O dereito dos cidadáns a relacionarse electronicamente coa Administración pública en Venezuela

El derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administracion pública en Venezuela

The right of citizens to interact with electronic government in Venezuelan

ALEJANDRO CANÓNICO SARABIA

Profesor nas universidades católicas Andrés Bello e do Táchira, e nas universidades Monteávila e de Margarita
Especialista en Dereito Administrativo e en Dereito Procesal
Membro do Foro Iberoamericano de Dereito Administrativo e da Asociación Internacional de Dereito Administrativo
Coordinador para Venezuela da Rede Iberoamericana de Contratación Pública
canonico1511@gmail.com

Recibido: 23/03/2015 | Aceptado: 22/04/2015

Resumo: *Este estudo trata sobre as diferentes normas supranacionais e locais que comezan a incorporar nas súas regulacións esquemas tecnolóxicos nas relacións que se presentan entre o Estado e o individuo, e isto trouxo como consecuencia que se poida recoñecer un novo dereito individual, referido á posibilidade certa de que as persoas poidan contar con vehículos informáticos e telemáticos para desenvolver as súas relacións coa Administración Pública, que complementno exercicio dos dereitos fundamentais.*

Palabras clave: *Goberno electrónico, Dereito instrumental, TIC.*

Resumen: *Este estudio trata sobre las diferentes normas supranacionales y locales que comienzan a incorporar en sus regulaciones esquemas tecnológicos en las relaciones que se presentan entre el Estado y el individuo, y esto ha traído como consecuencia que se pueda reconocer un nuevo derecho individual, referido a la posibilidad cierta de que las personas puedan contar con vehículos informáticos y telemáticos para desarrollar sus relaciones con la Administración Pública, que complementen el ejercicio de los derechos fundamentales.*

Palabras clave: *Gobierno electrónico, Derecho Instrumental, TIC.*

Abstract: *This study discusses the different supranational and local regulations that begin to incorporate into their regulations technological schemes in the relations that exist between the state and the individual, and this has resulted that can recognize a new individual right, based on the some possibility that people can count on telematics and communication vehicles to develop its relations with the public administration, which complement the exercise of fundamental rights.*

Key words: *e-Government, Instrumental right, TIC.*

Índice: *1. Introdución. 2. O cumprimento dos principios que informan á Administración pública como premisa dunha boa administración. 2.1 O principio de eficacia. 2.2 A transparencia. 2.3 A simplificación nos trámites administrativos. 3. A Administración pública e a tecnoloxía da información e comunicación (TIC). 3.1 O dereito dos cidadáns a relacio-*

narse electronicamente coas administracións públicas. 3.2 Normas venezolanas vinculadas ao dereito dos cidadáns a relacionarse electronicamente coas administracións públicas. 3.2.1 A formulación constitucional. 3.2.2 As normas xerais da Administración pública. 3.2.3 As normas para a simplificación de trámites administrativos. 3.2.4 En materia de control fiscal e anticorrupción. 3.2.5 Os medios electrónicos nas contratacións públicas. 3.3 As Normas especiais sobre Administración electrónica. 4 A vixencia da Lei de Infogoberno venezolana. 4.1 Contido do Dereito dos cidadáns a relacionarse electronicamente coas Administracións públicas segundo a Lei de Infogoberno. 5. Consideracións finais. 6. Bibliografía

1 Introdución

No marco dun Estado social e democrático de Dereito e de Xustiza, o Estado debe xogar un papel protagónico para xerar os escenarios de desenvolvemento e progreso que lles permitan aos individuos cubrir as súas necesidades básicas e elevar a súa calidade de vida. Nesa mesma orde de razoamento, durante a IV Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración pública e Reforma do Estado celebrada en 2002 en Boca Chica, República Dominicana[1], proclamouse que "o Estado constitúe a máxima instancia de articulación de relacións sociais" e que, "desde a perspectiva da gobernabilidade, para o progreso económico e a redución da desigualdade, o Estado é fundamental para o logro de niveis crecentes de benestar económico". Coa modulación propia de cada nación, e a súa visión particular, baseada na realidade social, económica e política de cada país.

E dentro dese Estado Social e Democrático de Dereito que postulan os nosos textos constitucionais iberoamericanos, eríxese a Administración pública, como o seu principal instrumento, precisamente para proporcionar as condicións necesarias para que a liberdade e a igualdade dos cidadáns e dos grupos en que se integran, sexan reais e efectivas e, sobre todo, para axudar a que os excluidos e desfavorecidos poidan acceder ao sistema.

Esta formulación teórica da noción finalista da Administración Pública debe necesariamente concretarse e materializarse en servizo eficiente aos cidadáns, para iso débese contar con persoas e estruturas orgánicas desburocratizadas, eficientes, éticas, capaces, profesionais, con emprego dos medios tecnolóxicos, articulados todos en función da vocación de servizo á colectividade, pero teendo como eixe concéntrico ao individuo. Sen perder a idea de que a xestión da Administración Pública non debe ser invasiva ao punto de suplir ou enervar a actividade particular, senón servir como sorte de plataforma para o despunte e o desenvolvemento da iniciativa privada, con regras de actuación claramente establecidas.

As premisas de eficacia e eficiencia deben acompañar permanentemente á Administración en función do principio de servizo ao interese xeral, como o pregoa a Carta Iberoamericana da Función Pública, rubricada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, o 27 de xuño de 2003, promovida polo Centro Latinoamericano de Administración para o Desenvolvemento (CLAD)[2], a cal sinala no seu artigo primeiro a función esencial inherente á existencia mesma da Administración pública: *"garantir un manexo axeitado dos recursos humanos no marco dunha Administración pública profesional e eficaz, ao servizo do interese xeral"*. No mesmo sentido,

1 http://old.clad.org/reunións-internacionais/eventos-realizados/iv-conferencia-iberoamericana-de-ministros-de [consultada o 27 de setembro de 2014].

2 http://old.clad.org/documentos/declaracións/cartaibero.pdf/view [consultada o 28 de setembro de 2014].

o devandito precepto establece tamén a finalidade da propia Administración pública para: *"compatibilizar os obxectivos de eficacia e eficiencia cos requirimentos de igualdade, mérito e imparcialidade que son propios de administracións profesionais en contextos democráticos"*.

No que respecta ao texto constitucional venezolano, aínda cando non conceptualiza nin define teoricamente á Administración Pública, outórgalle un papel de primeira orde dentro do título relativo ao Poder Público e, sinálalle con determinación a súa finalidade, acompañándoa duns principios reitores que lle serven de fundamento e lexitimación, pero con sometemento pleno á lei e ao dereito (*principio de legalidade*); o artigo 141 constitucional —peza maxistral do constituínte venezolano— achega sen equívocos o carácter vicarial da Administración Pública ao manifestar que: *"… está ao servizo dos cidadáns e cidadás…"*; esa é precisamente a *ratio* de existencia da Administración Pública, servir con obxectividade aos intereses xerais[3], e agora, máis claro aínda, a partir da constitucionalización expresa da devandita finalidade lexitimadora[4].

A actuación eficaz das Administracións Públicas, na actualidade debe necesariamente asociarse co emprego dos medios tecnolóxicos. A intensa evolución das tecnoloxías da información e da comunicación, principalmente da Rede, nos últimos anos supuxo a xeneralización do seu emprego en todos os ámbitos da sociedade. A sociedade actual habituouse á utilización das novas tecnoloxías nas súas actividades cotiás, converténdose as mesmas en ferramentas indispensables para realizar case calquera actividade ordinaria. As Administracións públicas víronse obrigadas a adaptar a súa forma de relacionarse cos cidadáns, e progresivamente foron implementando un modelo alternativo para cumprir os seus fins, que podemos denominar: Administración pública electrónica.

Esta concepción de modelo de administración electrónica supuxo o nacemento dun novo dereito instrumental para as persoas, o Dereito dos cidadáns a relacionarse electronicamente coas administracións públicas, precisamente a partir da análise xurídica dos principios reitores da Administración electrónica e dos instrumentos necesarios para poder articular o novo modelo de administrar, pero sempre en función do servizo ao individuo, dentro do marco da noción de Boa Administración. En Venezuela producíronse tres leis importantes nesta materia que axudan a xerar a base legal desta relación signada polos novos tempos: A Lei de Mensaxes de datos, A Lei de Interoperabilidade, e recentemente, a Lei de Infogoberno, ás cales nos referiremos máis adiante.

2 O cumprimento dos principios que informan á Administración pública como premisa dunha boa administración

Como se deixara establecido no capítulo anterior, resulta de capital importancia, para a interpretación dos postulados fundamentais da Administración Pública, ter en conta os

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo. I*, 1ª Edición, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 35.

4 Cfr. HERNÁNDEZ, J.I., *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011, p. 125, manifiesta que: *"...a Administración caracterízase por tres notas materiais ou substanciais: carácter vicarial; suxeición a principios superiores e subordinación plena á Lei e ao Dereito. Esta noción institucional de administración pon a énfase nunha actividade e non, como se sinalou entre nós, nun órgano. Sinxelamente, o artigo 141 constitucional, ao concibir a Administración Pública, non hixo referencia ao seu inserimento dentro dalgúns dos órganos do Poder Público, consagrando unha institución no recto sentido que a expresión ten".*

principios que a informan[5] e, que resultaron incorporados no texto constitucional, ao carón da conceptualización do Estado democrático e social de Dereito e de Xustiza. Os principios de honestidade, participación, celeridade, eficacia, transparencia, rendición de contas e responsabilidade no exercicio da función pública[6], á par dos principios da obxectividade, neutralidade, integridade, adecuación, deben ser interiorizados e condicionar o actuar dos órganos do Poder Público en exercicio das actividades públicas administrativas, aquelas que se constitúen na acción, singular ou concreta, organizada, de xestión de servizos, entre outros. Todo isto supón que a Administración Pública, non só debe preservar o cumprimento do principio da legalidade obxectiva, senón que debe preocuparse por cumprir o seu labor estatal con eficacia subxectiva, en función da satisfacción efectiva dos intereses dos cidadáns.

No plano positivo, e antes da vixencia da Constitución venezolana actual (1999), o Dereito Administrativo venezolano nutrírase de principios con noción garantista, a propósito da Lei Orgánica de Procedementos Administrativos (LOPA)[7], en cuxo texto se consagraron estes principios, como pode observarse no seu Título II relativo á Actividade administrativa, ao regular a eficacia, economía, eficiencia, celeridade, imparcialidade, unidade do expediente, uniformidade documental, racionalidade e información como norte da actuación da Administración Pública[8].

Posteriormente dítase a Lei Orgánica da Administración Pública (LOAP)[9], que vén ratificar o comentado postulado constitucional, reiterando o carácter vicarial da Administración Pública fronte aos cidadáns, ao manifestar que se atopa ao servizo das persoas, e a súa actuación estará dirixida á atención dos seus requirimentos e a satisfacción das súas necesidades, brindando especial atención ás necesidades de carácter social, (co cal comeza unha tendencia lexislativa nacional de privilexiar o colectivo sobre o individual), e remata definindo a obriga da Administración Pública de asegurar a todas as persoas a efectividade dos seus dereitos cando se vinculen entre si, tendo como norte a continua mellora dos procedementos, servizos e prestacións públicas (Arts. 3 e 5 LOAP). E no seu artigo 10, tamén se reafirman os principios fundamentais que xa sinalara a Constitución, pero agrégalle algunhas nocións máis[10], para que non exista a menor dúbida do carácter vicarial da administración e a súa obriga de garantir os dereitos que —tanto a Constitución e a Lei— lles consagran aos cidadáns. A

5 Particularmente consideramos que o Dereito Administrativo tamén se atopa influenciado polos principios xerais do Dereito, xa que é a través deses que se pode interpretar e entender o corpo normativo que o rexe.

6 O citado artigo 141 da Constitución da República Bolivariana de Venezuela, establece que: *"A Administración Pública está ao servizo dos cidadáns e cidadás e fundaméntase nos principios de honestidade, participación, celeridade, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de contas e responsabilidade no exercicio da función pública, con sometemento pleno á lei e ao dereito".*

7 Publicada na Gaceta Oficial núm. 2.818 Extraordinario, deo 1º de xullo de 1981, e aínda mantén a súa vixencia.

8 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V., "Los procedimientos administrativos en Venezuela", (Coord. A. Canónico Sarabia), en *Visión Actual de los Procedimientos Administrativos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana e CAJO, 2011, pp. 97-155, p. 117. Este autor indica que estes principios se atopaban orientados a simplificar os trámites administrativos, e serviron de fundamento para que se ditase os instrutivos e normas por parte do Goberno encamiñados a ese fin.

9 Cuxa última versión foi promulgada mediante Decreto Con Rango, Valor e Forza de Lei, publicada na Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 6.147 do 17 de novembro de 2014.

10 "*Artigo 10.- A actividade da Administración Pública desenvolverase con base nos principios de economía, celeridade, simplicidade, rendición de contas, eficacia, eficiencia, proporcionalidade, oportunidade, obxectividade, imparcialidade, participación, honestidade, accesibilidade, uniformidade, modernidade, transparencia, boa fe, paralelismo da forma e responsabilidade no exercicio da mesma, con sometemento pleno á lei e ao dereito, e con supresión das formalidades non esenciais. A simplificación dos trámites administrativos, así como a supresión dos que foren innecesarios será tarefa permanente dos órganos e entes da Administración Pública, de conformidade cos principios e normas que estableza a lei correspondente".*

continuación só nos referiremos aos principios de eficacia, transparencia e simplificación, debido a que se conectan directamente co tema en estudo.

2.1 O principio de eficacia

As comentadas normas, incluíndo o postulado constitucional, son contestes en resaltar a importancia dos principios informadores, condicionantes da interpretación do corpo normativo que rexe a actividade da Administración. Porén, de todos os mencionados principios, e xa descendendo ao tema que nos ocupa neste traballo, debemos mencionar con especial énfase ao *principio de eficacia*, que atopa íntima correspondencia coa visión actual que apunta á boa administración, dentro da óptica á que debe inscribirse a Administración Pública. A eficacia supón o logro dos obxectivos, o cumprimento da finalidade dos procedementos administrativos. A actividade dos órganos e entes da Administración Pública perseguirá o cumprimento eficaz dos obxectivos e metas fixados nas normas, plans e compromisos de xestión, baixo a orientación das políticas e estratexias previamente establecidas[11]. Entendendo como obxectivo principal da Administración Pública, o servizo ao cidadán, podemos dicir que a súa actividade é eficaz, cando cumpre con ese labor, isto é, cando satisfai as necesidades e aspiracións das persoas, lexitimándose no seu actuar, por efecto do cumprimento da súa finalidade, pero con estándares de calidade; non abonda con prestar servizos en xeral, tamén cómpre examinar as condicións en que se prestan estes servizos, os seus custos, a eficacia e a eficiencia da Administración[12].

Dentro do estudo dos procedementos administrativos o principio de eficacia, debe orientar ao logro do fin proposto, que debe estar en sintonía co interese xeral e do particular, e que debe prevalecer sobre os formalismos que non inciden na validez do procedemento nin diminúan as garantías dos cidadáns; por iso é que se determina que este principio agrupa, á súa vez, un conxunto de principios como o principio de instrumentalidade, o principio da economía procesal, o principio de informalismo, o principio *favor acti*, o principio *conservatio acti* ou da finalidade, o principio da presunción de legalidade, o principio *pro actione* e o principio da caducidade[13].

2.2 A transparencia

Conxuntamente co principio de eficacia, o texto fundamental colocou o principio de transparencia, cuxa noción debe asimilarse á forma en que debe actuar a Administración Pública, con altos estándares de calidade en función da visibilidade do seu accionar e fins, e a preservación das garantías dos cidadáns; resulta pois moi sinxelo entender o principio de transparencia, que nace —como outros— alleo á rama xurídica, pero que se incorpora aos parámetros de actuación da Administración Pública, para asegurar criterios de control sobre

11 Ver Artigo 19 LOAP.

12 Véxase o noso traballo sobre: "La contratación pública por medios electrónicos", (Coord. A. Canónico Sarabia), en *Temas Relevantes Sobre los Contratos, Servicios y Bienes Públicos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana e CAJO, 2014, pp. 441-465, p. 443.

13 BREWER-CARÍAS, A., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, p.44, este autor sostén que *"...o principio da eficacia implica o principio da conservación, do saneamiento ou da convalidación dos actos administrativos, aos efectos de que os procedementos poidan acadar a súa finalidade. En consecuencia, o logro do fin proposto é o que sempre debe orientar o desenvolvemento do procedemento; fin que está vinculado tanto ao interese xeral, como ao interese da Administración e ao do administrado. O obxectivo do procedemento administrativo, en definitiva, é a satisfacción deses fins no menor tempo e co menor custo posible".*

a súa actuación. Se no plano metaxurídico, a transparencia é un fenómeno que permite o paso dos raios luminosos para observar con claridade determinados obxectos, no escenario do xurídico-público, o principio de transparencia ordénalle á Administración Pública actuar coa maior claridade posible, permitir a participación e observación do cidadán nos trámites que esta adiante, para posibilitarlle a súa intervención ou cando menos o seu control. A Administración en exercicio das súas atribucións, garante o principio de transparencia, se establece mecanismos axeitados para render contas, para manter informada ás persoas dos seus funcionarios e actividades en xeral[14], xa que no plano individual e concreto, se se trata da substanciación dun procedemento administrativo en particular sobre unha persoa, o que debe garantírselle a ese suxeito é o debido proceso, con todas as súas implicacións. A aplicación efectiva do principio de transparencia está vinculada indisolublemente con outros principios como a rendición de contas, a boa fe, a publicidade e a simplicidade.

2.3 A simplificación nos trámites administrativos

Precisamente, en canto ao mencionado principio de simplicidade, tamén existe no país, unha norma que o desenvolve, a Lei de Simplificación de Trámites Administrativos (LSTA)[15], dentro da cal novamente se reiteran os principios informadores da Administración Pública (Artigo 5), definindo como obxectivos xerais: *acompañar a transformación das institucións do Estado, na adaptación do ordenamento xurídico ás esixencias dunha nova orde organizacional pública, para optimizar e racionalizar as tramitacións que realizan as persoas ante a Administración Pública, aos fins de mellorar a súa eficacia, eficiencia, pertinencia, utilidade, para así acadar unha maior celeridade e funcionalidade nas actuacións da administración, reducir os gastos operativos, obter aforros orzamentarios, cubrir insuficiencias de carácter fiscal e mellorar as relacións da Administración Pública coas persoas*. Cabe destacar, que esta norma sinala de maneira categórica que os funcionarios públicos, ante todo, son servidores públicos e como tal a súa actividade debe estar dirixida a servir de forma eficiente ás persoas, procurando a plena satisfacción do interese colectivo[16].

Porén, a implementación da política de simplificación de trámites no país non se levou a cabo como se concibiu na referida norma, pois de maneira contraria aumentou a esixencia de recadacións e requisitos na tramitación de asuntos ante a Administración; agora ben, de maneira curiosa o executivo nacional venezolano anunciou o martes 2 de setembro de 2014, en cadea de radio e televisión, a creación dunha *Autoridade Única Nacional de Trámites e Permisoloxía*, a cal: *"…terá dentro das súas tarefas, acabar co burocratismo e elevar a eficiencia do Estado nos procesos de simplificación de documentos"*. Non obstante, malia que a mensaxe sobre a preocupación do goberno ao amosar a súa intención de simplificar os trámites que realizan os cidadáns ante os órganos do Estado é alentador, pénsase que

14 Consecuente con esta formulación o artigo 9 da Lei Contra a Corrupción, publicada na Gaceta Oficial núm. 5.637 Extraordinario do 7 de abril de 2003, expresamente estableceu a obriga das autoridades de informar aos cidadáns sobre a utilización dos bens e o gasto dos recursos que integran o patrimonio público cuxa administración lles corresponde, por calquera medio impreso, audiovisual, informático ou calquera outro que dispoña o ente, incluíndo os medios electrónicos.

15 No ano 1986 o goberno nacional ditou o Instrutivo Sobre Simplificación e Información dos Procedementos Administrativos, posteriormente o Decreto Con Rango Valor e Forza de Lei de Simplificación de Trámites Administrativos no ano 1999, que logo foi reformado e publicado na Gaceta Oficial núm. 5.891 Extraordinario do 31 de xullo de 2008, e por último, o Decreto núm. 1.423, mediante o cal se dita o Decreto con Rango, Valor e Forza de Lei de Simplificación de Trámites Administrativos, publicado na Gaceta Oficial núm. 40.549 do 26 de novembro de 2014.

16 Ver Artigo 36 LSTA.

non era necesaria a creación dunha estrutura para tal fin, simplemente debeuse aplicar a norma que se atopaba vixente desde o ano 1999, a cal supoñía desde a súa xénese poñer en práctica programas de simplificación por parte de cada órgano do Poder Público, para así facilitarlle aos cidadáns as súas experiencias fronte ás oficinas públicas.

Tomando como base as anteriores manifestacións de principios, podemos concluir que a eficiencia, eficacia, a transparencia, a publicidade, a responsabilidade e a simplificación no actuar dos órganos do Poder Público, inscríbese dentro da noción de *boa administración*, en virtude de que son calidades que deben distinguir aos órganos do Estado en xeral, vinculados ao exercicio dos valores democráticos e ao desenvolvemento dos seus pobos. Para acadar estes cometidos cómpre que a Administración avance e prepare moi ben o camiño ao logro dos seus obxectivos, establecendo canles procedementais máis simples e eficaces, garantindo os dereitos dos individuos, aboando na capacitación e profesionalización dos seus funcionarios, modernizando as súas estruturas e sistemas, e promovendo e intensificando o uso das tecnoloxías da información e comunicación por parte dos servizos públicos para controlar o rendemento, así como fomentar a aprendizaxe, mellorar a prestación de servizos, a xestión dos bens públicos e, facilitar o acceso á información, tanto dos funcionarios públicos, como dos cidadáns.

Esa necesidade regulatoria de principios xurídicos, foi unha preocupación permanente dos Estados en reunións internacionais, e manifestada en diversos pronunciamentos. Convén lembrar as metas para o milenio definidas como obxectivos da Organización de Nacións Unidas[17], entre os que destaca, o desenvolvemento económico e social, a democracia, a loita contra a pobreza e contra a fame, entre outros; xa perfilaba a necesidade da existencia dunha Administración Pública eficaz, eficiente, así como sistemas sólidos de xestión dos asuntos públicos, na medida en que a función esencial da Administración xeral e a capacidade das persoas que traballan no sector público en particular, están vinculadas á promoción dos dereitos humanos, á democracia e ao bo goberno[18]. Por outra parte, atopamos un paralelismo noutras disposicións internacionais, asumidas polo país, como o Código Iberoamericano de Bo Goberno, producido na VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública e Reforma do Estado, en Montevideo-2006; a Carta Iberoamericana de Calidade na Xestión Pública, formulada na X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública e Reforma do Estado de San Salvador, o 26 e 27 de xuño de 2008, adoptada no XVIII Cumio Iberoamericano de Xefes de Estado e de Goberno, celebrada no Salvador en outubro de 2008; e a Carta Iberoamericana de Participación Cidadá na Xestión Pública, asumida na XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública e Reforma do Estado, en Lisboa-Portugal en 2009.

3 A Administración pública e a tecnoloxía da información e comunicación (TIC)

Hoxe máis que nunca, atopámonos mergullados dentro da denominada *Sociedade da Información*, que se caracteriza porque os medios de produción de bens e servizos, así como a demanda dos mesmos polas persoas, para satisfacer as súas necesidades, atópanse

17 No Consello Económico e Social da Organización de Nacións Unidas, do 16 de marzo de 2003.

18 RODRÍGUEZ ARANA, J., *Reforma administrativa y nuevas políticas públicas*, Caracas, Editorial Sherwood, 2005, p. 159.

determinados por un recurso esencial, a información[19]; a mensaxe viaxa de maneira máis veloz a través de canles ou medios modernos, áxiles e atractivos. Estes medios, baseados en tecnoloxías novidosas de información e comunicación atópanse a disposición de todos os cidadáns de calquera nacionalidade ou estrato social, e xera unha alteración dos intercambios relacionais tradicionais. Disto non escapa a Administración Pública, é máis, debe aproveitarse diso e implementalo nas súas relacións coas persoas.

Desde os informes preparados polo Comité de Expertos en Administracións Públicas, para as Nacións Unidas en New York, do 22 ao 26 de xullo de 2002 e do 7 alo 11 de abril de 2003, recoñécense as novas tecnoloxías como instrumentos básicos para acadar obxectivos de desenvolvemento urxente nos ámbitos gobernamentais, para o desenvolvemento económico, a protección do medio ambiente, a erradicación da pobreza, da saúde e a mellora da sociedade en xeral. As tecnoloxías da información e as comunicacións e o goberno electrónico son concibidas por Nacións Unidas como instrumentos poderosos para acelerar o crecemento e o desenvolvemento sostible de base ampla, reducindo a pobreza[20].

Coa utilización das mencionadas ferramentas, o Goberno e a Administración Pública preséntanse máis visibles fronte aos cidadáns, polo que se garante a transparencia e pódese producir un mellor labor de avaliación social ao poder coñecer os resultados e obxectivos acadados nos distintos programas públicos. Fortalécense os mecanismos de rendición de contas e, en definitiva pódese apuntalar a democracia participativa e a liberdade de expresión e comunicación, cun uso axeitado destes novidosos e, ao mesmo tempo, poderosos medios de comunicación.

Na actualidade o goberno electrónico é condición previa do bo goberno, axuda a democratizar as institucións públicas e fomenta unha participación sen precedentes, podendo empregar diferentes mecanismos que nos brinda a rede, entre os que se contan as populares redes sociais (Facebook, Twitter, Linkedln, Instragram, Google+, por mencionar as máis comúns)[21], amén de constituir un impulso obvio á eficiencia e eficacia da actuación da Administración Pública desde todo punto de vista; sen esquecer o carácter instrumental do goberno electrónico, xa que os verdadeiros construtores da nova sociedade deben ser os cidadáns, que se presentan nunha dobre configuración, como receptores da prestación de servizos e, por outra parte, como comunidade que pode e debe controlar ao goberno e participar na toma de decisións[22].

3.1 O dereito dos cidadáns a relacionarse electronicamente coas administracións públicas

Ao realizar o estudo sobre a relación simbiótica que debe existir entre a *Boa Administración* e o *Goberno Electrónico*, atopámonos co documento denominado "Carta Iberoamericana

19 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V., "El derecho administrativo en la sociedade de la información, (Eds. F. Parra e A. Rodríguez), en *Estudios de Derecho Administrativo, Volumen II*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 23-60, p. 27.

20 RODRÍGUEZ ARANA, J., *Reforma administrativa...op. cit.* p. 174.

21 *"...a evolución tecnolóxica permitiu transitar do clásico portal de primeira xeración a un denominado web 2.0, que permite unha retroalimentación ou diálogo entre o titular do mesmo e difusor da información e os usuarios, aos que se suman os outros espazos de intercambio de comunicacións e información como Facebook, twitter, —que non sendo per se regulables polos Estados nacionais— si podería ser regulamentada a maneira como poden aproveitalos a Administración Pública..."* (Hernández-Mendible, V., "Los procedimientos administrativos..., *op. cit.* p. 145).

22 RODRÍGUEZ ARANA, J., *Reforma administrativa... op. cit.* p. 187.

de Goberno Electrónico", aprobada no marco da IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública e Reforma do Estado, en Pucón, Chile, durante os días 31 de maio e 1 de xuño de 2007[23], o referido *soft law* insta de maneira firme á implementación da tecnoloxía da información e comunicación na xestión pública das administracións iberoamericanas, independentemente do seu desenvolvemento particular nas respectivas lexislacións locais, o que converte ao instrumento en transcendente para o desenvolvemento dos pobos de Iberoamérica, visto que os participantes renovaron o seu compromiso coa reforma do Estado, o fortalecemento das súas institucións públicas e a modernización dos seus mecanismos de xestión, tendo en conta que a calidade dos organismos públicos e a súa xestión é fundamental para o desenvolvemento, a igualdade de oportunidades e o benestar social.

A referida Carta Iberoamericana inicia co compromiso das nacións participantes en construir a sociedade da información e o coñecemento, desde a perspectiva do cidadán e os seus dereitos. Entendendo por cidadán calquera persoa natural ou xurídica que deba relacionarse cunha Administración Pública e se atope no territorio do país ou posúa o dereito a facelo aínda que estea fóra do devandito país. E entende que as expresións *"Goberno Electrónico" e "Administración Electrónica"* son sinónimas, ambas as dúas consideradas como o uso das TIC nos órganos da Administración para mellorar a información e os servizos ofrecidos aos cidadáns, orientar a eficacia e eficiencia da xestión pública e incrementar substantivamente a transparencia do sector público e a participación dos cidadáns.

Establece como principios do goberno electrónico: a igualdade, a legalidade, a conservación, a transparencia e accesibilidade, a proporcionalidade, a responsabilidade, e a adecuación tecnolóxica. Principios que en forma xeral se asimilan a aqueles que se recollen dos ordenamentos xurídicos de todos os Estados. Pero un dos aspectos máis importantes que se debe destacar, é que resalta a consagración dun novo dereito cidadán: *O Dereito a Relacionarse Electronicamente coas Administracións Públicas*, interpretado con carácter de amplitude, en función do alcance ou natureza do trámite e pretensión de que se trate, pasando a constituirse nun dereito instrumental dos cidadáns para viabilizar e lograr outros dereitos.

Previamente podiamos observar que en España se dera un paso adiante coa adopción da Lei 11/2007, de acceso electrónico dos cidadáns aos servizos públicos (BOE 150 de 23/06/2007), posteriormente desenvolvida de forma parcial a través do Real Decreto 1671/2009, que recoñece o dereito dos cidadáns a relacionarse coas Administracións Públicas por medios electrónicos e regula os aspectos básicos da utilización das tecnoloxías da información na actividade administrativa, nas relacións entre as Administracións Públicas, así como nas relacións dos cidadáns coas mesmas, coa finalidade de garantir os seus dereitos, un tratamento común ante elas e a validez e eficacia da actividade administrativa en condicións de seguridade xurídica.

Este novo Dereito Cidadán a Relacionarse Electronicamente coas Administracións, non se atopa baleiro, ten un contido propio e particular, que lle xera aos cidadáns a posibilidade de:

1. Dirixir por vía electrónica todo tipo de escritos, recursos, reclamacións e queixas aos Gobernos e ás Administracións Públicas, quedando estes igualmente obrigados a responder ou resolver como se os devanditos escritos, reclamacións e queixas se tivesen realizado por medios tradicionais.

23 http://old.clad.org/documentos/declaracións/cartagobelec.pdf [consultada o 13/01/2014].

2. Realizar por medios electrónicos todo tipo de pagamentos, presentar e liquidar impostos e calquera outra clase de obrigas.

3. Recibir por medios electrónicos notificacións cando tal medio sexa aceptado polo cidadán ou se o cidadán así o solicita.

4. Acceder por medios electrónicos á información administrativa xeral con igual grao de fiabilidade que a que é obxecto de anuncio en diarios ou boletíns oficiais ou a que se publica en anuncios oficiais por calquera medio.

5. Acceder os interesados electronicamente aos expedientes para coñecer o estado en que se atopa a tramitación dos mesmos.

6. Acceder por medios electrónicos a información pública de alto valor agregado que sirva para aumentar a competitividade dos países, o que supón garantir estándares consensuados entre os Estados iberoamericanos respecto ao modo en que esa información debe ser procesada e difundida coa axuda das novas tecnoloxías dispoñibles.

7. Empregar e presentar ante o Goberno ou as administracións públicas as resolucións administrativas en soporte electrónico, así como os documentos administrativos electrónicos nas mesmas condicións que se fosen documentos en papel, así como poder remitilas por medios electrónicos á Administración de que se trate.

8. Evitar a presentación reiterada ante a Administración de documentos que xa obren en poder da mesma ou doutra, especialmente se son electrónicos, o que supón accións de Interoperabilidade e Simplificación Rexistral.

Para garantir o cumprimento efectivo do *dereito dos cidadáns a relacionarse electronicamente coas administracións públicas*, os Estados deben ditar os Instrumentos xurídicos necesarios que permitan regular o funcionamento do Goberno electrónico, para cada unha das súas respectivas realidades, sociais e cidadás, establecendo como mínimo: *i. A identificación dos cidadáns, administracións públicas, funcionarios e axentes destas que empreguen medios electrónicos, así como a autenticidade dos documentos electrónicos en que se contén a vontade ou manifestacións de todos eles; ii. O establecemento e información ao público por medios accesibles para todos os cidadáns dos enderezos electrónicos das administracións públicas con especial incidencia nas sedes electrónicas das mesmas; iii. A regulación e establecemento de rexistros electrónicos aos que os cidadáns poidan dirixir as súas comunicacións electrónicas contendo as súas peticións e pretensións; iv. O réxime dos documentos e arquivos electrónicos; e v. O establecemento dun réxime diferenciado que lle permita seleccionar ao cidadán nun mesmo expediente se desexa empregar medios electrónicos ou físicos ou ordinarios.*

Estas regulacións xurídicas permitiranlle aos cidadáns e ás administracións públicas, nas súas relacións electrónicas, ter seguridade e confianza, tanto no que se refire á identidade da persoa, órgano ou institución que se comunica, como no que se refire á autenticidade e integridade do contido da comunicación, así como, consecuentemente, na imposibilidade de ser repudiada polo emisor.

Así mesmo, permítelle contar con protección de datos persoais, no sentido de poder solicitar a actualización, a rectificación ou a destrución daqueles datos contidos en rexistros electrónicos oficiais ou privados, se fosen erróneos ou afectasen ilexitimamente os seus dereitos. A

tal fin débeselle garantir ao cidadán o acceso á información e aos datos que sobre si mesmo ou sobre os seus bens consten en rexistros oficiais ou privados, coas excepcións que xustificadamente se establezan, así como se debe facilitar o coñecemento do uso que se faga dos devanditos datos e a súa finalidade[24].

Vemos pois, como as regulacións internacionais de principio, trataron de darlle resposta aos avances científicos e tecnolóxicos, con maior dinamismo que as normas internas dos Estados. Recoñecen e son conscientes que os medios electrónicos, como por exemplo os teléfonos móbiles de cuarta e quinta xeración, as tablets, as computadoras persoais, así como as redes 3.0 ou social medida, xeraron unha revolución incuestionable que incidiu na forma de actuar da sociedade, dentro da cal non pode quedar allea a Administración Pública, e as relacións que se tecen arredor dela. Ata hai pouco o balance local incuestionable era que a tecnoloxía desbordara a regulación xurídica, por iso se requiría unha interpretación e aplicación progresiva dos textos legais, na medida do posible, para tratar de adaptar o ordenamento xurídico a esa realidade, que non se pode descoñecer e que debe ser regulada, co respecto ao contido esencial dos dereitos fundamentais.

Por iso se concluía, que o novo Dereito tiña unha tarefa pendente, que era darlle cobertura legal ás institucións xurídicas tradicionais, que foran desbordadas e transformadas polas innovacións tecnolóxicas. Era necesario, por tanto, regular a Administración Pública virtual, a sinatura dixital, o procedemento administrativo electrónico, o enderezo electrónico, o acto administrativo electrónico, a notificación electrónica, o teleproceso, os recursos administrativos electrónicos, é dicir, todas as actuacións administrativas formais e dos interesados que se realizan a través de soporte magnético[25]. Logo de varios anos e algunhas leis novas en América, a realidade práctica non é moi distinta, xa que os cambios se produciron de forma moi tímida e cun ritmo sumamente lento, que non se corresponde coa dinámica da invención tecnolóxica.

