

administración & cidadanía

Sumario_

_01_CANALES ALIENDE, José Manuel «Algunhas reflexións sobre o presente e o futuro da democracia» **_02_SUÁREZ PANDIELLO**, Javier «Combatendo a insoportable levidade da reforma local» **_03_CADAVAL SAMPEDRO**, María «O financiamento local e o futuro do imposto sobre plusvalías» **_04_CANTARERO PRIETO**, David «Diferenzas rexionais en gasto sanitario: unha análise de converxencia» **_05_FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**, José Julio «Decálogo sobre a nova normativa de protección de datos» **_06_CAAMAÑO ALEGRE**, José «A Economía da Administración Electrónica: apuntamentos xerais e unha aplicación empírica aos concellos galegos» **_07_LÓPEZ FERNÁNDEZ**, José Ramón | **RODRÍGUEZ-SEGADE VÁZQUEZ**, Ana «A valoración de documentos nas organizacións. O Consello de Avaliación Documental de Galicia» **_08_PÉREZ-CARRO Y FOLE**, M.^a Aurora «A supervisión e control do mercado de seguros en territorio español: delimitación do contrato de seguros no marco das operacións de cobertura» **_09_FAGGIANI**, Valentina «Os dereitos procesuais no Espazo Europeo de Xustiza Penal. Técnicas de harmonización»

Sumario_

_01_CANALES ALIENDE, José Manuel «Algunas reflexiones sobre el presente y el futuro de la democracia» **_02_SUÁREZ PANDIELLO**, Javier «Combatiendo la insoportable levedad de la reforma local» **_03_CADAVAL SAMPEDRO**, María «La financiación local y el futuro del impuesto sobre plusvalías» **_04_CANTARERO PRIETO**, David «Diferencias regionales en gasto sanitario: un análisis de convergencia» **_05_FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**, José Julio «Decálogo sobre la nueva normativa de protección de datos» **_06_CAAMAÑO ALEGRE**, José «La Economía de la Administración Electrónica: apuntes generales y una aplicación empírica a los ayuntamientos gallegos» **_07_LÓPEZ FERNÁNDEZ**, José Ramón | **RODRÍGUEZ-SEGADE VÁZQUEZ**, Ana «La valoración de documentos en las organizaciones. El Consejo de Evaluación Documental de Galicia» **_08_PÉREZ-CARRO Y FOLE**, M.^a Aurora «La supervisión y control del mercado de seguros en territorio español: delimitación del contrato de seguros en el marco de las operaciones de cobertura» **_09_FAGGIANI**, Valentina «Los derechos procesales en el Espacio Europeo de Justicia Penal. Técnicas de armonización»

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.

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 VALEIJE ÁLVAREZ
UVigo (Galicia, España)

Alberto VAQUERO GARCÍA
UVigo (Galicia, España)

COMITÉ CIENTÍFICO

Adina DUMITRU
UVT (Timișoara, Romanía)

Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES
UCM (Madrid, España)

Serafín MERCADO DOMÉNECH
UNAM (México)

Nora RÄTHZEL
UMU (Umeå, Suecia)

Nieves SANIGER MARTÍNEZ
UGR (Granada, España)

David STEA
UTEXAS (Texas, EUA)

Correo-e: ac.egap@xunta.gal

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

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.13_nº2_2018_revista da Escola Galega de Administración Pública

administración & ciudadanía


– VERSIÓN GALEGA –



Sumario / Summary

_ ARTIGOS / CONTRIBUTIONS	[9-130]
CANALES ALIENDE, José Manuel (Universidade de Alacante) « Algunhas reflexións sobre o presente e o futuro da democracia » Some reflections on the present and future of democracy	[9-18]
SUÁREZ PANDIELLO, Javier (Universidade de Oviedo) « Combatendo a insoportable leividade da reforma local » Fighting the unbearable lightness of local reform	[19-30]
CADAVAL SAMPEDRO, María (Universidade de Santiago de Compostela) « O financiamento local e o futuro do imposto sobre plusvalías » Local public finance and the future of the municipal added value tax	[31-46]
CANTARERO PRIETO, David (Universidade de Cantabria e GEN) « Diferenzas rexionais en gasto sanitario: unha análise de converxencia » Regional differences in health care expenditure: a convergence analysis	[47-60]
FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (Universidade de Santiago de Compostela) « Decálogo sobre a nova normativa de protección de datos » Decalogue on the new data protection regulations	[61-78]
CAAMAÑO ALEGRE, José (Universidade de Santiago de Compostela) « A Economía da Administración Electrónica: apuntamentos xerais e unha aplicación empírica aos concellos galegos » The Economics of e-Government: General Notes and an Empirical Application to Galician Municipalities	[79-94]

- LÓPEZ FERNÁNDEZ, José Ramón | RODRÍGUEZ-SEGADE VÁZ-QUEZ, Ana (Arquivo de Galicia) «**A valoración de documentos nas organizacións. O Consello de Avaliación Documental de Galicia**» The appraisal of records in the organizations. The Documentary Evaluation Council of Galicia [95-110]
- PÉREZ-CARRO Y FOLE, M.^a Aurora (Seguros del Estado) «**A supervisión e control do mercado de seguros en territorio español: delimitación do contrato de seguros no marco das operacións de cobertura**» The control and supervision of the insurance companies market in the Spanish territory: Delimitation of the insurance contract in the frame of the hedging activities [111-126]
- FAGGIANI, Valentina (Thomson Reuters Aranzadi) «**Os dereitos procesuais no Espazo Europeo de Xustiza Penal. Técnicas de harmonización**» Procedural rights in the European Area of Criminal Justice. Harmonisation techniques [127-130]



Artigos

Algúnhas reflexións sobre o presente e o futuro da democracia

Algunas reflexiones sobre el presente y el futuro de la democracia

Some reflections on the present and future of democracy



JOSÉ MANUEL CANALES ALIENDE

Catedrático de Ciencia Política e da Administración

Universidade de Alacante

jm.canales@ua.es

Recibido: 12/11/2018 | 22/01/2019

“O mundo político e o da comunidade é aquel en que os cidadáns, precisamente por estaren dotados de razón, poden deliberar conxuntamente sobre o xusto e sobre o inxusto, sobre o bo e o conveniente”

(Aristóteles, 1970: I, 2)

Resumo: Este texto analiza as causas principais da crise actual da democracia, froito esencialmente da globalización, así como sobre o seu futuro, achegando unha visión positiva, sendo unha actualización e ampliación doutros textos propios sobre esta temática.

Palabras clave: Democracia representativa, democracia participativa, crise, globalización, desafección cidadá, elites políticas, partidos políticos, nova cidadanía.

Resumen: Este texto analiza las causas principales de la crisis actual de la democracia, fruto esencialmente de la globalización, así como sobre su futuro, aportando una visión positiva, siendo una actualización y ampliación de otros textos propios sobre esta temática.

Palabras clave: Democracia representativa, democracia participativa, crisis, globalización, desafección ciudadana, élites políticas, partidos políticos, nueva ciudadanía.

Abstract: This paper analyzes the main causes of the current crisis of democracy, in the context of globalization, as the future of this.

Key words: Representative democracy, democracy of participation, crisis, globalization, political elites, political parties, new citizenship.

Sumario: 1 Breve introdución e formulación xeral. 1.1 A orixe e o desenvolvemento da democracia representativa. 2 A crise da democracia representativa. 2.1 Aspectos xerais. 2.2 As principais causas destacables da crise da democracia representativa. 3 A globalización. 3.1 Consideracións xerais. 3.2 Os efectos e os principais problemas da globalización. 4 O futuro da democracia. 5 Epílogo. 6 Referencias bibliográficas e bibliografía básica consultada.

1 BREVE INTRODUCCIÓN E FORMULACIÓN XERAL

O obxecto e o contido esencial deste estudo, como se deduce do seu título, é reflexionar, aínda que de forma xenérica e sucinta, sobre o fenómeno actual da crise da democracia representativa e das súas causas e efectos, así como, sobre todo, do seu posible futuro, achegando unha visión positiva e optimista malia as dificultades.

Agora ben, este texto pretende ser soamente un estudo analítico e descritivo dese feito paradigmático hoxe. Por outra banda, a elección desta temática non é en absoluto un capricho, senón que responde ao interese por tratar unha temática esencial e actual para a humanidade. A democracia representativa, ou, o que é o mesmo, as vías da representación e da participación política da cidadanía, constitúen sen dúbida a esencia e o pilar presente e futuro de todo sistema político, e de aí a importancia do seu tratamento.

1.1 A orixe e o desenvolvemento da democracia representativa

Hai que dicir que a instauración da democracia clásica, de representación, e de participación a través dos partidos políticos, non vai ser total e instantánea, e basta dicir que en España ata a II República non foi posible o voto feminino.

En Iberoamérica, o proceso de independencia irá acompañado de constitucións liberais, expresións ademais do novo poder das elites locais burguesas e crioulas.

Por outro lado, como antes indiquei, o contexto social e o modelo de partidos políticos do século XIX non teñen que ver nada co actual, así como a sociedade e os distintos medios de comunicación existentes.

Tras a Segunda Guerra Mundial e tras a crise económico-social e política do período de entre guerras, en especial a do ano 1929, como resposta á experiencia do nazismo e do fascismo, naceron lentamente novas constitucións que plasmaron a visión keynesiana da economía, aínda que con respecto ao mercado, e transformouse o Estado como de benestar ou social, como complemento indiscutible do Estado de dereito, e fóronse recoñecendo e garantindo novos dereitos económicos e sociais, inspirándose na Constitución de Weimar de 1919.

Samuel Huntington sinalou que existiron catro ondas ou etapas sucesivas e acumulativas da democracia, desde o inicio xeral desta na data que el determina de 1828¹, e que foron as seguintes: a) a primeira desde 1828 ata 1926, de forma lenta pero continua; b) a segunda, de 1926 a 1943, e en sentido contrario de retroceso, nos anos vinte e trinta do século XX, froito basicamente da aparición do nazismo e do fascismo; c) unha terceira, de 1943 a 1962, tras o triunfo aliado da Segunda Guerra Mundial cunha nova expansión; d) unha cuarta dos anos oitenta do pasado século, que implicou un proceso de democracia en varias rexións do mundo, a saber: o Sur de Europa coa desaparición das ditaduras (Grecia, Portugal, España); América Latina; e Europa do Leste tras a caída do muro de Berlín. Posteriormente, na década dos noventa, o proceso incluíu tamén a antiga Unión Soviética e algúns países de África e de Asia.

Este desenvolvemento e consolidación da democracia produciu un efecto de maior lexitimidade desta, e a maior lexitimidade implicou pola súa vez a maior expansión da democracia².

Este proceso de ampliación case total mundial ou universalización da democracia representativa, salvo excepcións, máxime coa caída do muro de Berlín, levou a que o sistema político por excelencia e único fose a democracia liberal e o modelo económico o capitalismo.

2 A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

2.1 Aspectos xerais

É hoxe un paradigma o fenómeno denominado de crise da democracia representativa, debido a causas distintas e plurais, e que en cada país presenta intensidade e características diferentes, sen prexuízo de que poidan observarse a nivel mundial e europeo algunhas tendencias comúns dignas de consideración. Este fenómeno é basicamente sintetizado por H. Arendt como “unha desarticulación do espazo público”.

Agora ben, crise, como a súa definición quere dicir, segundo a Real Academia de la Lengua Española: “mutación ou momento decisivo, xa sexa para agravarse ou mellorar”. Fronte a ela hai que reaccionar e responder os retos; e iso non implica en absoluto a súa desaparición. Este momento histórico e crucial estimo, sen dúbida, que pode levar a reflexionar en profundidade sobre ela, e sobre todo a unha reconsideración, a unha reorientación e a un desenvolvemento potente novo desta.

A causa principal, pero en absoluto única, desta crise vai ser sobre todo a globalización nas súas múltiples facetas e os seus efectos, tras uns tres séculos de economía capitalista. A crise do sistema capitalista vai arrastrar tamén o sistema político, dada a súa complementariedade e a súa coexistencia.

Tras o período seguinte á Segunda Guerra Mundial, desde 1945-1973, vai existir nos países desenvolvidos unha etapa histórica de case pleno emprego e dun aumento xeneralizado de calidade de vida, froito da aparición e desenvolvemento do chamado Estado de benestar, lexitimado e instaurado baseándose no informe Beveridge, e iso a través de políticas públicas de carácter keynesiano. Existirá un pacto e un contrato social entre as clases sociais coa finalidade de lograr a paz e o desenvolvemento social.

En 1973, con motivo da segunda crise do petróleo, vai aparecer a gran crise económica mundial, e vaise producir unha crise tamén do modelo, ata ese momento maioritario do desenvolvemento capitalista, modelo que será *de facto* case único tras a caída do muro de Berlín. A este feito uniranse posteriormente, e iso intensificaría a crise de 1978 consecuencia da guerra de Yom Kipur, ata chegar á gran crise de 2007. Esta vai ser ademais froito do descontrol dos mercados e da débeda, e cun papel destacable das chamadas “axencias de cualificación” ao servizo e dependentes das grandes empresas e corporacións internacionais, dominadas por unha tecnocracia internacional financiada e á marxe dos controis sociais do sistema político democrático.

Pola súa vez, dentro do sistema político-administrativo, o Estado vai ser a institución pública que máis se vexa afectada pola crise. O modelo e as funcións do modelo do Estado, xurdido en virtude do Tratado de Westfalia (1648), transformouse e existe unha nova realidade social e económica. O Estado vén sendo o mesmo, aínda que cunhas funcións novas.

O territorio, que era un dos elementos esenciais do Estado no clásico modelo westfaliano, que implicaba unha delimitación clara e exclusiva da demarcación física e especial deste, debilitouse e desapareceu froito da globalización.

Esta crise, ademais, acontece nun contexto ou ámbito caracterizado esencialmente pola economía e a sociedade do coñecemento, e pola economía e a sociedade dixital³, provocando en ocasións unha nova sociedade dual froito da “fenda dixital”.

A sociedade da información e do coñecemento produce ademais unha profunda transformación das relacións políticas, económicas e sociais, da información, da comunicación e do poder, e iso afecta de forma directa e drástica, polo tanto, ao sistema político-administrativo. Ademais, o capital físico, e logo o tecnolóxico e o financeiro, serán substituídos e complementados pola primacía actual do capital humano ou o talento humano, sendo fundamental neste o proceso de aprendizaxe⁴.

A economía e a sociedade do coñecemento consisten basicamente, ademais, no logro do valor engadido nos produtos, bens e servizos, a través de tres instrumentos ou medios fundamentais: a) a investigación; b) a innovación tecnolóxica; e c) o pensamento. Este último é relevante e á vez insubstituíble, e fai que a raza humana sexa de persoas no pleno clásico sentido deste termo, e non de meros obxectos. A psicoloxía, a educación e a filosofía aparecen como disciplinas a reconsiderar e valorar para o tempo actual. O pensamento e a reflexión son necesarios, pois, para o cambio e a transformación social.

Polo tanto, a sociedade e o contexto van ser diferentes, coas notas xa sinaladas, ás que se engadirán as de pluralidade, complexidade e interculturalidade.

2.2 As principais causas destacables da crise da democracia representativa

Existen múltiples e diversas causas da chamada e cualificada crise da democracia representativa, como dixen anteriormente, e con distinta intensidade e manifestacións en cada sociedade e país. Non obstante, cabería sinalar como as causas máis relevantes e destacables as seguintes:

- a) A globalización, antes sinalada, e cos efectos mencionados.
- b) O medo e a inseguridade cidadá froito dos efectos negativos da globalización que provocaron unha maior exclusión social e un empobrecemento das clases medias que conduce ao triunfo dos populismos polas súas solucións doadas, curtopracistas e idealistas para saír da crise, a través de líderes carismáticos.
- c) A crítica, as disfuncións e a patrimonialización das institucións públicas froito do clientelismo político ou económico.
- d) A crise dos partidos políticos, actores clave, pero non únicos dos sistemas políticos. Estes van sufrir procesos de endogamia, opacidade e de financiamento, ás veces irregular e mesmo ilegal. Estes, hoxe, como actores principais no sistema político, son máis débiles, están máis fragmentados e máis polarizados. A pesar de todos os seus defectos que inflúen en toda democracia, deben ser transparentes e democráticos.
- e) A perda da visión do “espazo público” e dos valores públicos, en especial da ética pública.
- f) A corrupción política e administrativa.
- g) A falta de suficiente transparencia pública e da rendición de contas.
- h) As vías e os medios de participación e de representación política, insuficientes ou meramente simbólicos.

O proceso da sociedade do coñecemento non é só de información e de comunicación, senón que sobre todo e ante todo é un proceso de innovación e adaptación flexible e progresivo á realidade e á problemática social. As tecnoloxías da información e da comunicación son un instrumento e un medio que pode cooperar eficazmente no logro do anterior obxectivo se

se empregan axeitadamente, pero non son en absoluto meros fins en si mesmos, os cales son ademais cambiantes e renovables, fronte aos procesos sociais de cambio e innovación.

Todo o anterior acontece, pois, nun contexto e nunha sociedade denominada “líquida”, “insegura”, “moderna”, “posdemocrática”, “multicultural”, etc., segundo diferentes autores, e na que se dan certas similitudes e concordancias, ben que en contextos diferentes históricos, coa sociedade existente en Europa tras a Primeira Guerra Mundial e antes da segunda. A crise política dese período que produciu o nacemento dos populismos da época, cuxo antecedente máximo foi o tradicionalismo (o fascismo, o nazismo, o anarquismo, o comunismo, basicamente), é froito da crise económica da década dos anos vinte e trinta⁵.

En aquela época houbo crítica aos partidos e líderes políticos, ao parlamento, etc., e propostas alternativas de democracia neoestamental, populista e corporativa, e iso nunha mensaxe apocalíptica sobre a situación, e a alternativa retórica, utópica e mesiánica de líderes carismáticos salvadores.

Ese fenómeno é hoxe un precedente do actual populismo, aínda que hoxe a súa visión, contido, praxe e contexto non son exactamente similares.

Unha democracia plena, de calidade, e de carácter responsable⁶, deliberativo, reflexivo e participativo, é o maior antídoto e a alternativa única fronte ao populismo actual, xa sexa de dereitas ou de esquerdas.

3 A GLOBALIZACIÓN

3.1 Consideracións xerais

A globalización ou mundialización actual é o contexto en que se insire a democracia, e este é influído notablemente polo sistema político actual, e caracterízase por ser un proceso interdependente, complexo, imparabile, polifacético e asimétrico que presenta diversos aspectos e problemas, non parecendo ser reconducibile soamente a unha consideración unidimensional de carácter económico.

3.2 Os efectos e os principais problemas da globalización

O proceso de globalización, debido a causas diversas complementarias e simultáneas, produce, pola súa vez, unha serie de efectos e de fenómenos que constitúen non só problemas, senón auténticos retos ao sistema sociopolítico e económico actual, e entre eles destacaríase os seguintes:

- a) A reacción defensiva dos nacionalismos e os populismos de distinto signo.
- b) O incremento dos oligopolios e monopolios a nivel mundial.
- c) O aumento do poder, e o descontrol democrático, das grandes empresas, corporacións e *lobbies* internacionais, e dos paraísos fiscais.
- d) O crecemento da criminalidade e da inseguridade cidadá froito do aumento da exclusión social.
- e) A perda do poder adquisitivo e o empobrecemento progresivo das clases medias e das clases populares⁷.
- f) Os procesos migratorios múltiples e descontrolados.
- g) O cambio climático e a degradación ambiental.
- h) A heteroxeneidade e o enfrontamento de culturas.
- i) A deslocalización.
- l) O emprego precario.

- m) A transformación profunda do modelo de produción e das relacións laborais.
- n) O incremento do teletraballo, individual e illado.
- ñ) A debilitación do poder sindical.
- o) O empobrecemento progresivo da poboación, especialmente nos países desenvolvidos.
- p) O tráfico incontrolado de armas e persoas.
- q) A debilitación da cohesión e harmonía social.
- r) A “fenda dixital” entre persoas e territorios.
- s) Unha deterioración imparabile da calidade da provisión e da prestación dos servizos públicos básicos, en particular da saúde e da educación.
- t) Unha ideoloxía neoliberal, monetarista, sen rostro humano, e sen consideracións éticas nin sociais.
- u) Unha exaltación dos valores e da eficiencia do mercado e da empresa, fronte ao público.
- v) Un comercio mundial desregulado e incontrolado.
- x) Un crecemento demográfico incontrolado.

A globalización, ademais de hipervalorar e impor un pensamento e unha praxe baseada na primacía do mercado, vai producir unha crise profunda nos alicerces e nas prácticas da vida política democrática, e vai implicar producir tamén no ámbito social unhas graves consecuencias, e entre elas cabería destacar as seguintes:

- a) Unha maior interdependencia e exclusión social.
- b) Unha fractura e atomización constantes.
- c) Unha estrutura social dual, fronte á estrutura precedente de clases, a cal pola súa vez tería substituído e transformado á sociedade estamental medieval.
- d) Un malestar social crecente, sobre todo a causa das durezas das políticas de axustes e austeridade levadas a cabo baixo a inspiración neoliberal mercantilista e salvaxe⁸ dos organismos internacionais.

Se o proceso de globalización parece que é imparabile, non o é o hipercapitalismo de visión e praxe inhumana e explotadora. É posible e desexable outro modelo de capitalismo máis humano e ético no contexto da globalización.

4 O FUTURO DA DEMOCRACIA

A democracia representativa, con todos os seus defectos e limitacións, terá sido posiblemente só formal ou “electoral”, pero en última instancia éo como democracia fronte á autocracia. Supón esta, pois, un paso cualitativo e diferenciador indiscutido e indiscutible. O seu triunfo é un éxito da humanidade, e iso a pesar da súa crise e disfuncións, e a súa desaparición e alternativa é só unha ditadura e o absolutismo. O certo, afondando no anterior, é que en 1976 había no mundo soamente 46 sistemas políticos que puideren ser considerados como democráticos e que na actualidade se estiman nuns 114 ou, segundo outros autores, 119, que supoñen o sesenta por cento do total⁹.

A pesar de todos os prognósticos, entre outros o de Francis Fukuyama, a democracia é posible e desexable, e así xorden voces ao seu favor cunha visión optimista como a recente obra de Steven Pinker, de éxito mundial¹⁰.

Agora ben, malia os bos desexos e propósitos, o logro dunha democracia plena non é doado e implica un proceso difícil, complexo e estratéxico, non exento de dificultades.

A fortaleza e a calidade da democracia requiren substancialmente tamén: a) unhas ideoloxías e visións democráticas; b) uns partidos políticos democráticos, non endogámicos e transparentes¹¹; c) unha cidadanía de calidade e acorde co novo contexto do século XXI¹², e iso no camiño e cun desexo de lograr unha utopía dunha gobernanza democrática plena, participativa e inclusiva; d) unha real división de poderes; e) unha garantía dos dereitos humanos; e g) a rendición de contas como expresión dunha democracia responsable.

O sistema político da democracia representativa ten o reto e a obriga de adaptarse ao novo contexto para a súa supervivencia. A súa viabilidade actual pode e debe superarse. O precedente da transformación desta tras o período crítico das dúas guerras mundiais e da segunda debe ser unha guía. A solución e a única vía fronte aos defectos da democracia só é con entusiasmo e ética, máis e mellor democracia, e iso non é en absoluto nin pode ser a causa dos problemas actuais.

Neste proceso, o papel da chamada clase política ou elites políticas ten un papel e un reto relevante, que é o de dar respostas eficaces ás demandas da cidadanía e da sociedade civil, para non provocar o rexeitamento cidadán.

Por outro lado, débese buscar un desenvolvemento político democrático, pero tamén un novo desenvolvemento económico e social complementario daquel e fundamento de poder real cidadán para poder participar.

Crecemento económico non é desenvolvemento económico e distribución da renda. Non cabe a democracia política se non hai democracia económica e social. O capitalismo debe poder transformarse, ser competitivo e máis humano¹³.

5 EPILOGO

“... O Ur-fascismo pode volver aínda coas aparencias máis inocentes. O noso deber é desmascaralo e apuntar co índice a cada unha das súas formas novas todos os días, en todos os recantos do mundo”¹⁴.

A democracia representativa está certamente en crise, e hai un malestar cidadán¹⁵, pero isto non implica postular a súa desaparición, senón a súa transformación e a súa adecuación a unha democracia nova de carácter participativo, transparente, exixente, de calidade, de valores, reflexiva e de diálogo, de consenso e pluralista. É máis, este é un momento de reflexión para iniciar o seu proceso de cambio, e de fortalecemento progresivo, a través da gobernanza democrática como visión e misión¹⁶.

A alternativa da denominada democracia participativa ou “posdemocracia” e as súas varias vías é un instrumento de complementariedade e de mellora da democracia representativa, e nunca é unha substitución.

A inseguridade e a incerteza producen medo e temor aos cambios, e ás veces conducen a adherirse a solucións doadas populistas e curtopracistas.

“... Aínda é imposible predicir cal será a sorte última que correrá o noso sistema político. Quizais o ascenso dos populistas non pase de ser unha fase efémera que, dentro de cen anos, recordemos cunha mestura de desconcerto e curiosidade...”. “Ninguén pode prometermos un final feliz a todo isto. Pero aqueles de nós aos cales de verdade nos importan os nosos valores e as nosas institucións estamos resoltos a loitar polas nosas conviccións sen que nos importen as consecuencias para nós mesmos. E pode que os froitos do noso traballo sexan aínda incertos, pero faremos o que poidamos para salvar a democracia final”¹⁷.

O logro dunha nova democracia representativa que satisfaga as demandas da cidadanía e da sociedade civil debe ser o reto, a visión e a utopía dos actuais sistemas políticos; e iso nun pactado novo “contrato social e político” e nunha forte cultura cívica¹⁸.

O respecto a unha economía de mercado non debe implicar a transformación da sociedade democrática e representativa da soberanía popular, a través da representación e da participación política, nunha sociedade de mercado e de valores só de mercado, con ausencia do respecto á lei e á ética pública. Non pode esquecerse que unha democracia política require a existencia previa e o complemento dunha democracia económica e social, como xa sinaléi.

A democracia participativa implica, ademais, unha resposta de firmeza, e de seriedade aos desafíos e aos problemas actuais, e esta debe “democratizar a democracia”¹⁹.

Para concluír, reiteraría que o sistema político da democracia representativa ten o reto e a obriga de adaptarse ao novo contexto para a súa supervivencia. A súa viabilidade actual pode e debe superarse. O precedente da transformación desta tras o período crítico das dúas guerras mundiais debe ser unha guía. A solución e a única vía fronte aos defectos da democracia só é máis e mellor democracia, e esta, pola súa vez, é un reto e un ideal a lograr, e como sinalou Giovanni Sartori: “A democracia é antes que nada e sobre todo un ideal. Sen unha tendencia idealista unha democracia non nace, e se nace, debilitase rapidamente máis que calquera outro réxime político, vai contra a corrente, contra as leis inerciais que gobernan os grupos humanos. As monocracias, as autocracias, as ditaduras son doadas, cáennos enriba soas, as democracias son difíciles, e teñen que ser promovidas e cridas...”²⁰.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS E BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CONSULTADA

- Arendt, H. 1999. *Eichman en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*. Barcelona: Lumen.
- Balibar, E. 2013. *Ciudadanía*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Bar, A. 2016. «¿De nuevo los años 30?», *Las Provincias (Valencia)*, xoves 10 de novembro de 2016.
- Barber, B. 2004. *Democracia fuerte*. Córdoba: Almuzara.
- Beck, U. 1998. ¿Qué es la Globalización? *Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós.
- Beck, U. 2006. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, S.A.
- Berger, P., e Hungtintong, S. 2012. *Globalizaciones Múltiples. La Diversidad Cultural en el Mundo Contemporáneo*. Barcelona: Paidós.
- Bergruen, N., e Gardels, N. 2012. *Gobernanza Inteligente para el Siglo XXI*. Madrid: Taurus.
- Bobbio, N. 2007. *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bauman, Z. 2001. *La Globalización. Consecuencias humanas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bauman, Z. 2010. *La Sociedad Líquida*. Barcelona: Paidós.
- Crouch, C. 2016. *Posdemocracia*. Madrid: Taurus.
- Eco, U. 2018. *Contra el fascismo*. Barcelona: Lumen.
- Fukuyama, F. 1992. *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Editorial Planeta Agostini, S.A.
- Fukuyama, F. 2016. *Political Order and Political Decay: From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*. New York: Ferrer Strauss and Giroux.
- González, F., Damiani, G., e Fernández-Albertos, J. 2017. *Quién manda aquí. La crisis de la democracia representativa*. Barcelona: Editorial Debate S.A.
- Gomariz, E. 2017. «La ciudadanía que necesita la democracia del siglo XXI», *Claves de la Razón Práctica*, 254.
- Huntington, S. P. 1997. *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- Iglesias, A., e Barbeito, R. 2014. «¿Es posible más y mejor democracia? Democracia como empoderamiento político del ciudadano», *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 18: 215 a 242.

- Mair, P. 2013. *Gobernando el vacío. La globalización de la democracia occidental*. Madrid: Alianza Editorial.
- Manin, B. 2105. *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Mouffe, C. 1999. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Paidós.
- Mounk, Y. 2018. *El pueblo contra la democracia*. Barcelona: Paidós.
- Navarro, V. 2015. *Ataque a la Democracia y al Bienestar. Crítica al pensamiento económico dominante*. Barcelona: Editorial Anagrama, S.A.
- Ostrogorski, M. 2008. *La democracia y los partidos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Paramio, L. 2015. *Desafección política y gobernabilidad: el reto político*. Madrid: Marcial Pons.
- Pasquino, G. 2000. *La democracia exigente*. Madrid: Alianza Editorial.
- Piketty, T. 2015. *El capital del siglo XXI*. Traducción al castellano de la edición original francesa de 2013. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- PNUD, 2004. *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Nueva York: ONU.
- Pinker, S. 2018. *En defensa de la Ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*. Paidós: Barcelona.
- Plattner, M.F. 2016. «Se halla en declive la democracia», *Está en declive la democracia liberal, Dossier de la VANGUARDIA*, 89.
- Ridao, J.M. 2014. *La estrategia del malestar. El capitalismo, desde la caída del muro hasta la crisis financiera*. Barcelona: Tusquets.
- Rosanvallón, P. (coord.) 2015. *El buen gobierno*. Buenos Aires: Ediciones Manantial, SRL.
- Rovira, A. (coord.) 2013. *Gobernanza Democrática*. Madrid: Marcial Pons.
- Sartori, G. 1991. «Democracia», *Revista Chilena de Ciencia Política*, vol. XIII, 1 e 2.
- Schwab, K. 2016. *La cuarta revolución industrial. Prólogo de Ana Patricia Botín*. Barcelona: Debate.
- Simeoni, M. 2015. *Una democracia moribunda. Viejos y nuevos populismos*. Madrid: Unión Editorial, S.A.
- Stiglitz, J. 2002. *El malestar de la globalización*. Barcelona: Planeta.
- Stiglitz, J., e Greenwald, B. 2014. *La creación de una sociedad del aprendizaje*. Barcelona: La Esfera de los Libros, S.L.
- Torcal, M., e Montero, J. 2006. *Political disaffection in contemporary democracies*. London: Edit Routledge.
- Touraine, A. 2011. *Después de la crisis. Por un futuro sin marginación*. Barcelona: Paidós.
- Villacañas Berlanga, J.L. 2015. *El populismo*. Madrid: La Huerta Grande Editorial.

NOTAS

- 1 Huntington, 1997.
- 2 Véxase, neste sentido, Plattner, 2016: 7 a 15.
- 3 Sobre este fenómeno e a súa evolución, entre unha ampla e diversa bibliografía, pode verse recentemente Schwab, 2016.
- 4 Véxase ao respecto, para maior detalle, entre unha ampla bibliografía: Stiglitz e Greenwald, 2014.
- 5 Véxase, para maior detalle, o ilustrativo artigo de Bar, 2016: 28. Pode verse tamén en Simeoni, 2015.
- 6 A rendición de contas, ou chamada *accountability* na doutrina anglosaxona, é o un instrumento eficaz para o logro dunha democracia plena e responsable.
- 7 Entre unha ampla bibliografía, véxanse as achegas entre outros de: Beck, 1998 e Stiglitz, 2002.
- 8 Véxase sobre este fenómeno entre outros: Ridao, 2014.
- 9 Así, entre outros, Fukuyama, 2016.
- 10 Pinker, 2018.
- 11 Véxase, para maior detalle, entre unha ampla bibliografía, Navarro, 2015.
- 12 Véxase, entre unha ampla bibliografía, a obra clásica e pioneira a este respecto de Ostrogorski, 2008.
- 13 Entre unha ampla bibliografía existente, destacaríase a de Piketty, 2015.
- 14 Eco, 2018: 60.
- 15 Véxase sobre este fenómeno, entre outros, Ridao, 2014.
- 16 Sobre a gobernanza democrática poden verse, entre outros: Rosanvallón, 2015; Rovira, 2015; e Berggruen e Gardels, 2012.
- 17 Mounk, 2018: 273.
- 18 Entre unha variada bibliografía, pode verse en Gomariz, 2017: 70 á 77.
- 19 Balibar, 2013: 195.
- 20 Sartori, 1991: 118.

Combatendo a insoportable levedade da reforma local

Combatiendo la insoportable levedad de la reforma local

Fighting the unbearable lightness of local reform



JAVIER SUÁREZ PANDIELLO

Catedrático de Facenda Pública

Universidade de Oviedo

jspandi@uniovi.es

Recibido: 15/11/2018 | 22/01/2019

Resumo: Este artigo resume as propostas máis innovadoras da recente Comisión de Expertos para a revisión do sistema de financiamento local. Partindo da constatación das principais contradicións que se manifestan no mundo local, abórdanse asuntos como a reordenación da planta local e o papel das institucións supramunicipais, a reforma tributaria, con especial fincapé na solución ao problema causado pola declaración de inconstitucionalidade do coñecido como *imposto de plusvalía*, e a reformulación do modelo de transferencias para convertelo nun verdadeiro sistema de nivelación.

Palabras clave: Facenda local, comisión de expertos, transferencias intergubernamentais, impostos locais.

Resumen: Este artículo resume las propuestas más innovadoras de la reciente Comisión de Expertos para la revisión del sistema de financiación local. Partiendo de la constatación de las principales contradicciones que se manifiestan en el mundo local, se abordan asuntos como la reordenación de la planta local y el papel de las instituciones supramunicipales, la reforma tributaria, con especial hincapié en la solución al problema causado por la declaración de inconstitucionalidad del conocido como *impuesto de plusvalía*, y la reformulación del modelo de transferencias para convertirlo en un verdadero sistema de nivelación.

Palabras clave: Hacienda local, comisión de expertos, transferencias intergubernamentales, impuestos locales.

Summary: This article summarizes the most innovative proposals of the recent Commission of Experts for reviewing the local financing system. Based on observing the main contradictions declared in the local world, issues are addressed such as the reorganization of local plant and the role of supramunicipal institutions, tax reform, with special emphasis on resolving the problem caused by the declaration of unconstitutionality of the so-called *capital gains tax*, and the reformulation of the transfer model to convert it into a true equalization system.

Key words: Local finance, expert commission, intergovernmental transfers, local taxes.

Sumario: 1 Introducción. 2 Agudizando as contradicións do sistema. 3 Rompendo moldes. 3.1 Reorientando as deputacións. 3.2 Reformando a fiscalidade. 3.2.1 Un novo imposto municipal sobre plusvalías inmobiliarias. 3.2.2 Un novo imposto municipal sobre estancias turísticas. 3.2.3 Unha recarga potestativa sobre a cota líquida do IRPF. 3.3 Rescatando a nivelación. 4 A xeito de conclusión. 5 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Vivimos nun curioso e contradictorio país, no cal a indignación convive coa resignación en case perfecta harmonía.

Indignámonos cando fenómenos meteorolóxicos como nevadas ou inundacións colapsan as nosas infraestruturas e clamamos contra gobernos incapaces de manter axeitadamente os servizos... Cando nos fan ver que gastamos cartos que non tiñamos en aeroportos sen avións, estacións de AVE sen pasaxeiros, estradas e autovías sen nada que comunicar... Cando se abren os telexornais con informacións sobre novos casos de corrupción política, empresarial, sindical, universitaria..., sobre abusos empresariais (bolseiros explotados, tarifas eléctricas descontroladas, comisións bancarias leoninas...). De todo iso, por suposto, sempre ten a culpa o goberno (nacional, autonómico e/ou local).

Non obstante, ao tempo que nos indignamos, deixámonos anestesiados por ansiolíticos como o fútbol ou os *realities* televisivos. Observamos con naturalidade como graduados universitarios, coleccionistas de mestrados e demais títulos de posgrao, obteñen no mellor dos casos empregos precarios “en prácticas” con salarios de subsistencia, e parécenos normal que futbolistas de segunda, presentadores de programas deportivos ou indocumentados participantes en faladorios dos chamados “programas do corazón” multipliquen por cifras substancialmente máis elevadas as súas retribucións, e contribuímos a iso dándolles cobertura co noso seguimento, como sinalan as cifras de audiencias televisivas, e reelixindo continuamente os dirixentes que tanta indignación nos causan.

En materia de xestión pública clamamos por cada vez máis e mellores servizos, mellores escolas e universidades con máis graos e posgraos, máis calidade na sanidade pública, melloras en medicina preventiva, menos listas de espera nos hospitais, máis atención á dependencia... Iso si, pedimos simultaneamente rebaixas fiscais xeneralizadas e queixámonos da voracidade fiscal de alcaldes e presidentes de todos os territorios. En fin, demagogia e populismo de babor a estribor e de proa a popa.

Entre tanto, a Unión Europea úrxenos a cumprir os nosos compromisos de estabilidade orzamentaria; o Goberno central, sen unha maioría parlamentaria estable que o avale, vese en serias dificultades para aprobar os seus orzamentos e comunidades autónomas e gobernos locais seguen sen ver resolto o seu horizonte financeiro con reformas necesarias, e iso malia que en febreiro de 2017, hai xa case dous anos, se constituíron senllas comisións de expertos para a revisión dos modelos de financiamento autonómico e local que renderon os seus informes a finais de xullo dese mesmo ano, sen que desde entón estes inspirasen medida normativa ningunha.

Dado que tiveron a oportunidade de contribuír modestamente aos traballos dunha desas comisións (a encargada do financiamento local), nas páxinas que seguen detereime a comentar algunhas das poucas propostas “rompedoras” do noso informe, que, por outra parte, é, con carácter xeral, bastante conservador e posibilista¹.

A organización do artigo é como segue. No seguinte apartado presento os principais obxectivos que formulabamos co informe en materias de adecuación e reordenación de competencias, equidade e responsabilidade fiscal. Seguidamente detéñome a explicar unicamente as propostas,

se se quere, máis innovadoras que suporían, de ser aceptadas, os puntos de ruptura máis evidentes co modelo de organización e financiamento local vixente no momento actual. Mesmo nalgún caso exporei algunha proposta máis persoal que vai máis alá do contido do informe na medida en que afecta a asuntos con implicacións non estritamente financeiras e que saen, polo tanto, do marco do que tiñamos encomendado. Finalmente, o último apartado recapitula e conclúe.

2 AGUDIZANDO AS CONTRADICIÓNS DO SISTEMA

As múltiples contradicións a que me refería ao principio deste artigo tamén se manifestan, e non en escasa medida, no mundo local. É xa un lugar común falar de minifundismo cando nos referimos a unha planta municipal con máis de 8.000 concellos maioritariamente de tamaño máis que reducido e nunha contorna rural en que a despoboación máis que un problema empeza a ser un drama. Non obstante, segue sendo tabú o asunto da reordenación desa planta, e pensar sequera en suprimir un municipio parece que supón atentar contra as esencias máis sagradas dos pobos e que provoca esgazaduras irreparables no corazón das súas xentes, a pesar da gran cantidade de municipios que non contan coas mínimas condicións (materiais, nin persoais) para xestionar os servizos básicos. Demándase afondar na descentralización, facer efectivo o principio de subsidiariedade, achegar as decisións aos administrados e, como corolario, ampliar as competencias dos gobernos locais, pero ao mesmo tempo todos eles atrinchéiranse numantamente na defensa das súas identidades por máis que se lles trate de convencer da superioridade da xestión diaria dos seus asuntos a un nivel de escala que permita maior profesionalización. Esgrímense as vantaxes da cooperación voluntaria, aínda que a evidencia mostre o fracaso maioritario (con notables excepcións) de modelos como as mancomunidades, onde intereses localistas priman sobre a eficiencia e florecen a miúdo novas duplicidades innecesarias. Trátase de blindar un modelo de deputacións que a miúdo fai augas, lastrado polo clientelismo e o seu déficit democrático, con base en argumentos de apoio a eses mesmos pequenos municipios que se trata de preservar, recoñecendo que sen esa axuda exterior dificilmente poderían manter os seus servizos mínimos. Laméntase, en fin, a proliferación de gastos impropios que os gobernos locais deben acometer en resposta a demandas sociais en materias sobre as que non teñen competencias atribuídas nin, en consecuencia, financiamento, e reivíndicanse compensacións por eses gastos, cando, sen negar o carácter razoable e a lexitimidade de boa parte desas reivindicacións, non parece pórse o mesmo ardor nas análises de eficiencia dos servizos que si son competencias propias, legalmente falando. Pois ben, para facer fronte a algunhas desas contradicións, unha parte do informe propúñase revisar e, se é o caso, facer propostas de reordenación nas estruturas administrativas no que respecta á organización do marco competencial entre os diferentes niveis de goberno.

En materia xa de financiamento, consolídase como outro lugar común a xeneralizada insuficiencia crónica de recursos que lastra a prestación de servizos de calidade, e iso parecese contradicirse co feito de que sexan precisamente os gobernos locais (tomados no seu conxunto) os que teñen máis saneadas as súas contas de entre os tres niveis da Administración, os que consolidan máis superávit e os que contribúen máis, en consecuencia, á estabilidade orzamentaria. Certamente, isto é así en boa parte por propia responsabilidade dos gobernantes, a expensas de manter servizos por debaixo do limiar da calidade desexable, e noutra polo feito de sufrir unha maior presión de control por parte das instancias superiores de goberno. En realidade, se os niveis de exixencia que se lles viñeron aplicando ás entidades locais tivesen sido igualmente requiridos ao resto das administracións, seguramente a consolidación fiscal do país tería sido

moi distinta. Como xa reiterarei noutros lugares, o asunto da “suficiencia” ou “insuficiencia” de recursos conduce a un debate estéril e melancólico, na medida en que sempre os servizos públicos son susceptibles de ser mellorados en termos de cantidade e/ou de calidade. En consecuencia, seguir incidindo teimudamente nese concepto non deixa de resultar un exercicio de vitimismo anticuado, que debería, en todo caso, ser substituído por unha estratexia de argumentación fundamentada sobre como repartir as fontes de recursos entre os diferentes gobernos con base en criterios de necesidades relativas (unha vez reordenado o mapa competencial) e corresponsabilidade fiscal. Neste sentido, o informe, en ausencia dos pasos previos que terían sido desexables (revisión de competencias e reforma simultánea e coordinada do modelo xeral de financiamento para todo o sector público, incluídos os tres niveis territoriais de goberno e a Seguridade Social), aposta por reforzar a autonomía (e polo tanto a responsabilidade fiscal dos municipios) e a equidade. Esta última, incorporando criterios de nivelación ausentes desde sempre no modelo de financiamento local.

O asunto da nivelación, timidamente esbozado na primitiva participación en ingresos do Estado (PIE), cando esta se distribuía sobre unha (por outra parte moi discutible) única fórmula que incluía criterios de necesidade (poboación ponderada), capacidade e esforzo fiscal para todos os municipios², entrou definitivamente en vía morta a partir de 2004, cando se instaurou o modelo dual de financiamento que excluía de calquera indicio de nivelación as mal chamadas “grandes cidades” (municipios de máis de 75.000 habitantes e capitais de provincia e/ou de comunidade autónoma, incluso cando non chegasen a esa cifra), mesmo cando é probablemente nese ámbito onde resulta máis necesaria. De aí que unha das propostas máis radicais do informe consista, como veremos máis adiante, en reverter esa situación e restituír un modelo de fórmula niveladora tamén para estas cidades.

3 ROMPENDO MOLDES

Chegados a este punto, no que resta de artigo paso a expor as propostas máis innovadoras que incorporamos ao informe, ou, dito doutro xeito, aquelas que suporían, de se aceptaren, unha ruptura máis evidente cos elementos que veñen constituíndo o sistema actual, aderezadas con algúns comentarios propios e que, polo tanto, non comprometen o resto dos membros da Comisión que poden ter, e nalgúns casos cónstame que teñen, opinións bastante diferentes.

Dividirei para iso a miña exposición en tres partes dedicadas respectivamente á reordenación territorial e o marco de competencias (o novo papel suxerido para as deputacións), o exercicio da autonomía e a responsabilidade fiscal (reforma tributaria) e os novos mecanismos de nivelación suxeridos³.

3.1 Reorientando as deputacións

O asunto da “planta” municipal, con máis de 6.800 municipios (case o 85% do total) menores de 5.000 habitantes que requiren dalgún tipo de apoio maniféstase como algo imposible de obviar se se pretende facer unha reforma de calado nos modelos de xestión local, dos que o financiamento non é máis que un instrumento.

