra, hicieron que esta le diera una oportunidad a las facciones islamistas como garantes de la ley y el orden.

3 SIMILITUDES Y DIFERENCIAS EN MEDIOS Y OBJETIVOS

Una vez asentado en Siria, Al Nusra comenzó a reclutar combatientes locales. Al Baghdadi proclamó el 29 de junio de 2014 la creación del califato, es decir, recuperar “el primer sistema de gobierno establecido por el islam, siendo la unión de toda la comunidad en torno a un líder, denominado califa y que se regía bajo la ley islámica, la *sharia*”³². El acto en sí significaba una legitimación impuesta en torno a la figura del denominado “califa Ibrahim” y, en consecuencia, motivar ideológicamente a futuros reclutas. Además, el grupo cambiaría la denominación de Estado Islámico de Irak y Levante por la de Estado Islámico. El simbolismo que posee este cambio de nombre reside en que, a diferencia de marcar unos límites territoriales a la acción del grupo (Irak y Siria), ahora las acciones del grupo poseerían oficialmente una connotación global que implicaba la expansión de la ideología y los fines del grupo, por ello “*Baqiya wa ya tamadda*”, que significa “Permanecer y expandirse”, se ha convertido en el lema de la organización.

Daesh supera al Antiguo Frente Al Nusra y actual Fateh Al Sham en varios aspectos. El primero de ellos es en la movilización y capacidad de atraer a combatientes de distintas zonas del mundo, bien europeos, del Norte de África, península Arábiga, Cáucaso o Asia Central. Mientras que la cúpula de Al Qaeda siempre estuvo formada por líderes de distintas nacionalidades, plasmando de esta forma la identidad transnacional de la organización, la cúpula de Daesh está formada en buena medida por exoficiales baazistas iraquíes que sufrieron un proceso de radicalización en las cárceles.

La idea se invierte en lo referente a las nacionalidades de sus combatientes. Mientras la antigua filial de Al Qaeda en Siria acogió desde su inicio a sirios que desertaban de otras facciones opositoras atraídos por su discurso radical, los combatientes de Daesh poseen distintas nacionalidades, ya sea cualquiera europea, magrebí, tunecina, saudí, chechena o uzbeka. Sin embargo, Daesh ha logrado poco a poco que nacionales sirios también compongan sus filas, sobre todo después de forjar alianzas con algunas tribus locales en las provincias de Al Raqa, Al Hasakah y Dayr Al Zor.

La capacidad de atraer a combatientes extranjeros se debe a dos factores. Por un lado, al efecto del discurso apocalíptico propio de Daesh, que promete venganza y justicia a todos los musulmanes humillados y, sobre todo, a la promesa de pertenecer a una comunidad donde a estos individuos se les valore y se les reconozca como héroes. Por supuesto, este discurso está estudiadamente construido y eficazmente difundido desde el "Cibercalifato", el grupo de Internet, redes sociales, comunicación y *marketing* de Daesh. Por otro lado, se debe a la capacidad económica que demuestra el grupo al suministrar sueldos a los combatientes que oscilan entre los 400 y 600 dólares³³ al mes, además de un plus por cada esposa y cada hijo. Entre 2014 y 2015 combatientes extranjeros llegaron a alcanzar el sueldo de 1.500 dólares³⁴. Por este segundo factor en concreto, en 2013 algunos combatientes de Al Nusra admiten haber cambiado de bando y empezar a luchar en las filas de Daesh³⁵. Aun así, el grupo ha reducido el salario de sus combatientes hasta el 50% en el último período, debido a la campaña de bombardeos dirigidos por la Coalición Internacional a sus instalaciones y por el debilitamiento de sus finanzas³⁶.

Sobre la visión político-religiosa de Daesh, lo cierto es que no aporta novedad alguna a la ya desarrollada por Al Qaeda, salvo en su esencia takfiri, basada en la legitimación del uso de la violencia extrema contra los propios musulmanes suníes. Ambas organizaciones tienen como fin establecer un califato regido por la *sharia* y posteriormente librar la batalla contra infieles y preparar el mundo para "*Youm Al Kyama*", es decir, el día del juicio final. La diferencia radica en el mensaje que expresa Daesh, construido en torno a la necesidad de añadir control territorial al control religioso³⁷. Este dominio físico y su capacidad administrativa es la gran brecha que separa una organización de la otra: mientras que en Siria la antigua filial de Al Qaeda controla pequeños enclaves situados en Idlib, sur de Daraa y pequeñas aldeas situadas entre Hama y Homs, Daesh llegó a controlar, en el año 2016, 40.000 km cuadrados³⁸ comprendidos entre Siria e Irak, donde habitan 8 millones de civiles.

No obstante, cierto es que en estos últimos meses Daesh ha perdido 18.000 km cuadrados³⁹ del total que controlaba el año anterior. Por ello, ante la capacidad de controlar un territorio, el grupo de Al Baghdadi pretende demostrar que ha sido capaz de llevar a cabo su proyecto de Estado, e invierte su mayor esfuerzo en reflejarlo en su propaganda. A diferencia del antiguo Frente Al Nusra, cuya coordinación y gestión territorial es deficiente, Daesh ha desarrollado un modelo de gobierno estructurado, organizado y planificado desde el año 2006, pues así lo re-

fleja su documento publicado ese mismo año con el título “Informaciones para las gentes sobre el Estado Islámico”⁴⁰.

La estructura de Daesh está conformada por dos niveles: central y local. La estructura de poder central la compone el califa Al Baghdadi, que cuenta con tres órganos consultivos: el Consejo de la Shura, el Consejo de la Sharia y el Gabinete, compuesto por los líderes de cada consejo (Dirección General, Seguridad, Finanzas, Coordinación Provincial y Transportes, Militar, Nuevos Combatientes, Educación, Liderazgo, Económico, Consejos de Servicios Sociales, etc.)⁴¹. Para facilitar su gestión, Daesh ha dividido su territorio en 19 *wilayat*⁴². Estas se han incorporado a su control bien a causa de su expansión, o bien recibiendo el juramento de lealtad, denominado *baya*, por parte de otros movimientos yihadistas, como puede ser “la provincia de Sinaí”. Así pues, “en cada *wilayat* se reproduce el mismo esquema de liderazgo estratégico, dirigido por un *wali* (gobernador). A su vez, la estructura se repite a nivel micro en los distritos locales, que tienen como nombre *qitahaat*; cada municipio está administrado por un comandante militar, un líder de seguridad y un emir, todos ellos supeditados a las órdenes del *wali*”⁴³.