3.2 Normas venezolanas vinculadas ao dereito dos cidadáns a relacionarse electronicamente coas administracións públicas

3.2.1 A formulación constitucional

Partindo da afirmación que a información do cidadán é a premisa fundamental e o núcleo central xustificante do emprego de medios tecnolóxicos na vida do individuo, podemos concluir que o noso texto constitucional consagra unha serie de normas vinculadas definitivamente a esta realidade actual. O artigo 51 consagra o dereito a dirixir peticións e a obter oportuna e axeitada resposta. Os artigos 28 e 143, desenvolven dereitos vinculados á información das persoas, establecen a posibilidade certa de acceder á información e aos datos que sobre si mesma ou sobre os seus bens consten en arquivos ou rexistros, públicos ou privados; igualmente de poder acceder a outros documentos en que teñan interese comunidades ou grupos de persoas; o dereito que teñen os cidadáns a ser informados sobre

24 Tal formulación correspóndese co contido dos dereitos fundamentais consagrados nos artigos 28 e 143 constitucional venezolano, onde se recolle o dereito dos cidadáns a ser informados oportuna e verazmente pola Administración Pública, sobre o estado das actuacións en que estean directamente interesados e a coñecer as resolucións definitivas que se adopten sobre o particular, así como o dereito de acceso aos arquivos e rexistros administrativos.

25 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V., "El derecho administrativo en la sociedad..., *op. cit.* p. 44.

o estado das actuacións en que estean directamente interesados e a coñecer de maneira inmediata as resolucións que se adopten sobre o particular. E por último, o artigo 60 que de maneira expresa se refire ao uso da informática, aínda cando o fai para establecer unha limitación no seu emprego, en función do dereito da persoa á protección da súa honra, a intimidade persoal e familiar, como garantía que debe ofrecer o Estado. Todo isto materializable a través do emprego de medios tecnolóxicos.

3.2.2 As normas xerais da Administración pública venezolana

Pola súa parte, o decreto con rango, valor e forza de lei orgánica da administración pública, citado ut supra, consecuente coa transcendental instrución supranacional antes comentada e co texto constitucional patrio, incorpora no seu esquema regulatorio normas que prevén o emprego de medios electrónicos e informáticos dentro da maraña administrativa, principalmente no que respecta ás relacións que se presenten entre cidadán e órgano; efectivamente nos seus artigos 6 e 9[26], observamos unha mostra diso convertendo estas ferramentas nunha garantía para o cidadán que o Estado está no deber de protexer. Destácase o imperativo de incorporar medios telefónicos, electrónicos e informáticos dentro da actuación administrativa, para que as persoas poidan dirixir peticións e solicitudes aos órganos públicos e en fin poidan resolver os seus asuntos de maneira sinxela e transparente.

Igualmente a disposición contida no artigo 11 da citada lei, avanza polo mesmo sentido pero con maior contundencia, ao obrigar aos órganos e entes da Administración pública a *"… empregar as tecnoloxías que desenvolva a ciencia, tales como os medios electrónicos ou informáticos e telemáticos, para a súa organización, funcionamento e relación coas persoas".* Complementando o anterior mandato co deber de cada órgano e ente da Administración pública de establecer e manter unha páxina en internet, que conterá como mínimo, a información que se considere relevante, os datos correspondentes á súa misión, organización, procedementos, normativa que o regula, servizos que presta, documentos de interese para as persoas, localización das súas dependencias e información de contactos.

3.2.3 As normas para a simplificación de trámites administrativos

O igualmente comentado decreto con rango, valor e forza de lei de simplificación de trámites administrativos, toma os medios electrónicos como elementos necesarios para lograr o obxectivo da regulación, enfocado na simplicidade e a eficiencia na xestión pública, principalmente nas súas relacións cos cidadáns. Por iso atopámonos cunha serie de normas que obrigan a xerar información e contido a través de medios electrónicos para manter informados os cidadáns dos diferentes servizos e asuntos en que puidesen ter interese.

O artigo 8 refírese á obriga que posúen os órganos e entes da Administración pública na difusión dos plans de simplificación dos trámites administrativos que diten e implementen;

26 No marco das garantías que debe ofrecer a Administración pública aos cidadáns, o artigo 6 expresamente sinala que: "*A Administración pública desenvolverá a súa actividade e organizarase de maneira que as persoas poidan: 1. Resolver os seus asuntos, ser auxiliadas na redacción formal de documentos administrativos; e recibir información do seu interese por calquera medio escrito, oral, telefónico, electrónico e informático" (...)* Mentres que o artigo 9, dentro da regulación da garantía do dereito a petición, establece que: *"As funcionarias e funcionarios da Administración Pública teñen a obriga de recibir e atender, sen excepción, as peticións ou solicitudes que lles formulen as persoas, por calquera medio escrito, oral, telefónico, electrónico ou informático; así como de responder oportuna e axeitadamente tales solicitudes,..."* (resaltado noso).

o artigo 38, imponllee o deber de ofrecer ás persoas información completa, oportuna e veraz en relación cos trámites que se realicen ante esas institucións, así como de difundir as tarifas vixentes das taxas ou prezos públicos que se deban pagar polos servizos recibidos (artigo 23); e esta difusión e información deberá levarse a cabo a través de calquera medio de comunicación, visual, oral, escrito, incluíndo o informático ou telemático. Así mesmo, cada órgano ou ente da Administración Pública deberá crear un sistema de información centralizada, automatizada, áxil e de fácil acceso que sirva de apoio ao funcionamento dos servizos de atención ao público, dispoñible para este, para o persoal asignado aos mesmos e, en xeral, para calquera funcionario doutros órganos e entes, aos fins de integrar e compartir a información, propiciando a coordinación e cooperación entre eles, de acordo co principio da unidade orgánica; para tal fin, deberán habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos co obxecto de que as persoas interesadas envíen ou reciban a información requirida nas súas actuacións fronte á Administración Pública, por unha parte, e pola outra, que os devanditos datos poidan ser compartidos con outros órganos e entes da Administración Pública, de acordo co referido principio (artigos 11 e 45). Sen esquecernos do servizo de información telefónico que deben implementar para atender as distintas consultas que se formulen con relación aos servizos que prestan estes órganos (artigo 51)[27].

Por último, e co obxecto de facilitar o pagamento das obrigas das persoas aos órganos e entes da Administración Pública, o Decreto Lei, establece que se deberá incentivar ao máximo a utilización do sistema financeiro, aos fins de que as persoas interesadas poidan depositar o importe das súas obrigas na conta bancaria que a Administración dispoña para tal fin, en calquera sucursal do país, permitindo que o pagamento das referidas obrigas poida realizarse a través de calquera medio, incluíndo as transferencias electrónicas de fondos, aboamento en conta e sistemas de crédito, en cuxo caso, o pagamento entenderase efectuado na data en que se realice a referida transacción (artigos 22 e 23).

3.2.4 En materia de control fiscal e anticorrupción

En materia de transparencia e rendición de contas das autoridades públicas, o decreto con rango, valor e forza de lei contra a corrupción[28],· achégase un pouco ao emprego de medios electrónicos, cando no seu artigo 9, determina o deber dos órganos e entes do poder público e os entes descentralizados a informar os cidadáns sobre a utilización dos bens e o gasto dos recursos que integran o patrimonio público cuxa administración lles corresponde. O informe a que se fai referencia deberá presentarse a través dun medio impreso, audiovisual, informático ou calquera outro que dispoña o ente ou órgano, de acordo co previsto no ordenamento xurídico vixente, que ao interpretalo coa citada norma da Lei de Administración Pública debemos chegar á conclusión de que o informe de rendición de contas debe ser aloxado na páxina web do órgano ou ente do Estado. Igualmente, no título I do capítulo III da mesma Lei contra a corrupción, regúlase a obriga dos funcionarios públicos de presentar declaración xurada de patrimonio[29], e a partir da resolución publicada na Gaceta Oficial

27 Estas disposicións converteranse no antecedente inmediato do decreto con rango valor e forza de lei sobre o acceso e intercambio electrónico de datos, Información e Documentos Entre os Órganos e Entes do Estado (LAIEDIDOEE), que comentaremos máis adiante.

28 *Vid.* Gaceta Oficial núm. 6.155 Extraordinario do 19 de novembro de 2014.

29 O artigo 78 da Lei orgánica da Contraloría Xeral da República e do Sistema Nacional de Control Fiscal (G.O. 6.013, 23/12/2010), outórgalle competencia a este órgano para solicitar presentación de declaracións xuradas de patrimonio a funcionarios públicos, empregados, obreiros, exfuncionarios, contribuíntes ou responsables, ou calquera outra persoa que contrate, negocie ou celebre operacións relacionadas co patrimonio público.

39.205 do 22 de xuño de 2009, a Contraloría Xeral da República estableceu o sistema para a presentación da declaración xurada de patrimonio en formato electrónico dispoñible na páxina web do mencionado órgano de control fiscal.

En materia fiscal e tributaria, desenvolveuse no país toda unha serie de procesos que se executan a través do acceso á plataforma web do Servizo Nacional Integrado de Administración Aduaneira e Tributaria (SENIAT)[30], declaración do imposto sobre a renda anual, o rexistro de información fiscal, declaracións de impostos ás sucesións, entre outros[31].

3.2.5 Os medios electrónicos nas contratacións públicas

A lexislación especial en materia de Contratacións Públicas[32], incorpora o uso dos medios electrónicos e o servizo de redes telemáticas, ao lado das formas tradicionais, nos procedementos de selección de contratistas e execución dos contratos que regula esta norma. Por exemplo, o artigo 79 do Decreto Lei de Contratacións Públicas (DLCP), sinala que o chamado ou invitación a participar no concurso aberto, débeo facer o contratante, mediante publicación na súa páxina web oficial[33], e adicionalmente deberá remitir o chamado a participar ao Servizo Nacional de Contratacións para que sexa publicado no sitio web dese órgano[34]. O Artigo 104 do DLCP, de maneira concreta, contempla a posibilidade de utilización dos medios e dispositivos de tecnoloxías da información e comunicacións[35], que garantan a transparencia, honestidade, eficiencia, igualdade, competencia, publicidade, autenticidade, seguridade xurídica e confidencialidade necesaria, conxuntamente coas modalidades de selección de contratistas previstas na Lei (Concurso Aberto, Concurso Pechado e Consulta de Prezos). Non obstante, e aos efectos de garantir o cumprimento dos mencionados principios, o órgano ou ente contratante debe asegurarse de empregar sistemas de seguridade que permitan o acceso dos participantes, o rexistro e almacenamento de documentos en medios electrónicos ou de funcionalidade similar aos procedementos ordinarios, o cual deberá estar claramente previsto no prego de condicións.

---

30 http://declaracións.seniat.gob.ve/portal/page/portal/PORTAL_SENIAT [consultada o 29 de setembro de 2014].

31 Exemplos do expresado pódese observar da Providencia Administrativa núm. 0948 polo cal se dispón que as persoas naturais cualificadas como suxeitos pasivos especiais polo SENIAT, deberán presentar electronicamente as súas declaracións definitivas do ISLR, correspondente aos exercicios fiscais iniciados a partir do 31/12/2004. (G.O. núm. 38.319 de data 22/11/2005), e a Providencia Administrativa núm. 0949 polo cal se dispón que os funcionarios públicos e traballadores ao servizo dos órganos e entes públicos Nacionais, Estadais e Municipais que perciban enriquecementos netos gravados coa Tarifa 1 do ISLR, sempre e cando estes fosen superiores a mil Unidades Tributarias (1.000 U.T.), deberán presentar electronicamente as súas declaracións definitivas do ISLR, correspondente aos exercicios fiscais iniciados a partir do 31/12/2004. (G.O. núm. 38.319 de data 22/11/2004).

32 *Vid.* Decreto Con Rango, Valor e Forza de Lei de Contratacións Públicas, publicada na Gaceta Oficial núm. 6.154 Extraordinario do 19 de novembro de 2014.

33 Na actualidade é unha obriga para os órganos públicos contar cos seus sitios oficiais na web, tal e como o indica a Lei de Infogoberno, da seguinte forma: Artigo 18. Portal de Internet. "*Os órganos e entes do Poder Público e o Poder Popular, no exercicio das súas competencias, deben contar cun portal de internet baixo o seu control e administración. A integridade, veracidade e actualización da información publicada e os servizos públicos que se presten a través dos portais é responsabilidade do titular do portal. A información contida nos portais de internet ten o mesmo carácter oficial que a información impresa que emitan".* Aínda que unha das críticas válidas da doutrina era que: *"...a obriga de convocatoria dos procedementos administrativos de selección de contratistas a todas aquelas entidades públicas, malia que moitas delas non contan actualmente con tales ferramentas tecnolóxicas..."*, HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V., "Los procedimientos administrativos... *op. cit.*, p. 144.

34 Nese mesmo sentido o Decreto Con rango, Valor e Forza de Lei de Bens Públicos no primeiro aparte do artigo 80, prevé a fórmula da publicación de aviso por medios dixitais dentro do procedemento licitatorio de oferta pública para o alleamento de bens públicos baixo a modalidade de venda ou permuta.

35 O artigo 120 do Regulamento da Lei de Contratacións Públicas, vixente, ratifica que cando para os procedementos de selección dos Contratistas previstos na Lei de Contratacións Públicas se requira o cumprimento de formalidades ou solemnidades, estas poderán realizarse empregando medios electrónicos.

Por non constituir, o formato electrónico, a forma ordinaria de actuación que a comentada normativa prevé, para poder proceder pola vía dos medios electrónicos, o contratante, previa opinión favorable da Comisión de Contratacións, debe establecer no chamado ou Invitación e no Prego de Condicións, a posibilidade de participar por medios electrónicos, para o cal debe especificar os elementos tecnolóxicos, programas e demais requirimientos necesarios para intervir na respectiva modalidade de selección, de acordo coa súa dispoñibilidade e preparación tecnolóxica. Na referida especificación empregaranse elementos e programas[36] de uso seguro e masivo, e manterase sempre a neutralidade tecnolóxica, garantindo o rexistro dos participantes que empreguen este medio.

Porén, o uso de tales mecanismos electrónicos é optativo para o participante, xa que nas modalidades de selección de contratistas, nas cales se acordara o emprego de medios electrónicos, debe garantirse que os contratistas poidan participar empregando alternativamente estes medios ou os medios tradicionais previstos na Lei, para evitar excluir a persoas que aínda non teñan acceso a medios electrónicos, polo tema do risco da brecha dixital. En calqueraa dos casos, a autoridade contratante, tomará como válida a información que primeiro se entregase na oportunidade fixada para iso.

A todo evento, nos casos en que se empreguen os medios electrónicos ou tecnolóxicos en xeral, o órgano ou ente contratante debe garantir a unidade do expediente mediante o establecemento e integración das pezas separadas cando se empreguen medios electrónicos e tradicionais. E cabe destacar que nestes casos deberanse aplicar, ademais do Regulamento da Lei de Contratacións Públicas, as disposicións da Lei de Infogoberno, do Decreto-Lei Sobre Mensaxe de Datos e Sinaturas Electrónicas, así como o Regulamento parcial do Decreto-Lei Sobre Mensaxe de Datos e Sinaturas Electrónicas"[37].

Finalmente, é competencia do Servizo Nacional de Contratacións Públicas, verificar e avaliar os sistemas que establezan os órganos ou entes contratantes mediante a utilización de Medios Electrónicos para efectuar contratacións electrónicas, de maneira que garantan o cumprimento dos principios sinalados na Lei de Contratacións Públicas e no propio Regulamento[38].

Por outra parte, as persoas que desexen participar na presentación de ofertas dentro dos procedementos de selección de contratistas, deben inscribirse no Rexistro Nacional de Contratistas (RNC), constituíndose nun requisito obrigatorio para presentar ofertas en todas as modalidades de contratación que a Lei sinala, a súa cualificación por parte do Rexistro, se o monto estimado de contratación é superior a catro mil Unidades Tributarias[39] (4.000 UT) para o subministro de bens e a prestación de servizos, e cinco mil Unidades Tributarias (5.000 UT) para a execución de obras. As persoas inscritas no rexistro están obrigadas a actualizar os seus datos anualmente, baixo pena de quedar suspendidos do mesmo. Porén, non será

36 O citado Regulamento, no Artigo 121, con respecto á utilización de programas, establece: *"No caso dos programas que permiten ler, visualizar ou entender os documentos, comunicacións e ofertas disporase ao menos de tres (3) programas de recoñecida calidade e difusión. O contratista poderá elixir destes o máis conveniente. A tal efecto, garantiráselle a existencia de mecanismos que permitan aos particulares que non dispoñan de acceso a estes medios, o exercicio dos seus dereitos e cumprimento das súas obrigas, empregando medios tradicionais, de forma que se asegure o respecto dos principios de igualdade e competencia".*

37 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V., "El Régimen Jurídico del Procedimiento de Selección y del Expediente Administrativo de Contratación", *En Ley de Contrataciones Públicas*, Colección Textos Legislativos núm. 44, 3ª Edición, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 63.

38 Artigo 54.8 do Regulamento da Lei de Contratacións.

39 A unidade tributaria é unha unidade de valor expresada en moeda local que o goberno axusta anualmente por efecto da inflación no país, e que na actualidade equivale a 150,00 Bolívares. O seu axuste prodúcese nos primeiros dous meses do ano.

obrigatoria a inscrición no rexistro nacional de contratistas, para as persoas interesadas en participar na modalidade de contratación denominada Concurso Aberto Anunciado Internacionalmente; así como tampouco para os que presten servizos altamente especializados de uso esporádico, pequenos produtores de alimentos ou produtos básicos declarados como de primeira necesidade.

O RNC é unha dependencia administrativa do Servizo Nacional de Contratacións[40], que ten por obxecto centralizar, organizar e subministrar en forma eficiente, veraz e oportuna, a información necesaria para a cualificación legal, financeira, experiencia técnica e a clasificación por especialidade, para persoas naturais ou xurídicas. A información no rexistro é alimentada pola propia persoa cando se inscribe ou actualiza os seus datos e polos órganos ou entes contratantes, que deben remitir información sobre a actuación ou o desempeño do contratista, ao finalizar a execución do contrato.

O procedemento para inscribirse no RNC comeza co acceso do interesado ao sistema de rexistro nacional de contratistas en liña, a través do seu sitio web[41], co obxecto de subministrar todos os datos xerais, legais, de especialidade e financeiros, seguindo coas instrucións elaboradas polo Servizo Nacional de Contratacións[42], O sistema xeraralle un formulario en liña que deberá cubrir, imprimir e posteriormente consignar en calquera Rexistro Auxiliar, conxuntamente coas taxas solicitadas. Pero un dos aspectos máis importantes é que a empresa deberá subministrar un enderezo de correo electrónico certo e válido para que sirva de enlace co servizo de contratacións, xa que é a través dese medio que o organismo se comunicará co interesado[43].

O sistema de rexistro nacional de contratistas en liña[44] serve de consulta permanente para que calquera órgano ou ente contratante, e para calquera Rexistro Auxiliar, que desexen verificar a información subministrada polos participantes nos procedementos de selección de contratistas, na súa coincidencia coa información contida no Rexistro, en función do principio de transparencia. Isto último garda relación co mandato lexislativo sobre os órganos e entes do Estado, para que os seus servizos prestados a través dos portais en internet, garden a debida accesibilidade, a sinxeleza, a confiabilidade, celeridade, en favor dos cidadáns, ademais que deben conter información completa, actual, oportuna e veraz[45].

Na mesma liña da implementación da telemática na xestión pública, o Servizo Nacional de Contratacións Públicas venezolano, foi ampliando e mellorando a súa plataforma electrónica, para tratar de cumprir cos parámetros ou estándares internacionais vinculados á Administra-

40 Á súa vez, o Servizo Nacional de Contratacións é un órgano desconcentrado, dependente funcional e administrativamente da Comisión Central de Planificación, e é o chamado a exercer a autoridade técnica en materia de contratacións públicas en Venezuela.

41 Consultar o sitio web: http://rncenlinea.snc.gob.ve/.

42 O Servizo Nacional de Contratacións ditou a Providencia núm. DG/2012/C-0003, publicada na Gaceta Oficial núm. 39.995 do 28 de agosto de 2012, na cal estableceu os requisitos legais, técnicos e financeiros, que deben presentar as persoas naturais e xurídicas interesadas en inscribirse ou actualizarse por ante o Rexistro Nacional de Contratistas (RNC).

43 Cabe destacar que ao consultar o portal web do servizo nacional de contratacións venezolano, puidemos observar a creación dunha conta twitter (@SNC_INFO) para ampliar a posibilidade de comunicación cos usuarios do sistema. http://www.snc.gob.ve/noticia/comunicado-apertura-de-cuenta-twitter.

44 Na lexislación chilena de contratacións públicas establécese un similar rexistro electrónico oficial de contratistas administrado pola *Dirección de Compras e Contratación Pública* (MORAGA KLENNER, C., *Contratación Administrativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 290).

45 Artigo 19 da Lei de Infogoberno.

ción en liña (*on line Administration*) ou Goberno electrónico (*e-Government*)[46], no marco da contratación electrónica; nestes momentos conta cun sitio web renovado, que reproduce un sistema electrónico de contratacións públicas, que inclúen os servizos do Rexistro Nacional de Contratista en Liña e o Rexistro Nacional de Compras, co seguinte contido: i. Rexistro Nacional de Contratista en Liña: a. RNC en liña, b. Consulta de certificado electrónico, c. Avaliación de desempeño de contratistas, e d. Consulta pública de contratistas; ii. Rexistro Nacional de Compras: a. Programación electrónica de compras, b. Sumario de contratacións, c. Catálogo de produtos e servizos das Nacións Unidas, d. Catálogo de clasificación de compras, e. Publicación de chamados a participar en concursos abertos[47].

Adicionalmente, atópase aloxada no sitio web, as instrucións, os manuais e guías para o proceso de dixitalización dos documentos legais, técnicos e financeiros a ser presentados no Rexistro Nacional de Contratistas, polas persoas interesadas, para automatizar os procesos de inscrición e actualización no RNC, estes son: i. O instrutivo de dixitalización, ii. O esquema de dixitalización, iii. Modelo de acta de declaración xurada, e iv. Comprimido estrucura de almacenamento. Ferramentas que lle facilitan os trámites electrónicos nesa instancia, aos cidadáns que o necesiten.

3.3 As Normas Especiais sobre Administración Electrónica

En Venezuela deuse un primeiro paso regulatorio en materia de utilización de medios electrónicos, ao ditarse a *Lei De Mensaxes De Datos E Sinaturas Electrónicas (LMDSE)*, publicada na Gaceta Oficial núm. 37.148 do 28 de febreiro de 2001[48], sen circunscribir o seu ámbito subxectivo de aplicación exclusivamente aos órganos da Administración Pública, pola contra, ampliado o seu ámbito de aplicación a todas as persoas; constituíndose no seu obxectivo principal outorgar e recoñecer eficacia e, polo tanto, valor xurídico, á Sinatura Electrónica, á Mensaxe de Datos e a toda información intelixible en formato electrónico, independente do seu soporte material, atribuible a persoas naturais ou xurídicas, públicas ou privadas, así como regular todo o relativo aos provedores de servizos de certificación e certificados electrónicos[49]. Cunha interpretación ampla e progresiva do seu articulado, a partir dese momento, comézase a entender a natureza e o valor probatorio das mensaxes de datos, para ser empregados en procesos xudiciais e procedementos administrativos, como medios de proba atípicos.

Adicionalmente, e dentro do marco da habilitación lexislativa recibida polo Presidente da República no ano 2012, ditouse o Decreto Con Rango, Valor e Forza de Lei Sobre o Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información e Documentos Entre os Órganos e Entes do Estado (Lei de Interoperabilidade), publicado na Gaceta Oficial núm. 39.945, do 15 de xuño de 2012, norma que ten por obxecto establecer as bases e principios que rexirán o acceso e intercambio electrónico de datos, información e documentos entre os órganos e entes do Estado, co fin de garantir a implementación dun estándar de interoperabilidade, entendida

46 En Venezuela o goberno conta cun sitio web denominado goberno en liña, onde se integran as diferentes páxinas web do Estado e, subministra información pública xeral, http://gobiernoenlinea.gob.ve/home/homeG.dot.

47 Véxase o noso traballo, "La contratación pública por medios electrónicos..., *op. cit*. p. 463.

48 O Regulamento desta Lei publicouse na Gaceta Oficial núm. 38.086, do 14 de decembro de 2004.

49 Artigo 1 da LMDFE. Ver Sentenza Nro. 100, do 3 de febreiro de 2010, SPA-TSX, caso: Isf Alpiz Integradores De Solucións Financeiras, C.A.

como a capacidade dos órganos e entes do Estado de intercambiar por medios electrónicos datos, información e documentos de acceso público[50].

No referido decreto recoñécese o carácter de interese público da interoperabilidade como unha ferramenta que garante o desenvolvemento de servizos públicos integrados, complementarios e transparentes, así como, a simplificación dos trámites administrativos que os órganos e entes da Administración executan en atención aos requirimentos dos cidadáns, en pro da satisfacción das súas necesidades e mellora das relacións destes co Estado. Por iso, a interoperabilidade ten como fin apoiar a función e xestión pública que desenvolven os órganos e entes do Estado, garantindo a cooperación e colaboración requirida para proporcionar servizos e procesos públicos integrados, complementarios e transparentes, sobre a base do principio de unidade orgánica. Nese sentido os órganos e entes do Estado están obrigados a permitir entre si, o acceso, intercambio e reutilización, por medios electrónicos, dos datos de autoría[51], información e documentos de acceso público que posúan[52].

É, pois, a partir destas disposicións que se regula por primeira vez no plano local e de maneira específica, a obriga do Estado de inserirse no mundo da transmisión interna de datos, información e documentos por medios electrónicos; pero o máis importante aínda, ratifícase, aínda que desde o punto de vista teórico conceptual, sen que se defina unha política de difusión, o dereito dos cidadáns a participar e colaborar na promoción e uso dos servizos informáticos, así como a garantía dos cidadáns a estar informados, de forma oportuna, axeitada e efectiva, sobre os servizos que están obrigados a prestar os órganos do Poder Público. Nesa mesma orde desenvólvese o dereito de petición que teñen todos os cidadáns[53], por vía física e electrónica, ante as Oficinas de atención ao Cidadán dos respectivos órganos ou entes do Estado, para dirixir peticións, suxestións, reclamos, queixas ou denuncias vinculadas á prestación de servizos públicos ou pola irregularidade da actuación dos servidores públicos nos termos da Lei, que antes achegara a Lei de Simplificación. E por último, menciona a obriga de crear un rexistro automatizado para levar un control das mencionadas peticións, e así tramitalas debidamente e facerlle o seguimento correspondente, para responder de forma axeitada e oportuna[54].

Prevese a creación dun ente denominado: *Operador da Interoperabilidade,* adscrito ao Ministerio do Poder Popular con competencia en tecnoloxías de información, encargado do desenvolvemento, operación, mantemento e administración da Plataforma Nacional de Servizos de Información Interoperables, co fin de estandarizar, formalizar, integrar, reutilizar

50 Posteriormente no artigo 30 da Lei de Infogoberno reafírmase a necesidade e obriga da interoperabilidade das tecnoloxías de información, da seguinte forma: *"Os procesos soportados nas tecnoloxías de información no Poder Público e o Poder Popular deben ser interoperables, a fin de apoiar a función e xestión pública que estes prestan, garantindo a cooperación e colaboración requirida para proporcionar servizos e procesos públicos integrados, complementarios e transparentes, sobre a base do principio de unidade orgánica".*

51 O propio decreto lei define dato de autoría, como: *"Dato emanado dun órgano ou ente do Estado, na súa condición de autoridade competente para emitilo ou rexistralo, que resulta do cumprimento dos procesos administrativos que realiza con ocasión ao exercicio das súas atribucións ou como resultado da tramitación das dilixencias, actuacións ou xestións que realizan as persoas ante eles".*

52 Esta obriga de compartir información que posúen os órganos do Poder Público reitérase no artigo 32 da Lei de Infogoberno.

53 O dereito de petición atopa o seu fundamento constitucional no artigo 51 da Constitución da República Bolivariana de Venezuela, que expresamente sinala: *"Toda persoa ten o dereito de representar ou dirixir peticións ante calquera autoridade, funcionario público ou funcionaria pública sobre os asuntos que sexan da competencia destes ou estas, e de obter oportuna e axeitada resposta. Aqueles que violen este dereito serán sancionados ou sancionadas conforme á lei, podendo ser destituidos ou destituidas do cargo respectivo".*

54 Esta normativa estivo precedida polo Decreto Presidencial núm. 3.390, publicado na Gaceta Oficial núm. 38.095 do 28 de decembro de 2004, mediante o cal se dispuxo que a Administración Pública Nacional empregaría prioritariamente Software Libre desenvolvido con Estándares Abertos, nos seus sistemas, proxectos e servizos informáticos.

e compartir, por medios electrónicos, entre os órganos e entes do Estado, os datos, información e documentos que estes posúen conforme ás súas atribucións, de acordo ao principio de unidade orgánica e demais principios aplicables á interoperabilidade.

Mentres que a *Plataforma Nacional de Servizos de Información Interoperables*, está constituida polo conxunto de compoñentes tecnolóxicos, sistemas e servizos, que permite aos órganos e entes do Estado intercambiar datos, información e documentos facendo uso do estándar de interoperabilidade, cuxo proceso está obrigado a garantir, permitindo a cooperación, participación, interconexión e integración dos órganos e entes do Estado sobre unha plataforma común[55].

No proceso de intercambio de datos e outros, os órganos e entes do Estado deberán facer uso da *certificación electrónica*, a fin de garantir a integridade e autenticidade dos datos, información e documentos que se intercambien electronicamente, xa sexa que o seu orixinal se atope en medio impreso ou electrónico; conforme ás normas técnicas de seguridade da información que dite a autoridade competente na materia.

Cabe destacar que o Capítulo I do Título III da Lei de Interoperabilidade, que se refería á creación e regulación do Comité Nacional de Interoperabilidade, como órgano dependente administrativamente da Vicepresidencia Executiva da República, encargado de establecer e coordinar a aplicación dos principios e políticas para o acceso e intercambio electrónico de datos, información e documentos entre os distintos órganos e entes do Estado, resultou derrogado expresamente coa vixencia da Lei de Infogoberno, mediante a cal foi substituido pola Comisión Nacional das Tecnoloxías de Información.

4 A vixencia da Lei de Infogoberno e o seu efecto na Administración pública venezolana

Á fin, fai a súa aparición, a *Lei de Infogoberno*, publicada na Gaceta Oficial núm. 40.274 do 17 de outubro de 2013[56], sendo o obxecto desta norma establecer os principios, bases e lineamentos que rexen o uso das tecnoloxías da información no Poder Público e no denominado Poder Popular[57], para mellorar a xestión pública e os servizos que se prestan ás persoas, impulsando a transparencia do sector público. Nese sentido, a participación dos cidadáns e o exercicio pleno do dereito de soberanía, así como promover o desenvolvemento das tecnoloxías de información libres no Estado, garantindo a independencia tecnolóxica e a apropiación social do coñecemento. Este novidoso termo (*infogoberno*) resulta equivalente a Administración electrónica ou Goberno electrónico, empregados noutras lexislacións comparadas.

A través deste texto normativo, o Estado asumiu o compromiso definitivo de avanzar decididamente pola autoestrada da información e comunicación, na xestión pública en xeral, non

55 Ver artigo 33 da Lei de Infogoberno.

56 Esta Lei derroga expresamente o Capítulo I do Título III da *Lei de Interoperabilidade* e o Decreto de Software Libre.

57 Na Gaceta Oficial núm. 6.011 extraordinario do 21 de decembro de 2010, foi publicada a Lei Orgánica do Poder Popular (LOPP), cuxo obxecto é desenvolver e consolidar o Poder Popular, xerando condicións obxectivas a través dos diversos medios de participación e organización dos cidadáns en colectivo, establecidos na Constitución da República, na lei e os que xurdan da iniciativa popular, para que os cidadáns exerzan o pleno dereito á soberanía, á democracia participativa, protagónica e corresponsable, así como á Constitución de formas de autogoberno comunitarias e comunais, para o exercicio directo do poder por parte dos cidadáns.

só como a mera automatización das súas actividades, senón para reflectir a concepción do "Goberno Electrónico", co propósito de que a actividade interna da Administración se realice electronicamente e tamén na súa relación cos cidadáns[58], aínda que para iso se require unha reforma integral da estrutura do estado.

Ademais a norma declara de *interese* público e *estratéxico* as tecnoloxías da información e comunicación, en especial as tecnoloxías de información libres[59], como instrumento para garantir a efectividade, transparencia, eficacia e eficiencia da xestión pública; así como para asegurar a participación da cidadanía nos asuntos públicos, o empoderamento do Poder Popular e, contribuir corresponsablemente na consolidación da seguridade, defensa e soberanía nacional. Adicionalmente declara obrigatoria a utilización das tecnoloxías da información por parte dos órganos do Poder Público no exercicio das súas respectivas competencias, tanto na súa xestión interna, como nas súas relacións coas persoas e comunidades[60]. Igualmente, reitera os principios que deben imperar na implementación dos medios tecnolóxicos na xestión da Administración Pública, coas súas pequenas particularidades, destacando o principio de igualdade e o principio de legalidade, o principio de conservación documental, o principio de transparencia e o principio de accesibilidade, o principio de participación e de contraloría social, o principio de proporcionalidade e o principio de seguridade, e os principios de coordinación e de colaboración. Por iso, máis alá da retórica lexislativa, parecera que existe unha vontade decidida e declarada do goberno de deixarse levar pola sociedade da información e a comunicación, no desenvolvemento da xestión pública de maneira firme.

Unha das bondades da Lei, é que ratifica o Dereito dos cidadáns a relacionarse electronicamente coas Administracións Públicas, que comentaramos ao revisar a Carta Iberoamericana de Goberno Electrónico, con pequenos agregados no seu contido e que gardan relación co modelo de participación cidadá que deseñou o goberno venezolano, estes son: a. Dispoñer de mecanismos que permitan o exercicio da contraloría social facendo uso das tecnoloxías de información, e b. Empregar as tecnoloxías de información libres como medio de participación e organización do Poder Popular.

4.1 Contido do Dereito dos cidadáns a relacionarse electronicamente coas Administracións públicas segundo a Lei de Infogoberno

Este Dereito instrumental ao emprego das tecnoloxías de información nas relacións dos cidadáns coa Administración, sopórtase sobre o principio de igualdade, xa que aínda cando é obrigatorio para as Administracións avanzar pola autoestrada da información, implementando elementos tecnolóxicos, fronte ao cidadán, ese uso da tecnoloxía non debe constituirse en restritivo ou discriminatorio para as persoas, que sempre terán a garantía de poder acceder

58 GARCIA MACHO, R., 194 "Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento", *Na*AVV (Edt. J. Barnes), na *Transformación del derecho administrativo*, Sevilla, Editorial Derecho Global, 2008, p. 194.

59 Nesta corrente inscríbese a democratización da información, co denominado Software Libre ou Software de fonte aberta, que consiste en permitir o acceso libre a toda a información existente sobre o software da rede de redes. A libre circulación dos coñecementos técnicos e a cooperación son as súas premisas básicas. A distribución libre dos códigos fonte permite a calquera persoa modificalos e perfeccionalos, e devolvelos á rede nunha espiral ascendente de innovación tecnolóxica. (*COLINA, C., El Lenguaje de la Red. Hipertexto y postmodernidad, Caracas, Ediciones Universidad Católica Andrés Biso, 2002, p. 110*).

60 *Vid.* Artigo 6. Obligatoriedad del uso de las tecnologías de información. *"O Poder Público, no exercicio das súas competencias, debe empregar as tecnoloxías de información na súa xestión interna, nas relacións que manteñan entre os órganos e entes do Estado que o conforman, nas súas relacións coas persoas e co Poder Popular, de conformidade con esta Lei e demais normativa aplicable".*

á prestación dos servizos públicos ou calquera outra actuación dos órganos que exercen o Poder Público, por calquera medio existente, sexa físico, tradicional ou electrónico.