Persoalmente, a miña posición neste sentido é que, se de verdade cremos nun modelo territorial descentralizado próximo ao federalismo, o máis razoable sería permitir que cada territorio (comunidade autónoma) se organice como consideren conveniente os seus habitantes de acordo coas súas preferencias e que así se plasme en cada estatuto de autonomía. Iso afectaría tanto ao número e tamaño dos municipios como ao das entidades intermedias que eventualmente se

quixese manter ou utilizar, chámense estas deputacións, cabidos, consellos, veguerías, entidades comarcais ou calquera outra denominación que se tivese a ben inventarse. Dada a diversidade territorial existente en España, ao meu xuízo calquera solución uniformadora que se adoptase daría resultados peores que os que suporía a adaptación desde a proximidade das institucións ás realidades de cada territorio. Por pór soamente un exemplo, non é o mesmo a rexión de Murcia, comunidade uniprovincial que, cunha poboación de case 1.500.000 habitantes residentes nun territorio de 11.313 quilómetros cadrados, unicamente contén 45 municipios, que a de Castela e León, con 2.500.000 habitantes nunha superficie de 94.226 quilómetros cadrados, con 9 provincias e 2.248 municipios. Sen dúbida, as necesidades organizativas de ambas as dúas comunidades teñen pouco (se algo) que ver entre si.

Certamente, unha proposta como esta está fóra do marco constitucional actual e o seu desenvolvemento requiriría previamente unha reforma da Carta Magna, que seguramente non é viable no momento presente, ademais de enfrontarse, probablemente, ás entendibles reticencias dos que se senten cómodos no *statu quo*. Non obstante, na miña opinión, avanzar por esa vía sería o menos contraditorio se realmente se avoga por consolidar un sistema descentralizado que soamente unha escasa minoría manifesta a súa intención de abolir.

Non obstante, desde a Comisión, cun enfoque máis pragmático, optamos por propor unha reforma non tan traumática, mesmo cando si pode ser cualificada de algo radical nalgún dos seus puntos. Concretamente, en materia de planta non nos pronunciamos sobre o tamaño mínimo dos municipios, nin o seu número óptimo, senón que simplemente nos limitamos a propor que se distinga entre tres categorías de municipios, que serían reguladas de xeito diferencial:

- En primeiro lugar, as grandes metrópolis de Madrid e Barcelona, que xa contan na actualidade coa súa propia Carta de autonomía local, sobre a base da cal poden ser reguladas as súas especificidades.

- En segundo lugar, os pequenos municipios, que é onde se concentran as maiores dificultades de xestión derivadas de problemas de escala, dispersión xeográfica ou declive poboacional permanente. Na medida en que resulta necesario concretar o que entendemos por “pequenos municipios”, a proposta é establecer a fronteira no limiar dos 20.000 habitantes de dereito, cifra (certamente arbitraria) elixida co obxecto de manter certa continuidade coa regulación actual, na cal se lles atribúe ás deputacións provinciais a competencia de auxiliar preferentemente os municipios de menos de 20.000 habitantes.

- Finalmente, quedarían o resto de municipios, aos que se lles suporía en todo caso capacidade suficiente de xestión tanto en materia de asignación de gastos como de organización autónoma dos seus ingresos.

A reforma máis radical que se propón é a que afecta ás funcións dos gobernos locais intermedios (deputacións provinciais, consellos e cabidos insulares), entidades cuxa existencia tampouco se cuestiona. Concretamente, a nosa proposta é que estas administracións se dediquen practicamente en exclusiva ao apoio a municipios de menos de 20.000 habitantes, converténdose así nunha sorte de “municipios de municipios”, cuxa misión sería a de apoiar ou mesmo exercer directamente a xestión de servizos públicos en municipios pequenos incapaces de prestalos por si mesmos baixo mínimas condicións de eficiencia. Tamén se ocuparían estas administracións de decidir e xestionar os tributos locais neses ámbitos territoriais cando os municipios sexan incapaces de facelo. Somos conscientes de que a proposta ten algo de “revolucionaria”, na medida en que privaría estes gobernos intermedios de intervir nos municipios “grandes” e polo tanto requiriría unha completa reasignación dos instrumentos de financiamento (principalmente das contías das

transferencias intergubernamentais). Máis aínda, a pesar de que isto non se plasmou finalmente no informe, por parecernos que quedaba fóra das materias cuxo estudo se nos encomendara, a título persoal, eu suxeriría unha modificación do modelo de elección representativa actualmente vixente, no sentido de que, en coherencia con esta nova reordenación competencial, os órganos de goberno destas institucións deberían ser elixidos computando unicamente os votos daqueles electores que residan nos municipios afectados, isto é, os de menos de 20.000 habitantes, sempre supondo que se mantén o sistema de elección indirecta.

3.2 Reformando a fiscalidade

Entrando xa en materia de financiamento, a primeira discusión que se pode propor, e que ademais é a esencial, indo do xeral ao particular, é a de como distribuír o custo dos servizos públicos entre os usuarios directos (taxas e prezos públicos), os propios contribuíntes da localidade (impostos municipais) e o resto dos contribuíntes, non necesariamente residentes (transferencias intergubernamentais e recurso ao crédito). A distribución ideal de custos dista de ser algo pacífico e evidente. A teoría económica só nos di que, cando os servizos son divisibles e polo tanto os usuarios identificables, se ademais estes servizos non teñen efectos distributivos relevantes, nin xeran externalidades moi evidentes, o mellor sería financiarlos mediante cargas directas sobre os usuarios. Dado que nas facendas locais hai bastantes servizos que cumpren estas condicións, o uso de taxas e prezos públicos debería ser máis intensivo e, se na práctica non o é, as razóns habería que buscalas no ámbito político (impopularidade e visibilidade destas) máis que no económico.

A partir de aí, a análise vólvese máis complexa, xa que, dadas as características dos impostos locais tradicionais (impostos de produto, parciais e de natureza real), sempre hai argumentos para dubidar da contribución á equidade deste tipo de tributos, o que unido aos factores políticos xa comentados (impopularidade e perceptibilidade superiores ás dos principais impostos estatais) fai os que desempeñan os gobernos locais máis partidarios dos peixes na man (transferencias intergubernamentais) que das canas para pescalos (corresponsabilidade fiscal).

Con todo, as propostas da Comisión fixéronse co criterio de potenciar a autonomía local, tanto desde o lado do gasto (para o que se propón incrementar as súas responsabilidades sobre todo nos ámbitos dos servizos sociais e especialmente no desenvolvemento dos vinculados á dependencia desde a proximidade) como tamén en materia tributaria. En todo caso, coñecedores das características intrínsecas dos impostos vixentes, as propostas tenden a “limpalos” de elementos populistas de dúbidas contribucións reais á equidade e a reformar radicalmente, onde se pode, a configuración dalgún deles.

Respecto ao primeiro destes asuntos, propónse minimizar o uso de exencións, bonificacións e demais beneficios fiscais con carácter xeral nos tributos locais. Dadas as mencionadas características de impostos de produto e de natureza real, entendemos maioritariamente que toda a pléiade de beneficios fiscais existentes erosiona notablemente a recadación tributaria, alimenta as tensións populistas entre os grupos políticos que reivindicán onde non gobernan o que negan cando o fan e, non menos importante, producen efectos moitas veces contrarios aos esperados en materia de equidade. Baste o exemplo das bonificacións por familias numerosas no imposto sobre bens inmobles (IBI) cando comparamos os casos de vivenda en propiedade e en alugueiro e temos en conta os fenómenos de translación aos inquilinos das cargas tributarias. O argumento subxacente é pois que, dadas as súas características, o obxectivo dos impostos locais debe ser

recadar, e outros obxectivos complementarios de interese social deberían ser alcanzados mediante instrumentos alternativos, vía gastos ou regulacións.

Por razóns similares, non nos mostramos especialmente entusiastas con propostas como recargar as vivendas desocupadas ou darlles un tratamento máis favorable ás vivendas habituais no IBI. Dado o carácter parcial que ten este tributo de base patrimonial, entendemos que no primeiro dos casos estaríamos a discriminar o aforro en función da súa materialización (inmóbles fronte a activos financeiros, por exemplo) e no segundo volveríamos atoparnos cos problemas de delimitación entre propietarios e inquilinos.

Si, en cambio, incluímos unha proposta de que a recadación procedente dos denominados BICE (bens inmóbles de características especiais) sexa compartida máis alá do municipio en que estea arraigado o ben de que se trate, por consideralo máis equitativo que a súa apropiación exclusiva por aqueles municipios que teñan a “sorte” de contar con algún deses bens.

No informe preséntanse outras propostas, cremos que de interese en materia de valoración de inmóbles, reforma dos impostos de actividades económicas, determinación de bases impositivas e puntos de conexión no imposto sobre vehículos de tracción mecánica, ou tributación xenérica de empresas de subministracións, pero voume deter un pouco máis nas tres propostas máis innovadoras realizadas en materia tributaria, isto é, un novo *imposto de plusvalía municipal* que substitúa ao actual imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana, un *imposto sobre estancias turísticas* e, complementariamente, a posibilidade de establecer unha *recarga sobre o IRPF*.

3.2.1 Un novo imposto municipal sobre plusvalías inmobiliarias⁴

Se hai un tributo local que no momento presente parece ferido de morte polos seus avatares nos tribunais, ese é o imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana, talvez máis coñecido como a *plusvalía municipal*. Certamente, o asunto non é novo, xa que a configuración legal do imposto veu sendo cuestionada case unanimemente na literatura académica, pola súa distancia á lóxica dun tributo que pretenda gravar plusvalías “reais”, como eufemisticamente marca a lei. En realidade, dicir que o incremento *real* é o resultado de aplicar unha porcentaxe (fixada libremente polo concello en virtude dos anos transcorridos) ao valor catastral do terreo no momento da transmisión parecería unha broma se non fose unha medida moi seria con consecuencias económicas relevantes para os contribuíntes. O feito de que ese xeito de determinar a base impositiva dea inevitadamente como resultado incrementos positivos foi o que rematou por facer efectivo o que era unha “morte anunciada”, en forma de declaración de inconstitucionalidade do tributo no momento en que a crise económica empezou a aflorar gran cantidade de minusvalías inmobiliarias.

Postos ante esta tesitura, a proposta da Comisión nesta materia é, sen dúbida, a máis radical e “rompedora” de cantas fixemos en materia tributaria. Dada a gravidade da situación en que quedan os concellos tras as sentenzas do Tribunal Constitucional para os casos de minusvalías e a fundada previsión de que ás devanditas sentenzas puidesen seguir outras do mesmo teor para casos de plusvalías calculadas por enriba do seu valor real, a nosa proposta é suprimir por completo o tributo actual e transformalo nun novo *imposto municipal sobre plusvalías inmobiliarias* que cuantifique o feito impositivo atendendo ao valor real (diferenza entre os valores de transmisión e adquisición), todo tipo de incrementos (incluíndo solo e construcións) de todo tipo de bens (rústicos, urbanos...) e calquera que sexan os prazos en que se xeraren (incluíndo tamén plusvalías de menos dun ano). O imposto segundo a nosa proposta sería deducible da base impositiva dos

impostos estatais análogos que gravan as ganancias patrimoniais (IRPF, imposto de sociedades) co obxectivo de corrixir supostos de dobre imposición.

Cremos que esta proposta responde moito máis á lóxica dun tributo como este no momento presente en que non se trata tanto de xustificalo pola ordenación do solo vinculada á política urbanística dos concellos como por unha manifestación clara e perfectamente localizada de capacidade de pagamento, máis ausente noutros tributos locais. Pódese aducir con certa razón que en realidade a nosa proposta mantén implícito certo grao de dobre imposición, na medida en que propomos a súa dedución da base e non da cota dos impostos estatais, especialmente no caso dun imposto progresivo como o IRPF. Non obstante, dúas foron as razóns que nos levaron a optar por esta solución. Por unha banda, a dedución completa da cota convertería de facto o tributo nunha transferencia intergubernamental (desde o Estado e as comunidades autónomas, que comparten o imposto e polo tanto perderían a recadación, cara aos concellos), o cal suporía un incentivo excesivo para que os municipios explotasen ao máximo o tributo, pois estarían a reducir notablemente o custo político de implantalo ao poder explicárlelos aos seus electores (ou polo menos á maioría deles, suxeitos ao imposto estatal) que o tributo non lles suporía un custo adicional. A outra razón é que as ganancias patrimoniais en forma de plusvalías inmobiliarias tributan no IRPF dentro da base do aforro e polo tanto a tipos marxinais máis reducidos que outras rendas ordinarias, o que na práctica faría menos importante a eventual dobre imposición.

3.2.2 Un novo imposto municipal sobre estancias turísticas

Unha demanda recorrente por parte dos municipios turísticos é que o modelo de financiamento local tome en consideración as súas peculiares características e compense os sobrecustos en que deben incurrir por despregar un abano de servizos que vai moito máis alá do que correspondería á súa poboación residente. Argumentan os representantes destes municipios que a circunstancia de contar cunha poboación de feito moi superior á de dereito, mesmo cando esta diferenza teña carácter estacional, os obriga a manter un despregamento de servizos cunha capacidade moi superior á que sería razoable se só se tivese en conta a poboación de dereito ordinaria, que é, por outra parte, a que contribúe con carácter habitual ao sostemento destes. Pénsese por exemplo nas necesidades vencelladas á recollida e tratamento de residuos, ou á seguridade cidadá. En consecuencia, o *lobby* das localidades turísticas vén reivindicando permanentemente financiamento adicional, normalmente en forma de maiores transferencias. Non obstante, na Comisión criamos que estes custos poderían ser mellor internalizados por medio dun imposto sobre as estancias turísticas, de maneira que fosen os beneficiarios esporádicos deses servizos os que contribúesen, sequera sexa parcialmente, ao seu sostemento, en lugar de facer recaer todo este custo adicional sobre a xeneralidade dos contribuíntes do país.

Certamente, o problema da sobredimensión de servizos por diferenzas entre residentes e usuarios dos servizos existe, sen que se circunscriba exclusivamente ao fenómeno turístico. A existencia de municipios cunha considerable masa de poboación flotante, que, en principio, consome servizos que non contribúe, ou contribúe pouco, a manter pode atoparse tamén en municipios con características de capitalidade administrativa ou comarcal, mesmo cando estas non teñan un atractivo turístico especialmente relevante. E, ademais, postos a buscar peculiaridades que puidesen servir de base para compensacións especiais de custos diferenciais, entre 8.000 municipios poderíamos atopar bastantes, desde os radicados en illas, con maiores dificultades de abastecemento, ata os municipios rurais que perden poboación, os de montaña que sofren maiores problemas de illamento invernal ou os que padecen problemas ambientais por aglomeración de industrias. Parece razoable que algunhas destas circunstancias sexan tidas

en conta á hora de deseñar eventuais transferencias de nivelación, pero entendemos que onde sexa posible internalizar custos é preferible facelo, e o novo *impuesto municipal sobre estancias turísticas* que propomos, tributo do que, por outra parte, hai abundante experiencia previa no contexto internacional, faríao.

No caso español existen algúns impostos autonómicos desta natureza (Balears e Cataluña). Non obstante, na nosa opinión, este tributo debería situarse no ámbito local, dado que son os concellos as administracións que soportan a maioría dos custos relevantes, polo cal sería necesario arbitrar os mecanismos pertinentes de coordinación e/ou compensación nunha eventual reforma. O novo imposto debería presentar un feito impositivo suficientemente amplo como para englobar todas as modalidades de estancias turísticas. A súa base impositiva debería ter en conta o número de estancias e na fixación da cota poderíase distinguir entre establecementos de distintas categorías, outorgando certa marxe á autonomía local.

3.2.3 Unha recarga potestativa sobre a cota líquida do IRPF

Finalmente, a última novidade que propomos, aínda que, a dicir verdade, sen demasiado entusiasmo, é a creación dunha recarga de carácter potestativo sobre a cota líquida do IRPF. Na nosa proposta esta aplicaríano directamente os municipios de máis de 20.000 habitantes e a través das deputacións no caso dos de menor tamaño. Sen dúbida un instrumento deste tipo incrementaría notablemente a autonomía fiscal dos municipios, a diferenza das actuais participacións territorializadas no IRPF, IVE e impostos especiais que, como se verá enseguida, propomos suprimir, integrando os seus rendementos na PIE.

Somos conscientes de que o actual IRPF non é precisamente un modelo de tributo equitativo. As súas sucesivas reformas privárono do carácter sintético que un día tivo e hoxe trata de forma diferenciada as rendas segundo a súa orixe, de maneira que se converteu en realidade nun imposto cuxa progresividade discrimina sobre todo entre salarios altos e salarios baixos. Con todo, segue sendo o principal instrumento redistributivo do noso sistema fiscal e, nalgunha medida, podería contribuír a dotar o sistema tributario local dun elemento de personalización do que agora carece.

3.3 Rescatando a nivelación⁵

Pasando ao terreo das transferencias, se algo se bota a faltar no noso modelo de financiamento é a presenza dun verdadeiro esquema de nivelación que contribúa a cubrir as fendas estruturais (non causadas por decisións políticas dos gobernos) entre capacidade fiscal e necesidades de gasto das entidades locais.

Como xa comentei con anterioridade, fronte ao que cabería esperar dun modelo de federalismo fiscal avanzado, a nosa Constitución consagra un esquema de relacións administrativas un tanto atípico, no cal non se establece unha estrutura piramidal tal que a Administración central se ocupe de nivelar as diferenzas interterritoriais a nivel de comunidades autónomas e estas fagan o propio coas entidades locais. No noso modelo, a eventual cobertura das fendas entre necesidades de gasto e capacidade fiscal das nosas localidades vénselle encomendando tamén á Administración central, que, aparentemente, trataría de solucionala por medio dunha transferencia incondicionada denominada PIE ou participación en ingresos tributarios do Estado, que supón en global pouco menos dun terzo dos ingresos locais, e iso malia que a propia Constitución española contecía unha referencia explícita ao feito de que as entidades locais deban participar tamén nos ingresos das CC.AA. A razón última deste “salto administrativo” polo cal a parte máis notable da cobertura externa das necesidades de gasto local “colgue” directamente da

Administración central hai que buscala na reticencia dos propios gobernos locais ante os puxantes gobernos autonómicos, que son vistos polos primeiros como unha sorte de “novos ricos” con ínfulas intervencionistas sempre ávidos por limitar a autonomía local. Non estou a dicir que esta percepción na práctica coincida coa realidade. Seguramente entre tantos municipios e tantas comunidades autónomas daríanse experiencias de todo tipo, pero o certo é que todo asomo de proposta académica de modificar ese *statu quo* nun sentido máis federalista chocou sempre coa reticencia dos representantes das entidades locais que preferían o diñeiro estatal, máis afastado, aos máis próximos (e seguramente por iso máis controladores) fondos autonómicos, sen que iso lles supuxese renunciar a reivindicar dotacións complementarias máis importantes (e, por suposto, incondicionais) das CC.AA., en forma de despregamento das denominadas PICA (participación en ingresos das comunidades autónomas).

Centrándonos no ámbito municipal, na actualidade a PIE mantén un sistema dual, que diferencia entre os concellos considerados “grandes”⁶ e o resto. Para os primeiros, as cantidades recibidas proceden da suma dunha porcentaxe fixa da recadación do IRPF no seu territorio máis unha porcentaxe do IVE e dos impostos especiais distribuídos con base na poboación municipal e no consumo rexional, ao que hai que engadir recursos procedentes dun fondo complementario de financiamento (FCF) que basicamente servía na súa orixe para manter o *statu quo*. A contía deste fondo determinouse para cada concello por diferenza entre a PIE recibida no ano base da última reforma (2004) e a contía das participacións territorializadas nos mencionados tributos, e a súa dotación evoluciona no tempo, para todos os municipios, ao mesmo ritmo que o fan os ingresos tributarios do Estado (ITE). Non existe, polo tanto, nada parecido a un sistema de nivelación para os grandes municipios. Antes ben, como é doado deducir do seu deseño, as inequidades de partida na repartición non só se manteñen, senón que se agrandan no tempo. Cómpre sinalar que o ano de instauración do modelo actual a distribución de recursos xa era inequitativa, pois víñase dun modelo que, a título de exemplo, ponderaba 2,80 os habitantes dos municipios de máis de 500.000 habitantes e só 1,50 os dos municipios comprendidos entre 100.000 e 500.000 malia teren as mesmas competencias de gasto. Este problema tende a agrandarse co paso do tempo, pois o modelo consolida para o ano seguinte as cantidades resultantes do modelo anterior e, sen incluír mecanismo ningún de nivelación, fai que as distintas partidas de financiamento evolucionen no tempo conforme taxas de crecemento diferentes (as participacións en tributos ás súas propias e o FCF, como dixemos, á de ITE), cando o peso de ambos os dous compoñentes da transferencia (impostos territorializados e FCF) é notablemente diferente entre municipios. Dese xeito, o grao de cobertura da fenda entre necesidade e capacidade só coincidirá para dous municipios por mera casualidade, xa que o sistema non está pensado para cubrila.

A situación é algo distinta no caso dos municipios “pequenos”. Neste caso a PIE distribúese de acordo cunha fórmula que inclúe criterios de necesidade (poboación ponderada por tramos), capacidade e esforzo fiscal. Aínda que a fórmula é aparentemente redistributiva, na práctica vese moi lastrada tanto polas deficiencias na información de base, que introducen nesgos nos cálculos de capacidade e esforzo, como pola consolidación dunha sorte de “dereitos adquiridos” ou cláusulas de *statu quo* que manteñen sobrefinanciados en termos relativos a boa parte dos pequenos municipios.

Pois ben, a nosa formulación para as transferencias consistiu, unha vez máis, en facer propostas tendentes a mellorar en equidade e en autonomía o sistema vixente, sen alterar a súa estrutura global, isto é, dando preponderancia á PIE e reforzando o seu carácter redistributivo,

suxerindo alternativas para un despregamento definitivo das PICA e, en todo caso, propondo a redución do grao de condicionalidade das transferencias de orixe autonómica.

En materia de PIE,ponse de manifesto a necesidade de negociar un acordo político que determine a contía inicial da achega do Goberno central ao sistema e estableza uns compromisos sobre a súa evolución e revisión (5 anos, por tradición, podería ser un prazo axeitado) co fin de lograr un sistema estable e flexible. A proposta concreta respecto aos criterios de evolución é que a contía inicial aumente de acordo cun índice mixto que combine o crecemento do ITE (calculado cun criterio de devindicación) e do PIB, criterio ademais coincidente co proposto pola Comisión para a reforma do financiamento autonómico. A idea é evitar que as decisións unilaterais dunha Administración afecten ao volume total de recursos das outras.

Respecto aos criterios de distribución garantés da equidade horizontal, dadas as disfuncións e inequidades postas de manifesto liñas arriba, a proposta da Comisión pode ser vista como bastante radical. Concretamente,proponse a eliminación do sistema de participación territorializada en tributos concretos que ata a data se aplica ás “grandes cidades”, deputacións, consellos e cabidos e a integración destes recursos nun sistema de fórmula cun claro obxectivo de nivelación. A distribución desta nova PIE ampliada basearíase en criterios de necesidade e capacidade fiscal para todos os municipios, independentemente do seu tamaño, aínda que se contempla utilizar criterios de necesidade diferentes para municipios grandes e pequenos. Máis en particular, para os municipios grandes proponse empregar como criterio único de necesidade a poboación (ponderada por tramos, co obxecto de internalizar eventuais custos de conxestión), mentres que para os pequenos se suxire empregar, ademais da poboación, indicadores complementarios que puidesen incorporar outros elementos diferenciais de custo unitario de provisión de servizos, na liña apuntada na sección destinada ao imposto sobre estancias turísticas. Pola súa banda, para aproximar a capacidade fiscal podería utilizarse algún indicador da valoración dos inmobles e da renda media municipal (por exemplo, as bases impositivas do IBI e o IRPF).

En canto ás deputacións, como indicadores de necesidade, proponse o uso da poboación oficial nos municipios de menos de 20.000 habitantes da provincia, co fin de sinalizar o marco competencial básico destas administracións. Unha variable complementaria sería o número de municipios de menos de 1.000 habitantes na provincia como variable representativa da función de apoio administrativo e de fixación da poboación ao territorio nos pequenos municipios. Por último, podería incluírse unha terceira variable de poboación axustada, que teña en conta na proporción axeitada a poboación da provincia, a poboación maior de 65 anos, a dispersión da poboación, a superficie provincial e, se é o caso, algunha outra variable orográfica co obxecto de aproximar os custos asociados ao exercicio das competencias provinciais.

Dada a radicalidade dos cambios incorporados nestas propostas, resultaría imprescindible aplicar as medidas de xeito gradual, co fin de suavizar os efectos da reforma.

Polo que respecta ás PICA, a verdade é que ata a data non calou a idea dun fondo autonómico de carácter incondicional a beneficio dos entes locais, de modo que na maioría das CC.AA. o que hai son sucedáneos que mesturan distintas formas de transferencias con diversos graos de condicionalidade e que, con escasas e honrosas excepcións,⁷ carecen das características desexables de permanencia, automatismo e previsibilidade.

Como é probable que se necesite algún tipo de incentivo para que as PICA futuras contribúan como un elemento estrutural máis a consolidar o marco financeiro das entidades locais, desde a Comisión suxerimos algunhas posibles vías mediante as cales as CC.AA. poderían achegar recursos a este instrumento financeiro, como por exemplo a transformación en incondicionais

dunha porcentaxe elevada das actuais transferencias condicionadas achegadas polas CC.AA. e a valoración de novas competencias, fundamentalmente en materia de servizos sociais e programas deportivos e culturais, que fosen eventualmente asumidas polos gobernos locais ao abeiro do principio de subsidiariedade.

En todo caso, entendemos que cada comunidade autónoma debería establecer os seus propios criterios de distribución, dada a natureza deste recurso.

4 A XEITO DE CONCLUSIÓN

“... en ocasións pensar é como pór en marcha unha lavadora baleira: aínda que permite comprobar que funciona, a roupa que quedou fóra seguirá estando sucia”.
(Philippe Claudel, *A investigación*)

Axiña haberá dous anos que se constituíron as últimas comisións para o estudo das reformas dos modelos de financiamento territorial (autonómico e local). Dous anos xa desde que se puxo en marcha unha vez máis a “lavadora baleira” que mencionaba Claudel. Desde aquela pasaron bastantes cousas en España. Cambiou o “inquilino da Moncloa”, vólvese respirar clima preelectoral, tanto no que se coñece como no que se especula. O que se sabe é que conclúen as lexislaturas na maioría das CC.AA. e hai que renovar tamén gobernos locais. De xeito que temos á vista, a prazo fixo, novas eleccións autonómicas e locais coa “roupa aínda sucia”. A incerteza afecta á Administración central, onde o cambio de Goberno non conseguiu traer consigo unha maioría estable que garanta a duración da lexislatura. O que si parece claro é que esta vez tampouco haberá “fumata branca” en materia territorial. A reforma, como o ceo da película, pode esperar...

Neste artigo quixen repasar as propostas máis audaces que saíron desa “lavadora baleira”, que dalgún xeito demostran que a máquina de pensar polo menos funciona e está activa á espera de que a quen lle corresponda teña a ben nalgún momento facer a bogada, aínda que sexa cambiando de deterxente. Entre tanto seguiremos vivindo na melancolía das horas inutilmente desperdiciadas.

5 BIBLIOGRAFÍA

Comisión de expertos para a revisión do sistema de financiamento local. 2017. *Análisis de propuestas de reforma del sistema de financiación local*. Madrid: Ministerio de Facenda e Función Pública. http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/CDI/Sist%20Financiacion%20y%20Deuda/InformacionEELLS/2017/Informe_final_Comisi%C3%B3n_Reforma_SFL.pdf

Muñoz Merino, A., e Suarez Pandiello, J. 2018. «Reformando la financiación local. ¿Un viaje o una excursión?», *Presupuesto y Gasto Público*, 92: 19-37.

Suárez Pandiello, J. 2017. «De cómo olvidamos las PICAs en Flandes», *Presupuesto y Gasto Público*, 89: 91-119.

NOTAS

- 1 Para consultar o texto completo, véxase Comisión, 2017. Para unha versión máis resumida, Muñoz Merino e Suárez Pandiello, 2018.
- 2 Con algunhas soadas excepcións, como son as relativas aos territorios forais ou as grandes cidades de Madrid e Barcelona.
- 3 Gran parte dos argumentos utilizados de aquí en diante foron xa presentados nun resumo máis detallado das propostas da Comisión en Muñoz Merino e Suárez Pandiello, 2018.
- 4 Este apartado reproduce en esencia o exposto en Muñoz Merino e Suárez Pandiello, 2018.
- 5 O núcleo central deste apartado está extraído tamén de Muñoz Merino e Suárez Pandiello, 2018.
- 6 Véxase o apartado 2 anterior.
- 7 Véxase Suárez Pandiello, 2017: 91-119.

O financiamento local e o futuro do imposto sobre plusvalías

La financiación local y el futuro del impuesto sobre plusvalías

Local public finance and the future of the municipal added value tax



MARÍA CADAVAL SAMPEDRO

Profesora contratada doctora de Economía Aplicada
Universidade de Santiago de Compostela
maria.cadaval@usc.es

Recibido: 3/10/2018 | 22/01/2019

Resumo: A facenda local foi mudando a súa face á par que o fai a sociedade, nunha procura incesante da eficiencia na prestación dos servizos públicos e os medios axeitados de financiamento que os sosteñan. As tensións institucionais seguen vixentes e os problemas de redimensión institucional son moeda corrente nos debates conceptuais, aínda inconclusos, sobre a mellor forma de adaptar os límites administrativos á realidade local. Pero, sen dúbida, nos últimos tempos o debate sobre o financiamento gañou protagonismo, máis aínda despois de que o Tribunal Constitucional admitise a inconstitucionalidade do imposto sobre o incremento do valor dos terreos de natureza urbana, por ser a súa regulación contraria á capacidade económica dos contribuíntes. Tras un repaso sobre a realidade local española, neste traballo propóñense tres respostas posibles para devolver a constitucionalidade ao imposto e a seguridade xurídica ao contribuínte.

Palabras clave: Facenda local, financiamento, imposto sobre o incremento do valor dos terreos de natureza urbana.

Resumen: La hacienda local ha ido mudando su faz a la par que lo hace la sociedad, en una búsqueda incesante de la eficiencia en la prestación de los servicios públicos y los medios adecuados de financiación que los sostengan. Las tensiones institucionales siguen vigentes y los problemas de redimensión institucional son moneda corriente en los debates conceptuales, aún inconclusos, sobre la mejor forma de adaptar los límites administrativos a la realidad local. Pero, sin duda, en los últimos tiempos el debate sobre la financiación ha ganado protagonismo, más aún después de que el Tribunal Constitucional admitiese la inconstitucionalidad del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, por ser su regulación contraria a la capacidad económica de los contribuyentes. Tras un repaso sobre la realidad local española, en este trabajo se proponen tres respuestas posibles para devolver la constitucionalidad al impuesto y la seguridad jurídica al contribuyente.

Palabras clave: Hacienda local, financiación, impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana.

Abstract: Local governments has been moving his face to society makes it, in a search for efficiency in the provision of public services and the appropriate financing. Institutional tensions remain and resizing institutional problems and debates about the best way to adapt administrative boundaries to the local reality. But certainly in recent times the debate on financing has gained prominence, moreover, since the Constitutional Court supported the unconstitutionality of the Tax on the Increase in the Value of Urban Lands. After a review the Spanish local reality, this paper proposed three possible responses to return the constitutionality to the tax and legal certainty to taxpayers.

Key words: Local government, local public finance, Tax on the Increase in the Value of Urban Lands.

Sumario: 1 Introducción. 2 A realidade administrativa local e as súas funcións. 3 O financiamento municipal. 4 O imposto sobre o incremento do valor dos terreos de natureza urbana. 5 Conclusións. 6 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

A Constitución de 1978 mudou a configuración administrativa española coa creación das comunidades autónomas. A facenda autonómica consagrouse como o nivel intermedio de goberno e transformou un Estado fortemente centralizado nun modelo cuasifederal, que pasou por diferentes etapas marcadas pola renovación dos sucesivos sistemas de financiamento. Os gobernos autonómicos foron pugnando co Estado central por maiores funcións e repartición de recursos, o que xerou friccións constantes ás veces centrífugas outras veces centrípetas. A competencia non só é vertical, senón tamén horizontal, cando os entes autonómicos compiten entre si polos recursos que lle permitan exercer con liberdade a súa autonomía. Este modelo, concibido en tres dimensións ou niveis, segue inacabado tamén no ámbito local, ben que a súa dinámica dista moito da descrita para as comunidades autónomas.

A estrutura administrativa local española non é de recente construción. Foi concibida baixo a constrición institucional do século XIX e permanece practicamente igual que cando se fraguou. Os municipios serviron para vertebrar o territorio, e as deputacións foron, durante moito tempo, o brazo executor do goberno central, cando aínda non había chanzo intermedio de goberno. Hoxe en día a realidade funcional e relacional cambiou de xeito significativo, mentres as corporacións locais seguen ancoradas no pasado. Deste modo, moitos dos problemas pretéritos seguen de actualidade no presente: o minifundismo municipal, as grandes aglomeracións urbanas sen unha solución coherente, a permanencia das deputacións no Estado das autonomías, un sistema de competencias arcaico e duplicado ou, nalgúns casos, triplicado, e unha xestión fragmentada e obsoleta, que xogan en contra de formulacións estruturantes capaces de organizar unha prestación moderna de servizos.

Con todo, o mundo local e en concreto o nivel municipal é complexo e ten, polo menos, unha configuración dual. En liña co que sucede na maior parte dos países avanzados, a poboación volveuse urbana. Os procesos de urbanización son irreversibles e avanza ata converterse na realidade da maior parte da poboación. A esta dinámica hai que engadir a estática dos límites administrativos, que non se adaptaron a este movemento. As disfuncionalidades conxunturais acaban por converterse en estruturais e a sociedade sofre elevados custos de conxestión, acompañados de ineficientes modelos de mobilidade, que se revelan. Xunto con isto, a realidade rural, pequenos municipios, con pouca poboación e con tendencia negativa na maior parte dos casos. Máis de 4.000 municipios en España enfróntanse a un abismo demográfico que non fai máis que crecer e que os pon en risco de desaparición, ao careceren dunha estrutura mínima de administración que poida dar resposta ás demandas dunha poboación envellecida e, habitualmente, dispersa.

Por se fose pouco, a esta realidade uniuse nos últimos anos a crise económica, que fixo das entidades locais a batente de todas as demandas sociais urxentes e importantes, que se afastan dos servizos tradicionais e introduce novas obrigas que van asumindo *de facto* os municipios, para os que non hai financiamento suficiente. Esta foto fixa permite observar unha casuística difícil de extrapolar nun revelado incapaz de enmarcala nun único modelo de prestación de servizos públicos e, mesmo, sen un encaixe de financiamento. Tras a decepción resolutive que achegou a Lei 27/2013, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, segue sendo preciso clarificar o menú competencial dos servizos que prestan os municipios individualmente ou da man das deputacións que o lexislador quixo manter. Pero ademais hai que considerar que os cidadáns cambiaron, adoptan un rol de “clientes” que demandan servizos e prestacións de calidade, pero tamén rigor no control. Impóñense novas fórmulas de xestión municipal, abríndose paso en medio das dificultades prestacionais descritas e unha insuficiente capacidade fiscal e técnica que fai inviable –de momento– unha Administración máis eficiente.

É imprescindible atender os deberes pendentes: delimitar primeiro cales van ser os servizos a prover para despois deseñar un modelo de financiamento –acorde coa realidade– que permita a súa cobertura e recompor a Administración de acordo coa coherencia necesaria entre os espazos, esgotando todas as posibilidades de cooperación como paso previo á racionalización que ha de chegar da man da fusión municipal e a reconsideración das deputacións.

2 A REALIDADE ADMINISTRATIVA LOCAL E AS SÚAS FUNCIÓNS

A configuración dunha variada realidade internacional no ámbito local é a mostra de que se foron articulando organizacións territoriais desiguais, a través das que cada país busca o seu propio punto de equilibrio entre a necesidade dunha xestión de proximidade e a disposición de colectividade de talle suficiente como para asegurala. Certos Estados optaron pola homoxeneidade a nivel local, mentres outros, como os federais e algúns unitarios –España, Italia, Irlanda ou Reino Unido– prefiren a diversidade. As estruturas locais desenvolvidas presentan características específicas, destinadas a ter en conta as particularidades dos territorios. Resumírono ben Bish e Ostrom (1973) ao sinalaren que a Administración “non estará preocupada pola simplicidade e simetría, senón coa diversidade, variedade e sensibilidade das preferencias dos electores”.

De xeito sintético, é habitual distinguir dous grandes modelos locais: o dos países unitarios e o dos federais, ao lado dos que xorde a categoría dos rexionalizados ou cuasifederais, aínda que xuridicamente son unitarios, diferéncianse do resto no papel que reservaron ás rexións, como é o caso de España. Malia estas diferenzas, a dimensión comparada da facenda local española é menor que a do ámbito máis próximo. Apenas alcanza un 6% do PIB, fronte á media do 11,1%, mesmo por debaixo dos países máis descentralizados a nivel rexional. A súa evolución desde 2008 foi dun forte descenso no gasto local –7,7% en termos de PIB en peso relativo– en contraposición coa media da UE –que apenas caeu un 2%–.

A actividade financeira local non é sinxela de estudar, nin pola súa composición nin tampouco polo seu tamaño. Segundo recoñece a Constitución española, as entidades locais territoriais están formadas polos municipios, as provincias e as illas, aínda que son tamén recoñecidas na LRBRL as mancomunidades, áreas metropolitanas, bisbarras, agrupacións de municipios, entidades locais de ámbito inferior ao municipal, así como tamén algúns consorcios. Segundo a última información publicada polo Ministerio de Facenda e Administracións Públicas, a día de hoxe o

número de entidades locais territoriais supera as 13.000 e os organismos autónomos alcanza os 3.230. Hai 8.120 municipios e dúas cidades autónomas –Ceuta e Melilla–.

Se nos detemos no nivel municipal, é evidente que tampouco o tamaño é homoxéneo. Ao lado dun elevado número de pequenos municipios, conviven uns poucos grandes, onde se concentra a poboación. Esta situación de elevada fragmentación local, cos conseguíntes custos de inconsistencia entre o territorio funcional, institucional e relacional, non se acompañou de incentivos para unha reformulación administrativa.

Non hai fórmulas de colaboración eficientes que, con carácter xeral, se estean a aplicar para aproveitar a xestión pública eficiente e favorecer o aproveitamento das economías de escala na provisión de bens e servizos públicos. Mentres, o rural desertifícase e as cidades masifícanse. Están preparadas para encarar os retos de crecemento –coas exigencias de economía sustentable que se impoñen– as entidades locais?

3 O FINANCIAMENTO MUNICIPAL

A argumentación clave da teoría do federalismo fiscal é que os beneficios da descentralización deben estar positivamente correlacionados coa variación xeográfica na demanda de bens e servizos públicos¹. O mesmo acontece coa asignación de tributos ás estruturas gobernamentais, intimamente ligada ás competencias asumidas e ao sistema de transferencias a elas inherente. Poderíamos pensar, en principio, que unha división dos impostos, taxas e contribucións especiais de xeito independente entre as diversas xurisdicións sería a mellor forma de garantir a súa autonomía financeira. Non obstante, se tivéssemos que elixir entre a centralización impositiva ou a separación total das fontes de ingresos, probablemente ningunha das dúas fose a óptima, pois a aqueles problemas habería que engadir os de equidade, para o que é necesario modular un sistema redistributivo, articulado, xeralmente, a través de transferencias. A cuestión radica, pois, en atopar o *trade-off* adecuado entre equidade e responsabilidade.

Alguns autores consideran que a postura dominante da facenda local norteamericana responde aos postulados establecidos no teorema TOM², onde os municipios se configuran como *clubs* equilibrados a través do “voto cos pés”, asegurando unha repartición de poder local na cal non hai lugar para o control do goberno central, aínda a pesar da posible falta de equidade. A Administración local europea preséntase como un sistema en que os gobernos se imbrican co sector público nacional, ofrece servizos a través dun financiamento centralizado, axudados dunha limitada mobilidade interxurisdiccional e uns servizos redistributivos inzados de efectos *spillovers*. O federalismo europeo, cualificado de administrativo, combina un sector local con gran marxe de gasto co mandato e o financiamento centralizado e unha débil descentralización nos ingresos. Esta xeneralización agocha tras si grandes diferenzas na composición do orzamento de ingreso local en Europa que, sen ánimo de simplificar, podemos clasificar en catro sistemas básicos de financiamento: o modelo dos países nórdicos, o anglosaxón, o dos países latinos e o dos países federais.

O financiamento dos gobernos locais nos países nórdicos europeos (Dinamarca, Suecia, Noruega e Finlandia) vén caracterizado pola preeminencia do imposto sobre a renda individual, establecido sobre bases impositivas compartidas co nivel central, e con amplas marxes de manobra sobre os tipos impositivos. Modelo oposto é o que presentan os países anglosaxóns, dentro dos que podemos encadrar tanto Estados unitarios –Reino Unido ou Irlanda– como federais: Canadá, Australia ou os EE.UU. Na súa estrutura impositiva local ten un predominio absoluto o

imposto sobre a propiedade inmoble, cun trato diferencial segundo o seu uso sexa residencial, industrial, etc., acompañado de recursos nada desprezables procedentes de transferencias inter-gobernamentais. O modelo xermánico ou continental, presente en Suíza, Alemaña ou Austria, caracterízase por que o peso do financiamento recae sobre a participación nun ou varios dos grandes impostos federais, con potestade á hora de fixar os tipos impositivos. Os recursos locais dos países mediterráneos do sur de Europa están máis diversificados, apóianse en varios impostos propios, á vez que na participación en tributos doutras administracións públicas. No sistema latino é importante a presenza dos impostos sobre a propiedade e a actividade económica –especialmente en Francia– e chama a atención a ausencia de tributos sobre a renda individual.

No caso español, na liña do último modelo descrito, debemos sinalar que a inconsistencia dos límites administrativos e o azoute da crise económica non son óbice para que o comportamento da facenda local fose rigoroso en canto ao cumprimento dos obxectivos de déficit. O gasto local desde o comezo da crise reduciuse de xeito significativo, máis do 7% do PIB ata 2015, cinco puntos por enriba da caída que experimentaron outros países da contorna. Ao tempo que caía o gasto, os ingresos incrementáronse por enriba do 8%. A combinación de ambos os dous factores xerou un superávit orzamentario sen parangón nos outros niveis de administración. Menos satisfacción reporta deterse na composición destes ingresos, onde destaca o peso relativo dos impostos, que superan o 52%. A volta á configuración máis clásica da facenda local nos últimos anos favoreceu que o esforzo fiscal de entidades locais se traducise en maior disciplina, cunha imposición baseada, fundamentalmente, nos impostos sobre a propiedade (gráfico 3).

O actual sistema de financiamento local –pendente de reforma unha vez concluído o informe da Comisión de Expertos designada para o efecto– fundaméntase no disposto no Real decreto lexislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei reguladora das facendas locais. Neste RD refúndense as reformas instrumentadas a través da Lei 51/2002, do 27 de decembro, e a Lei 62/2003, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e de orde social, que afectan tanto ao ámbito tributario como ao financeiro. No momento da súa aprobación, ademais de explicitar como obxectivos os de garantir os principios constitucionais de suficiencia e autonomía das corporacións locais –compatible coa exención do imposto sobre actividades económicas para máis do 90% dos contribuíntes, o segundo en importancia recadatoria despois do IBI en 2002–, deseñouse un sistema de financiamento que entrou en vigor en 2004 no cal se recolleron novas variables e ponderacións do financiamento municipal para facela estable no tempo, á vez que se cedeu por primeira vez unha parte da recadación do IRPF, IVE, IIEE sobre alcohol, hidrocarburos e os labores do tabaco, aos municipios de máis de 75.000 habitantes e/ou capitais de provincia, así como un tratamento específico para aqueles municipios turísticos –poboación superior a 20.000 habitantes– que teñan máis vivendas de segunda residencia que principais.

Desde o punto de vista positivo, esta modificación xerou que os ingresos das facendas locais se incrementasen de xeito diferencial desde 2004, de tal maneira que crecen os ingresos sobre as transferencias correntes que reciben do Estado e, en menor medida, as taxas. Os ingresos impositivos tiveron un comportamento específico, debendo destacar o forte incremento da presión fiscal sobre os tributos que gravan bens inmobles, fundamentalmente o imposto de bens inmobles (IBI), pero tamén o imposto sobre o incremento do valor dos terreos de natureza urbana (IIVTNU), coñecido como o imposto sobre as plusvalías (gráfico 4).

O IBI pasou de recadar 6.780 millóns de euros en 2005 a 13.794 en 2015, cun incremento superior ao 200%, ao que axudou o gravame que afecta ás vivendas desocupadas e a revisión dos

valores catastrais. O IIVTNU vai por detrás, aínda que evoluciona de xeito significativo. Pasou de recadar 1.345 millóns en 2005 a 2.677 millóns unha década despois, o que o sitúa no segundo imposto en recadación, escalando dous postos.

É importante sinalar que este comportamento de preeminencia dos impostos inmobiliarios sobre o total se produce en todos os municipios, sexa cal sexa o seu tamaño, aínda que o maior peso do IBI sobre o total o ten nas entidades con menos de 5.000 habitantes, seguidos polo tramo de 5.000-20.000 e de 20.000-50.000. Os ingresos relativos do imposto sobre o incremento do valor dos terreos de natureza urbana son predominantes nos municipios máis grandes, achegan un 24,8% do total da recadación dos impostos directos nas entidades con máis de 1.000.000 de habitantes.

Unha vez descrita a importancia dos ingresos derivados da propiedade inmobiliaria sobre o financiamento impositivo local, cabe preguntarse se isto seguirá a ser así a partir da reforma pendente e, sobre todo, se pode cambiar unha vez que se adapte o imposto sobre o incremento do valor dos terreos de natureza urbana ás sentenzas que poñen en dúbida a súa legalidade.