Además, sigue su estrategia de recuperar nombres, términos y conceptos de la era dorada del islam con el fin de autolegitimarse. Por ejemplo, para la gestión local de cada provincia, Daesh ha reestablecido lo que se conoce por *dawawin* (plural de *diwan*), una suerte de oficinas locales gubernamentales heredadas de los antiguos califatos. Su actual cometido es estar al cargo del plan administrativo y de controlar a la población, con el fin de asegurar el supuesto “proyecto de Estado” e implementar las normas provenientes de la organización central.

No obstante, estas oficinas están lejos de velar por el bien de los ciudadanos y cubrir sus necesidades. Más bien, muestran estar orientadas al expolio de la población, mediante impuestos como el *zakat* o *jizya*⁴⁴ o multas impuestas por no cumplir con las normas del grupo, siempre con una justificación religiosa y con el fin de alimentar sus arcas. Una de las oficinas que más hincapié hace en este expolio continuo es Al Hisba, también conocida como Policía de la Moral, cuya función es la vigilancia y el control de la población.

En definitiva, el conflicto sirio ha impulsado una transformación en el “yihadismo global”. Por una parte, este movimiento sigue siendo la raíz de ambos grupos salafistas yihadistas. El concepto de “yihadismo global” se utiliza más bien en la propaganda –en especial en la de Daesh– con el fin de sembrar el terror, la amenaza en Occidente y continuar alimentando la narrativa destructiva contra “los cruzados”. Sin embargo, en la práctica y sobre el terreno, la dimensión global pasa a segundo plano y cobran mayor importancia las necesidades locales. Estas son reflejadas en la conquista territorial y el proceso de desarrollar instituciones para su gestión, así como para la autofinanciación del grupo mediante actividades ilícitas y el expolio a la población.

4 CONCLUSIONES

Hemos visto cómo el germen de lo que hoy conocemos por Daesh tiene lugar en los años noventa y tiene como impulsor a Zarqawi. Sus alianzas con la cúpula de Al Qaeda le permitió establecerse en Irak, donde estaría a cargo de la célula local de Al Qaeda, es decir, AQI. El grupo sufriría diversas transformaciones hasta llegar a ser Estado Islámico de Irak y Levante. En 2013 es cuando tiene lugar la separación de Al Nusra como grupo independiente del Estado Islámico, aunque permanecerá vinculado a Al Qaeda, convirtiéndose en su filial siria.

Aunque la raíz de estos dos grupos no haya tenido lugar en Siria, lo cierto es que el conflicto en el país alimentó su consolidación y, en cierta forma, también provocó su escisión. El caos sembrado a causa de la violenta respuesta del régimen sirio favoreció la inseguridad y la inestabilidad de las zonas que se habían sublevado. Algunas de estas fueron liberadas de las fuerzas del régimen, pero la carencia de bienes y servicios, junto al vacío de poder existente, supusieron unos factores de atracción favorables a estos grupos yihadistas, que tiñeron el conflicto de radicalismo y religiosidad, cuando en su origen la causa del conflicto es política y económica.

El conflicto sirio supuso una redefinición del concepto de “yihadismo global” como hasta ahora lo entendíamos. En lugar de tener un objetivo global, el nuevo yihadismo se presenta más pragmático y atiende en mayor medida –sin dejar de lado el contenido de su discurso propagandístico– a necesidades locales sobre el terreno. En su agenda actual es prioritaria la conquista territorial y la expansión con el fin de establecer su particular gobierno. Algo que suponía una aspiración para Al Qaeda en las anteriores décadas, lo ha alcanzado Daesh en estos últimos 3 años.

Por ello, además, el conflicto en Siria ha evidenciado dos cosas. Por una parte, la pérdida de poder de Al Qaeda, debido a la deficiencia en su coordinación e implementación de su estrategia antioccidental. Por otra parte, el auge de otras formas alternativas de organización terrorista como Daesh, que aspiran a convertirse en Estado. Mientras grupos como Al Nusra “se centran principalmente en atacar de forma constante a los infieles, Daesh se esfuerza principalmente en actuar como un Estado y en que se le considere como tal”⁴⁵. Por esta razón “Daesh busca cumplir los requisitos de un Estado moderno: territorialidad, soberanía, legitimidad y burocracia”⁴⁶. Es así como Daesh se compromete a asegurar orden y seguridad en zonas destruidas por la guerra y donde impera el caos y la falta de seguridad y de bienes, mediante una estrategia que combina la violencia con la supuesta prestación de servicios sociales.

Además, para llevar a cabo su proyecto, Daesh ha puesto en marcha un modelo económico subordinado a otro de gobierno, cuyas fuentes de financiación derivan de actividades ilícitas desarrolladas en el terreno que controla y también de sus propios departamentos ministeriales que se dedican a extorsionar y expoliar a la población local.

5 BIBLIOGRAFÍA

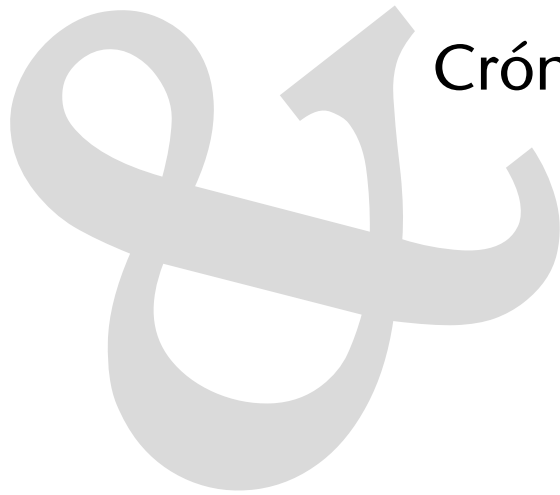
- ABC 2015. «Camp Bucca, la prisión estadounidense donde nació el Estado Islámico», *ABC*. <http://www.abc.es/internacional/20150426/abci-camp-bucca-universidad-estado-201504232109.html> (25-01-2017).
- Al-Hussen Villa, N. 2016. *Acción y Método de Daesh (2013-2016)*. Trabajo fin de máster (USC). <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/15138> (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. y 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/DIEEEA28-2015_Evolucion_Yihadismo_IFC.pdf (08-01-2017).