Porén, é deber do Estado garantir a todas as persoas, a través do sistema educativo os medios para a formación, socialización, difusión, innovación, investigación e comunicación en materia de tecnoloxías de información libres, segundo os lineamentos dos órganos reitores nas materias. Resulta conveniente precisar que a Lei determina que, no deseño e desenvolvemento dos sistemas, programas, equipos e servizos baseados en tecnoloxías de información, débese prever as consideracións de accesibilidade e usabilidade[61] necesarias para que estes poidan ser empregados de forma universal por aquelas persoas que, por razóns de discapacidade, idade, ou calquera outra condición de vulnerabilidade, requiran de diferentes tipos de soportes ou canles de información.

En consecuencia, débeselles garantir ás persoas, en igualdade de condicións, o acceso e a apropiación social do coñecemento asociado[62] ás tecnoloxías de información, en forma corresponsable entre o Poder Público e o Poder Popular. É por iso que os servizos prestados polo Poder Público e o Poder Popular a través dos portais de internet[63] deben ser accesibles, sinxelos, expeditos, confiables, pertinentes e auditables, e deben conter información completa, actual, oportuna e veraz, de conformidade coa lei. Así mesmo están obrigados a garantir nos seus respectivos portais de internet o exercicio do dereito das persoas a participar, colaborar e promover o uso das tecnoloxías de información libres, creación de novos servizos electrónicos ou melloramento dos xa existentes.

Cabe destacar que a información que conste nos arquivos e rexistros no Poder Público e no Poder Popular é de carácter público, agás que se trate de información sobre a honra, vida privada, intimidade, propia imaxe, confidencialidade e reputación das persoas, a seguridade e defensa da Nación, de conformidade co establecido na Constitución da República, a lei que regule a materia sobre protección de datos persoais. O uso das tecnoloxías de información polo Poder Público e o Poder Popular comprende a protección da honra, vida privada, intimidade, propia imaxe, confidencialidade e reputación das persoas; en consecuencia, está suxeito a limitacións. En consecuencia, os órganos e entes que exercen o Poder Público e as organizacións do Poder Popular, teñen a obriga de protexer a información que obteñen por intermedio dos servizos que prestan a través das tecnoloxías de información e a que repouse nos seus arquivos ou rexistros electrónicos.

Por outra parte, os órganos e entes que exercen o Poder Público e o Poder Popular, a través das tecnoloxías da información e comunicación, están obrigados a notificar ás persoas:

1. Que a información será recollida de forma automatizada;

61 *A propia lei define Usabilidade, como "os atributos que deben ter os sistemas de información para que sexan comprendidos, aprendidos e usados con facilidade polos seus usuarios ou usuarias".*

62 Artigo 17. Formación. *"O Poder Público debe proporcionar a formación en materia de tecnoloxías de información libres dos seus respectivos colectivos laborais, para que interactúen cos sistemas e aplicacións, desempeñando eficientemente os seus labores e funcións na xestión pública. Así mesmo debe facilitar a formación das persoas, a fin de garantir a apropiación social do coñecemento".*

63 É obrigatorio para os actores involucrados nesta norma contar cunha páxina web, como o sinala de maneira expresa o Artigo 18. *"Os órganos e entes do Poder Público e o Poder Popular, no exercicio das súas competencias, deben contar cun portal de internet baixo o seu control e administración. A integridade, veracidade e actualización da información publicada e os servizos públicos que se presten a través dos portais é responsabilidade do titular do portal. A información contida nos portais de internet ten o mesmo carácter oficial que a información impresa que emitan".*

2. O seu propósito, uso e con quen será compartida;

3. As opcións que teñen para exercer o seu dereito de acceso, ratificación, supresión e oposición ao uso da referida información e;

4. As medidas de seguridade empregadas para protexer a devandita información, o rexistro e arquivo, nas bases de datos dos organismos respectivos.

No que respecta aos datos persoais vinculados a nenos e adolescentes, en fin menores de idade, a norma prevé que, previa solicitude da persoa lexitimada, o Poder Público e o Poder Popular, a través das tecnoloxías de información, poden recompilar datos de nenos e adolescentes en relación aos seus dereitos e garantías consagrados na Constitución da República e a normativa correspondente. O receptor dos datos debe darlle prioridade, indicar os dereitos que o asisten e a normativa aplicable para levar a cabo o trámite solicitado en beneficio do neno ou adolescente. Unha vez que se obteña a devandita información empregarase unicamente aos fins o trámite. A información non pode ser divulgada, cedida, traspasada, nin compartida con ningunha persoa natural ou xurídica, sen o previo consentimento do seu representante legal, agás cando o menor de idade sexa emancipado, na investigación de feitos punibles, por unha orde xudicial, ou cando así o determine a lei. O consentimento expreso que se dese sobre a información do neno, nena ou adolescente sempre pode ser revogado.

Nas actuacións electrónicas que realicen os órganos que exercen o Poder Público e o Poder Popular, débese garantir a integridade, confidencialidade, autenticidade e dispoñibilidade da información, documentos e comunicacións electrónicas; polo cal estes instrumentos e actuacións electrónicas deberán ser conservados. A tal fin débese contar con repositorios dixitais nos que se almacene a información que manexen, así como os documentos que conformen o expediente electrónico, a fin de que sexan accesibles, conservados ou arquivados.

Os arquivos e documentos electrónicos que emitan os órganos e entes que exercen o Poder Público e o Poder Popular, que conteñan certificacións e sinaturas electrónicas teñen a mesma validez xurídica e eficacia probatoria que os arquivos e documentos que consten en físico. Cando a Lei esixa que un documento debe ser presentado en formato impreso e se atope en formato electrónico, tal requisito queda satisfeito cando este se presente en formato impreso e conteña un código unívoco que o identifique e permita a súa recuperación no repositorio dixital institucional correspondente. Tal situación establécese co obxecto de ter seguridade xurídica en todos os casos.

Por último, resulta unha obriga dos órganos e entes que exercen o Poder Público garantir a integridade, confidencialidade, autenticidade e dispoñibilidade da información, a través do uso de certificados e sinaturas electrónicas emitidas dentro da cadea de confianza de certificación electrónica do Estado venezolano, de conformidade co ordenamento xurídico venezolano e a Lei de Mensaxe de datos e Sinaturas Electrónicas.

A título de resumo reafírmase o dereito das persoas a relacionarse electronicamente coas administracións públicas, e especificamente o dereito a:

1. Dirixir peticións de calquera tipo facendo uso das tecnoloxías de información, quedando o Poder Público e o Poder Popular obrigados a responder e resolver as mesmas de igual

forma que se se tivesen realizado polos medios tradicionais, nos termos establecidos na Constitución da República e a Lei.

2. Realizar pagamentos, presentar e liquidar impostos, cumprir coas obrigas pecuniarias e calquera outra clase de obriga desta natureza, facendo uso das tecnoloxías de información.

3. Recibir notificacións por medios electrónicos nos termos e condicións establecidos na lei que rexe a materia de mensaxes de datos e as normas especiais que a regulan.

4. Acceder á información pública a través de medios electrónicos, con igual grao de confiabilidade e seguridade que a proporcionada polos medios tradicionais. O uso das tecnoloxías de información no Poder Público e o Poder Popular garante o acceso da información pública ás persoas, facilitando ao máximo a publicidade das súas actuacións como requisito esencial do Estado democrático e Social de Dereito e de Xustiza, agás aquela información clasificada como confidencial ou secreta, de conformidade coa lei que regule o acceso á información pública e outras normativas aplicables.

5. Acceder electronicamente aos expedientes que se tramiten no estado en que estes se encontren, así como coñecer e presentar os documentos electrónicos emanados dos órganos e entes do Poder Público e o Poder Popular, facendo uso das tecnoloxías de información.

6. Empregar e presentar ante o Poder Público e demais persoas naturais e xurídicas, os documentos electrónicos emitidos por este, nas mesmas condicións que os producidos por calquera outro medio, de conformidade coa presente Lei e a normativa aplicable.

7. Obter copias dos documentos electrónicos que formen parte de procedementos nos que se teña a condición de interesado ou interesada.

8. Dispoñer de mecanismos que permitan o exercicio da contraloría social facendo uso das tecnoloxías de información.

9. Empregar as tecnoloxías de información libres como medio de participación e organización do Poder Popular.

10. O Poder Público e o Poder Popular non poden esixirlle ás persoas, a consignación de documentos en formato físico que conteñan datos ou información que se intercambien electronicamente, de conformidade coa lei.

5 Consideracións finais

A Administración Pública foi concibida para servir ao ser humano, mentres que a evolución da humanidade determinou que ese servizo público debe reunir unhas condicións especiais a favor das persoas. Débese contar cuns postulados de principio para mellorar a calidade de vida dos cidadáns, por iso ese servizo debe ser prestado de maneira eficiente, universal, incluínte, o que supón inmediatamente elevados estándares de calidade, para chegar a pensar na noción de boa administración. Ademais da teoría xeral da administración pública e os seus principios, na actualidade, para acadar eses elevados niveis de calidade e eficiencia,

débese contar co emprego dos medios electrónicos propios da sociedade da información na que nos atopamos todos os seres humanos, sen distinción de nacionalidade, sexo nin condición social. A internet ou a rede foi unha das grandes invencións da humanidade, a partir dela, e a través da implementación dos portais, páxinas web, dispositivos móbiles, redes sociais, repositorios dixitais e outros elementos tecnolóxicos, pódese cumprir con máis facilidade coas tarefas públicas.

A tecnoloxía prodúcese, actualízase e reinvéntase con maior rapidez que as normas e leis, pero débese realizar un esforzo de actualización xurídica e de interpretación humana importante, para non ser desbordado pola tecnoloxía; xa que o dereito sempre debe tratar de xerar respostas a estes fenómenos, en función do benestar dos cidadáns.

Avaliamos de maneira positiva a iniciativa de regulación que se está a producir na rexión, pero as devanditas regulacións normativas deben ir acompañadas da implementación de políticas de Estado que as complementen, investimento en infraestrutura, ampliación de plataformas informáticas, proceso educativo interno e externo dirixido ás comunidades, para que o éxito estea garantido a curto prazo.

Sen dúbida que normas como as contidas na Lei de Infogoberno van mudar a interpretación do funcionamento xeral da Administración Pública, e a visión que posúen os cidadáns con respecto á función de servizo dos órganos ou entes do Estado e, os dereitos que posúen fronte ao exercicio do Poder. Vai resultar decisiva a influencia que exercerá a Lei de Infogoberno na sistematización electrónica da Administración Pública en xeral, que avanzou de maneira importante nese camiño do uso das tecnoloxías da información e comunicacións, ao reforzar o dereito de todos a empregar os mecanismos electrónicos para interactuar cos órganos que exercen o Poder Público. Estase producindo no mundo unha verdadeira revolución silenciosa a propósito da invasión da sociedade da información, está cambiando o vocabulario, novos termos incorpóranse na lingua de moitas rexións e nestes escenarios tecnolóxicos muda en consecuencia o comportamento do ser humano, e fronte a isto a Administración debe estar preparada.

Débese recoñecer que a maioría dos órganos da Administración Pública no país, xa adiantaron a creación dos seus respectivos portais web, onde aloxan gran parte da información de interese para o cidadán e, prevense tímidos avances de participación, pero é indubidable que se require a mellora constante desas sedes virtuais, o apoio e instrución do axente público cara o cidadán, e a toma de conciencia dese cidadán sobre a forza da ferramenta que a tecnoloxía e a Lei lle pon á súa disposición e, en fin, para que esixa con madurez, máis e mellor democrática.

O desenvolvemento e a consolidación do Goberno Electrónico en Iberoamérica pasa porque os Estados establezan, ademais de leis como as comentadas, políticas, estratexias e programas de inclusión dixital, para combater a info-exclusión, reducindo a brecha dixital e eliminando as barreiras existentes para o acceso aos servizos electrónicos, e que poidan, en definitiva, ser aproveitadas as ferramentas que hoxe se brindan á colectividade. Como o indica, HERNÁNDEZ MENDIBLE:

> "… a Administración electrónica non se impón mediante norma legal ou regulamentaria, senón que require a construción dun novo modelo organizacional cuxo rostro será o portal electrónico, que constitúe o sitio web oficial da devandita Administración e

que require para o seu funcionamento, o establecemento das redes de comunicacións electrónicas, a implementación de hardware e software de doado acceso, a compatibilidade e interoperatividade con calquera plataforma tecnolóxica, a capacitación do persoal que debe empregar os equipos e brindar o soporte técnico, así como a información que requiran os usuarios para a utilización efectiva do mesmo"[64].

6 Bibliografía

Fontes impresas

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003.

CANÓNICO SARABIA, Alejandro, "La contratación pública por medios electrónicos", (Coord. A. Canónico Sarabia) en *Temas Relevantes Sobre Los Contratos, Servicios y Bienes Públicos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana e CAJO, 2014.

COLINA, Carlos, El Lenguaje de la Red. Hipertexto y postmodernidade, Caracas, Ediciones de la Universidad Católica Andrés Biso, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERMÁNDEZ, Tomás, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2006.

GARCÍA MACHO, Ricardo, "Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento", AAVV (Edt. J. Barnes) en la *transformación del derecho administrativo*, Sevilla, Editorial Derecho Global, 2008. pp. 183-229.

HERNÁNDEZ, José Ignacio, Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, "El derecho administrativo en la sociedad de la información", (Eds. F. Parra e A. Rodríguez), en Estudios de Derecho Administrativo, Volume II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001.

"Los procedimientos administrativos en Venezuela", (Coord. A. Canónico Sarabia), en Visión Actual de los Procedimientos Administrativos, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana e CAJO, 2011.

"El Régimen Jurídico del Procedimiento de Selección y del Expediente Administrativo de Contratación", *En Ley de Contrataciones Públicas*, Colección Textos Legislativos núm. 44, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 3ª Edición, 2012.

IVANEGA, Miriam M., "Reflexiones Acerca de la Transparencia Gubernamental", (Coord. V. Hernández-Mendible) *En Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo,* Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela, Tomo I, Caracas, Ediciones Paredes, 2009.

64 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V., Los procedimientos administrativos... *op. cit.*, p. 143.

JINESTA LOBO, Ernesto, "Administraciones Públicas Electrónicas: Retos y Desafíos para su Regulación en Iberoamérica", (Coord. V. Hernández-Mendible) *En Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo,* Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela, Tomo I, Caracas, Ediciones Paredes, 2009.

MORAGA KLENNER, Claudio, *Contratación Administrativa*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Reforma administrativa y nuevas políticas públicas,* Caracas, Editorial Sherwood, 2005.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando, "Reflexiones sobre el Procedimiento Administrativo y la Simplificación de Trámites en Venezuela", (Coord. A. Canónico Sarabia), en *Visión Actual de los Procedimientos Administrativos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana e CAJO, 2011.

Fontes electrónicas

ROMERO PÉREZ, Jorge E., *Contratación Administrativa Electrónica en América Latina*, en Revista de Ciencias Jurídicas núm. 121, 2010, http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9787/9233 [consultada o 22 de xullo de 2014].

http://old.clad.org/reunións-internacionais/eventos-realizados/iv-conferencia-iberoamericana-de-ministros-de [consultada o 20 de febreiro de 2014].

http://old.clad.org/documentos/declaracións/cartaibero.pdf/view [consultada o 28 de setembro de 2014].

http://old.clad.org/documentos/declaracións/cartagobelec.pdf [consultada o 13 de xaneiro de 2014].

http://www.snc.gob.ve/noticia/comunicado-apertura-de-cuenta-twitter [consultada o 25 de maio de 2014].

http://rncenlinea.snc.gob.ve/ [consultada o 25 de maio de 2014].

Criterios para a valoración dun inmoble integrado nun ámbito declarado ben de interese cultural

Criterios para la valoración de un inmueble integrado en un ámbito declarado bien de interés cultural

Criteria for the valuation of a property integrated into an area declared wel of cultural interest

48 Regap

ELVIRA CARREGADO PAZOS
Arquitecta. Concello de Ourense (Galicia, España)
urbanismo.ecarregado@ourense.es

Recibido: 18/02/2015 | Aceptado: 22/04/2015

Ningún home é suficientemente rico para comprar o seu propio pasado
Oscar Wilde

Resumo: *A determinación do valor dun inmoble cultural precisa dun coñecemento profundo das súas características e o aprecio destas no mercado. Trátase dun proceso moi complexo.*

Isto é debido á inexistencia dun mercado regular, así como ás escasas compravendas que habitualmente teñen un prezo forzado polas dificultades de mantemento ou pola falta de liquidez dos seus propietarios. Pero sobre todo, porque non se trata de achegar un valor exclusivamente material, senón de incluír neste peso inmaterial que proporciona ser testesmuña e emisario da historia.

Esbózanse as bases dunha metodoloxía de valoración dos bens culturais e considéranse todas as variables posibles para determinar, en cada caso, o método máis adecuado.

Palabras clave: *Patrimonio cultural, valoración de solo, expropiación, ben de interese cultural.*

Resumen: *La determinación del valor el inmueble cultural precisa de un conocimiento profundo de sus características y el aprecio de éstas en el mercado. Se trata de un proceso muy complejo.*

Esto es debido a la inexistencia de un mercado regular, así como a las escasas compraventas; éstas habitualmente tienen un precio forzado por dificultades de mantenimiento o por falta de liquidez de los propietarios. Pero sobre todo porque no se trata de aportar un valor exclusivamente material, sino de incluir en éste el peso inmaterial que proporciona ser testigo y emisario de la historia.

Se plantean las bases de una metodología de valoración de bienes culturales considerando todas las variables posibles para determinar en cada caso el método más adecuado.

Palabras clave: *Patrimonio cultural, valoración de suelo, expropiación, Bien de Interese Cultural.*

Abstract: *The determination of the value of cultural property requires a deep understanding of their characteristics and appreciation on the market. It is a very complex process.*

This is due to the absence of a regular market, as well as the few purchases; these usually have a forced maintenance difficulties or lack of liquidity of the owners. But mostly because it is not to provide an exclusively material but included in this intangible weight providing witness and emissary of history value.

The basis of a methodology for assessment of cultural goods arise considering all possible variables to determine in each case the most appropriate method.

Keywords: *Cultural Interest, cultural heritage, land valuation, expropriation.*

Índice: *1 introdución. 2 Os valores do patrimonio cultural. 3 A valoración económica de inmobles con interese histórico-artístico / Valoración do patrimonio arquitectónico cultural. 3.1 Metodoloxía. 3.1.1 Existe mercado de inmobles culturais. 3.1.2 Non existe mercado de inmobles culturais. 4 Criterios para a valoración dun inmoble situado nun BIC. 5 Bibliografía. 6 Anexos gráficos: Ficha catastral e ficha urbanística da AI 8. Cualificación do solo*

1 Introdución

Constitúe un privilexio ter herdado bens que forman parte do patrimonio histórico-cultural, pero esta distinción xera un compromiso para o seu correcto traspaso a futuras xeracións.

Os bens culturais teñen un valor innegable non só por tratarse de obxectos materiais, senón pola importancia que a comunidade lles outorga como testemuñas da historia, o que os converte en bens diferentes ao resto, non poden ter o mesmo valor que calquera outro similar pero sen a calidade de cultural. A súa taxación resulta complexa debido á falta de información, pois hai poucos mercados onde se comercialicen, e á falta dunha metodoloxía de valoración desenvolvida para a aplicación ao Patrimonio Cultural.

A determinación do valor histórico-artístico, faise imprescindible non só cando se trata de valorar un palacio, unha igrexa, senón tamén noutras ocasións onde a priori parecía menos evidente. Así pois, que ocorre cunha propiedade na que aparecen restos arqueolóxicos?[1].

Evidentemente a valoración sería completamente distinta, posto que a propiedade pasaría a ter un valor histórico-artístico. O achado resulta beneficioso para a sociedade, desde o momento que axuda aos expertos a coñecer o noso pasado. Porén, parece que o propietario se ve prexudicado por atoparse na súa propiedade algún xacemento arqueolóxico, complícase a xestión, alónganse os prazos, pero tamén a finca pode revalorizarse por posuír un ben de interese cultural recoñecido por distintas administracións. Entón, a dificultade atópase na obtención do valor: canto pasa a valer unha finca na que se atopan restos arqueolóxicos?

2 Os valores do patrimonio cultural

O patrimonio é unha entidade viva, onde coexisten diferentes tipos de valores que están interactuando uns con outros, algúns amósanse, outros están "ocultos", outros están xurdindo, e inclusive en algúns casos teñen rozamentos entre eles, pero todos o definen.

1 Rodríguez, José Ángel, Blasco, Ana e Guijarro, Francisco. *Metodología para la valoración económica de inmuebles con interés histórico-artístico.* ETSIA. UPV .S.P. Universidad Politécnica de Valencia, 1999, pp. 1 e 2.

Así, o patrimonio como expresión dunha cultura, queda determinado como a necesaria conxunción do material (valores tanxibles) e a derivación imprevisible dos seus significados e das súas conexións simbólicas (valores intanxibles).

Para un recoñecemento preciso dos valores formúlase a seguinte tabulación, que queda incluída na clasificación anterior:

Valores históricos

É fundamental tomar o patrimonio como documento histórico. Identificar aqueles valores que atinxen á existencia mesma do obxecto de intervención. Considerando ademais as mensaxes "ocultas", aquelas que se desprenden dunha análise rigorosa do obxecto, que permiten definir os seus valores particulares ou únicos. O ámbito temporal debe comprender todas as épocas, desde a súa orixe ata os nosos días, sen preeminencia dunha sobre outra.

Valores arquitectónicos

Trátase daqueles que teñen que ver co espazo, o tipo, a tipoloxía, o funcional e o contexto. Son os relativos ao obxecto en si, onde poden descubrirse certos valores como a concepción espacial, o manexo da luz, da escala, a organización funcional.

Valores artísticos

Reflicten un estilo determinado, expresan unha técnica de realización ou a habilidade dun artista. Poden ser de diferente natureza e de diferentes proporcións, pero todos en xeral espertan un pracer estético.

Se ben están moi ligados aos valores arquitectónicos, débese enfatizar que ao estar os valores artísticos incorporados ao patrimonio, ademais de garantir a súa conservación, débese asegurar a permanencia do rol que cumpren dentro do patrimonio.

Valores formais

Aqueles que corresponden coa súa xeometría, dimensións, proporcións, cromas, texturas, tanto as orixinais como aquelas adquiridas no tempo.

Fan referencia ademais á imaxe que posúe en xeral o patrimonio. Búscase valorar os seus conceptos compositivos, de proporcións e do deseño en xeral. Son valores intrínsecos ao patrimonio, e colaboran na súa definición como tal.

Valores construtivo-estructurais

Comprende os referidos ao patrimonio en tanto construción e estrutura, para avaliar os niveis de importancia dos seus diferentes elementos construtivos na vida do patrimonio. Identifícanse como imprescindibles para a súa permanencia.

Valores simbólicos

O patrimonio existe como tal, a partir da acción do home, nunha relación onde o patrimonio posúe valores simbólicos, estamos abordando o patrimonio como vehículo de transmisión de ideas e contidos, como medio de comunicación entre dous mundos distintos, do pasado e do presente.

Valores funcionais ou de uso

Avalíase o patrimonio en tanto que serve para satisfacer unha necesidade ou función concreta. Esta valoración funcional, debe asegurar o axeitado uso do patrimonio, xa sexa conservando a súa función primixenia ou propoñendo novos usos, que respecten a súa condición patrimonial.

Valores circunstanciais

Complementan ou nalgúns casos potencian os anteriores, por seren específicos dun tempo e espazo determinado. Poden ser valores sociais, culturais, territoriais e urbanísticos que polas súas connotacións lle outorgan ao patrimonio un valor "adicional".

Valores éticos

Concirnen ao conservador e determinan as pautas de acción. Calquera intervención, no patrimonio construído, ten un carácter transitorio. Só nalgúns casos é posible participar na esencia do mesmo.

Para establecer unha teoría do valor dos bens do patrimonio histórico distinguimos entre un valor de uso, un valor formal e un valor simbólico.

O valor de uso

O valor de uso máis xeral e inmediato refírese á calidade do produto en tanto que serve para facer algo ou dá satisfacción a unha necesidade humana. Esta necesidade pode concibirse como de consumo de patrimonio, ás veces con importantes consecuencias económicas, ou tamén podería aceptarse un uso puramente contemplativo corno é o caso do obxecto estético, cuxa razón de ser é o pracer que proporciona ao observador e o desexo de posuílo que esperta. Tamén pode aparecer un uso de carácter simbólico. A estes hai que engadir a utilidade intanxible, que é a que proporciona o coñecemento.

O valor formal

Responde ao feito indiscutible de que determinados obxectos son apreciados pola atracción que espertan nas persoas por razón da súa forma e polas calidades inherentes que presentan.

O valor comunicativo

Os obxectos do pasado son a única cousa absolutamente certa que temos do tempo que xa pasou. Máis alá das palabras ou as lembranzas, de forma diferente a como os documentos

contan o pasado, estes obxectos representan a única oportunidade da que nos podemos valer para manter viva unha relación tanxible co pasado. Eles son fragmentos de pasado que na súa materialidade participan ao mesmo tempo o pasado e o presente. Como símbolos os obxectos do pasado adquiren unha carga comunicativa enorme.

3 A valoración económica de inmobles con interese histórico-artístico. Valoración do patrimonio arquitectónico-cultural

A valoración de inmobles con interese histórico-artístico presenta grandes dificultades. No seu cálculo do valor conflúen multitude de variables, tanto cualitativas como cuantitativas, debido, entre outros motivos, ás escasas e esporádicas transaccións e tamén á lexislación vixente sobre este tipo de inmobles catalogados.

Cómpre ter presente que os valores histórico e artístico poden concorrer ou non nun inmoble. Así, segundo Illán e Roldán[2] o valor estritamente artístico radica na peculiaridade da súa composición e deseño e na calidade da execución formal, en cambio, son causas do valor histórico a súa relación cunha época e/ou a súa relación co autor, ademais da súa posible relación con acontecementos ou personaxes. No valor histórico ou cultural dos inmobles participaran todos os elementos da construción orixinal, fosen restaurados ou non; pero non os engadidos posteriores á época que non teñan tamén a calidade de culturais.

O solo do inmoble tamén participará no valor cultural ou histórico. É certo que un edificio se pode trasladar do seu lugar orixinal a outro diferente e reconstruílo, pero queda desnaturalizado[3] ao separalo da súa localización.

Á hora de realizar a valoración económica de calquera tipo de inmoble cómpre observar determinadas características relativas á súa localización, ao mercado e outras propias do activo a valorar, a valoración dun inmoble con valor histórico-artístico non é unha excepción aínda que ten outras particularidades, algunhas das cales imos estudar a continuación.

No que se refire ás características propias da localización, para o caso que nos ocupa pasan a un segundo plano ou mesmo, en certas ocasións, deixan de ter importancia. Non obstante existen características da localización e do inmoble que se mesturan entre si, e pódese observar como unhas inflúen sobre outras. Tal é o caso dos acontecementos que marcan a historia do inmoble como poden ser quen o construíu e cando, e os feitos máis relevantes que tiveron lugar alí.

Aspectos relevantes propios do inmoble son a rareza tanto en cantidade como xeográfica, é dicir, se é habitual atopar no seu mesmo ámbito bens coas mesmas características artísticas e con tanta carga histórica como o estudado, e que ademais permita o uso para o cal

2 Illan, J .R. e Roldan Verdejo, P.J. "Consideraciones sobre los valores histórico y artístico en los bienes muebles e inmuebles". Revista de Derecho Urbanístico, nº 106, xaneiro-febreiro 1998. Tornado de Caballer, V. e outros .Valoración del Patrimonio Arquitectónico y Cultural, 1999, p. 173.

3 Illan, J .R. e Roldan Verdejo, P.J. "Consideraciones sobre los valores histórico y artístico en los bienes muebles e inmuebles". Revista de Derecho Urbanístico, nº 106, xaneiro-febrerio 1998. Tornado de Caballer, V. e outros .Valoración del Patrimonio Arquitectónico y Cultural, 1999, p. 173.

se require, sempre considerando as limitacións que supón o caso de que o inmoble estea catalogado como Ben de Interese Cultural (en adiante BIC) e dependendo da categoría da devandita catalogación.

Por último quedaría o estudo do mercado, no cal a oferta estaría relacionada coa rareza, aínda que non ten por que coincidir coa súa rareza arquitectónica, posto que a existencia de varios inmobles coas mesmas características non determina que todos se oferten. En canto ao estudo da demanda, require un desenvolvemento previo dos usos que poida ter o inmoble e a demanda sempre será en función dos usos alternativos dos que se dispoña.

3.1 Metodoloxía

Para a determinación do valor de calquera inmoble é necesario un coñecemento profundo das características do mesmo, e do aprecio destas no mercado que vai definir o peso de cada peculiaridade no valor final.

O proceso de valoración complícase cando o inmoble é cultural. Por varios motivos:

- As transaccións son pouco frecuentes e non hai un mercado propio destes bens que funcione con regularidade, o que dificulta a obtención de información útil para a valoración.
- Entre as escasas compravendas hai casos nos que o prezo de venda final está forzado, been polas dificultades para o mantemento do mesmo ou polas necesidades de liquidez do vendedor.
- Porque non se trata de dar un valor a un inmoble exclusivamente material, senón que conta co peso inmaterial que lle achega ser testemuña e emisario da historia.

En canto á metodoloxía de valoración dos inmobles culturais, esbózanse dous escenarios valorativos: cando hai un mercado no que se transmitan e cando este non existe.

3.1.1 Existe mercado de inmobles culturais

É o caso de edificios que poden ter unha utilidade para o seu aproveitamento e/ou uso. O mercado, aínda que non sexa de competencia perfecta e conte con transaccións máis ou menos esporádicas, permítenos acceder a información sobre transaccións ou prezos de oferta e demanda que poden orientar na estimación dun valor de mercado.

Aínda que a definición cualitativa do valor histórico dun inmoble pode chegar a determinarse con certa precisión mediante unha análise metódica, o cálculo do seu valor encerra grandes dificultades e bastante imprecisión. Isto débese á insuficiencia e imperfección deste tipo de mercado.

Nas taxacións de inmobles pódense aplicar catro grupos de métodos:

- Sintéticos ou comparativos
- Analíticos ou de capitalización

– De valor de reposición ou de custo

– Econométricos.

A elección do método dependerá da súa capacidade para reflectir o valor do inmoble en relación ao mercado e da finalidade da valoración, debendo esta ser xustificada polos taxadores.

Os métodos sintéticos clásicos presentan o inconveniente de considerar que o valor de ben depende dunha soa variable explicativa, seguindo un modelo lineal. Evidentemente, o valor dun inmoble cultural ten a súa orixe en moitas ou varias variables explicativas, nunca nunha soa. En segundo lugar, a relación entre a variable explicativa e o valor do inmoble cultural dificilmente será constante. E en terceiro lugar, se simplificamos a estimación do valor a unha función lineal univariante, cando a variable explicativa sexa igual a cero daranos un valor de mercado tamén igual a cero, e un ben aínda na súa orixe sempre ten un valor por pequeno que sexa.

Fundamentalmente, na valoración de inmobles singulares recórrese ao cálculo do custo de relocalización-reposición neto. Outras técnicas aplicables son a valoración analóxica (método econométrico); a actualización de rendas (método de capitalización), se o inmoble está afecto a unha actividade económica ou suxeito a arrendamento, ou o valor residual dinámico (método de capitalización), se se agarda obter unha renda e o inmoble está en rehabilitación.

O custo de relocalización-reposición neto determina o valor do inmoble como a suma dos investimentos necesarios para substituílo por outro novo das mesmas características con materiais e tecnoloxía actual. Concretamente, súmase o valor de mercado do terreo, os custos de construción ou de rehabilitación e os gastos necesarios para construílo, calculados a prezos actuais e deducindo a depreciación física e funcional. Neste caso, o valor do terreo deberá ter en conta a rixidez do plan urbanístico que soporta.

Cando un inmoble é único, o custo de reposición queda coxo na súa estimación porque, en principio, non reflicte o valor cultural do ben ao basear os seus cálculos nun edificio novo sen esa calidade. Neste sentido, consideramos atinada a achega da Orde ECO/805/2003, de 27 de marzo, que propón incluír o valor histórico ao calcular o custo da edificación, se ben non especifica como facelo.[4]

Por outro lado, entendemos que non ten sentido deducir a depreciación física no valor de relocalización-reposición neto cando valoramos bens culturais. A antigüidade e a obsolescencia non fan que perdan valor ou se reduza a súa vida útil, senón que en certa medida os introduce "noutra vida"[5] na que reside parte do seu valor. O estado de conservación está preservado pola lei e, en teoría, débense manter en bo estado. Pero aínda que esta premisa non se cumpra, o relevo cultural do ben ten máis repercusión no seu valor que a deterioración física.[6]

En canto á valoración analóxica, é un método adecuado cando se trata dun mercado con poucas transaccións ou do que se ten pouca información, como o que nos ocupa. Para

4 Art. 18.3 da Orde ECO/805/2003.

5 Ballart, J.: El patrimonio histórico y arqueológico: valor y uso. Barcelona, Editorial Ariel, 1997, p. 229.

6 Caballer, V., Ramos, M.A., Rodríguez, J.A., Rodríguez, J. e Santisteban, P. Valoración del patrimonio arquitectónico y cultural, Valencia, S.P. Universidad Politécnica de Valencia, 1999, p. 177.

iso, calcúlase un valor analóxico, que pode ser o de oferta, o catastral ou o de reposición[7], que teña un comportamento similar ao valor de mercado e sobre o que exista información dispoñible.

Para acadar un valor subxectivo (pero racional), clasifícanse todos os factores que se consideran estimadores do seu valor e establécese a comparación con outras propiedades especiais, semellantes, integradas nun mercado especial, das cales se coñece ben o seu valor de transacción, ou ben o seu valor de oferta.

Proponse empregar para a comparación, propiedades situadas en diferentes zonas do país e realizar unha análise estatística na que se considera o valor de mercado medio de propiedades máis comúns da comarca, como apoio na definición da capacidade de adquisición na zona. Para a obtención do valor histórico-artístico dun inmoble singular considérase como método máis apropiado o analóxico[8].

Grazas a esta metodoloxía pódese considerar, para a obtención do valor do activo en cuestión, un amplo número de características doutros inmobles testemuña, todas elas a priori necesarias para a estimación do valor.

Esta información permite estimar ecuacións por regresión que explican o valor analóxico ao de mercado como función dun conxunto de variables explicativas. Posteriormente, analízase a relación de equivalencia entre o valor analóxico e o de mercado para poder empregar as ecuacións obtidas no cálculo do valor analóxico como estimador do valor de mercado.

Para a aplicación desta metodoloxía en primeiro lugar é necesaria a elaboración dunha base de datos propia na que se recolla a maior cantidade de información posible de distintos inmobles testemuña. A continuación preséntase unha serie de posibles variables esóxenas a considerar, clasificadas segundo fagan referencia ao medio, á construción e ao interese cultural.

Os datos recompilados sobre as variables sométense a un tratamento estatístico a través dunha análise de regresión, establecendo unha ecuación que estime o valor de mercado.

Referentes ao contorno:

Situación, localización, accesibilidade, grao de urbanización, demanda, a situación do mercado no lugar de localización de cada inmoble, paisaxe, turismo, tráfico peonil.

Referentes á construción:

Metros construídos, metros de terreo, integración paisaxística, tipo de construción, ano de construción, nivel arquitectónico, rehabilitación, funcionalidade, número de habitacións, número de baños, usos alternativos, xardíns ou propiedade, estado de conservación.