4 O IMPOSTO SOBRE O INCREMENTO DO VALOR DOS TERREOS DE NATUREZA URBANA

O IIVTNU é un imposto directo, de carácter real –non ten en conta as circunstancias persoais–, obxectivo, non periódico, de carácter potestativo³ e titularidade municipal, cuxo desenvolvemento regulamentario o levan a cabo as correspondentes ordenanzas fiscais aprobadas polos concellos. Grava o incremento de valor que experimentan os terreos urbanos –non os rurais– que se poñen de manifesto como consecuencia da transmisión da propiedade dos terreos por calquera título ou da constitución ou transmisión dalgún dereito real de desfrute, limitativo do dominio sobre os referidos terreos. A base imponible é susceptible de ser modificada polos concellos en casos de revisión dos valores catastrais e establecer o tipo de gravame por debaixo do 30%.

O artigo 107 do texto refundido da Lei reguladora das facendas locais, que no seu punto 1 establece que a base imponible do imposto está constituída polo *“incremento do valor dos terreos, posto de manifesto no momento da devindicación e experimentado ao longo dun período máximo de 20 anos. Para os efectos de determinación da base, deberá terse en conta o valor do terreo no momento da devindicación, de acordo co previsto nos apartados 2 e 3 deste artigo, e a porcentaxe que corresponda en función do previsto no apartado 4”*.⁴

Mentres, o punto 2 institúe que *“o valor do terreo no momento da devindicación resultará do establecido nas seguintes regras:*

a) *Nas transmisións de terreos, o valor destes no momento da devindicación será o que teñan determinado nese momento para os efectos do imposto sobre bens inmóbeles. Non obstante, cando o dito valor sexa consecuencia dun cadro de valores que non reflecta modificacións de planeamento aprobadas con posterioridade á aprobación do citado relatorio, poderase liquidar provisionalmente este imposto conforme aquel. Nestes casos, na liquidación definitiva aplicarase o valor dos terreos unha vez que se obteña conforme os procedementos de valoración colectiva que se instrúan, referido á data da remuneración. Cando esta data non coincida coa de efectividade dos novos valores catastrais, estes corríranse aplicando os coeficientes de actualización que correspondan, establecidos para o efecto nas leis de orzamentos xerais do Estado.*

Cando o terreo, mesmo sendo de natureza urbana ou integrado nun ben inmóbel de características especiais, no momento da devindicación do imposto, non teña determinado valor catastral nese

momento, o concello poderá practicar a liquidación cando o referido valor catastral sexa determinado, referindo o dito valor ao momento da devindicación.

b) Na constitución e transmisión de dereitos reais de desfrute limitativos do dominio, as porcentaxes anuais aplicaranse sobre a parte do valor definido no parágrafo a) anterior que represente, respecto daquel, o valor dos referidos dereitos calculado mediante a aplicación das normas fixadas para os efectos do imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados.

c) Na constitución ou transmisión do dereito a elevar unha ou máis plantas sobre un edificio ou terreo, ou do dereito de realizar a construción baixo solo sen implicar a existencia dun dereito real de superficie, as porcentaxes anuais aplicaranse sobre a parte do valor definido no parágrafo a) que represente, respecto daquel, o módulo de proporcionalidade fixado na escritura de transmisión ou, no seu defecto, que resulte de establecer a proporción entre a superficie ou volume das plantas a construír en voo ou subsolo e a total superficie ou volume edificadas unha vez construídas aquelas.

d) Nos supostos de expropiacións forzosas, as porcentaxes aplicaranse sobre a parte do prezo xusto que corresponda ao valor do terreo, salvo que o valor definido no parágrafo a) do apartado 2 anterior fose inferior, caso en que prevalecerá este último sobre o prezo xusto".

Unha vez determinado o valor do terreo, tendo en conta as deducións, aplicarase a porcentaxe anual que determine cada concello, cos seguintes límites máximos:

Período 1-5 anos	Período de ata 10 anos	Período de ata 15 anos	Período de ata 20 anos
3,7	3,5	3,2	3

Unha vez achado o valor corrixido do terreo, aplícase o tipo de gravame, que pode moverse entre o 0% e o 30%.

De acordo con este repaso normativo, debemos chamar a atención en que, de acordo coa redacción deste artigo, o incremento de valor que está a gravar o imposto é presunto, ao tomar como referencia o valor catastral e non o valor real da transacción. Sobre este suposto vén de ditar sentenza o Tribunal Constitucional, TC59/2017, do 11 de maio, que ten como precedente as SSTC 16/2017 e 37/2017, que declarou inconstitucionais e nulos, na medida en que someten a tributación situacións de inexistencia de incrementos de valor, os apartados 1 e 2.a do artigo 107 e 110.4 do TRLRFL antes sinalados. O Tribunal Constitucional establece que en ningún caso se pode instaurar un "tributo tomando en consideración feitos que non sexan expoñentes dunha riqueza real ou potencial, ou, o que é o mesmo, aqueles supostos en que a capacidade económica gravada polo tributo sexa non xa potencial, senón inexistente, virtual ou ficticia"⁵. O TC elimina a posibilidade de que a aplicación automática dos coeficientes previstos na norma do valor catastral xere un incremento ficticio nalgúns casos, polo que a mera titularidade dun terreo durante un determinado período non pode producir automaticamente un aumento de valor, senón que haberá que probalo, producíndose en ocasións o paradoxo de que por mor da crise económica se tivesen producido perdas na transmisión e o seu titular tivese que tributar como se tivese obtido unha plusvalía. Carece de sentido ningún que se sometan a tributación situacións inexpresivas de capacidade económica, o que contradí o principio constitucional de capacidade económica: "parece claro que a circunstancia de que o nacemento da obriga tributaria se fixese depender, entón e tamén agora, da transmisión dun terreo podería ser unha condición necesaria na configuración do tributo, pero de ningún xeito se pode erixir nunha condición suficiente nun tributo cuxo obxecto é o incremento de valor dun terreo. Ao feito desa transmisión cómpre engadirle, polo tanto, a necesaria materialización dun incremento de valor do terreo, expoñente dunha capacidade económica real ou, polo menos, potencial. Non obstante, cando non se produciu ese incremento no valor do terreo

transmitido, a capacidade económica pretendidamente gravada deixa de ser potencial para converterse en irreal ou ficticia, violándose con iso o principio de capacidade económica (art. 31.1 CE)".

Na mesma liña que apuntou o Tribunal Constitucional sentenciou tamén o Tribunal Supremo, que fixo súa a doutrina do primeiro. A Sentenza TS 1163/2018 recolle que a liquidación do imposto sobre o incremento do valor dos terreos de natureza urbana poderá ser anulado cando o contribuínte demostre a inexistencia dunha plusvalía real e efectiva, sendo a Administración a que probe en contra: *"Achegada... –por calquera medio– polo obrigado tributario a proba de que o terreo non aumentou de valor, deberá ser a Administración a que probe en contra das ditas pretensións para poder aplicar os preceptos do TRLFL que a decisión da STC 59/2017 deixou en vigor en caso de plusvalía"*.

Esta lóxica que supuran as citadas sentenzas non parecen estar presentes na práctica, pois é coñecido que a crise económico-financeira que marcou a última década económica de España non se viu reflectida na recadación impositiva inmobiliaria e moito menos a recadación do imposto sobre plusvalías, que, como se pode apreciar nos dous gráficos que seguen, non deixaron de gañar en importancia absoluta e relativa sobre a recadación impositiva municipal. Chama a atención que este crecemento se producise de xeito significativo nos municipios máis grandes (gráfico 7).

O imposto sobre o incremento do valor dos terreos de natureza urbana non só é o segundo en recadación para aqueles municipios que o exixen, 3.708, senón que ten un comportamento diferenciado segundo o tramo de poboación municipal. Debemos indicar, non obstante, que este peso é desigual: maior nas entidades locais de Andalucía, Asturias, Cataluña, Murcia ou A Rioxa, que manteñen uns tipos impositivos por enriba da media e unhas reducións por debaixo; moito menor, no extremo contrario, Galicia, cuxa inhibición fiscal local é coñecida e reflíctese tamén neste imposto, que o exixen o 30% das entidades –por debaixo da media–, cuns tipos e unha recadación por debaixo da media nacional.

Malia a evidencia recadatoria e a importancia relativa sobre outros impostos, as sentenzas antes citadas fan precisa unha modificación no imposto ou, mesmo, a súa supresión. Que facemos co imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana? Desde o punto de vista teórico, unha parte importante da doutrina avala os fundamentos que lles outorgan aos impostos sobre a propiedade un papel determinante no financiamento das facendas locais, tal como sucede na maior parte dos países da OCDE, pero os modelos non son uniformes. Diversos estudos⁶ cuantificaron en máis de medio centenar as formas diferentes de aplicar o financiamento local sobre a propiedade nos tipos impositivos, o valor para o cálculo das bases, etc.

Coñecidas as distintas opcións de gravame e os problemas inherentes á determinación da base imponible e o cálculo da plusvalía, as propostas de solución poderían pasar polos tres escenarios seguintes:

A eliminación do imposto, que daría resposta non só aos problemas identificados polos tribunais Constitucional e Supremo, senón que tamén eliminaría de raíz as discusións sobre dobre imposición que xorden fundadas sobre o gravame de plusvalías noutros tributos tales como o imposto sobre a renda das persoas físicas. Non obstante, esta "cura" radical traería desvantaxes asociadas á perda dun elemento importante de control sobre os inmobles e afectaría negativamente aos recursos das entidades locais, que, en todo caso, deberan ser compensadas polo Estado central.

Unha terapia de choque en forma de cambio sobre un elemento substancial do imposto implicaría, por exemplo, modificar o cálculo da base imponible, deslígala do valor catastral e

baseala na diferenza entre o valor real da transmisión e de adquisición, logo da corrección dos efectos da inflación. Un paso máis adiante para actualizar e converter o IIVTNU nun imposto sobre todas as plusvalías inmobiliarias obrigaría a actuar sobre o feito impositivo e determinar as bases impositivas sometendo a gravame os incrementos de valor dos inmobles de calquera natureza –urbana e rústica– independentemente do seu carácter temporal –tamén as inferiores a un ano– e engadindo elementos que eviten a dobre imposición⁷.

A peor solución, aínda que a máis sinxela, consiste en aplicar unha maquillaxe transitoria que introduza exclusivamente a modificación legislativa obrigada para adaptar o imposto ás exixencias das sentenzas, volvendo á redacción da Lei 39/1988 –ou algunha semellante– que grave a plusvalía real e non a presunta, ou ben que incorpore unha exención das minusvalías e, no seu defecto, determinar a non suxeición en caso de perdas na transmisión.

Malia estas opcións e á espera de ver qué parte das recomendacións que fixo a Comisión para a Reforma das Facendas Locais se teñen en conta, de momento está en marcha unha proposición de lei acordada coa Federación Española de Municipios e Provincias (FEMP) que opta pola mera adaptación da normativa á sentenza, é dicir, a non suxeición ao imposto cando o contribuínte poida acreditar que non obtivo plusvalía na transmisión dun terreo de natureza urbana. No caso contrario, o imposto seguirá aplicándose igual que agora. Este suposto afástase, pois, das medidas antes apuntadas para unha reforma en profundidade.

Mentres tanto, a inseguridade xurídica do contribuínte é palpable: algúns concellos seguen liquidando o imposto igual que o facían antes e deixan en mans do contribuínte a carga da proba sobre a inexistencia da plusvalía; outros decidiron non aplicalo, considerando que a declaración de inconstitucionalidade é suficiente para non exililo; os que máis, están expectantes ante a próxima modificación normativa.

5 CONCLUSIONES

A fragmentación municipal segue a ser un lastre para a facenda local e clama por un pulo que incentive a súa reordenación, co fin de aproveitar as economías de escala na prestación dos bens e servizos públicos locais, á vez que logre unha xestión pública máis moderna e eficiente.

Despois do axuste constatado en termos de disciplina fiscal, o novo modelo parece xirar cara a unha facenda local clásica, que gasta en servizos tradicionais e os seus ingresos impositivos se ven nutridos por tributos sobre a propiedade, a través dos que exerceron unha forte presión fiscal nos anos máis duros da crise. Difícilmente isto pode seguir así, máis aínda se non se pon solución ao problema que suscitou o pronunciamento xudicial acerca do imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana.

O IIVTNU é un clásico no catálogo tributario das entidades locais, que chegou a ter a súa forma actual despois de varias modificacións normativas sufridas desde a súa regulación orixinal en 1919. España non é unha excepción, a maior parte dos países exixen un imposto sobre plusvalías, ben que a súa configuración varía significativamente. O actual texto refundido da Lei reguladora das facendas locais introduciu un cambio na súa última reforma que agora foi obxecto dunha corrección severa por parte do Tribunal Constitucional –tamén do Tribunal Supremo–, e require dunha transformación que se fai agardar. Poderíase aproveitar o momento para reformalo en profundidade, de acordo co resto de tributos que gravan as plusvalías, aínda que parece que a tendencia apunta máis cara a unha mínima modificación que leve a gravar as plusvalías reais e non as presuntas, sen máis cambio.

Ninguén pon en dúbida a capacidade recadatoria do imposto sobre plusvalías, nin a súa achega ás arcas locais. É de recibo, polo tanto, agradecer os servizos prestados ao IIVTNU, pero tamén sinalar a imposibilidade de seguir exixíndose de xeito inconstitucional, mentres o contribuínte está asistido de inseguridade xurídica. Este *impasse* resolutivo durou xa demasiado tempo; cómpre que actúe o lexislador, se puidese ser mediante unha modificación global do sistema de financiamento local, mellor.

6 BIBLIOGRAFÍA

- Alesina, A., e Spolaore, E. 1997. «On the Number and Size of the Nations», *Quarterly Journal of Economics*, 112(4): 1027-1056.
- Bahl, R., e Linn, J. 1992. *Urban Public Finance in Developing Countries*. Oxford: Oxford University Press.
- Bennet, R. (ed.) 1990. *Decentralization, Local Governments and Markets: Towards a Post-Welfare Agenda*. Oxford: Oxford UP.
- Blanc, J. 2002. *Finances Locales Comparées*. París: LGDJ.
- Bird, R., e Vaillencourt, F. (eds.) 1999. *Fiscal Decentralization in Developing Countries*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bird, R.; Ebel, R., e Wallich, C. (eds.) 1995. *Decentralization the Socialist State*. Washington: Mimeo World Bank.
- Bish, R. L., e Ostrom, V. 1973. *Understanding Urban Government; Metropolitan Reform Reconsidered*. Washington DC: American Enterprise Institute for Public Policy Research.
- Boisvert, M. 2004. *Finances et Fiscalités Locales Comparées: Québec, Canada, Etats-Unis et Europe*. Mimeo.
- Brown, P. K., e Hepworth, M. 2000. *European Property Taxation. Working Paper*. Cambridge: Lincoln Institute.
- Carpizo, J. 2013. «La cuantificación de la base del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», *Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, 39.
- Chico, P. 2013. «Pérdidas de valor en el IIVTNU y principio de capacidad económica», *Revista Tributos Locales*, 111.
- Ministerio de Hacienda. 2018. *Hacienda Locales en Cifras*. Madrid.
- VV.AA. 2017. *Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Local*. Madrid: Ministerio de Hacienda.

Cadro 1. A facenda local europea: dimensión comparada

2015	Gasto local % PIB	Ingreso local % PIB	Gasto local /habitante	Gasto local/ % AAPP
UE	11,1	11,1	3.205	2,4
Eurozona	9,9	10,0	3.54	20,4
Bélxica	7,2	7,2	2.622	13,3
Alemaña	7,8	7,9	2.901	17,7
España	6,0	6,5	1.393	13,7
Austria	8,6	8,6	3.428	16,8

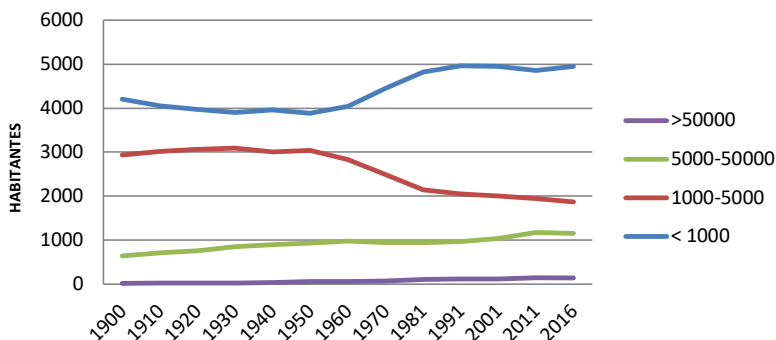
Fonte: Eurostat

Cadro 2. As entidades locais en España

ENTES LOCAIS (art. 137-141.4 CE)	8.174
Municipios	8.120
Cidades autónomas	2
Provincias de réxime común	38
Provincias de réxime foral	3
Illas	11
ENTIDADES LOCAIS (art. 3.2 LRBRL)	4.838
Mancomunidades	966
Áreas metropolitanas	3
Bisbarras	81
Agrupacións de municipios	78
Entidades locais menores	3.710
Outros entes locais	3.230
Consortios	457
Organismos autónomos locais	1.097
Entidades públicas empresariais	54
Sociedades mercantís locais	1.284
Sociedades mercantís participadas maioritariamente	250

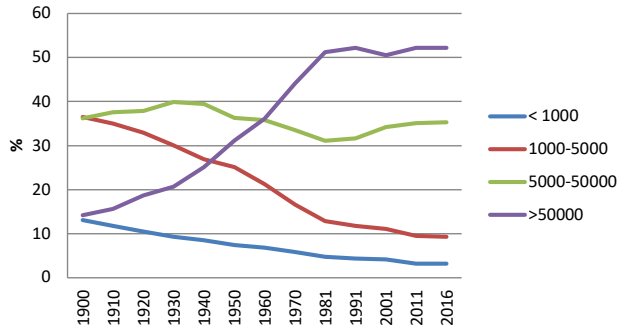
Fonte: Ministerio de Facenda.

Gráfico 1. Evolución número de municipios por tamaño de poboación



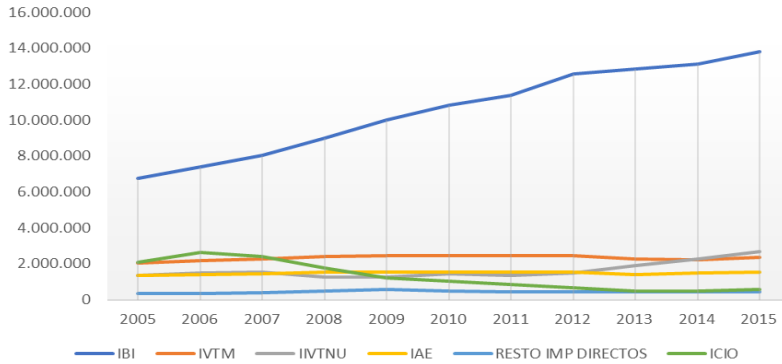
Fonte: INE, elaboración propia.

Gráfico 2. Distribución da poboación por tamaño de municipio



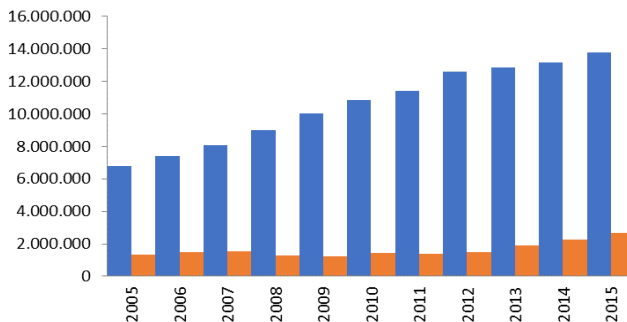
Fonte: INE. Elaboración propia

Gráfico 3. Ingresos impositivos municipais 2005-2015



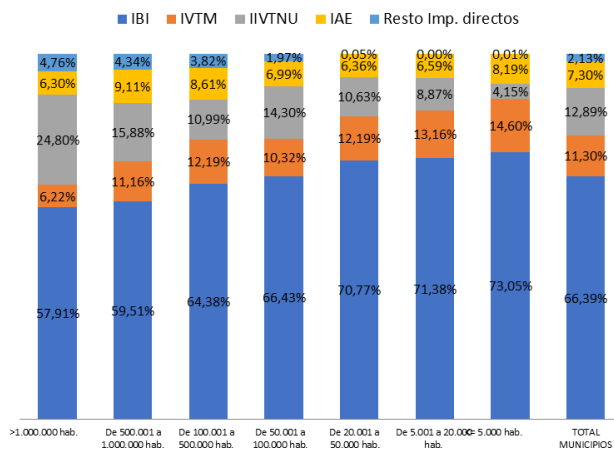
Fonte: Ministerio de Facenda. Elaboración propia

Gráfico 4. Evolución ingresos locales inmobiliarios 2005-2015



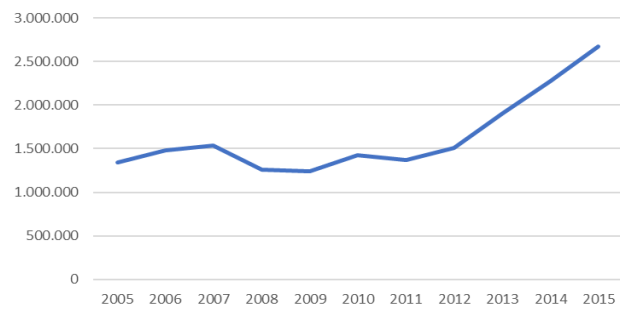
Fonte: Ministerio de Facenda. Elaboración propia

Gráfico 5. Recadación dos impostos directos por tramos de poboación



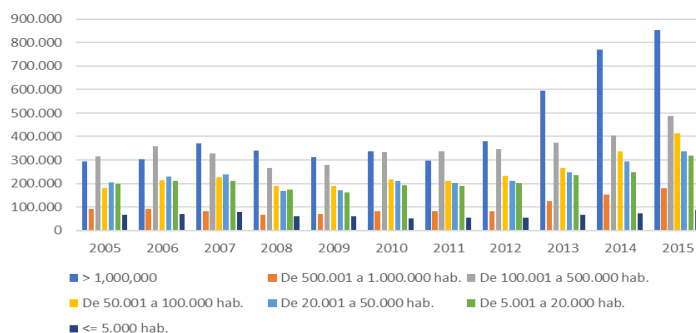
Fonte: Ministerio de Facenda. Elaboración propia

Gráfico 6. Evolución da recadación IIVTNU 2005-2015 en miles de euros



Fonte: Ministerio de Facenda (2018). Elaboración propia

Gráfico 7. Recadación IIVTNU por tramos de poboación entre 2005-2015



Fonte: Ministerio de Facenda (2018). Elaboración propia

Táboa 1. Porcentaxe anual, tipo impositivo e redución IIVTNU

	Porcentaxe anual					Tipo impositivo en porcentaxe				% redución	
	Munic. estab.	De 1 a 5 anos	Ata 10 anos	Ata 15 anos	Ata 20 anos	De 1 a 5 anos	Ata 10 anos	Ata 15 anos	Ata 20 anos	Munic. estab.	Porcentaxe
TOTAL	3.708	2,98	2,74	2,59	2,51	22,99	22,70	22,44	22,23	228	47,58
ANDALUCIA	711	3,02	2,79	2,67	2,61	24,20	23,73	23,19	22,78	36	46,81
ALMERÍA	93	3,03	2,83	2,73	2,66	23,91	23,06	22,38	21,63	12	51,67
CÁDIZ	43	3,15	2,95	2,75	2,65	25,97	25,65	24,92	24,35	1	60,00
CÓRDOBA	63	2,89	2,64	2,57	2,56	23,00	22,76	22,50	22,32	1	40,00
GRANADA	139	2,88	2,64	2,54	2,50	23,33	22,82	22,17	21,76	7	45,71
HUELVA	79	3,09	2,89	2,76	2,69	25,14	24,69	23,96	23,31	5	41,00
JAÉN	94	3,04	2,78	2,66	2,61	24,61	24,28	23,87	23,56	3	43,33
MÁLAGA	95	3,09	2,86	2,69	2,63	23,32	22,78	22,46	22,15	5	42,00
SEVILLA	105	3,07	2,86	2,73	2,64	25,34	24,94	24,45	24,24	2	50,00
ARAGON	167	2,97	2,73	2,58	2,47	20,92	20,79	20,82	20,88	8	46,25
HUESCA	52	3,04	2,80	2,65	2,54	22,48	22,22	22,09	21,92	3	53,33
TERUEL	27	3,19	2,86	2,67	2,54	19,43	19,27	19,13	19,00	3	46,67
ZARAGOZA	88	2,87	2,66	2,51	2,41	20,46	20,42	20,59	20,84	2	35,00
ASTURIAS	61	3,18	2,94	2,79	2,66	27,02	27,02	27,06	27,07	6	51,67
ILLES BALEARS	66	2,84	2,57	2,45	2,38	20,97	20,34	20,37	20,26	6	51,67
CANARIAS	85	2,95	2,73	2,62	2,56	24,84	24,76	24,70	24,62	1	51,00
PALMAS, LAS	33	2,88	2,67	2,55	2,49	23,75	23,68	23,63	23,52	1	51,00
SANTA CRUZ DE TENERIFE	52	2,99	2,77	2,65	2,61	25,53	25,44	25,38	25,32	0	0,00
CANTABRIA	64	2,98	2,75	2,61	2,56	22,95	22,87	22,84	22,83	12	52,50
CASTILLA-LEON	341	2,84	2,61	2,44	2,33	20,16	19,93	19,68	19,50	30	47,67
AVILA	55	2,70	2,48	2,37	2,31	18,91	18,89	18,87	18,85	5	52,00
BURGOS	92	2,73	2,50	2,31	2,14	19,51	19,36	19,20	19,11	5	46,00
LEÓN	40	2,80	2,82	2,51	2,42	20,95	20,54	20,26	19,98	3	50,00
PALENCIA	19	2,77	2,48	2,26	2,15	19,28	19,16	19,05	18,94	0	0,00
SALAMANCA	30	2,94	2,72	2,54	2,42	20,98	20,79	20,61	20,41	2	50,00
SEGOVIA	36	3,15	2,88	2,63	2,45	19,80	19,14	18,22	17,41	5	44,00
SORIA	5	2,87	2,72	2,72	2,68	17,80	17,80	17,80	17,80	1	50,00
VALLADOLID	48	3,05	2,79	2,60	2,50	22,16	21,82	21,47	21,42	7	42,86
ZAMORA	16	2,68	2,48	2,35	2,32	21,25	21,25	21,25	21,25	2	60,00
CASTILLA-MANCHA	388	2,82	2,57	2,40	2,31	19,71	19,49	19,28	19,08	31	52,23
ALBACETE	63	2,65	2,46	2,37	2,32	20,42	20,37	20,23	20,31	11	54,55
CIUDAD REAL	63	2,83	2,59	2,46	2,41	20,28	19,88	19,57	19,40	3	49,87
CUENCA	49	2,77	2,55	2,37	2,27	18,84	18,90	18,96	19,04	5	54,00
GUADALAJARA	85	2,97	2,71	2,50	2,38	20,87	20,56	20,23	19,91	5	52,00

	Munic. estab.	Porcentaxe anual				Tipo impositivo en porcentaxe				% redución	
		De 1 a 5 anos	Ata 10 anos	Ata 15 anos	Ata 20 anos	De 1 a 5 anos	Ata 10 anos	Ata 15 anos	Ata 20 anos	Munic. estab.	Porcentaxe
CASTILLA-MANCHA	388	2,82	2,57	2,40	2,31	19,71	19,49	19,28	19,08	31	52,23
TOLEDO	128	2,81	2,52	2,33	2,22	18,65	18,37	18,15	17,79	7	48,57
CATALUÑA	791	3,14	2,90	2,72	2,61	24,57	24,37	24,16	24,01	26	42,88
BARCELONA	301	3,33	3,08	2,89	2,77	25,74	25,66	25,54	25,48	15	42,00
GIRONA	210	3,09	2,87	2,71	2,63	25,33	25,05	24,79	24,64	3	51,67
LLEIDA	144	2,88	2,61	2,41	2,28	21,15	20,96	20,76	20,52	5	40,00
TARRAGONA	136	3,08	2,83	2,67	2,57	24,43	24,09	23,73	23,47	3	43,33
EXTREMADURA	192	2,84	2,61	2,48	2,42	21,89	21,29	20,93	20,61	5	43,00
BADAJOS	136	2,86	2,62	2,49	2,43	22,04	21,35	20,97	20,63	1	55,00
CÁCERES	56	2,80	2,57	2,46	2,42	21,52	21,17	20,83	20,56	4	40,00
GALICIA	115	2,71	2,44	2,34	2,30	22,05	21,90	21,74	21,67	6	44,17
CORUÑA, A	52	2,75	2,44	2,31	2,30	23,35	23,08	22,80	22,65	4	42,50
LUGO	9	2,53	2,38	2,35	2,36	22,98	22,98	23,10	23,21	0	0,00
OURENSE	13	2,54	2,31	2,21	2,15	16,99	16,94	16,90	16,86	0	0,00
PONTEVEDRA	41	2,75	2,51	2,41	2,33	21,78	21,73	21,64	21,61	2	47,50
MADRID	169	2,99	2,76	2,63	2,58	23,73	23,23	22,93	22,74	16	42,12
MURCIA	45	3,15	2,91	2,75	2,69	25,63	25,30	25,04	24,63	4	45,00
RIOJA	55	3,19	2,97	2,78	2,67	25,83	25,68	25,54	25,36	6	53,33
C.VALENCIANA	456	2,97	2,72	2,58	2,52	23,28	23,05	22,82	22,64	35	47,81
ALICANTE / ALACANT	135	2,98	2,73	2,61	2,55	23,47	23,23	22,79	22,52	4	42,62
CASTELLÓN / CASTELLÓ	82	2,86	2,63	2,48	2,40	21,75	21,16	21,04	20,94	7	52,86
VALENCIA / VALÈNCIA	239	3,01	2,74	2,61	2,55	23,70	23,59	23,46	23,28	24	47,21
CEUTA	1	2,90	2,70	2,65	2,60	27,00	27,00	27,00	27,00	0	0,00
MELILLA	1	2,70	2,60	2,50	2,40	29,00	29,00	29,00	29,00	0	0,00

Fonte: Ministerio de Facenda

NOTAS

- 1 Esta liña argumental constrúese sobre a lóxica expresada por Montesquieu e Rousseau, que resaltan os beneficios da descentralización no caso dos territorios vastos.
- 2 Tiebout, Oates, Musgrave.
- 3 Exixírono preto de 3.750 municipios no último exercicio liquidado.
- 4 Resulta obrigado sinalar que a derogada Lei 39/1988, do 28 de decembro, reguladora das facendas locais, no seu artigo 108.1 recollía que *"a base impositiva deste imposto está constituída polo incremento real do valor dos terreos de natureza urbana"*... Este precepto foi modificado pola Lei 51/2002, do 27 de decembro, que suprimiu a palabra real e antepuxo o cambio no valor catastral.
- 5 Cabe lembrar que o artigo 31.1 da Constitución española establece que *"Todos contribuirán ao sostemento dos gastos públicos de acordo coa súa capacidade económica mediante un sistema tributario xusto inspirado nos principios de igualdade e progresividade que, en ningún caso, terá alcance confiscatorio"*. O TC admitiu a trámite a inconstitucionalidade por ser a regulación do imposto contraria á capacidade económica dos contribuíntes.
- 6 Brown e Hepworth, 2000.
- 7 A transmisión dos terreos de natureza urbana soporta, ademais do imposto sobre o incremento do valor dos bens de natureza urbana, un de transmisións patrimoniais, imposto sobre a renda das persoas físicas ou sociedades ou polo imposto de sucesións e doazóns, se se trata dunha adquisición por estes supostos.

Diferenzas rexionais en gasto sanitario: unha análise de converxencia

Diferencias regionales en gasto sanitario: un análisis de convergencia

Regional differences in health care expenditure: a convergence analysis



DAVID CANTARERO PRIETO¹

Profesor titular de Economía Aplicada
Universidade de Cantabria e GEN
david.cantarero@unican.es

Recibido: 15/07/2018 | 22/01/2019

Resumo: Neste traballo analizamos o gasto sanitario nas distintas comunidades autónomas españolas a través do estudo de converxencia durante un período de doce anos (2007-2018). En concreto, examinamos ese gasto desde dous puntos de vista: a porcentaxe que representa sobre o PIB rexional e en termos per cápita. Neste sentido, levamos a cabo esta análise a través de dous tipos de converxencia: σ e β . Os resultados empíricos obtidos indican a existencia de ambos os dous tipos de converxencia. Por conseguinte, pode afirmarse que as comunidades autónomas converxen cara a un mesmo estado estacionario en canto ás dúas vertentes de gasto sanitario consideradas.

Palabras clave: Gasto sanitario, financiamento, descentralización, σ converxencia, β converxencia.

Resumen: En este trabajo analizamos el gasto sanitario en las distintas comunidades autónomas españolas a través del estudio de convergencia durante un periodo de doce años (2007-2018). En concreto, examinamos dicho gasto desde dos puntos de vista: el porcentaje que representa sobre el PIB regional y en términos per cápita. En este sentido, llevamos a cabo este análisis a través de dos tipos de convergencia: σ y β . Los resultados empíricos obtenidos indican la existencia de ambos tipos de convergencia. Por consiguiente, puede afirmarse que las comunidades autónomas convergen hacia un mismo estado estacionario en cuanto a las dos vertientes de gasto sanitario consideradas.

Palabras clave: Gasto sanitario, financiación, descentralización, σ convergencia, β convergencia.

Abstract: In this paper, we analyse the health care expenditure of the seventeen Spanish Autonomous Communities through a convergence study during a period of twelve years (2007-2018). Specifically, we examine the health care expenditure from two points of view: the percentage over the regional Gross Domestic Product (GDP) and in per capita terms. In this sense, we carry out the analysis of σ and β convergence. Our empirical findings indicate the existence of both types of convergence. Thus, in terms of

¹ Agradezo especialmente a axuda en investigación a Paloma Lanza, así como os comentarios recibidos de, entre outros, Fernando I. Sánchez, Rosa Urbanos e Alain Cuenca nas Jornadas Regionales de Economía de la Salud celebradas en Murcia en xullo de 2018.

the two aspects considered of health expenditure, we can confirm that the Spanish Autonomous Communities converge towards the same stationary state.

Key words: health care expenditure, financing, decentralization, σ convergence, β convergence.

Sumario: 1 Introducción. 2 O gasto sanitario en España. 3 Metodoloxía. 4 Resultados. 5 Conclusións. 6 Referencias bibliográficas.

1 INTRODUCCIÓN

Os orzamentos que se destinan á cobertura das prestacións sanitarias das distintas comunidades autónomas son da súa competencia desde o mesmo momento da súa asunción, tal como o permite o modelo de financiamento autonómico vixente en cada momento. Deste xeito, co paso do tempo véñse observando unha ampla dispersión no nivel de gasto sanitario se se analiza cada unha delas de xeito individual¹.

En todo caso, moitas rexións veñen reclamando que se resolva o problema crónico do infrafinanciamento e, por este motivo, volveuse incluír no debate actual a pertinencia de volver considerar unha parte do gasto sanitario suxeito a un financiamento finalista, destinándose unha partida de sanidade garantida para cada comunidade autónoma². O marco xeral de economía da saúde pódenos servir para enfocar esta problemática³, dado que este tipo de propostas xera así vantaxes e inconvenientes. Entre os primeiros, destaca que o dito limiar mínimo formula unha maior certeza a cada un dos territorios, ademais de corrixir comportamentos oportunistas, entre outros. Entre os segundos, atopamos que aqueles instrumentos que dotan de certeza poden derivar nun maior control rexional por parte da facenda central⁴.

Así mesmo, en moitas comunidades autónomas incrementouse notablemente o nivel de gasto sanitario, coa excepción do sucedido en épocas de recesión (Bandrés e González, 2015). Igualmente, é probable que isto se vise afectado por certos determinantes tales como o envellecemento, a cronicidade, a democratización dunha maior esperanza de vida, a aparición de novas multimorbididades, etc.⁵. Non obstante, desde Kleiman (1974) e Newhouse (1977), o gasto sanitario relaciónase coa renda como o seu principal factor determinante. Actualmente, sendo un tema de especial interese en canto ao seu estudo, a elasticidade renda do gasto sanitario pode rexistrar valores superiores ou menores que a unidade. Deste xeito, unha superficial revisión de literatura baseada en artigos dos últimos cinco anos confírmanos que a maioría de estudos conclúen que o valor da dita elasticidade é inferior á unidade⁶, mentres que outros, como o de Lago *et al.* (2013), obteñen valores que oscilan entre 0,3 e 1,1.

Por conseguinte, existen diferenzas importantes en canto ao gasto sanitario a nivel rexional, as cales poden vir xeradas por características propias de cada comunidade autónoma, ademais de por como inflúe en cada unha delas o fenómeno da “demanda inducida pola oferta”⁷.

Con este estudo búscase mellorar o coñecemento sobre os orzamentos destinados a sanidade das distintas comunidades autónomas españolas. O noso obxectivo principal é analizar a existencia de converxencia no gasto sanitario rexional entre os anos 2007 e 2018. Para iso, estudamos dúas perspectivas: o gasto sanitario entendido como porcentaxe do PIB rexional e o gasto sanitario en termos per cápita. Así, no estudo empírico que se pasa a desenvolver a continuación mostraremos a existencia dun proceso de converxencia nas dúas modalidades de gasto consideradas.

O traballo estruturárase do seguinte xeito. No apartado que segue faise unha introdución acerca do gasto sanitario en España e a súa evolución histórica. Na terceira sección, descríbense tanto as fontes de información como a metodoloxía utilizada para estimar o grao de converxencia

no nivel de gasto sanitario rexional. A continuación, detállanse os resultados empíricos obtidos. Finalmente, na última sección, inclúense as conclusións e detállanse algunhas implicacións de política sanitaria de interese.

2 O GASTO SANITARIO EN ESPAÑA

Ao longo do século XXI, aprecíase un notable incremento de recursos destinados a financiar os servizos públicos de España e, entre eles, a sanidade. Así, na figura 1, a partir dos datos recollidos pola Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económico⁸, podemos observar a evolución que experimenta o gasto sanitario (público e privado) como porcentaxe do produto interior bruto (PIB) nacional en cada país durante un período de tempo que abrangue os últimos 18 anos (2000-2017). De xeito similar, pero, neste caso, centrado no gasto sanitario per cápita, a figura 2 mostra a tendencia que seguiu o dito gasto durante o período de tempo mencionado. En termos xerais, para ambos os dous tipos de gasto sanitario obsérvase un notable incremento.

De xeito individual, o gasto sanitario como porcentaxe do PIB aumenta un 2,0% de 2000 a 2017. Durante os tres primeiros anos considerados, mantense constante, e aumenta nun 0,7% de 2002 a 2003. Entre 2003 e 2007 continúa sendo máis ou menos constante. Tras iso, o gasto sanitario aumenta ata o 9,0% do PIB en 2009, variando entre 8,8 e 9,1% desde ese ano ata 2017, probablemente influído pola época de axustes e Grande Recesión que experimentaron moitos países.

No caso do gasto sanitario per cápita, obsérvase unha tendencia crecente moito máis notable, aumentando aproximadamente ata alcanzar os 2.000 € por persoa desde o ano 2000 ata 2017, experimentando así unha senda crecente ao longo de todo o período. Non obstante, prodúcese unha lixeira redución tanto do ano 2009 a 2010 (de 2.911 € a 2.882,9 €) como do ano 2011 a 2012 (de 2.915,4 € a 2.903,1 €).

Unha vez analizado o conxunto nacional, pasamos a examinar os orzamentos iniciais en saúde das dezasete comunidades autónomas. O primeiro de todo é que é importante destacar que as cifras presentadas a continuación para o gasto sanitario de 2018 non son definitivas. Así, a táboa 1 mostra eses orzamentos per cápita para 2010, 2017 e 2018 e inclúe a porcentaxe de variación entre 2010 e 2017. Obsérvase que oito (Aragón, Asturias, Baleares, Cantabria, Comunidade Valenciana, Madrid, Navarra e País Vasco) das dezasete comunidades autónomas superan en 2017 os valores que acadan en 2010. Igualmente, as citadas rexións tamén aumentan estes orzamentos iniciais para o ano 2018. Pola contra, o resto dos territorios sofren unha importante diminución do seu nivel de gasto sanitario do ano 2010 a 2018, coa excepción de Castela e León, Castela-A Mancha e Galicia.

Se nos centramos na media das rexións, pode observarse pola súa vez unha diminución dos orzamentos iniciais destinados a sanidade no período temporal comprendido entre os anos 2010 a 2017. Non obstante, tan só un ano máis tarde, o orzamento increméntase en case 100 euros por persoa, reflexo probablemente da recuperación económica actual que aínda experimentamos.

A figura 3 mostra os orzamentos iniciais en sanidade en termos per cápita para as distintas comunidades autónomas en 2018, ordenadas de maior a menor segundo o seu importe por persoa. Deste modo, pode observarse que a rexión con maior orzamento nese ano é a Comunidade Foral do País Vasco, igual que en 2010. Non obstante, en 2017 sitúase en segundo lugar, só superada por outra comunidade foral: Navarra. Pola contra, en último lugar sitúase Andalucía, tal como sucede en 2017. No entanto, no ano 2010 sitúase por diante de Baleares, Madrid e a

Comunidade Valenciana. Mentres tanto, se facemos referencia á media nacional, pode observarse que, no ano 2018, as comunidades autónomas que se atopan por enriba dela son Cantabria, ademais das forais, Asturias, Aragón, Extremadura, Castela e León e A Rioxa, mentres que se sitúan por debaixo da media as comunidades de Galicia, Baleares, Castela-A Mancha, Comunidade Valenciana, Canarias, Murcia, Madrid, Cataluña e Andalucía.

3 METODOLOXÍA

Para estudar a existencia de converxencia no gasto sanitario das diversas comunidades autónomas de España, imos seguir o modelo desenvolvido por Barro e Sala i Martín (1992). No seu estudo, estes autores analizan os procesos de aproximación cuantitativa que se dan entre as rendas de determinados países de interese. No noso caso, substituímos a variable de renda pola de gasto sanitario.

Deste xeito, imos analizar dous tipos de converxencia: sigma (σ) e beta (β). Por un lado, a primeira delas examina a evolución da variable considerada no estudo (gasto sanitario) durante un período de tempo. Aplicado ao noso caso a converxencia σ analiza a evolución do gasto sanitario sobre o PIB desde 2007 ata 2018, así como o gasto sanitario per cápita de 2007 a 2017. Por outro lado, o segundo tipo de converxencia analiza a relación entre o crecemento da variable considerada (gasto sanitario) durante un determinado período de tempo e o seu propio valor no ano inicial de estudo. Así, aplicándoo ao noso caso, a converxencia β avalía a relación entre o crecemento do gasto sanitario entre os anos 2007 e 2018 e o valor do dito gasto no ano 2007.

Comezando pola converxencia σ , existen diversas aproximacións empíricas para poder cuantificala. Non obstante, as máis comúns son a través do coeficiente de variación (CV) e a desviación típica (SD, pola sigla en inglés da expresión *standard deviation*). Polo tanto, neste estudo para medir a converxencia deste tipo utilizamos en primeiro lugar a desviación típica, cuxa ecuación se escribe do seguinte xeito:

$$\sigma_t = \sqrt{\frac{\sum_{i=1}^N (\log(y_{i,t}) - u_t)^2}{N}} \quad (1)$$

onde $y_{i,t}$ é o gasto sanitario na comunidade autónoma determinada no ano seleccionado, son todas as rexións españolas incluídas no estudo e, por último, u_t é a media mostral do $\log(y_{i,t})$.

O outro tipo de converxencia a estudar, tal como se adiantou previamente, é a converxencia β , a cal é condición necesaria, aínda que non suficiente, para que exista converxencia sigma. Neste mesmo sentido, pódense distinguir dous tipos: converxencia β absoluta e condicionada. Cabe destacar que ambas as dúas están relacionadas coa teoría de crecemento desenvolvida por Solow (1956), que trata de explicar que as economías alcanzan un estado estacionario a longo prazo debido a que o factor capital consta de rendementos decrecentes a escala. Así, á hora de distinguir entre os dous tipos de converxencia, pode afirmarse que cando as economías converxen cara a un mesmo estado estacionario existe converxencia β absoluta, mentres que a converxencia β condicionada ten lugar cando cada economía converxe cara a un estado estacionario distinto. Noutras palabras, cada economía podería converxer cara ao seu propio estado estacionario a longo prazo, nunca todas cara ao mesmo, e isto pode deberse ás diferentes características que existen entre os países ou, como neste caso, entre as rexións españolas.

A continuación, para medir neste estudo a converxencia β , realizamos unha estimación entre a taxa de crecemento do gasto sanitario (en tanto por un) desde 2007 ata 2018 e o valor do dito gasto durante o primeiro ano considerado. En concreto, a taxa de crecemento do gasto sanitario é a nosa variable dependente, mentres que o gasto sanitario en 2007 é a nosa variable independente. Polo tanto, seguindo o modelo desenvolvido por Barro e Sala i Martín (1990), imos considerar unha ecuación onde o punto clave é a estimación de dous parámetros: a e b . O primeiro deles ten o mesmo valor para todas as rexións analizadas, é dicir, é constante. O segundo deles ha de ser negativo para que exista este tipo de converxencia. Deste xeito, o valor obtido na estimación para este parámetro é a taxa á cal cada rexión se aproxima ao seu estado estacionario, é dicir, a velocidade de converxencia. O terceiro e último parámetro depende do tipo de converxencia β que esteamos a analizar. Polo tanto, no caso da absoluta toma o valor cero, mentres que para a condicionada podemos estimalo. Así, consideramos a seguinte ecuación:

$$\Delta y_{i,t} = a + b(y_{i,t-T}) + c * Z_{i,t} + u_{i,t-T} \quad (2)$$

onde $\Delta y_{i,t}$ é a taxa de crecemento do gasto sanitario na comunidade autónoma no ano t , $y_{i,t-T}$ é o gasto sanitario, $u_{i,t-T}$ é o termo de erro, a e b son parámetros a estimar, T é o período ata t e t_0 é o período inicial.