- Gil, J., Lorca, A. y 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_faccions%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).
- Manciullii, 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%BFfinal-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_ExpansMundial_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 Angió, 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_Saverio_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 La presentación del término tuvo lugar en 1988, mediante una carta de Osama bin Laden publicada en el medio *Al Quds Al Arabi*, donde se hacía pública la creación del Frente Islámico Mundial contra los Judíos y los Cruzados. Acompañado de una fetua, los documentos instaban a todo musulmán a la lucha violenta contra los norteamericanos y sus aliados.

- 3 Un ejemplo de ello es *Acción y Método de Daesh en Raqqa* (2013-2016). Se trata de mi trabajo fin de máster, y fue dirigido por el Dr. Rafael García Pérez. El trabajo fue premiado con matrícula de honor y, por consiguiente, publicado en el repositorio institucional de Minerva. Se puede acceder a su contenido íntegro en el siguiente 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 En este artículo se utilizará la denominación de "Daesh", acrónimo de 'Al-dawla al-islâmiyya fi l-'Irâq wa l-shâm', es decir, Estado Islámico de Irak y Levante. Daesh rechaza esta denominación y castiga a quien la utiliza, dado que se usa para deslegitimar su estructura de Estado y autoridad, y además en árabe su pronunciación suena a una palabra que significa "algo a lo que aplastar".
- 9 Jordán, 2015: 109-147.
- 10 *Ibidem*: 113.
- 11 Tucker, 2015: 66.
- 12 Burns, 2006.
- 13 Jordán, 2015: 115.
- 14 Segundo líder de Daesh, fue abatido el 18 de agosto de 2015.
- 15 ABC, 2015.
- 16 Kolch, 2016: 100.
- 17 Para más información: <http://web.stanford.edu/group/mappingmilitants/cgi-bin/groups/view/493>.
- 18 Manciuilli, 2015: 4.
- 19 Reinares, 2015: 100.
- 20 Entrevista realizada el 08-04-2016.
- 21 Álvarez- Ossorio, 2016: 100.
- 22 Puede consultarse el video de la 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 Según la CIA, para más datos visitar el siguiente enlace: <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 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 Término equivalente a provincia.
- 43 Al-Hussen Villa, 2016.
- 44 Impuesto especial que tienen que pagar las minorías religiosas que decidan quedarse a vivir en los 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

Doctor en Derecho

Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España)

ricardo.pazos@usc.es

Recibido: 22/05/2017 | Aceptado: 30/05/2017

El sector bancario es uno de los ámbitos en los cuales las controversias jurídicas han adquirido una mayor notoriedad en los últimos tiempos, especialmente debido a las cláusulas “suelo”, un término ya de uso habitual entre los ciudadanos. Precisamente, este tipo de cláusulas fueron objeto de unas jornadas que, bajo el título “La cláusula suelo: transparencia, abusividad y recuperación de cantidades”, se celebraron los pasados 16 y 23 de febrero de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Su organización corrió a cargo del grupo de investigación De Conflictu Legum, siendo la directora de las jornadas la profesora doctora de derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela, y actualmente vicedecana de Calidad e Infraestructuras de la Facultad de Derecho, D.^a Marta Otero Crespo.

La inauguración tuvo lugar con las intervenciones de la vicerrectora de Investigación e Innovación de la Universidad de Santiago de Compostela, D.^a Isabel Rodríguez-Moldes Rey; del director del grupo de investigación De Conflictu Legum, D. Santiago Álvarez González; del decano de la Facultad de Derecho, D. Gumersindo Guinarte Cabada; y de la directora de las jornadas, D.^a Marta Otero Crespo. La presentación sirvió para dejar constancia del compromiso de la universidad con la sociedad, reflejado en la voluntad de estudiar los problemas jurídicos que más les preocupan a los ciudadanos, con el objetivo de ofrecer el conocimiento necesario para intentar ponerles remedio de la mejor manera posible.

Ya en relación con el objeto de las jornadas, la primera de las intervenciones fue llevada a cabo por quien escribe estas líneas. La primera parte de la ponencia sirvió para dar una visión general sobre la protección de los consumidores y la problemática de las cláusulas abusivas,

mientras que la segunda parte atendió a la controversia relativa a las cláusulas suelo. Se expusieron las exigencias de transparencia establecidas por la jurisprudencia española y europea, así como las notas esenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. Esta resolución declaró contraria al derecho europeo la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que, acordando la nulidad de las cláusulas suelo examinadas basándose en su falta de transparencia, había proclamado que las entidades bancarias no debían reembolsar las cantidades indebidamente percibidas con anterioridad al 9 de mayo de 2013, fecha de la sentencia del Tribunal Supremo que configuró el control de transparencia actualmente aplicable en el derecho español.

La segunda intervención de las jornadas fue realizada por D. Antonio López Díaz, catedrático de derecho financiero y tributario, quien habló de las implicaciones fiscales del Real decreto ley 1/2017, de 20 de enero, aprobado por el Gobierno con la intención de agilizar el proceso de devolución a los consumidores de las cantidades que les hayan sido indebidamente cobradas como consecuencia de la aplicación de cláusulas suelo. La intervención se refirió a la disposición final primera del real decreto ley, que prevé una modificación de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas, que afecta específicamente al tratamiento fiscal de aquellas cantidades.

El profesor López Díaz comentó cómo se articulaba la nueva regulación ante diferentes supuestos prácticos. Entre ellos, la deducción por la adquisición de vivienda habitual de la que disfrutaron algunos consumidores en su momento recibió una atención especial, porque la cuantía de los intereses pagados se tenía en cuenta a la hora de practicar la deducción. El reembolso de parte de esos intereses obliga a revisar la cuantía de la deducción en los ejercicios fiscales no prescritos. Al mismo tiempo, incidió en que las cuantías recuperadas por los consumidores no se integran en la base imponible del impuesto de la renta. Finalmente, explicó cómo funciona el régimen fiscal cuando el reembolso por parte de la entidad bancaria se articula reduciendo el importe del préstamo pendiente de devolución por el cliente.