7 Nota a pé de páxina 6 en Blasco Ruiz, A. e Rodríguez González, J.A.: "Valoración económica del patrimonio arquitectónico y cultural. Una aplicación..., 2002, p. 560.

8 Caballer, V., Ramos, M.A., Rodríguez, J.A., Rodríguez, J. e Santisteban, P. Valoración del patrimonio arquitectónico y cultural, Valencia, S.P. Universidad Politécnica de Valencia, 1999, p. 185. "A valoración analóxica presenta unha metodoloxía econométrica de taxación axeitada a obter información sobre o valor de mercado dentro daqueles mercados con poucas transaccións ou escasa información mediante o emprego dun valor auxiliar, denominado valor analóxico (valor de oferta, valor catastral, valor de reposición)."

Referentes ao interese cultural:

Anos parte histórica, rareza xeográfica, impacto social, interese artístico, % parte artística, acontecementos históricos, atributo relixioso, cultural, social, político, artístico, estético, intelectual, científico, académico, turístico.

A existencia de máis ou menos variables das relacionadas dependerá do tipo de ben que se pretende valorar.

Unha vez elaborada a base de datos, aplícase a análise factorial á información de partida. A técnica de compoñentes principais sintetiza ao máximo a información, co criterio de perda mínima de capacidade explicativa en canto á varianza total dos datos. Coa análise factorial agrúpanse as variables en factores, podéndose explicar estes como combinación lineal das variables. Os factores normalmente sométense a un proceso denominado rotación, os factores rotados son combinacións lineais dos orixinais e, por tanto, das variables de partida.

A aplicación dos criterios expostos conduce a unha ecuación óptima para o cálculo do valor histórico-artístico. Se algún factor non resulta estatisticamente significativo, ademais de ser excluído da análise de regresión, significa que as variables esóxenas de maior peso no factor, non resultan influentes na explicación da variabilidade da variable dependente. Da regresión de compoñentes principais obtense un coeficiente de determinación axustado e un coeficiente de variación que determina a bondade do axuste.

A partir da ecuación obtida obtense o valor analóxico do inmoble, despois de ter en conta tanto aspectos habituais en valoración urbana como outros máis específicos, característicos do ben cultural.

A metodoloxía proposta permite estimar o posible valor de mercado dun B. I. C. mediante o emprego de valores analóxicos, sen necesidade de coñecer o valor de mercado, tan pouco transparente nestes casos. Tamén permite detectar que variables non son influentes na explicación da variabilidade da variable dependente.

En casos moi concretos, como os de inmobles culturais afectos a unha explotación económica ou que producen unha renda por atoparse en réxime de aluguer, pode sernos útil a actualización de rendas. Con este tipo de valoración, estimamos o valor do ben capitalizando os rendementos económicos futuros do mesmo durante o período de tempo que vaia durar a explotación ou de vixencia do contrato de arrendamento. Ademais, se o período de estimación é limitado, habería que sumar o valor do inmoble ao final do mesmo actualizado ao momento actual, aumentando o valor obtido pola capitalización temporal das rendas netas futuras.

Cando se trata de inmobles ligados a unha actividade económica, é moi importante determinar a contía de rendemento económico neto a "asignar ao inmoble" "para distinguila da correspondente á xestión empresarial[9]. Os datos poden variar, porque non é o mesmo a explotación dun inmoble de forma independente que facelo conxuntamente con outros. O principal problema desta forma de valoración é a elección do tipo de capitalización estimativo do valor de mercado e, máis aínda, se se trata do valor de mercado dun ben cultural. É dicir, non nos valería o tipo de capitalización axeitado para un inmoble normal, xa que

9 Medina Davila-Ponce de León, E.: Valoración inmobiliaria: estudio y cálculo del valor de mercado de los bienes inmuebles. Madrid, Editorial Dykinson, 1998, p. 390 e 391.

reflictiría exclusivamente o valor de mercado dun ben non cultural. En canto ao valor do inmoble cultural ao final do período de explotación ou aluguer, este haberá de amosar o compoñente cultural do valor.

Por último, o método residual dinámico, en xeral, "emprégase para valorar proxectos de investimento, capitalizando os cobros e pagamentos desde que se inicia o proxecto ata o remate da súa construción, venda e cobro"[10]. Aplicado á valoración de inmobles culturais, busca calcular o valor dun inmoble a rehabilitar en función dos valores esperados segundo os usos do mesmo, respectando o principio de maior e mellor uso. Ao formulármonos a rehabilitación e a valoración dun inmoble, non habemos de esquecer o principio de maior e mellor uso. Isto implica a obtención do máximo valor esperado de entre os diferentes valores para os usos que resulten máis rendibles, desde o punto de vista financeiro e económico, tendo en conta a capacidade e intensidade da edificación ou rehabilitación. Por suposto, a formulación da análise realízase baixo o respecto tanto á normativa legal e ás posibilidades físicas do ben, como ás características ou calidades culturais do inmoble e a incidencia que poida ter nas mesmas ou no medio ambiente.

A valoración segundo este método consiste en determinar o valor do inmoble cultural a rehabilitar pola capitalización dos ingresos e gastos previstos para cada período de tempo ata a finalización do proceso. Ademais do problema da elección da taxa de capitalización axeitada para estimar o valor de mercado dun ben cultural, tamén resultará complicada a fixación dos ingresos ou os cobros no tempo e das súas contías[11] para un uso concreto. En calquera actividade económica, mesmo se se vai destinar á venda, a situación prevista pode modificarse e mesmo chegar a fallar por completo. Polo que sería aconsellable formular varios escenarios diferentes antes de decidir cal tomar para realizar a valoración. Require profundos coñecementos dos mercados e das situacións de demanda.

En calquera caso, a aplicación destes métodos, sobre todo os econométricos, atopan a súa maior dificultade na falta de bases de datos cunha amplitude axeitada, situación provocada porque o número de transaccións de inmobles histórico-artísticos non é moi alto, e menos se hai que acoutalo a un período determinado ou a un tipo e tamaño de inmobles.

3.1.2 Non existe mercado de inmobles culturais

Que non haxa un mercado para gran parte dos inmobles culturais supón que descoñecemos o seu prezo, pero non que carezan de valor.

Os bens culturais considéranse bens económicos con algunhas características especiais por ser públicos, únicos e insubstituíbles[12]. Neste sentido, hai autores que os asemellan aos bens ambientais, que son bens económicos xeradores de utilidade por si mesmos[13] e, en consecuencia, susceptibles de valoración.

10 Silvan Martínez, L.J.: Tasaciones mercantiles, hipotecarias, catastrales y de mercado. Tasaciones periciales contradictorias. Peritaciones judiciales. Madrid., Editorial Dykinson, 2000, p. 64.

11 Medina Davila-Ponce De Leon, E.: Valoración inmobiliaria: estudio y cálculo del valor de mercado de los bienes inmuebles. 1998, p. 360.

12 Caballer, V., Ramos, M.A., Rodríguez, J.A., Rodríguez, J. e Santisteban, P. Valoración del patrimonio arquitectónico y cultural, Valencia, S.P. Universidad Politécnica de Valencia, 1999, pp. 223-225 e 255.

13 Arriaza Balmon, M.; González Arenas, J. ; Ruiz Avilés, P. e Cañas Madueño, J.A.: "Determinación del valor de uso de cinco espacios naturales protegidos de Córdoba y Jaén". I Congreso Internacional de Valoración y Tasación. Centro de Ingeniería Económica de la Universidad Poli-

Dada a similitude mencionada, recórrese a algúns métodos de valoración desenvolvidos pola economía ambiental. As técnicas que parecen ser útiles para medir o valor dos inmobles culturais sen mercado, é dicir, sen prezo, diferéncianse en dúas categorías: as de preferencias reveladas, como o método do custo da viaxe, e as de preferencias declaradas, como a valoración continxente.

O método do custo da viaxe

Permite efectuar unha valoración da demanda e do valor recreativo do ben. Baséase na idea de que o custo da viaxe para visitar un sitio pode ser considerado como unha aproximación para a valoración do ben sen mercado. Como é lóxico, os consumidores estarán dispostos a pagar un custo se agardan obter unha utilidade a cambio, que entendemos non será inferior ao custo soportado.

Para aplicar o método cómpre definir unha variable dependente que cuantifique a utilidade xerada polo ben á sociedade, tamén denominado nivel de desfrute, e unha ou máis variables independentes que expliquen a dispoñibilidade a gozar dos beneficios ofrecidos polo inmoble cultural. O valor do ben cultural dependerá de variables como o custo da entrada, o custo da viaxe, o custo do tempo empregado no traxecto e na visita, etc.

Os datos necesarios adoitan obterse a través dun cuestionario que se pasa a unha mostra representativa dos consumidores que cada período de tempo determinado visitan o inmoble cultural, e pola información subministrada polos propietarios ou administradores do mesmo. Recabada a información, o estudo levarase a cabo con datos agregados por zonas medias de proveniencia ou con datos individuais dos visitantes. Co procedemento de datos agregados a curva de demanda é menos representativa do comportamento real dos visitantes; mentres que o de datos individuais esixe unha cantidade de información que non sempre está dispoñible.

O método calcula o valor do inmoble empregando unha información concreta en substitución do prezo, pero esa información só fai referencia aos usuarios directos do inmoble sen ter en conta ás persoas que aínda non o visitaron. É dicir, ignora o posible valor do ben para aqueles cidadáns que non o usaron.

Por outro lado, cando durante a viaxe se visite máis dun edificio cultural, aparécenos o problema de como distribuír os custos da viaxe entre os distintos bens. Polo que o método resulta máis sinxelo de aplicar cando só se vaia ver un monumento ou, se se visita máis dun, cando se desexe valorar o conxunto dos bens visitados.

O método de valoración continxente

Tamén busca conseguir dunha curva de demanda do ben. Neste caso, o método suple a falta de mercado imaxinando un hipotético no que os supostos usuarios teñen a oportunidade de tomar decisións económicas hipotéticas. Certamente é unha opción factible ante a inexistencia dun mercado real, pero cunha limitación importante, é case imposible que se cree ese mercado hipotético no que os individuos posúan a convicción de que van pagar efectivamente polo ben ou servizo. A ferramenta principal de estudo é o cuestionario, que se pasará a unha mostra de poboación vía entrevista persoal, telefónica, por correo ou por correo

técnica de Valencia. Valencia, 2002, p. 176.

electrónico, para coñecer a súa disposición a entregar ou aceptar unha cantidade de diñeiro para que se produza unha mellora ou un retroceso na dispoñibilidade do inmoble cultural.

A poboación da que se vai extraer a mostra estará formada pola poboación en xeral, e non só polos usuarios do ben. Polo que a valoración do inmoble recollerá as apreciacións das persoas que o visitan, as de xente que aínda non o fixeron e as de individuos que nunca o farán.

En canto ao cuestionario, a redacción é tremendamente importante para obter valores pouco parciais[14]. De feito, variará en función do obxectivo da valoración e das características do ben a valorar.

En xeral, a estrutura deste será a seguinte: unha introdución na que se delimita o contexto ao que se refire o taxador, unha descrición rigorosa do inmoble cultural a valorar, a demanda do valor que os enquisados dan ao ben ou servizo en cuestión, e unhas cuestións relativas ás características socioeconómicas da mostra.

Á hora de solicitar a valoración do inmoble, pódense empregar varios mecanismos de demanda. Cada tipo de pregunta ten vantaxes e inconvenientes e será o encargado da valoración o que terá que decidir e xustificar cal é a máis útil para os seus propósitos.

A información obtida a través dos cuestionarios tratarase estatisticamente e extrapolarase o resultado á poboación para coñecer o beneficio para a mesma.

A valoración continxente, no caso de bens e servizos sen mercado, estase empregando na actualidade, pero atopamos que encerra certos riscos de erro[15] que poden distorsionar a estimación do valor dun ben a través da disposición a pagar dos enquisados: os entrevistados poden dar unha resposta falsa para influír nunha decisión política sobre o inmoble en cuestión; se o enquisado non é capaz de situarse en escenarios hipotéticos ou pensa que as súas respostas non teñen ningún valor existe a posibilidade de que haxa diferenzas entre o que se declara e o que realmente se pagaría; a forma de pagamento, o formato das preguntas, o tipo de enquisa, a presentación do ben, tamén afectarán á resposta do entrevistado.

4 Criterios para a valoracions dun inmoble situado nun BIC

Lexislación aplicable

- Lei de 16 do decembro de 1954, de expropiación forzosa, e as súas modificacións (en adiante LEF)
- Decreto de 26 do abril de 1957, polo que se aproba o Regulamento da Lei de Expropiación Forzosa, e as súas modificacións.
- Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia (en diante LOUGA), e as súas modificacións.

14 Riera, P., Manual de valoración contingente. Madrid, 1994, Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Economía y Hacienda, 1994, p. 54.

15 Arriaza Balmon, M.; González Arenas, J.; Ruiz Avilés, P. e Cañas Madueño, J. A.: "Determinación del valor de uso de cinco espacios naturales protegidos de Córdoba y Jaén". I Congreso Internacional de Valoración y Tasación, 2002, p. 178.

- Real decreto lexislativo 2/2008, do 20 de xuño, polo que se aproba o Texto refundido da Lei do solo, e as súas modificacións (en adiante TRLS)
- Real decreto 1492/2011, do 24 de outubro, polo que se aproba o Regulamento de valoracións da Lei do solo, e as súas modificacións (en adiante RVLS).
- Real decreto 3288/1978, do 25 de agosto, polo que se aproba o Regulamento de xestión urbanística, e a súas modificacións (en adiante RXU).
- Real decreto 1020/1993, do 25 de xuño, polo que se aproban as Normas técnicas de valoración e o cadro marco de valores do solo e das construcións para determinar o valor catastral dos bens inmobles de natureza urbana, e as súas modificacións.

Tomamos de referencia un inmoble situado no ámbito do BIC con categoría de sitio histórico do conxunto "Fontes Termais das Burgas e o seu contorno delimitado" (en adiante BIC das Burgas)

De conformidade co apartado 2 do TRLS:

> "2. A aprobación dos instrumentos da ordenación territorial e urbanística que determine a súa lexislación reguladora levará consigo a declaración de utilidade pública e a necesidade de ocupación dos bens e dereitos correspondentes, cando os devanditos instrumentos habiliten a súa execución e esta deba producirse por expropiación.»

E segundo o apartado 1 do artigo 30:

> "O prezo xusto dos bens e dereitos expropiados fixarase conforme os criterios de valoración desta lei mediante expediente individualizado ou polo procedemento de taxación conxunta".

De acordo ao determinado no Plan especial de protección do BIC das Burgas, na Área de Intervención AI-8, formúlase a valoración do inmoble no que se sitúa o Colexio San José.

Segundo o disposto no artigo 142 da LOUGA e o 201 do RXU, cando se estableza para un ámbito o Sistema de actuación por expropiación, "a Administración actuante poderá aplicar o procedemento de taxación conxunta (…)".

Dado que a Área de intervención 8 presenta características homoxéneas no referente á situación urbanística dos terreos obxecto de expropiación, seguirase o procedemento de taxación conxunta conforme o establecido nos artigos 143 e 144 da LOUGA. É o 143 o que determina o que ha de conter o expediente de expropiación.

Delimitación do ámbito territorial e a relación das persoas titulares

Inclúese no anexo gráfico a ficha catastral e urbanística. O titular é único; a Comunidade do Colexio San José.

Criterios de valoración

Os terreos e bens obxecto da expropiación están incluídos na área de intervención AI 8 do Plan especial de protección do BIC das Burgas, a desenvolver por expropiación ou convenio.

Se non se chega a acordo para formalizar un convenio actuaríase por expropiación, sistema directo, de acordo ao 140.3 da LOUGA.

"*O prezo xusto expropiatorio dos terreos determinarase de acordo co establecido na lexislación básica do Estado* "segundo determina o artigo 142 da LOUGA, polo que será de aplicación o establecido no TRLS e no RVLS.

Os criterios xerais para a valoración de inmobles están recollidos no artigo 22 da TRLS.

Situación básica do solo

De acordo ao citado artigo 22, cómpre determinar a situación básica do solo que se vai expropiar para poder establecer o método de valoración.

Os terreos obxecto da expropiación están clasificados como solo urbano consolidado con uso global equipamento docente/terciario privado.

> Os terreos están edificados, polas súas características **considéranse <u>como solo urbanizado edificado</u>**. A valoración realizarase segundo o establecido no artigo 23 do RVLS:
>
> > *"Cando se trate de solo edificado ou en curso de edificación, o valor da taxación será o superior dos seguintes:*
> >
> > *a) O determinado pola **taxación conxunta do solo e da edificación** existente que se axuste á legalidade segundo o establecido no artigo 5 deste regulamento, polo método de comparación, aplicado exclusivamente aos usos da edificación existente ou a construción xa realizada, de acordo co artigo 24 deste regulamento.*
> >
> > *b) O determinado polo método residual, regulado no artigo 22 deste regulamento, aplicado exclusivamente ao solo, sen consideración da edificación existente ou a construción xa realizada".*

Polo tanto, será necesario calcular ambos os dous valores a fin de determinar o valor da parcela indicada.

<u>Descrición do ben que se vai valorar</u>

A parcela está ocupada pola edificación, na porcentaxe dos espazos aptos para ela que determina a lexislación de ordenación territorial ou urbanística.

Trátase dunha parcela de 5.092 m^2 cunha superficie construída de 7.824 m^2 de uso docente.

O RVLS establece no seu artigo 24 os criterios para o cálculo do valor conxunto do solo e a edificación polo método de comparación, diferenciando dúas situacións:

– Cando exista un conxunto estatisticamente significativo de transaccións reais ou de ofertas cuxo número sexa igual ou superior a seis mostras comparables, seleccionando as mostras comparables con condicións de semellanza ao inmoble a valorar.

– Cando non existan suficientes mostras comparables que satisfagan as condicións de semellanza, poderanse empregar técnicas de homoxeneización de prezos que consideren as circunstancias que poidan supoñer diferenzas significativas de valor.

O inmoble a valorar presenta características que supoñen unha gran dificultade que permita atopar unha mostra de comparables sen empregar técnicas de homoxeneización, xa que se trata dun colexio situado nunha zona céntrica pero ao mesmo tempo incluído nunha Área de Intervención do Plan Especial con condicións patrimoniais que foron descritas anteriormente. Sería necesario realizar un estudo de mercado, cuestión complicada, posto que non existen inmobles na zona cos que se poida homoxeneizar. Considero que o óptimo, ante esta situación tan complexa, sería realizar unha mostraxe con bens inmobles similares para empregar a comparación, propiedades situadas en diferentes zonas do país de acordo ao método analóxico descrito neste traballo.

Para valorar o solo urbanizado edificado, segundo o establecido no artigo 23 do RVLS, sería necesario tamén determinar o valor do solo polo método residual como se non existise edificación. Este depende da edificabilidade correspondente a cada un dos usos considerados (neste caso dotacional) en metros cadrados edificables por metro cadrado de solo e do valor de repercusión do solo de cada un dos usos considerados, en euros por metro cadrado edificable.

Este valor de repercusión depende do valor en venda do metro cadrado de edificación, do uso considerado do produto inmobiliario acabado, calculado sobre a base dun estudo de mercado estatisticamente significativo, en euros por metro cadrado edificable polo coeficiente K, que pondera a totalidade dos gastos xerais, incluídos os de financiamento, xestión e promoción, así como o beneficio empresarial normal da actividade de promoción inmobiliaria necesaria para a materialización da edificabilidade. Para acadar ese mercado estatisticamente significativo volvémonos atopar na complexa situación anterior, e polo tanto poderiamos volver empregar a valoración analóxica como base para determinar ese mercado que nos determina o valor de repercusión.

5 Bibliografía

ARECHEDERRA SAUVAGÉ, E.M. *Método de Valuación de Inmuebles Históricos*. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. 2010

ARRIAZA BALMON, M.; GONZÁLEZ ARENAS, J .; RUIZ AVILÉS P. e CAÑAS MADUEÑO, J.A. "*Determinación del valor de uso de cinco espacios naturales protegidos de Córdoba y Jaén*". I Congreso Internacional de Valoración y Tasación. Centro de Ingeniería Económica de la Universidad Politécnica de Valencia. 3, 4 e 5 de xullo de 2002. Valencia.

BALLART, J., TRESSERRAS, J. *Gestión del patrimonio cultural*, Barcelona, Editorial Ariel, 2008.

BALLART HERNÁNDEZ, Josep, FULLOLA PERICOT, Josep María e PETIT MENDIZABAL, Mº dels Angels. 1996. *El valor del patrimonio histórico.* ISSN 1131-6993, Nº Extra 6 .ISBN 84-7491-567-8, p. 215-224.

BARRERO RODRÍGUEZ, M.C. *Algunas reflexiones sobre los efectos de la STC 61/1997 en las regulaciones del Planeamiento establecido en leyes sectoriales; en particular, su*

incidencia sobre los artículos 20 e 21 de la Ley del Patrimonio Histórico Español. Revista de derecho urbanístico y medio ambiente, ISSN 1139-4978, Año nº 33, Nº 167, 1999, p. 55-81.

BERNAL SANTA OLALLA, B. *Propuesta de indicadores para evaluar el bien declarado patrimonio mundial: catedral de Burgos. ACTAS DE LA 13ª ASAMBLEA INTERNACIONAL DE ICOMOS. MADRID 2002*.

CABALLER, V., RAMOS, M.A., RODRÍGUEZ, J.A., RODRÍGUEZ, J. e SANTISTEBAN, P.(1999). *Valoración del patrimonio arquitectónico y cultural.* S.P. Universidad Politécnica de Valencia.

CHOAY, F. *Alegoría del patrimonio*. Barcelona, Gustavo Gili, 2007.

FERNÁNDEZ CARBALLADA, A. e ANEIROS FILGUEIRA, B. *Proxecto de Expropiación de terreos incluídos na Área de Reparto AR-As Burgas do "Plan Especial de Protección do Ben de Interese Cultural con categoría de Sitio Histórico do Conxunto das Fontes Termais das Burgas e o seu contorno delimitado", Ourense.*

FLORES JIMENO, M.R. *Tratamiento contable del patrimonio cultural.* Editorial de la Universidad de Granada, 2005.

GONZÁLEZ MORENO-NAVARRO, A. *La restauración objetiva*, Barcelona, EDIM, 1999.

GONZÁLEZ VARAS, I. *Normativa de patrimonio histórico Cultural de España. Conservación de bienes culturales. Teoría, historia, principios y normas*. Cátedra, 2000.

GÓMEZ MACEDOLL, D. *Los valores en el patrimonio arquitectónico.* ACTAS CICOP 2010

HERRERA, C. e EZQUERRO, L.J. *Valoración económica de monumentos urbanos.* Bogotá, Eumed, 2004

MEDINA DAVILA-PONCE DE LEÓN, E. *Valoración inmobiliaria: estudio y cálculo del valor de mercado de los bienes inmuebles.* Editorial Dykinson. Madrid. 2008.

PERÓN DELGADO, E. e BRUZÓN PIEDRA, S. *Modelo y procedimiento para calcular el valor económico de inmuebles patrimoniales. En el Observatorio de la Economía Latinoamericana, Nº 166, 2012.* Texto completo en http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/cu/2012

PRIETO GONZÁLEZ, J. M. *Consideración de los valores histórico, artístico y estético en los procesos de valuación inmobiliaria.* Architecture, City and Environment", Juny 2011, vol. 6, núm. 16, p. 31-68

RAMOS, J. E ROLDÁN VERDEJO, P. *Consideraciones sobre los valores históricos artísticos en los bienes muebles e inmuebles"* Revista de derecho urbanístico nº 106 Xaneiro-febreiro 1988

RODRÍGUEZ, J. A., BLASCO, A. e GUIJARRO, F. *Metodología para la valoración económica de inmubbles con interés histórico-artístico.* ETSIA. UPV .S.P. Universidad Politécnica de Valencia.

RIERA, P. *Manual de valoración contingente. Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Economía y Hacienda*. Madrid. 1994.

RIGANTI, P."*Il valore di esistenza do Patrimonio Culturale*". Genio Rurale, n° 11. 1996.

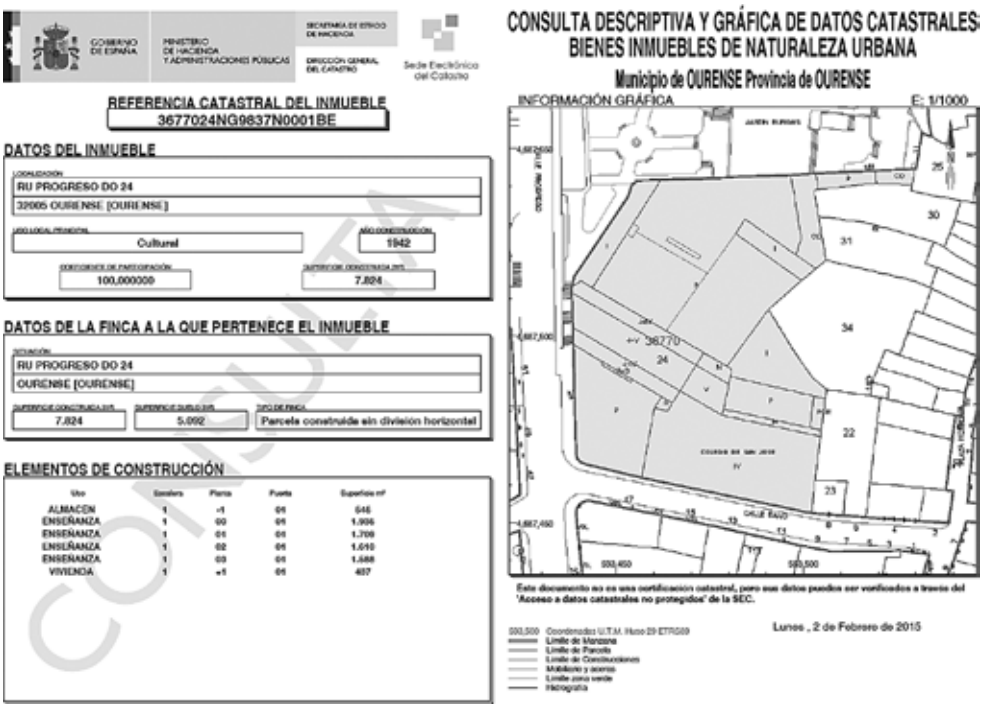
ROMA VALDÉS, A. *La determinación de la cuantía en los daños al patrimonio arqueológico.* Revista ph Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, n.º 82 Monográfico, maio 2012, pp. 71-74

SILVAN MARTÍNEZ, L.J. *Tasaciones mercantiles, hipotecarias, catastrales y de mercado. Tasaciones periciales contradictorias. Peritaciones judiciales*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid. 2000.

SUÁREZ-INCLÁN DUCASSI, M. R. *El uso sensato del Patrimonio Cultural a la luz de la evolución histórica y conceptual.* Metodología de la restauración y la rehabilitación. Ediciones Munilla-Leira.1999.

6 Anexos gráficos

Ficha catastral



GOBIERNO DE ESPAÑA · MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS · SECRETARÍA DE ESTADO DE HACIENDA · DIRECCIÓN GENERAL DEL CATASTRO · Sede Electrónica del Catastro

REFERENCIA CATASTRAL DEL INMUEBLE
3677024NG9837N0001BE

DATOS DEL INMUEBLE

LOCALIZACIÓN
RU PROGRESO DO 24
32005 OURENSE [OURENSE]

USO LOCAL PRINCIPAL: Cultural
AÑO CONSTRUCCIÓN: 1942
COEFICIENTE DE PARTICIPACIÓN: 100,000000
SUPERFICIE CONSTRUIDA (m²): 7.824

DATOS DE LA FINCA A LA QUE PERTENECE EL INMUEBLE

LOCALIZACIÓN
RU PROGRESO DO 24
OURENSE [OURENSE]

SUPERFICIE CONSTRUIDA (m²): 7.824
SUPERFICIE SUELO (m²): 5.092
TIPO DE FINCA: Parcela construida sin división horizontal

ELEMENTOS DE CONSTRUCCIÓN

Uso	Escalera	Planta	Puerta	Superficie m²
ALMACEN	1	-1	01	646
ENSEÑANZA	1	00	01	1.906
ENSEÑANZA	1	01	01	1.709
ENSEÑANZA	1	02	01	1.610
ENSEÑANZA	1	03	01	1.688
VIVIENDA	1	+1	01	467

CONSULTA DESCRIPTIVA Y GRÁFICA DE DATOS CATASTRALES
BIENES INMUEBLES DE NATURALEZA URBANA
Municipio de OURENSE Provincia de OURENSE

INFORMACIÓN GRÁFICA — E: 1/1000

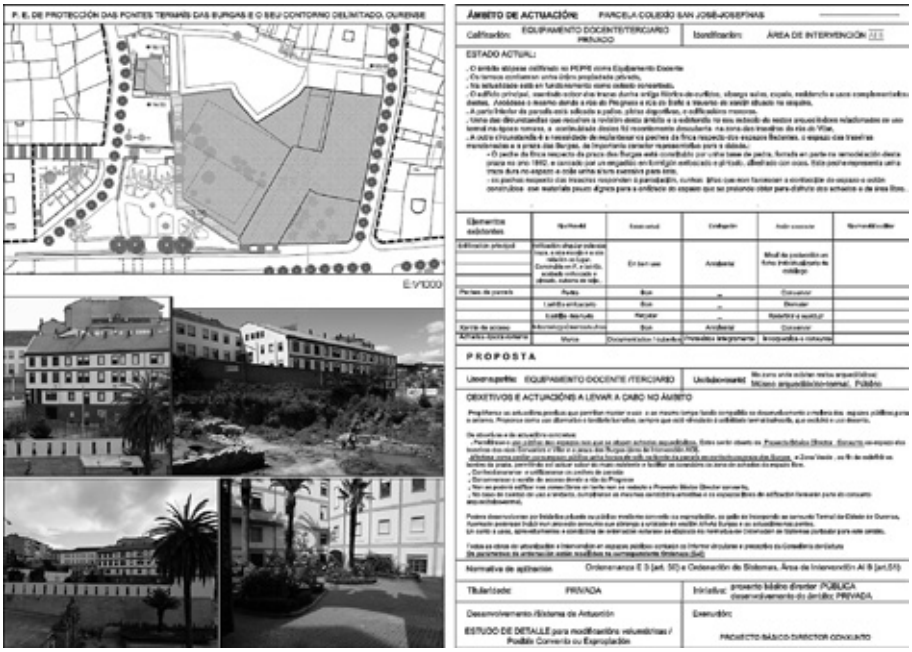
Este documento no es una certificación catastral, pero sus datos pueden ser verificados a través del 'Acceso a datos catastrales no protegidos' de la SEC.

Lunes , 2 de Febrero de 2015

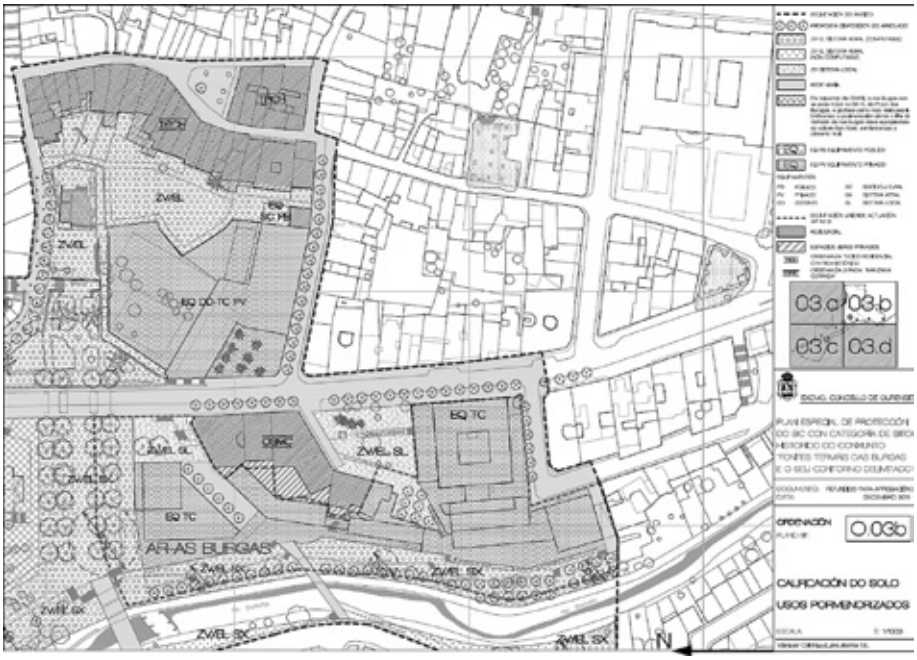
Coordenadas U.T.M. Huso 29 ETRS89
Límite de Manzana
Límite de Parcela
Límite de Construcciones
Mobiliario y aceras
Límite zona verde
Hidrografía

COPIA

Ficha urbanística



Cualificación do solo



Problemas actuais da disciplina da execución administrativa en Italia*

Problemas actuales de la disciplina de la ejecución administrativa en Italia

Current problems of the discipline of the administrative execution in Italy

48 Regap

MELANIA D'ANGELOSANTE
Alma Mater Studiorum - Universidade de Bolonia (Italia)
melania.dangelosante@unibo.it

Recibido: 26/06/2014 | Aceptado: 22/04/2015

Resumo: *O estudo reflexiona sobre as relacións entre eficacia, executividade, executoriedade das resolucións administrativas e execución administrativa á luz da reforma de 2005, pola que se introduciron na Lei xeral italiana sobre o procedemento disposicións en materia de «eficacia das resolucións administrativas limitativas da esfera xurídica dos particulares» (art. 21* bis*), de «executoriedade» (art. 21* ter*), así como de «eficacia» e de «executividade das resolucións administrativas» (art. 21* quater*).*

Palabras clave: *execución administrativa – eficacia, executividade e executoriedade da resolución administrativa.*

Resumen: *El estudio reflexiona sobre las relaciones entre eficacia, ejecutividad, ejecutoriedad de las resoluciones administrativas y ejecución administrativa a la luz de la reforma de 2005, por la que se han introducido en la Ley General Italiana sobre el Procedimiento disposiciones en materia de «eficacia de las resoluciones administrativas limitativas de la esfera jurídica de los particulares» (art. 21* bis*), de «ejecutoriedad» (art. 21* ter*), así como de «eficacia» y de «ejecutividad de las resoluciones administrativas» (art. 21* quater*).*

Palabras clave: *ejecución administrativa – eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad de la resolución administrativa*

Abstract: *The essay concerns the relationship between effectiveness, executive effect and executory effect of administrative decisions – on the one hand – and the power of public administration to execute, directly and coercively, the administrative decisions – on the other hand. This relationship is analysed mostly in the light of the reform carried out by law 15/05, which has introduced in the Italian Administrative Procedure Act (law 241/90) provisions regarding the effectiveness of administrative decisions with restrictive effect (article 21* bis*), the executory effect of administrative decisions (article 21* ter*) and their effectiveness related to their executive effect (article 21* quater*).*

* Tradución elaborada pola Dra. Flor María Ávila Hernández da Universidade do Zulia.

Key words: *power of public administration to execute, directly and coercively, the administrative decisions – effectiveness, executive effect and executory effect of administrative decisions*

Índice: *1 Premisa. 1.1 A difícil delimitación do tema e dos problemas formulados. 2 Eficacia e executividade da acción administrativa. 2.1 A eficacia e a executividade no marco máis amplo da execución administrativa. 2.2 As outras disposicións: o prazo no que se debe levar a cabo a execución, e a suspensión da eficacia ou da execución da resolución administrativa. 3 A executoriedade. 3.1 Executoriedade e execución administrativa. 3.2 Algúns casos particulares. 3.3 O obxecto da executoriedade. 3.4 Principio de legalidade, disciplina da execución administrativa e natureza xurídica da potestade de execución. 3.5 A cuestión da natureza, discrecional ou regulada, da potestade de execución. 4 Unha visión de conxunto*

1 Premisa

Aínda que hai algúns anos esta mesma autora realizou unha primeira aproximación ao estudo da execución administrativa[1], hoxe atopámonos ante a esixencia de volver sobre os temas entón analizados, co fin de actualizalos, se ben, no presente traballo, esta tarefa enfocarase dun modo diferente, enfocando a devandita análise cara aqueles aspectos que presentan maior interese para un público estranxeiro.