A continuación, modifícase a ecuación (2) do seguinte xeito:

$$\frac{\ln(y_{i,t}/y_{i,t-T})}{T} = a - b \ln(y_{i,t-T}) + u_{i,t-T} \quad (3)$$

No caso de realizar unha estimación con datos de sección cruzada mediante a técnica de mínimos cadrados ordinarios (MCO), é posible seleccionar os valores correspondentes ao primeiro e ao último ano de estudo, sendo a nosa nova ecuación a que pasamos a especificar seguidamente:

$$\ln(y_{i,t}/y_{i,t_0}) = a - b \ln(y_{i,t_0}) + u_{i,t} \quad (4)$$

onde $\ln(y_{i,t}/y_{i,t_0})$ é a taxa de crecemento do gasto sanitario, $\ln(y_{i,t_0})$ é o logaritmo neperiano do gasto sanitario durante o primeiro ano de estudo, $u_{i,t}$ son cada unha das dezasete comunidades autónomas españolas, e t_0 e t son o primeiro e o último ano de estudo, respectivamente.

Igualmente, antes de presentar os resultados finais, cabe destacar que a ecuación que especifica a converxencia beta absoluta mide o cambio na taxa de crecemento cando o gasto sanitario se incrementa nun 1%⁹.

4 RESULTADOS

A seguir, comprobamos se existe converxencia ou, no seu defecto, diverxencia no gasto sanitario per cápita das distintas comunidades autónomas españolas no período de estudo anteriormente mencionado, así como na porcentaxe que supón sobre o PIB rexional. Tal como adiantamos previamente, en primeiro lugar, analizamos a converxencia tipo σ e, en segundo lugar, estudamos a converxencia tipo β .

Comezando pola análise do gasto sanitario per cápita, a figura 4 mostra a evolución da desviación típica do dito tipo de gasto para o conxunto das rexións españolas no período comprendido entre os anos 2007 e 2018. En termos xerais, obsérvase unha tendencia claramente positiva a centrarnos en 2007 e 2018, 0,09 e 0,12, respectivamente. Non obstante, existen flutuacións ao longo do período de estudo e hai determinados anos (2007-2010, 2012-2013, 2015-2016, 2017-2018) en que se produce un aumento de desviación típica, alcanzándose o valor máis

alto no ano 2013. Precisamente, durante estes anos ten lugar un incremento da dispersión no gasto sanitario entre as distintas rexións como consecuencia do aumento da desviación típica.

Así mesmo, o contrario sucede no resto dos anos, cando se reduce o coeficiente de variación; en concreto, isto sucede de 2010 a 2012, de 2013 a 2015 e de 2015 a 2017. Deste xeito, nestes períodos anteriormente mencionados prodúcese un fenómeno de converxencia sigma, non existindo un gran grao de dispersión do gasto sanitario per cápita entre as distintas rexións.

Continuando coa análise do gasto sanitario per cápita, é o momento de examinar a existencia no período de estudo considerado de converxencia β . Como xa mencionamos no apartado anterior, existen dous tipos de converxencia β , absoluta e condicionada. En primeiro lugar, procedemos a realizar a análise de converxencia β absoluta e, en caso de que esta exista, non será necesario estudar a converxencia β condicionada, debido a que se obterían uns resultados que implicarían que as distintas comunidades autónomas converxen cara a un mesmo estado estacionario.

Polo tanto, os resultados empíricos obtidos da pertinente regresión para analizar a converxencia β absoluta pódense observar na táboa 2. Recordemos que, para que exista este tipo de converxencia, é necesario que o coeficiente da variable dependente correspondente ao logaritmo do gasto sanitario no primeiro ano de estudo (2007) sexa negativo. Neste caso, é importante resaltar que as dezasete rexións españolas converxen cara a un mesmo estado estacionario, existindo unha correlación negativa (-0,0077) entre o valor de gasto sanitario en 2007 e a taxa de crecemento da dita variable entre os anos 2007 e 2018. Noutras palabras, aquelas rexións que no ano inicial de estudo teñen un nivel de gasto sanitario per cápita maior son as que lograron maiores taxas de crecemento. Igualmente, podemos destacar o caso de Baleares como bo exemplo de converxencia, xa que en 2007 é a terceira rexión con menor gasto sanitario e a súa taxa de crecemento anual é a segunda máis alta de España, por detrás unicamente do Principado de Asturias.

Mentres tanto, na figura 5 obsérvanse os mesmos resultados, a través dunha liña de tendencia con pendente negativa. Todo iso confirmanos a existencia dunha relación inversa entre a taxa de crecemento anual acumulada do gasto sanitario por habitante e o seu valor no primeiro ano de estudo (2007).

A continuación, de igual xeito que anteriormente estudamos para o gasto sanitario per cápita, analizamos a converxencia σ e β do gasto sanitario sobre a porcentaxe do PIB rexional das dezasete comunidades españolas entre 2007 e 2017.

En canto ao estudo da converxencia de tipo σ , o gasto sanitario experimenta unha importante diminución se comparamos en termos xerais o primeiro ano de estudo e o último (figura 6). Ao longo do período considerado, a desviación típica rexistra unha tendencia volátil, é dicir, a dispersión no gasto sanitario entre as distintas rexións españolas aumenta nalgunhas ocasións e diminúe noutras. Ou sexa, obsérvase unha tendencia crecente en determinados anos (2007-2009, 2013-2014, 2015-2016), lográndose o valor máis elevado no ano 2009. Mentres, durante o resto dos anos (2009-2013, 2014-2015, 2016-2017) obsérvase unha tendencia decrecente, alcanzándose o valor máis baixo no ano 2017. Así, naqueles anos en que se produce a redución do coeficiente de variación, existe converxencia sigma. Ou, o que é o mesmo, non existe un alto grao de dispersión do gasto sanitario sobre o PIB entre as distintas comunidades autónomas.

No caso da análise da converxencia β absoluta do gasto sanitario sobre o PIB, obtemos un resultado bastante similar ao achado anteriormente para o gasto sanitario per cápita. De novo, os nosos resultados indican a existencia de converxencia ao ter signo negativo o coeficiente da

variable independente correspondente ao logaritmo do gasto sanitario sobre o PIB do primeiro ano de estudo, pois concretamente obtense un valor tal que $-0,0077$. Polo tanto, pode interpretarse que, en termos de crecemento económico, aquelas rexións que no ano inicial (2007) presentan un menor valor de gasto sanitario son as que teñen un maior crecemento ao longo do período, alcanzando así as rexións consideradas como “pobres” as “ricas”. Igualmente, é de destacar o caso de Baleares, que en 2007 é unha das comunidades autónomas cuxo gasto sanitario supón menos porcentaxe sobre o seu PIB e, comparando todo o período, ten a segunda taxa de crecemento anual máis elevada do país, por detrás do Principado de Asturias.

Así, representado na figura 7 a través dunha liña de tendencia con pendente negativa, pode observarse a existencia dunha clara relación negativa que existe entre a taxa de crecemento anual acumulada do gasto sanitario sobre o PIB e o valor do dito gasto no ano 2007.

Polo tanto, ao existir converxencia β absoluta tanto para o gasto sanitario per cápita como para o gasto sanitario sobre o PIB, non é necesario analizar a converxencia β condicionada, debido a que esta deriva dos problemas que pode chegar a xerar a primeira.

5 CONCLUSIÓNS

O obxectivo principal deste traballo é analizar a existencia de converxencia no gasto sanitario das diversas comunidades autónomas entre os anos 2007 e 2018. Para iso, examínase ese gasto desde dúas perspectivas: entendido como porcentaxe do PIB e expresado en termos per cápita. A partir do noso estudo empírico, podemos extraer as seguintes conclusións que pasamos a detallar a continuación.

Por unha banda, en canto á converxencia σ , os resultados empíricos obtidos para ambas as dúas variantes do gasto sanitario (PIB e per cápita) mostran amplas flutuacións ao longo do período considerado. Precisamente, naqueles períodos en que se produce unha redución do coeficiente de variación ou, o que é o mesmo, non existe un elevado grao de dispersión do gasto sanitario entre as rexións españolas, é cando podemos afirmar a existencia deste tipo de converxencia.

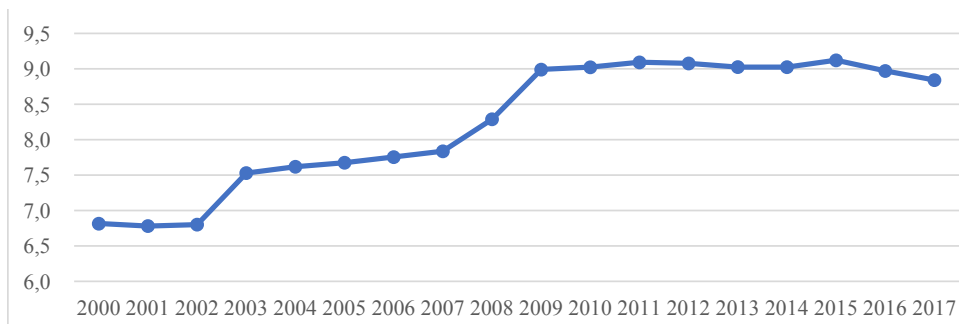
Por outra banda, os resultados obtidos ao longo deste traballo para a converxencia β absoluta indican a súa existencia para as distintas comunidades autónomas entre os anos 2007 e 2018, converxendo as ditas rexións cara ao mesmo estado estacionario. Proba diso é o coeficiente negativo da variable independente, sinalando unha relación negativa entre a taxa de crecemento anual acumulada do gasto sanitario e o seu valor no primeiro ano de estudo. Deste xeito, as rexións que nun principio teñen un gasto sanitario inferior son as que logran unha taxa de crecemento maior, destacando de xeito especial o caso de Baleares.

En definitiva, precísase, en paralelo a este fenómeno de converxencia en gasto sanitario, apostar por un forte incremento nos fondos destinados a este tipo de gasto, xunto a maiores avances na corresponsabilidade fiscal (é dicir, que efectivamente o nivel de goberno que execute o gasto sexa o mesmo que recada os impostos ou custo do servizo público). Neste mesmo contexto, co fin de que o crecemento do gasto sanitario siga unha senda razoable, cómpre cada vez máis activar máis medidas de financiamento finalista como fondos para desprazados ou para financiar a innovación que quedarían así entre dúas liñas de acción: un aumento gradual da carga fiscal ou a corresponsabilización directa cando o relevante sexa a preferencia individual de cada individuo.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

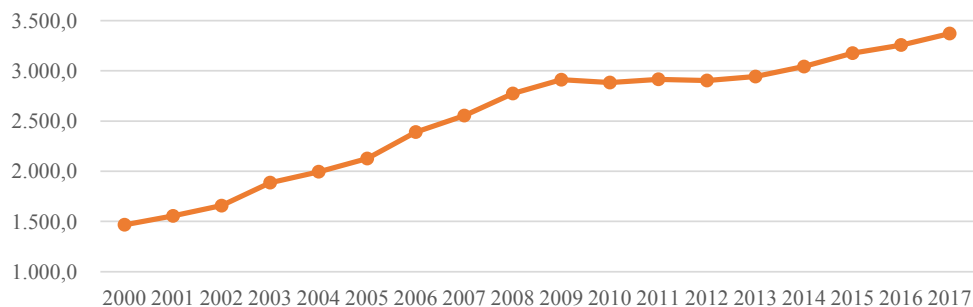
- Acemoglu, D.; Finkelstein, A., e Notowidigdo, M.J. 2013. «Income and health spending: evidence from oil price shocks», *Review of Economics and Statistics*, 95(4): 1079-1095.
- Bandrés, E., e González, R. 2015. «La reducción del gasto sanitario en España durante la crisis», *Cuadernos de información económica*, 248: 37-48.
- Barro, R.J., e Sala i Martín, X. 1990. «Economic growth and convergence across The United States», *NBER Working paper*, 3419.
- Cantarero, D., e Pascual, M. 2016. «Financiación autonómica del gasto social: cronicidad y desigualdades», *Mediterráneo económico*, 30: 383-399.
- Cantarero, D., e Oliva, J. 2016. «Economía de la salud: herramientas para la evaluación de programas y políticas públicas», *Revista de Evaluación de Programas y Políticas Públicas*, 6: 1-8.
- Conde Ruiz, J.I.; Díaz, M.; Marín, C., e Rubio-Ramírez, J. 2016. «Sanidad, Educación y Protección Social: Recortes durante la crisis», *Estudios sobre la Economía Española*, 2016/17, Observatorio Fiscal y Financiero de las CC.AA.
- Barro, R.J., e Sala i Martín, X. 1992. «Convergence», *Journal of Political Economy*, 100: 407-443.
- De la Fuente, A. 2009. «Sobre la puesta en marcha del nuevo sistema de financiación regional: proyecciones para 2009 y algunas reflexiones», *Colección Estudios Económicos FEDEA*, 11-09.
- De la Fuente, A. 2010. «El nuevo sistema de financiación regional: Un análisis crítico y proyecciones para 2009», *Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública*, 195(4): 123-149.
- De la Fuente, A. 2015. «La evolución de la financiación de las comunidades autónomas de régimen común, 2002-2012», *Papeles de Economía Española*, 143: 28-49.
- De la Fuente, A. 2016a. «El cálculo de la recaudación normativa de los tributos cedidos tradicionales: una propuesta provisional», *FEDEA Policy Papers*, 2016-02.
- De la Fuente, A. 2016b. «La reforma del sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común: una propuesta específica», *FEDEA Policy Papers*, 2016/08.
- González, J.M.G., e Grande, R. 2018. «Cambios en las diferencias por sexo en la esperanza de vida en España (1980-2012): descomposición por edad y causa», *Gaceta Sanitaria*, 32(2): 151-157.
- Khan, J.A., e Mahumud, R.A. 2015. «Is healthcare a "Necessity" or "Luxury"? An empirical evidence from public and private sector analyses of South-East Asian countries?», *Health Economics Review*, 5(1): 1-9.
- Kleiman, E. 1974. *The determinants of national outlay on Health*. London: Macmillan.
- Lago-Peñas, S.; Cantarero-Prieto, D., y Blázquez-Fernández, C. 2013. «On the relationship between GDP and health care expenditure: a new look», *Economic Modelling*, 32: 124-129.
- Lv, Z., e Zhu, H. 2014. «Health Care Expenditure and GDP in African Countries: Evidence from Semiparametric Estimation with Panel Data», *The Scientific World Journal*. <http://dx.doi.org/10.1155/2014/905747>
- Ministerio de Sanidade. 2018. «Información oficial sobre gasto sanitario». <https://www.mssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/inforRecopilaciones/docs/presupuestosIniciales.pdf>
- Newhouse, J.P. 1977. «Medical care expenditure: a cross-national survey», *Journal of Human Resources*, 12: 115-125.
- OECD Health Statistics. 2018. <http://www.oecd.org/els/health-systems/health-data.htm>
- Pérez, A.L. 2017. «La financiación de la Comunidad Valenciana. La sostenibilidad del gasto sanitario: problemas actuales», *Revista Estudios Jurídicos*, 17 (Segunda época).
- Rodríguez, C.B. 2018. «Labúsqueda de un suelo de gasto anima el debatesobre financiación finalista», *Gaceta Médica*. <http://www.gacetamedica.com/politica/la-busqueda-de-un-suelo-de-gasto-anima-el-debate-sobre-financiacion-finalista-XF1520981>
- Sala i Martín, X. 2000. *Apuntes de crecimiento económico*. Barcelona: Antoni Bosch.
- Solow, R.M. 1956. «A contribution to the theory of economic growth», *The Quarterly Journal of Economics*, 70(1): 65-94.

Figura 1. Evolución do gasto sanitario como porcentaxe do PIB en España (2000-2017)



Fonte: Elaboración propia a partir de OECD Health Statistics (2018).

Figura 2. Evolución do gasto sanitario per cápita en España (2000-2017)



Fonte: Elaboración propia a partir de OECD Health Statistics (2018).

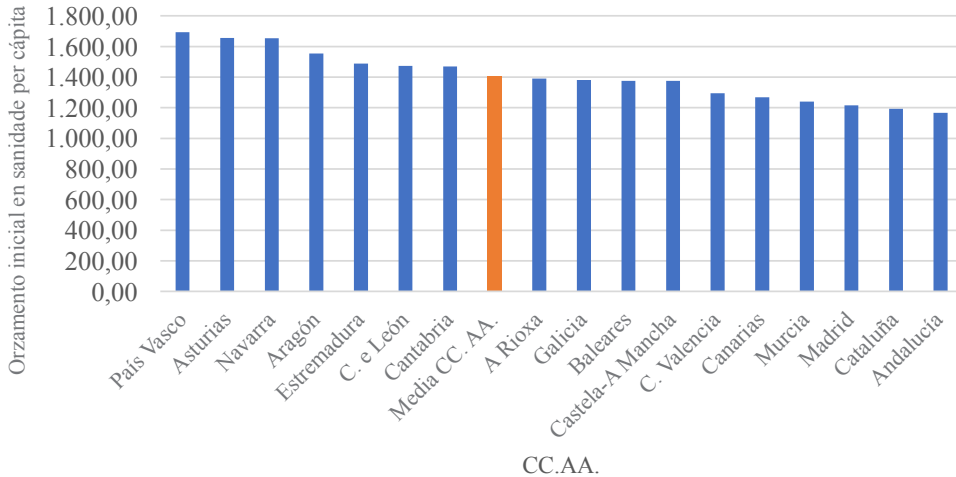
Táboa 1. Orzamentos iniciais per cápita en sanidade (euros) por comunidade autónoma (C.A.)

C.A./anos	2010	2017	% variación (2010-2017)	2018
Andalucía	1.180,09	1.106,14	-0,0627	1.166,39
Aragón	1.419,37	1.433,60	0,0100	1.555,00
Asturias	1.507,15	1.578,64	0,0474	1.655,95
Baleares	1.066,37	1.307,23	0,2259	1.376,38
Canarias	1.295,36	1.264,74	-0,0236	1.268,40
Cantabria	1.347,47	1.418,30	0,0526	1.469,70
Castela e León	1.360,62	1.343,15	-0,0128	1.473,02
Castela-A Mancha	1.346,52	1.271,43	-0,0558	1.375,23
Cataluña	1.298,84	1.192,83	-0,0816	1.192,83
C. Valenciana	1.122,79	1.233,09	0,0982	1.294,83

C.A./años	2010	2017	% variación (2010-2017)	2018
Extremadura	1.509,72	1.422,37	-0,0579	1.488,42
Galicia	1.333,39	1.331,57	-0,0014	1.380,87
Madrid	1.108,14	1.184,65	0,0690	1.214,97
Murcia	1.334,25	1.209,17	-0,0937	1.239,55
Navarra	1.543,12	1.633,15	0,0583	1.653,39
País Vasco	1.623,08	1.632,79	0,0060	1.693,49
A Ríoxa	1.443,94	1.362,58	-0,0563	1.390,29
Media C.A.	1.343,95	1.337,02	-0,0052	1.405,22

Fonte: Elaboración propia a partir do Ministerio de Sanidade (2018).

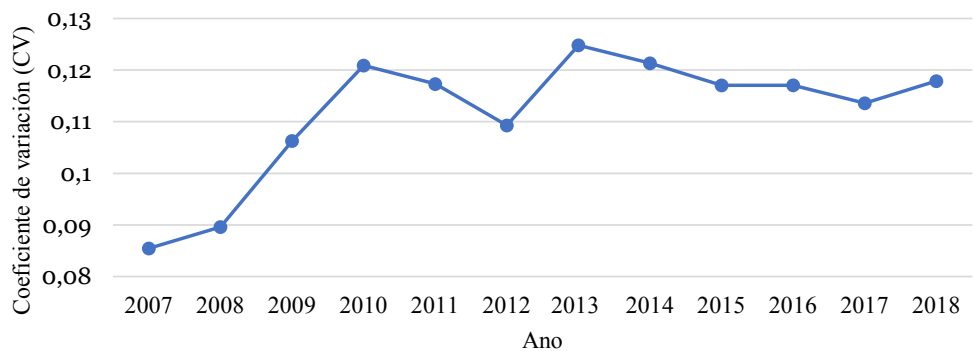
Figura 3. Orzamentos iniciais en saúde per cápita por comunidade autónoma en 2018



Fonte: Elaboración propia.

Figura 4. Converxencia de gasto sanitario per cápita por comunidades autónomas

CV Gasto Sanitario per cápita por CC.AA.



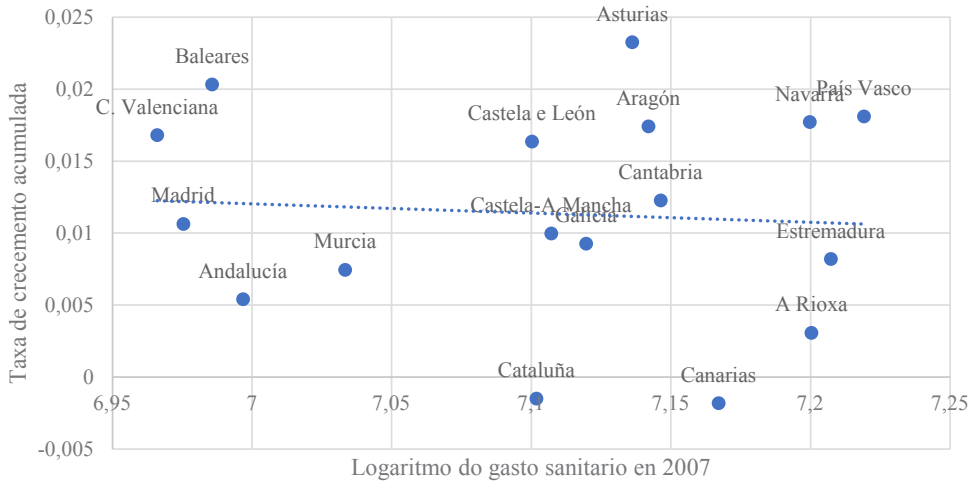
Fonte: Elaboración propia.

Cadro 2. Estimacións de converxencia β absoluta para o gasto sanitario per cápita

Variable	Coefficiente	Erro stand.	Estad. t	p-valor
Constante	0,0570	0,1583	0,360	0,7236
LnGP2007	-0,0064	0,0223	-0,289	0,7768
R-cadrado		0,0055		
R-cadrado axustado		-0,0608		

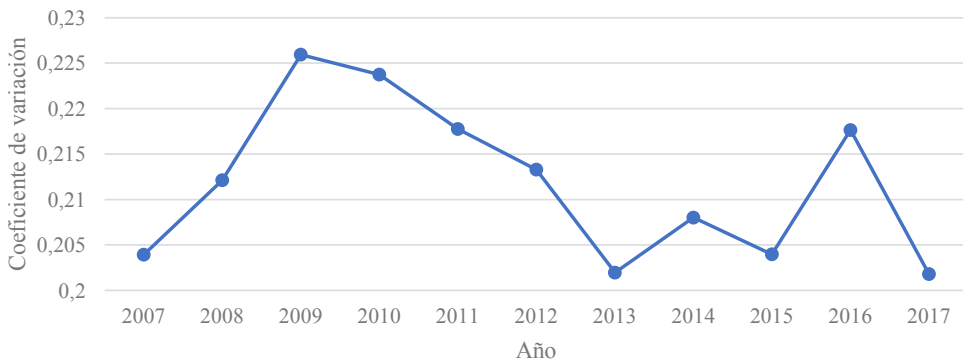
Fonte: Elaboración propia.

Figura 5. Dispersión do gasto sanitario per cápita nas rexións españolas (2007-2018)



Fonte: Elaboración propia.

Figura 6. Converxencia de gasto sanitario sobre o PIB por CC.AA.



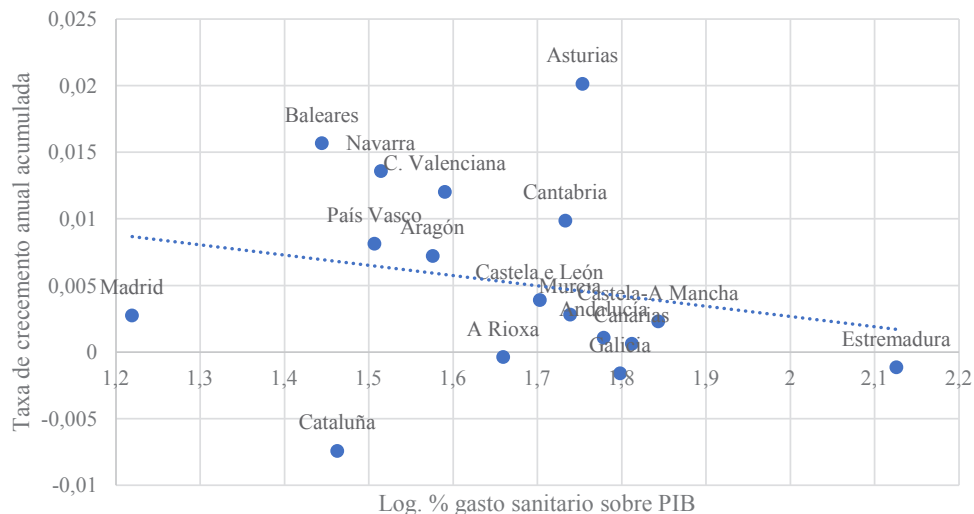
Fonte: Elaboración propia.

Cadro 3. Estimacións de converxencia β absoluta para o gasto sanitario sobre o PIB

Variable	Coefficiente	Erro estand.	Estad. t	p-valor
Constante	0,0181	0,0148	1,219	0,2416
LnGP2007	-0,0077	0,0088	-0,869	0,3984
R-cadrado		0,0480		
R-cadrado axustado		-0,0155		

Fonte: Elaboración propia.

Figura 7. Dispersión do gasto sanitario sobre o PIB nas rexións españolas (2007-2017)



Fonte: Elaboración propia.

NOTAS

- 1 Cantarero e Pascual, 2016; Pérez, 2017.
- 2 Conde Díaz *et al.*, 2016.
- 3 Cantarero e Oliva, 2016.
- 4 Rodríguez, 2018.
- 5 González e Grande, 2018.
- 6 Acemoglu *et al.*, 2013; Lv e Zhu, 2014; Khan e Mahumud, 2015.
- 7 De la Fuente, 2009, 2010, 2015, 2016 a e b
- 8 OECD Health Statistics, 2018.
- 9 Sala i Martín, 2000.

Decálogo sobre a nova normativa de protección de datos

Decálogo sobre la nueva normativa de protección de datos

Decalogue on the new data protection regulations



JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Profesor titular de Dereito Constitucional
Delegado de Protección de Datos
Universidade de Santiago de Compostela
josejul.fernandez@usc.es

Recibido: 15/11/2018 | 22/01/2019

Resumo: O artigo aborda os dez aspectos máis relevantes da nova normativa de protección de datos, sobre a base do Regulamento UE 2016/679 e a Lei orgánica 3/2018. Iso faise tanto desde un punto de vista descritivo como desde posicións máis analíticas e explicativas. Previamente realízase un enfoque situacional que subliña o papel que representa na actualidade o dereito fundamental á protección de datos no marco dunha Sociedade da Información hiperglobalizada. O enfoque, aínda que resulta preferentemente xurídico, complétase con aspectos sociolóxicos e politolóxicos.

Palabras clave: Protección de datos, Regulamento (UE) 2016/679, LO 3/2018, dereito fundamental, principios, bases de lexitimación, dereitos, responsable de tratamento, delegado de protección de datos, autoridade de protección de datos, infraccións e sancións.

Resumen: El artículo aborda los diez aspectos más relevantes de la nueva normativa de protección de datos, sobre la base del Reglamento UE 2016/679 y la Ley orgánica 3/2018. Ello se hace tanto desde un punto de vista descriptivo como desde posiciones más analíticas y explicativas. Previamente se hace un enfoque situacional que subraya el papel que representa en la actualidad el derecho fundamental a la protección de datos en el marco de una Sociedad de la Información hiperglobalizada. El enfoque, aunque resulta preferentemente jurídico, se completa con aspectos sociológicos y politológicos.

Palabras clave: Protección de datos, Reglamento (UE) 2016/679, LO 3/2018, derecho fundamental, principios, bases de legitimación, derechos, responsable de tratamiento, delegado de protección de datos, autoridad de protección de datos, infracciones y sanciones.

Abstract: The paper addresses the ten most relevant aspects of the new data protection regulations, based on the Regulation EU 2016/679 and Organic Act 3/2018. This is done both from a descriptive point of view, and from more analytical and explanatory positions. Previously, a situational approach is made that highlights the role currently played by the fundamental right to data protection within the framework of

a hyperglobalized Information Society. The approach, although it is preferably legal, is completed with sociological and political aspects.

Key words: Data protection, Regulation (EU) 2016/679, Organic Act 3/2018, fundamental rights, principles, lawfulness of processing, rights, controller, data protection officer, infringements and penalties.

Sumario: 1 Introducción. 2 Dereito fundamental. 3 Uniformidade europea e recepción en España. 4 Novo paradigma. 5 Principios. 6 Bases de lexitimación. 7. Dereitos. 8 Estrutura institucional. 8.1 Responsable e encargado de tratamento. 8.2 Delegado de protección de datos. 8.3 Autoridades de control. 8.4 Comité Europeo de Protección de Datos. 9 Xestión de índole preventiva. 10 Infraccións e sancións. 11 Unha regulación complexa. 11.1 Materias excluídas e regulacións específicas. 11.2 Excepcións. 11.3 Ámbitos flexibilizados. 12 Conclusións. 13 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

A protección de datos converteuse nun elemento esencial para o axeitado funcionamento social e político. Emerxe como unha resposta xurídica fronte ao imparable avance do mundo dixital e de todos os problemas que este pode orixinar na vida das persoas. A Sociedade da Información transita agora por un segundo momento, amplificada pola hiperglobalización e redefinida polas tecnoloxías disruptivas que se están a construír na actualidade. Nunca como ata este momento os dereitos conectados coa privacidade estiveron tan expostos.

Como sostivemos, a finalidade do dereito en sentido obxectivo, consistente en regular a vida en sociedade, exige realizar actualizacións e reformas cando a evolución social así o determine. Só deste xeito as normas xurídicas se manterán eficaces. A materia de protección de datos é un exemplo paradigmático desta idea¹. En efecto, os avances tecnolóxicos de hai cincuenta anos deron lugar a que os sistemas xurídicos reaccionasen e asentasen a inicial regulación específica de protección de datos. Un pouco despois foise conformando a Sociedade da Información, que grazas á dixitalización foi capaz de procesar de forma masiva e eficaz datos de todo tipo. Pero xa entrado o século XXI percibíronse cambios na dita sociedade, en especial na súa segunda década cando a extensión das redes sociais e o desenvolvemento das citadas tecnoloxías disruptivas abocan a ese segundo momento da Sociedade da Información. A xenérica automatización atópase á volta da esquina, e a intelixencia artificial queda á espera de abrir outro período².

A Unión Europea percibiu esta situación e nun proceso complexo xerou unha nova normativa de protección de datos por medio do Regulamento 2016/679, do 27 de abril de 2016, relativo á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais e á libre circulación destes datos e polo que se deroga a Directiva 95/46/CE (en diante RXPDP, pois xa é común referirse a esta norma como Regulamento xeral de protección de datos)³. O 25 de maio de 2018 comezou a aplicarse este regulamento en todo o territorio da Unión. No propio RXPDP fálase de que “a rápida evolución tecnolóxica e a globalización formularon novos retos para a protección dos datos persoais” (considerando 6). E no mesmo lugar recoñécese que a tecnoloxía permite usar datos “nunha escala sen precedentes”, “a escala mundial”. Iso obriga a reforzar o control e a seguridade xurídica (considerando 7).

E en España, en desenvolvemento deste RXPDP, ditouse a Lei orgánica 3/2018, do 5 de decembro, de protección de datos e garantía de dereitos dixitais (en diante LOPDGDD). Confórmase así unha especie de tándem normativo que haberá que ter en conta á vez no ámbito da protección de datos no noso país.

O propósito deste traballo é facer un percorrido explicativo dos dez aspectos desta nova regulación que consideramos máis relevantes (serán os puntos do 2 ao 11, ambos os dous incluídos). Polo tanto, non se trata só dunha aproximación descriptiva, aínda que, claro está,

achegamos datos desde esa óptica, senón de facer unha abordaxe máis analítica. A atención preferente prestámoslla ao RXPd, como norma de referencia base, aínda que en todo momento tamén atendemos á LOPDGDD. Así mesmo, puntualmente consideramos outra normativa.

2 DEREITO FUNDAMENTAL

A protección de datos configurouse como un dereito fundamental. Iso é o primeiro elemento do noso decálogo neste traballo por posuír especial significación xurídico-política e social. Intégrase así no corpus de dereitos que constitúen a base da orde política e da paz social (art. 10.1 da Constitución española). Os dereitos fundamentais son a clave de bóveda sobre a que se asenta un sistema público e se converten en elementos nucleares da democracia, que non será verdadeiramente tal se non se prevén e garanten con corrección estes dereitos. Conforman deste xeito a raíz epistemolóxica da sociedade e dos poderes públicos. Tamén a protección de datos, que se conecta por esta vía coa propia dignidade da persoa.

O dereito á protección de datos outórgalles a todas as persoas unha potestade de control dos seus datos persoais, entendidos estes como toda información que identifica ou fai identificable unha persoa. Deste modo, empodera a cidadanía no actual contorno cambiante e convulso, onde as capacidades do mundo dixital son quen de tratar datos como nunca se tería imaxinado no pasado. O Tribunal Constitucional español, na súa famosa Sentenza 292/2000, falaba do “dereito a controlar o uso dos datos”, que atribúe ao seu titular un “feixe de facultades” consistentes “no poder xurídico de impor a terceiros a realización ou omisión de determinados comportamentos” (fundamento xurídico 5). Desta forma, malia a afinidade co dereito á intimidade, o dereito á protección de datos é diferente, pois teñen distinta función, obxecto e contido.

É importante resaltar esta idea da protección de datos como dereito fundamental, pois non nos atopamos ante un mero principio político ou ético, ou ante unha recomendación de bo goberno. Nin moito menos. Estamos ante un verdadeiro dereito fundamental que presenta por iso un conxunto específico de garantías, as propias dun dereito fundamental⁴.

Ao lado das garantías xurídicas, tamén funcionan outros tipos de requirimentos para protexer os dereitos fundamentais. Por unha parte, a cidadanía debe cumprir a legalidade, o que é especialmente intenso no caso dos dereitos fundamentais. E, por outra parte, os responsables públicos asumen un deber adicional de respecto e protección destes dereitos (o art. 26 da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, ao regular os principios de bo goberno, establece que os altos cargos aos que se lles aplican “promoverán o respecto aos dereitos fundamentais e ás liberdades públicas”).

Na Unión Europea o dereito á protección de datos está previsto no artigo 8 da Carta de dereitos fundamentais e no artigo 16.1 do Tratado de funcionamento da Unión Europea. En España, pola súa banda, a protección de datos derivou do artigo 18.4 da Constitución grazas á interpretación doutrinal⁵ e á xurisprudencia constitucional, sobre todo a través da citada Sentenza do Tribunal Constitucional 292/2000⁶.

A Unión Europea confía na protección de datos para que as persoas poidan facer fronte ás novas situacións. Non en van, “o tratamento de datos persoais debe estar concibido para servir á humanidade” (considerando 4 RXPd). Pero a Unión tamén é consciente dos retos cando se afirma que “a magnitude da recollida e do intercambio de datos persoais aumentou de xeito significativo”, ademais de que “a tecnoloxía permite que tanto as empresas privadas como as autoridades públicas empreguen datos persoais nunha escala sen precedentes” (considerando

6 RXPDP). O dereito fundamental á protección de datos converteuse así nun elemento esencial da convivencia democrática.

A LOPDGDD tamén evidencia as novas circunstancias cando se le, no punto III do seu preámbulo, que “os fluxos transfronteirizos de datos persoais como consecuencia do funcionamento do mercado interior, os retos formulados pola rápida evolución tecnolóxica e a globalización” fixeron que os datos persoais “sexan un recurso fundamental” para a Sociedade da Información”.

En fin, como dicíamos antes, esta segunda fase da Sociedade da Información, hiperglobalizada e tanxida polas tecnoloxías disruptivas, avanza cara a un futuro diferente que necesita máis que nunca do dereito á protección de datos. Mesmo haberá que sofisticar as categorías e regulacións xurídicas para manter a súa operatividade e para salvagardar a vida privada no escenario que se achega.

Un último apuntamento antes de proseguir. Cómpre ter en conta que non hai dereitos fundamentais absolutos, tampouco o de protección de datos. Pódense limitar cando hai razóns que o xustifican e que están previstas no ordenamento. Esta limitación, dito agora con sinxeleza, debe facerse por un procedemento baseado no principio de proporcionalidade. Do que se trata en moitas ocasións é de equilibrar os conflitos entre dereitos para solucionar casuisticamente os problemas que vaian xurdindo e regular correctamente a sociedade. Así, por exemplo, o encontro entre protección de datos e o dereito de acceso á información pública disciplínase no artigo 15 da citada Lei 19/2013, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno.

3 UNIFORMIDADE EUROPEA E RECEPCIÓN EN ESPAÑA

O segundo elemento do noso decálogo é a aposta da Unión Europea por unha norma como é o regulamento (o aludido RXPDP⁷), o cal pretende impor unha uniformidade na materia de protección de datos en todo o territorio desa organización. Iso non se conseguira coa norma de referencia anterior, a citada e xa derogada Directiva 95/46/CE, posiblemente pola súa propia natureza.

Debemos lembrar que a norma europea coñecida como regulamento presenta un alcance xeral, resulta obrigatorio en todos os seus elementos e aplícase directamente en cada Estado membro. Tales características non as ten a directiva⁸. Ou sexa, que o regulamento posibilita unha finalidade homoxeneizadora que non permite a directiva. Nesta orde de cousas, o propio RXPDP reconece as diferenzas no nivel de protección dos datos ao abeiro da Directiva 95/46 (considerando 9). Ademais, sostén que para garantir “un nivel coherente de protección” é necesario un regulamento que proporcione seguridade xurídica e transparencia (considerando 13).

En principio non é necesario que os Estados adopten un acto nacional de transposición dun regulamento europeo. Non obstante, iso pode ser conveniente para gañar en certeza e seguridade xurídica. É o caso do RXPDP, que no suposto español reclama unha lexislación nova que depure o ordenamento interno, dado que este posúe previsións que non se acomodan a aquel.

Apunta atinadamente Jiménez Asensio que a derogación da Directiva 96/45/CE e a súa substitución polo RXPDP “non é unha operación normativa menor”, senón motivada polo cambio dun contexto (tecnolóxico) en que a nosa vida se está *datificando* (é dicir, revelamos sen querer enormes cantidades de información)⁹.

Dada a importancia da materia regulada, a elaboración do RXPDP foi complexa e intensa¹⁰. Iso tradúcese nunha norma extensa, alambicada e confusa en certos lugares. Como sostivemos noutro traballo, o seu carácter sobrecargado “resulta sen ningún xénero de dúbidas unha dificultade

hermenéutica”¹¹. Tamén chama a atención o elevado número de remisións ao legislador nacional: máis de cincuenta remisións ao dereito dos Estados, co que o desenvolvemento que comentabamos antes cobra outra xustificacón adicional. De igual xeito, os moitos considerandos iniciais, que funcionan como unha sorte de preámbulo (173), realizan unha especie de interpretación auténtica e mesmo proporcionan información adicional e distinta da que consta nos artigos posteriores. Iso denota unha incorrecta técnica legislativa.

O RXPDP é para a Unión Europea un instrumento transcendental para a dita organización, na actualidade e no futuro. Deste modo, afírmase que “este regulamento pretende contribuír á plena realización dun espazo de liberdade, seguridade e xustiza e dunha unión económica, ao progreso económico e social, ao reforzo e á converxencia das economías dentro do mercado interior, así como ao benestar das persoas físicas” (considerando 2 RXPDP). Parece depositarse nunha correcta normativa de protección de datos a evolución desta organización, tanto en termos xurídicos como sociais e económicos.

En todo caso, existen distintas materias fóra do RXPDP, como veremos no subapartado 11.1 deste traballo, como os da investigación policial e xudicial en virtude da Directiva 2016/680. Esta dualidade de previsións explícase pola necesidade que en Europa se tivo de aumentar a cooperación xudicial e policial, o que levou a unha norma específica como a citada directiva.

A recepción en España do RXPDP faise a través da citada LOPDGDD. Considerouse, con bo criterio, que cumpría aprobar unha nova lei orgánica que substituíse a anterior de 1999. Como se le no punto III do preámbulo da LOPDGDD, o principio de seguridade xurídica, por un lado, obriga a integrar o ordenamento europeo dun xeito claro e público, e, por outro, implica a obriga de “eliminar situacións de incerteza derivadas da existencia de normas no dereito nacional incompatibles co europeo”. Isto tradúcese na necesidade de eliminar a normativa interna incompatible coa norma europea. Estas razóns fundan a necesidade da LOPDGDD. Non obstante, esta foi máis alá do tema de protección de datos ao abordar a cuestión dos dereitos dixitais. Estamos convencidos de que iso foi unha mala técnica legislativa, pois deberon aprobarse dúas leis distintas, xa que ambos os dous contidos así o reclamaban. Outra cousa será a transposición da Directiva 2016/680, cando esta se produza.

Sexa como for, o RXPDP e a LOPDGDD amósanse hoxe en día como un conxunto normativo sumamente interconectado, con referencias continuas entre ambos os dous textos. É de agardar que este conxunto sexa decisivo no devir social e xurídico, ademais de ser tido moi en conta polos responsables públicos e privados. O éxito da súa aplicación, se se logra, será un avance na convivencia democrática que a todos nos toca construír.

4 NOVO PARADIGMA

O terceiro punto deste decálogo é, nin máis nin menos, o cambio de paradigma no tema de protección de datos.

O anterior modelo era un sistema reactivo que descansaba no control do cumprimento e na inscrición de ficheiros nas axencias *ad hoc*. O novo modelo, en cambio, é de supervisión continua e cotiá, proactivo, que obriga os responsables e encargados de tratamento a adoptar as medidas técnicas e organizativas necesarias para garantir a protección de datos. Para iso deben analizarse os riscos que poden presentarse, antes de que se presenten, e estar xa preparados para a resposta se se produce unha fenda de seguridade. O destacado rol que deben desempeñar as

autoridades de control sitúase na mesma liña. Non se trata de meros cumprimentos formais das obrigas, senón de asumir esta cultura da responsabilidade activa, con lealdade e transparencia.

O entendemento dinámico deste sistema proactivo tradúcese en que as medidas axeitadas deben ser obxecto de revisión e actualización cando sexa necesario (art. 24 RXP), o que testemuña que as medidas tomadas en certo momento poden anquilosarse e ser inútiles se non se someten a *aggiornamento*.

Esta mutación de modelo fai que a palabra “tratamento” sexa a correcta para reflectir a atención permanente que cómpre articular, pois fai referencia ao presente. Alude ao emprego que os usuarios fan dos datos no dito tempo presente. O reto vai estar en que as organizacións sexan quen de se imbuír da nova mentalidade o máis axiña posible porque manterse en esquemas do pasado vai lastrar a protección de datos de forma inaceptable.

5 PRINCIPIOS

No réxime de protección de datos existe un conxunto de principios que enmarcan todo tratamento. Así os denomina o RXP, aínda que desde un punto de vista técnico-xurídico non todos sexan realmente principios. Tales previsións, que son o núcleo central do réxime xurídico de protección de datos, deben ser tidas en conta en todo caso.

Deste xeito, no artigo 5 RXP atopamos os denominados principios de lealdade e transparencia no tratamento de datos; limitación da finalidade (ou sexa, só se recollen datos para fins determinados, explícitos e lexítimos); minimización de datos (só se tratan os datos axeitados e pertinentes en relación cos fins); exactitude dos datos (os datos deben ser exactos, e, se non, hai que actualizalos); limitación do prazo de conservación (non se deben gardar máis do tempo necesario para os fins de tratamento); integridade e confidencialidade (manter a seguridade dos datos); e responsabilidade proactiva (que exemplifica o cambio de modelo visto no apartado anterior).

A LOPDGDD aborda a cuestión no seu título II, titulado “Principios de protección de datos”, onde con grande imprecisión xurídica se abordan cousas diversas, como o deber de confidencialidade (que é obviamente un deber, non un principio), consentimento de menores ou datos especiais. Pódese destacar o artigo 4.2 LOPDGDD, que establece que en certos supostos non será imputable ao responsable de tratamento a inexactitude dos datos persoais sempre que adoptase todas as medidas razoables para que se supriman ou rectifiquen. En concreto, cando os obtívase directamente do interesado, ou dun mediador ou intermediario, ou doutro responsable ao exercerse o dereito de portabilidade, ou dun rexistro público.

A lei española tamén precisa que o deber de confidencialidade é complementario dos deberes de segredo profesional e que sempre se manteñen “mesmo cando finalizase a relación do obrigado co responsable” (art. 5.3 LOPDGDD).

6 BASES DE LEXITIMACIÓN

Un elemento relevante da actual regulación europea de protección de datos é a existencia de seis supostos xerais en que será posible tratar datos persoais. Por iso, pódese falar de que tales supostos son as bases que xustifican o tratamento, ou sexa, que o lexitiman. O RXP refírese a “licitude de tratamento”.