El primer día de las jornadas continuó con una mesa redonda en la que intervinieron cuatro personas. El notario D. Jaime Romero Costas repasó las posibilidades de los notarios para denegar la inclusión de cláusulas abusivas en los documentos que otorgan, destacando el importante papel que juegan dichos profesionales en materia de información al consumidor. Asimismo, dedicó algunos minutos a las cláusulas que atribuyen al consumidor el pago de ciertos gastos e impuestos, como los aranceles notarial y registral y el impuesto de actos jurídicos documentados.

D.ª M. Salomé Martínez Bouzas, titular del Juzgado de lo Mercantil n. 2 de A Coruña, presentó diferentes datos sobre el número de procesos abiertos actualmente en relación con las cláusulas suelo, las características de tales procesos, y algunas de las cuestiones jurídicas que más frecuentemente aparecen en ellos. También analizó cómo afectaría la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 a los procesos concluidos y, sobre todo, a los que aún están en curso.

D. José Ignacio Canle Fernández, letrado de Abanca, ofreció la perspectiva de las entidades bancarias en materia de la transparencia exigida a las cláusulas suelo. En su opinión, la jurisprudencia española deja muchas dudas en cuanto a la seguridad jurídica. Hay que tener en cuenta que la Orden de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y, posteriormente, la Orden de 2011 sobre la misma cuestión, siempre les han exigido a los notarios advertir al cliente de la existencia de una cláusula suelo, obligación que fue cumplida. El

letrado cuestionó los argumentos que utilizó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 para considerar que las cláusulas analizadas en aquel caso no eran transparentes, y observó que el control de esa transparencia toma en consideración parámetros muy poco precisos.

En la última intervención del primer día, el abogado D. Lisardo Núñez Pardo de Vera reflexionó sobre la necesidad de proteger contra las cláusulas abusivas no sólo a aquellas personas que poseen la condición de consumidoras según la definición legal de este concepto, sino también las pequeñas y medianas empresas y los autónomos, que a menudo se encuentran en una situación de debilidad frente a otros empresarios. A continuación, argumentó que quizás la Ley sobre condiciones generales de la contratación ya permita otorgar esa mayor protección reclamada.

El segundo día de las jornadas comenzó con la ponencia de la catedrática de derecho civil D.^a María Paz García Rubio, quien hizo un análisis completo del Real decreto ley 1/2017. El éxito o fracaso de este texto normativo deberá evaluarse en función de su capacidad para impedir que los juzgados españoles se saturen con reclamaciones relativas a la cláusula suelo tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, pues ese es su objetivo. Por ello la profesora García Rubio rechaza las críticas al real decreto ley por su limitado ámbito de aplicación. El texto se aplica a contratos de préstamo hipotecario que incluyan una cláusula suelo e en los que el prestatario sea un consumidor, que son el tipo de relaciones jurídicas en las que un procedimiento especial puede estar justificado.

Por otro lado, la regulación del real decreto ley puede aplicarse tanto a las controversias que aún no hayan llegado a los juzgados como a aquellas que ya se encuentran en una fase judicial pero no están finalizadas. En el primer caso el procedimiento es obligatorio para el banco si el consumidor desea iniciarlo, mientras que en el segundo caso se requiere el acuerdo de ambas partes. La profesora García Rubio se refirió especialmente a los plazos de prescripción que, una vez cumplidos, permiten al empresario no cumplir con su deber de reembolsar las cantidades cobradas de más como consecuencia de la aplicación de una cláusula suelo. El debate posterior giró en gran parte alrededor de este aspecto, especialmente sobre el momento en el que el plazo de prescripción comienza a correr.

La última sesión de las jornadas consistió en una mesa redonda en la que participaron tres personas. El abogado D. Gaspar Otero Campos reflexionó sobre la jurisprudencia española que limita el control de transparencia a los contratos con consumidores, así como sobre la jurisprudencia que aplica un control similar a los contratos entre profesionales utilizando el principio de buena fe. Respecto de esta cuestión, se detuvo a analizar la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016.

D. Roberto de la Cruz Álvarez, titular del Juzgado de Primera Instancia n. 3 de Vigo, trató tanto cuestiones substantivas como de tipo procesal. Entre las primeras, es necesario señalar la diferencia entre cláusula “abusiva” y cláusula “no transparente”. La primera genera un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, mientras que la segunda es una cláusula cuyas consecuencias económicas potenciales no han ido debidamente explicadas. Entre las cuestiones procesales se encontraron los juzgados competentes para conocer de las reclamaciones de restitución de las cantidades indebidamente cobradas por el empresario, el tipo de juicio que corresponde, los legitimados para presentar una demanda relativa a las cláusulas suelo, o quien debe ser demandado.

Finalmente, en la última ponencia, el abogado D. Jesús Garriga Domínguez argumentó por qué, en su opinión, un préstamo con un tipo de interés variable y una cláusula suelo constituye un instrumento financiero derivado. La cláusula sirve como instrumento de cobertura del riesgo asociado al comportamiento del tipo de interés. La consecuencia es que, según el ponente, a este tipo de contratos les es de aplicación la Ley del mercado de valores, lo que incrementa las obligaciones que deben respetar las entidades de crédito.

Las jornadas fueron clausuradas tras esta última intervención, destacando las palabras de la directora del evento, D.^a Marta Otero Crespo. La misma agradeció la calurosa acogida que tuvieron las jornadas, las cuales contaron con una nutrida asistencia y permitieron discusiones jurídicas muy enriquecedoras, combinando los puntos de vista académico y práctico para una mejor comprensión de los desafíos que presentan las cláusulas suelo.



Recensiones

La corrupción administrativa: causas, prevención y remedios

La corruzione amministrativa: cause,
prevenzione e rimedi

Administrative Corruption: Causes,
Prevention and Remedies



MERLONI, F. Y VANDELLI, L. (COORDS.)