O estudo naceu da esixencia de reflexionar sobre as relacións entre *eficacia*, *executividade*, *executoriedade* das resolucións administrativas e *execución administrativa* á luz da reforma de 2005, pola que se introduciron na Lei Xeral Italiana sobre o Procedemento, disposicións en materia de «eficacia das resolucións administrativas limitativas da esfera xurídica dos particulares» (art. 21 *bis*), de «executoriedade» (art. 21 *ter*), así como de «eficacia» e de «executividade das resolucións administrativas» (art. 21 *quater*)[2].

Neste contexto, a executoriedade das resolucións administrativas queda subordinada á regra da legalidade, en virtude do artigo 21 *ter*[3].

Ademais, xunto co obxectivo antes sinalado, co presente traballo perséguese: a) permitir a un público estranxeiro —a través da análise do caso italiano— buscar algunhas respostas a aqueles problemas comúns a outros Ordenamentos xurídicos sobre este tipo de relacións (entre eficacia, executividade, executoriedade e execución administrativa das resolucións da administración pública); b) facilitar a posta en común dos problemas relativos ás cuestións sinaladas, e, sobre todo, as posibles solucións aos mesmos.

O traballo articúlase do seguinte modo: a) a primeira parte dedícase á delimitación do tema e dos problemas formulados; b) a segunda ten por obxecto a análise da relación entre eficacia e executividade da acción administrativa; c) na terceira examínase a executoriedade das obrigas administrativas; d) na última parte ofrécese unha visión de conxunto.

1 M. D'Angelosante, *L'azione amministrativa dalla efficacia alla esecuzione nella riforma della legge 241 do 1990*, en *Dir. amm.*, 2009, 3, 723-794.

2 Véxase M. Clarich, *Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà*, en V. Cerulli Irelli (editado por), *A disciplina xerale dell'azione amministrativa*, Nápoles, Jovene, 2006, 317 ss.

3 Sobre o principio de legalidade existe unha abundante bibliografía; véxase, en particular: L. Carlassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966; S. Fois, *Legalità (principio di)*, en *Enc. dir.*, Milán, Giuffrè, 1973; A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, en *Dir. pubb.*, 1995, 91 ss.; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milán, Giuffrè, 2001, 6 ss.; B.G. Mattarella, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, Relatorio á 53° Conferencia sobre estudos administrativos, sobre "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia" – Varenna, 20-22 setembro 2007; G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, l. 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i.*, en *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 321 ss.

En relación coa eficacia e a executividade, prestarase especial atención á relación entre eficacia e executividade no marco máis amplo da execución administrativa.

No que se refire á executoriedade, prestarase atención: a) á relación entre executoriedade e execución administrativa; b) ao obxecto da executoriedade; c) á relación entre o principio de legalidade, a disciplina da execución administrativa e a natureza xurídica da potestade de execución.

1.1 A difícil delimitación do tema e dos problemas formulados

O punto de partida é, como se dixo, a subordinación da potestade de execución administrativa ao principio de legalidade (para un maior desenvolvemento véxase §§ 2.1 e 3.4). A afirmación do principio de legalidade para os procedementos de execución coactiva reforza a convicción de que a execución debe ser entendida non como unha mera continuación do exercicio da potestade primaria, senón como unha manifestación dunha potestade independente, que debe ser prevista e disciplinada de forma autónoma[4].

Sobre este aspecto, cómpre lembrar as posicións sostidas con anterioridade á reforma de 2005.

De acordo coa primeira das devanditas posicións, a potestade administrativa de execución coactiva considerábase autónoma respecto da potestade primaria[5].

En cambio, de conformidade coa segunda das devanditas posicións, só era posible recoñecer carácter autónomo respecto á potestade primaria á *execución coactiva* (que se produce en contra da vontade do executado) e non á *execución administrativa* (que non se produce en contra da vontade do executado)[6].

Por último, os partidarios da terceira posición sostiñan a teoría da inmanencia da potestade de execución administrativa, é dicir, a teoría da súa reconducibilidade ao réxime típico da acción administrativa, sen prexuízo dunha atribución normativa específica[7].

Así, resulta imprescindible a análise da potestade de execución, sobre todo, da súa relación co principio de legalidade-nominatividade (previsión da potestade) e co principio de legalidade-tipicidade (disciplina das modalidades de exercicio da potestade).

4 Sobre o principio do procedemento debido como principio constitucional, cfr. G. Della Cananea, *The Italian administrative procedure act: progresses and problems*, en www.ius-publicum.com, 2011.

5 Véxase U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901, 52 ss.; B.G. Mattarella, *L'imperatività do provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, 118.

6 Cfr. F. Saitta, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, Nápoles, E.S.I., 1995; Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 1989, n. 401, in *Cons. Stato*, 1989, I, 698; T.A.R. Molise, 15 giugno 1990, n. 168, in *TAR*, 1990, I, 3245.

7 Véxase G. Sacchi Morsiani, *Esecuzione amministrativa*, en *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, § 2.4. Cfr. S. Cassese, *L'esecuzione forzata*, en *Dir. proc. amm.*, 1991, 177; Cons. Stato, Sez. IV, 30 ottobre 1957, n. 982, en *Cons. Stato*, 1957, I, 1256; Cass. civ., Sez. un., 30 diciembre 1965, n. 2485, en *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1120; T.A.R. Lombardia, Brescia, 20 ottobre 1981, n. 379, en *TAR*, 1982, I, 130; Cons. Stato, Sez. IV, 1 marzo 1950, n. 107, en *Foro amm.*, 1950, I, 1, 223; Cass. civ., Sez. un., 30 diciembre 1965, n. 2485, en *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1120; T.A.R. Valle d'Aosta, 17 marzo 2005, n. 34, en www.lexitalia.it, 2005, fasc. 4; U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., 51, 60 ss.; F. Cammeo, *A esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, en *Giur. it.*, 1929, 18 ss.; B.G. Mattarella, *L'imperatività do provvedimento amministrativo*, cit., 117 ss.; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit., III, 1456; G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, cit., 161; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 320 ss.; V. Cerulli Irelli, *Profili problematici dell'autotutela esecutiva*, en *Dir. proc. amm.*, 1986, 417 ss.; A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, en *Scritti giuridici*, III, Jovene, Nápoles, 1990, § 14; G. Corso, *L'efficacia do provvedimento amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1969, 467 ss.; O. Ranelletti, *Gli atti amministrativi*, en *Id.*, *Scritti giuridici scelti*, Nápoles, Jovene, restampa 1992, 717.

Esta dobre acepción do principio de legalidade amplía a necesidade de exame: a) da lexitimación "por natureza" da potestade "secundaria" respecto da potestade "primaria"; b) da ancoraxe constitucional directa ou mediata (a través da institución da reserva de lei) das potestades administrativas (sobre todo, de natureza restritiva de dereitos); c) das condicións que permiten a excepción do principio de legalidade[8].

Ademais, partindo dos novos artigos 21 *bis, ter* e *quater* da Lei Xeral sobre o Procedemento Administrativo pódese observar, en certo modo, o desenlace da trama das relacións entre as dimensións da *eficacia*, da *executividade*, da *executoriedade* e da *execución administrativa das resolucións da administración pública*.

Con anterioridade á reforma, a reconstrución das posicións expresadas sobre a relación entre eficacia e execución, entre executividade e executoriedade, así como entre execución administrativa e executoriedade, parece máis difícil debido á súa heteroxeneidade.

Outra cuestión formulada refírese, especialmente despois da reforma, á natureza, discrecional ou regulada, da potestade de execución, e á funxibilidade entre a execución administrativa e a ordinaria (para un maior desenvolvemento véxase § 3.5).

Na ciencia do dereito administrativo italiano, a *eficacia do acto* fai referencia á produción de efectos xurídicos[9], mentres que a *perfección* do acto implica a presenza de todos os seus elementos constitutivos[10] e a *validez* do acto leva consigo a conformidade co marco normativo aplicable[11].

Así mesmo, a consecución do resultado concreto que se pretende obter cunha determinada acción administrativa comporta, frecuentemente, unha actividade de *execución* distinta e posterior respecto daquela que conduciu á adopción da resolución eficaz. A eficacia resulta, ás veces, insuficiente para satisfacer integramente o conxunto dos intereses pretendidos (para un maior desenvolvemento véxase §§ 2.1 e 3.1).

Á súa vez, a acción administrativa obxecto de execución atopa, normalmente, o seu fundamento nunha resolución *executiva / executoria*. Porén, a esixencia de *execución administrativa* non sempre vai presentarse en relación cunha resolución[12], senón que pode presentarse, tamén, en relación con "pretensións" da Administración Pública que teñan a súa orixe na lei ou noutro acto ou feito axeitado para este fin[13]. Non obstante, hai que sinalar que, neste caso, a resolución debería interpoñerse entre o nacemento das "pretensións" e a súa

8 Véxase N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., espec. 2 ss., 31 ss., 78 ss., 105 ss., 305 ss., 458 ss.

9 Véxase F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1914, e 1992, II, 1050 ss.; S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, Giuffrè, 1947, 5 ss.; R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milán, Giuffrè, 1990, 113 ss.; S. Civitarese Matteucci, *A forma presa sul serio*, Turín, Giappichelli, 2006, 231 ss., 232, 233, 236.

10 Cfr. F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit., III, 1302 ss.

11 En efecto, resulta notoria a existencia de actos inválidos pero eficaces (limitada aos supostos en que a invalidez se derive da concorrencia de causas de anulabilidade e non de nulidade e ata que non se dispoña a anulación) e de actos válidos pero ineficaces (por exemplo, por estar sometidos a termo inicial ou a condición suspensiva), cfr., *ex multis*, S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1937, 230 ss.

12 Neste caso, tamén representaría o poder do suxeito que ditou a resolución de cumprimento da obriga cando o destinatario non cumpra, cfr. G. Corso, *L'efficacia do provvedimento amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1969, 433 ss.

13 Cfr. G. Corso, *L'efficacia do provvedimento amministrativo*, cit., 437; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 2005, 84; G. Falcon, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, voz *Dig. disc. pubbl.*, IV, Turín, 1991, § 2; G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, 135.

execución coactiva (por exemplo, para verificar o incumprimento da obriga de que se trate, activar o conflito e dispoñer que se proceda á execución)[14] (para un maior desenvolvemento véxase § 3.3).

Na *relación entre eficacia e execución*, a primeira (*eficacia*) pode ser cualificada como un fenómeno estritamente xurídico[15], mentres que a segunda (*execución*) se pode entender referida ao conxunto de actividades de natureza material destinadas á realización do acto. En efecto, a facultade ou a necesidade de execución dun acto poden deberse ao feito de que a satisfacción da "pretensión" material vinculada á resolución de que se trate non poida ser garantida pola súa mera eficacia (para un maior desenvolvemento véxase §§ 2.1 e 3.1).

A execución administrativa atopa o seu fundamento na *executividade* da resolución eficaz[16], é dicir, na súa aptitude para ser executada[17], *sen a intervención previa da autoridade xudicial que declare ou ratifique a validez do acto dunha sentenza declarativa*[18].

A executividade implica a posibilidade de que a resolución sexa executada en base á potestade de autocognición que a administración pode executar sobre os seus propios actos[19] e, en consecuencia, non é necesario que a administración preconstitúa un título executivo coa intervención da autoridade xudicial.

Entendida deste xeito, a executividade constitúe un aspecto da eficacia da resolución[20], desde o punto de vista da súa implementación ou do seu uso[21] (para un maior desenvolvemento véxase § 2.1).

14 Véxase A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, en *Scritti giuridici*, III, Jovene, Nápoles, 1990, 307 ss.

15 Sobre a relación entre eficacia, executoriedade, imperatividade véxase V. Cerulli Irelli, *Principi do diritto amministrativo*, II, Turín, Giappichelli, 2005, 194; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 84; B.G. Mattarella, *L'imperatività do provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, 116, 234 ss., 240, 418 ss.; C. Marzuoli – D. Sorace, *Concessioni amministrative*, en *Dig. disc. pubbl.*, III, Turín, 1989, especialmente 290; P. Carpentieri, *L'azione amministrativa e a sua inaggirabile specialità*, en www.giustizia-amministrativa.it; S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milán, 1969, 322 ss.; M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, voz *Enc. dir.*, §§ 31, 34 e 35; G. Corso, *Validità (dir. amm.)*, voz *Enc. dir.*, 98; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, en S. Cassese (editado por), *Trattato di diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 2003, 819 ss.; R. Villata, *L'atto amministrativo*, en L. Mazzarolli – G. Pericu – A. Romano – F.A. Roversi Monaco – F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, Monduzzi, 2005, 806, 808; M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1981, 290 e 298; B.G. Mattarella, *L'imperatività do provvedimento amministrativo*, cit., 308 ss., 444 ss.; A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milán, Giuffrè, 1975, 226, especialmente 222 ss.; R. Cavallo Perin, *L'elaborazione dell'atto d'autorità in Francia*, en Aa.Vv., *L'atto autoritativo*, cit., 265 ss.; B.G. Mattarella, *Fortuna e decadenza dell'imperatività do provvedimento amministrativo*, en *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, 1, 1 ss.; G. Gruner, *Il principio di esecutorietà do provvedimento amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 1 ss.; G. Clemente di San Luca, *Autoritatività e/o imperatività dell'atto amministrativo nell'analisi comparata degli ordinamenti italiano e statunitense*, en Aa.Vv., *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 187 ss.; G. Hermes, *L'esperienza tedesca*, in Aa.Vv., *L'atto autoritativo*, cit., 285 ss.; V. Cerulli Irelli, *Relazione conclusiva*, en Aa.Vv., *L'atto autoritativo*, cit., 387 ss.

16 Cfr. G. Rossi, *Diritto Amministrativo*, I, Milán, Giuffrè, 2005, 380.

17 Cfr. G. Falcon, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., § 2.

18 Se v. A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, cit., 82 ss.

19 Véxase G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam, 2005, 164; Id., *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 143; R. Villata, *L'atto amministrativo*, cit., 807 ss.; C. Carbone, *Esecuzione dell'atto amministrativo*, voz *Enc. dir.*, § 5.

20 Este concepto identifícase frecuentemente coa produción de efectos xurídicos por parte da resolución, en razón da súa inoperatividade (R. Villata, *L'atto amministrativo*, cit., 807 ss.), ou en razón da súa presunción de lexitimidade (M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, cit., § 31; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 9 setembro 2003, n. 1404, en *Foro amm. TAR*, 2003, 2764; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 1 xullo 2002, n. 378, en www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 23 setembro 1999, n. 729, en www.giustizia-amministrativa.it). Conséguese sempre unha parcial coincidencia coa noción de eficacia.

21 Polo tanto, un acto ineficaz non podería considerarse nunca executivo e, á súa vez, un acto eficaz sería sempre executivo, cfr. G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 164-165.

A conclusións similares pode chegarse en relación coa *executoriedade*, que tamén constitúe un aspecto da eficacia das resolucións[22]. Porén, a *executoriedade* da resolución *exime á administración da necesidade de recorrer aos instrumentos do proceso executivo disciplinado polo* código de proceso civil para obter a execución coactiva das obrigas que se derivan da mesma[23]. En efecto, non sempre a completa satisfacción do conxunto dos intereses que se derivan do acto require do recurso a formas de execución coactiva[24] (para un maior desenvolvemento véxase §§ 3.1).

A execución administrativa representa o procedemento a través do cal se implementan de modo tendencialmente completo os efectos das resolucións administrativas, e cualifícase de 'forzosa' cando se realiza de forma coactiva[25] (para un maior desenvolvemento véxase §§ 2.1 e 3.1).

Ademais, denomínase *autotutela en forma de execución*, aquela actividade coa cal a administración procede á «coacción administrativa», subrogando así «o xuízo de execución»[26]. En concreto, a autotutela en forma de execución ten dous compoñentes: o declarativo e o executivo. O primeiro deles (autotutela declarativa) expresa a idoneidade da resolución para substituir o proceso de cognición (si e porque a resolución é executiva), mentres que o segundo (autotutela executiva) resulta idóneo para substituir p proceso de execución (si e porque a resolución é executoria). En ambos os dous casos, iso tradúcese na inversión da obriga de actuar[27] (para un maior desenvolvemento véxase §§ 2.1 e 3.1).

Outra parte, en Italia a "*eseguibilità*" das resolucións da administración pública, refírese á posibilidade material de execución[28], que pode que non exista onde se extinguira o obxecto da execución[29] ou subsistan outras causas que dificulten que se leve a cabo[30]. Porén, en sede contenciosa, téndese a non facer referencia expresa ao concepto de "*eseguibilità*" ou

22 G. Corso, *L'efficacia do provvedimento amministrativo*, cit., 437.

23 Véxase M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, cit., § 31; G. Corso, *L'efficacia do provvedimento amministrativo*, cit., 433 ss.; G. Rossi, *Diritto Amministrativo*, cit., 380; G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, cit., 131 ss.; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 84; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, cit., 963 ss.; A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, cit., 307 ss.; U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, en U. Borsi, *Studi di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976, 65 ss., 75 ss.; G. Coraggio, *Autotutela (dir. amm.)*, voz *Enc. giur. Treccani*, §§ 7 e 8; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit., III, 1314 ss.; G. Falcon, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., 143 ss.; G. Sacchi Morsiani, *Esecuzione amministrativa*, voce *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, § 3.2; G. Rossi, *Diritto Amministrativo*, cit., 380; V. Cerulli Irelli, *Principi do diritto amministrativo*, cit., 194; C. Carbone, *Esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., § 7.

24 F. Saitta, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, Nápoles, E. S. I., 1995, 36 ss. Cfr. S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, cit. 231 ss.

25 Cfr. G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, cit., 131 ss.; U. Borsi, *Fondamento giuridico della esecuzione forzata amministrativa*, en U. Borsi, *Studi di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976, 248 ss. U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., 65 ss. Para afondar no tema da relación entre execución administrativa e executoriedade véxase: F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, voz *Enc. dir.*, IV, Milán, 1959, § 13; G. Corso, *L'efficacia do provvedimento amministrativo*, cit., 433 ss.; S. Cassese, *L'esecuzione forzata*, en *Dir. proc. amm.*, 1991, 174; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, cit., 921 ss.; G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, cit., 131 ss.

26 F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit., III, 1452 ss.

27 En efecto, non debe ser a administración quen debe levar a cabo actuacións de coñecemento ou execución, senón que é o destinatario do exercicio da potestade de autotutela o que debe actuar contra a actividade expresión da autotutela executiva, véxase B.G. Mattarella, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, Relatorio ao 53° Congreso sobre estudos administrativos, sobre "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia" – Varenna, 20-22 setembro 2007.

28 Cfr. M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, cit., § 31; C. Carbone, *Esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., § 5; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, cit., 965 ss.; R. Villata, *L'atto amministrativo*, cit., 807 ss.; U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., 65 ss., 75 ss.; M. Clarich, cit., 324 ss.

29 Pénsese no caso da destrución, por exemplo, por causas reconducibles a catástrofes naturais, do inmoble que debía ser demolido.

30 Cfr. S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 231, 232; O. Ranelletti, *Gli atti amministrativi*, cit., 717).

a confundilo co de eficacia, como, por outra parte, sucede tamén no caso da executividade e da executoriedade (*infra*)[31].

Se se dirixe a ollada máis alá da fronteira, algúns dos problemas formulados no ordenamento italiano resultan confirmados. Outros non atopan correspondencia ou son excluidos. As solucións presentan trazos similares ou diferentes, converxendo ou diverxendo.

Por exemplo en *España*[32] a execución administrativa disciplínase con certa exhaustividade nunha lei estatal: a Ley Xeral sobre o Procedemento, n. 30 de 1992.

Así, ao igual que a Lei Italiana sobre o Procedemento, a Lei n. 30 de 1992 parece subordinar a potestade de execución administrativa (ou autotutela de execución) ao principio de legalidade.

Así mesmo, a Lei n. 30 de 1992 precisa que ningunha actividade de execución administrativa limitativa de dereitos dos destinatarios pode ser adoptada sen unha resolución específica previa que autorice a execución (art. 93 ss.). A resolución debe ser notificada ao interesado antes do inicio da execución (art. 93 ss.), e as administracións públicas, a través dos seus órganos competentes en cada caso, poderán proceder, previo apercibimento, á execución forzosa dos actos administrativos, agás nos supostos en que se suspenda a execución de acordo coa lei, ou cando a Constitución ou a lei esixan a intervención dos Tribunais (95 da lei n. 30 de 1992)[33].

Porén, o lexislador español superpón os planos da executividade e da executoriedade: o art. 94, intitulado «executoriedade», dispón que son inmediatamente «executivos» todos os actos da administración pública suxeitos ao dereito administrativo, agás as excepcións expresamente previstas. Usa así de modo funxible os termos *executividade* e *executoriedade*. Esta mesma superposición pódese apreciar no plano xurisprudencial, onde se «manexa con frecuencia os termos executividade e executoriedade como se fosen intercambiables»[34].

Ademais no art. 56, intitulado «executividade», unicamente se dispón que «os actos das Administracións Públicas suxeitos a Dereito Administrativo serán executivos» de acordo co disposto na Lei Xeral sobre o Procedemento.

Porén, na ciencia do dereito administrativo español, os conceptos de executividade e executoriedade empréganse, en ocasións, como sinónimos, aínda que con eles se expresen ideas diferentes.

31 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 outubro 1989, n. 685, en *Foro amm.*, 1989, n. 10; *Id.*, Sez. VI, 30 outubro 1981, n. 616, en *Foro amm.*, 1981, I, 2024; T.A.R. Sardegna, 20 novembro 2003, n. 1499, en *Foro amm. TAR*, 2003, 3388; T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. III, 21 febreiro 2002, n. 1002, en www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Toscana, Sez. II, 2 abril 1999, n. 321, en *Comuni Italia*, 1999, 1611; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 19 setembro 1991, n. 308, en *Foro amm.*, 1994, 2451; T.A.R. Lazio, Sez. II, 17 decembro 1988, n. 1707, en *Foro amm.*, 1989, n. 10; T.A.R. Toscana, 30 setembro 1982, n. 292, en *TAR*, 1982, I, 3114; T.A.R. Campania, Nápoles, 19 xullo 1982, n. 406, en *TAR*, 1982, I, 2910; T.A.R. Lazio, Sez. II, 25 xaneiro 1978, n. 22, en *Temi romana*, 1978, 235.

32 Véxase J.R. Arana Muñoz, *Sobre las últimas reformas administrativas en España*, en *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 1, 213 ss.

33 A intervención da autoridade xudicial é necesaria, por exemplo, cando se requira a entrada no domicilio do executado sen o seu consentimento. Tamén en Estados Unidos se solicita a intervención da autoridade xudicial para proceder coactivamente a realizar as actividades de execución, eventualmente necesarias, para dispoñer materialmente dun ben expropiado, véxase G. Clemente di San Luca, *Autoritatività e/o imperatività dell'atto amministrativo nell'analisi comparata degli ordinamenti italiano e statunitense*, cit., 204, e alí ulteriores referencias.

34 J. Barcelona Llop, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, 1995, 70, e, nesta obra, as referencias doutrinais e xurisprudenciais ás teses sostidas (70 ss.).

A doutrina parece empregar estes termos de modo funxible cando[35]:

a) considera a executividade como «sinónimo de eficacia»[36];

b) considera que «a presunción de validez» dos actos administrativos «vai ligada á executividade de tales actos, é dicir, a súa susceptibilidade para ser impostos mesmo forzosamente pola Administración aos administrados»[37].

Porén, a doutrina parece empregar estes termos expresando ideas diferentes cando:

a) considera que, sobre a base do principio de autotutela da Administración (oposto á heterotutela, aplicable ás relacións entre particulares), «a Administración non necesita acudir aos tribunais para protexer a súa esfera de atribucións e dereitos, pois pode facelo polos seus propios medios»: «a autotutela tería consecuencias tanto declarativas»[38] («autotutela de execución dos actos administrativos»[39]) «como executivas»[40] («autotutela de execución pola Administración dos actos administrativos»[41] / «acción de oficio»[42]), as primeiras asociadas á executividade, […] as segundas á execución forzosa»[43];

b) considera a «executividade» como a «característica dos actos administrativos consistente en que os mesmos gozan de presunción de validez e son inmediatamente executivos»[44], «desde a data en que se ditan (autotutela declarativa)»: polo tanto,

35 Para afondar sobre esta cuestión, véxase J. González Pérez, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 316, setembro 1954, 709-710; J. Barcelona Llop, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, cit., 48 ss.

36 Véxase J. González Pérez, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, cit., 709-710; J. Barcelona Llop, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, cit., 54; J.A. Tardío Pato, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Club Universitario, 2013, 65-66; N.V. Lozano, *Autorización de entrada en establecimiento mercantil*, en *Anales de la Abogacía General del Estado*, n. 2000, 2002, 135; F. Garcia Rubio, *Elementos de Organización Municipal*, Dykinson, 2003, 187. Porén, eficacia e executividade non parecen «a mesma cousa, se ben a segunda deriva da primeira», J. Barcelona Llop, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, cit., 52.

37 E. Sánchez Goyanes, *Eficacia e ineficacia jurídicas de los planes urbanísticos. Examen de algunas de sus competencias*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 160, 1998. Cfr. L.F. Santa – M. Pérez, *Informe de la Administración General del Estado sobre planeamiento urbanístico*, en *Anales de la Abogacía General del Estado*, n. 2009, setembro 2010, 528.

38 S.G. Varas Ibáñez – R. Rivero Ortega, *El Derecho Administrativo de España*, en S.G. Varas Ibáñez (editado por), *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2005, 408-409.

39 A «autotutela de execución dos actos administrativos […] é aquela calidade […] en virtude da cal [os mesmos] son susceptibles de execución forzosa en caso de incumprimento polo seu destinatario, sen necesidade de que a Administración autora do acto obteña unha sentenza que declare a validez do mesmo ou ratifique esta»; polo tanto «a actuación material de execución fai referencia ao acto administrativo executivo, que ten como finalidade a execución do acto declarativo», J.A. Tardío Pato, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Club Universitario, 2013, 63.

40 S.G. Varas Ibáñez – R. Rivero Ortega, *El Derecho Administrativo de España*, cit., 408-409.

41 A «autotutela de execución pola Administración dos actos administrativos […] consiste en que a execución forzosa de que [estes] son susceptibles […] sen necesidade de que sexa verificada ou ratificada a súa validez […] poida ser levada a cabo por órganos administrativos (sen necesidade de acudir aos órganos xudiciais) e conforme a procedementos administrativos executivos previstos nos arts. 96 e ss. da Lei 30/1992 (no canto de mediante procedementos executivos xudiciais […]». En cambio «no Dereito Privado […] o acredor que xa obtivo a sentenza […] declarativa […], ante o incumprimento da obriga polo debedor, tampouco pode pasar a impoñer pola forza o cumprimento de tal obriga, ante a resistencia do debedor mesmo unha vez producida a […] sentenza, senón que ten que acudir de novo aos órganos xudiciais para obter, nun procedemento xudicial executivo, unha resolución xudicial executiva que permita levar a cabo a […] execución forzosa», J.A. Tardío Pato, *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., 63.

42 J. González Pérez, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, cit., 709-710; J.A. Tardío Pato, *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., 65-66.

43 S.G. Varas Ibáñez – R. Rivero Ortega, *El Derecho Administrativo de España*, cit., 408-409.

44 F: Martínez – J. Manuel (editado por), *Diccionario jurídico*, Cizur Menor, Aranzadi - A. Thomson, 2002; cfr. M. Henríquez Salido – J.A. Hernández Corchete, *El léxico jurídico en el procedimiento administrativo, en Revista de Llengua i Dret,* n. 46, 2006, 161.

a executividade das resolucións administrativas «dispensa á Administración de acudir a un proceso declarativo para obter unha sentenza en que se recoñezan as súas pretensións»[45];

c) considera, en cambio, o « privilexio de executoriedade ou autotutela executiva» como «un plus respecto á executividade», «consistente na posibilidade de que os actos administrativos poidan ser executados de maneira forzosa pola Administración»[46], cando concorren os presupostos[47] e «cando tales actos impoñan aos administrados (ou a outras Administracións […]) obrigas»[48]; polo tanto, a administración pode levalo a cumprimento directamente cando o obrigado non o efectúe voluntariamente, e «non ten necesidade de incoar un proceso de execución para que o mandado nos mesmos sexa cumprido en contra da vontade do obrigado»[49], violentando a súa posesión e liberdade persoal[50] (privilexio da acción de oficio[51]); á súa vez, «a execución forzosa administrativa» é unha «consecuencia da executoriedade dos actos administrativos[52]; logo a executoriedade «ben pode referirse á susceptibilidade de execución forzosa, diferenciándose así […] do de executividade», e, «se ben todo acto administrativo é executivo, non todo […] é executorio», polo que «o será en función do seu contido obrigacional»[53]; porén, os conceptos de executividade e executoriedade «non son de todo independentes, porque só cando o acto é executivo pode ser tamén executorio, sendo esta unha particular manifestación da súa eficacia»[54].

Así mesmo, no ordenamento español requírese *expresamente* o respecto do principio de proporcionalidade na elección das formas de execución (que os art. 96 e ss. disciplinan detalladamente individualizando catro procedementos distintos, aplicables cando concorran os presupostos especificamente indicados), sobre todo se a consecuencia da execución poden resultar nalgunha medida afectados dereitos que inciden na liberdade individual (art. 96).

2 Eficacia e executividade da acción administrativa

A síntese das diferentes posicións que, en canto ao caso italiano, se levou a cabo ata este momento, (en relación coas que a doutrina non adoptou unha postura unánime, tal e como

45 J. González Pérez, *Régimen administrativo y proceso administrativo*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 344-345, xaneiro- febreiro 1957, 75.

46 R. Ramos Vallés, *Suspensión de la ejecutividad de las resoluciones de reintegro de subvenciones*, en *Anales de la Abogacía General del Estado*, n. 2009, setembro 2010, 62; J. González Pérez, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, cit., 713.

47 É dicir: a) «que se cumpriran previamente os requisitos da autotutela de execución» dos actos administrativos; b) «que non se esixa para a execución forzosa a intervención dos órganos xudiciais pola Constitución ou pola Lei (art. 95 da Lei 30/1992)»; c) que a administración teña previsto notificar ao particular interesado unha «resolución que autorice a actuación administrativa», A. Tardío Pato, *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., 63-65.

48 M.Á. Ruiz López, *La potestad de desahucio administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2012, 247.

49 J. González Pérez, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, cit., 710.

50 Véxase E. Sánchez Goyanes, *Eficacia e ineficacia jurídicas de los planes urbanísticos. Examen de algunas de sus competencias*, cit.

51 E. Sánchez Goyanes, *Eficacia e ineficacia jurídicas de los planes urbanísticos. Examen de algunas de sus competencias*, cit. En cambio "o privilexio previo" dispensa á Administración de acudir a un proceso declarativo para obter unha sentenza en que se recoñezan as súas pretensións», J. González Pérez, *Régimen administrativo y proceso administrativo*, cit., 75.

52 J. González Pérez, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, cit., 724.

53 J. Barcelona Llop, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, cit., 56.

54 Véxase J. González Pérez, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, cit.

se pode ver na bibliografía indicada na nota) pode ser reexaminada, como se sinalou, á luz da reforma da Lei Xeral do Procedemento (á que, en 2005 se incorporaron os art. 21 *bis*, *ter* e *quater*) e da xurisprudencia posterior.

O art. 21 *bis* (que leva por título: «eficacia das resolucións limitativas da esfera xurídica dos particulares») dispón: a) que as resolucións limitativas da esfera xurídica dos particulares[55] adquiren eficacia, en relación con cada[56] destinatario, coa súa notificación individual, efectuada do modo establecido para as notificacións aos ilocalizables nos casos previstos polo código de proceso civil[57]; b) que a notificación poida ser substituida por formas axeitadas de publicidade só cando o elevado número de destinatarios a converta en particularmente gravosa, e cando a resolución limitativa da esfera xurídica dos particulares careza de carácter sancionatorio e *poida* conter unha cláusula *motivada* de eficacia inmediata; c) que as resolucións limitativas da esfera xurídica dos particulares, tendo carácter cautelar e urxente, *sexan* inmediatamente eficaces.

O art. 21 *quater* (titulado «eficacia e executividade da resolución»), dispón: a) que as resolucións administrativas *eficaces* deben ser *executadas* inmediatamente, a menos que na lei ou na propia resolución se dispoña outra cousa; b) que, a través dun acto motivado, se pode proceder á suspensión da eficacia ou da execución da resolución, e que a devandita suspensión pode, á súa vez, ser acordada, por motivos graves e polo tempo estritamente necesario, polo mesmo órgano que ditou o acto ou por outro órgano establecido na lei, mentres o termo da súa eficacia debe ser explicitamente indicado na resolución cautelar, podendo ser reducido e porque a resolución é executiva, por unha soa vez, prorrogado ou diferido.

2.1 A eficacia e a executividade no marco máis amplo da execución administrativa

A reforma do 2005 parece ter asumido a tese segundo a cal as dimensións da eficacia e da executividade representan caracteres distintos e eventuais da resolución, correlacionados en modo tal que, normalmente, a segunda se deriva da primeira, na medida en que é necesaria unha autocognición sobre a resolución (nos termos clarificados no § 1), a menos que a lei ou a resolución mesma dispoñan outra cosa. En liña co principio, o art. 21 *quater* permite entender que, agás disposición en contrario, sexan executivas todas as resolucións administrativas e non só aquelas cualificadas expresamente pola lei como títulos executivos[58].

55 Chegouse a excluir que o art. 21 *bis* se aplique unicamente ás resolucións "limitativas da esfera xurídica dos *particulares*", preferindo entendelo referido, en xeral, por razóns de xustiza material, ás resolucións "limitativas da esfera xurídica dos *destinatarios*", sexan estas suxeitos *particulares* ou *públicos*. Por outra parte, tamén, é compartida e defendida pola doutrina unha interpretación máis restritiva (cfr. M. Renna, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedimentali ed esigenze di risultato*, Relatorio ao encontro de Estudos tidos en data 18-19 maio 2006 na Facultade de Xurisprudencia da Universidade de Urbino sobre a lei 241 do 1990 despois das reformas do 2005, en *Dir. amm.*, 2007, fasc. 4).

56 Sobre o distinto alcance que, á luz do uso de termo «cada», podería darse a devandita disposición en relación, por unha parte, cos actos plúrimos e, pola outra, aos colectivos, véxase F. Figorilli, Saggio critico sull'art. 21 *bis* della legge 241 do 1990, en N. Paolantonio – A. Police – A. Zito (a cura di), *A pubblica amministrazione e a sua azione*, Turín, Giappichelli, 2005, 431.

57 Sobre as forma e sobre os prazos da comunicación, véxase F. Figorilli, Saggio critico sull'art. 21 *bis* della legge 241 do 1990, cit., 432 ss.