Estes casos son un elenco pechado, de maneira que, fóra dos supostos que expresamente permiten o tratamento dos datos, este non estará autorizado, ou sexa, será ilegal (coa excepción

do réxime específico das categorías especiais de datos, ao que nos referiremos *infra*, no apartado 11.2). En virtude do artigo 6.1 do RXPd, as condicións que fan lícito o tratamento son as seguintes:

a) Consentimento: “o interesado deu o seu consentimento para o tratamento dos seus datos persoais para un ou varios fins específicos”.

b) Execución dun contrato: “o tratamento é necesario para a execución dun contrato en que o interesado é parte ou para a aplicación a petición deste de medidas precontractuais”.

c) Obriga legal: “o tratamento é necesario para o cumprimento dunha obriga legal aplicable ao responsable do tratamento”¹².

d) Urgencia vital: “o tratamento é necesario para protexer intereses vitais do interesado ou doutra persoa física”.

e) Interese público: “o tratamento é necesario para o cumprimento dunha misión realizada en interese público ou no exercicio de poderes públicos conferidos ao responsable do tratamento”.

f) Intereses lexítimos: “o tratamento é necesario para a satisfacción de intereses lexítimos perseguidos polo responsable do tratamento ou por un terceiro, sempre que sobre os ditos intereses non prevalezan os intereses ou os dereitos e liberdades fundamentais do interesado que requiran a protección de datos persoais, en particular cando o interesado sexa un neno”.

A regra xeral do punto f) (interese lexítimo) non se aplica ao tratamento realizado polas autoridades públicas no exercicio das súas funcións. Para elas está destinada a base e), a de interese público. Ambos os dous conceptos, o interese lexítimo e o interese público, requiren concreción para precisar o seu verdadeiro significado, o que se irá obtendo a medida que se vaian aplicando. A LOPDGDD exige que o cumprimento dunha misión realizada en interese público ou no exercicio de poderes públicos do responsable ten que derivar “dunha competencia atribuída” por unha norma con rango de lei” (art. 8.2 LOPDGDD).

O consentimento é obxecto de previsións adicionais, o que revela que se intentaron superar situacións anteriores disfuncionais. Agora exíxese que o consentimento para autorizar o tratamento de datos debe ser libre, específico, informado e inequívoco, e un acto afirmativo claro (considerando 32 e art. 4.11 RXPd, art. 6.1 LOPDGDD). Trátase de fuxir de situacións confusas do pasado, nas cales as persoas eran literalmente enganadas polas organizacións que solicitaban os seus datos. Acabouse a letra pequena ilexible ou as redaccións incomprensibles. Trátase de apostar pola lealdade dos que solicitan os datos respecto aos interesados. Como afirma o Grupo do Artigo 29, o consentimento só pode ser unha base xurídica axeitada “se se ofrece ao interesado control e unha capacidade real de elección con respecto a se desexa aceptar ou rexeitar as condicións ofrecidas ou rexeitalas sen sufrir prexuízo ningún”¹³. Se existe un importante desaxuste entre os intervenientes nunha recollida de datos, o consentimento pode estar viciado por non ser realmente libre.

Se para o cumprimento dun mesmo fin ou mesmos fins é necesario levar a cabo diversas actividades, o consentimento debe darse para todas esas actividades de tratamento (considerando 32 RXPd). E, por suposto, cando o tratamento teña varios fins, debe darse o consentimento para todos eles (*ibidem*, e igualmente art. 6.2 LOPDGDD). Ou sexa, o consentimento é individualizado ao requirirse para todas as finalidades que se persigan co tratamento.

Así mesmo, “cando o tratamento se basee no consentimento do interesado, o responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consentiu o tratamento dos seus datos persoais” (art. 7.1 e considerando 42 RXPd). Isto obriga os responsables a protocolizar o arquivo dos

consentimentos, aparentemente *sine die*, para lograr cumprir no futuro con esa exigencia de proba de consentimento.

En todo caso, o carácter verdadeiramente informado do consentimento atopa unha destacada dificultade na complexa comprensión dalgúns procesos tecnolóxicos de tratamento. A isto refírese López Calvo ao aludir á adhesión a redes sociais, con cláusulas de privacidade extensas e confusas¹⁴. A axuda das autoridades de control nesta tesitura móstrase como necesaria, para botar luz nesta escuridade e aconsellar os interesados.

Co novo RXPd hai que entender que xa se exclúe o consentimento tácito¹⁵, que antes era aceptado. En efecto, este regulamento europeo trata de fuxir de situacións escuras e defende nos seus considerandos o consentimento como acto afirmativo “claro” (o mencionado considerando 32 RXPd). Acéptase calquera declaración ou conduta “que indique claramente neste contexto que o interesado acepta a proposta de tratamento dos seus datos persoais”. Polo tanto, “o silencio, os recadros xa marcados ou a inacción non deben constituír consentimento”.

O consentimento dos menores de idade presenta unhas previsións específicas. É de sobra coñecido como o uso da tecnoloxía dixital polos menores pode presentar riscos para a súa socialización e formación. Certamente, a interacción entre menores e tecnoloxía dixital é problemática, o que se reflicte nos múltiples riscos que se xeran para a súa correcta socialización e formación¹⁶. Os menores, polas súas características, requiren unha protección adicional no emprego dos seus datos. Como sinala o considerando 38 do RXPd, os nenos “poden ser menos conscientes dos riscos, consecuencias, garantías e dereitos concernentes ao tratamento de datos persoais”. O perigo advírtese sobre todo na utilización de datos de menores “con fins de mercadotecnia ou elaboración de perfís de personalidade ou de usuario, e da obtención de datos persoais relativos a nenos cando se utilicen servizos ofrecidos directamente a un neno”.

Neste sentido, o artigo 8 do RXPd titúlase “condicións aplicables ao consentimento do neno en relación cos servizos da sociedade da información”. Cando estamos no suposto xeral do consentimento para o tratamento de datos (o do citado art. 6.1.a RXPd), “no caso de oferta directa a nenos de servizos da sociedade da información, o tratamento dos datos persoais dun neno considerarase lícito cando teña como mínimo 16 anos”. É dicir, se o menor ten 16 anos ou máis pode consentir el por si mesmo. Pode e debe consentir, pois un terceiro, como os pais, non pode substituír ese consentimento. En cambio, “se o neno é menor de 16 anos, tal tratamento unicamente se considerará lícito se o consentimento o deu ou autorizou o titular da patria potestade ou tutela sobre o neno, e só na medida en que se deu ou autorizou”. Non obstante, estas previsións están en parte subordinadas á marxe de apreciación nacional, xa que os Estados membros “poderán establecer por lei unha idade inferior a tales fins, sempre que esta non sexa inferior a 13 anos”. Amparándose nesta marxe de apreciación nacional que autoriza o regulamento, a LOPDGDD establece a barreira en 14 anos (art. 7.1 LOPDGDD), aínda que quedan a salvo os supostos en que unha lei exixa a asistencia dos titulares da patria potestade para a celebración dun negocio xurídico. Deste xeito, “os titulares da patria potestade poderán exercitar en nome e representación dos menores de catorce anos os dereitos” que veremos no apartado seguinte (art. 12.6 LOPDGDD).

A importancia do tema do consentimento dos menores reclama unha dilixencia adicional para os responsables de tratamento. Ademais, poderase aplicar o dereito de supresión de datos persoais se o interesado, sendo xa adulto, deu o seu consentimento sendo neno e non era plenamente consciente dos riscos que implica o tratamento, en especial en Internet (considerando 65 RXPd).

7 DEREITOS

O dereito fundamental á protección de datos contén dentro de si un grupo de dereitos ou subdereitos que, como tales, lles atribúen outras tantas facultades aos interesados. Pode parecer curiosa esta situación (un dereito que contén dereitos), pero tamén se produce noutros ámbitos (como o dereito á tutela xudicial, que presenta varios dereitos no seu interior).

Estes dereitos concretan o control que os interesados deben ter sobre os seus datos, cun feixe de facultades que, desde o principio de autonomía da vontade, fan posible adoptar diversas decisións para non perder o dito control. Como dicimos, os dereitos exércense se así o decide o seu titular, e como indica a LOPDGDD “directamente ou por medio de representante legal ou voluntario” (art. 12.1 LOPDGDD). Para facilitar estas accións “o responsable de tratamento estará obrigado a informar o afectado sobre os medios á súa disposición para exercer os dereitos que lle corresponden” (art. 12.2 LOPDGDD).

Na configuración tradicional da protección de datos, estes dereitos eran catro, que respondían ao acrónimo ARCO. Tratábase dos dereitos de acceso, rectificación, cancelación e oposición. Co RXPd os dereitos ampliáanse. A nova listaxe é a seguinte: dereitos de información, acceso, rectificación, supresión, limitación de tratamento, portabilidade, oposición, e non decisión única, ademais doutros dereitos como os de presentar unha reclamación ante a autoridade de control, ou a tutela xudicial contra unha decisión dunha autoridade de control, ou tamén a tutela xudicial fronte a un responsable ou encargado de tratamento.

A LOPDGDD alude aos “dereitos das persoas” no seu título III, onde se concretan distintas cuestións do seu exercicio. Tamén o artigo 32 LOPDGDD incide no tema de dereitos, ao especificar que cando sexa pertinente a rectificación ou supresión de datos se procederá ao seu bloqueo. De relevancia práctica é a específica previsión da información por capas: a información básica é á que primeiro accederá a persoa interesada, onde se indicará “un enderezo electrónico e outro medio que permita acceder de forma sinxela e inmediata á restante información” (art. 11.1 LOPDGDD).

Todo este conxunto de dereitos fortalece a posición da cidadanía neste tema, que poderá acudir potestativamente a eles para artellar, como dixemos, distintas facultades. Todas estas facultades están garantidas co sistema deseñado para iso e que agora se ve fortalecido pola dureza das sancións, ao que nos referimos máis abaixo.

8 ESTRUCTURA INSTITUCIONAL

A correcta articulación da protección de datos exige certa rede institucional específica. Ímonos referir agora a esta, e non ás estruturas orgánicas que serven para a garantía dos dereitos en xeral (e que xa citamos na nota 4 deste artigo).

Desta forma, o RXPd aposta por determinada estrutura, con distintos suxeitos, aos que dota de relevantes funcións para a boa marcha da protección e xestión do tratamento de datos persoais. Trátase dunha situación en gran parte novidosa con relación ao réxime anterior, que obriga as distintas entidades e organizacións a reformular a súa estrutura para responder ás actuais exigencias.

8.1 Responsable e encargado de tratamento

En primeiro lugar, temos o responsable de tratamento de datos, que é quen determina “os fins e medios do tratamento” (art. 4.7 RXPd). Pode ser unha persoa física ou xurídica, ou un organismo ou servizo. Esta figura é a que asume as principais obrigas na materia, entre as

que destacamos a adopción das medidas técnicas e organizativas para garantir a legalidade do tratamento (art. 24.1 RXPDP e art. 28.1 LOPDGDD) e un nivel de seguridade axeitado ao risco (art. 32.1 RXPDP).

O encargado de tratamento será quen trate datos persoais “por conta do responsable” anterior (art. 4.8 REDP). Tamén pode ser unha persoa física ou xurídica, ou un organismo ou servizo. Para regular a relación entre ambos os dous, prevese un contrato cun contido detallado no artigo 28.3 RXPDP.

O novo modelo de protección de datos de responsabilidade activa exige que o responsable e o encargado valoren o risco que podería xerar un tratamento e así poder adoptar as medidas pertinentes ante esa situación concreta. Sobre iso volveremos no punto 9 deste traballo.

8.2 Delegado de protección de datos

O delegado de protección de datos é o asesor e fiscalizador na materia de certas organizacións e entidades que tratan datos, en concreto as que se citan no artigo 37.1 RXPDP e no 34.1 LOPDGDD (como todas as autoridades públicas, salvo os tribunais). O nomeamento deste delegado correspóndelle ao responsable ou ao encargado de tratamento, o que deberá comunicarse á autoridade de control. A súa posición é de independencia, e non poderá recibir instrucións (art. 38.3 RXPDP). Ademais, debe participar en todas as cuestións de protección de datos da organización (art. 38.1 RXPDP) e igualmente inspeccionar os procedementos e emitir recomendacións (art. 36.1 LOPDGDD). O delegado é o “interlocutor do responsable ou encargado do tratamento” ante a autoridade de control (art. 36.1 LOPDGDD).

A LOPDGDD, no seu artigo 37, reforza a posición do delegado ao atribuírlle a competencia de recibir e resolver reclamacións de posibles afectados, o que o achega, curiosamente, á natureza dun *ombudsman*. Desta forma, o afectado pode dirixirse ao delegado de protección de datos da entidade contra a que reclame antes de acudir á autoridade de control. O delegado ten dous meses para comunicarlle ao afectado a súa decisión. Así mesmo, a autoridade de control pode remitirlle unha reclamación ao delegado para que responda voluntariamente no prazo dun mes.

Trátase dunha figura inspirada na institución do *compliance* do ámbito mercantil, aínda que adquiriu un crecente protagonismo, quizais excesivo, pois os focos deben caer sobre responsable e encargado, os verdadeiros obrigados para que o sistema actual funcione. En España a súa posición, no caso de órganos públicos, debe cohonestarse coas previsións do Esquema Nacional de Seguridade no ámbito da Administración electrónica, aprobado polo Real decreto 3/2010, do 8 de xaneiro (onde se prevé un responsable de seguridade, ademais dun responsable da información e un responsable de servizos –art. 10–).

8.3 Autoridade de control

Cada Estado debe establecer unha ou varias autoridades públicas independentes para supervisar a aplicación do RXPDP (art. 51.1 REDP). A súa finalidade é tanto protexer os dereitos e liberdades das persoas físicas no tratamento de datos como facilitar a libre circulación destes no territorio da Unión Europea. Están dotadas de funcións (art. 57 RXPDP) e poderes (art. 58 RXPDP) relevantes, entre os que se atopan os poderes correctivos, que inclúen sancións e ordes. A norma europea destaca esa posición de independencia no artigo 52, no cal se fala de “total independencia”, de membros “allos a toda influencia externa” que “non solicitarán nin admitirán ningunha instrución”, e de que cada Estado garantirá que cada autoridade de control dispoña “en todo momento dos recursos humanos, técnicos e financeiros, así como dos locais e as infraestruturas necesarios”.

En España a autoridade de control nacional é a Axencia Española de Protección de Datos, prevista na LOPDGDD nos artigos 44 e seguintes. Como autoridade administrativa independente, está suxeita á Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público. O deber de colaboración con esta axencia que pesa sobre as administracións públicas e os particulares está recollido no artigo 52 LOPDGDD, precepto que alude a datos, informes, antecedentes e xustificantes necesarios para levar a cabo a actividade e investigación da axencia. Este deber parece imprescindible para levar a bo termo as competencias da axencia.

Ademais, no ámbito autonómico temos órganos deste tipo en Cataluña (Autoridade Catalá de Protección de Datos) e País Vasco (Axencia Vasca de Protección de Datos), e en parte en Andalucía, aínda pendente de desenvolver algunha das súas competencias (Consello de Transparencia e Protección de Datos). A LOPDGDD ampara a existencia destas entidades autonómicas (arts. 57 e ss.), que deberán cooperar coa axencia estatal e intercambiar mutuamente a información necesaria para o cumprimento das súas funcións.

8.4 Comité Europeo de Protección de Datos

O último elo na rede institucional é o Comité Europeo de Protección de Datos (arts. 68 e ss. RXPDP), un organismo da Unión Europea que supervisa a aplicación do RXPDP e asesora á Comisión europea no tema, ademais de, entre outras cousas, emitir directrices, recomendacións e boas prácticas. Así mesmo, elabora un informe anual que fai público e transmite ao Parlamento Europeo, ao Consello e á Comisión.

No Comité intégranse os directores das autoridades de control dos Estados membros e o Supervisor Europeo de Protección de Datos. Substitúe o coñecido como Grupo de Tráballo do Artigo 29 (que funcionaba baseándose na Directiva 95/46/CE, derogada polo RXPDP).

9 XESTIÓN DE ÍNDOLE PREVENTIVA

O modelo actual de protección de datos, como vimos no apartado 4, é proactivo. Iso obriga o responsable a realizar unha serie de labores que poderían cualificarse de preventivos. Do que se trata é de anticiparse aos problemas que poidan xurdir e ás fendas de seguridade. Mellor evítalas que responder despois de que se produzan. O modelo anterior, de control do cumprimento, implicaba actuacións unha vez que o problema xa tivera lugar, para reparalo. Por iso, o paradigma actual, se funciona correctamente, é moito máis plausible.

Neste sentido, citamos tres actuacións que cremos que reflicten ben a idea que queremos transmitir. A primeira é a elaboración do rexistro de actividades de tratamento coas especificacións que se exixen (art. 30 RXPDP e art. 31 LOPDGDD). Do que se trata sobre todo é de especificar “as actividades de tratamento levadas a cabo”, ou sexa, de que o rexistro sexa un fiel reflexo da realidade do tratamento de datos na organización respectiva. As entidades públicas citadas no artigo 77.1 LOPDGDD deben facer público un inventario das súas actividades de tratamento (art. 31.2 LOPDGDD), o que xa se incorporou como unha obriga de transparencia activa no artigo 6 bis da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno (en virtude da disposición derradeira undécima da LOPDGDD). Esta publicación é unha boa noticia para avanzar no principio de transparencia. Ademais, téñase en conta que non levar rexistro de actividades de tratamento é unha infracción grave (art. 73.n LOPDGDD); e que, se o rexistro non incorpora toda a información exixida, estamos ante unha infracción leve (art. 74.l LOPDGDD).

A segunda actuación que exemplifica a xestión preventiva é a realización dunha análise de riscos para determinar as medidas concretas que se deberán articular para evitalos (considerando 83 RXPd: “avaliar os riscos inherentes ao tratamento e aplicar medidas para mitígalos, como o cifrado,“). Como dixemos *supra*, no subapartado 8.1, este labor permitiralle ao responsable e encargado do tratamento aplicar as medidas técnicas e organizativas axeitadas (os xa citados art. 32.1 RXPd e art. 28.1 LOPDGDD). Neste sentido, cómpre ter en conta os “maiores riscos” que poderían producirse nunha serie de supostos que fixa o artigo 28.2 LOPDGDD (como a aparición de situacións de discriminación, usurpación de identidade, fraude, perdas financeiras, dano para a reputación, vulneración do segredo profesional ou reversión non autorizada da pseudonimización; afectación a grupos en situación de especial vulnerabilidade; tratamentos masivos; ou transferencias de datos a terceiros Estados que non contan cun nivel adecuado de protección). Outra vez hai que ter presente, no ámbito do sector público, que o xa citado Esquema Nacional de Seguridade tamén considera, pola súa parte, unha análise e xestión dos riscos (art. 13 do Real decreto 3/2010).

E a terceira obriga de tipo preventivo que recolleemos son as denominadas avaliacións de impacto nas operacións de tratamento de datos (art. 35 RXPd). Estas deberán realizarse cando un tratamento entrañe un alto risco para os dereitos e liberdades. En concreto, proceden cando se vai efectuar unha “avaliación sistemática e exhaustiva de aspectos persoais de persoas físicas que se basee nun tratamento automatizado”, un tratamento a grande escala de categorías especiais de datos, ou unha “observación sistemática a grande escala dunha zona de acceso público”. Para realizar esta avaliación, o responsable solicitará asesoramento do delegado de protección de datos. Se se efectúa o tratamento de datos persoais sen terse realizado a avaliación de impacto nos supostos en que esta é exigible, cometerase unha infracción grave (art. 73.t LOPDGDD).

Estas xestións preventivas, polo tanto, evidencian a concreción do novo paradigma no tratamento de datos e o cambio da lóxica organizacional.

10 INFRACCIÓNS E SANCIÓNS

O dereito, en sentido obxectivo, ten como un dos seus elementos característicos a coactividade, isto é, a posibilidade de ser imposto pola forza. Se as normas xurídicas non se cumpren voluntariamente, o sistema público ten mecanismos de imposición. Esta idea é de suma relevancia no campo dos dereitos fundamentais, pois de pouco serve o seu recoñecemento teórico se despois non se establecen medios e fórmulas para garantir a súa aplicación. As garantías dos dereitos son unha exigencia da técnica xurídica e tamén da propia calidade da democracia. É máis, os instrumentos de garantía téñense que actualizar cando corresponda para que as novas situacións non afecten negativamente á aplicación dos dereitos.

O dereito á protección de datos ten, como mencionamos *supra*, as garantías dos dereitos fundamentais en xeral. Pero, ademais, o RXPd e a LOPDGDD aluden a unhas infraccións e sancións concretas ante as vulneracións da protección de datos. Isto supón un endurecemento do sistema de sancións dado o elevadas que poden resultar agora as multas. Así, fálase no seu nivel máximo de multas administrativas de 20 millóns de euros ou do 4% do volume de negocio total anual dunha empresa, “optándose pola de maior contía” (art. 83.5 RXPd).

A LOPDGDD aborda o procedemento a seguir ante unha vulneración de protección de datos (arts. 63 e ss.) e o réxime sancionador, tanto no que atinxe a suxeitos responsables como a infraccións e sancións (arts. 70 e ss.). Descríbense as condutas típicas e gradúanse as infraccións

entre moi graves, graves e leves, gradación que se fai para determinar os prazos de prescrición. De igual xeito, fíxase a interrupción da dita prescrición (art. 75 LOPDGDD).

Neste sentido, é de salientar que os responsables de órganos públicos non serán sancionados economicamente, senón que se castigarán a través de apercibimentos, actuacións disciplinarias ou amoestacións, aínda que todo iso con publicidade e con aviso ao Defensor do Pobo ou aos defensores autonómicos (art. 77 LOPDGDD). Polo tanto, nestes supostos substitúense as multas pola publicitación do infractor, o que en determinados casos pode ser unha técnica de prevención de infraccións moi eficaz. Malia iso, hai quen considera que este réxime especial é un privilexio do sector público, co que non estamos de acordo.

11 UNHA REGULACIÓN COMPLEXA

Un dos trazos que se poderían considerar característicos da protección de datos é o da súa heteroxeneidade e complexidade. É o último elemento do noso decálogo. As causas desta complexidade centrámolas en tres: a habitual existencia de excepcións ás previsións xerais, a previsión de ámbitos excluídos e de regulacións específicas, e o que podemos cualificar como sectores regulados de xeito máis flexible.

11.1 Materias excluídas e regulacións específicas

En primeiro lugar, hai que ter presente o ámbito de aplicación material da normativa. Neste sentido, o RXP, no seu artigo 2.2, indica que non se aplica a actividades non comprendidas no dereito da Unión, á política exterior e de seguridade común da Unión, e ás actividades exclusivamente persoais ou domésticas.

Non obstante, nunha mostra de mala sistemática, noutros lugares o RXP tamén aborda cuestións referidas ao seu ámbito de aplicación. Así, o RXP non se aplica aos datos persoais das persoas falecidas segundo interpretan os seus considerandos (considerandos 27, 158 e 160); nin ás persoas xurídicas (considerando 14, aínda que isto tamén se pode interpretar polo propio enunciado do RXP); no tratamento de datos nas institucións, órganos e organismos da Unión Europea aplícase a normativa específica dese ámbito, que debe adaptarse ao novo réxime (art. 98 RXP)¹⁷; tampouco se aplica o RXP en tratamentos obxecto da citada Directiva (UE) 2016/680 (considerando 19 RXP)¹⁸; con relación ás comunicacións electrónicas, aplícase prioritariamente a Directiva 2002/58/CE, e o RXP de forma supletoria sen impor obrigas adicionais (art. 95 RXP e considerando 173)¹⁹; e respecto ao comercio electrónico tamén se aplica prioritariamente a Directiva 2000/31/CE²⁰ (considerando 21 RXP).

Pola súa banda, a LOPDGDD non é de aplicación aos tres supostos anteriores do citado artigo 2.2 RXP e, ademais, aos tratamentos de persoas falecidas²¹ (o que xa interpretaban os considerandos vistos do RXP) e aos tratamentos sometidos á normativa de materias clasificadas (art. 2.2 LOPDGDD). A lei española, con relación ás actividades non comprendidas no dereito da Unión, alude a que eses tratamentos se rexerán pola súa lexislación específica, como é o caso do réxime electoral xeral ou o Rexistro Civil (art. 2.3 LOPDGDD). Sorprende que se poñan exemplos na redacción dun artigo dunha lei, pero aí están.

Realmente, nestes elencos citados nos parágrafos anteriores hai dous tipos de supostos. Un, o das materias ás cales non se aplica a protección de datos, que poderíamos cualificar como ámbitos excluídos. Trátase, por exemplo, das actividades persoais ou domésticas e dos tratamentos de persoas falecidas. E os outros supostos son os que se rexerán polas súas disposicións específicas, como o caso das institucións europeas ou as actividades non comprendidas no dereito da UE.

Neste segundo tipo temos supostos en que se aplica a norma específica e non o RXP (como en investigación policial) e outros en que o RXP entra como norma de aplicación supletoria (como en comercio electrónico ou en comunicacións electrónicas).

Un suposto con características propias é o ámbito xudicial. Aínda que o regulamento europeo se aplica ás actividades dos tribunais, as autoridades de control non son competentes para supervisar as operacións de tratamento “efectuadas polos tribunais no exercicio da súa función xudicial” (considerando 20 e art. 55.3 RXP). O control de tales tratamentos depende dos órganos aos que se lles atribúa esa competencia dentro do sistema xudicial (no caso español o Consello Xeral do Poder Xudicial, como así o establece o artigo 236 *nonies* da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial).

11.2 Excepcións

Neste subapartado estémonos a referir a situacións en que existe unha regulación xeral que se acompaña dunha previsión que se aparta dela. Loxicamente, agora non podemos facer un repaso por todas estas excepcións ás disposicións xerais que están previstas na normativa de protección de datos. Aludimos tan só a tres exemplos que cremos que ilustran perfectamente a cuestión.

O primeiro exemplo xa o vimos antes: o consentimento de menores, que pode entenderse como unha excepción ás previsións xerais da categoría do consentimento. Remitimos ao apartado 6 deste traballo.

Nas transferencias de datos persoais a países terceiros ou organizacións internacionais, régulanse excepcións para situacións específicas (art. 49 RXP). Desta forma, en ausencia dunha decisión de adecuación ou de garantías axeitadas, poderase realizar unha transferencia de datos persoais se é de aplicación algunha das sete excepcións que enumera tal precepto (como consentimento explícito, execución dun contrato ou razóns de interese públicos).

De igual forma, o tratamento dos chamados datos especiais tamén pode considerarse unha excepción á regulación xeral dos datos (non especiais, polo tanto). Os datos especiais, que son a evolución do que antes en castelán se chamaban datos especialmente protexidos, refírense a catro tipos de datos (art. 9.1 RXP): os de orixe étnica ou racial; as opinións políticas, as conviccións relixiosas ou filosóficas, ou a afiliación sindical; o tratamento de datos xenéticos, datos biométricos dirixidos a identificar de xeito unívoco unha persoa física, e datos relativos á saúde; e datos sobre a vida sexual ou a orientación sexual dunha persoa física. Como indica a norma europea, os datos especiais son “particularmente sensibles en relación cos dereitos e liberdades fundamentais, xa que o contexto do seu tratamento podería entrañar importantes riscos” para estes dereitos e liberdades (considerando 51 RXP).

Así as cousas, o artigo 9.1 do RXP establece a prohibición xenérica de tratar os datos especiais, aínda que iso presenta dez excepcións (art. 9.2 REDP). Dunha forma sintética, estas excepcións son o consentimento explícito do interesado²²; o cumprimento de obrigas do responsable no ámbito laboral; a protección de intereses vitais do interesado; tratamento dunha entidade política ou relixiosa respecto aos seus membros; datos que “o interesado fixo manifestamente públicos”; tratamento necesario para as actuacións xudiciais; razóns dun “interese público esencial”; fins de medicina preventiva ou laboral; saúde pública ou garantía da calidade da asistencia sanitaria; e fins de arquivo en interese público, fins de investigación científica ou histórica ou fins estatísticos.

O consentimento que se exige neste caso dos datos especiais, como acabamos de dicir, é “explícito”²³, o que supón un paso máis con relación ao consentimento inequívoco que comentamos

nas regras xerais no apartado 6 deste traballo. Polo tanto, ante tratamento de datos non especiais hai que interpretar que cabe un consentimento implícito (pois o explícito só se cita para os datos especiais), que en todo caso será inequívoco, específico e claro, como reclama o propio concepto de consentimento que en todo caso manexa o RXPd (ou sexa, non tácito).

11.3 Ámbitos flexibilizados

Nomeamos así esta subepígrafe para aludir a un conxunto de sectores que presentan previsións máis flexibles. Poderían ser tamén excepcións á regulación xeral, que acabamos de ver, pero para gañar forza explicativa considerámoslos á marxe.

O RXPd dedícalle o capítulo IX ao que titula como “Disposicións relativas a situacións específicas de tratamento”. Isto refírese a certos tratamentos concretos que por iso necesitan unha previsión *ad hoc*. Nese lugar contémpanse tres supostos en que as previsións son menos rixidas: a conciliación da protección de datos coa liberdade de expresión e información (art. 85 RXPd); o tratamento para fins de arquivo en interese público, fins de investigación científica ou histórica ou fins estatísticos (art. 89 RXPd); e a protección de datos nas igrexas e asociacións relixiosas (art. 91 RXPd)²⁴.

12 CONCLUSIÓNS

Tras o decálogo exposto, cremos que queda reflectida a importancia que posúe na actualidade a protección de datos, como garantía fronte ao avance irresistible da Sociedade da Información, e a propia complexidade dese sector do ordenamento, con regulacións detalladas, exclusións e previsións específicas en varios ámbitos, quizais excesivas e sobrecargadas.

A nova normativa concretou máis aspectos, cambiou o modelo e endureceu algunhas previsións (como nos requisitos do consentimento e nas posibles sancións). Búscase con todo iso superar problemas do pasado e protexer de forma efectiva a cidadanía fronte ás grandes corporacións e entidades. As ideas de lealdade e transparencia retratan ben a nova situación que se persegue, con obrigas concretas para responsables e encargados de tratamento nese sentido, e con accións proactivas que deberían evitar problemas futuros ou, se estes se producen, asegurar unha resposta axeitada.

De todos os xeitos, temos certas reservas sobre o éxito real da normativa que regula a protección de datos. Unha infinidade de escándalos que afectan á privacidade das persoas ocupan as primeiras planas dos medios cada certo tempo nos últimos anos. Estes casos rebelan como se comercia cos datos, a súa importancia económica e política, os continuos enganados a que se ve sometida a cidadanía ou a falta de escrúpulos dalgúns dirixentes de grandes empresas. O exemplo de *Cambridge Analytics* vale por todos. E despois están os casos que non saen nos medios, as actuacións secretas de ciberguerra e de intelixencia, que tamén en distintos momentos pivotan arredor de datos persoais.

A ciberseguridade irase progresivamente complicando, co que o escenario para o dereito fundamental da protección de datos se fará máis agresivo. As tecnoloxías disruptivas dificultarán o control dos nosos datos e posiblemente reclamarán unha actualización da normativa que repasamos neste traballo para regular de que xeito robots, máquinas, algoritmos ou a aínda imprevisible computación cuántica poderán, ou non, tratar os nosos datos, un ben precioso da dignidade que cualifica o ser humano. A fortaleza da nosa sociedade e da nosa democracia está en xogo, polo que a forma de aplicar e de evolucionar o réxime de protección de datos será determinante na concreción da nova dinámica social.

13 BIBLIOGRAFÍA

- Fernández Rodríguez, J.J. 2004. *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la Red*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1167-lo-publico-y-lo-privado-en-internet-intimidad-y-libertad-de-expresion-en-la-red>
- Fernández Rodríguez, J.J. 2018. «Aproximación general a la reforma normativa: el reglamento europeo. Principios generales», en C. Campos Acuña (dir.), *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Grupo de Trabajo do Artigo 29. 2017. *Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento UE 2016/679*. Disponible en http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051
- Jiménez Asensio, R. 2018. «Epílogo», en C. Campos Acuña (dir.), *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Lázaro González, I.E.; Mora Prato, N., e Sarzano Volart, C. (coords.) 2012. *Menores y nuevas tecnologías*. Madrid: Tecnos.
- López Aguilar, J.F. 2015. «Data Protection Package y Parlamento Europeo», en A. Rallo Lombarte e R. García Mahamut (eds.), *Hacia un nuevo Derecho Europeo de protección de datos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López Álvarez, L.F. 2016. *Protección de datos personales: adaptaciones necesarias al nuevo reglamento europeo*. Madrid: Lefebvre.
- López Calvo, J. 2017. *Comentarios al reglamento europeo de protección de datos*. Madrid: Sepin.
- Lucas Murillo, P. 1990. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos.
- PricewaterhouseCoopers LLP. 2018. *Will robots really steal our jobs? An international analysis of the potential long term impact of automation*, disponible en https://www.pwc.com/hu/hu/kiadvanyok/assets/pdf/impact_of_automation_on_jobs.pdf

NOTAS

- 1 Fernández Rodríguez, 2018: 33.
- 2 Entre outros, pode verse o informe de PricewaterhouseCoopers LLP, 2018. Nós xa abordamos e albiscamos esta problemática hai anos (Fernández Rodríguez, 2004) partindo da afectación da liberdade de expresión e do dereito á intimidade.
- 3 No apartado 11 deste traballo aludimos a outras normas da Unión Europea que se engaden a este RXPD na regulación de nivel secundario europeo na materia.
- 4 De xeito breve podemos clasificar as garantías dos dereitos en normativas (reserva de lei, respecto ao contido esencial, eficacia inmediata, rixidez constitucional), xurisdicionais (amparo “ordinario”, amparo constitucional) e institucionais (Ministerio Fiscal, Defensor do Pobo, defensorías autonómicas).
- 5 Lucas Murillo, 1990.
- 6 A primeira lei orgánica española específica foi a 5/1992, do 29 de outubro, de regulación do tratamento automatizado de datos de carácter persoal, que foi substituída pola Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal. A LOPDGDD derroga esta lei de 1999 (aínda que permanecen de momento en vigor os artigos 22, 23 e 24 da Lei orgánica 15/1999, en virtude da disposición adicional décima e disposición transitoria cuarta da LOPDGDD).
- 7 O precedente directo deste RXPD foi a Comunicación da Comisión, do 4 de novembro de 2010, titulada “Un enfoque global da protección dos datos persoais na Unión Europea”.
- 8 A directiva obriga os Estados destinatarios en canto ao resultado. É dicir, sobre estes Estados pesa tal obriga de resultado, pero eles elixen a forma e os medios para alcanzar o dito resultado. Por iso se di que o lexislador nacional debe adoptar un acto de transposición no dereito interno que adapte a lexislación nacional aos obxectivos da directiva. Neste proceso, os Estados teñen certa discrecionalidade, que lles serve para ter en conta as particularidades nacionais.
- 9 Jiménez Asensio, 2018: 628.
- 10 López Aguilar, 2015.
- 11 Fernández Rodríguez, 2018: 54.
- 12 O artigo 8.1 LOPDGDD prevé que esta obriga legal debe estar prevista nunha norma de dereito da Unión Europea ou nunha “norma con rango de lei”.
- 13 Grupo de Trabajo do Artigo 29, 2017: 3.
- 14 López Calvo, 2017: 131 e ss.
- 15 Non obstante, deféndese que este consentimento si cabe, pois considérase compatible cunha conduta clara e afirmativa (v. gr., López Calvo, 2017: 124 –aínda que na p. 129 parece soste outra cousa–). Nós non opinamos así, como tampouco os lexisladores nacionais que están a desenvolver o RXPD: desta forma, en España, no punto V do preámbulo da LOPDGDD dise literalmente que este consentimento da norma europea exclúe “o que se coñecía como consentimento tácito”.

- 16 Unha visión destes problemas, pero tamén das oportunidades, pode verse en Lázaro González *et al.*, 2012.
- 17 A principal referencia é o Regulamento (UE) 2018/1725 do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de outubro de 2018, relativo á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais polas institucións, órganos e organismos da Unión, e á libre circulación deses datos, e polo que se derrogan o Regulamento (CE) n.º 45/2001 e a Decisión n.º 1247/2002/CE. Este regulamento xa está adaptado ao novo marco.
- 18 Recordemos que esta Directiva (UE) 2016/680 se refire á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais por parte das autoridades competentes para fins de prevención, investigación, detección ou auzamento de infraccións penais ou de execución de sancións penais, e á libre circulación dos ditos datos. A través dela derrógase a Decisión marco 2008/977/XAI do Consello. A transposición desta directiva en España está pendente. Tal directiva non só establece normas para protexer as persoas físicas no seu obxecto material, senón que tamén garante a libre circulación de datos persoais na Unión no ámbito da cooperación xudicial en materia penal e no da cooperación policial.
- 19 Unha previsión similar atópase na disposición adicional undécima da LOPDGDD.
- 20 Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 8 de xuño de 2000, relativa a determinados aspectos xurídicos dos servizos da sociedade da información, en particular o comercio electrónico no mercado interior.
- 21 O artigo 3 LOPDGDD contén previsións específicas sobre os datos de persoas falecidas, relativas ao acceso dos herdeiros ou representantes.
- 22 O artigo 9.1 LOPDGDD preceptúa con relación a este caso que “o só consentimento do afectado non bastará para levantar a prohibición do tratamento de datos cuxa finalidade principal sexa identificar a súa ideoloxía, afiliación sindical, relixión, orientación sexual, crenzas ou orixe racial ou étnica”.
- 23 Como afirma o Grupo de Traballo do Artigo 29, “o consentimento explícito requírese en determinadas situacións en que existe un grave risco en relación coa protección dos datos e nas cales se considera axeitado que exista un elevado nivel de control” sobre os datos persoais” (Grupo de Traballo do Artigo 29, 2017: 20).
- 24 En cambio, outras previsións nese lugar do RXPD son máis exixentes con relación á normativa xenérica (polo tanto, non son ámbitos de tratamento flexibilizados): acceso a documentos oficiais, tratamento do número nacional de identificación, tratamento no ámbito laboral, e obrigas de segredo para reforzar os poderes das autoridades de control. Pola súa banda, a LOPDGDD tamén alude a algo similar no seu título IV “Disposicións aplicables a tratamentos concretos”, aínda que os casos que cita son como os desta nota, máis exixentes.

A Economía da Administración Electrónica: apuntamentos xerais e unha aplicación empírica aos concellos galegos

La Economía de la Administración Electrónica: apuntes generales y una aplicación empírica a los ayuntamientos gallegos

The Economics of e-Government: General Notes and an Empirical Application to Galician Municipalities



JOSÉ CAAMAÑO ALEGRE

Profesor contratado doctor de Economía Aplicada

Universidade de Santiago de Compostela

Rede Localis

GEN - Governance and Economics research Network

jose.caamano@usc.es

Recibido: 15/11/2018 | 22/01/2019

Resumo: Neste traballo abórdase a Administración electrónica desde a perspectiva da Economía. Comézase con algúns apuntamentos xerais, recollendo especialmente a análise a tres niveis de Bannister (2007) e a achega de Soete e Weehuizen (2004), que contemplan a dita Administración como unha prometedora terceira vía para afrontar os “fallos do Estado”. A seguir, faise referencia ás técnicas dispoñibles para avaliar a eficiencia da e-Administración. Finalmente, realízase unha análise de eficiencia bifásica baseada na técnica *DEA*, encamiñada a contrastar a influencia da e-Administración na eficiencia dos concellos galegos. Os resultados evidencian as dificultades para captar estatisticamente esa influencia, así como a posible presenza do chamado “paradoxo da produtividade das TI”.

Palabras clave: Administración electrónica, paradoxo da produtividade das TI, análise envolvente de datos (*DEA*), análise de eficiencia bifásica, datos de enquisa.

Resumen: En este trabajo se aborda la Administración electrónica desde la perspectiva de la Economía. Se comienza con algunos apuntes generales, recogiendo especialmente el análisis a tres niveles de Bannister (2007) y la aportación de Soete y Weehuizen (2004), que contemplan dicha Administración como una prometedora tercera vía para afrontar los “fallos del Estado”. A continuación, se hace referencia a las técnicas disponibles para evaluar la eficiencia de la e-Administración. Finalmente, se realiza un análisis de

eficiencia bifásico basado en la técnica *DEA*, encaminado a contrastar la influencia de la e-Administración en la eficiencia de los ayuntamientos gallegos. Los resultados evidencian las dificultades para captar estadísticamente dicha influencia, así como la posible presencia de la llamada “paradoja de la productividad de las TI”.

Palabras clave: Administración electrónica, paradoja de la productividad de las TI, análisis envolvente de datos (*DEA*), análisis de eficiencia bifásico, datos de encuesta.

Abstract: This paper deals with electronic government from the perspective of Economics. It begins with some general notes on the topic, focusing particularly on Bannister’s (2007) three-level analysis and Soete and Weehuizen’s (2004) contributions, which view e-government as a promising third way to confront “government failures”. Next, I examine the techniques available to evaluate e-government efficiency. Finally, the paper offers a *DEA* based two-step efficiency analysis aimed at testing the influence of e-government on the efficiency of Galician municipalities. The analysis results show both the difficulty of statistically assessing this influence and a possible presence of the so-called “IT productivity paradox”.

Key words: E-government, IT productivity paradox, data envelopment analysis (*DEA*), two-step efficiency analysis, survey data.

Sumario: 1 Introducción. 2 A Administración electrónica desde a perspectiva da Ciencia Económica. 2.1 Análise a niveis macro, micro e minúsculo. 2.2 Aproximacións desde a Economía Pública. 3 Fallos do Estado e Administración electrónica. 3.1 As TIC e a articulación da demanda. 3.2 As TIC e os custos de transacción. 3.3 As TIC e o acceso. 4 Avaliación da eficiencia da Administración electrónica. 4.1 ACB de investimentos en Administración electrónica. 4.2 Técnicas fronteira e Administración electrónica. 5 Administración electrónica e eficiencia nos concellos galegos. 5.1 Implantación da Administración electrónica na mostra de concellos da enquisa Rede Localis. 5.2 Análise de eficiencia bifásica na submostra de concellos identificados *a posteriori*. 6 Conclusións. 7 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

O desenvolvemento da Administración electrónica constitúe, sen dúbida, un dos grandes retos a que hoxe se enfrontan as nosas entidades públicas en xeral e as locais en particular. Trátase, ademais, dun reto con profundas implicacións económicas, dado que a devandita Administración ofrece potenciais ganancias de eficiencia cuxa materialización require, non obstante, de custosos esforzos nunha diversidade de eidos (investimento en novas tecnoloxías, formación de persoal, redeseñar de procesos, apertura á cidadanía...). Resulta, por iso, indispensable contemplar a Administración electrónica baixo unha lóxica custo-beneficio, e ir máis alá dos detalles operativos da súa implantación para avaliar o seu impacto na eficiencia das entidades públicas.

Nas páxinas que seguen, preténdese internarse por esta liña de exploración. Comézase con algúns apuntamentos xerais sobre a Economía da Administración Electrónica, facendo especial fincapé nas contribucións de Bannister (2007) e Soete e Weehuizen (2004), porque representan marcos comprensivos e, asemade, suxestivos. Recóllense tamén outros traballos de perfil máis específico, en razón da súa afinidade coa aplicación empírica que logo se fai. Esta última encamiñase a contrastar a influencia da Administración electrónica na eficiencia dos concellos galegos, seguindo un procedemento bifásico de análise envolvente de datos (1.^a fase) e regresión lineal múltiple (2.^a fase). Os resultados evidencian as dificultades para captar estatisticamente a dita influencia, así como a posible presenza do chamado “paradoxo da produtividade das TI”.

O artigo estrutúrase en cinco apartados, ademais desta introdución. O apartado 2 aproxímase á Administración electrónica desde a perspectiva da Ciencia Económica, distinguindo tres niveis de análise e concluíndo cunha concisa referencia ao tratamento do tópico desde a Economía Pública. O apartado 3 considera a Administración electrónica á luz da teoría dos fallos do Estado, pondo de relevo as súas virtualidades paliativas de tales fallos. O apartado 4 bosquexa, con apenas

unhas pincladas, un cadro elemental da avaliación da eficiencia da Administración electrónica. O apartado 5 contén a aplicación empírica aos concellos galegos. O apartado 6 conclúe.

2 A ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA DESDE A PERSPECTIVA DA CIENCIA ECONÓMICA

Bannister (2007) preséntanos a Administración electrónica, no plano académico, como un tópic na intersección de tres disciplinas: a Economía, a Administración Pública e as Tecnoloxías da Información e as Comunicacions (TIC). A continuación, distingue, desde a perspectiva económica, tres niveis de análise.

2.1 Análise a niveis macro, micro e minúsculo

Desde a Macroeconomía, a cuestión central é a do impacto da Administración electrónica na competitividade nacional e no desempeño económico nacional. Dun lado, a Administración electrónica pode contribuír á “facilidade para facer negocios” no país, aínda que o seu impacto pode ser marxinal se persisten altos niveis de “regulamentismo” e burocratización. Doutro lado, a dita Administración pode contribuír á eficiencia nacional polo impacto acumulativo dos pequenos aforros, sobre todo de tempo, que xera. Tales impactos poden revelarse notables se miramos máis alá das webs e servizos en liña para abranguer os sistemas informáticos subxacentes, contemplando a aplicación das TIC a todos os aspectos da gobernanza e a Administración. Non se debe esquecer, polo demais, o posible “efecto halo” da Administración electrónica, na medida en que esta incide na imaxe-país.

Desde a Microeconomía, a atención céntrase nos beneficios económicos potenciais da Administración electrónica para as axencias públicas e as entidades privadas que tratan con elas. Un primeiro bloque é o dos *beneficios xenéricos* derivados da automatización e a conversión da prestación cara a cara en autoservizo. A realización a curto prazo deses beneficios pode topar con certas peculiaridades das AAPP, como a relación funcionarial e forte sindicalización do seu persoal, a súa condición de monopolio de oferta, o seu carácter “multiético” ou a multiplicidade de interesados na súa actuación. Non obstante, o eventualmente pobre retorno a curto prazo pode derivar nunha folgura que se empregue a longo prazo para crear novos servizos, do valor dos cales dependerá que as esperadas ganancias á fin se realicen. Un segundo bloque de potenciais beneficios da Administración electrónica son os *beneficios específicos de axencias*, que nos remiten ás singulares relacións de cada axencia cos seus clientes prioritarios. A identificación destes beneficios tende a requirir unha plena comprensión dos efectos de primeira, segunda e terceira orde do que a miúdo son sistemas altamente complexos. Resulta, pois, bastante difícil xeneralizar.