Florenca, Passigi Editori, 2010

Recibido: 21/03/2017 | Aceptado: 30/05/2017

El libro que presentamos en esta recensión es todo un portento del análisis jurídico de la corrupción administrativa. Los profesores Merloni y Vandelli, con su habitual finura y su probadísima solvencia académica, abordan el tema en todas sus facetas: políticas, jurídicas, económicas y metodológicas. Reuniendo a un equipo de especialistas del mayor reconocimiento en Italia, analizan los vericuetos de la corrupción administrativa en el complejo escenario italiano, abordando incluso los fenómenos más delicados, y singularmente el crimen organizado. Creemos que la obra es de gran interés, en lo que al derecho español respecta, por dos motivos. El primero es la pulcritud de su análisis, que pone la vista en los hechos y en los estudios estadísticos que existen al respecto del fenómeno de la corrupción, pero también incorpora exámenes completísimos de la normativa italiana vigente y, lo que es más, numerosas propuestas *de lege ferenda*. En segundo lugar, pone el foco sobre la corrupción en su conjunto, en el marco de un Estado de cultura latina mediterránea fácilmente comparable, como bien es sabido, a la cultura administrativa española, pero que además ha sufrido una corrupción procedente en parte de un tipo de crimen organizado endémico y muy difícil de atajar. Todos estos elementos confluyen para proponer un examen exhaustivo, sugerente y muy valioso en el estudio del derecho comparado, salvando las distancias propias del contexto político. Tampoco será baladí recordar que esta obra colectiva fue elaborada durante el momento álgido de la crisis económica de 2008, elemento este necesario para enfatizar cuánto puede tener este trabajo de modelo doctrinal para otros Estados con problemas similares, que después de la citada crisis, con más razón aún si cabía, han pretendido atajarse. La corrupción pública (administrativa especialmente) es objeto

de propuestas políticas y jurídicas constantes en nuestra vida pública, es en definitiva un asunto de plena actualidad, y de ahí que un estudio tan sólido y bien tramado deba ser tomado como referencia ante la propuesta de tales iniciativas.

La obra se estructura en cinco partes, correspondientes a diferentes ámbitos sistemáticos de la corrupción administrativa y en los que el fenómeno se aborda de forma diferente. En una introducción previa, los citados profesores que coordinan la obra presentan el fenómeno, el concepto y su problemática jurídica básica. Las ideas que exponen serán el *leitmotiv* del trabajo, lo que justifica presentarlas aquí muy brevemente. La corrupción administrativa debe definirse no en los estrictos términos de un tipo penal, sino, tal como se entiende en el lenguaje general, como la degeneración de la oposición entre intereses generales y el interés particular en el ejercicio de los cargos públicos. Desde este punto de vista, los autores convienen en que la corrupción consiste en un paso más allá de la mala administración, es la “patología máxima” de la actuación administrativa, la última derivación de un ejercicio ilegítimo del poder público. Además, la evolución del fenómeno no es precisamente halagüeña: más bien todo lo contrario, es lo que los autores llaman un camino de “ilusiones perdidas”. Por ejemplo, en la dinámica de privatizaciones de empresas públicas común a muchos Estados europeos de los primeros años del siglo XXI, los autores observan cómo, en el caso italiano, muchas de estas operaciones no se han regido por las reglas del libre mercado, sino por los intereses de ciertos grupos de intereses. La corrupción, manchada siempre por el correspondiente y necesario escándalo –al menos en las sociedades libres–, se convierte entonces en una “emergencia moral”. Ahora bien, el término “emergencia” –y esto no es baladí– no designa tanto una situación imprevista o extraordinaria. De hecho, desgraciadamente, el término “emergencia” sirve a veces para frivolar los males públicos, para convencernos de que siempre fueron impredecibles. En realidad suele ser al revés: la corrupción, en la medida en que es un fenómeno desgraciadamente instalado ya en la Administración, es predecible como tal. La emergencia moral se refiere entonces a una situación extremadamente crítica y peligrosa, pero no imprevista: no hay justificación para que la corrupción sorprenda al legislador.

Los diferentes planes anticorrupción, incluido el italiano, tienen como fundamento la Convención de las Naciones Unidas de 2003 contra la corrupción. Sus principios, por tanto, se reconducen al plan de acción de este último: valoración del riesgo de corrupción en las Administraciones públicas, la estructuración de cuerpos de intervención, la formación de funcionarios o las respuestas legislativas al fenómeno. A los planes nacionales les queda una labor de ejecución, de análisis de la información y formulación de propuestas. Esto no debe distraernos de la importancia de la actividad del legislador, que debe examinar el fenómeno de la corrupción administrativa con finura y cómo se manifiesta en su país para poder atajarlo eficazmente. Y no hay que dejar de poner la vista tampoco en la lucha contra la corrupción desde el derecho penal, aunque en este caso la norma internacional de mayor importancia a nivel europeo, el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la corrupción firmado en Estrasburgo en 1999, no debe traducirse necesariamente en la solución más simplista de todas, el aumento de las penas, tal como sucedió en Italia, pues, como recuerdan los autores, criminológicamente esta solución suele tener poco efecto sobre el control de la delincuencia. El trabajo estudia igualmente los esfuerzos del Grupo Astrid, constituido en 2009 y editor de la obra, que funciona como una suerte de grupo de investigación o foro que reúne a profesionales de diferente origen expertos y a representantes políticos en la lucha contra la corrupción. El punto de partida es, como recuerdan

los autores, el daño que la corrupción provoca a las instituciones de la República Italiana; sin el reconocimiento consciente y responsable del propio problema de la corrupción, pocos son los resultados efectivos que van a verse al intentar atajarla.