58 Neste segundo sentido, expresáranse, antes da reforma do 2005, as Sezioni unite civili da Cassazione (Cass. civ., Sez. un., n. 1205 do 23 novembro 2000, en *Giust. civ. mass.*, 2000, 2233). Despois da introdución do art. 21 *quater* cabe preguntarse se esta tese pode ser cuestionada. Á crítica segundo a cal a devandita tese non podería compartirse porque non se atopa en sintonía co disposto no artigo 614 *bis* c.p.c, introducido pola sucesiva (e en consecuencia prevalente) lei n. 69 do 2009 (G. Gruner, I*l principio di esecutorietà do provvedimento amministrativo*, cit., 327), pódese opoñer a relación de especialidade da lei sobre o procedemento administrativo respecto do código de procedemento civil a cal debería, en todo caso, inducir a considerar neste suposto prevalente a primeira, aínda cando fose anterior.

Porén, a resolución necesita (ou pode necesitar) de execución administrativa[59] (entendida como aquela «actividade que actúa materialmente un precepto»[60]). A execución administrativa pode, á súa vez, ser realizada sen coñecemento preventivo da autoridade xudicial sobre a resolución mesma, é dicir, *sen a intervención previa da autoridade xudicial que declare ou ratifique a validez do acto dunha sentenza declarativa* (isto é posible porque a resolución é executiva)[61]. Porén na xurisprudencia é constante a superposición entre o plano da eficacia e o da executividade[62].

O lexislador previu a execución inmediata da resolución administrativa eficaz, subordinando expresamente a devandita potestade de execución ao principio de legalidade. Isto resolve a tradicional *discusión*[63] sobre a necesidade de atopar o fundamento da potestade de execución nunha disposición normativa expresa en apoio da existencia desta necesidade.

Porén, con anterioridade, a cuestión formulárase facendo especial fincapé na coñecida como execución coercitiva ou forzosa, presentando, polo tanto, maior relevancia específica desde o punto de vista da executoriedade (*infra*).

En ambos os dous casos, a tese da autonomía da potestade á luz do principio de legalidade batería coa concepción do principio de legalidade como fundamento (e límite) de toda a actividade administrativa.

Á executividade, a Lei Xeral sobre o Procedemento reconduce unicamente as obrigas derivadas da resolución e non doutros elementos (como, por exemplo, a lei ou o contrato)[64]. A executividade pode, ademais, ser excluida nos casos previstos pola lei.

Naqueles supostos nos que a produción de efectos xurídicos por parte do acto satisfai só parcialmente o interese público do cal é expresión[65], cómpre que sexan adoptados ou rea-

59 O art. 21 *quater*, intitulado «*efficacia* e *esecutività* da resolución amministrativa», dispón que «as resolucións administrativas *eficaces* son *executadas* inmediatamente». É posible repensar a posición sostida por aqueles que consideraron que a execución administrativa é unha manifestación unicamente da executoriedade, mentras que a executividade e a "*eseguibilità*" da resolución se referirían —respectivamente— á posibilidade xurídica e material de levar a cabo a execución, véxase C. Carbone, *Esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., § 5). Cfr. G. Sacchi Morsiani, *Esecuzione amministrativa*, voz *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, 3.

60 F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, cit., § 13; cfr. S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milán, 1969, 320 ss.; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 2002, 75.

61 Para B.G. Mattarella (*Il provvedimento*, cit., 960) de execución pode falarse só con referencia a providencias que fagan obrigatorias, e non meramente lícitas, determinadas actividades, coa exclusión por exemplo de todas as providencias autorizatorias.

62 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, en *Urbanistica e appalti*, 2005, 10, 1230; T.A.R. Lazio, Latina, 27 abril 2006, n. 292; Cons. Stato, Sez. IV, 29 abril 2002, n. 2278, en *Foro amm. CDS*, 2002, 896; Cons. Stato, Sez. V, 16 outubro 1989, n. 647, en *Foro amm.*, 1989, fasc. 10; Cons. Stato, Sez. IV, 10 xullo 1986, n. 486, en *Foro amm.*, 1986, 1290; T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. II, 19 xaneiro 1998, n. 83, en *Foro amm.*, 1998, 2549; Cons. Stato, Sez. IV, 27 marzo 2002, n. 1751, en *Foro amm. CDS*, 2002, 662; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 23 xuño 2006, n. 3538, en www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia, Brescia, 10 gennaio 2006, n. 25, en www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Basilicata, 14 febrero 2006, n. 83, en www.giustizia-amministrativa.it.

63 Véxase G. Corso, *Validità (dir. amm.)*, cit., 98; A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, cit., 317; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, cit., 828; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 333 ss.; cfr. G. Sacchi Morsiani, *Note sull'esecuzione degli atti amministrativi*, en *Studi in onore di E. Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 440-442. Cfr. U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., 51, 60 ss.; F. Cammeo, *A esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, en *Giur. it.*, 1929, 18 ss., 18 ss. Sobre a relación entre execución e executoriedade, véxase, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 30 outubro 1957, n. 982, en *Cons. Stato*, 1957, I, 1256; Cass. civ., Sez. un., 30 decembro 1965, n. 2485, en *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1120; T.A.R. Lombardia, Brescia, 20 outubro 1981, n. 379, en *TAR*, 1982, I, 130.

64 Véxase M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milán, 1993, 1321 ss.; cfr. S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milán, 1969, 341; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, cit., 963 ss. Sobre este punto volverase ao tratar a executoriedade e retomando o razonamento sobre a executividade.

65 Segundo G. Sacchi Morsiani (*Note sull'esecuzione degli atti amministrativi*, cit., 414) para os actos autorizatorios ou de concesión, os efectos esgótanse totalmente «coa modificación xurídica producida» e, por iso, os que parecen elementos da execución, en realidade, sono tan só

lizados, por parte da administración —de maneira exclusiva ou en colaboración con outros suxeitos, como o destinatario do acto— actos executivos de actos anteriores.

Pola contra, algunhas resolucións, como aquelas preclusivas en sentido amplo, si son eficaces, satisfan de maneira autónoma e inmediata o interese público que levan aparellado.

2.2 As outras disposicións: o prazo no que se debe levar a cabo a execución, e a suspensión da eficacia ou da execución da resolución administrativa

O lexislador introduciu, ademais, a obriga de iniciar a execución, expresión da executividade, tan pronto como a decisión sexa efectiva. Porén, non se previu nin un prazo transcorrido o cal o suxeito responsable da execución poida considerarse como incumpridor[66] e, polo tanto, eventualmente, responsable polos danos causados a quen hipoteticamente se tivese beneficiado da execución oportuna, nin, tampouco, un prazo que, unha vez transcorrido, permita considerar convalidado o vicio regulado no artigo 21 *quater* apartado 1.

O silencio do lexislador fai recaer no operador xurídico a carga de realizar unha interpretación sistemática da norma e observar, por exemplo, o prazo para a conclusión do procedemento ou o prazo "razoable" previsto polo artigo 21 *nonies* para o exercicio da potestade de anulación.

Maior atención dedícase, en cambio, ao prazo para a suspensión da eficacia ou da execución da resolución administrativa. O organismo que ditou a resolución[67] (ou calquera outro organismo previsto pola lei) pode, en efecto, proceder á suspensión da súa eficacia ou da súa execución, durante o tempo estritamente necesario (de acordo co principio de proporcionalidade[68]), sempre que se xustifique pola existencia de "graves razóns"[69]. Non obstante, o período da suspensión ten que ser determinado e a súa duración debe indicarse na resolución onde se prevé, podendo ser prorrogado ou diferido por unha soa vez. Ademais, é posible dispoñer a redución do seu período de duración por necesidades sobrevidas.

Neste caso, a previsión explícita da facultade de suspensión da eficacia ou da execución da resolución, entendida como a facultade de influir sobre a duración da suspensión, fai que non sexa necesario acudir a fontes diversas das normativas[70].

---

respecto dunha eventual relación con terceiros. Porén, segundo G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 164 ss., a executividade pon de manifesto a necesidade de satisfacer o interese público para a persecución do cal se ditou a resolución e que non foi completamente satisfeito pola mera eficacia da mesma; así, o art. 21 *quater* referiríase, esencialmente, ás resolucións que «deban ser cumpridas pola mesma administración que as ditou».

66 Así é, porén, segundo o art. 2 da lei 241 no que respecta ao prazo do procedemento. Sobre a correlación entre o art. 21 *quater* apartado 1 e os principios da obrigatoriedade e da rapidez da acción administrativa, véxase M. Clarich, cit., 325 ss.

67 Sexa ese limitativo ou non.

68 O respecto deste principio podería ser tamén obxecto de control pola autoridade xudicial en canto á adecuación do prazo (N. Paolantonio – S. Tarullo, Saggio critico sull'art. 21 *quater* della legge 241 do 1990, cit., 477).

69 Sobre o carácter amplamente discrecional desta potestade administrativa de suspensión, en relación non só ao *an* do seu exercicio senón tamén á elección do prazo máximo de duración, véxase N. Paolantonio, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività do provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241 do 1990*, cit.; cfr. M. Capantini, *Efficacia, esecuzione ed esecutorietà do provvedimento amministrativo*, en A. Massera (editado por), *A riforma della Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo: unha prima lettura*, en www.astridonline.it , 43. Sobre a natureza cautelar da resolución de suspensión, con independencia da súa duración, véxase V. Cerulli Irelli, *Principi do diritto amministrativo*, cit., 219.

70 Sobre a relación entre principio de legalidade e a potestade de suspensión na xurisprudencia, véxase A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit. Cfr. V. Cerulli Irelli, *Lineamenti do diritto amministrativo*, Turìn, Giappichelli, 2006, 453; N. Paolantonio – S. Tarullo, Saggio critico sull'art. 21 *quater* della legge 241 do 1990, en N. Paolantonio – A. Police – A. Zito (editado por), *A pubblica amministrazione e a sua azione*, Turín, Giappichelli, 2005, 473 ss.

Tanto as medidas de suspensión como as de aprazamento, prórroga ou redución do período de suspensión, en liña de principio, teñen que ser emanadas no marco dun procedemento, conforme ás normas xerais establecidas na lei 241 (a salvo das excepcións expresamente previstas[71] ou aquelas cautelares ou urxentes[72]) ou a aquelas especialidades eventualmente aplicables.

3 A executoriedade

A reforma de 2005 introduciu tamén na Lei xeral sobre o procedemento administrativo, o art. 21 *ter* (dedicado por completo á executoriedade) onde se establece que, «nos casos e na forma establecida na lei, as administracións públicas poden impoñer forzosamente o cumprimento das obrigas». Ademais, engádese que na resolución onde se conteñen as devanditas obrigas se debe indicar «o prazo e as modalidades de execución por parte do suxeito obrigado» e afírmase que «se o interesado non cumpre, as administracións públicas, previa notificación, poden proceder á execución coactiva nos casos e na forma establecida na lei», tendo en conta que «para esixir o cumprimento das obrigas relativas a sumas de diñeiro, se aplican as disposicións para a execución coactiva dos créditos do Estado»[73].

Así, esta regulación tratou de definir os límites e a disciplina da executoriedade. Porén, aínda existen preceptos pouco claros que dan lugar a confusión sobre algúns aspectos.

3.1 Executoriedade e execución administrativa

É executoria a resolución administrativa que para ser satisfeita poida ou teña que ir acompañada da *imposición* coercitiva e/ou pola *execución* coactiva das obrigas que esta pretensión implica[74], a iniciativa da Administración pública[75].

A executoriedade é a característica da resolución administrativa en virtude da cal a Administración pública pode proceder á execución da obriga de maneira forzosa e ao mesmo tempo independente e, polo tanto, sen necesidade de recorrer *aos instrumentos do proceso executivo disciplinado polo* código de proceso civil[76], agás nos casos de reserva de xurisdición constitucionalmente previstos[77] (v. § 1).

71 Como a prevista no art. 7, que exclúe a obriga de comunicación de inicio do procedemento nos casos en que subsistan impedimentos derivados de particulares esixencias de celeridade, e que permiten á administración adoptar resolucións cautelares tamén antes da comunicación de inicio do procedemento.

72 Cfr. N. Paolantonio – S. Tarullo, Saggio critico sull'art. 21 *quater* della legge 241 do 1990, cit., 472.

73 O Capítulo II do d. lgs. n. 46 do 1999 (que prevé a extensión das disposicións sobre a execución dineraria), á súa vez, realiza unha remisión parcial ao Capítulo II do Título I así como ao Título II do dpr 602 do 1973 (onde se conteñen as disposicións en materia de recadación do imposto sobre a renda).

74 O título «executoriedade» refírese a todas as disposicións contidas no art. 21 *ter*.

75 Porén, a expresión «con relación a eles», empregada polo art. 21 *ter*, considérase impropia por V. Cerulli Irelli, *Lineamenti do diritto amministrativo*, cit., 430.

76 Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 6 febreiro 2006, n. 169, en www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 9 febreiro 2005, n. 194, en www.giustizia-amministrativa.it; Cass. civ., Sez. I, 18 febbraio 1985, n. 1365, en *Giust. civ. mass.*, 1985, fasc. 2.

77 Pénsese nos art. 13 ss. Cost. Para afondar sobre este tema véxase G. Gruner, *Il principio di esecutorietà do provvedimento amministrativo*, cit., 135 ss.

Frecuentemente, téndese a superpoñer os planos da *executividade*, da *eficacia* e da *executoriedade*[78] e, aínda cando se leva a cabo a súa distinción, esta limítase a un plano practicamente léxico[79].

Polo que se refire á definición da relación entre a *imposición* coactiva e *execución* forzosa formúlanse algunhas dificultades, derivadas da superposición entre ambos os dous planos[80].

É evidente que considerar ambas as dúas nocións como intercambiables convertería en inútil calquera investigación adicional sobre a relación existente entre elas, polo tanto, a continuación, intentarase comprobar a solidez e a viabilidade da "tesi della distinzione".

A imposición coactiva pode representar unha actividade xurídica/decisional, mentres que a execución coactiva representaría unha acción principalmente (aínda que non exclusivamente) material, destinada a cumprir a obriga definida pola primeira.

Segundo esta lectura, a imposición coercitiva da obriga ten lugar a través dunha resolución (que pode ser distinta respecto a aquela da que nace a obriga de executar) onde, á súa vez, se han de indicar os prazos e as condicións da actuación que o obrigado debe levar a cabo[81]. Só caso do seu incumprimento a administración poderá[82], logo de intimación, proceder á execución forzosa na forma prevista pola lei (por exemplo, directamente polos seus propios medios ou a través doutro suxeito).

Así, a *potestade de coerción*, que debe atopar o seu fundamento e os seus propios límites na lei[83], débese exercitar a través dunha *resolución constitutiva de obrigas*, onde se establezan os prazos e as condicións da execución[84].

Ante a inobservancia da resolución de imposición coactiva (é dicir, ante un *incumprimento*), a administración *pode* iniciar, sempre nos casos e na forma previstas pola lei, as seguintes fases do procedemento de execución, primeiro a través da *intimación* e logo, no caso de que persista o devandito incumprimento, por medio da execución coactiva[85].

Porén, coa resolución de imposición coercitiva, a administración limítase a manifestar a súa vontade de proceder á execución dunha obriga preexistente (que ten unha orixe indepen-

78 Cfr. T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. II, 19 xaneiro 1998, n. 83, en *Foro amm.*, 1998, 2549; Cass. civ., Sez. un., 16 outubro 2006, 22221, en www.gedit.it; Cons. Stato, Ad. Plen., 22 outubro 2007, n. 12, en www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. IV, 18 abril 2012, n. 2301, *loc.* cit; Cons. Stato, Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1555, *loc.* cit.

79 Cfr. Cons. giust. amm. reg. Sicilia, Sez. giurisdiz., 22 xullo 1998, n. 452, en *Cons. Stato*, 1998, I, 1226; Cons. Stato, Sez. IV, 23 novembro 2002, n. 6442, en *Foro amm. CDS*, 2002, 2859; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 11 novembro 2011, n. 2093, *loc.* cit.

80 Tende a acumular os dous conceptos, referíndose á redundancia do lexislador ao falar de imposición, intimación e execución, M. Renna, cit. Neste sentido, véxase G. Pagliari, cit.

81 Cfr. G. Pagliari, cit., 334 ss.

82 Cfr. G. Pagliari, cit., 336 ss.

83 O co. 1 do art. 21 *ter* dispón que «nos casos e do modo establecido pola lei, as administracións públicas poden impoñer coactivamente o cumprimento das obrigas con relación a elas».

84 O co. 1 do art. 21 *ter* precisa en efecto que «a resolución constitutiva da obriga indica o termo e as modalidades da execución por parte do suxeito obrigado». Cfr. G. Pagliari, cit., 332 ss.

85 O co. 1 do art. 21 *ter* dispón que, «se o interesado non cumpre a obriga, as administracións públicas, previa intimación, poden proceder á execución nos supostos e segundo as modalidades previstas na lei».

dente[86]) e a indicar os prazos e as condicións da súa execución, cuxos elementos esenciais foron establecidos con anterioridade polo lexislador.

A resolución de imposición coercitiva, entendida neste sentido, tería unha función polivalente, orientada: a) á manifestación da vontade de proceder á execución; b) á indicación dos prazos e condicións da execución, no sentido sinalado; c) á estimulación da execución espontánea por parte do suxeito obrigado á execución (sempre que isto sexa posible).

A manifestación da vontade de proceder á execución e a indicación dos prazos e das condicións da mesma axústanse tamén á *ratio* dos artigos 3, 7, 8 e 10 *bis* da lei 241, no que se refire á información, transparencia e participación.

Así, pódense distinguir as seguintes fases: a) obriga de executar (que ten a súa orixe na resolución, na lei ou noutros actos ou feitos axeitados para creala); b) (posible) incumprimento do obrigado; c) (posible) resolución que impón ao obrigado ou cumprimento persoal da obriga nos prazos e condicións que nela se especifican; d) (posible) incumprimento da obriga nos prazos establecidos; e) (posible) intimación[87]; f) (posible) execución da obriga directamente por parte da administración na forma e maneira establecida na lei[88].

A *execución* transfórmase, así, na actividade a través da cal o obrigado (nos termos establecidos na resolución onde se impoña coactivamente a obriga), ou a administración ou quen (despois da intimación sucesiva ao incumprimento do obrigado) actúe no seu nome, por medio de actos, tanto xurídicos como materiais, co fin de acadar os efectos pretendidos. No primeiro caso (actividade de cumprimento da obriga por parte do obrigado nos termos da resolución que impoña coactivamente o cumprimento da obriga) tratarase dunha execución administrativa realizada de maneira autónoma, mesmo tendo lugar despois da imposición coactiva. No segundo caso, (actividades de execución da administración, ou de quen actúe no seu lugar, cando o obrigado continúa incumprindo despois do vencemento do prazo indicado na intimación) estarase ante unha execución administrativa realizada de maneira coactiva e/ou forzosa.

3.2 Algúns casos particulares

Pero non todas as obrigas administrativas, especialmente aquelas que teñen a súa orixe nunha resolución, requiren que se dite unha resolución posterior que impoña coactivamente ao obrigado o cumprimento da obriga existente, indicándolle o prazo e o modo de facelo. Pénsese, por exemplo, nas ordes (como a orde de demolición), supostos en que a resolución de execución coactiva representaría unha *inutilis duplicatio*, a menos que fose necesaria

86 Aínda que o art. 21 *ter* se refira ao feito de que a resolución de imposición coactiva é «constitutiva de obrigas».

87 A intimación é eventual, nos casos en que é eventual proceder á execución coactiva, mentras que nos casos en que se decida de recorrer a tal vía, a intimación será necesaria. Para afondar sobre esta cuestión, véxase G. Pagliari, cit., 339 ss. Sobre a inaplicabilidade á obriga de intimación previa da disciplina contida no art. 21 *octies* co. 2 da lei 241 véxase M. Renna, cit.

88 Sobre a clasificación das distintas formas de autotutela executiva e das diferentes tipoloxías de procedementos executivos véxase F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, cit., § 15; G. Sacchi Morsiani, *Esecuzione amministrativa*, cit., § 3; Id., *Note sull'esecuzione degli atti amministrativi*, cit., 438 ss; C. Carbone, *Esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., §§ 8 ss.; A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, cit., 320 ss.; S. Cassese, *L'esecuzione forzata*, cit., 180 ss.; U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Turìn, 1901, 65 ss., 125 ss.; R. Villata, *L'atto amministrativo*, cit., 812 ss.; F. Saitta, Saggio critico sull'art. 21 *ter* della legge 241 do 1990, en N. Paolantonio – A. Police – A. Zito (a cura di), *A pubblica amministrazione e a sua azione*, Turín, Giappichelli, 2005, 461 ss.; G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, cit., 144 ss.

para indicar os modos de execución complementando o disposto na devandita orde. Así, a secuencia aquí proposta é máis axeitada para outros supostos.

En todo caso, a relación entre imposición coactiva e execución coactiva descrita ata agora reflicte, en boa medida, a estrutura común de moitos procedementos de execución forzosa[89].

Porén, para os actos administrativos reais, o mesmo contido da resolución «implica a súa execución directa e inmediata, mesmo no ámbito da esfera de terceiros, con independencia da súa actividade»[90]. Precisamente, partindo destas observacións, ás devanditas resolucións non lles resultaría de aplicación o artigo 21 *ter* que, á súa vez, se referiría exclusivamente ás resolucións constitutivas de obrigas que, de non cumprirse, xustifican o uso dun procedemento executivo, distinto e independente do primario[91]. Non obstante, débese ter en conta o límite da infunxibilidade das prestacións conexas a moitas obrigas de facer[92], dado que, nestes casos, unicamente cabe o resarcimento por equivalencia. A autotutela executiva, «non é un principio xeral, senón que constitúe unha excepción: do mesmo modo que sucede cos suxeitos particulares, ás administracións, normalmente, estalles prohibido o uso da forza, queda reservado só a algunhas delas e limítase aos casos previstos na lei»[93].

3.3 O obxecto da executoriedade

O artigo 21 *ter* non clarifica cal é o obxecto da executoriedade. É posible que a executoriedade non se refira, unicamente, ás "pretensións" que dan lugar ás resolucións administrativas, senón tamén doutras "pretensións" da administración pública, que teñen a súa orixe na lei ou noutras fontes[94].

O problema abordouse, tamén, desde o punto de vista das obrigas derivadas do contrato, traendo a conto, por exemplo, o artigo 8 da lei n. 2248 de 1865, anexo E, onde —mesmo cos límites propios dunha norma especial— establécese que «nas controversias sobre os contratos de obras ou de subministros públicos se reserva á autoridade administrativa a facultade, á

89 Véxase S. Cassese, *L'esecuzione forzata*, cit., 180 ss., especialmente 182; cfr. ademais G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, cit., 144 ss.; N. Dolfin – G. Falsitta, *Tributi (riscossione dei)*, voz *Enc. dir.*, aggiorn. 2002; D. Stevanato, *Autotutela (dir. trib.)*, voz *Enc. dir.*, aggiorn. 1999; cfr. C. Cost., 12 marzo 1970, n. 44, in www.giurcost.org.

90 V. Cerulli Irelli, *Principi do diritto amministrativo*, cit., 194; Id., *Corso di diritto amministrativo*, Turín, Giappichelli, 2001, 536 ss.; *Ib*, *Lineamenti do diritto amministrativo*, cit., 426 ss.; véxase, ademais, D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 2005, 84: evidénciase que sería impropio falar de executoriedade no caso de resolucións con efectos reais (autoexecutivos por natureza). Como regra xeral, estas actividades requiren a colaboración doutros suxeitos desde o punto de vista material: é o caso, por exemplo, do decreto de expropiación, o cal, aínda producindo automaticamente o efecto da transferencia da propiedade e da posesión, non transfire simultaneamente ao expropiante a dispoñibilidade material do ben mentres o expropiado continúe, mesmo *sine titulo*, ocupándoo. En casos como este a colaboración requerirase a través dunha resolución distinta con efectos vinculantes. Porén, vincula a executoriedade ás resolucións ablatorias (-expropriatorias) G. Clemente di San Luca, *Autoritatività e/o imperatività dell'atto amministrativo nell'analisi comparata degli ordinamenti italiano e statunitense*, cit., 195.

91 Cfr. V. Cerulli Irelli, *Principi do diritto amministrativo*, cit., 194 ss.; Id., *Lineamenti do diritto amministrativo*, cit., 426 ss.

92 Véxase V. Cerulli Irelli, *Lineamenti do diritto amministrativo*, cit., 430 ss.

93 B.G. Mattarella, *Fortuna e decadenza dell'imperatività do provvedimento amministrativo*, en *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, 1, 1 ss. En sentido oposto, G. Gruner (*Il principio di esecutorietà do provvedimento amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, e, nesta obra, as referencias doutrinais e xurisprudenciais ás teses sostidas) realizou, recentemente, unha relectura da executoriedade como característica constitucionalmente necesaria da resolución administrativa, independentemente do valor que pode ter, con respecto a ela, o principio de legalidade.

94 Así, dado que poden existir resolucións non executorias (ao representar a executoriedade unha característica eventual da resolución), do mesmo modo, pode existir executoriedade sen resolución, véxase G. Corso, *L'efficacia do provvedimento amministrativo*, cit., 437. Cfr. ademais G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, cit., 135; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, ult. cit., 84. Sobre o obxecto e a natureza da executoriedade véxase G. Pagliari, cit.

espera de xuízo, de realizar as obras públicas ou os subministros públicos de que se trate, declarando a urxencia a través de decreto motivado e sen prexuízo dos dereitos das partes»[95]. O mesmo sucede cos contratos de dereito privado dos Municipios e entidades públicas[96].

Hoxe en día, o art. 21 ter, apartado segundo, aplica ao cumprimento das obrigas contraídas coa administración pública de carácter monetario as disposicións relativas á execución forzosa dos créditos do Estado —é dicir, o Capítulo II do d. lgs. n. 46 de 1999, que, á súa vez, remite parcialmente ao Capítulo II do Título I e o Título II do dpr 602 de 1973— que, ademais, de conformidade co art. 17 do d. lgs. n. 46 de 1999, se levará a cabo mediante o cobro coactivo dos ingresos do Estado (a salvo das excepcións expresamente previstas), con independencia da orixe da obriga pecuniaria.

Non obstante, entre o nacemento das obrigas e a súa aplicación coactiva, debería interpoñerse sempre unha resolución (que verifique o incumprimento, eleve o conflito e dispoña que se proceda á execución forzosa)[97], de maneira que a relación entre executoriedade e resolución resultaría biunívoca, necesaria e exclusiva[98].

Porén, o art. 21 *ter* refírese xenericamente ás obrigas fronte ás administracións[99], sen circunscribir a súa orixe á resolución. Do mesmo modo, a limitación da orixe da obriga á resolución non se pode reconducir á *resolución constitutiva de obrigas* que, segundo a interpretación proposta neste estudo, constitúe a resolución ditada no ámbito da subfase da imposición coactiva e que, precisamente, ten por obxecto impoñer coactivamente a execución dunha obriga primaria, de orixe diversa.

Isto mesmo pódese soster respecto da *intimación* que, pola contra, actúa como unha barreira entre a etapa da imposición coactiva e a da execución coactiva, pechando a primeira e preparando a segunda.

Por outra parte, hai que sinalar que son moitos os casos nos que as obrigas fronte á administración pública teñen a súa orixe en actos diferentes da resolución: pénsese, por exemplo, na imposición do "vincolo paesaggistico", que pode derivar, directamente, da lei (artigo 142 do d. lgs. n. 42 de 2004, s.m.i.); non obstante, mesmo nestes casos o uso da execución forzosa por vía administrativa debería producirse, principalmente, sobre a base dunha resolución, adoptada para cumprir coa obriga que se orixina na lei.

Porén, cando a administración non fai uso da súa potestade[100] e opta, en cambio, por recorrer á fórmula contractual, a aplicación das normas especiais sobre a execución administrativa,

95 Isto permitiría á administración tomar posesión coactivamente das fábricas e dos utensilios do contratado, cfr. F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit., III, 1457.

96 T.A.R. Piemonte, Sez. II, 6 novembro 1984, n. 344, in *TAR*, 1985, I, 93. Para afondar nestes aspectos véxase G.M. Racca, *A responsabilidade precontrattuale da pública administracións tra autonomia e correttezza*, Nápoles, Jovene, 2000, 121, 271 ss., 279, 281 ss., 433 ss.

97 Cfr. G. Coraggio, *Autotutela (dir. amm.)*, cit., § 8; F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, cit., §§ 13, 14, 15; U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit., 63 ss.

98 Cfr. B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, cit., 963 ss. En sentido contrario, véxase F. Saitta, Saggio critico sull'art. 21 *ter* della legge 241 do 1990, cit., 449 ss., 451.

99 A expresión «con respecto a eles» considérase impropia por aqueles que (V. Cerulli Irelli, *Osservazioni xerali sulla legge di modifica della l. n. 241 do 1990*, en www.giustamm.it, 2005) entenden que a referencia exclusivamente a obrigas respecto das administracións impide incluir as actividades cun contido non patrimonial impostas por razóns de interese xeral.

100 Para unha reflexión sobre o alcance da imperatividade da resolución administrativa tras a lei n. 15 do 2005, véxase A. Travi, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, en www.uniroma3.it, F. Trimarchi Banfi, *L'atto autoritativo*, en *Dir. amm.*, 2011, fasc. 4, 665 ss.; B.G. Matta-

no canto das xerais de natureza procesal civilística, non se xustifica agás cando existan normas especiais que as lexitimen[101]. A actividade contractual da administración pública está caracterizada, mesmo na etapa de execución da regulación pactada, pola atribución á administración dunha serie de potestades, todas típicas, que a colocan nunha posición de especial supremacía respecto da outra parte contratante[102].

Non obstante, aínda cómpre clarificar se, para toda a actividade consensual da administración pública, a potestade de execución coactiva debe basearse na existencia de normas excepcionais do mesmo tipo (ou por acordo das partes), posto que, por exemplo, para os acordos do art. 11 da ley 241 o réxime de dereito civil atopa aplicación só se resulta compatible coa disciplina típica da acción administrativa[103].

3.4 Principio de legalidade, disciplina da execución administrativa e natureza xurídica da potestade de execución

A executoriedade das resolucións administrativas está subordinada polo artigo 21 *ter*, á estrita regra da legalidade, desde distintos puntos de vista.

O principio de legalidade serve de base e de límite á potestade da administración pública para impoñer coactivamente o cumprimento das obrigas fronte a ela.

Ademais, o principio de legalidade, condiciona o contido da potestade de imposición coactiva, que debe definirse, en canto ao cando e ao como, en primeiro lugar, pola lei e, en segundo lugar, pola resolución de imposición coactiva.

Por último, o principio de legalidade serve de fundamento tamén para a potestade de execución coactiva, da que a administración pública pode decidir valerse cando, despois de impoñer coactivamente o cumprimento das obrigas, e mesmo tras proceder á intimación, persista o incumprimento da obriga.

Polo tanto, os procedementos de execución coactiva tamén están suxeitos á aplicación do principio de legalidade, producíndose unha serie de efectos sobre a validez do exercicio das potestades executorias cando este se leve a cabo «fóra dos supostos e/ou de forma diferente á establecida na lei»[104].

RELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività do provvedimento amministrativo*, cit. Máis en xeral, sobre a relación entre imperatividade e '*social impact*' da acción administrativa, tamén se se exercita a través de instrumentos consensuais, véxase A. ROMANO TASSONE, E*siste l'atto autoritativo della pubblica amministrazione?*, en *Dir. amm.*, 2011, fasc. 4, 759 ss.; cfr. C. MARZUOLI, *Atti amministrativi ed atti della Pubblica amministrazione*, en www.ius-publicum.com, 2011.

101 Máis alá da relación entre imperatividade e "pretensións" emanadas dos contratos da administración pública, débese tamén considerar que o artigo 21 *quater* vincula a executividade unicamente ás resolucións administrativas.

102 Pénsese na facultade de execución de oficio da prestación no caso de atraso na realización das obras por parte do contratista. Véxase A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Turín, Giappichelli, 1999.

103 Por exemplo, considérase, en particular no que respecta aos acordos ex art. 11 da lei 241 do 1990, que a administración pode proceder autonomamente á execución coactiva só no caso de acordos integrativos e non no de acordos substitutivos, dado que os primeiros, a diferenza dos segundos, non derivan da resolución pero conflúen nela, cfr. G. LIGUGNANA, cit., 191 ss.

104 Sobre esta cuestión véxase G. PAGLIARI, cit., 326 ss.

Por conseguinte, en aplicación do art. 21 *ter*, deberían preverse nas normas as potestades singulares de execución e disciplinar o exercicio das mesmas[105].

Como se dixo (§ 1.1), a afirmación do principio de legalidade para os procedementos de imposición e de execución coactiva reforza, en efecto, a convicción de que a execución debe ser entendida non como unha mera continuación do exercicio da potestade primaria, senón como unha manifestación dunha potestade independente, pero interconectada á primeira.

Neste punto, cómpre lembrar as posicións sostidas con anterioridade á reforma de 2005.

De acordo coa primeira delas, a potestade administrativa de execución coactiva, consideraríase autónoma respecto da potestade primaria. En cambio, de conformidade coa segunda delas, só é posible recoñecer carácter autónomo respecto á potestade primaria á *execución coactiva* (que se produce en contra da vontade do executado) e non á *execución administrativa* (que non se produce en contra da vontade do executado). Por último, a terceira delas sostiña a teoría da inmanencia da potestade de execución administrativa, isto é, a teoría da súa reconducibilidade ao réxime típico da acción administrativa, sen prexuízo dunha atribución normativa específica[106].

A regulación da potestade de imposición coactiva fai que se deba reconsiderar sobre todo a segunda e a terceira posición.

Porén, o artigo 21 *ter*, aínda afirmando que o exercicio desta potestade está subordinado ao principio de legalidade, non o disciplinou, sendo necesario someter as normativas de sector a unha coidadosa análise para averiguar se se satisfan os requisitos esixidos[107].

Senón que, hai outro problema. Cando as normas sectoriais atribúen potestades de imposición e de execución coactiva sen disciplinar suficientemente o presuposto de feito para o seu ejercicio, pódese recorrer supletoriamente ás normas sobre o procedemento administrativo recollidas na l. 241 de 1990?

Pódense identificar, polo menos, tres motivos polos que a resposta á pregunta anterior debe ser negativa: a) a efectiva observancia do principio de legalidade; b) o carácter independente, pero interconectado, do procedemento de execución con respecto a aquel que deu lugar á medida a executar; c) a tendencia a atribuir ao artigo 21 *ter* segundas intencións que van máis alá da mera codificación dun principio xa realizada ou en todo caso susceptible de selo con anterioridade.

105 Véxase F. Saitta, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, cit., 151; L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996, 172 ss.; M. Renna, cit.

106 Véxase § 1.

107 Porén, no caso das ordenanzas de carácter continxente e urxente, o ordenamento admite a posibilidade de exercicio de potestades de autoridade atípicas, en xeral, cando concorren os presupostos determinados na lei, como ocorre no *suposto de feito* do art. 54 co. 4 do d. lgs. 267 do 2000. Non obstante, neste caso, a violación do principio de tipicidade resultaría, en certo modo, compensada, cfr. D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 86. Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 24 marzo 2006, n. 1537, en www.giustizia-amministrativa.it. Para afondar na relación entre o principio de legalidade e poderes de necesidade e de urxencia véxase R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milán, Giuffrè, 1990; F. Bilancia, *Ordinanze di necessità e potere di deroga al diritto oggettivo*, en *Giur. cost*., 1992, 5, 3608 ss.; Id., *Emergenza, interpretazione per valori e certezza do diritto*, *loc*. cit., 1993, 4, 3007 ss.; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 40 ss.; cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I *ter*, 11 xuño 1992, n. 878.

Así mesmo, a esta resposta negativa debería acompañarse unha tese sobre a natureza de certas normas nunca abordada pola xurisprudencia e pouco tratada pola doutrina, é dicir, sería necesario averiguar se o artigo 21 *ter* contén unha norma reforzada —é dicir, provista dunha particular forza activa e pasiva— que, prescindindo do seu rango formal, estea baseada no seu contido e na súa ubicación nunha lei "importante".