Desde a “Minúsculoeconomía”¹, o foco recae nos efectos da Administración electrónica na economía da familia e o individuo ou, dito doutro xeito, nos seus beneficios para o cidadán na súa vida privada, non en canto membro dunha entidade corporativa. Dado que a dita Administración pode desprazar sixilosamente carga de traballo ao cidadán, a este só lle resultará economicamente atractivo aceptala se: i) reduce o custo para o usuario, ii) simplifica o proceso para el, iii) aumenta o nivel de servizo para el, iv) lle aforra tempo, ou v) elimina a propia necesidade do proceso. Realmente non parece moi difícil lograr algo diso, dada a complexidade de moitos procesos das AAPP, as peticións innecesarias de información ao cidadán, os desprazamentos... Non obstante, os que máis interactúan coas AAPP tenden a ser os máis ricos e os máis pobres, e dáse o paradoxo de que este último colectivo rexistra un menor acceso á Administración electrónica.

2.2 Aproximacións desde a Economía Pública

No campo específico da Economía Pública cabe destacar, entre outras, tres aproximacións. A primeira é a vinculada á teoría dos fallos do Estado, desde a que se formula a cuestión de como pode a Administración electrónica contribuír a corrixir ou superar tales fallos; noutras palabras, que opcións de reinvencción do modelo de funcionamento da Administración pública nos ofrece o *e-government*?² A segunda é a baseada na teoría dos bens públicos, desde a que se pretende alcanzar unha provisión eficiente dese tipo especial de ben público que sería a Administración electrónica³. A terceira é a representada polas técnicas de avaliación da eficiencia pública, desde a que se abordan asuntos como a aplicación da análise custo-beneficio (ACB) a proxectos de investimento en Administración electrónica, a avaliación da eficiencia da dita Administración con técnicas fronteira, ou a medición do seu impacto na eficiencia das entidades públicas.

3 FALLOS DO ESTADO E ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

No traballo titulado “Economía da Administración electrónica: unha ollada a vista de paxaro”, Soete e Weehuizen (2004) contemplan esa Administración como unha prometedora terceira vía para afrontar os “fallos do Estado” derivados da falta nel dos incentivos á eficiencia e innovación que xeran os prezos de mercado e a competencia. E é que unha primeira vía para afrontar tales fallos, consistente en introducir *incentivos/presións externos* mediante a privatización e submisión das entidades a un funcionamento tipo-mercado, leva consigo a consabida proliferación de inequidades e fallos de mercado, así como a necesidade dun sofisticado marco regulatorio. Unha segunda vía, que pasa por xerar *forzas internas de disciplina* mediante un estrito seguimento e control baseado en indicadores de desempeño, tende a comportar altos custos de transacción e mingua da motivación intrínseca do persoal. A Administración electrónica, en cambio, permitiría combinar algunhas das vantaxes de ambas as dúas vías grazas ao aproveitamento das posibilidades das TIC tanto na demanda como na oferta.

3.1 As TIC e a articulación da demanda

En primeiro lugar, as tecnoloxías da información e as comunicacións pódennles imprimir aos servizos públicos unha maior orientación cara á demanda, cara aos usuarios, sen que para iso se teña que privatizar tales servizos. As TIC poden ampliar o vector de *elección* na prestación de servizos sen minar o acceso universal nin a provisión dos servizos. Con elas faise posible conciliar a garantía da sustentabilidade a longo prazo e o investimento naqueles servizos particulares que se consideren politicamente desexables, coa conciencia de custo que resulta da maior transparencia asociada á Administración electrónica. Recoñécese, ademais, que o coñecemento sobre o contido dos servizos públicos non reside só no lado da oferta profesional. Emerxen aquí como cruciais a destreza, a aprendizaxe e o coñecemento do usuario do servizo público, que non deixan de ser, por outra banda, unhas fontes de desigualdade que a provisión universal non elimina.

3.2 As TIC e os custos de transacción

En segundo lugar, as tecnoloxías da información e as comunicacións poden propiciar no sector público unha tendencia á *desintermediación* e *reintermediación* similar á rexistrada no sector privado. Se a intermediación acaba por custar máis do que vale –algo máis que plausible, xa que Internet pode facer simétrica a información asimétrica e obsoleta a intermediación–, remove-rase da cadea de oferta. Os produtores públicos trabarán así relación directa cos usuarios, pero tamén poderá reentrar a intermediación onde valla máis do que custe. As TIC posibilitan, por

outro lado, a separación de servizos e contratación externa daquelas actividades particulares que poidan ofrecerse máis eficientemente con maior elección, quedando unhas AAPP máis centradas no seu núcleo, especializadas e cualificadas.

Certamente, a realización de tales ganancias de eficiencia presenta notables retos de xestión e aprendizaxe organizacionais⁴. Non obstante, estiman Soete e Weehuizen (2004) que esta ruta cara á eficiencia a través das TIC é máis ampla e prometedora que a da nova xestión pública (NXP), porque non eleva os custos de transacción e axusta mellor a motivación extrínseca e intrínseca dos empregados públicos. A propósito disto último, advírtase que alí onde é difícil lograr contratos completos a oferta pública pode, polos incentivos intrínsecos, proporcionar unha maior calidade. De aí a inquietude pola erosión que a NXP pode ocasionar neses incentivos intrínsecos.

3.3 As TIC e o acceso

Por último, cabería agardar que as tecnoloxías da información e as comunicacións redunden nunha maior transparencia da información sobre o acceso e a calidade dos servizos públicos. Na práctica, non obstante, apréciase unha gran fragmentación ou heteroxeneidade ao respecto. A explicación habería que buscala nas interrelacións que se establecen entre as TIC e outras tres realidades, a saber: *i)* as estruturas institucionais; *ii)* a específica estrutura local de gobernanza coa, ás veces, activa implicación dos usuarios; e *iii)* os sistemas de incentivos e os intereses⁵. Non en van Soete e Weehuizen (2004) ven na transparencia cara aos demandantes que ofrecen as TIC unha fonte esencial para a adaptación institucional e a aprendizaxe “creativas”.

4 AVALIACIÓN DA EFICIENCIA DA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

Á Administración electrónica aplicáronselle diversos métodos e técnicas de avaliación económica, das que acaso as máis destacadas sexan a análise custo-beneficio e as coñecidas como técnicas fronteira de medida da eficiencia.

4.1 ACB de investimentos en Administración electrónica

A ACB permite traducir a termos monetarios os custos e beneficios do proxecto de investimento obxecto de análise, para logo obter un indicador sintético de valoración dese proxecto (p. ex., valor actual neto ou taxa interna de rendibilidade). No entanto, unha simple ollada a Buccoliero e Calciolari (2007) permite detectar algunhas das dificultades que xera a aplicación deste tipo de análise á Administración electrónica, xa recoñecidas con anterioridade polos que estudaron, no sector empresarial, o chamado “paradoxo da produtividade das TI”. En concreto:

- necesítase un longo período para que os beneficios dos investimentos en TI se volvan discernibles (desfase temporal);
- a gama completa de beneficios dos investimentos en TI é difícil de identificar ou medir, pois require dunha medición de melloras intanxibles (p. ex., en calidade, variedade, etc.); e
- dada a variabilidade entre organizacións en canto á súa capacidade para utilizar produtivamente as TI, o rendemento reflicte tanto procesos e estratexias como investimentos en TI.

Malia todo iso, tipoloxías de custos e beneficios como a do cadro 1 propuxéronse para aplicar a ACB aos proxectos de investimento en Administración electrónica.

Quadro 1. Custos e beneficios da Administración electrónica

CUSTOS DA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA
<p>CUSTOS PARA A ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</p> <ul style="list-style-type: none"> · <i>Custos de investimento:</i> <ul style="list-style-type: none"> · desenvolvemento e planificación de sistemas (infraestruturas ou redes de TIC e outros instrumentos para implantar servizos); · adquisición e implantación de sistemas, ou compra das TIC e instrumentos técnicos necesarios para funcionamento de servizos; · custos de transición de provisión de servizos <i>offline</i> a <i>online</i>; · <i>Custos correntes</i>, nos cales se incorre anualmente pola xestión, actualización e seguimento da prestación do servizo. <p>CUSTOS PARA OS USUARIOS</p> <ul style="list-style-type: none"> · Custos de información: tempo gastado en obter información sobre o uso dos servizos; · Custos de uso: gastos que entraña o uso do servizo.
BENEFICIOS DA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA
<p>BENEFICIOS PARA O SECTOR PÚBLICO</p> <ul style="list-style-type: none"> · <i>Beneficios directos:</i> todos os monetizables xurdidos do aforro de tempo, maiores ingresos (ou menor perda de diñeiro) e ganancias de eficiencia debidas á redución do número de transaccións e a maior calidade dos datos. · <i>Beneficios indirectos:</i> non monetizables, relativos á mellor prestación de servizos e reforzo do proceso decisorio. <p>BENEFICIOS PARA OS USUARIOS</p> <ul style="list-style-type: none"> · <i>Beneficios directos:</i> aforros de diñeiro, gastos que se evitan e tempos que se aforran debido á redución do número de transaccións. · <i>Beneficios indirectos:</i> relativos á mellora da eficiencia e calidade do servizo utilizado.

Fonte: Gallo *et al.*, 2014: 19-20

4.2 Técnicas fronteira e Administración electrónica

As técnicas fronteira de medida da eficiencia, tanto paramétricas (p. ex., fronteira estocástica) como non paramétricas (p. ex., análise envolvente de datos), permiten aproximarse á Administración electrónica por dúas vías. A primeira consiste en aplicarlas para medir directamente a eficiencia da dita Administración nun conxunto de entidades, organismos ou dependencias públicas. A modo de exemplo, Wu e Guo (2015) recorren á análise envolvente de datos (DEA) para avaliar o rendemento da Administración electrónica dos sitios web de 31 gobernos provinciais na China. A segunda vía pasa por seguir un *procedemento bifásico*, consistente en aplicar tales técnicas para medir a eficiencia das entidades públicas (1.ª fase) e logo contrastar empiricamente a contribución da Administración electrónica a esa eficiencia (2.ª fase). Así, Ibrahim e Karim (2004) aplican a combinación DEA + Tobit⁶ a un corte transversal de 46 EELL de Malaisia, achando que os seus niveis de computadorización teñen un efecto positivo na eficiencia, significativo ao 10%. Sampaio de Sousa *et al.* (2005), en cambio, aplican a fórmula DEA + MCO e regresión cuantílica⁷ a outro corte transversal, esta vez integrado por 4.796 municipios do Brasil, concluíndo que os

seus niveis de uso de ordenadores teñen un efecto positivo e moi significativo na eficiencia. Sung (2007), pola súa banda, segue o esquema *DEA* + Tobit na súa análise de 222 EELL de Corea para os anos 1999-2001, atopando que, agás nun modelo, os seus graos de informatización teñen un efecto positivo na eficiencia, significativo ao 1%. Seol *et al.* (2008), finalmente, recorren ao *DEA* + Tobit e árbore de decisión, contrastando o efecto positivo e significativo das TI na eficiencia das EELL de Corea.

5 ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA E EFICIENCIA NOS CONCE- LLOS GALEGOS

Cun carácter puramente exploratorio, procédese neste apartado a unha aplicación empírica que indaga o impacto da Administración electrónica na eficiencia dos concellos galegos, seguindo un procedemento en dúas fases: *i*) análise envolvente de datos para medir esa eficiencia, e *ii*) regresión lineal múltiple por mínimos cadrados ordinarios, para illar a contribución da Administración electrónica a esa eficiencia. É certo que, en puridade, a validez deste procedemento requiriría cumprir a chamada “condición de separabilidade”, que implica que as variables explicativas empregadas na segunda fase non inflúan nos niveis de insumo ou produción da primeira fase, senón unicamente na eficiencia. Así o indican Narbón-Perpiñá e De Witte⁸, que cifran a súa esperanza en procedementos alternativos como os baseados no *bootstrap*⁹, que foron xurdindo para incorporar as ditas variables explicativas sen topar cos problemas derivados da condición de separabilidade¹⁰. Non obstante, os procedementos bifásicos *DEA* + MCO e *DEA* + Tobit seguen sendo amplisimamente utilizados, e Banker e os seus colegas seguen a considerarlos superiores tanto ás aproximacións paramétricas como ás baseadas no *bootstrap*¹¹. En liña coa posición destes últimos especialistas, esta investigación adopta o método *DEA* + MCO.

5.1 Implantación da Administración electrónica na mostra de concellos da enquisa Rede Localis

O grao de implantación da Administración electrónica en cada concello mídese pola suma das súas puntuacións nos ítems 2, 3, 4 e 5 da enquisa Rede Localis sobre transparencia nos concellos galegos¹². Nos devanditos ítems pedíase a cada gobernante ou alto funcionario enquisado que manifestase o seu grao de acordo ou desacordo coas seguintes afirmacións relativas ao seu concello:

- Ítem 2: Conta coas tecnoloxías da información e a comunicación (TIC) (internet de banda ancha, wifi, conexión á Rede SARA, persoal informático, portal web, pasarela de pagamentos, e-rexistro e e-sede).

- Ítem 3: Interopera cos cidadáns e as empresas mediante a tecnoloxía *front-office* do propio concello (plataformas de autenticación e sinatura, notifs., presents. e pagamentos telemáticos, licitación electrónica...).

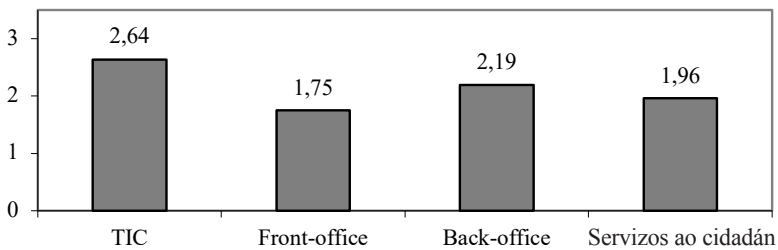
- Ítem 4: Mediante a súa tecnoloxía *back-office*, xestiona electronicamente os expedientes e interopera con outras administracións públicas (AAPP) a través dos seus sistemas de información (excluído o e-mail).

- Ítem 5: Presta servizos ao cidadán a través da web ou por e-mail, e os seus procedementos administrativos discorren por vía electrónica (sen requirirle ao interesado accións complementarias por outros medios).

Aquí comézase examinando as puntuacións dos ditos ítems na totalidade dos concellos da enquisa, aínda que logo, na análise de eficiencia bifásica, se inclúan só os trinta e oito identificados

a posteriori con certa seguridade a partir dos datos de poboación e provincia facilitados polos enquisados, aos que o cuestionario non requiría que identificasen o seu concello. No gráfico 1 preséntanse, pois, as puntuacións medias dos catro ítems nos resultados totais da enquisa Rede Localis. Todas elas equivalen a suspensos, por seren inferiores ao punto medio da escala de resposta (3). O menor grao de implantación corresponde ás tecnoloxías *front-office*, achegándose a puntuación media do correspondente ítem (1,75) ao solo da escala de resposta (1). No polo oposto, a disposición de tecnoloxías da información e a comunicación polos concellos (ítem 2) achégase ao aprobado.

Gráfico 1. Puntuacións medias dos ítems sobre Administración electrónica en xeral da enquisa Rede Localis



Fonte: Elaboración propia cos resultados da enquisa Rede Localis.

A táboa 1 mostra que a contraposición entre as tendencias centrais de ambos os dous ítems é aínda máis acusada se se miden polas súas medianas en vez de polas súas medias. Mostra tamén que a menor dispersión se dá no grao de prestación en liña de servizos ao cidadán e de informatización integral dos procedementos administrativos. E mostra, en fin, que ningún concello acada a puntuación máxima nese aspecto (ítem 5).

Táboa 1. Medidas de tendencia central e dispersión dos ítems sobre Administración electrónica en xeral da enquisa Rede Localis

Variable	Media	Mediana	Desv. típica	Mínimo	Máximo
TIC	2,64	3,00	1,09	1	5
Front-office	1,75	1,00	1,09	1	5
Back-office	2,19	2,00	1,09	1	5
Servizos ao cidadán	1,96	2,00	1,01	1	4
Media ítems 2-5	2,14	2,00	1,07	1	4,75

Fonte: Elaboración propia cos resultados da enquisa Rede Localis.

A táboa 2 presenta as frecuencias relativas das respostas, evidenciando a alta frecuencia de puntuacións mínimas en tecnoloxías *front-office* e servizos en liña.

Táboa 2. Frecuencia relativa das respostas nos ítems sobre Admi-

nistración electrónica en xeral da enquisa Rede Localis

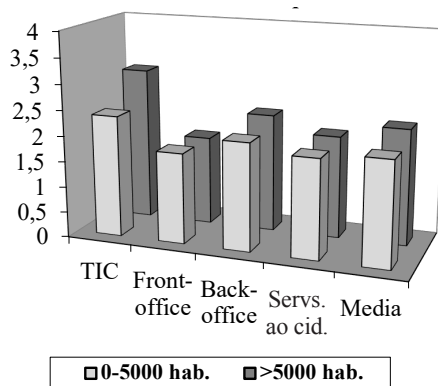
Variable	Puntuacións na escala de resposta				
	1	2	3	4	5
TIC	15,09 %	32,08 %	32,08 %	15,09 %	5,66 %
Front-office	58,49 %	18,87 %	15,09 %	3,77 %	3,77 %
Back-office	33,96 %	28,30 %	24,53 %	11,32 %	1,89 %
Servizos ao cidadán	41,51 %	32,08 %	15,09 %	11,32 %	0,00 %

Fonte: Elaboración propia cos resultados da enquisa Rede Localis.

En canto ás correlacións bivariantes entre as puntuacións dos catro ítems, a maior delas é a existente entre as tecnoloxías *back-office* e a prestación en liña de servizos á cidadanía (coeficiente de Spearman de 0,61, estatisticamente significativo ao 1 %). Tamén as correlacións entre as tecnoloxías *front-office* e a prestación en liña de servizos á cidadanía (0,55), así como entre as TIC e as tecnoloxías *front-office* (0,46) e *back-office* (0,44), e destas dúas últimas entre si (0,44), son significativas ao 1 %. Só a correlación das TIC coa prestación en liña de servizos á cidadanía (0,32) non alcanza ese limiar de significatividade, aínda que si o do 5 %.

Para indagar se o grao de implantación da Administración electrónica varía co tamaño po- boacional, o gráfico 2 ofrece as puntuacións medias dos concellos de 0 a 5.000 habitantes e as dos que superan ese limiar. Só no primeiro dos ítems, relativo á disposición de TIC por parte dos concellos, a diferenza é notable.

Gráfico 2. Puntuacións medias dos ítems sobre Administra- ción electrónica en xeral da enquisa Rede Localis



Fonte: Elaboración propia cos resultados da enquisa Rede Localis.

Non obstante, como iso deixa no aire a cuestión de se ese limiar é o que realmente revela as diferenzas máis acusadas, ofrécese unha última táboa comparativa de medias por cada un dos cinco tramos de poboación dos concellos enquisados. Dela despréndese que as maiores dife- renzas se dan ao pasar do tramo de 5.001-20.000 habitantes ao de 20.001-75.000 habitantes,

aínda que a circunstancia de estar a submostra deste último tramo integrada por só 4 concellos obriga a pór unha nota de cautela.

Táboa 3. Medias por tramo de poboación nos ítems sobre Administración electrónica en xeral da enquisa Rede Localis

Variable	0-1.000 n = 6	1.001-5.000 n = 24	5.001-20.000 n = 18	20.001-75.000 n = 4	>75.000 n = 1
TIC	2,17	2,42	2,78	3,50	5,00
Front-office	1,50	1,83	1,39	3,00	3,00
Back-office	2,00	2,12	2,11	2,75	4,00
Servizos ao cidadán	1,50	2,04	1,72	3,00	3,00
Media	1,79	2,10	2,00	3,06	3,75

Fonte: Elaboración propia cos resultados da enquisa Rede Localis.

5.2 Análise de eficiencia bifásica na submostra de concellos identificados *a posteriori*

A medida do grao de implantación da Administración electrónica calculada e analizada no apartado anterior tómase, agora, unicamente para os trinta e oito concellos galegos da enquisa Rede Localis que puideron identificarse *a posteriori* con certa seguridade. O propósito é utilízala para contrastar empiricamente a influencia da Administración electrónica na eficiencia dos concellos galegos. Non obstante, para iso cómpre medir primeiro esa eficiencia. Nesta investigación, a eficiencia municipal mídese mediante a citada técnica non paramétrica da análise envolvente de datos. Como insumo no DEA escóllese o gasto corrente primario (caps. 1, 2 e 4) ou, alternativamente, o gasto non financeiro primario (caps. 1, 2, 4, 6 e 7). Como subrogados da produción municipal, inclúense:

- o número de fogares do municipio ou, alternativamente, o seu número de fogares ponderado pola súa dispersión poboacional (10.000 - índice de Herfindahl, en rango 1-2);
- o número de empresas do municipio; e
- o número de metros cadrados de infraestrutura viaria do municipio.

Esta selección de subrogados apóiase en Drew *et al.* (2015), que se decantan por empregar o número de empresas, o número de fogares e a lonxitude total (en km) das estradas ou camiños mantidos pola entidade local. Argúen estes autores que, para concellos cuxa área de actuación predominante sexan os “servizos á propiedade”, o número de fogares é un subrogado do *output* municipal menos volátil e máis fiable que o número de habitantes.

Partindo de todo o anterior, estímase, en primeiro lugar, un modelo DEA radial orientado ao *input* e con rendementos variables de escala, pero o seu poder discriminatorio revélase limitado e as súas puntuacións non reflicten as denominadas folguras. De aí que, a continuación, se estimen dous modelos de supereficiencia non radiais, un orientado ao *input* e o outro non orientado, para evitar casos de inviabilidade.

Táboa 4. Correlacións bivariantes de Spearman entre o grao de implantación da Administración electrónica e os niveis de eficiencia obtidos dos modelos *DEA*

Input	Gasto corrente primario		Gasto non financeiro primario	
OUTPUT	Fogares, empresas e infraestruturas viarias	Fogares pond. por dispersión poboac., empres. e infr. viarias	Fogares, empresas e infraestruturas viarias	Fogares pond. por dispersión poboac., empres. e infr. viarias
MODELO 1	RADIAL, ORIENTADO AO INPUT, CON RENDEMENTOS VARIABLES DE ESCALA			
Correlación	-0,076	-0,061	-0,045	-0,025
% en fronteira	42,1 %	42,1 %	39,5 %	36,8 %
MODELO 2	DE SUPEREFICIENCIA, NON RADIAL, ORIENTADO AO INPUT E CON R.V.E.			
Correlación	-0,062	-0,065	-0,044	-0,036
% inviabilidade	2,6 %	7,9 %	2,6 %	7,9 %
MODELO 3	DE SUPEREFICIENCIA, NON RADIAL, NON ORIENTADO E CON RVE			
Correlación	-0,022	-0,062	-0,033	-0,053

A táboa 4 pon de manifesto que as correlacións bivariantes dos resultados dos *DEA* co grao de implantación da Administración electrónica son negativas, aínda que estatisticamente non significativas. Este sorprendente signo mantense cando se regresan as puntuacións de eficiencia sobre unha serie de variables explicativas da eficiencia municipal. Á parte do grao de implantación da Administración electrónica, inclúense as seguintes:

- a poboación do concello;
- os ingresos por transferencias correntes do concello sobre o total dos seus ingresos correntes, ou, alternativamente, os seus ingresos por transferencias correntes e de capital sobre o total dos seus ingresos non financeiros;
- o inmovilizado por habitante do concello;
- o seu pasivo en proporción aos seus ingresos correntes;
- (nun modelo) a súa participación electoral nos comicios municipais de 2015; e
- (nun modelo) a fortaleza política do goberno municipal, medida polo índice Herfindhal das porcentaxes de voto a candidaturas nos citados comicios.

Táboa 5. Análise multivariante, tomando como variable explicada os resultados do DEA de supereficiencia, non radial, orientado ao input, con RVE (n=38, método de estimac.: MCO)

Input	Gasto corrente primario		Gasto non financeiro primario	
	Fogares, empr. e infr. viarias	Fogares pond. por dispersión poboac., empr. e inf. viarias	Fogares, empr. e infr. viarias	Fogares pond. por dispersión poboac., empr. e inf. viarias
Constante	1,93749***	0,77458***	1,21805***	0,886536***
Administr.-e	-0,0443961***	-0,0310496*	-0,0528446***	-0,0315031**
Poboación	2,16109e-05***	1,1708e-05*	1,91602e-05***	1,14289e-05*
In. por transf.	0,726504***	1,7772***	1,30996***	0,832069**
Inmobilizado	-3,79943e-05**	-4,77345e-05**	-4,89036e-05***	-6,4308e-05***
Pasivo s/IC	-0,181329*	-0,12351	-0,0990429*	
Partic. elect.			-0,00862123	
R ²	0,594	0,482	0,627	0,491

Nota: A ratio de ingresos por transferencias correntes para a primeira columna de resultados e a ratio de pasivo para a terceira columna introdúcense en forma logarítmica. *** signif. ao 1%, ** signif. ao 5% e * signif. ao 10%.

De feito, estimados tales modelos multivariantes, a sorpresa é aínda maior porque non só se mantén a correlación negativa entre o grao de implantación da Administración electrónica e a eficiencia do concello, senón que a dita correlación se volve estatisticamente significativa (táboas 5 e 6). Dada a robustez deste resultado, que parece remitirnos ao aludido “paradoxo da produtividade das TI”, imponse achar para el algunha explicación. Poderían considerarse, entre outras, as catro seguintes:

1.^a A Administración electrónica está en proceso de implantación nos concellos galegos, polo que pode a curto prazo traducirse nun maior gasto dos ditos concellos, mentres que os beneficios derivados das folguras que xera tenden a realizarse a medio e longo prazo.

2.^a A medida de eficiencia aquí empregada está nesgada en contra dos concellos con maior volume de servizos por fogar, empresa ou metros cadrados de infraestrutura viaria, xa que a selección de subrogados do *output* municipal nesta investigación asume implicitamente que ese “volume unitario de servizos” é o mesmo para todos os concellos. Así pois, se a e-Administración contribúe a elevar o devandito volume, sexa polas referidas folguras que xera (oferta) ou pola maior exigencia cidadá que comporta (demanda), aqueles concellos que a implantasen en maior grao verían subestimada a súa eficiencia.

3.^a Segundo como se implante a Administración electrónica, esta pode defraudar expectativas¹³ e ata menoscabar a eficiencia, ben porque incrementa os puntos de veto ás políticas municipais, ben porque desvíe recursos cara á transparencia cosmética¹⁴, ou ben porque o seu excesivo fincapé na redución de custos de transacción ou a introdución de lóxicas tipo-mercado socave a motivación intrínseca nas AAPP e derive en cinismo dos seus empregados¹⁵.

4.^a Non é descartable que, nos concellos máis eficientes, o xuízo dos funcionarios municipais enquisados sobre o grao de implantación da Administración electrónica sexa máis exigente ou estrito, de xeito que as súas puntuacións de implantación da Administración electrónica poderían estar nesgadas á baixa.

Táboa 6. Análise multivariante, tomando como variable explicada os resultados do DEA de supereficiencia, non radial, non orientado, con RVE (n=38, método de estimación MCO)

Input	Gasto corrente primario		Gasto non financeiro primario	
	Fogares, empresas e infraestruturas viarias	Fogares pond. por dispersión poboac., empr. e inf. viarias	Fogares, empresas e infraestruturas viarias	Fogares pond. por dispersión poboac., empr. e inf. viarias
Constante	0,542972***	0,619795***	0,7253***	-0,715604**
Administr.-e	-0,0317299**	-0,0284792**	-0,0295743**	-0,0389063**
Poboación	2,13855e-05***	1,76547e-05***	1,75484e-05***	2,55491e-05***
Ing. por transf.	1,13384***	1,08887***	1,05164***	1,80728***
Inmobilizado	-3,693e-05***	-3,93249e-05***	-4,95141e-05***	-8,20062e-05***
Pasivo s/IC	-0,160387**	-0,13966	-0,0252292	
Fortaleza pol.			-4,06771e-05	
R ²	0,651	0,597	0,678	0,654

Nota: Para a 1.ª e a 3.ª columnas de resultados tomouse a ratio de transferencias s/INF. Para a 2.ª e 4.ª columnas tomouse a de transferencias correntes s/IC. Na 4.ª columna eficiencia en log. *** sign. 1%, ** sign. 5% e * sign. 10%.

6 CONCLUSIÓNS

A Administración electrónica é unha realidade poliédrica, susceptible de ser analizada polos economistas desde perspectivas moi diversas (teoría dos bens públicos, técnicas de avaliación de eficiencia, teoría dos fallos do Estado, economía da información...). É tamén unha realidade ambivalente e paradoxal. Preséntase como vantaxosa para o cidadán, pero pode desprazar sixilosamente cara a el cargas de traballo que antano pesaban sobre a Administración. Crea inxentes expectativas de obter ganancias de eficiencia, que a miúdo contrastan coa súa aparente infrutuosidade a curto prazo. Para a xente máis pobre, que pola súa intensa interacción co público tanto proveito podería sacarlle á Administración electrónica, esta tende non obstante a resultar menos accesible. Ademais, a súa implantación exige “gastar para aforrar” e pode propiciar o desvío de recursos cara á transparencia cosmética. Os nosos responsables municipais farían ben en prestar atención en todos eses aspectos, avanzando desde a lucidez e abandonando actitudes naïf.

No plano da investigación empírica, traballos como este poñen de manifesto o carácter con frecuencia elusivo dos efectos beneficiosos da Administración electrónica, e as conseguíntes dificultades para captar econometricamente tales efectos. Dado o desfase temporal con que poden materializarse e as súas compoñentes intanxibles, cobra maior importancia contar cun tamaño mostral suficiente, lonxitude temporal nos datos e unha medida que abrangua suficientemente o *output* municipal. Os avances que nesta liña poidamos lograr os investigadores avalados pola Rede Localis, ou por outras entidades ou institucións, sen dúbida contribuirán a que o longo camiño que aínda lles queda por diante aos concellos galegos en materia de Administración electrónica se percorra dun xeito máis custo-eficaz.

7 BIBLIOGRAFÍA

- Araya Alpizar, C. 2010. *Modelos de Clases Latentes en Tablas poco Ocupadas: una Contribución Basada en Bootstrap*. Memoria para optar ao grao de doutor por el Departamento de Estadística da Universidade de Salamanca. Salamanca: USAL.
- Banker, R. D., e Natarajan, R. 2008. «Evaluating Contextual Variables Affecting Productivity Using Data Envelopment Analysis», *Operations Research*, 56(1): 48-58.

- Banker, R.D.; Natarajan, R., e Zhang, D. 2015. «Estimation of the Impact of Contextual Variables in Stochastic Frontier Production Function Models Using Data Envelopment Analysis: Two-Stage versus Bootstrap Approaches», *Working paper*. <https://sites.temple.edu/banker/files/2017/06/Context-SFE-Comparison-May-31-2017.pdf> (22-07-2017).
- Bannister, F. 2007. «Macro, Micro and Pica: A Three-Level Exploration of E-Government Economics», en D. Griffin *et al.* (eds.), *Developments in e-Government*. Amsterdam: IOS Press.
- Buccoliero, L., e Calciolari, S. 2007. «Information and Communication Technology Evaluation: Role, Methods and Practices in the Public Sector», en D. Griffin *et al.* (eds.), *Developments in e-Government*. Amsterdam: IOS Press.
- Campos Acuña, M. C., e Caamaño Alegre, J. 2015. «Abriendo puertas y ventanas de los ayuntamientos gallegos. Más transparencia para un mejor gobierno local», *Documentos de Trabajo de la Red Localis*, 2.
- Campos Acuña, M. C., e Caamaño Alegre, J. 2018. «Algunos datos de los ayuntamientos gallegos ante la transparencia: el análisis de Red Localis», *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, en prensa.
- Drew, J.; Kortt, M., e Dollery, B. 2015. «What Determines Efficiency in Local Government? A DEA Analysis of NSW Local Government», *Economic Papers: A journal of applied economics and policy*, 34(4): 243-256.
- Feng, Y.; Fu-yu, H.; Chun-hua, L.; Hong-wei, Z., e Peng-yu, L. 2006. «Analysis on Public Economics Characteristics of E-government as a Kind of Public Goods», ponencia presentada en la *International Conference on Management Science and Engineering, 2006 (ICMSE '06)*, Lille, France, 5-7 de outubro.
- Gallo, C.; Giove, M.; Millard, J.; Kåre, R., e Thaarup, V. 2014. *Study on eGovernment and the Reduction of Administrative Burden*. Study carried out for the European Commission. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Gujarati, D. N., e Porter, D.C. 2009. *Basic econometrics*. 5.^a ed. New York: McGraw-Hill/Irwin, Inc. Cito pola versión castelá de Carril Villarreal, P. 2010. *Econometría*. México, D.F.: McGraw-Hill/Interamericana Editores.
- Halachmi, A., e Greiling, D. 2011. «Transparency and E-Government: Some issues and considerations», relatorio presentado á *May 2011 International Rutgers Conference on Transparency*.
- Ibrahim, F., e Karim, M. 2004. «Efficiency of local governments in Malaysia and its correlates», *International Journal of Management Studies*, 11(1): 57-70.
- Narbón-Perpiñá, I., e De Witte, K. 2018. «Local governments' efficiency: a systematic literature review - part II», *International Transactions in Operational Research*, 25(4): 1107-1136.
- Sampaio de Sousa, M. C.; Cribari-Neto, F., e Stosic, B.D. 2005. «Explaining DEA technical efficiency scores in an outlier corrected environment: the case of public services in Brazilian municipalities», *Brazilian Review of Econometrics*, 25(2): 287-313.
- Seol, H.; Lee, H.; Kim, S., e Park, Y. 2008. «The impact of information technology on organizational efficiency in public services: a DEA-based DT approach», *Journal of the Operational Research Society*, 59(2): 231-238.
- Simar, L., e Wilson, P.W. 2007. «Estimation and inference in two-stage, semi-parametric models of production processes», *Journal of Econometrics*, 136: 31-64.
- Soete, L., y Weehuizen, R. 2004. «The Economics of e-Government: A bird's eye view», *International Journal of Communications Law and Policy*, 8.
- Sung, N. 2007. «Information technology, efficiency and productivity: evidence from Korean local governments», *Applied Economics*, 39(13): 1691-1703.
- The Economist. 2008. «The Pros and cons of E-government», 14 de febrero.
- Vicéns Otero, J., e Sánchez Reyes, B. 2012. «Regresión cuantílica: Estimación y contrastes», *Documentos de Trabajo del Instituto L. R. Klein – Centro Gauss*, 21.
- Wooldridge, J.M. 2013. *Introductory Econometrics: A Modern Approach*. 6.^a ed. Boston: Cengage Learning.
- World Bank. 2016. *World Development Report 2016: Digital Dividends*. Washington, DC: World Bank.
- Wu, J., e Guo, D. 2015. «Measuring E-government performance of provincial government website in China with slacks-based efficiency measurement», *Technological Forecasting & Social Change*, 96: 25-31.

NOTAS

- 1 Traduzo desta forma a expresión *picaeconomics*, acuñada por Bannister (2007), tras pedir desculpas a economistas profesionais. Á parte dalgunha outra acepción que non parece encaixar neste contexto, "pica" significa literalmente "cicero", unha unidade de medida tipográfica que equivale a 4,512 milímetros ou, aproximadamente, 1/6 de polgada. Entendo por iso que remite ao nivel do minúsculo.
- 2 Soete e Weehuizen, 2004.
- 3 Feng *et al.*, 2006.
- 4 Así o evidencian os moitos fallos dese tipo con respecto ás TIC e o comercio electrónico no sector privado. Non sorprendería que, en canto a ganancias de produtividade, a introdución das TIC nas AAPP permanecese cal caixa negra con montóns de experiencias e casos prácticos.

- 5 Por exemplo, un sistema de incentivos orientado moi internamente, con incentivos externos débiles, pode estimular pouco a transparencia sobre calidade do servizo.
- 6 O Tobit atópase entre os denominados modelos de regresión con variable dependente limitada. Gujarati e Porter (2009: 574) asimilano ao modelo de regresión censurada, e entenden que procede utilizalo cando dunha parte significativa dos “individuos” da mostra só se ten información sobre as variables independentes, pero non sobre a variable dependente. Wooldridge (2013), non obstante, distingue o modelo Tobit da regresión censurada. Ao seu xuízo, o ámbito propio do Tobit circunscribe aos casos de solución de esquina, nos cales o comportamento maximizador dos individuos topa cunha restrición activa que aboca unha porción significativa deles a escoller o valor cero da variable dependente. En cambio, a regresión censurada aplícase cando a variable dependente está censurada por enriba ou por debaixo dun determinado limiar, debido, no caso máis típico, ao deseño dos cuestionarios.
- 7 Como é ben sabido, MCO é o acrónimo de “mínimos cadrados ordinarios”, o método clásico de estimación dos parámetros na regresión lineal. En canto á regresión cuantílica, trátase nela de contrastar a relación investigada para distintos cuantís da distribución da variable dependente. En vez de determinar, para os parámetros do modelo, aqueles valores que minimicen a suma dos cadrados das desviacións dos valores observados da variable dependente respecto aos seus valores estimados (MCO), determináanse os valores que minimicen as desviacións en valor absoluto ponderadas con pesos asimétricos. Unha descrición do método e algunhas das súas aplicacións pode atoparse, por exemplo, en Vicéns Otero e Sánchez Reyes (2012).
- 8 Narbón-Perpiñá e De Witte, 2018: 1109 e 1126.
- 9 Simar e Wilson, 2007.
- 10 O *bootstrap* é un método de remostraxe pero a palabra é de difícil tradución, pois o seu sentido literal é “levantarse tirando cara a arriba das propias correas das botas” (Araya Alpizar, 2010: 25, nota 1).
- 11 Banker e Natarajan, 2008; Banker, Natarajan e Zhang, 2015.
- 12 Campos Acuña e Caamaño Alegre, 2015, 2018.
- 13 The Economist, 2008; WDR, 2016.
- 14 Halachmi e Greiling, 2011.
- 15 Soete e Weehuizen, 2004.

A valoración de documentos nas organizacións. O Consello de Avaliación Documental de Galicia

La valoración de documentos en las organizaciones. El Consejo de Evaluación Documental de Galicia

The appraisal of records in the organizations. The Documentary Evaluation Council of Galicia



JOSÉ RAMÓN LÓPEZ FERNÁNDEZ

Técnico facultativo superior de arquivos
Xefe de sección do Arquivo da Xunta de Galicia
jose.ramon.lopez.fernandez@xunta.gal

ANA RODRÍGUEZ-SEGADE VÁZQUEZ

Técnica facultativa superior de arquivos
Arquivo de Galicia
ana.rodriguez.segade.vazquez@xunta.gal

Recibido: 15/10/2018 | 22/01/2019

Resumo: A valoración documental, unha das funcións que entraña maior responsabilidade para os arquiveros, é unha tarefa fundamental no seo de calquera organización para conseguir unha maior eficiencia e eficacia na súa xestión documental, partindo da premisa da imposibilidade de gardar a totalidade dos múltiples documentos que producen, tanto en formato papel como electrónico. Para realizar esta valoración, é necesaria unha metodoloxía e un órgano encargado de levala a cabo.

Ademais de formular o marco teórico en que desenvolver esta función arquivística, este traballo tamén aborda o caso da Administración autonómica de Galicia, centrándose nos criterios e metodoloxía para a valoración das series documentais establecidos polo Consello de Avaliación Documental de Galicia como órgano competente para o desempeño desta misión.

Palabras clave: Valoración, arquivos, documentos, Consello de Avaliación Documental de Galicia.

Resumen: La valoración documental, una de las funciones que entraña mayor responsabilidad para los archiveros, es una tarea fundamental en el seno de cualquier organización para conseguir una mayor eficiencia y eficacia en su gestión documental, partiendo de la premisa de la imposibilidad de guardar la totalidad de los múltiples documentos que producen, tanto en formato papel como electrónico. Para realizar esta valoración, es necesaria una metodología y un órgano encargado de llevarla a cabo.

Además de plantear el marco teórico en el que desarrollar esta función archivística, este trabajo también aborda el caso de la Administración autonómica de Galicia, centrándose en los criterios y metodología para la valoración de las series documentales establecidos por el Consejo de Evaluación Documental de Galicia como órgano competente para el desempeño de esta misión.

Palabras clave: Valoración, archivos, documentos, Consejo de Evaluación Documental de Galicia.

Abstract: The appraisal is one of the functions that entails greater responsibility for archivists, is a fundamental task within any organization to achieve greater efficiency and effectiveness in its document management, it starts from the premise of the impossibility of saving all of the multiple documents that they produce, in paper or in electronic format. To carry out this assessment is necessary a methodology and an authority.

In addition to setting the theoretical framework in which to develop this archival function, this work also addresses the case of regional Administration of Galicia, focusing on the criteria and methodology for the assessment of the appraisal of public records by the council of appraisal of Galicia as the authority competent to take charge of this mission.

Key words: Appraisal, archives, records, The Documentary Evaluation Council of Galicia.

Sumario: 1 Introducción. 2 Definición e principais conceptos. 2.1 A xestión documental. 2.2 A valoración documental. 2.2.1 Criterios e principios da valoración documental. 3 Necesidade e utilidade da valoración de documentos. 3.1 Os motivos da valoración. 3.2 As vantaxes da valoración de documentos. 4 A valoración de documentos electrónicos. 5 O Consello de Avaliación Documental de Galicia. Creación e funcionamento. 6 Resultados conseguidos e retos futuros. 7 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Desde o final da Segunda Guerra Mundial produciuse un incremento substancial na produción de documentos, tanto por parte das administracións públicas como das empresas e organizacións. Os motivos deste incremento podémoslo resumir en tres grandes causas: a primeira delas sería a capacidade de producir e reproducir documentos mediante máquinas fotocopiadoras e impresoras ou as facilidades que proporciona a tecnoloxía para xerar, transmitir e copiar documentos electrónicos. A segunda causa é o desenvolvemento do Estado de Benestar nos países de economías avanzadas, caracterizado por unha maior participación do sector público na prestación de servizos á poboación e unha maior e máis complexa regulación do sector privado. A última das causas atopámola nos sistemas políticos democráticos, máis concretamente, no desenvolvemento dun dos seus principios fundamentais: o principio de transparencia e de rendición de contas das accións dos representantes políticos ante a sociedade. Esa rendición de contas susténtase, en boa medida, nos documentos que deben ser conservados axeitadamente e que, pola súa vez, deben ser accesibles aos cidadáns.

A produción deste gran volume documental leva consigo moitos problemas de xestión; entre eles, dificultades na recuperación da información, risco de deterioración dos soportes, e necesidades urxentes de espazo de almacenamento e de persoal cualificado para a súa organización e descrición, co conseguinte aumento dos custos. Todo iso non fixo máis que pór de manifesto a ineficacia que supón a conservación indiscriminada de grandes volumes de documentos, tanto físicos como dixitais.

Con este artigo o que pretendemos é mostrar a solución, desde un punto de vista arquivístico, a esta inflación documental. A dita solución non consiste nin na eliminación total e absoluta dos documentos producidos por persoas ou por organismos nin na conservación permanente de todos e de cada un dos documentos existentes. Unha correcta xestión documental e, máis concretamente, unha das súas funcións arquivísticas, a valoración dos documentos, é a resposta axeitada para este problema.

2 DEFINICIÓN E PRINCIPAIS CONCEPTOS

2.1 A xestión documental

O Dicionario do Consello Internacional de Arquivos (CIA)¹ define a xestión documental como a área da xestión administrativa xeral encargada de conseguir a economía e eficiencia na creación, mantemento, uso e selección de documentos, isto é, durante o ciclo de vida completo dos documentos.

Pola súa banda, a Lei 7/2014, do 26 de setembro, de arquivos e documentos de Galicia, define a xestión documental como “o conxunto de funcións, procesos e medios que, integrados na xestión administrativa xeral e aplicados con carácter transversal e de xeito continuo no seo do Sistema de Arquivos de Galicia, serven para garantir a autenticidade, a fiabilidade, a integridade e a dispoñibilidade dos documentos ao longo do tempo, así como para a configuración do patrimonio documental de Galicia”.

Dentro das funcións arquivísticas aplicadas aos documentos que engloba a xestión documental atópase a valoración, a cal é unha das tarefas que entraña maior responsabilidade para os arquivistas, xa que será a base sobre a que se tomará a decisión de conservar ou de eliminar os documentos, é dicir, determinará que documentos forman parte do patrimonio histórico documental e cales non.

Antes de entrarmos a analizar o obxecto deste artigo, cremos que cómpre aclarar que é o que entendemos por patrimonio histórico documental, e para iso citamos a definición que se recolle na Lei 5/2016, do 4 de maio, do patrimonio cultural de Galicia, que no seu artigo 109 define o patrimonio documental de Galicia do seguinte xeito:

“Artigo 109:

1. Para os efectos desta lei, o patrimonio documental galego está constituído polo conxunto de documentos de titularidade pública. Así mesmo, está constituído polos de titularidade privada, custodiados ou non en arquivos de Galicia e fóra dela, que, pola súa orixe, antigüidade ou valor, sexan de interese para a Comunidade Autónoma de Galicia nos termos establecidos neste capítulo e na normativa aplicable.

2. Forman parte do patrimonio documental, sempre que reúnan os requisitos sinalados no apartado anterior, independentemente do soporte en que se atopen:

a) Os documentos de calquera época xerados, conservados ou reunidos no exercicio da súa función, pola Administración xeral, e as entidades integrantes do sector público autonómico de Galicia.

b) Os documentos anteriores a 1965 xerados, conservados ou reunidos no exercicio das súas actividades polas entidades e asociacións de carácter político, sindical ou relixioso e polas entidades, fundacións e asociacións culturais e educativas de carácter privado que teñan interese para a historia de Galicia.

c) Os documentos anteriores a 1901 xerados, conservados ou reunidos por outras entidades particulares ou persoas físicas que teñan interese para a historia de Galicia.