Hecha esta introducción, la primera parte del trabajo se centra en estudiar el fenómeno y sus causas. El profesor Vannucci estudia la corrupción desde el punto de vista de las ciencias sociales, como marco general que encuadre el intercambio corrupto dentro de la fenomenología de las relaciones sociales. Desde este punto de vista, se concluye que los ámbitos de intervención pública más sensibles a la corrupción son tres: la adquisición de bienes y servicios públicos por parte de sujetos privados, normalmente con un sobreprecio; la asignación de esos mismos bienes a cambio de un sobreprecio deliberadamente bajo; y tercero, la actividad ejecutiva de la Administración, especialmente en las potestades de incidencia patrimonial, como la misma expropiación, casos en los cuales existe un riesgo de que el agente ejercite sus poderes de conformidad con una transacción privada y prohibida con el sujeto ejecutado, desviándose así del interés público, aun cuando no se exceda en el ejercicio de sus potestades. El análisis estadístico (con datos de 2010) es particularmente valioso para demostrar el grave estado de la corrupción en Italia, muy por encima de la media europea (según el propio Eurobarómetro) y al mismo tiempo pone igualmente en tela de juicio la situación de la misma en España, cuyos datos de corrupción son inferiores a los italianos, aunque no muy lejanos de éstos. Sin embargo, son muchos los estudios que se han realizado ya en materia de corrupción, y los datos no resultan tan impactantes, precisamente por estar asumidos. Más importante sería conocer cuáles son los factores de la corrupción sistémica para poder atajarla desde la raíz misma del problema. A esta pregunta formula una respuesta este autor que, por su exhaustividad, merece ser tenida en cuenta. La falta de alternancia política en los puestos de gobierno; el endeudamiento creciente y el aumento desproporcionado de los costes de financiación; los problemas con la independencia judicial; la financiación y el control de la actividad de los partidos políticos; la falta de independencia de los medios de comunicación; la ineficiencia y lentitud procedimental de las administraciones públicas, así como el carácter informal de algunos procedimientos y su falta de control, la arbitrariedad *de facto* en muchos procesos decisorios; la creciente importancia de las decisiones políticas y no técnicas sobre la ordenación de la economía, la inflación normativa y regulatoria (lo que entre nosotros conocemos como la “motorización” de la legislación) que provoca la falta de certeza en la norma aplicable, su interpretación y sus destinatarios, y por ende el aumento de los espacios de discrecionalidad; el gobierno de naturaleza “familiar” de las organizaciones empresariales; el paso descontrolado del sector público al privado; la presencia de grupos de crimen organizado; la falta de confianza de los ciudadanos en el Estado y la carencia del desarrollo de un sentimiento cívico, así como la propia estructura de valores sociales y la cultura política y la debilidad del sentido de Estado son las causas señaladas. La corrupción sistémica aparece cuando los propios servidores públicos se organizan en una red informal pero coordinada, que algunos agentes privados conocen y apoyan económicamente, compartiendo luego los beneficios. Por otro lado, es también interesantísimo el intento que otro de los autores, el profesor Comandini, lleva a cabo para explicar el fenómeno de la corrupción desde la perspectiva del análisis económico del derecho. Aquí su conclusión es clara: la corrupción es eficiente en un sistema excesivamente burocratizado y de reglas injustificadamente rígidas, en el que la corrupción es utilizada como medio para superar esas trabas ilegítimamente. Es incorrecto además, según el autor, plantear la lucha contra la corrupción en términos de concurrencia

económica, y no porque la libre competencia no sea necesaria, al contrario, pero por sí sola no puede atajar la corrupción. El motivo subyacente es que precisamente el problema de la corrupción no se encuentra en los sujetos del mercado, sino en la corrupción burocrática: cuanto mayores son las potestades atribuidas a los funcionarios corruptos mayor será el volumen de ofertas corruptas, y en semejante contexto una mayor competencia sólo significa, desgraciadamente, un aumento de las pujas por acceder a esas ofertas ilegítimas. La parte general continúa con un estudio del profesor Cerulli sobre la ética pública y la disciplina de las funciones administrativas, que aborda uno de los puntos más difíciles del problema, la formación de un sistema de valores contrario a la corrupción que pueda ser compartido por los propios operadores jurídicos y por los empleados públicos; y termina al fin con un análisis sobre los tratados internacionales en la materia y su incorporación al ordenamiento italiano, asunto también de interés para un estudio comparado.

La segunda parte del trabajo examina los instrumentos de prevención de la corrupción. De aquí destacamos tres propuestas: el anclaje constitucional italiano de la lucha contra la corrupción, mediante una nueva lectura de algunos de los preceptos de la norma fundamental italiana; la protección de los *whistleblowers*, figura también de actualidad en el derecho español, y la disciplina del Tribunal de Cuentas italiano, de similar importancia en el control de la contabilidad pública a su homólogo español. Esta segunda parte continúa estudiando también la figura de la imparcialidad del funcionario y de los distintos cargos públicos que pueden verse amenazados por ciertos casos de corrupción, singularmente los jueces y magistrados. Una tercera parte del trabajo examina la dimensión objetiva de la corrupción, y singularmente su control mediante nuevos principios de derecho administrativo (con especial atención a la transparencia), mientras que la cuarta se dedica a estudiar los sectores “candentes”: el urbanismo, los contratos públicos, la sanidad y los servicios públicos. Por último, en una quinta parte el profesor Merloni nos presenta un índice de las propuestas que han sido formuladas a lo largo de toda la obra, reafirmando los argumentos ya expuestos más arriba, y recapitulando las conclusiones de este prolijo estudio.

En definitiva, presentamos en esta reseña una obra básica en el estudio concienzudo de la corrupción en Europa, de una pulcritud metodológica que deja pocos rincones sin explorar, y que además aborda el problema en el contexto de un ordenamiento particularmente sensible a este. Es, en nuestra opinión, una obra de consulta necesaria para todo aquel que aspire a hacer un examen sobre la corrupción administrativa en España, y una obra de referencia para todo el derecho europeo.