En efecto, se unha disposición con rango de lei pola que se atribúe unha potestade de execución coactiva presenta lagoas, hai dúas opcións: a) ou ben considérase que esa potestade se confire de maneira ilexítima, violando a regra establecida polo artigo 21 *ter*; b) ou recórrese, polo menos, ás regras de actuación contidas na Lei 241, sobre todo á luz da devandita relación de conexión[108].

Cousa distinta é desexar que os procedementos de execución se disciplinen de forma completa e pormenorizada, ou ben que se leve a cabo unha regulación xeral autónoma co fin de evitar lagoas, especialmente no que se refire a aqueles aspectos máis sensibles, como a participación, a colaboración dos interesados, a contradición, a axeitada fase instrutora, a motivación[109].

A esixencia dunha disciplina específica está relacionada con algunhas características peculiares dos procedementos de execución que poden, por exemplo, requirir a regulación de modo específico da participación procedemental, ou excluila[110].

En todo caso, despois da reforma de 2005, vense aceptando a idea segundo a cal a potestade de execución administrativa, sendo distinta e independente[111] e non podéndose considerar como unha mera consecuencia da imperatividade dunha resolución[112], debe entenderse sempre subordinada ao principio de legalidade[113], tal e como esixe o principio de tipicidade dos actos administrativos, e tal e como se deriva das características fundamentais do Estado parlamentario e de dereito, incluíndo a separación dos poderes[114]. Isto debe ser así, sen ter en conta, ademais, que, se a potestade de resolver está, en xeral, subordinada ao principio de legalidade, con maior razón debería considerarse que o está a potestade específica de executar coactivamente as obrigas que nacen da resolución de que se trate[115].

---

108 Véxase F. Saitta, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, cit., 44 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Il significato formale dell'ideale do "Governo delle leggi" (Rule of law)*, en *Dir. amm.*, 2011, 1, 29 ss.; cfr. M. Renna, cit.

109 Para un *excursus* sobre os principios xerais da actuación administrativa aplicables tamén aos procedementos executivos, véxase F. Saitta, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, cit., 181 ss.

110 Véxase T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. VII, 19 xuño 2007, n. 6217, in *Foro amm. TAR*, 2007, 6, 2164.

111 Cfr. F. Saitta, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, cit., 105 ss.; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 1992, n. 179, in *Cons. Stato*, 1992, I, 430; Cons. Stato, Sez. V, 28 xaneiro 1961, n. 33, en *Cons. Stato*, 1961, I, 86; Cons. Stato, Sez. V, 5 setembro 1984, n. 671, en *Cons. Stato*, 1984, I, 1041.

112 Cfr. N. Paolantonio, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività do provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241 do 1990*, cit.

113 Véxase, *ex multis*, L. Ferrara, cit., 172 ss.; A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, 126.

114 Cfr. G. Coraggio, *Autotutela (dir. amm.)*, cit., §§ 7 e 8; G. Sacchi Morsiani, *Esecuzione amministrativa*, cit., § 3.2; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 85 ss.; S. Cassese, *L'esecuzione forzata*, cit., 177 ss.; N. Paolantonio, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività do provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241 do 1990*, cit.; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, cit., 828 ss.; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Turín, Giappichelli, 2006, 253; G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 167 ss.; V. Cerulli Irelli, *Principi do diritto amministrativo*, cit., 185; F. Saitta, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, cit., 115 ss.; A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, cit., 317 ss.; V. Cerulli Irelli, *Profili problematici dell'autotutela esecutiva*, en *Dir. proc. amm.*, 1986, 413 ss.

115 G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 254. Sobre a relación entre o principio de legalidade e as potestades administrativas véxase, máis en xeral, A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit., 91 ss., e nel as amplas referencias que se realizan; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit. Cfr. S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 232 ss.

Os efectos da opción realizada polo lexislador do 2005 —auspiciada xa desde hai algún tempo[116]— eran xa aplicables, por exemplo, no que se refire á coerción das obrigas de non facer e de facer (sendo as prestacións que levan aparelladas, en moitas ocasións, infunxibles[117]). Estes efectos resultaban, ademais: a) do sistema articulado pola Constitución para a tutela da liberdade e da integridade e da dignidade persoal (art. 13 ss., art. 32); b) da reserva de lei en materia de imposición de prestacións persoais e patrimoniais (art. 23)[118]; c) dos artigos 392 e 393 código penal (onde se precisa que a arbitrariedade se identifica na violencia sobre as cousas e sobre as persoas e na ameaza ás persoas[119]). Polo demais, en especial despois da Constitución republicana, a execución forzosa administrativa, en canto desviación do principio da separación de poderes, debía ser considerada excepcional e aplicable unicamente nos casos previstos na lei[120].

Neste contexto, é importante a previsión da carga da intimación, diafragma imprescindible entre a fase da imposición coactiva e a fase da execución coactiva[121], a menos que existan normas especiais que dispoñan outra cousa[122] (e sempre que o art. 21 *ter* se considere derrogable neste punto).

En todo caso, resulta de aplicación o principio de proporcionalidade[123], no caso de que o mesmo obxectivo da execución poida ser conseguido con instrumentos menos invasivos[124]. Así, ás accións de imposición coactiva e de execución coactiva debería acudirse só en vía de *extrema ratio* e á segunda, só no caso do fracaso da primeira.

3.5 A cuestión da natureza, discrecional ou regulada, da potestade de execución

Esta cuestión está relacionada con aquela da natureza, discrecional ou regulada, da potestade de execución. Normalmente se unha lei ou un acto administrativo establece unha obriga primaria e a devandita obriga non é observada polo seu destinatario, a administración está obrigada a tomar as medidas necesarias para iniciar o procedemento de execución forzo-

116 Véxase G. Sacchi Morsiani, *Note sull'esecuzione degli atti amministrativi*, cit., 404-405.

117 Cfr. V. Cerulli Irelli, *Lineamenti do diritto amministrativo*, cit., 430 ss. Sobre a infunxibilidade das obrigas de non facer véxase, en particular, L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit. 172 ss., 242 ss.

118 Considerouse que a reserva de lei disposta no art. 23 Cost. para a imposición de prestacións persoais e patrimoniais require levar a cabo unha interpretación do termo «lei» contido no art. 21 *ter* en sentido estrito, é dicir, «como acto dotado de forza e valor de lei, sexa de competencia do Estado ou das rexións», se ben, a xurisprudencia inclinouse por cualificala como relativa e, polo tanto, por admitir a integración do precepto a través de normas secundarias (V. Cerulli Irelli, *Osservazioni xerali sulla legge di modifica della l. n. 241 do 1990*, cit., e nel as amplas referencias que se realizan).

119 Véxase N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 333 ss.

120 Cfr. F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, cit., 554; A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, cit., 317 ss.; B.G. Mattarella, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, cit.

121 Sobre esta cuestión, véxase S. Cassese, *L'esecuzione forzata*, cit., 181; G. Sacchi Morsiani, *Esecuzione amministrativa*, cit., § 3.1.; Id., *Note sull'esecuzione degli atti amministrativi*, cit., 416 ss.

122 Como, por exemplo, aquelas que disciplinan os *supostos de feito* onde a urxencia permite prescindir da reclamación preventiva, B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, cit., 964.

123 Para un *excursus* sobre a codificación do principio noutros ordenamentos europeos (como o alemán, o español e o austríaco) véxase G. Sacchi Morsiani, *Note sull'esecuzione degli atti amministrativi*, cit., 426 ss. Para unha análise sobre a súa codificación mesmo no ordenamento italiano véxase A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, cit., 320 ss.; cfr. D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 87, e L. Ferrara, cit., 172 ss.

124 Esta lectura parece, polo demais, confirmada polo art. 21 *ter* co. 1. O art. 21 *quater* inspírase no mesmo principio, ao sinalar que o poder de suspensión da eficacia ou da execución da resolución administrativa pode exercitarse só «polo tempo estritamente necesario» e cando subsistan «graves razóns».

sa[125]. Nalgúns supostos, este está expresamente previsto pola lei (pénsese no suposto de inobservancia da obriga de demolición). Este mesmo argumento podería deducirse tamén do enunciado contido no artigo 21 *quater*, segundo o cal as «medidas administrativas eficaces han de ser executadas de inmediato».

Porén, non se trata dunha regra posto que, da redacción do artigo 21 *ter,* se pode inferir que a executoriedade indica «a posibilidade da execución forzosa, non da súa necesidade»[126], onde non fose establecido doutra maneira.

Á obriga de executar as resolucións administrativas eficaces súmanse dous problemas distintos aínda que relacionados entre si: a funxibilidade entre a execución administrativa e a ordinaria e a tipificación das modalidades da execución administrativa das resolucións limitativas. Díxose que, permitindo o artigo 21 *ter* «facer uso da potestade de coacción, (soamente) «nos casos e de acordo coas modalidades establecidas na lei»», débese «excluir calquera tipo de discrecionalidade administrativa sobre o *quomodo*»[127]. Porén, esta afirmación pódese aceptar, coa condición de que se admita que nada obsta a que a lei discipline os procedementos de imposición e a execución coactiva permitindo á administración pública escoller entre outras tipoloxías de acción. En conclusión, se o art. 21 *ter* non permite á administración pública a elección 'interna' (das regras aplicables a cada tipo de procedemento de execución), admite, porén, a elección 'externa' (entre diversos procedementos de execución).

No pasado, a xurisprudencia sostivo que a administración sempre tería podido optar entre o uso dos privilexios da autotutela e a renuncia aos mesmos[128]. Pero, máis recentemente, apartouse en varias ocasións desta orientación, considerando que: a) en presenza dunha potestade de execución administrativa especificamente atribuida, a administración non podería recorrer aos instrumentos ordinarios[129] (a menos que o suxeito obrigado non sexa outra administración pública[130]); b) estaría, en cambio, obrigada a recorrer aos instrumentos ordinarios en ausencia dunha expresa e procedementalizada atribución da potestade de execución administrativa[131].

O artigo 21 *ter* non permite resolver este problema. En todo caso, o carácter derrogatorio ou, se se prefire, especial, da autotutela executiva, hoxe "legalizado", debería orientarse cara os valores do *rule of law* para a confirmación da regra da funxibilidade, e débese in-

125 Cfr. T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. VII, 12 marzo 2007, n. 1785, en *Foro amm. TAR*, 2007, 3, 1077; S. Cassese, *L'esecuzione forzata*, cit., 180 ss.; Cons. Stato, Sez. IV, 26 xuño 2001, n. 5461, en www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. VII, 12 decembro 2007, n. 16208, en *Foro amm. TAR*, 2007, 12, 3899; *Id.*, 19 xuño 2007, n. 6217, en *Foro amm. TAR*, 2007, 6, 2164; Cons. Stato, Sez. V, 6 decembro 2007, n. 6259, en *Riv. giur. edil.*, 2008, 2, 517.

126 Véxase B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, cit., 965; V. Cerulli Irelli, *Osservazioni xerali sulla legge di modifica della l. n. 241 do 1990*, cit.; Id., *Principi do diritto amministrativo*, cit., 197.

127 F. Saitta, Saggio critico sull'art. 21 *ter* della legge 241 do 1990, en N. Paolantonio – A Police – A. Zito (a cura di), *A pubblica amministrazione e a sua azione*, Turín, Giappichelli, 2005, 453.

128 Véxase, *ex multis*, Cass. civ., Sez. un., 11 decembro 1979, n. 6442, en *Giust. civ. mass.*, 1979, 2848; Cons. Stato, Sez. IV, 20 abril 1988, n. 337, en *Foro it.*, 1989, III, 398.

129 Véxase Cons. Stato, Sez. IV, 3 maio 2011, n. 2618, en www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 8 maio 2003, n. 2984, in *TAR*, 2003, I, 1035; Cass. civ., Sez. un., 23 novembro 2000, n. 1205, en *Giust. civ. mass.*, 2000, 2233; cfr. T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. I, 13 outubro 2004, n. 14307, en www.giustizia-amministrativa.it.

130 Cando o suxeito obrigado é outra administración pública, non pode recorrerse á potestade de autotutela, dado que é unha expresión típica dunha condición de supremacía que non pode darse entre suxeitos equiordenados, Cass. civ., Sez. un., 1 febreiro 2005, n. 1864, en *Cons. Stato*, 2005, II, 299).

131 Véxase T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 11 novembro 2011, n. 2093, cit.

terpretar, polo menos no sentido de potestade, dando conta da motivación, decidir que, nalgúns casos, sexa máis axeitado someterse ás regras comúns da xustiza ordinaria[132], no caso de que sexa posible[133].

4 Unha visión de conxunto

Partindo dos novos artigos 21 *bis, ter* e *quater* da Lei Xeral sobre o Procedemento Administrativo pódese observar, en certo modo, o desenlace da trama das relacións entre as dimensións da *eficacia*, da *executividade*, da *executoriedade e* da *execución administrativa das resolucións da administración pública.*

Nas páxinas anteriores sinalouse que son executivas aquelas medidas cuxa soa eficacia non sexa capaz de satisfacer plenamente o correspondente interese público. Díxose tamén que a *executividade* permite a execución administrativa sen que a administración deba preconstituir un título executivo: a *executividade* exime á Administración de acudir a un proceso declarativo para obter unha sentenza en que se recoñezan as súas "pretensións". Así, chegouse á conclusión de que unha execución diferente da mera produción do efecto xurídico de que se trate non é necesaria, por exemplo, para aquelas resolucións cuxa eficacia poida satisfacer inmediata e integramente o interese público correlativo. Nestes casos, só fronte condutas contrarias ao contido da resolución primaria se presenta para a administración o problema da adopción de resolucións inhibitorias e/ou sancionatorias. Pero, neste caso, a relación entre a eficacia, a executividade e a executoriedade debe considerarse autonomamente.

En cambio, a execución posterior á produción do efecto xurídico é necesaria cando a simple eficacia non se poida considerar inmediata e integramente satisfactoria do interese público inherente á resolución de que se trate, por exemplo, pénsese naquelas actividades de execución (xurídica e material) necesarias para constituir e desenvolver relacións previstas por resolucións anteriores: estas son autónoma e directamente exercitables, mesmo no caso de impugnación da validez da resolución, precisamente porque esta é executiva.

Se a completa realización dos efectos da resolución require o desenvolvemento doutras actividades e pode ocasionar un conflito entre a administración pública e o obrigado, a execución poderá ter lugar en contra da súa vontade. En supostos como estes, cando a execución é posible, a *resolución* que se vai executar será, ademais de executiva (é dicir executable independentemente da preconstitución dun título executivo segundo o código de proceso civil) tamén *executoria*, é dicir, executable de maneira coactiva, mediante a ac-

132 Cfr. T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. VII, 5 xaneiro 2007, n. 67, en *Foro amm. TAR*, 2007, 1, 239; Cass. civ., Sez. un., 18 outubro 1986, n. 6127, en *Giur. civ. mass.*, 1986, fasc. 10. Porén, máis recentemente, o Consello de Estado considerou que se debería recorrer á execución administrativa, no canto de á execución ordinaria, dado que, de conformidade co art. 15 das disposicións preliminares ao código civil, as normas especiais que prevén e disciplinan a primeira prevalecen sobre as normas xerais que disciplinan a segunda (Cons. Stato, Sez. IV, 3 maio 2011, n. 2618, cit.). Non obstante, non se tivo en conta que, aínda que a norma especial prevalece sobre a xeral equiordenada (tanto cando sexa posterior como cando sexa anterior a ela), este principio resulta de aplicación nos casos en que a norma xeral sexa expresión de principios xerais fundamentais (véxase F. Modugno, *Diritto pubblico xerale*, Bari, Laterza, 2002). E fundamental é o principio de separación de poderes consagrado na Constitución, que non parece respectarse ao recorrer á execución administrativa en lugar de á execución ordinaria. Esta é a razón pola que se considera preferible admitir a subsistencia da potestade de elección e subordinala ao deber de motivación puntual e circunstancial. Porén, hai que lembrar que antes da Constitución republicana, o principio de executoriedade considerábase consubstancial á actividade administrativa co obxecto de defender a separación de poderes, véxase U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901; F. Cammeo, *A esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, cit.

133 Sobre os límites aos que, nalgúns casos, estaría sometida a 'vía ordinaria' véxase, G. Gruner, I*l principio di esecutorietà do provvedimento amministrativo*, cit., 318 ss.

tividade de imposición e/ou de execución ao resultado da reclamación e, en todo caso, sen recorrer a calquera dos procedementos de execución disciplinados no código de proceso civil: é dicir, a *executoriedade* da resolución *exime á administración da necesidade de recorrer aos instrumentos do proceso executivo disciplinado polo* código de proceso civil para obter a execución coactiva das obrigas que se derivan da mesma.

Coa *imposición* a administración provocará o cumprimento polo destinatario das actividades que deba realizar de forma necesaria para executar a medida. A resolución de imposición coactiva terá unha utilidade autónoma só se pode ser empregada para indicar, de maneira complementaria á anterior medida a executar, os tempos e a forma da execución.

No caso de que exista un incumprimento posterior, que continúe aínda despois da imposición e da intimación, a administración pública poderá proceder á consecución coactiva da utilidade, directamente ou delegando noutros suxeitos, de acordo coas modalidades previstas na lei.

Á actividade de imposición coactiva (esencialmente xurídica) poderá seguir a de execución (xurídica e material) só cando, unha vez incumprida a obriga imposta, a administración teña previsto notificar ao interesado unha intimación, mesmo se como consecuencia da mesma se prolonga o incumprimento.

A imposición coactiva, a notificación da intimación e a execución coactiva, entendida en sentido estrito, son fases da *execución administrativa nun sentido amplo*: esta última representa o conxunto de actividades necesarias para satisfacer o interese público vinculado a unha determinada resolución da administración pública, se a mera eficacia da fonte da obriga non é suficiente para garantilo.

A execución poderá ter lugar, á súa vez, en presenza ou non dun conflito entre a administración e o destinatario da resolución.

No primeiro caso, procederase á imposición e, polo tanto, ao requirimento para facer que o destinatario da resolución cumpra directamente. En cambio, a administración —directamente ou delegando noutros suxeitos segundo as modalidades previstas na lei— procederá á *execución coactiva* só no caso de que as medidas preliminares non fosen suficientes.

Porén, o artigo 21 *ter*, aínda despois de codificar o principio da executoriedade das "pretensións" (mellor "resolucións") da administración pública, subordinando a executoriedade á estrita legalidade e, polo tanto, excluíndoa nos casos non contemplados na lei, non introduciu unha *disciplina* xeral *dos procedementos de execución.* En consecuencia, desenvolve a función de norma de reenvío á disciplina sectorial. Polo tanto, é útil e necesario, por unha parte, tratar de extraer das normas sectoriais suxestións para a definición dunha disciplina xeral da execución administrativa[134] e, pola outra, defender a aplicación das normas da lei 241 aos procedementos de execución administrativa carentes dunha disciplina específica ou dotados dunha disciplina específica na que existen lagoas[135].

134 Como, por exemplo, se fixo nesta sede atribuíndo autonomía funcional ás tres fases da imposición coactiva, da intimación e da execución coactiva.

135 Sempre que a potestade resulte, polo menos, prevista no *an* dunha norma especial, en ausencia da cal deberá considerarse que a administración pública debe recorrer, de ser posible, aos instrumentos previstos en xeral polo c.p.c para a execución das propias pretensións. A importancia da procedimentalización das actividades de execución administrativa, segundo a regulación xeral contida na lei 241, increméntase como consecuencia da teoría da 'constitucionalización' do dereito a unha boa administración como dereito fundamental, a través do art. 41 da Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea e do seu carácter vinculante, véxase M. Trimarchi, *The impact of article 41*

Porén, garántese tamén a aplicación do *principio de proporcionalidade*[136], que esixe recorrer á execución coactiva só como *extrema ratio* e preferir o emprego de formas de execución espontánea ou hetero-inducidas do obrigado (pénsese na imposición coactiva e/ou na intimación), segundo fórmulas máis asimilables ás da denominada ‹auto-administración›.

Non obstante, o artigo 21 *quater* dispón a inmediata execución das resolucións administrativas eficaces, sen prever un termo inicial ou final no cal a actividade de execución teña que ser realizada e sen aclarar se esta execución é obrigatoria. O interese público non é, porén, dispoñible por parte da administración pública, ou mellor dito, só pode selo coas modalidades e límites contemplados na lei. Ás mesmas conclusións pódese chegar no caso da actividade de execución.

De todos modos, aínda se o artigo 21 *quater* cualifica a actividade de execución como vinculada no *an* e no *quando*, pode suceder que non subsista o interese á (inmediata) execución. Tamén as actividades de imposición e de execución coactiva contempladas no artigo 21 *ter* poden considerarse facultativas.

A administración só pode operar en aplicación da disciplina do procedemento administrativo, de tal maneira que a imperatividade das resolucións administrativas depende directamente da existencia dun procedemento previo[137]: a imperatividade vincúlase á existencia mesma do procedemento, preséntase de forma máis 'moderada'[138].

Porén, a execución administrativa está aínda lonxe da atracción ao procedemento: dado que carece dunha disciplina xeral propia e debido a que a lei 241 se adapta con dificultade ás súas esixencias. Quedan moitas lagoas e é moi alto o risco de que a autotutela executiva —limitada polo principio de legalidade e pola insuficiencia da súa disciplina— quede reducida a un mero simulacro.

of Eu Charter on Fundamental Rights on Italian administrative law: some observations, en *Ius Publicum Network Review*, 2012, 3 (www.ius-publicum.com). Cfr. S. Cassese, *A costruzione do diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, en Id. (editado por), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 49 ss.

136 A proporcionalidade, xunto á necesidade e á prohibición de que a acción administrativa sexa máis gravosa, poden converterse —coa eficacia, a adecuación e a prohibición de incumprimento— nun elemento de valoración da eficiencia da administración pública, véxase M. Vaquer Caballería, *El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo*, en *Ius Publicum Network Review* (www.ius-publicum.com), 2011.

137 Véxase S. Cassese, *L'atto autoritativo ovvero della caccia allo Snarco*, en Aa.Vv., *L'atto autoritativo*, cit., 321 ss.

138 Véxase F. De Leonardis, *Alla riscoperta dell'autoritatività "buona": in equilibrio tra provvedimento e procedimento*, en Aa.Vv., *L'atto autoritativo*, cit., 335 ss.; cfr. A. Romano, *Riflessioni dal Convegno: autoritarietà, consenso e ordinamento xerale*, en Aa.Vv., *L'atto autoritativo*, cit., 361 ss.

A reforma da Administración local en España: unha alternativa financeira á crise

La reforma de la Administración local en España: una alternativa financiera a la crisis

Reform of local Administration in Spain: an alternative financial crisis

M. OCTAVIO DEL CAMPO VILLARES

Profesor doutor do Departamento de Economía Aplicada I da Facultade de Economía e Empresa da Universidade da Coruña (Galicia, España)
moctadcv@udc.es

FRANCISCO J. FERREIRO SEOANE

Profesor doutor do Departamento de Economía Aplicada da Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)
franciscojesus.ferreiro@usc.es

J. VENANCIO SALCINES CRISTAL

Profesor titular do Departamento de Análise Económica e Administración de Empresas da Facultade de Economía e Empresa da Universidade da Coruña e Presidente da Escola de Finanzas da Coruña (Galicia, España)
jvsc@udc.es

Recibido: 22/01/2015 | Aceptado: 22/04/2015

Resumo: *As Corporacións Locais en España exercen un papel cada vez maior na prestación dos servizos básicos, ademais de estruturar o noso sistema político, unha realidade que esixe uns crecentes recursos económicos. Isto fai necesario estabilizar as finanzas locais, sendo a tal obxecto a reestruturación da Administración Local unha alternativa ata agora non tratada. Nesta liña, o traballo presentado avalía a dispersión institucional e xeográfica da Administración Local, relacionando a poboación co goberno local paralelo e tamaño municipal. Obtendo unha medida do grao de burocracia administrativa local per cápita. Véndose concluído esta visión coa consideración de dous factores que emerxen con forza e facilitan este cambio na organización pública local: unha demanda cidadá, apelando a unha maior eficiencia e rendición de contas; e a consideración das novas tecnoloxías facilitando a redución deste nivel administrativo.*

Palabras clave: *Administración pública, cidadán, contribuínte, finanzas públicas, servizos públicos e reforma administrativa.*

Resumen: *Las Corporaciones Locales en España ejercen un papel creciente en la prestación de servicios básicos además de vertebrar nuestro sistema político, realidad que demanda unos recursos económicos crecientes. Ello, hace necesario sanear las finanzas locales, siendo a tal objeto la reestructuración de la Administración Local una alternativa hasta el momento apenas considerada. En esta línea, el trabajo presentado, evalúa la dispersión institucional y geográfica de la Administración Local, relacionando la población con la Administración Local paralela y el tamaño municipal. Obteniendo una medida del grado de burocratización administrativa local per cápita. Viéndose completada esta visión con la consideración de dos factores que irrumpen con fuerza para facilitar ese cambio en la organización pública local: una demanda ciudadana que, reclama una mayor eficiencia y responsabilidad pública; y la consideración de que las nuevas tecnologías facilitan el adelgazamiento de este nivel administrativo.*

Palabras clave: *Administración Pública, Ciudadano, Contribuyente, Finanzas Públicas, Servicios Públicos y Reforma Administrativa.*

Abstract: *Local Corporations in Spain have an increasing role in the provision of basic services besides being essential for our political system. It is a reality which demands increasing economic resources. That makes necessary to balance local finances being the restructuring of the Local Administration an alternative barely considered at the moment. In this line, the presented work evaluates the institutional and geographical dispersion of the Local Administration relating the population to the Local Administration and the municipal size. It is obtained a measure of the degree of the local administrative bureaucratisation per capita. We have completed this vision considering two factors that barge in to facilitate that change in the local public organization: a citizen demand that claims higher efficiency and public responsibility; and the consideration that new technologies facilitate the thinning of the administrative level.*

Key words: *Public Administration, Citizen, Taxpayer, Public Finance, Public Services and Administrative Reform.*

Índice: *1 Introdución. 2 Bases para a reforma da Administración local. 2.1 Actuación e evolución da actividade da Administración Local en España. 2.2 A Administración Pública en España: ámbito e estrutura. 2.2.1 Marco de actuación do Sector Público. 2.2.2 Estrutura e funcións. 3 As finanzas das Facendas Locais: o déficit local nun ámbito de crise. 4 A complexidade da Administración Territorial en España. 4.1 A organización paralela dependente. A Para-Administración. 4.2 A dispersión micro-municipal. Unha medida para a súa reforma. 5. Racionalización e modernización administrativa: un cambio á vez cultural e organizativo. 5.1 Unha nova relación cidadán - Administración. A Xestión Pública. 5.2 A modernidade técnica administrativa. Un servizo público. 6 Consideracións e valoracións. 7 Bibliografía.*

1 Introdución

Ante unha situación socioeconómica tan complexa como a que vivimos, marcada por unha xeral e fonda crise así como a revisión de principios fundamentais baixo os que ata o momento se viña rexindo a nosa sociedade, convértese nunha necesidade e unha prioridade axustar as finanzas de todos os axentes económicos. Sendo neste contexto de procura de alternativas financeiras onde se enmarca este traballo, dirixido a ofrecer un marco alternativo á hora de acadar o desexado e necesario equilibrio das contas das Corporacións Locais (CL en adiante).

Equilibrio, sen o cal sería imposible garantir a provisión dos servizos públicos locais: alumeado público, asistenciais, recollida selectiva de residuos, seguridade e protección cidadá, subministro de auga, urbanismo, etc. os cales son responsabilidade principal das CL. Sendo ao obxecto un feito contrastado, que en moitos casos non abonda con actuar sobre as partidas que integran os programas de ingresos e gastos públicos, senón que cómpre ir un paso máis alá e abordar o tema da eficiencia da propia estrutura administrativa, é dicir, se esta é a máis axeitada en relación ao obxectivo de prestación eficiente dos servizos públicos locais.

En consecuencia, se queremos garantir a estabilidade orzamentaria das Facendas Locais, cómpre afinar o modelo de provisión dos servizos públicos baixo un dobre obxectivo: eficacia e flexibilidade. Para iso, a continuación abordaremos o estudo dunha reforma ordenada da Administración Local (AL en adiante) como alternativa de redución do Gasto Público; e que ademais conta coa vantaxe de non atacar directamente ao Estado do Benestar. Búscase acadar unha estrutura pública capaz, eficiente e flexible no seu quefacer, para con iso fortalecer o actual sistema de provisión pública. Así pois, e atendendo ao obxecto do noso traballo: *a reforma administrativa local en España como unha alternativa para a consecución do equilibrio das contas públicas*, estruturamos este, nos seguintes apartados:

No primeiro, abórdase a evolución da actividade exercida e as formas procedementais seguidas polas CL en España, dándonos pé sobre a necesidade de reformar a Administración en xeral e a local en particular, e xunto a iso preséntase a estrutura do Sector Público español, como referencia á hora de identificar onde e que reestruturar. Nun segundo punto, contextualózase a situación financeira das CL no contexto socioeconómico actual, de crise e déficits públicos. Nun terceiro apartado, estúdase a medida dos dous ámbitos máis comúns á hora de formular unha reforma da AL: a súa "administración paralela/dependente" e o micro tamaño poboacional de gran parte dos municipios en España. En cuarto lugar, introdúcense dúas cuestións que impulsan a necesidade de reformar a Administración: a crecente demanda cidadá en prol dunha maior responsabilidade pública e unha xestión pública máis eficiente, e a apreciación de que o desenvolvemento tecnolóxico é un instrumento clave dunha xestión pública máis barata e útil para o cidadán, aspectos ambos os dous que contribuirán á defensa dunha reforma administrativa axeitada aos cambios espaciais acaecidos: despoboamento e urbanismo. Concluíndo cunha valoración xeral sobre a posibilidade de que unha reforma da AL sexa unha alternativa válida para sanear as súas finanzas e manter os actuais niveis de prestación pública local.

2 Bases para a reforma da Administración local

2.1 Actuación e evolución da actividade da Administración Local en España

No devir da nosa democracia, as Administracións Territoriais e en especial as CL: Provincias (Deputacións) e Municipios (Concellos) experimentaron grandes cambios en dous sentidos:

a. En canto á gama de servizos prestados;

b. E ao volume de recursos xestionados: financeiros, físicos e humanos.

Sendo en ambos os dous casos a nota común a dunha expansión constante e progresiva. Fronte a iso, o Estado preséntase á vez como un director da actividade pública demasiado grande e pesado á hora de atender problemas cotidiáns como: a limpeza viaria, alumeado público, asistencia social, protección civil, saneamento, educación pre-obrigatoria, conservación ambiental, pero á vez demasiado pequeno para responder a grandes problemas aos que debe enfrontarse a complexa e globalizada sociedade moderna. Realidade que, se manifesta na súa perda de poder fronte a espazos supranacionais e institucións de mercado que rexen os mecanismos que aseguran o cumprimento das transaccións comerciais e fortalecen a creación de valores sociais (Dussauge, 2009; Arellano e Lepore, 2009).

Neste contexto, os gobernos locais víronse obrigados a facer fronte a unha infinidade de déficits de convivencia cidadá, os cales cómpre atender ao obxecto de vertebrar e facilitar a cohesión social (Jiménez *et al*, 2003; Rodríguez, 2011). E é neste papel cohesionador (art. 137 da Constitución) onde as CL teñen un protagonismo crecente, posto de relevo na esixencia de novos e custosos equipamentos, infraestruturas e servizos, o que incrementou a súa necesidade financeira. Pero é que, ademais este crecemento da actividade municipal viuse reforzado por outros factores (Da Mora, 1997; Cabannes, 1999; Garcés *et al*, 2008):

a. O crecemento e modernización do país, fixo que as CL quixeran equipararse en competencias ás de países máis avanzados do contorno, acometendo actuacións por enriba das súas posibilidades.

b. O sistema democrático esixe máis acercamento da Administración ao administrado —cidadán—, e neste sentido os Concellos actúan, non só como Administración finalista ante a demanda cidadá senón que chegan a asumir competencias non propias por razón da súa proximidade.

c. O "interese" do Concello por satisfacer as demandas veciñais provocou como se dunha reacción en cadea se tratase, un aumento no nivel de esixencia (demanda) cidadá, xerando un proceso circular de crecemento sostido na demanda de novos servizos públicos sobre todo municipais.

Como consecuencia de todo iso, o Concello como órgano de goberno municipal, acaba intervindo en todos os ámbitos sociais. Por iso, podemos dicir que, os Concellos en España pasaron de ser axentes reguladores da convivencia cidadá a provedores principais de servizos. Porén, e malia este proceso de cambio e crecemento da actividade local en España, escasa foi a súa repercusión nos métodos e formas de xestión empregados por este nivel da Administración (Rodríguez, 2004; Garcés *et al*, 2008), os seus procesos e sistemas seguen unhas estruturas propias de épocas pre-democráticas.

Así é que, a AL en España, ten pendente un proceso de modernización integral: organizativo, técnico e sobre todo cultural, o cal debería aplanar o camiño para saír desa situación de "estrés fiscal" (Álvarez *et al*, 1998; Ramió e Salvador, 2012) que caracteriza a nosa AL e que se plasma na realidade dunha "perpetua insuficiencia financeira fronte a unha desbordante atención de funcións e servizos". Proceso de reestruturación administrativa que cabe acometerse a través de dúas vías principais:

1. Introducir na Administración, técnicas de xestión privadas. Da norma administrativa á xestión (prioridade de servizo público) dos recursos e servizos públicos (Ramió, 2009; Bel, 2011; Del Campo e Ferreiro, 2012).

2. Introducir ao sector privado na prestación de certos servizos públicos. Unha xestión indirecta dos servizos públicos, externalizar a súa xestión (Soria, 1997; Bel, 2011), que non a súa provisión, a cal seguiría a ser de titularidade pública, ao ámbito privado trasládase só a prestación do servizo[1].

En canto ao primeiro punto, a introdución de técnicas de xestión propias do sector privado, debidamente adaptadas, cabe aplicalas en:

a. Unha oferta de servizos avanzada (De la Mora, 1997) e precedida dun amplo e fondo coñecemento das necesidades e expectativas do cidadán, así como do grao de aceptación e uso dos servizos xa ofertados.

1 Nos últimos tempos aparece con forza unha nova dinámica caracterizada porque ceertos servizos públicos os ofrecen organizacións privadas con (empresas) ou sen (fundacións, ONGs) ánimo de lucro prestadoras de servizos públicos; é o que se coñece como a Administración paralela (Ramió, 2009).

b. O marketing e promoción dos servizos prestados (Dussauge, 2009; Ramió, 2009). Non poucas son, as poboacións onde os seus cidadáns teñen un vago coñecemento dos servizos postos á súa disposición polo Concello.

c. A xestión interna (CPRI, 2005; Del Campo e Ferreiro, 2012), onde existe unha moi baixa integración dos sistemas de información analíticos, de métodos de traballo documentados e unha indocumentación dos procesos implantados.

No que respecta á introdución do sector privado na xestión dos servizos públicos locais, se ben a nosa AL comeza a empregar fórmulas de xestión indirecta, a curta experiencia amosa a necesidade de perfeccionar e seleccionar con rigor tales procedementos ao obxecto de evitar insatisfaccións. Sendo paso previo distinguir o que desde a perspectiva da Facenda Pública se entende por provisión de bens e servizos públicos e o que é a prestación destes, recaendo sobre esta distinción gran parte do debate sobre a modernización na xestión pública (Soria, 1997; Bel, 2011). Mentres que, a provisión do servizo se refire á súa titularidade, á garantía pública na cobertura universal dun servizo concreto, a prestación refírese ás vías e procedementos a través dos cales se leva a cabo a provisión do mesmo.