3. Así mesmo, poderán integrarse no patrimonio documental de Galicia aqueles documentos que, sen alcanzar a antigüidade sinalada nos apartados anteriores, merezan esa consideración en atención ao seu valor cultural para a comunidade autónoma.

4. Quedarán sometidos ao réxime de protección que esta lei establece para os bens declarados de interese cultural os inmobles dedicados a arquivos de titularidade autonómica. Os bens

situados neles terán o réxime de protección establecido nas normas sectoriais que lle sexan de aplicación, sen prexuízo da súa declaración de interese cultural ou catalogación”.

2.2 A valoración documental

Pola súa parte, o artigo 4 da Lei 7/2014, do 26 de setembro, de arquivos e documentos de Galicia, define a valoración documental como aquela *“fase do tratamento documental que consiste en determinar os valores administrativo, legal-xurídico, informativo e histórico presentes en cada unha das series documentais identificadas para os efectos da súa selección para a conservación ou eliminación. A valoración determinará a vixencia temporal destes valores, os prazos de transferencia, o réxime e prazos de acceso e a selección de documentos”*. Na mesma lei defínense os conceptos principais deste enunciado:

- A valoración é unha “fase do tratamento documental”, unha función arquivística coa súa propia metodoloxía e vinculada a outras funcións como a identificación ou clasificación.

- Por valor administrativo entendemos o interese que posúe unha serie documental, que vai unido á súa finalidade inmediata como soporte da actividade administrativa e, polo tanto, da súa vixencia administrativa.

- Por valor informativo-histórico entendemos o interese atribuíble aos documentos de arquivo cuxo contido proporcione información relevante sobre axentes, funcións, normas, temas, lugares, acontecementos ou fenómenos, independentemente do seu valor testemuñal.

- Por valor legal-xurídico entendemos o interese atribuíble á serie documental ou a unha parte dos seus documentos que se pode considerar proba que garanta os dereitos ou deberes de Administración ou da cidadanía.

- A selección documental consiste na operación a través da cal se fai explícita a proposta de conservación ou eliminación da serie documental, unha vez identificada e avaliada.

- A conservación é un dos posibles efectos da selección documental, tras a identificación e valoración, que establece a custodia permanente de todos os documentos que integran unha serie ou dunha soa parte.

- A eliminación consiste na destrución física ou lóxica das series ou fraccións de series documentais seleccionadas con este fin despois dos procesos de identificación e de valoración, realizada polo órgano responsable dos documentos, empregando un método que garanta a imposibilidade de reconstrución deses documentos.

- A transferencia é o procedemento administrativo en virtude do cal se realiza a entrega, ordenada e relacionada por escrito dos documentos desde as oficinas ou desde un arquivo a outro, así como o traspaso das responsabilidades da súa custodia, conservación e acceso.

- Por acceso entendemos a dispoñibilidade de consultar os documentos de arquivo e a información contida neles, determinada pola normativa vixente, así como polo seu control arquivístico e polo seu estado de conservación.

Para poder realizar a valoración, cómpre un profundo coñecemento da organización produtora dos documentos, do que fai e como o fai, as relacións que median entre as series documentais e as actividades que realizan.

Para iso deberanse estudar as series documentais producidas, entendendo por series documentais *“o conxunto de documentos que testemuñan a actividade desenvolvida de forma continuada no tempo por un ou varios suxeitos produtores no exercicio dunha determinada función e regulada xeralmente por unha mesma norma de procedemento”* (art. 4 da Lei 7/2014, do 26 de setembro, de arquivos e documentos de Galicia).

2.2.1 Criterios e principios da valoración documental

A valoración dos documentos debe ser xestionada cos seguintes obxectivos:

- Debe cumprir os requisitos legais para garantir que se documentou, entendeu e puxo en marcha o marco normativo aplicable á xestión de documentos para as actividades do organismo.
- Debe responder ás necesidades presentes e futuras dos interesados tanto internos como externos.

Trátase, en fin, de establecer os valores dos documentos para así poder determinar os criterios que rexerán o seu destino.

Esta determinación dos valores é unha operación subxectiva, xa que se trata dunha operación de xuízo. A subxectividade entraña riscos, pero pódense mitigar se previamente se establecen unhas normas de valoración en función das cales se formularán os xuízos. E, mesmo sendo subxectiva, podemos establecer unha serie de criterios universais, que son resultado das experiencias dalgúns países, recollidos por T.R. Schellenberg². Son criterios xerais e orientativos que hai que ter en conta en todo proceso de valoración, e son os seguintes:

- A xerarquía administrativa e funcional: o valor dos documentos dependerá en boa medida do lugar que ocupe o produtor destes na pirámide organizativa. En toda organización existen niveis de dirección, desenvolvemento e xestión (administrativa, financeira...).

- Os valores primarios: son aqueles que posúen os documentos para o organismo de orixe e persisten despois de perder o seu valor corrente de xestión. Son de carácter administrativo, legal, fiscal, científico e tecnolóxico...

Este criterio, ademais de ser orientativo, serve para estimar o valor futuro dos documentos, xa que se considera que os que contén cun alto valor primario e unha maior frecuencia de consulta alcanzarán, supostamente, un maior valor histórico. Por este motivo, *“a comprensión do valor administrativo dos documentos é absolutamente indispensable para apreciar o seu valor histórico”*³.

- Os valores secundarios, que derivan da súa importancia para a investigación, poden ser de dous tipos:

- a) valores testemuñais: os que reflicten a orixe e a evolución histórica do organismo produtor, as súas facultades, funcións, estrutura organizativa, programas... Estes valores serán indispensables tanto para a entidade creadora, porque conteñen o coñecemento e a experiencia, como para a investigación, xa que son testemuño do que se fixo en realidade.

- b) valores informativos: aqueles que contribúen á investigación e ao estudo de calquera campo do saber. Poden referirse a persoas (tanto físicas como xurídicas), ás cousas (lugares, edificios e outros obxectos materiais) e aos fenómenos (acontecementos, cuestións sociais, políticas...).

Os criterios axúdannos a valorar as series documentais e é necesario que a autoridade arquivística correspondente os publicite, por distintos motivos⁴:

- Por responsabilidade. Cómpre documentar e facer públicas as decisións que en cada momento se tomen con respecto aos documentos.

- Por seguridade. Publicar os criterios para a valoración dos documentos dáunos seguridade, xa que coñecemos os parámetros en que se basean as decisións adoptadas e reduce a incerteza e subxectividade da persoa que valora.

- Por continuidade. A composición dos órganos de valoración varía co tempo e este cambio de persoas non debe afectar á liña coherente que se debe seguir á hora de valorar os documentos.

Pola súa banda, a norma ISO 15489⁵, de xestión de documentos, adoptaba estes criterios, expresados dunha forma similar, como estándares. Segundo a dita norma, a conservación de documentos baséase en:

- 1.- Determinar os requisitos legais ou administrativos.
- 2.- Determinar o seu uso.
- 3.- Determinar os vínculos con outros documentos, agrupacións ou sistemas.
- 4.- Considerar a ampla variedade de usos (usuarios externos, necesidades futuras da organización, exigencias legais, fiscais, políticas, sociais ou doutro tipo).
- 5.- Asignar períodos de conservación sobre a base da avaliación total do sistema, tomando decisións equiparables en casos similares.

Xunto a eles, podemos establecer uns principios para a valoración, que, a diferenza dos primeiros, teñen unha vocación de permanencia. Estes principios serían⁶:

1.- Os documentos reflicten as actividades realizadas no conxunto dunha sociedade. Toda organización realiza unhas funcións que se reflicten nos seus documentos; esa información e contido poden ser únicos. A valoración debe permitir que a conservación de documentos probe, no sentido arquivístico ou xurídico do termo, que as persoas ou organismos que elaboraron eses documentos fixeron unha acción destacada, conseguiron un logro determinado, etc. Para realizar a valoración debemos formularnos unha serie de cuestións:

a) Se eses documentos proban ao longo do tempo as actividades da persoa ou organismo nos planos legal, financeiro, administrativo ou patrimonial.

b) Se permiten comprender o papel que desenvolve unha persoa ou organismo na sociedade a que pertence.

c) Se achegan unha idea exacta do conxunto da sociedade da que forman parte.

2.- Respecto á obxectividade e contemporaneidade do xuízo presentado: a valoración dos documentos realizarase a partir dos principios e valores sociais aceptados no momento en que se produce ese documento.

3.- Respecto aos lazos que unen a avaliación a outras operacións arquivísticas: a valoración debe ter en conta aspectos como o contexto en que se crean os documentos, un coñecemento profundo do organismo produtor, de aí o estreito vínculo que existe entre a identificación e a valoración de documentos.

4.- Equilibrio entre as finalidades de xestión e finalidades patrimoniais da avaliación: neste principio reflíctese as tensións que existen entre os valores primarios e secundarios dos documentos. Nos valores primarios tense en conta o período de conservación dos documentos como probas das accións levadas cabo polo organismo, mentres que os valores secundarios se refiren ao valor informativo e cultural dos documentos. Así, a valoración intervéñ na determinación do ciclo vital dos documentos e na construción do patrimonio documental da nosa sociedade.

5.- Respecto ao equilibrio entre as consideracións relativas ao contexto de creación de documentos e aquelas que están ligadas ao seu uso.

A normativa concreta que establece o prazo e a forma en que se debe levar a cabo a valoración é a norma ISO 15489, mencionada anteriormente, que a denomina disposición, definíndoa como o "*conxunto de procesos de decisións asociados á implantación da retención, destrución ou transferencia de documentos, documentados polas autoridades de disposición ou noutros instrumentos*". Non podemos confundir a valoración, caracterizada pola análise das series documentais que ten como finalidade determinar os valores dos documentos, coa disposición, que é a posta en práctica dos resultados da valoración.

O termo disposición é relativamente novo en terminoloxía arquivística, pero inclúe dúas operacións habituais nesta, como son a eliminación e a transferencia de documentos aos arquivos históricos.

A dita norma está a situar a valoración nun plano destacado en canto ás políticas de xestión dos documentos nas organizacións.

Así mesmo, a valoración é unha operación necesariamente corporativa, é dicir, atinxe ao conxunto da organización, xa que:

1.- A dirección do organismo debe aprobar as normas de disposición, de maneira que o seu incumprimento xera sancións e mesmo procesos penais.

2.- A dirección do organismo debe promover e difundir o coñecemento e observación destas normas.

3.- A valoración de documentos exige a participación de diversos especialistas da organización.

4.- A destrución de documentos debe ser autorizada polo directivo que teña potestade normativa para facelo.

5.- Os arquiveiros deben prever a conservación futura da documentación de conservación permanente.

3 NECESIDADE E UTILIDADE DA VALORACIÓN DE DOCUMENTOS

3.1 Os motivos da valoración

Antes de expor a metodoloxía da valoración de documentos, podémonos preguntar por que valoramos os documentos. A súa resposta é clara: por unha obriga legal.

A Lei 16/1985, do 25 de xuño, do patrimonio histórico español, establece no seu artigo 49.2 que “forman parte do patrimonio documental os documentos de calquera época xerados, conservados ou reunidos no exercicio da súa función por calquera organismo ou entidade de carácter público, polas persoas xurídicas en cuxo capital participe maioritariamente o Estado ou outras entidades públicas e polas persoas privadas, físicas ou xurídicas, xestoras de servizos públicos no relacionado coa xestión dos ditos servizos públicos”. Como indica Mateo Páez García, en todos os documentos de titularidade pública se lle concede unha protección extra á consideración demanial que xa posúen (é dicir, trátase de bens inalienables, imprescritibles e inembargables) declarándoos *ex lege* patrimonio documental. Isto lévanos a outra reflexión sobre a realización da valoración no momento de crear os documentos, tal como existen os documentos electrónicos⁷ e como se formulan as metodoloxías macrovalorativas⁸.

Pero non todos os documentos de titularidade pública teñen o mesmo valor e mesmo este pode diminuír ou desaparecer co paso do tempo, malia a protección que lle outorgou o lexislador. Por este motivo, é necesario articular un procedemento de exclusión dos bens patrimoniais, e esta é a xustificación da función arquivística de valoración e selección de documentos. O artigo 55 da Lei do patrimonio histórico español dispón:

“Artigo 55:

1.- A exclusión ou eliminación de bens do Patrimonio Documental e Bibliográfico considerados no artigo 49.2 e dos demais bens de titularidade pública deberá ser autorizada pola Administración competente.

2.- En ningún caso se poderán destruír tales documentos mentres subsista o seu valor probatorio de dereitos e obrigas das persoas ou entes públicos.

3.- Nos demais casos, a exclusión ou eliminación deberá ser autorizada pola Administración competente por proposta dos seus propietarios ou posuidores, mediante o procedemento que se establecerá por vía regulamentaria”.

Ao ser lexislación de carácter básico, toda a normativa autonómica reflicte este mesmo esquema e contempla un procedemento de exclusión destes bens patrimoniais baseado na determinación dos seus valores.

No modelo establecido ocupan un papel fundamental os consellos de avaliación documental ou as comisións cualificadoras de documentos, que son órganos colexiados consultivos e de asesoramento para o estudo e ditame sobre as cuestións relativas á cualificación e utilización dos documentos producidos, recibidos ou acumulados no exercicio das súas funcións polas institucións, administracións e organismos públicos e polas empresas e entidades deles dependentes, así como á súa integración nos arquivos e ao réxime de acceso e utilidade administrativa dos ditos documentos. Entre as funcións destes órganos podemos destacar que son os encargados de elaborar os criterios de avaliación para a selección, transferencia de custodia e acceso aos documentos, de elaborar as táboas de avaliación documental das series sometidas ao seu ditame e de informar, con carácter perceptivo, das propostas de avaliación dos documentos de titularidade pública e dos criterios de conservación dos procedementos administrativos electrónicos.

3.2 As vantaxes da valoración de documentos

A valoración de documentos presenta tamén unha serie de beneficios, que non son só económicos, e que podemos detallar nas seguintes vantaxes⁹:

1.- Permétenos un exhaustivo coñecemento da documentación que xera o organismo e axuda a delimitar as súas series documentais.

2.- Identifícanse as series que conteñen información esencial para a organización, asegurando desta forma a súa axeitada protección, conservación e preservación, así como aqueles documentos que xustifican dereitos e deberes tanto da propia Administración como de terceiras partes.

3.- Asigna e controla o ciclo vital dos documentos producidos pola organización da que se trate, desde o momento da súa creación ata a súa desaparición ou conservación definitiva. Esta asignación realízase mediante o estudo pormenorizado das series documentais do que resulta o establecemento dos valores primarios e secundarios destas series.

4.- Determina o soporte máis axeitado para os documentos en función do uso e valores da serie documental valorada.

5.- Simplifica as transferencias documentais entre as diversas fases de arquivo e permite racionalizar os custos en infraestruturas destinadas á almacenaxe e custodia dos documentos, xa que estes deben ser eliminados de forma sistemática e normalizada cando non son necesarios e así o dispoña a autoridade arquivística.

6.- Delimita en que momento do seu ciclo vital os documentos poden ser consultados polos cidadáns e baixo que circunstancias e condicionantes, sempre segundo a lexislación vixente. Tamén o feito de reducir o volume de documentos, mantendo o máximo de información, facilita o acceso material á documentación por parte das persoas usuarias e interesadas.

7.- Asegura a conservación a longo prazo dos documentos que axudarán a explicar no futuro a evolución dunha sociedade desde diversos ámbitos (social, político, económico, tecnolóxico, etc.).

8.- Cúmprese coa obriga que ten a Administración (como posuidora do patrimonio documental e pola súa propia organización) de recoller, conservar, organizar e pór ao servizo dos cidadáns e da Administración a documentación tanto xerada como recibida.

9.- Documentáanse todas as operacións derivadas do proceso de valoración e eliminación, resultando un sistema transparente e fiable, aliñándose cos sistemas de calidade e integrando o arquivo nos sistemas de xestión da organización.

10.- Permite a cada organización deseñar unha correcta política de preservación dixital. A evolución constante dos diversos programas informáticos non fai aconsellable basear a conservación dos documentos confiando en mantelos co software con que foron producidos orixinalmente. É unha convención entre o sector das tecnoloxías que os formatos dos documentos electrónicos permiten a súa lectura co formato orixinal por un prazo non superior a cinco anos; polo tanto, a conservación de documentos con prazos de vixencia superior xerou a necesidade de buscar solucións a esta situación. Neste punto, a valoración mostra a súa utilidade, xa que a asignación de prazos de conservación para os documentos nos permite axustar e definir estratexias de conservación ou interpretación desa información. Por exemplo, unha serie que teña un prazo de eliminación de tres anos sabemos que non debería xerar ningún problema de conservación ou interpretación desa información. No caso de que nos atopemos fronte a series documentais con prazos de conservación superiores, sabemos que a organización deberá adoptar políticas explícitas de conversión ou migración dos seus documentos dixitais.

4 A VALORACIÓN DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Os documentos electrónicos teñen que ser valorados igual que o son os documentos en soporte tradicional, xa que as características formais dos documentos non deberían condicionar a determinación do seu valor.

Non obstante, posto que nos últimos anos se produciu un incremento exponencial da capacidade de almacenamento dixital, así como das ferramentas e aplicacións de xestión da información (procesamento, recuperación e explotación), están a xurdir dúbidas acerca da conveniencia, e da utilidade, dos procesos de avaliación arquivística¹⁰.

Pero, a pesar destas dúbidas, son diversas as razóns que determinan a necesidade de avaliar os documentos administrativos, principalmente as derivadas da normativa de transparencia e reutilización da información, acceso e protección de datos de carácter persoal, así como a xestión eficiente da información producida polas administracións no desempeño das súas funcións, con claras repercusións xurídicas e organizativas.

Como consecuencia máis evidente derivada da existencia de documentos electrónicos, está a necesidade de adaptarse á xestión do seu ciclo de vida. Por este motivo, no referente á súa avaliación, considérase imprescindible dispor da información referida a este proceso desde o mesmo momento en que se deseñen os novos procedementos para garantir a súa preservación e óptima xestión durante a súa existencia.

Como resultado desta concepción, moitas administracións están a levar a cabo de forma moi intensa o redeseño de procesos administrativos que ata agora se viñan facendo en soporte papel e que pasarán a ser completamente electrónicos¹¹. A persoa responsable do sistema de xestión de documentos e arquivo de cada organismo tense que implicar nestes procesos de redeseño de procedementos, dado que neles se leva a cabo unha análise dos seus elementos definidores, así como dos documentos e datos necesarios de cada un.

Por este motivo, os responsables dos arquivos deberán implicarse no traballo de equipos multidisciplinares (formados esencialmente por responsables das áreas TIC, xurídicas e de negocio, áreas de organización e sistemas de información dos organismos) para así poder aproveitar

toda a información que se xera neste momento para elaborar as propostas de identificación e avaliación de series documentais. A avaliación permitiralle á organización predefinir estratexias relacionadas coa xestión dos documentos activos, ademais das transferencias de documentos e o seu réxime de acceso, e identificar a estratexia de preservación máis eficiente a seguir para os seus expedientes electrónicos.

5 O CONSELLO DE AVALIACIÓN DOCUMENTAL DE GALICIA. CREACIÓN E FUNCIONAMENTO

A Lei 7/2014, do 26 de setembro, crea no seu artigo 34 o Consello de Avaliación Documental de Galicia como órgano colexiado consultivo e de asesoramento para o estudo e ditame sobre as cuestións relativas á cualificación e utilización dos documentos producidos, recibidos ou acumulados no exercicio das súas funcións polas institucións, administracións e organismos públicos e polas empresas e entidades deles dependentes, así como a súa integración nos arquivos e ao réxime de acceso e inutilidade administrativas de tales documentos no ámbito do Sistema de Arquivos de Galicia. No apartado segundo dese artigo determínase que as funcións, a composición e o funcionamento do Consello de Avaliación Documental de Galicia serán establecidos por decreto da Xunta de Galicia, por proposta da consellaría competente en materia de arquivos e patrimonio documental.

Por outra banda, no artigo 19.2 da devandita lei establécese que regulamentariamente se ordenará o procedemento de avaliación, selección e eliminación de documentos nos arquivos do Sistema de Arquivos de Galicia, así como o ciclo vital dos documentos dos órganos e entidades integrantes do sector público de Galicia.

Como consecuencia do disposto nesa lei, promulgouse o Decreto 15/2016, do 14 de xaneiro, polo que se regula a composición e o funcionamento do Consello de Avaliación Documental de Galicia e o procedemento de avaliación e selección de documentos.

A proposta metodolóxica básica de funcionamento foi aprobada polo Pleno do Consello de Avaliación Documental de Galicia na sesión do 15 de marzo de 2017, onde se fixaron os criterios de avaliación para a selección, transferencia de custodia e acceso aos documentos, así como o formulario normalizado para a elaboración dos estudos de identificación e avaliación de series documentais. Este acordo foi publicado a través da Resolución do 18 de abril de 2017, da Secretaría Xeral de Cultura (DOG do 11 de maio).

En esencia, o documento aprobado regula os criterios e a metodoloxía para a valoración das series documentais producidas pola Administración no exercicio das súas funcións, o cal implica a realización dun conxunto amplo de tarefas que servirán de soporte para resolver a súa conservación ou eliminación.

Centrándonos no caso da Administración xeral da Comunidade Autónoma e as entidades instrumentais do sector público de Galicia, seguiranse estes principios e criterios:

Como punto de partida, teranse en conta os seguintes principios:

- A identificación e valoración realízanse a nivel de serie documental.
- O obxecto da identificación e valoración serán só os documentos orixinais.
- Todos os documentos de arquivo, independentemente da súa data, se considerarán obxecto de valoración de cara á súa conservación ou eliminación.
- Os documentos de arquivo insuficientemente identificados non poden valorarse.
- A valoración das series documentais hai que afrontala de xeito global.

- Os valores que posúen os documentos deben ser xustificados.

O Arquivo de Galicia, cabeceira e centro de referencia do Sistema de Arquivos de Galicia, con carácter intermedio e histórico e herdeiro do antigo Arquivo Xeral da Xunta de Galicia, será o responsable de asesorar as unidades responsables da documentación no proceso de elaboración dos estudos de series que serán sometidos ao Consello de Avaliación Documental de Galicia, o cal ditaminará sobre a súa conservación ou eliminación, de acordo co interese que presenten desde o punto de vista administrativo, legal-xurídico e informativo-histórico, así como os seus prazos de vixencia, acceso e conservación.

Neste sentido, resulta imprescindible establecer un procedemento que describa as vías de coordinación e colaboración entre o órgano superior competente en materia de arquivos e patrimonio documental, a través do Arquivo de Galicia, e as secretarías xerais técnicas ou órganos de coordinación administrativa horizontal competentes sobre o arquivo central departamental. O tratamento do enorme volume documental existente e o control da produción actual constitúen unha prioridade.

Deste xeito, considérase necesario establecer os mecanismos de aplicación efectiva das táboas de valoración documental e, en particular, para a eliminación física dos documentos que así se estableza.

Igualmente, no proceso de avaliación documental deberase contar cunha planificación de actuacións que determine as series que van ser analizadas e a orde ou prioridade en que esta se debe producir, segundo os seguintes criterios:

- Necesidades dos propios xestores. Determinadas pola necesidade de análise dos requisitos funcionais na habilitación ou revisión dun procedemento en formato electrónico ou polo traslado ou supresión de unidades administrativas, existencia de documentación baixo custodia externa e calquera outra que requira unha rápida xestión dun importante volume documental acumulado en soportes tradicionais.

- Relevancia patrimonial.

- Volume documental. Ao respecto, terase en conta a presenza de grupos de series xenéricas comúns ao conxunto da Administración debido ao seu carácter homoxéneo e a posibilidade de afrontar a valoración dun xeito global.

- Nivel de información dispoñible. Neste sentido, resulta de interese priorizar aquelas series descritas e identificadas, así como as que fosen valoradas por outras administracións, coa finalidade de axilizar o proceso de análise.

Con esta planificación preténdese xestionar da forma máis eficiente posible o gran volume de documentos acumulados pola Administración autonómica desde a súa creación.

Para estes efectos, cómpre ter en conta que o proceso de identificación e valoración documental pode producirse a partir de diferentes situacións:

- A documentación está custodiada no arquivo central/intermedio correspondente.
- A documentación está almacenada en depósitos centrais cunha mínima descrición e control do seu contido.
- A documentación está almacenada en depósitos centrais de xeito descontrolado.
- A documentación está almacenada na propia oficina.
- A documentación está total ou parcialmente en formato electrónico.

En canto aos criterios xerais de avaliación de documentos¹², teranse en conta os seguintes:

- a) Os documentos deberán conservarse necesariamente mentres teñan vixencia administrativa e subsista o seu valor probatorio de dereitos e deberes das persoas e dos entes públicos.

b) A análise dos valores secundarios, informativos e históricos realizarase desde unha tripla perspectiva:

- Transcendencia como testemuño da actividade do produtor.
- Transcendencia como testemuño da actuación da Administración ou das institucións privadas.
- Transcendencia como testemuño da sociedade no seu conxunto.

c) Na proposta de selección estableceranse as seguintes preferencias:

- Preferencia do orixinal sobre o duplicado.
- Preferencia do soporte menos voluminoso.
- Preferencia das series ou documentos compiladores.
- Preferencia da serie máis completa, en relación coa información que contén.

d) Con carácter xeral, no ámbito da Administración autonómica, os documentos anteriores a 1990 considéranse de conservación permanente e, polo tanto, non serán eliminados.

Cada Administración ou institución poderá determinar unha data de corte para a avaliación dos seus documentos.

e) Os documentos que testemuñan as reunións dos órganos colexiados e os de dirección considéranse de conservación permanente e non poderán ser eliminados.

O Consello de Avaliación Documental de Galicia poderá establecer os criterios que considere oportunos e difundilos para o coñecemento público.

Do mesmo xeito, atenderanse os seguintes criterios específicos:

1.- Criterio de orixe

Na proposta de selección prevalecerá a conservación das series que respondan aos seguintes criterios:

a) Series documentais procedentes dos órganos que ocupan unha posición máis elevada dentro dunha xerarquía administrativa.

b) Series documentais producidas polos órganos administrativos no exercicio das funcións que lles son propias e específicas.

c) Series documentais producidas polos órganos que realizan o seguimento completo do procedemento. As series documentais que, en virtude das competencias e funcións desenvolvidas polo órgano que as produce, reflicten tan só unha parte do procedemento son susceptibles de ser eliminadas, sempre que se conserve a serie que abrangue a tramitación completa.

d) Series documentais que permitan coñecer as circunstancias de creación dun organismo.

e) Series documentais que permitan coñecer a evolución das estruturas organizativas e as súas funcións (tanto políticas como administrativas), as estratexias de xestión (plans estratéxicos, políticas e programas) e as actividades da institución, así como a evolución do desenvolvemento e impacto destas estratexias e actividades.

2.- Criterio diplomático

As propostas de selección terán en conta o que a diplomática denomina tradición documental, isto é, a relación temporal entre os documentos e o feito documentado que dá lugar ás distintas formas: borradores ou minutas, orixinais únicos ou múltiples e copias, que poden ser simples, auténticas ou certificadas.

Así, segundo a tradición documental, as propostas de selección seguirán estes criterios:

a) Os documentos orixinais, rematados e validados, son máis valiosos que as copias. Con todo, os documentos orixinais cuxa información significativa estea recompilada noutros orixinais son susceptibles de eliminación.

b) Os documentos producidos baixo a forma de orixinais múltiples, cando o ente produtor conserve un orixinal no expediente principal, son susceptibles de eliminación.

c) Os documentos orixinais de manifesto valor efémero ou que non se integren en ningún procedemento administrativo da entidade produtora son susceptibles de eliminación.

d) Con carácter xeral, poderán ser eliminados sen o informe previo do Consello de Avaliación Documental de Galicia:

- As reproducións ou meras copias de documentos, cando exista a debida garantía en canto á conservación do documento orixinal, en bo estado, na propia institución.

- Os documentos de apoio informativo, entendidos como documentación non orixinal de características diversas, boletíns, folletos, etc., que non forman parte da tramitación.

e) Non obstante, requirírase o informe previo do Consello cando esteamos ante copias, reproducións, borradores de documentos e outra documentación preparatoria que:

- Conteñan anotacións orixinais de interese ou os documentos orixinais non estean localizados ou en bo estado de conservación.

- Acheguen datos de interese para o coñecemento do acto documentado.

- No caso dos documentos xerados por aplicacións informáticas, estes estean validados ou subsista o seu valor administrativo.

3.- Criterio de contido

Na proposta de selección prevalecerá a conservación das series que polo seu contido respondan aos seguintes criterios:

a) Series documentais que recollen información substancial para reconstruír a historia do órgano produtor, dun acontecemento, dun período cronolóxico concreto, dun territorio ou dos cidadáns.

b) Series documentais que conteñan información en forma sintética. Os documentos e as series documentais que conteñen información que se atopa duplicada ou recapitulada noutros documentos ou series documentais de cuxa existencia se teña constancia son susceptibles de eliminación.

c) Series documentais que testemuñen a elaboración e aprobación de leis, regulamentos e outras normas.

d) Series documentais que avalen os dereitos das persoas e entidades, públicas e privadas, tanto respecto da propia institución como en relación con outras.

e) Series documentais que informen de xeito significativo das relacións entre as persoas e das relacións entre estas e as institucións.

f) Series documentais que informen dos avances sociais, tecnolóxicos e científicos.

4.- Criterio de utilización

Na proposta de selección prevalecerá a conservación das series documentais que, pola súa demanda na consulta ou utilización, se enmarquen nos seguintes supostos, na medida en que se teñan datos ao respecto:

a) As series documentais que, durante as fases de arquivo de oficina, arquivo central ou arquivo intermedio do seu ciclo vital, foron obxecto de demanda frecuente por parte do órgano produtor, dos investigadores ou dos cidadáns en xeral.

b) As series documentais que, pola súa orixe, período cronolóxico que abranguen ou contido, se espera que sexan obxecto de consulta por parte dos usuarios potenciais.

Pola contra, son susceptibles de eliminación as series que se atopan nas seguintes circunstancias:

- a) As series documentais cuxo estado de deterioración imposibilite a súa utilización e recuperación, ou cuxo interese con fins de investigación histórica non xustifique a súa restauración.
- b) As series documentais cuxo interese e utilización con fins de investigación non xustifique o custo de conservación, e a información que conteñan poida ser obtida noutros documentos.

6 RESULTADOS CONSEGUIDOS E RETOS FUTUROS

No caso concreto da documentación xerada no ámbito da Administración xeral da Comunidade Autónoma e as entidades instrumentais do sector público de Galicia, os resultados obtidos polo Consello de Avaliación Documental son, a día de hoxe, máis ben escasos. Desde o momento da súa creación ata hoxe (setembro de 2018), celebráronse un total de catro sesións do pleno, en que se aprobaron e publicaron unicamente dúas táboas de valoración¹³.

Tendo en conta que o número de series documentais, derivadas dos procedementos administrativos tramitados desde o comezo da Administración autonómica ata a actualidade, se estima que rolden os 5.000, todo parece indicar que nos espera un longo camiño para culminar o proceso de estudo e valoración de toda a documentación xerada.

Do mesmo xeito, e en canto a resultados prácticos, a día de hoxe non se eliminou aínda ningún documento como consecuencia do proceso de valoración documental. Estes inicios titubeantes provocan que a nosa comunidade autónoma sexa, xunto a Cantabria, a única que non comezou aínda este proceso de destrución legal de documentación.

Máis alá de conseguir que o funcionamento do Consello de Avaliación implique a efectiva destrución de documentos en papel, o gran reto xorde acerca de lograr que á totalidade de procedementos administrativos xestionados no ámbito dixital se lle apliquen calendarios de conservación e se regulen as súas transferencias e o seu réxime de acceso.

A consecución dese obxectivo resulta primordial, polo tanto, para a correcta xestión do arquivo electrónico administrativo e, por extensión, do bo funcionamento da Administración electrónica.

Non obstante, o éxito desta tarefa vai descansar, fundamentalmente, na capacidade que teña a Administración autonómica para coordinar e estruturar as responsabilidades sobre habilitación de procedementos e xestión documental, a día de hoxe dispersas, entre os órganos competentes en materia de simplificación administrativa, modernización tecnolóxica e arquivos.

Sen esa base, máis axiña que tarde, os problemas de xestión documental en papel veranse reflectidos no ámbito electrónico. Así como hoxe existen múltiples locais ategados de documentos pendentes de avaliación documental, o día de mañá os servidores informáticos estarán saturados de documentos inservibles, coa súa capacidade ao límite, pola non aplicación de políticas de xestión correcta no ámbito da habilitación de procedementos e a creación, captura e xestión dos documentos electrónicos ao longo de todo ese tempo¹⁴.

7 BIBLIOGRAFÍA

- Boissard, P. 1985. «Por una política de las eliminaciones. Reflexiones sobre la política de archivos del Sena», *La administración moderna y la gestión de documentos: el prontuario Ramp*. París: UNESCO.
- Casellas Serra, L.-E. 2017. «Evaluación archivística, más allá de evaluar para conservar y eliminar», *Revista Redar*, 4 (año 2): 49-77.
- Cermeño Martorell, L., e Rivas Palá, E. 2010. *Valorar y seleccionar documentos: qué es y como se hace*. Gijón: Trea.
- Cook, T. 2003. «Macrovaloración y análisis funcional: la preeminencia de la interacción político-social sobre el gobierno», *Tabula: revista de archivos de Castilla y León*, 6: 87-104.

- Cruz Mundet, J.R. 2012. *Archivística. Gestión de documentos y administración de archivos*. Madrid: Alianza Editorial.
- Hernández Olivera, L., e Moro Cabero, M. 2002. *Procedimientos de valoración documental*. Salamanca: Acal.
- ISO 21946. 2018. *Information and documentation. Appraisal for managing records*.
- Páez García, M. 2010. «La valoración y selección documental en Andalucía: pasado, presente y futuro», *Revista Tria*, 16: 75-104.
- Schellenberg, T. 1958. *Archivos modernos*. La Habana: Imprenta del Archivo Nacional.
- UNE-ISO 15489-1. 2016. *Información y documentación - Gestión de documento. Parte 1. Generalidades*. Madrid: Asociación Española de Normalización y Certificación.
- UNE-ISO 15489-1. 2016. *Información y documentación - Gestión de documento. Parte 2. Directrices*. Madrid: Asociación Española de Normalización y Certificación.

NOTAS

- 1 Damos a definición que aparece no *Diccionario de Terminología Archivística* por ser normalizada por un organismo internacional e de ampla aceptación na profesión.
- 2 Schellenberg, 1958: 164 e ss.
- 3 Boissard, 1985: 190-219.
- 4 Cermeño Martorell e Rivas Palá, 2010: 225.
- 5 UNE-ISO-15489-1, 2001.
- 6 Cermeño Martorell e Rivas Palá, 2010: 224-225.
- 7 ISO 21946, 2018.
- 8 Entre outros: Cook, 2003: 87-104.
- 9 Cermeño Martorell e Rivas Palá, 2010: 215-271.
- 10 Casellas Serra e Lluís-Esteve, 2017: 49-77.
- 11 Sirvan como exemplo, no caso de Galicia, as actuacións derivadas do disposto na Orde do 12 de xaneiro de 2012 pola que se regula a habilitación de procedementos administrativos e servizos na Administración xeral e no sector público autonómico de Galicia. Consultar https://www.xunta.gal/dog/Publicados/2012/20120116/AnuncioC3C1-130112-10976_es.html (09/2018)
- 12 A elaboración destes criterios toma como referencia os establecidos para os consellos e comisións de valoración de documentos das CC. AA. de Madrid, Andalucía, Castela-A Mancha, Cataluña e o Ministerio de Cultura.
- 13 Orde do 29 de xaneiro de 2018 pola que se aproban as táboas de avaliación documental de determinadas series documentais do patrimonio documental de Galicia e se dispón a súa publicación. *Diario Oficial de Galicia* núm. 35, do 19 de febreiro de 2018.
- 14 UNE-ISO 15489-1, 2016.

A supervisión e control do mercado de seguros en territorio español: delimitación do contrato de seguros no marco das operacións de cobertura

La supervisión y control del mercado de seguros en territorio español: delimitación del contrato de seguros en el marco de las operaciones de cobertura

The control and supervision of the insurance companies market in the Spanish territory: Delimitation of the insurance contract in the frame of the hedging activities

M.ª AURORA PÉREZ-CARRO Y FOLE

Inspectora de Seguros del Estado

Recibido: 4/10/2018 | 22/01/2019

Resumo: Este artigo intenta estudar o ámbito competencial da Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións como órgano de supervisión e regulación do mercado asegurador español, incardinada dentro do marco da Autoridade Europea de Supervisión, e das competencias que puidesen ter asumido as comunidades autónomas.

Para delimitar o citado ámbito competencial, é necesario o estudo específico da natureza xurídica do contrato de seguro, como negocio xurídico máis habitual dentro do ámbito das denominadas operacións de cobertura.

Palabras clave: Comunidade autónoma, Unión Europea, operacións de cobertura, contrato de seguros, mercado asegurador, compañía aseguradora, mediador de seguros.

Resumen: Este artículo intenta estudiar el ámbito competencial de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones como órgano de supervisión y regulación del mercado asegurador español, incardinada dentro del marco de la Autoridad Europea de Supervisión, y de las competencias que pudieren haber asumido las comunidades autónomas.

Para delimitar el citado ámbito competencial, es necesario el estudio específico de la naturaleza jurídica del contrato de seguro, como negocio jurídico más habitual dentro del ámbito de las denominadas operaciones de cobertura.

Palabras clave: Comunidad autónoma, Unión Europea, operaciones de cobertura, contrato de seguros, mercado asegurador, compañía aseguradora, mediador de seguros.

Abstract: This article tries to study the competence of the "Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones" as regulation and supervision organism of the Spanish insurance market, integrated in the frame of the European Supervision Authority, and the competences which may correspond to the "Comunidades Autónomas".



In order to define the previously mentioned competence, the specific study of the legal nature of the insurance contract as the most common in the hedging activities is needed.

Key words: Comunidad autónoma, European Union, hedging activities, insurance contract, insurance market, insurance company, insurance broker.

Sumario: 1 Introducción á supervisión do mercado de seguros español. 2 Estrutura actual e competencias da Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións. 3 Posibilidade de asunción de competencias por parte das comunidades autónomas. 4 Distribución das competencias territoriais no ámbito da mediación de seguros. 5 Natureza xurídica das operacións de seguro. 6 Consecuencias de que unha operación de cobertura non sexa cualificada como seguro. 7 Operacións de cobertura que non teñen por que ser articuladas como seguro. 8 Realización de operacións de seguro en territorio español por entidade non autorizada. 9 Conclusión

1 INTRODUCCIÓN Á SUPERVISIÓN DO MERCADO DE SEGUROS ESPAÑOL

A Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións é a autoridade española á que lle corresponde a alta supervisión do mercado de seguros español.

Para determinar cales son as competencias en concreto desta autoridade de supervisión, cómpre ter en conta:

- A integración de España na Unión Europea.
- A distribución competencial do territorio español entre Estado e comunidades autónomas.
- A circunstancia anómala de que a Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións estea integrada organicamente dentro do Ministerio de Economía e Empresa (non é autoridade independente, a diferenza do que acontece na nosa contorna comunitaria), **aínda que** o sector e a supervisión deste claman pola creación dunha axencia independente.

E, sobre todo, para delimitar en concreto o ámbito competencial deste centro directivo hai que clarificar qué é o mercado asegurador e qué é unha operación de seguros. A todo iso pretende dar resposta este artigo.

2 ESTRUCTURA ACTUAL E COMPETENCIAS DA DIRECCIÓN XERAL DE SEGUROS E FONDOS DE PENSIONES

Tal como acaba de indicarse, a Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións atópase integrada (no actual organigrama governamental) dentro do Ministerio de Economía e Empresa a través da Secretaría de Estado de Economía e Apoio á Empresa, segundo se dispón no Real decreto 1046/2018, do 24 de agosto, polo que se desenvolve a estrutura básica do Ministerio de Economía e Empresa (publicado no BOE do 26 de agosto), cuxo artigo 7 lle confire ao citado centro directivo –estructurado actualmente nas seguintes cinco subdireccións: de Regulación e Relacións Internacionais; de Inspección; de Solvencia; de Autorizacións, Condutas de Mercado e Distribución, e unha quinta chamada de Organización, Estudos e Previsión Social Complementaria (esta última de recente creación, en substitución e/ou sucesión da antiga Subdirección Xeral de Plans de Pensións), xuntamente co Servizo de Reclamacións, que depende directamente do director xeral de Seguros– as seguintes funcións (en resumo):

a) Preparación e impulso de proxectos normativos en materias da súa competencia. Hai que ter en conta que o artigo 17.2 a Lei 20/2015, do 14 de xullo, de ordenación, supervisión e solvencia das entidades aseguradoras e reaseguradoras (BOE do 15 de xullo), á que posteriormente se fará referencia con máis detalle neste artigo, lle outorga á Dirección Xeral de Seguros e Fondos

de Pensións: “*competencia normativa de desenvolvemento de reais decretos ou ordes do Ministerio de Economía, sempre que tales normas a faculten expresamente, e logo de informe da Xunta Consultiva de Seguros* (órgano de apoio e asesoramento, cuxa composición e funcións se regulan no artigo 18 da mencionada Lei 20/2015).

b) Coordinación das relacións no ámbito de seguros e reaseguros privados, distribución destes produtos, e plans e fondos de pensións coas institucións da Unión Europea, as súas supervisións e organismos de control, e outros organismos internacionais (o propio artigo 17 da Lei 20/2015 recoñece que a Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións, como autoridade de supervisión española, está integrada na Autoridade Europea de Seguros e Pensións de Xubilación (AESPX), cuxas decisións e directrices serán tidas en conta por este centro directivo da Administración española, aínda que se lle permite a este apartarse destas citadas resolucións e directrices, pero sempre baixo resolución motivada: artigo 17.1 citado *in fine*). Esta colaboración a nivel internacional realizarase en coordinación co Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea e Cooperación, segundo dispón o artigo 7 do Real decreto 1046/2018, do 24 de agosto.

c) Responder as consultas nestas materias.

d) Análise da documentación que as entidades aseguradoras e reaseguradoras, mediadores de seguros e entidades xestoras de fondos de pensións deben remitir a este centro directivo.

e) Manter unha supervisión financeira continua sobre as entidades e grupos que operan neste sector.

f) Supervisión inspectora das persoas e entidades que operan neste sector, ben como emisoras destes produtos ou como distribuidoras ou xestoras deles.

g) Seguimento das medidas de control especial que puidesen ter sido impostas ás persoas ou entidades sometidas á súa supervisión.

h) Comprobación da exactitude dos cálculos financeiros e actuariais realizados polas entidades que operen neste sector para calcular as súas marxes de solvencia e garantía (fondos propios e provisións da entidade, así como o seu correcto investimento).

i) Autorizacións de cálculo para o capital regulatorio presentados (ou a presentar) polas entidades que operen no sector, incluídos modelos internos e outros cálculos de solvencia.

j) Seguimento e participación nos colexios internacionais de supervisión de entidades aseguradoras e reaseguradoras, así como posible colaboración con outros supervisores en actuacións de comprobación e supervisión de conglomerados financeiros.

k) Control do cumprimento dos requisitos de acceso á actividade aseguradora e reaseguradora polas entidades que o soliciten, así como o mantemento dos citados requisitos no tempo, e o correcto exercicio societario de tal actividade (control de fusións, agrupacións, cesións de carteira entre entidades...).

l) Autorización de operación de novos plans de pensións e das súas entidades xestoras, así como seguimento posterior da operativa destes.

m) Control de acceso á actividade de distribución de seguros e reaseguros (mediación) e supervisión desta.

n) Supervisión de condutas e prácticas de mercado das entidades aseguradoras e reaseguradoras, mediadores de seguros, entidades xestoras de fondos de pensións e outros axentes que operen neste mercado.

o) Protección aos asegurados, beneficiarios, terceiros prexudicados, partícipes de plans..., os cales (se estiman violados os seus dereitos) poden presentar unha queixa ou reclamación ante a Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións, e esta debe resolver.

p) Realización de estudos sobre o mercado de seguros e fondos de pensións e fomento da previsión social complementaria.

Este artigo 7 do citado Real decreto 1046/2018 detalla as competencias que lle corresponden ao Estado español nas entidades aseguradoras e reaseguradoras que teñan o seu domicilio social (ou entidade matriz e/ou cabeza de grupo) en territorio español, pois a nivel comunitario está establecido o chamado “pasaporte único”: a autoridade outorgante da autorización a unha entidade para operar como compañía aseguradora é a autoridade de control do Estado de orixe, e o Estado de orixe é aquel onde ten establecido o seu domicilio social a posible entidade aseguradora (ou a matriz en caso de tratarse dun grupo empresarial e/ou corporación financeiros). É o Estado de orixe quen outorga autorización, quen supervisa as súas condutas de mercado e quen realiza a inspección e controis que considera oportunos sobre esta entidade aseguradora e reaseguradora, a cal (pola súa parte, e cuns mínimos requisitos de notificación á autoridade de control e supervisión do posible Estado receptor) pode operar en todo o territorio comunitario: é a consecuencia lóxica do espazo único europeo. Todo iso vén recollido nos artigos 16 a 64 da Lei 20/2015, do 14 de xullo, de ordenación, supervisión e solvencia das entidades aseguradoras e reaseguradoras (BOE do 15 de xullo), en diante LOSSEAR, en especial no seu artigo 17, que establece as competencias básicas da Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións e a súa integración dentro das autoridades de control e supervisión comunitarias, así como na súa normativa fundamental de desenvolvemento (o Real decreto 1060/2015, do 20 de novembro, de ordenación, supervisión e solvencia das entidades aseguradoras e reaseguradoras, BOE do 2 de decembro, en diante ROSSEAR).