Héctor Iglesias Sevillano

Doctorando de Derecho Administrativo

de la Universidad Autónoma de Madrid y de la Universidad de Bolonia (SPISA)

Becario del Real Colegio de España

hector.iglesias@predoc.uam.es

Proceso de selección e avaliación dos orixinais

A selección dos textos responderá a criterios de orixinalidade, novidade, relevancia, rigor e calidade metodolóxica. Os orixinais que non se atean estritamente ás normas de publicación que se indican a continuación serán devoltos aos autores para a súa corrección antes de seren enviados aos avaliadores externos. Unha vez que a Secretaría comprobe o cumprimento das normas de publicación, os responsables da súa autoría recibirán un aviso de recepción dos orixinais remitidos coa indicación da duración aproximada do proceso de avaliación. Os textos serán sometidos á revisión de dous expertos alleos ao equipo editorial (doutores ou outras persoas de recoñecido prestixio) do rexistro de avaliadores da revista, seguindo o sistema para o anonimato de dobre cego. Os responsables da avaliación disporán de quince días para presentaren o resultado do estudo, que poderá ser positivo, positivo con modificacións ou negativo. No caso de que os responsables da avaliación propoñan modificacións de forma motivada na redacción do orixinal, será responsabilidade da revista –unha vez informado o autor– do seguimento do proceso de reelaboración do traballo. O autor disporá de dez días para incorporar as suxestións manifestadas polo equipo avaliador. No suposto de non ser aceptado para a súa edición, o orixinal seralle devolto ao seu autor xunto cos ditames emitidos polos avaliadores. Antes da súa publicación, os autores recibirán por correo electrónico a versión definitiva do artigo para facer as correccións oportunas das probas de imprenta no prazo de dez días (non se aceptarán cambios substanciais, soamente modificacións sobre a versión enviada).

A revista componse de dúas seccións fixas: Artigos e Recensións, crónicas e notas. Os artigos son traballos de investigación de interese científico nas áreas da Ciencia Política, Administración, Socioloxía, Economía e Políticas Públicas. As recensións son comentarios de libros editados preferentemente no ano anterior ao da publicación do correspondente número da revista.

Normas de publicación

- 1 As propostas de colaboración coa revista *Administración & Cidadanía* remitiranse en formato editable como arquivo adxunto nunha mensaxe de correo electrónico ao seguinte enderezo electrónico: ac.egap@xunta.gal.
No correo, o autor/a ou os autores/as deberán indicar que coñecen as normas de publicación, así como que o traballo presentado é un texto orixinal e non está incluído noutro proceso de avaliación.
- 2 Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os dous números anuais. As datas de remisión e aceptación do orixinal figurarán nun lugar visible da revista.
- 3 Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
 - a) Ser inéditos e non estar incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
 - b) Estar redactados en calquera dos seguintes idiomas: galego, español, portugués, francés, italiano ou inglés.
 - c) Conter un mínimo de 30.000 caracteres con espazo e un máximo de 45.000 no caso dos “Artigos”; entre 20.000 e 35.000 caracteres con espazo nas “Notas”; e entre 3.000 e 10.000 caracteres nas “Recensións” e “Crónicas”.
- 4 Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
 - a) Un título descriptivo do contido e a súa tradución ao inglés. Ademais, incorporarse a información de todos os autores do texto (nome, apelidos, profesión ou cargo, o nome da institución de adscrición, o país da institución e o enderezo de correo electrónico).
 - b) Un resumo (dun máximo de 120 palabras) no idioma en que se presenta o texto principal e a súa tradución ao inglés de non ser esta a lingua utilizada para a súa redacción.
 - c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión en inglés, de non ser esta a lingua empregada para a súa redacción.
 - d) Un sumario seguindo a estrutura da CDU (Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

- e) O corpo principal do texto.
- f) A bibliografía.
- g) As táboas, os diagramas e cadros (máximo de 7).
- 5 Os traballos deberán ser coidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
- a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo e medio, con formato de fonte *Times New Roman*, tamaño 12.
- b) As notas figurarán ao final do documento, a un espazo, con formato de fonte *Times New Roman*, tamaño 10, e gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo. As referencias bibliográficas incluíranse en formato abreviado (Exemplo: Peters, 2002:123).
- c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, indicaranse o título e o número do volume ou a parte correspondente), segundo o sistema Harvard.
- LIBRO: Alesina et. al. 1997. *Political Cycles and the Macroeconomy*. Cambridge: MIT Press.
- CAPÍTULO: Castles, F. G. 1982. «Politics and Public Policy», en F. G. Castles (ed.), *The Impact of Parties. Politics and Policies in Democratic Capitalist States*. Londres: Addison Wesley.
- REVISTA: Peters, G. e Pierre, J. 1998. «Governance without Government? Rethinking Public Administration», *Journal of Public Administration*, 8 (2): 223-243.
- d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo, incluíndo a data de consulta (día-mes-ano). Por exemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26-09-2013).
- 6 Dereitos de autoría. Unha vez que o Consello Editorial acepte publicar calquera material recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma ou país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).

Proceso de selección y evaluación de los originales

La selección de los textos responderá a criterios de originalidad, novedad, relevancia, rigor y calidad metodológica. Los originales que no se atengan estrictamente a las normas de publicación que se indican a continuación serán devueltos a los autores para su corrección antes de ser enviados a los evaluadores externos. Una vez que la Secretaría compruebe el cumplimiento de las normas de publicación, los responsables de su autoría recibirán acuse de recibo de los originales remitidos con la indicación de la duración aproximada del proceso de evaluación. Los textos serán sometidos a la revisión de dos expertos ajenos al equipo editorial (doctores u otras personas de reconocido prestigio) del registro de evaluadores de la revista, siguiendo el sistema para el anonimato de doble ciego. Los responsables de la evaluación dispondrán de quince días para presentar el resultado del estudio, que podrá ser positivo, positivo con sugerencias o negativo. En el caso de que los responsables de la evaluación propongan modificaciones de forma motivada en la redacción del original, será responsabilidad de la revista –una vez informado el autor– del seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. El autor dispondrá de diez días para incorporar las sugerencias manifestadas por el equipo evaluador. En el supuesto de no ser aceptado para su edición, el original será devuelto a su autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. Antes de su publicación, los autores recibirán por correo electrónico la versión definitiva del artículo para hacer las correcciones oportunas de las pruebas de imprenta en el plazo de diez días (no se aceptarán cambios sustanciales, solamente modificaciones sobre la versión enviada).

La revista se compone de dos secciones fijas: Artículos y Recensiones, crónicas y notas. Los artículos son trabajos de investigación de interés científico en las áreas de la Ciencia Política, Administración, Sociología, Economía y Políticas Públicas. Las recensiones son comentarios de libros editados preferentemente en el año anterior al de la publicación del correspondiente número de la revista.