3 POSIBILIDADE DE ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS POR PARTE DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

O problema de competencias funcionais e territoriais sobre a regulación, supervisión e control do mercado asegurador complica-se en territorio español porque, de acordo co disposto no artigo 19 da Lei 20/2015 de ordenación, supervisión e solvencia das entidades aseguradoras e reaseguradoras, as comunidades autónomas que, no marco dos seus respectivos estatutos, autoatribúen competencias nesta materia poderían asumilas en materia de:

Desenvolvemento normativo, aínda que a lexislación básica sempre lle corresponderá ao Estado, de acordo co disposto no artigo 149 da Constitución: apartados 1.6.^a (*lexislación mercantil*), apartado 1.11.^a (*bases de ordenación do crédito, banca e seguros*) e apartado 1.13.^a (*bases de coordinación da planificación xeral da actividade económica*).

Ordenación e supervisión de entidades aseguradoras e reaseguradoras, salvo autorización para operar e revogación, que sempre corresponderá ao Estado, aínda que se a entidade aseguradora tivese natureza xurídica de cooperativa de seguro (inexistentes *de facto* en España) e mutualidades de previsión social, nas cales as comunidades autónomas tamén poden asumir competencias de autorización e revogación, así como de regulación normativa, deben en todo caso remitir información á Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións nos termos establecidos no artigo 19 da Lei 20/2015 antes referenciado.

Pero as comunidades autónomas só poden asumir competencias sobre as entidades aseguradoras e reaseguradoras, con respecto sempre ás seguintes limitacións e/ou conexións territoriais, establecidas no citado artigo 19 da Lei 20/2015:

- Seguros de vida: se a asunción de todos os presuntos compromisos a asumir pola entidade aseguradora ou reaseguradora que pretenda “depende” dunha comunidade autónoma están localizados no seu territorio; isto leva a un claro problema práctico: en que lugar espacial está situado un compromiso, cando o risco cuberto é a vida e/ou a morte do asegurado?; ¿debemos acudir ao domicilio habitual deste?; ao seu domicilio fiscal?; á súa veciñanza civil? Cuestións todas elas en absoluto predeterminadas e susceptibles dun amplo e polémico debate non pechado, e de difícil peche nun futuro non afastado.

- Outros seguros (ramos “non vida”, de acordo co anexo da Lei 20/2015): se o seu domicilio social, o seu ámbito de operacións e a localización dos riscos cubertos, todos e cada un destes puntos de conexión, deben circunscribirse necesariamente ao ámbito territorial propio da comunidade autónoma que asuma as competencias. Chegados a este punto, non cabe senón preguntarlle ao lexislador se unha comunidade aseguradora que pretenda asumir competencias de supervisión sobre unha determinada entidade aseguradora que teña o seu domicilio social no seu territorio e pretenda operar, por exemplo, no ramo de asistencia ten que exixirle a esta entidade que os seus asegurados e/ou beneficiarios da póliza de seguro de asistencia en viaxe non viaxen fóra do territorio da citada comunidade autónoma, os cubertos por un seguro de decesos non poidan morrer fóra do citado territorio, e así poderíamos seguir pondo exemplos ata o infinito.

4 DISTRIBUCIÓN DAS COMPETENCIAS TERRITORIAIS NO ÁMBITO DA MEDIACIÓN DE SEGUROS

O mesmo criterio indicado pola Lei 20/2015 de autoridade de supervisión e pasaporte único comunitario establéceno os artigos 40 a 46 da Lei 26/2006, do 17 de xullo, de mediación de seguros e reaseguros privados (BOE do 18 de xullo). E as comunidades autónomas segundo o artigo 47 do citado texto normativo tamén poden asumir competencias sobre os mediadores (*sic*) “cuxo domicilio e ámbito de operacións se limiten á súa comunidade autónoma”: de novo a mesma indefinición no concepto “ámbito de operacións”, posto que as persoas e os seus riscos (e os semoventes e os seus riscos, e os vehículos e os seus riscos...) se desprazan (ou poden desprazarse) no territorio. As comunidades autónomas poden asumir competencias (cos citados límites do artigo 149.1 da Constitución e no marco dos seus respectivos estatutos):

a) De desenvolvemento normativo (a lexislación básica sempre é competencia estatal, de acordo co indicado no artigo 149.1 da Constitución).

b) Ordenación e supervisión: expresamente indícase aquí (artigo 47 da Lei 26/2006) outro límite de atribución competencial para as comunidades autónomas: en caso de axentes de seguros exclusivos e operadores de banca e seguros, só poden exercer as comunidades autónomas a súa ordenación e supervisión se a teñen sobre a entidade a favor da cal promoven operacións de cobertura.

Remata o apartado 3 do mencionado artigo 47 da Lei 26/2006, de mediación de seguros e reaseguros privados, indicando: “De acordo co establecido no artigo 149.1 (6.11 e 13) da Constitución, correspóndelle ao Estado o alto control económico financeiro dos mediadores de seguros e corredores de reaseguros”. Continúa cun “desiderátum” sobre a colaboración entre o Estado e comunidades autónomas, obrigando estas a remitir información ao Estado, e indicando que este levará o chamado rexistro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de seguros e dos seus altos cargos (artigos 52 e 53 do citado texto normativo): é o chamado

“punto único de información de mediadores”, que consta na páxina web da Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións.

Hai que ter en conta que o artigo 2.1 (*in fine*) da citada Lei 26/2006 entende por mediación de seguros: “*aquelas actividades consistentes na presentación, proposta, ou realización de traballos previos á celebración dun contrato de seguro ou reaseguro, ou de celebración destes contratos, así como a asistencia na xestión e execución dos ditos contratos, en particular en caso de sinistro*”. É dicir, é mediador de seguros quen facilita e/ou promove a realización dunha operación de seguros entre unha compañía aseguradora e o subscritor dun contrato de seguro (tal como vén definido na Lei 50/1980, do 8 de outubro, de contratos de seguro) e, con posterioridade, asiste ao tomador da póliza/asegurado e/ou beneficiario desta durante o desenvolvemento do contrato (recordemos que un contrato de seguro é, en principio, un contrato de tracto sucesivo para o pagador da prima, denominado subscritor en terminoloxía aseguradora¹), e no momento de producirse o sinistro (se este chega a materializarse). Na práctica do mercado asegurador hoxe en España, de acordo co regulado nas leis 26/2006 e 20/2015, e normativa de desenvolvemento, as compañías aseguradoras poden optar por distribuír os seus produtos de cobertura:

- Ben directamente a través das **súas canles de distribución**.
- Ben a través de canles externas: axentes de seguros (aínda que estes poden estar afectos en exclusiva a unha única entidade aseguradora ou vinculados a varias), corredores de seguros (estes dous son os propiamente cualificados como mediadores de seguros segundo a nosa Lei 26/2006), canle banca-seguros e axencias de subscrición (figura do dereito anglosaxón que cada vez se abre máis camiño no noso mercado asegurador español; **VÉN** ser como un representante e/ou apoderado da compañía aseguradora ao favor da cal opera, e así aparece regulado no artigo 60 da Lei 20/2015).

5 NATUREZA XURÍDICA DAS OPERACIÓNS DE SEGURO

Chegados a este punto, hai que expor unha evidencia: cal é o requisito fundamental para que toda esta rede de supervisión e control de mercado asegurador e a súa protección ao usuario deste opere ou deba operar? Pois que exista unha operación de seguros², e resulta que tal evidencia non é ningunha evidencia, porque: que é en realidade unha operación de seguro?, é un contrato que deba estar regulado pola Lei 50/1980, do 8 de outubro, de contrato de seguro (BOE do 17 de outubro), cuxo contido é, en principio, imperativo, de acordo co establecido no seu artigo 2? A definición de contrato de seguros atópase no artigo 1 da citada Lei 50/1980: “*o contrato de seguro é aquel polo que o asegurador se obriga, mediante o cobramento dunha prima e para o caso de que se produza o evento cuxo risco é obxecto de cobertura, a indemnizar, dentro dos límites pactados, o dano producido ao asegurado, ou a satisfacer un capital, unha renda ou outras prestacións convidas*”. O seguro consiste na transferencia dun risco da persoa ameazada (asegurado en terminoloxía aseguradora) a unha empresa especializada (compañía de seguros), quen o soportará a cambio dun prezo (a prima en terminoloxía aseguradora).

Todo contrato de seguro é unha operación de cobertura: unha transferencia dun risco dunha parte contratante (normalmente un particular) a outra parte contratante (que necesariamente ten que ser unha compañía aseguradora autorizada para operar no territorio español no ramo do risco de que se trate, de acordo coas disposicións establecidas na Lei 20/2015). Pero non toda operación de cobertura ten obrigatoriamente que articularse como contrato de seguro, aínda que o contrato de seguro sexa, con diferenza, a operación de cobertura máis frecuente no

mercado español, e con independencia de que toda operación de cobertura si poida articularse como contrato de seguro, segundo a opinión da asinante deste artigo. Son requisitos para que unha operación sexa cualificada como contrato de seguro:

- O cobramento dunha prima (importe único ou fraccionado) por parte do absorbente do risco (necesariamente unha compañía aseguradora autorizada).

- A existencia dun evento incerto na súa ocorrencia ou no momento desta: é requisito necesario para a existencia dun contrato de seguro a existencia dun risco (a posibilidade de que se produza un evento danoso incerto no tempo, ou no momento da súa ocorrencia), pois o contrato de seguro leva na súa natureza xurídica intrínseca a aleatoriedade.

- O dano que produce a materialización do risco (ben real, nos seguros de danos, no patrimonio do asegurado; ben moral ao beneficiario, nos seguros de vida) debe transmitirse do asegurado (suxeito pasivo do risco) ao absorbente deste (que aquí necesariamente ten que ser unha compañía aseguradora autorizada para operar no ramo de que se trate).

Vemos entón que todo contrato de seguro ten natureza xurídica de operación de cobertura, pois transfere un risco de quen soporta un risco (o asegurado) a quen o asume (a entidade aseguradora); a materialización ou non do risco (ou o momento en que este suceda) é un feito probable (ben na súa ocorrencia, ben no seu tempo), polo tanto, a natureza intrínseca de todo contrato de seguro é a aleatoriedade. É un contrato aleatorio, pois. E como se define a aleatoriedade? Aquí de novo hai que acudir aos conceptos básicos recollidos no Código civil, concretamente no seu artigo 1970, que reza *“ polo contrato aleatorio unha das partes ou as dúas reciprocamente obríganse a dar ou facer algunha cousa en equivalencia da que a outra parte ha de dar ou facer para o caso dun acontecemento certo ou que ha de acontecer nun tempo indeterminado”*³. O contrato de seguro é un contrato de tracto sucesivo, oneroso, pero aleatorio (pois o nacemento da obriga dunha ou de ambas as dúas partes –tomador e compañía aseguradora– depende da sorte ou o azar): esta aleatoriedade do contrato de seguro maniféstase no momento da súa perfección, posto que aquí ambas as dúas partes ignoran cales son as consecuencias económicas da conclusión do sinistro (e, por outra parte, nun seguro de danos, a ocorrencia deste nunca pode ser obxecto de enriquecemento inxusto para o asegurado –artigo 26 Lei 50/1980–) ou se o citado sinistro se producirá ou non, ou en que momento temporal acontecerá.

Polo contrato de seguro o subscritor da póliza (o tomador, en terminoloxía aseguradora) obrígase ao pagamento dunha prima (global ou fraccionada no tempo) á entidade aseguradora, para que, se se produce un evento danoso (sempre incerto na súa ocorrencia ou no tempo desta), sexa a compañía aseguradora quen:

- En casos de cobertura de danos materiais, repare o dano causado ben directamente (por exemplo, envíe un operario ao fogar para arranxar os danos producidos por unha inundación), ben monetariamente (indemnice os danos causados ao prexudicado).

- En seguros de vida: aboe a cantidade pactada por morte do asegurado (seguros de falecemento) ou por continuar con vida (seguros de supervivencia).

Todo o anterior debe pór en relación coas particularidades da absorción de riscos por parte das mutualidades de previsión social, nas que estas son as entidades absorbentes do risco e os seus afiliados os tomadores e/ou asegurados, de acordo co disposto no artigo 43 da Lei 20/2015 (que ten carácter de lexislación básica, e na actualidade a maior parte das comunidades autónomas xa promulgaron lexislación de desenvolvemento). A condición de mutualista leva implícita a posición de tomador e/ou asegurado, sen que a transmisión do risco deba formalizarse a través da preceptiva póliza (cuxos requisitos se establecen no artigo 8 da Lei de contrato de seguro), aínda

que expresamente establece o apartado 2.e do citado artigo 43 da Lei 20/2015: *“a incorporación dos mutualistas ás mutualidades de previsión social será en todo caso voluntaria e requirirá unha declaración individual do solicitante, ou ben con carácter xeral derivada dos acordos adoptados polos órganos representativos dunha cooperativa ou dun colexio profesional, salvo oposición expresa do mutualista...”*. Máis correcta redacción sería *“salvo oposición expresa do afiliado ao correspondente acordo social”*, posto que, se hai unha oposición expresa deste profesional á súa integración na mutualidade profesional correspondente, nunca adquiriría a condición de mutualista.

Como xa indiquei con anterioridade, hai outras operacións de cobertura (en xeral os chamados contratos de abono aos que me referirei posteriormente) que non teñen a natureza xurídica de contrato de seguro (ou non teñen por que necesariamente ser articulados como unha operación de seguro): a resolución sobre se unha operación ou non ten necesariamente que formalizarse como seguro é competencia da Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións (artigo 2.3 do ROSSEAR), ben que, se as dúbidas recaen sobre se a operación puidese *“formar parte da Seguridade Social obrigatoria” (sic)*, deberá solicitarse informe previo do ministerio competente. Calquera interesado lexítimo pode consultar a este centro directivo sobre se unha operación en concreto debería ter ou non cualificación de contrato de seguro, e a Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións debería responderlle no prazo de 60 días hábiles dende que se interpuxese a consulta (artigo 2.3 ROSSEAR *in fine*). Na práctica, ante a dúbida de se unha operación deber ou non ter cualificación xurídica de contrato de seguros (e por tanto só podería ser absorbente do risco unha compañía aseguradora autorizada para operar en territorio español nese ramo en concreto do seguro e toda distribución deste recaería no ámbito da mediación de seguros, e viceversa) ábrese un procedemento inspector, de conformidade co disposto nos artigos 118 a 126 da Lei 20/2015 (LOSSEAR), desenvolto polos artigos 167 a 174 do Real decreto 1060/2015 (ROSSEAR), e, unha vez realizadas as actuacións de comprobación inspectora que se estimen pertinentes e levantada a correspondente acta de inspección, a resolución finalizadora deste (que deberá asinar o director xeral de Seguros e Fondos de Pensións), cualifica se a operación realizada debe (ou debese ter imperativamente) natureza xurídica de operación de seguros (e, por tanto, seríalle de aplicación toda a normativa reguladora do sector asegurador), ou non necesariamente ten que ser articulada como contrato de seguro e, entón, (*a priori*) rexería o principio de autonomía da vontade das partes do artigo 1255 do Código civil. Non cabe esquecer nunca:

- Que toda operación xurídica cuxa causa fundamental sexa a transferencia dun risco pode instrumentalizarse a través dun contrato de seguro.
- Que toda actividade empresarial leva consigo a asunción de riscos para o empresario.
- Que non todo negocio xurídico que contempla a transmisión dun risco ten que articularse necesariamente a través dun contrato de seguro, porque neste caso reduciríamos á nada os contratos de prestación de servizos e contratos de abono considerados no artigo 2.1.b do ROSSEAR que agora se pasa a estudar.

O artigo 2.1.b do ROSSEAR pretende aclarar a natureza xurídica dunha operación de seguros, e articula tal pretensión a través dunha *“delimitación negativa”*, e así establece que: *“non terán a condición de actividades de seguro privado a prestación de servizos profesionais, os contratos de abono concertados para prestar servizos de conservación, mantemento, reparación e similares, sempre que nas obrigas que asuman as partes non figure a cobertura dun risco tecnicamente asegurable, nin a mera obriga de prestación de servizos mecánicos ao automóbil realizada aos seus socios polos clubs automobilísticos”*.

En resumo, que non teñen por que ser articuladas como seguros:

- A prestación de servizos profesionais: os médicos, avogados, xestores, asesores contables e fiscais, veterinarios, etc., poden pactar libremente cos seus clientes que estes lles aboan unha cantidade fixa (sexa anual, mensual...) polos seus servizos profesionais; é un arrendamento de servizos do artigo 1544 e 1583 do **Código civil** (rexe o principio de autonomía da vontade).
- Os denominados contratos de abono; é dicir, que os fontaneiros, electricistas, etc., poden pactar un estipendio fixo (tamén mensual, anual...) cos seus clientes, a cambio de asumir obrigas de reparación e conservación de determinados bens (ascensores, electrodomésticos, ordenadores, teléfonos móbiles...).
- A obriga de prestación de servizos mecánicos ao automóbil realizada aos seus socios polos clubs automobilísticos; é dicir, que as prestacións do RACE e asociacións similares aos seus afiliados non teñen a consideración de contrato de seguro e, polo tanto, estas asociacións poden continuar prestando os seus servizos sen necesidade de reconverterse en entidades aseguradoras.

E que pasa coas demais operacións de cobertura? Pois segundo o citado artigo 2.1.b non son operacións de seguros se neles (*sic*) “non figura a cobertura dun risco tecnicamente asegurable”; o problema é que, en técnica matemática-actuarial (é dicir, “actuarialmente”, como indica o ROSSEAR), se hai un risco (é dicir, a probabilidade de que se produza un evento danoso, indeterminado na súa ocorrencia ou no seu momento temporal), todo risco é tecnicamente asegurable: todo evento danoso, pois, pode ser cuberto por un contrato de seguro (outra cousa é que non necesariamente teña que ser cuberto por unha póliza de seguro) posto que, no caso contrario, un letrado non podería pactar asistencia xurídica aos seus clientes por unha retribución fixa ao mes, e a cambio comprometerse a prestar os seus servizos de asesoría xurídica e/ou asistencia profesional en xuízo ou fóra del, sendo isto unha simple prestación de servizos profesionais (isto si, incertos na súa contía e momento en que sexan requiridos) por prezo fixo pactado e a aboar en cotas sucesivas polos clientes (un arrendamento de servizos perfectamente recollido no artigo 1583 citado do Código civil: *Poden contratarse toda clase de servizos sen tempo fixo, por certo tempo, ou por obra determinada. O arrendamento feito por toda a vida é nulo*). Outra cousa é que a cobertura de defensa (e asesoramento xurídico) poida ser articulada tamén a través de póliza de seguros, tal como se estudará con posterioridade neste artigo.

De que depende, pois, que unha operación de cobertura deba ser articulada ou non como seguro? Evidentemente as actividades que exixan cobertura legal por póliza de seguros (os chamados seguros obrigatorios) teñen que ser necesariamente articuladas a través dunha operación de seguros: así, o seguro obrigatorio do automóbil regulado a través do Real decreto legislativo 8/2004, do 29 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de responsabilidade civil e circulación de vehículos a motor, a cobertura de responsabilidade civil exixida aos corredores de seguros polo artigo 27.1 e da Lei 26/2006, a responsabilidade civil de embarcacións, a cobertura de responsabilidade civil do cazador... En ningunha actividade cuxo exercicio exixa por lei a cobertura a través de operación de seguro pode suplirse esta exixencia articulando a transferencia do risco a través de calquera outras operacións de cobertura. E as demais operacións que transfiren risco? A xuízo da autora deste artigo, exixirían sempre a articulación a través de produto de seguro (ou afiliación á mutualidade correspondente), posto que pola especial entidade e natureza dos riscos cubertos a entidade absorbente do risco ten que ser necesariamente unha entidade aseguradora (por necesidade de cumprimento dos requisitos de solvencia e garantía exixidos na Lei 20/2015):

- Os seguros de vida (ben de morte ou de supervivencia ou ambos os dous).

- Os seguros de accidentes persoais.
- Os seguros que pretendan cubrir calquera clase de responsabilidade civil do asegurado (aínda que a súa cobertura mediante póliza de seguros non estea imperativamente exixida por lei), posto que é conveniente que ao prexudicado (e, se é o caso, os seus herdeiros) se lles recoñezan sempre os dereitos a reclamar que lle concede o artigo 76 da Lei 50/1980, e iso só se pode garantir se a entidade absorbente do risco é unha compañía aseguradora autorizada para operar no noso país (e unha compañía aseguradora non pode comercializar outros produtos de cobertura que non teñan natureza xurídica de operación de seguros: artigo 31.1 da Lei 20/2015).

Que pasa nas restantes operacións de cobertura? Debe ser tida en conta a vontade das partes e o principio de autonomía da vontade, tal como vén regulada nos principios xerais do noso dereito civil (artigos 1254-1260 do Código civil). Pois ben, aínda respectando plenamente o principio de liberdade de pactos e autonomía da vontade recollidos no artigo 1255 do Código civil, é doutrina consolidada do noso Tribunal Supremo que “a determinación da natureza dun negocio xurídico depende da intención dos contratantes, e das declaracións de vontade que o integran e non da denominación que lle atribuíran as partes, sendo o contido real do contrato o que determina a súa cualificación”, ou dito doutro xeito “os contratos son o que a súa natureza xurídica determine, con independencia de como as partes os denominaran” (véxanse as sentenzas do 4 de febreiro de 1965 e do 13 de outubro de 1964).

6 CONSECUENCIAS DE QUE UNHA OPERACIÓN DE COBERTURA NON SEXA CUALIFICADA COMO SEGURO

Evidentemente, se unha operación de cobertura non ten natureza xurídica de contrato de seguro, o risco non ten por que ser absorbido por unha compañía de seguros autorizada para operar en territorio español, e así o indica o artigo 2.2 ROSSEAR (Real decreto 1060/2015): *Polo que se refire ao ámbito subxectivo, non terán consideración de aseguradores aquelas persoas que, contando con infraestrutura axeitada, presten algún dos servizos citados no apartado anterior, referidos a asistencia sanitaria, defensa xurídica, asistencia a persoas ou decesos, devindicando a súa retribución por cada un dos actos que realicen e con independencia da persoa que os satisfaga.* Este apartado 2 do artigo 2 do Real decreto 1060/2015 é un exemplo máis (e moi claro) da defectuosa técnica xurídica a que lamentablemente tan acostumados nos ten o lexislador actual, pois:

- A mención “non terán a consideración de aseguradores aquelas persoas que contando, con infraestrutura axeitada, ...”: O retrouso de “contando con infraestrutura axeitada” é un exemplo de mala técnica normativa, posto que a Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións pode (e debe) pronunciarse sobre se unha operación ten ou non natureza xurídica de seguros: se ten natureza xurídica de seguro, quen absorba o risco ten necesariamente que ser compañía aseguradora autorizada para operar en territorio español, de acordo co establecido na Lei 20/2015, quen distribúa estes produtos ten imperativamente que suxeitarse á Lei 26/2006, de mediación de seguros e reaseguros, e a operación de seguro debe respectar as disposicións (normalmente imperativas) da Lei 50/1980, de contrato de seguro, e demais normativa aplicable ao mercado de seguros. Se non ten natureza xurídica de operación de seguros, a Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións non é competente para a súa supervisión: mal pode entón pronunciarse sobre se quen a realiza ten ou non infraestrutura idónea para iso.

A exixencia de que quen preste estes servizos devindique a súa retribución por cada un dos actos que realice é unha aberración xurídica: se o prestador dos servizos devindica a súa

retribución por cada un deles (é dicir, cobra por traballo prestado), anula a aleatoriedade (convértese nun simple contrato de obra, artigo 1583 do Código civil), co que se reduce á nada a figura do contrato de abono, que é precisamente o que intenta regular o artigo 2.2 do ROSSEAR.

- E o final, onde se declara textualmente que, “se unha operación de cobertura é cualificada como contrato de abono, é independente quen realice o seu pagamento”, non cabe senón recordarlle ao lexislador o principio xeral que regula o noso dereito de obrigas recollido no artigo 1158 do Código civil: *Pode facer o pagamento calquera persoa, teña ou non interese no cumprimento da obriga, xa o coñeza e o aprobe, xa o ignore o debedor.*

E cal é a consecuencia de que unha operación sexa cualificada como seguro ben por un órgano xurisdiccional na decisión dun litixio, ou pola Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións no ámbito das súas competencias?:

- A imperatividade Lei 50/1980 (artigo 2 do citado texto normativo).
- Só pode ser comercializado en territorio español por compañía aseguradora autorizada para operar en territorio español no ramo de que se trate.
- A emisión e comercialización deste produto deben ser supervisadas pola Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións, e autoridades correspondentes das comunidades autónomas que asumisen competencias nos termos antes indicados.

7 OPERACIÓNS DE COBERTURA QUE NON TEÑEN POR QUE SER ARTICULADAS COMO SEGURO

Na práctica, non se exixiu que necesariamente sexan articuladas como contrato de seguro as seguintes operacións de cobertura:

a) Os plans funerarios e servizos de prestación funeraria: o anexo 1 da Lei 20/2016 define o ramo 19 Decesos como aquel que *“inclúe operacións de seguro que garantan a prestación de servizos funerarios para o caso de que se produza un falecemento, ou ben, subsidiariamente, cando non se poida realizar a prestación por causa de forza maior ou por terse realizado o servizo por outros medios distintos dos dispostos pola aseguradora, a satisfacer aos herdeiros legais do asegurado falecido a suma asegurada, que non debe exceder o valor medio dos gastos funerarios por un falecemento”* (a xuízo da asinante deste artigo, a quen se lle debería impor abonar os custos do enterro en que incorrese é a quen acreditase telos pagado, con independencia de que fosen ou non os seus herdeiros legais, a non ser que se queira potenciar o enriquecemento inxusto dos herdeiros legais do finado, que non teñen por que ser os que fosen instituído herdeiros, nin moito menos os que tivesen deber de alimentos para co finado, nin por suposto os que aboasen o custo do enterro, e é principio xeral do dereito de seguros que un contrato de seguro nunca pode ser obxecto de enriquecemento inxusto para o asegurado). Ben: en que se diferencia unha operación de seguros de decesos, cuxa entidade absorbente do risco necesariamente ten que ser unha compañía aseguradora autorizada a operar neste ramo en territorio español (advírtese que decesos non é un ramo harmonizado comunitariamente) doutros produtos comercializados no mercado español baixo denominacións diversas como *“prestación de servizos funerarios”, “plans funerarios”* e outras similares? No prezo pechado *a priori* que leva consigo a non existencia de aleatoriedade (elemento imprescindible para a existencia real dun contrato de seguro). Quen pretenda comercializar un produto destas características, e non realizar unha operación que deba ter natureza xurídica de seguro de decesos, debe pactar un prezo pechado no momento inicial do acordo de vontades (un prezo certo cando se perfecciona o contrato), con independencia de que se poida

aboar en pagamentos fraccionados por quen subscriba este contrato: se o “beneficiario” desta cobertura falece antes de terse completado o pagamento, quen prestase os servizos de enterramento sempre lle pode reclamar o debido aos herdeiros do defunto, de acordo co disposto no artigo 1257 do Código civil.

b) As prestacións de reparación que as cooperativas e/ou asociacións de transportistas ofrecen aos seus afiliados a cambio do aboamento dunha cota: só de reparación e/ou cobertura de asistencia do vehículo (evidentemente os vehículos aquí amparados si teñen que manter o seu seguro obrigatorio de circulación nos termos exixidos polo Real decreto legislativo 8/2004, do 29 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de responsabilidade civil e circulación de vehículos a motor e demais coberturas obrigatorias que puidese exixir a lexislación do seu sector, por exemplo, seguro obrigatorio de viaxeiros regulado polo Real decreto 1575/1989, do 22 de decembro, de transporte de mercadorías perigosas...), polas súas semellanzas coas prestacións que os clubs de automobilistas ofrecen aos seus afiliados.

c) A cobertura de reparación que determinados profesionais (ascensoristas, electricistas, mecánicos) ofrecen a cambio do aboamento dun importe fixo periódico: estimouse que isto é o prototipo do denominado “contrato de abono” pseudodefinido no artigo 2 do ROSSEAR.

d) As avinzas médicas; pero en que se diferencia unha iguala médica dun seguro de enfermidade? O seguro de enfermidade vén definido no artigo 105 da Lei 50/1980: “*Cando o risco asegurado sexa a enfermidade, o asegurador poderá obrigarse, dentro dos límites da póliza, en caso de sinistro (a enfermidade do asegurado) ao pagamento de certas sumas, e dos gastos de asistencia médica e farmacéutica. Se o asegurador asume directamente a prestación dos servizos médicos e cirúrxicos, a realización de tales servizos efectuarase dentro dos límites e condicións que as disposicións regulamentarias determinen*” (na práctica, este precepto nunca foi obxecto de desenvolvemento regulamentario). O ramo de enfermidade, asistencia sanitaria e dependencia é o A.2 do anexo 1 da Lei 20/2015, onde se indica: “*as prestacións neste ramo poden ser a tanto alzado, de reparación, ben mediante indemnización dos gastos ocasionados, ben mediante a garantía de prestación dun servizo, ou mixta de ambos os dous...*”. Na práctica, en que se diferencia unha “avinza médica” de póliza de seguros que cobre os seus asegurados/beneficiarios a asistencia sanitaria cuxos actos médicos debe ser necesariamente realizados en dependencias da dita entidade aseguradora: é o exemplo da operativa das pólizas comercializadas por ACUNSA/Clínica Universitaria de Navarra. Pois as avinzas médicas son cualificadas como “operacións de abono” (e non como contrato de seguro) só se, sendo ofertado este produto de cobertura por facultativos sanitarios (ben directamente como profesionais, ben instrumentalizando os seus servizos profesionais a través de sociedade profesional, ou sociedade mercantil ao uso), os servizos teñen que ser realizados necesariamente (na medida do posible) en locais destes profesionais ou da sociedade emisora da avinza (ou vinculadas á súa actividade profesional por calquera título que confira dereito ao uso por parte destes) polos profesionais sinalados no acordo de vontades (aínda que non necesariamente facultativos indicados polo seu nome e apelidos, pois neste caso sería un contrato persoalísimo de prestación de servizos), ou persoal contratado ou participe da empresa emisora da avinza”, e só cubrindo actos médicos determinados, taxados, habituais e de non especial e gravosa entidade (por exemplo, vacinacións, revisións anuais, rutineiras revisións oftalmolóxicas, xinecolóxicas, dentais...).

e) As avinzas veterinarias, porque obviamente os animais (conceptuados de momento como cousas segundo o 335 do Código civil), aínda que hai o proxecto legislativo (moi avanzado) de outorgarlles a cualificación xurídica de seres vivos, non son nunca persoas, e non pode

outorgárselles superior protección que a estas últimas, cuxa saúde pode estar amparada mediante avinzas sanitarias nos termos anteriormente indicados. Se unha compañía aseguradora pretende lanzar ao mercado español unha póliza de cobertura de sanidade animal, debería estar autorizada para operar no ramo A.18: “asistencia”, aínda que tamén é usual en España (e correcto) que pólizas de cobertura de riscos de fogar (as denominadas multiriscos fogar) presenten como unha das súas coberturas accesorias o abono dos custos veterinarios das mascotas (e mesmo en determinados supostos indemnización por morte destas).

f) Xa se indicou con anterioridade que un letrado ou procurador (igual que calquera outro profesional) pode pactar co seu cliente prestar asesoramento legal e/ou a defensa xurídica que en xuízo (ou fóra del) requira a través dun importe certo a percibir ben nunha contía inicial, ben mensual, semestral, anualmente...: é un arrendamento de servizos perfectamente recollido no artigo 1583 do Código civil e 2.1.b do ROSSEAR (cuestión diferente é que as “normas deontolóxicas” da avogacía, a vixiar única e exclusivamente polo seu propio colexio profesional, puidesen opor reparos a tales formas de minutar honorarios). Pero, por outra parte, é unha cobertura que tamén ofrece o seguro de “defensa xurídica”: como se diferencian as dúas coberturas? Se esta operación de cobertura pretende articularse como póliza de seguros, necesariamente ten que cumprir as exigencias establecidas nos artigos 76.a-76.g da Lei 50/1980, que en liñas xerais poden resumirse en: *artigo 76.a: o asegurador obrígase, dentro dos límites establecidos na lei e o contrato, a facerse cargo dos gastos en que poida incurrir o asegurado como consecuencia da súa intervención nun procedemento administrativo, xudicial ou arbitral, e a prestarlle os servizos de asistencia xurídica xudicial e extraxudicial derivados da cobertura de seguro*; o artigo 76.d establece o dereito do asegurado (debe terse en conta que o mencionado artigo fala textualmente de asegurado, non de tomador da póliza, posto que ambos os dous suxeitos poden diverxer) á elección de procurador e avogado para a súa defensa en calquera tipo de procedemento, e indícase con claridade que ambos os dous profesionais non estarán nunca suxeitos a instrucións da compañía aseguradora; tamén se establece que as diverxencias entre asegurado e asegurador sempre teñen que poder ser dirimidas a través de arbitraje, e que a póliza de defensa xurídica sempre ten que recoller expresamente estes dereitos, así como o deber de información sobre eles por parte da compañía aseguradora ante calquera diverxencia que puidese xurdir entre esta e o asegurado (artigo 76.f). E só poden comercializar pólizas de seguro de defensa xurídica as entidades aseguradoras autorizadas a operar no ramo 17 do anexo da Lei 20/2015 (e que, para garantir a prestación dunha obxectiva e independente cobertura na asistencia xurídica aos seus asegurados, poden optar por xestionar este ramo a través dunha entidade independente, nun departamento independente e autónomo na propia entidade aseguradora que dá cobertura ao risco, ou prever no contrato que o asegurado *ten dereito a confiar a defensa dos seus intereses a partir do momento en que teña dereito a reclamar a intervención de asegurador segundo o disposto na póliza a un avogado da súa elección*). Está claro que ningún destes requisitos ten que ser cumprido por un letrado que pacta unha remuneración a tanto alzado (ben importe global, ben fraccionado en cotas anuais, mensuais...).

A autora deste artigo opina que, se coa operación de cobertura de defensa xurídica pretenden cubrirse todos os gastos que ao subscritor desta puidesen orixinarse pola súa intervención en calquera procedemento de carácter administrativo, xudicial ou arbitral, necesariamente ten que articularse a través de operación de seguros realizada por entidade aseguradora autorizada para operar neste ramo; en caso contrario, non é necesaria tal articulación (aínda que é factible).

De todas as maneiras, cando un suxeito (persoa física ou xurídica) no ámbito da súa actividade profesional ou mercantil pretende lanzar un produto de cobertura dun risco que puidese tamén ser cuberto a través dun contrato de seguro e/ou presentar semellanzas cunha operación de seguros:

- Ten prohibido denominar tal contrato “operación de seguro” e/ou “aseguramento”, para evitar confusións ao consumidor final e destinatario dos seus servizos, e respectar así os principios básicos contidos no Real decreto legislativo 1/2007, do 16 de novembro, de defensa de consumidores e usuarios.
- Ten que indicar expresamente na súa publicidade e/ou documentación contractual que “esa operación de cobertura (sexa cal for a súa denominación no caso concreto) non ten natureza xurídica de operación de seguros, que a absorbente final do risco non é unha compañía aseguradora e, polo tanto, non está supervisada pola Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións”.

8 REALIZACIÓN DE OPERACIÓNS DE SEGURO EN TERRITORIO ESPAÑOL POR ENTIDADE NON AUTORIZADA

A realización dunha operación de seguro comercializada en territorio español por entidade non autorizada para operar nese ramo (ou transgredindo os límites da autorización administrativa concedida) leva á nulidade de pleno dereito de tal operación (artigo 24.1 da Lei 20/2015). Pero é que, ademais, segundo o apartado 2 do artigo indicado:

- Quen contratase con entidade non autorizada (sexa a título de tomador ou presunto mutualista) non está obrigado a cumprir a súa obriga de pagamento, e ten dereito á devolución das cantidades indebidamente aboadas en concepto de prima.
- Se antes da devolución das cantidades indebidamente cobradas en concepto de prima se producise o sinistro que se pretende cubrir con esta operación de cobertura, a entidade e/ou persoa física e/ou comunidade de bens absorbente do risco está obrigada a satisfacer a cantidade pactada, de acordo co disposto na Lei 50/1980, ademais do deber de indemnizar os danos e perdas que se tivesen podido ocasionar.

Esta obriga de devolución de prima, e/ou abono do importe pactado en caso de sinistro e/ou deber de indemnizar danos e perdas é solidario da entidade absorbente do risco, e dos seus administradores e directores *que permitisen ou autorizasen a celebración de tales operacións*: obsérvase que, da lectura textual do artigo 24.2 da Lei 20/2015, parece inferirse que para que opere esta responsabilidade solidaria dos administradores e xerentes da empresa se require unha actitude activa destes: permitir ou autorizar a realización de tales operacións; pode entenderse, pois, que unha actitude pasiva (non prohibir expresamente coñecendo ou debendo coñecer que se realizaban tales operacións non autorizadas) exime estes desta responsabilidade solidaria.

A realización de operacións de seguro por entidade non autorizada para operar en territorio español, ou excedendo os límites da correspondente autorización, está tipificada no artigo 208 da Lei 20/2015 como infracción grave, e será sancionada de acordo co previsto nos artigos 193 e seguintes do citado texto normativo. Son responsables desta as persoas ou entidades que a realicen, e os seus administradores e directores, de feito ou de dereito. De acordo co previsto no citado artigo 208, é competente a Dirección Xeral de Seguros para:

- Requirirlle á entidade ou persoa o cesamento automático da actividade.
- Impor as multas na contía prevista e publicitar a conduta constitutiva da infracción.

E o artigo 24.3 da Lei 20/2015 obriga a “Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións a requirir calquera persoa física ou xurídica que, sen ter obtido a súa preceptiva autorización ou transgredindo os límites desta, realice operacións sometidas a esta lei, para que cese inmediatamente no exercicio da dita actividade, e acordará a publicidade que considere necesaria para a información do público”. Na práctica, se, tras incoarse o correspondente procedemento inspector, se conclúe que unha entidade e/ou persoa física está a realizar operacións cuxa natureza xurídica requira a intervención dunha compañía aseguradora autorizada para operar en territorio nacional como absorbente do risco, publicítase a súa denominación social e/ou razón social e/ou nome comercial e/ou nome da persoa física que realízase tal actividade na páxina web da Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións (no denominado “Rexistro de entidades non autorizadas”).

Por outra parte, a mediación de seguros ou reaseguros en favor de entidades non autorizadas para operar en España, ou excedéndose dos termos cuxa autorización fose concedida, está tipificada como infracción moi grave polo artigo 55.2.m da Lei 26/2006 de mediación en seguros e reaseguros privados, e será sancionada tal como prescribe o citado texto normativo.

9 CONCLUSIÓN

En resumo, para que a Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións (ou autoridades de control das comunidades autónomas) supervisen a formalización e desenvolvemento dunha operación de cobertura no ámbito das súas competencias, é cuestión previa, necesaria e ineludible que tal operación teña (ou debese ter) a cualificación xurídica de operación de seguro, e, no ámbito administrativo, a autoridade competente española para cualificar como tal unha operación de cobertura é a Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións, nos termos aquí expostos.

NOTAS

- 1 Hai contratos de seguro a prima única, pero o seu estudio excede con moito as aspiracións deste artigo.
- 2 Deixamos á parte as operacións de reaseguros, posto que, ao tratarse de colocación de riscos entre diversas entidades aseguradoras, non afectan (ou non adoitan afectar) ao mercado retailista.
- 3 Son exemplos doutros contratos aleatorios recollidos no Código civil os alimentos (arts. 1791 e ss. do Código civil), o xogo e a aposta (cando son lícitos arts. 1798 e ss. do Código civil) e a renda vitalicia (arts. 1892 e ss.)

Os dereitos procesuais no Espazo Europeo de Xustiza Penal. Técnicas de harmonización

Los derechos procesales en el Espacio Europeo de Justicia Penal. Técnicas de armonización

Procedural rights in the European Area of Criminal Justice. Harmonisation techniques



VALENTINA FAGGIANI

Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017

Recibido: 15/11/2018 | 22/01/2019

A obra monográfica da profesora Faggiani aborda desde o punto de vista constitucional o estudo dos dereitos procesuais no Espazo Europeo de Xustiza Penal (EEXP). Trátase dun tema de indubidable actualidade que nos coloca ante o xa clásico problema da construción xurídica da Unión Europea e do que se van extraer conclusións que sen dúbida desbordan a análise procesal penal que latexa no transfondo de toda a obra, análise que a autora realiza con brillantez pero que é só a base xustificativa da aproximación constitucional que enmarca toda esta investigación. Aquí recóllese toda a traxectoria académica da profesora da Universidade de Granada e é reflexo vivo dun xeito de entender e de facer un constitucionalismo contemporáneo. Estamos ante a culminación dunha primeira etapa dunha prometedora e frutífera carreira.

Como sinala no prólogo co seu xenio habitual o director da tese doutoral da profesora Faggiani, o profesor Azpitarte Sánchez, a integración europea busca a internacionalización do comercio e a nacionalización da comunidade política a través do dereito. E de aquí derivan consecuencias que non só non escapan ao constitucionalismo, senón que afectan á súa propia esencia. De feito, máis alá de técnicas xurídicas, cuxo estudo minucioso é loable de seu, a autora transcédeas ata conducirnos a temas clásicos do dereito constitucional: a soberanía e a súa relación co *ius puniendi*, a posición subxectiva do xustizable e os dereitos fundamentais que o acompañan. E todo iso desde a complexidade do proceso de integración europea que necesita dunha reformulación obrigada de paradigmas tradicionais cara a un exquisito entendemento xurídico da realidade contemporánea. A autora afróntao con éxito, e

desde a introdución ata as conclusións o lector pode percibir que o estudo aborda o tema dos dereitos procesuais desde a perspectiva do dereito constitucional europeo, manexando con acerto as distintas técnicas de harmonización. Todo iso evidénciase xa no excelente prólogo, que, facendo honra á súa función, enmarca todas as cuestións que o lector atopará na obra.

Entrando no mérito do traballo, apréciase que a metodoloxía escollida e a consecuente estrutura son axeitadas. Ademais da introdución, conclusións e bibliografía, o estudo orgánizase en catro sólidos capítulos que reflicten dúas partes claras.

A primeira ten por obxecto a tutela xudicial efectiva e as garantías da legalidade penal tanto no ámbito do Convenio Europeo de Dereitos Humanos como da Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea –e a correlativa xurisprudencia para os respectivos tribunais de Estrasburgo e Luxemburgo–. Esta primeira parte céntrase no estudo da incorporación dos estándares en materia de xustiza penal. En concreto, o capítulo I aborda o Convenio Europeo de Dereitos Humanos e o seu Tribunal de Estrasburgo como referentes na construción do dereito “europeo” –entrecómiña a autora– a un proceso con todas as garantías. Para iso analiza os perfís estruturais do dereito a un proceso equitativo do artigo 6 CEDH, os estándares mínimos en materia procesual e a marxe de apreciación nacional, así como o impacto na orde procesual interna. A última epígrafe serve de ponte co seguinte capítulo, pois trata da interrelación entre o CEDH e a CDFUE. Efectivamente, o capítulo II refírese á función integrativa da Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea no ámbito da xustiza penal e a súa eficacia nos ordenamentos procesuais nacionais, ao tempo que nos presenta a interpretación que realizou o Tribunal de Luxemburgo sobre o nivel de protección no ámbito de xustiza penal e a primacía e eficacia directa do dereito penal europeo a través das famosas sentenzas *Melloni* e *Taricco*, respectivamente. Os ditos pronunciamentos manifestan a complexidade da relación entre xurisdicións.

Por outro lado, a segunda parte estuda as técnicas do recoñecemento mutuo e das directivas de mínimos. Comezaría no capítulo III, cando estuda os elementos e tendencias do recoñecemento mutuo en materia penal na UE, partindo da súa evolución desde o nacemento do mercado interior ao Espazo Europeo de Xustiza Penal. A continuación, céntrase no dereito derivado, para pasar aos límites constitucionais ao recoñecemento mutuo, o cal desembocará ademais nunha breve análise da posición do Tribunal Constitucional sobre o control do recoñecemento mutuo e da reformulación da confianza mutua. Tras isto atérrase no capítulo IV co estudo das directivas sobre dereitos procesuais. Empeza coa sistemática que seguiron as institucións europeas e as técnicas de asimilación, unificación e harmonización, así como o estudo sobre o recoñecemento da competencia da UE en materia procesual penal, tanto desde a integración negativa que realiza o TXUE como a integración positiva do artigo 82 TFUE. E acaba co nivel de protección, o ámbito de aplicación e a eficacia das directivas sobre dereitos procesuais e o principio de interpretación conforme.

Evidénciase, así, a solidez e completitude da investigación, que axuda ao lector ao coñecemento profundo e complexo da materia específica en cuestión, ao tempo que, como dicíamos ao inicio, nos coloca ante a transcendencia constitucional dun ámbito clásico removido pola realidade da integración europea e as súas consecuencias. A lóxica poderíanos conducir á intuición destas, pero é sen dúbida a lectura da ópera prima da profesora Faggiani a que nos leva realmente á súa comprensión e entendemento dese xeito natural. Iso é mérito da autora e así debe recoñecerse, o cal non debe ser óbice para seguir esperando dela que continúe no futuro coa narración deste proceso sobre os dereitos procesuais penais na

Unión, pois, como ela mesma conclúe, malia as dificultades e insuficiencias do sistema de xustiza penal, o soño de conseguir un propiamente europeo debe converterse en realidade.

Antonio Pérez Miras
Profesor substituto interino de Dereito Constitucional
Universidade de Granada