Normas de publicación

- 1 Las propuestas de colaboración con la revista *Administración & Ciudadanía* se remitirán en formato editable como archivo adjunto en un mensaje de correo electrónico a la siguiente dirección electrónica: ac.egap@xunta.gal.
En el correo, el autor/a o los autores/as deberán indicar que conocen las normas de publicación, así como que el trabajo presentado es un texto original y no está incluido en otro proceso de evaluación.
- 2 Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los dos números anuales. Las fechas de remisión y aceptación del original figurarán en un lugar visible de la revista.
- 3 Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
 - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
 - b) Estar redactados en cualquiera de los siguientes idiomas: gallego, castellano, portugués, francés, italiano o inglés.
 - c) Contener un mínimo de 30.000 caracteres con espacio y un máximo de 45.000 en el caso de los “Artículos”; entre 20.000 y 35.000 caracteres con espacio en las “Notas”; y entre 3.000 y 10.000 caracteres en las “Recensiones” y “Crónicas”.
- 4 Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
 - a) Un título descriptivo del contenido y su traducción al inglés. Además, se incorporará la información de todos los autores del texto (nombre, apellidos, profesión o cargo, el nombre de la institución de adscripción, el país de la institución y la dirección de correo electrónico).
 - b) Un resumen (de un máximo de 120 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción al inglés de no ser esta la lengua utilizada para su redacción.
 - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal,

y su versión en inglés si no es esta la lengua empleada para su redacción.

- d) Un sumario siguiendo la estructura de la CDU (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).
 - e) El cuerpo principal del texto.
 - f) La bibliografía.
 - g) Las tablas, los diagramas y cuadros (máximo de 7).
- 5 Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo tocante al estilo y respetarán además los siguientes requisitos:
- a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio y medio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 12.
 - b) Las notas figurarán al final del documento, a un espacio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 10, y guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Las referencias bibliográficas se incluirán en formato abreviado (Ejemplo: Peters, 2002:123).
 - c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; si se trata de

una serie, se indicarán el título y el número del volumen o la parte correspondiente), según el sistema Harvard.

- LIBRO: Alesina et. al. 1997. *Political Cycles and the Macroeconomy*. Cambridge: MIT Press.
 - CAPÍTULO: Castles, F. G. 1982. «Politics and Public Policy», en F. G. Castles (ed.), *The Impact of Parties. Politics and Policies in Democratic Capitalist States*. Londres: Addison Wesley.
 - REVISTA: Peters, G. e Pierre, J. 1998. «Governance without Government? Rethinking Public Administration», *Journal of Public Administration*, 8 (2): 223-243.
- d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar la URL respectiva, incluyendo la fecha de consulta (día-mes-año). Por ejemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26-09-2013).
- 6 Derechos de autoría. Una vez que el Consejo Editorial acepte publicar cualquier material recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma o país serán transferidos a la Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP).

Selection of contributions and evaluation process

The selection of texts that will be included in the *magazine of Administration & Citizenship* is based on the following criteria; originality, novelty, relevance, accuracy and methodological quality. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous. The evaluation responsible will have fifteen days for doing de analysis of the text, that as result could be accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the A&C team will be in charge of following up the resubmission of the text from the author who will have ten days to include this modifications. In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next ten days (Not substantial changes will be accepted).

The texts would be integrated in the "Articles" section or in the "Review", "Chronicles" and "Notes" section.

Publication requirements

- 1 Proposals of collaboration with the *magazine of Administration & Citizenship* will be sent in an editable format as an attached file to the following electronic address: ac.egap@xunta.gal.
In the email, the author/s should indicate that have read the publication requirements and that the text is original and it is not included in any other evaluation process.
- 2 The original texts will be received before 15th of May and before 15th of November for the two annual issues. Dates of reception and acceptance will appear in a visible place of the magazine.
- 3 The texts should meet the following requirements:
 - a) Be original and not being included in any other evaluation process.
 - b) Be written in Galician, Spanish, English, Portuguese, Italian or French.
 - c) A minimum number of 30.000 characters and a maximum of 45.000 characters with spaces for works classified as "Articles"; a minimum number of 35.000 characters and maximum of 20.000 characters with spaces for works catalogued as "Notes"; and, a minimum of 3.000 characters and a maximum of 10.000 characters with spaces for those published as "Reviews" or "Chronicles".
- 4 The works proposed as articles will include in the following order:
 - a) A title describing contents and its translation to English together with name, surname, profession or position, name and country of the institution, and email address of the author(s).
 - b) A summary (maximum of 120 words) in the language in which the main text is submitted and translation to English language if this wasn't the language of choice.
 - c) A minimum of five key words, and a maximum of ten, stressing the contents of the main text. They will be translated to the English language if this wasn't the language of choice.
 - d) Index would follow a CDU structure. (Example: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

- e) Text's main body.
 - f) Bibliography.
 - g) The tables, diagrams and charts (7 maximum).
- 5 The works should be checked carefully by the author(s) in regards with style. In addition, the originals should comply with the following requirements:
- a) All the works should be presented in *Times New Roman*, size 12.
 - b) Notes will appear should be at the end of the document and keeping a correlative numeration order in all the work. The bibliography references should appear in a short format (Example: Peters, 2002:123).
 - c) Bibliography must include all information sources consulted and mentioned in the work (authorship, completed title, editor, city and year of publication; should the source belongs to a serie, the number of the volume will be also included), following the Harvard's system.
- BOOK: Alesina *et. al.* 1997. *Political Cycles and the Macroeconomy*. Cambrige: MIT Press.
 - CHAPTER: Castles, F. G. 1982. «Politics and Public Policy», in F. G. Castles (ed.), *The Impact of Parties. Politics and Polices in Democratic Capitalist States*. Londres: Addison Wesley.
 - MAGACINE: Peters, G. e Pierre, J. 1998. «Governance without Government? Rethinking Public Administration», *Journal of Public Administration*, 8 (2): 223-243.
- d) Documents, online sources and/or databases will contain its URL and date of last. For example: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26-09-2013).
- 6 Author's copyright. Once the Editorial Team decides to publish any text (article or review), the exclusive and unlimited rights to reproduce and distribute these pieces works in any form of reproduction, language and country will be transferred to the Galician School of Public Administration (EGAP).