Porén, e aínda que a externalización de certos servizos públicos é unha opción á hora de mellorar a calidade e eficiencia dos mesmos, en ocasións emprégase para "esquecer" outra vía de actuación: *optimizar o funcionamento en si mesmo das organizacións públicas*. Introducir técnicas de xestión eficentes na Administración, sen afectar iso á provisión ou prestación directa do servizo público (Ramió 2009; Bell, 2011; Del Campo e Ferreiro, 2012). Nesta liña, mesmo cabe ver a externalización dos servizos públicos como o fracaso das organizacións públicas ao non conseguir prestar servizos de calidade de forma eficaz e eficiente dadas as limitacións con que conta a xestión burocrática do público[2] (Ramió, 2009).

A continuación, e antes de afondar no marco administrativo de referencia así como nos aspectos susceptibles de reforma da AL en España, debemos presentar a estrutura e composición do Sector Público español, sobre a base da súa funcionalidade.

2.2 A Administración pública en España: ámbito e estrutura

2.2.1 Marco de actuación do Sector Público

A actividade económica en España exércese baixo o marco dunha economía mixta de mercado, como recolle a Constitución. Onde, se recoñece a liberdade de empresa xunto á intervención dos poderes públicos á hora de garantir e protexer o exercicio e defensa da produtividade. Así, recoñécese de forma explícita a iniciativa pública (art. 128 da Constitución) no conxunto da actividade económica, ata reservándose a posibilidade de controlar, intervir recursos, fixar niveis de produción e atribuirse servizos esenciais se o interese xeral o aconsella. De todo iso dedúcese que as institucións que exercen a actividade pública non son nin poucas nin homoxéneas.

2 O cumprimento do Dereito Administrativo leva consigo a atención de considerables rixideces tanto en materia de contratación como de xestión pública, unido ao problema de identidade e costume social tan arraigados.

É por iso que, na táboa 1 se recollen ordenados todos os axentes que participan na actividade económica, baixo a clasificación do Sistema Europeo de Contas (SEC), onde cada axente interviniente se ordena atendendo ao dobre criterio de función e financiamento (López e Utrilla, 1992) e onde a excepción das Administracións Públicas e os fogares, onde as primeiras só poden ser economía pública e os segundos economía privada, os demais sectores admiten a dobre titularidade privada vs pública. Por tanto, múltiples son as áreas de intervención pública máis alá da gobernación ou a dirección da actividade socioeconómica dun país.

Táboa 1. Sectores intervinientes na Actividade Económica (SEC)

Sector	Función	Financiamento
Sociedades ou entidadedes non financeiras	Producir bens e servizos non destinados á venda comercial	Ingresos derivados da venda do seu produto / servizo
Institucións de crédito	Reunir, transformar e distribuir as distintas disponibilidades financeiras	Fondos de pasivos contratados
Empresas de seguros	Transformar riscos individuais en colectivos	Primas contractuais
Administracións Públicas (AAPP) e os seus organismos administrativos dependentes	Producir servizos destinados á colectividade de difícil comercialización e efectuar operacións de redistribución de renda e riqueza nacional	Pagos obrigatorios que deben realizar unidades pertencentes a outros sectores económicos
Institucións privadas sen fins de lucro	Producir servizos non destinados á venda para os fogares	Contribucións voluntarias
Fogares: Consumidores	Consumir bens e servizos comercializables	Remuneracións e pagos por prestación de servizos
Fogares: Empresarios/Autónomos	Producir bens e servizos non financeiros para a venda	Ingresos derivados da venda do seu produto / servizo

Fonte: Sistema Europeo de Contas, INE

Así, e aínda que é fácil caer na idea de equiparar Sector Público con AAPP (López e Utrilla, 1992; Albi *et al*, 2004), como acabamos de ver, o Sector Público exerce actividades: comerciais, industriais ou financeiras, condicionando toda a actividade económica, e abrindo iso dúas frontes de actuación en termos de reestruturación do ámbito público: a administrativa e a empresarial, algo tamén trasladable á AL.

Chegados a este punto cómpre unha reflexión: o desenvolvemento das relacións internacionais e a globalización da actividade socioeconómica en todas as súas áreas, fixo que a influencia das institucións públicas nacionais se reducise nos últimos anos ante a de organismos e institucións supranacionais, ligados ao espazo de referencia económica, a Unión Europea (Dussauge, 2009; Arellano e Lepore, 2009; Ramió, 2009; Rodríguez, 2011) e ao conxunto da economía capitalista. A influencia de institucións macro-nacionais como a UE, o FMI, a OCDE, crece sen parar, con medidas e normas que condicionan e afectan a todos os cidadáns, sen esquecernos dos mercados financeiros ou das Axencias de Cualificación e Regulación, cuxas avaliacións crecen en relevancia, circunstancia que reduce a acción reguladora fronte á provisoria das Administracións nacionais a todos os seus niveis.

Institucións estas que, cabe considerar nunha acepción positiva como parte dun conxunto de instrumentos conducentes a fortalecer a participación cidadá e incrementar os niveis de

confianza dos axentes económicos; de feito a creación de axencias reguladoras é nota común á maioría de Estados desenvolvidos (Dussauge, 2009). Porén, no que chamaremos como a acepción negativa, non son máis que instrumentos en favor da toma de decisións de grupos de poder hexemónicos, que condicionan e dirixen o desenvolvemento socioeconómico[3]. De feito sería ingenuo pensar que a creación destas institucións é só unha cuestión operativa e de xestión económica, incrústanse na actividade política de toda sociedade (Arellano e Lepore, 2009).

2.2.2 Estrutura e funcións

Ao obxecto de clasificar a maraña que configura o Sector Público español, é habitual recorrer ao dobre criterio (López e Utrilla, 1992; Jiménez *et al*, 2003), de combinar función+financiamento fronte ao do ámbito territorial de goberno. Atendendo ao primeiro, distinguimos entre:

a. Administracións Públicas ou Sector Público Administrativo.

b. Sector Público Produtivo ou Empresarial vs Empresas Públicas.

Mentres que no caso do segundo, tres son os espazos ou niveis territoriais en que se materializa o poder público: Central, Autonómico e Local.

Administración pública vs Sector público administrativo

Unidades Institucionais públicas cuxa función é a de efectuar operacións de redistribución de renda e riqueza nacional así como a provisión de bens e servizos non destinados á venda (servir ao interese colectivo) e cuxa fonte básica de recursos son as contribucións coactivas realizadas por axentes doutros subsectores. Distínguense:

Administración Central

Un complexo conxunto de órganos dependentes e de variada funcionalidade que estende a súa competencia a todo o territorio nacional, e que se integra dentro da Administración Xeral do Estado e que conforman a personalidade única do Estado.

Comunidades Autónomas

O art. 2º da Constitución deu resposta á "necesidade" con que se atopou o Estado español de atender as aspiracións autonomistas de parte da súa poboación. O Estado das Autonomías supuxo un reparto da responsabilidade pública e do ámbito de actuación entre Estado e Autonomías (CCAA en adiante). Así pois, as CCAA son entes públicos territoriais con autonomía política e administrativa e a capacidade de tomar decisións políticas e aplicalas a través da súa propia organización administrativa.

Administración Local - Corporacións Locais

A AL é o nivel territorial inferior da Administración. Iso fai que, os Entes Locais sexan persoas xurídicas acollidas ao Dereito Público, que cohabitan dentro do Estado e se atopan subordi-

3 A creación de institucións é un proceso histórico complexo onde os intereses dos grupos de poder fixan normas só xustificables baixo a idea de defender os seus obxectivos particulares. A relación bilateral entre estas e o poder económico é unha realidade innegable tal e como destapou a crise financeira "iniciada" en 2008.

nados a este. En canto á súa estrutura, e a diferenza dos niveis territoriais anteriores, a súa multiplicidade e heteroxeneidade son as súas características, e a súa funcionalidade é aberta. Destacan entre todas as CL: o municipio e a provincia. O art. 137 da nosa Constitución di que "o Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias e nas CCAA que se constitúan".

A Constitución no seu art. 140, declara a autonomía dos municipios, que disporán de personalidade xurídica plena, configurándoos como entidade básica da organización do Estado[4]; e onde o goberno e a administración dos mesmos lles corresponden aos seus respectivos concellos. O art. 141 refírese á provincia como unha entidade local con personalidade xurídica propia, determinada pola agrupación de municipios e división territorial para o cumprimento das actividades do Estado.

Sector público empresarial ou empresa pública

Unidades produtivas que actúan como un monopolio natural e producen bens e servizos para a venda. Poden ser de titularidade pública ou só de control público e actúan no campo da produción e intercambio de bens e servizos de forma similar a unha empresa privada, definición imprecisa, e os seus recursos proceden dos ingresos pola venda do seu produto e as subvencións recibidas da Administración.

3 As finanzas das facendas locais: o déficit local nun ámbito de crise

Dada a situación socioeconómica interna vixente así como o contexto internacional de referencia, esa necesidade de modernizar, flexibilizar e aplicar novos métodos de xestión na Administración, sitúase nun plano de máxima actualidade e prioridade, ao enmarcarse dentro dun contexto de extrema urxencia socioeconómica e á vez de importantes críticas sobre a capacidade e funcionamento de certas institucións públicas[5]. Por iso, pasa a ser un obxectivo clave equilibrar as finanzas das facendas públicas, condición necesaria ao obxecto de garantir a atención dos seus compromisos de gasto, actualmente máis que sobrepasados.

É pois, unha necesidade e unha obriga reformularnos a política orzamentaria das nosas CL sen ver minados piares básicos como: a eficiencia na xestión municipal, a corresponsabilidade financeira, e que a competencia local garanta tanto a prestación dos servizos municipais como a cohesión social. Para iso, e seguindo a ortodoxia financeira, tres son as vías a través das cales se acada o equilibrio orzamentario (De la Merced, 1997; Álvarez *et al*, 1998; Cabannes, 1999):

a. Redefinir o nivel de competencias das nosas corporacións locais.

b. Unha política de austeridade e eficiencia orzamentaria.

4 Función principal do Municipio, é a de órgano vertebrador da actividade cidadá, sendo ao efecto a súa afección, a de ente territorial identificativo e identitario, referencia administrativa básica do cidadán.

5 É habitual escoitar cuestións como: cal é o papel do Senado, as deputacións son un nivel administrativo necesario, é posible manter municipios sen apenas base demográfica, os municipios deben ser provedores básicos de servizos públicos, ou como articular a relación dos niveis políticos locais e autonómicos, centralizar ou descentralizar competencias locais en base á poboación é unha opción, etc.

c. Reformar o sistema de financiamento.

No que respecta á vía a) ou *competencial*, son cuestións a abordar: o inventario de competencias, redefinir a función da administración paralela, fomentar a cooperación intermunicipal ou revalorizar en base á súa evolución a forma de provisionar os servizos locais. En suma, revisar a asignación de competencias por materias e tamaño do municipio sendo a consecución de economías de escala e densidade o obxectivo. Sendo ao efecto variables clave a poboación, a súa dispersión e a súa contigüidade xeográfica nas zonas urbanas, facilitando a súa conexión en forma de rede (Bel, 2011).

É transcendente neste punto, facer mención a dúas características que definen a distribución de competencias locais, a súa dimensión á vez aberta e imprecisa. As materias que figuran como competencias locais son extensas e imprecisas, xa sexa en cantidade, calidade e servizos prestados, e que trato de evitar en parte (Miguez, 2014) a nova Lei 27/2013 de racionalización e sostenibilidade da AL. O carácter aberto e indefinido baixo o que se produce o aumento das competencias a desenvolver por un Concello xunto á posibilidade de exercer actuacións en competencias propias doutras AAPP, non fixo máis que provocar un crecemento desmesurado do gasto local e, por extensión, do seu endebedamento. En consecuencia, a necesidade de diminuir os déficits públicos locais, obriga a reducir o seu gasto buscando un "desenvolvemento planificado" da Facenda Local baseado nunha racionalización tanto dos aspectos institucionais como de xestión e todo preservando a calidade do servizo[6].

A vía b) *austeridade e rigor orzamentario*, implica que a Administración fixe obxectivos tales como: impulsar a contratación pública a través de poxas competitivas, aplicar criterios custo-beneficio, buscar alternativas de financiamento en colaboración co sector privado, elevar a corresponsabilidade fiscal, minorar a fraude fiscal e o cumprimento das obrigas de pagamento (De la Merced, 1997; Albi *et al*, 2000, Del Campo e Ferreiro, 2012). Todo iso, lévanos á aplicación da xestión como regra básica de actuación pública no quefacer diario das CL fronte á acción administrativa, que como sabemos, o seu obxectivo principal non é a eficiencia económica.

Mentras que, no que respecta á alternativa c) ou de *reforma do sistema de financiamento*, é unha opción onde as medidas fiscais a adoptar han de formar parte dunha formulación estrutural e completa da política fiscal e orzamentaria, modelo tributario orientado baixo as características de: equilibrio, xustiza e neutralidade en liña cos sistemas impositivos do contexto internacional. Así, o deseño fiscal da Facenda Local haberá de cumprir os seguintes obxectivos (De la Merced, 1997; Pedraja e Suárez-Pandiello, 1999; Albi *et al*, 2004; Slack, 2011; Vilalta, 2011):

1. Reducir o déficit público, con bases impositivas coherentes e adaptadas ao marco territorial. Un control do gasto local axustado ao seu tamaño e capacidade.

2. Flexibilidade, transparencia e suficiencia, ao obxecto de ofrecer solucións financeiras adaptadas aos problemas concretos de cada ente local.

6 Obter un "municipio sostible", ao que os seus cidadáns poidan pedir responsabilidades e esixir resultados como manifestación da acción democrática, para o cal deberá dispoñer dunha capacidade de xestión e unha autonomía de decisión imposible se ese municipio non é capaz de adaptarse ás transformacións do medio.

3. Asegurar a solidariedade financeira mediante un modelo que garanta uns recursos mínimos a aqueles municipios carentes de capacidade fiscal.

Agora ben, o contexto socio-político en que nos atopamos de crise e reformulación de parte dos principios e normas que caracterizan a nosa sociedade, esixe algo máis que aterse á ortodoxia financeira, dar un paso cara diante. Situándonos ante a necesidade de analizar e reformular a actuación de piares ata a data inamobibles da nosa estrutura socioeconómica e tamén da político-administrativa e que entre ambas as dúas definen a forma de organización colectiva (Bosch e Solé-Ollé, 2011; Rodríguez, 2011). Ao que se engade como factor de reflexión, o caso grego, coa radical restruturación da súa AL, eliminando 2/3 dos seus Concellos[7] ou a procura por parte da UE de mecanismos conducentes a racionalizar as estruturas de goberno en prol dun sistema que permita unha xestión máis acorde coa modernidade territorial e a capacidade financeira dos nosos gobernos locais (Italia, Portugal ou recentemente Francia), cuestionando a actual planta municipal, o papel das Deputacións ou a coordinación entre o nivel político local e o autonómico (Moisio, 2011; Rodríguez, 2011, De Diego, 2014).

Porén, na práctica o habitual é que en períodos de crise e insuficiencia financeira os políticos opten por medidas de fácil aplicación e rápido impacto, a maioría das veces adoptadas cunha escasa análise dos seus efectos: redución do investimento público, baixada dos salarios dos empregados públicos ou recortes lineais no gasto corrente., medidas que contan cun efecto rápido en canto á baixada de gasto público, pero que permiten manter baixo o orzamento, unidades ou servizos que dada a súa función (utilidade) sería máis fácil a súa eliminación (Bosch e Solé-Ollé, 2011).

Pero, tamén é certo que os períodos de crise e convulsión social, onde manda a urxencia por atopar solucións a tal situación, son perfectos para abordar solucións impensables en escenarios máis tranquilos (Ramió, 2009; Rodríguez, 2011): desde a introdución de novas técnicas de xestión, a externalización de servizos, a privatización dalgún destes… Pero tamén esoutra alternativa ata a data apenas considerada e que a urxencia económica pon sobre a mesa, a de abordar a idoneidade da estrutura territorial e institucional da nosa AL, e cuxo deseño data do século XIX. Por iso, dificilmente adaptable ás novas esixencias do medio: novos deseños urbanos e laborais, movementos migratorios de persoas e capitais ou ao desequilibrio entre a ocupación periurbana fronte ao despoboamento rural.

Ante estes cambios, atopámonos cunha arquitectura institucional, onde o desaxuste entre a estrutura municipal e a evolución xeográfica aumenta, (Rodríguez, 2004 e 2011; Slack, 2011, Del Campo e Ferreiro, 2013) ao crecer a distancia entre:

a. Os municipios rurais onde o inframunicipalismo é a súa característica, e instalados nun estado de crise demográfica sen precedentes, a cal se mestura cunha infinidade de carencias técnicas, humanas e financeiras.

b. Fronte aquel, a expansión da acción urbana máis alá dos seus límites territoriais, a súa influencia e radio de acción esténdese a unha área xeográfica cada vez maior, men-

7 A norma reduce os Concellos de 1.034 a 355, o que suporá un aforro para as endebedadas arcas públicas de 1.185 millóns de euros anuais. O obxectivo da reforma administrativa é crear Concellos capaces sobre a base dunha poboación mínima de 10.000 hab., ofrecendo uns mellores servizos ao cidadán.

tres que os mecanismos de xestión e fiscalización local están deseñados só para o seu ámbito político-administrativo municipal.

En consecuencia, debemos unir ás tres vías clásicas (competencial, eficiencia orzamentaria e de reforma financeira) no estudo do equilibrio da Actividade Financeira para garantir a prestación dos servizos públicos esenciais e a atención cidadá, unha cuarta, a de *racionalizar e redimensionar a estrutura da nosa Administración* e con especial fincapé no caso das CL.

Moitas son as razóns que se poden argumentar á hora de abordar a reestruturación das CL: a insuficiencia financeira da maioría destas, a necesidade de introducir e racionalizar os procedementos de xestión, a falta de servizos locais que garantan unha mínima calidade (benestar) de vida de moitas comunidades, a duplicidade competencial, o agravante dos déficits orzamentarios ante a caída da capacidade recadatoria en extremo dependente da construción (Álvarez *et al*, 1998; Rodríguez, 2004; Bosch e Solé-Ollé, 2012, De Diego, 2014).

Por iso, a continuación preséntase un estudo inicial que en ningún caso pretende a exhaustividade do obxecto investigado, todo o contrario, o interese céntrase en abrir un debate e unha reflexión sobre a idoneidade e viabilidade da estrutura local da Administración en España, adoptando para iso como referencia a variable poboación. É o noso obxectivo abordar o aspecto da súa adecuación no que respecta ao seu tamaño e función administrativa e que non terá outra meta que a de conducirnos cara unha mellora das finanzas das súas CL. Ao respecto e seguindo a literatura sobre a reforma das estruturas administrativas destacan dous grandes enfoques (Bel, 2011; Moisio, 2011; Rodríguez, 2011; Ramió e Salvador, 2012):

a. O primeiro, baseado na consideración de que as institucións públicas fallaron, non adaptándose ás necesidadees da sociedade en que se asentan. Por iso, e máis nunha situación de crise debe levarse a cabo unha transformación administrativa, buscando espazos competenciais máis amplos mediante fusión, agregación ou supresión de administracións. Unha reforma cuxo fin é a obtención de das devanditas economías implica a fusión de xurisdicións municipais.

b. O outro, sustentado nun respecto pola estrutura administrativa reinante como lexitimadora do estado democrático. Por iso respectuosa coa estrutura da función pública vixente, propoñendo como solución o fomento de fórmulas de cooperación e/ou asociación supramunicipal. Baixo este enfoque, dúas son as experiencias habituais: privatizar os servizos públicos para a consecución de economías de escala na produción e a cooperación intermunicipal.

4 A complexidade da Administración territorial en España

4.1 A organización paralela dependente: a Para-Administración

Situados xa na estrutura administrativa, comezaremos o estudo polas unidades dependentes das CL, e que por iso se configuran como aquelas unidades administrativas con menor independencia funcional e orzamentaria. É unha realidade da nosa estrutura pública ver como esta se configura baixo a sombra dunha ampla gama de Organismos e Institucións de

natureza heteroxénea e tamaño dispar (Para-Administración ou dependiente), a súa distribución e número aparece recollido na táboa 2, e onde tales Entes e Organismos aparecen ordenados por CCAA, sendo relacionados coa súa poboación a 12/2012 (Sánchez *et al*, 2006; Del Campo e Ferreiro, 2013).

Chegado a este punto e antes de continuar debemos facer fincapé na limitación da investigación formulada, na medida que esta se aborda exclusivamente desde a variable poboación. Se ben é certo que a poboación é variable clave e que todo proceso de desenvolvemento local leva consigo tres dimensións[8] (Dussauge, 2009); sendo unha destas a social, identificada co número de persoas ás que debe satisfacer a provisión pública. Outras moitas variables interveñen á hora de adecuar a estrutura administrativa local (CPRI, 2005; Garcés *et al*, 2008; Rodríguez, 2011): a pirámide poblocional, a densidade demográfica, o envellecemento, o poboamento disperso, a estrutura sectorial local ou a estrutura socio-política.

Por tanto, o noso interese céntrase en destacar a conveniencia do estudo sobre a complexidade e heteroxeneidade do Sector Público periférico español en termos per-cápita. Para iso, partiremos do Índice de Complexidade Administrativa autonómica ICA_{ca}[9], definido no caso francés como "département d´agglomération", (Sánchez *et al*, 2006; Guy, 2011; Del Campo e Ferreiro, 2012 e 2013) e que se recolle na ecuación [1]; o cal conta coa vantaxe de ser susceptible de aplicación a calquera escala da Administración Territorial[10], e onde a medida que crece o seu valor iso representa unha maior complexidade administrativa.

$$ICA_{ca} = ((Nº\ OAEP_{ca} / Pob_{ca}) * 10.000) / ((Nº\ OAEP_{E} / Pob_{E}) * 10.000) \quad [1]$$

Obtido o índice anterior, este é corrixido pola diferenza porcentual entre o número de Organismos autónomos e Entes Públicos (OAEP) con que conta cada CCAA respecto ao total de España en termos per-cápita (10.000 hab.), o cal se recolle na táboa 2 na columna $DIF\%_{ca\text{-}e}$. Obtida a devandita diferenza, súmase ao ICA_{ca} no caso de que a porcentaxe supere a media nacional e réstase se é inferior, dándonos unha medida global da complexidade administrativa por CCAA → $ICAT_{ca}$[11], índice de complexidade administrativa total por CCAA, e recollido na ecuación [2], onde un valor crecente é sinónimo dunha complexidade administrativa maior.

$$ICAT_{ca} = ICA_{ca} + ((\%(Nº\ Oep_{ca}/Pob_{ca}) - (\%(Nº\ Oep_{E}/Pob_{E})) \quad [2]$$

8 Dimensións nun proceso de desenvolvemento local: Económica, baseada en criterios de rendibilidade e eficiencia; Política, referida ao control, deseño e xestión pública; e Social, grupo de persoas obxecto de atención pública.

9 O ICA_{ca}, mide o detalle da Administración paralela de cada CCAA en base á súa poboación; e onde: Nº OAEP = Número de Organismos Autónomos e Entes Públicos; Pob. = Poboación; E = España; ca = CCAA.

10 A complexidade interna da Administración Territorial de calquera CCAA pode deberse á súa propia estrutura administrativa como á do nivel administrativo inferior ao autonómico, o local. É por iso posible identificar a través do índice de complexidade administrativa aplicado a cada nivel administrativo cal de ambos os dous é orixe dunha maior burocratización. Estes índices aparecen recollidos na táboa 2:

- Índice de complexidade administrativa autonómica ($ICAA_{ca}$) ou "communautés d´agglomération":
  [1.a] $ICAA_{ca} = ((Nº OAEPA_{c}a / Pob_{ca}) * 10.000) / ((Nº OAEPL_{E} / Pob_{E}) * 10.000)$
- Índice de complexidade administrativa local ($ICAL_{ca}$) ou "municipalité d´agglomération":
  [1.b] $ICAL_{ca} = ((Nº\ OAEPL_{ca} / Pob_{ca}) * 10.000) / ((Nº\ OAEPL_{E} / Pob_{E}) * 10.000)$

11 O índice de complexidade administrativa total ($ICAT_{ca}$), mide pois a complexidade da Administración paralela de cada CCAA corrixida polo tamaño relativo da súa poboación en relación á poboación de España.

Táboa 2. Complexidade Orgánica ICA, ICAL e ICAT s/Poboación (10.000 habitantes)

CCAA	Pob. 1/1/2012	OAEP CCAA	OAEP CL	Total OAEP	$ICAA_{ca}$	$ICAL_{ca}$	ICA_{ca}	$DIF\%_{ca-e}$	$ICAT_{ca}$
Andalucía	8.424.102	15	261	276	0,457	0,861	0,821	-0,071	0,750
Aragón	1.346.293	5	78	83	0,953	1,809	1,545	0,217	**1,763
Asturias	1.081.487	14	39	53	3,320	1,002	1,228	0,091	*1,319
Baleares	1.113.114	9	35	44	2,074	0,873	0,991	-0,004	0,987
Canarias	2.126.769	10	63	73	1,208	0,823	0,860	-0,056	0,804
Cantabria	593.121	6	3	9	2,594	0,140	0,380	-0,247	0,133
Castela-Mancha	2.558.463	3	65	68	0,301	0,706	0,666	-0,133	0,533
Castela-León	2.115.334	3	44	47	0,364	0,578	0,557	-0,177	0,380
Cataluña	7.539.618	48	563	611	1,833	2,074	2,031	0,411	***2,442
C. Valenciana	5.117.190	15	134	149	0,752	0,727	0,730	-0,108	0,622
Extremadura	1.109.367	4	33	37	0,925	0,826	0,836	-0,065	0,770
Galicia	2.795.422	12	67	79	1,101	0,666	0,708	-0,116	0,592
Madrid	6.489.680	15	67	82	0,593	0,287	0,317	-0,273	0,044
Murcia	1.470.069	8	45	53	1,396	0,850	0,904	-0,038	0,865
Navarra	642.051	6	52	58	2,397	2,250	2,264	0,504	***2,768
País Vasco	2.184.606	10	143	153	1,174	1,818	1,755	0,301	***2,057
A Rioja	322.955	1		1	0,794	0,00	0,078	-0,368	-0,290
Total	**47.190.493**	**184**	**1.699**	**1.883**	**1,000**	**1,000**	**1,000**	**0,000**	**1,000**

*Nota: ***valor de máxima complexidade orgánica, **valor de alta complexidade orgánica, *valor de complexidade orgánica significativa. Non se inclúen as cidades autónomas de Ceuta e Melilla.*
Fonte: Instituto Nacional de Estatística (INE), series estatísticas do MIHAP e elaboración propia.

Dos resultados obtidos, podemos observar como varias CCAA presentan un grao[12] de burocratización non xustificado e insostible en canto ao número de Organismos autónomos dependentes per-cápita, algo que lles confire unha marxe de aforro administrativo considerable, tal é o caso de Navarra, Cataluña, País Vasco, Aragón e Asturias. No lado contrario aparecen A Rioja, Cantabria, Madrid e Castela e León que, e siempre en clave de poboación, reflicten unha complexidade administrativa reducida en canto á súa Administración paralela. Así pois e en base aos datos observados, antes mesmo de abordar a restruturación da propia AL (fusión e redución de municipios), son varias as Comunidades que contan cunha marxe nada despreciable de Organismos e Entes tal vez prescindibles; haberá que ver a súa funcionalidade.

E é que, ao dato cuantitativo expresado en termos de poboación (ICAT) e recollido por CCAA na táboa 2, hai que engadir o feito de que, un bo número destes Organismos integrantes da chamada Paraadministración presentan unha laxa ou cando menos dubidosa utilidade en clave de prestación de servizo. Destacando o caso de organismos dirixidos a actividades

12 En base ás características do índice, valores ≥ a 2 representan un alto grao de burocratización administrativa, mentres que un valor < 1 se considera de baixa complexidade ou densidade administrativa.

como: cultura, lecer ou deportes, é dicir, servizos de carácter non básico e de fácil integración noutros si recollidos como básicos no texto constitucional.

Táboa 3. Distribución funcional dos entes e organismos territoriais por comunidade

CCAA	Educación e formación[13]	Sanidade e saúde[14]	S. sociais e asistenciais[15]	Cultura, ocio e turismo[16]	Activ. deportivas[17]	Economía e xestión[18]	Non clasf.[19]
Andalucía	30	11	8	60	53	39	75
Aragón	8	3	18	20	15	5	14
Asturias	4	1	6	14	18	4	6
Baleares	7	1	4	9	4	4	15
Canarias	7	5	6	24	10	11	10
Cantabria	3	0	0	1	2	1	2
Castela-Mancha	17	1	5	19	9	7	10
Castela-León	4	1	5	12	8	7	10
Cataluña	50	22	30	147	122	66	174
C. Valenciana	23	3	9	41	26	19	28
Extremadura	11	0	4	6	9	3	4
Galicia	6	1	2	18	16	11	25
Madrid	7	5	7	18	26	7	12
Murcia	12	1	5	18	9	7	1
Navarra	5	3	10	16	12	10	2
País Vasco	10	4	26	28	25	11	49
A Rioja	1	0	0	0	0	0	0
% s/Total	**10,99**	**3,35**	**7,70**	**24,11**	**19,38**	**11,26**	**23,21**

Nota: non se inclúen as cidades autónomas de Ceuta e Melilla.
Fonte: Series estatísticas do Ministerio para as Administracións Públicas e Banco de España.

A distribución funcional desa Administración paralela figura na táboa 3, onde se aúna a distribución autonómica e a actividade exercida por eses entes e organismos dependentes da Administración territorial. Poñéndose de manifesto unha gran diversidade funcional, cunha orientación dominante en canto a xestión e función cara as actividades: asistenciais, cultura e deportes, que xunta suman máis da metade destes órganos públicos (51,2%); se ben a título individual o maior peso correspóndelle aos organismos de función imprecisa cun 23,2%, mostra da indefinición e sobredimensión desta sub-Administración. Polo que

13 Órganos de formación e ocupación profesional a todos os niveis desde preescolar á universidade.

14 Hospitais, centros de saúde e gabinetes sanitarios.

15 Servizos sociais e asistenciais a favor de colectivos específicos.

16 Cultura, ocio e turismo, promoción da cultura e o patrimonio de actividades recreativas e festexos.

17 Actividades deportivas, con atención especial á área organizativa e infraestruturas.

18 Servizos de promoción económica e de xestión de servizos económicos e tributarios.

19 Non clasificadas, aquelas non susceptibles de inclusión nas anteriores agrupacións.

podemos dicir que a Paraadministración territorial se especializou en servizos non básicos e de fácil delegación (Rodríguez, 2004; CPRI, 2005; Del Campo e Ferreiro, 2012), características que elevan a complexidade institucional, especialmente dado o gran número de entes asistenciais e promocionais, onde a indefinición de responsabilidades e obxectivos é habitual.

En consecuencia e tras analizar a información contida nas táboas 2 e 3 podemos dicir que antes de abordar a reforma da AL (fusión e integración municipal), esta conta cunha marxe nada despreciable de Entes e Organismos autónomos dependentes de dubidosa e/ou incerta utilidade. Feito que nos permite pensar na súa redución como un *primeiro paso* á hora de adelgazar a nosa ampla e heteroxénea Administración Territorial. E iso xa non só polo seu número (1.883), de por si elevado, senón e máis importante pola súa función, destacando o caso de órganos dirixidos a atender actividades menos prioritarias respecto a outras sancionadas como esenciais pola Constitución, e por iso de fácil redución nun contexto de urxencia financeira. Asturias, Cataluña e Navarra, ademais do alto número de Organismos dependentes, en proporción dos menos prioritarios, superan notablemente a media[20].

4.2 A dispersión micro-municipal: unha medida para a súa reforma

Se no punto anterior se analizou a estrutura local en canto a Organismos e Entes autónomos, a continuación, e seguindo a mesma metodoloxía de estudo, introducímonos na propia estrutura da AL, é dicir, no número e tamaño dos municipios españois así como na súa dispersión xeo-poboacional. Ao obxecto de medir esa dispersión elaborouse o chamado índice de dispersión municipal (IDM_{ca}), recollido na ecuación [3], e que mide o nivel de dispersión da poboación de cada CCAA segundo o tamaño municipal, e onde se aumenta implica unha maior dispersión da súa poboación por municipio, predominando por tanto un gran número de termos micro-municipais.

$$IDM_{ca} = ((Nº\ Mun_{ca}/Pob_{ca}) * 10.000) / ((Nº\ Mun_{E}/Pob_{E}) * 10.000) \quad [3]$$

O IDM_{ca} igualmente será axustado en base á diferenza porcentual entre a proporción de municipios per-cápita (10.000 hab.) por CCAA e a devandita porcentaxe a nivel nacional respecto á mesma proporción a nivel nacional ($\%DifMun_{ca-e}$), e que se sumará no caso de superar a media nacional e se restará se se sitúa por debaixo, obtendo así unha nova medida de dispersión municipal total por CCAA → $IDMT_{ca}$[21], índice de dispersión municipal total por CCAA, ecuación [4].

$$IDMT_{ca} = IDM_{ca} + ((\%(Nº\ Mun_{ca}/Pob_{ca}) - (\%(Nº\ Mun_{E}/Pob_{E})) \quad [4]$$

Considerando de forma conxunta o índice de complexidade administrativa total ($ICAT_{ca}$), táboa 2, e o de dispersión municipal total ($IDMT_{ca}$), tabla 4, obtemos o índice de máxima complexidade administrativa ($IMAXCAT_{ca}$), definido na ecuación [5], e cuxos valores para cada CCAA figuran na última columna da táboa 4. En consecuencia, este índice de complexidade administrativa global medirá a rotación do nivel de burocratización (tamaño da Paraadministración) por CCAA respecto á súa dispersión municipal (número de municipios). As súas cifras

20 Actualmente os entes dedicados a: cultura, ocio, turismo e actividades deportivas ascende ao 43,5%.

21 O índice de dispersión municipal total ($IDMT_{ca}$), mide a dispersión da poboación de cada CCAA por municipios corrixida a través do número de municipios de cada CCAA respecto ao total de municipios de España; e onde: ICM_{ca} = Índice de Dispersión municipal por CCAA; Nº Mun = Número de Municipios; Pob. = Poboación; E = España; ca = Comunidade Autónoma (CCAA).

servirannos de referencia para identificar e cuantificar a oportunidade de reestruturación local en clave de poboación.

$$IMAXCAT_{ca} = ICAT_{ca} * IDMT_{ca} \quad [5]$$

Se no caso da complexidade derivada da Administración paralela (táboa 2) vimos como eran as CCAA máis desenvolvidas: Cataluña, Navarra ou o País Vasco, as que amosaban un maior sobrepeso en termos per-cápita (gran número de Organismos e Entes dependentes). No caso da dispersión municipal ($IDMT_{ca}$) é o centro de España con Comunidades menos desenvolvidas, altamente avellentadas e de elevada migración, as que maior densidade municipal presentan, proliferando o número de municipios coun exiguo poboamento (≤ 1.000 habitantes), caso de Castela a Mancha, 12,18; Aragón, 6,87; A Rioja, 6,80 e Castela e León 5,15.

En consecuencia, o mapa institucional local á hora de afrontar esa reestruturación da AL é moi distinto segundo o obxecto investigado: Administración paralela ou dispersión municipal. É por iso, se cabe aínda máis necesario analizar os datos globais ($IMAXCAT_{ca}$), tendo en conta simultaneamente a complexidade da Administración dependente ($ICAT_{ca}$) e a dispersión municipal ($IDMT_{ca}$):

Dispersión local institucional (DLI) + Dispersión local xeográfica (DLX)
= Dispersión local total (DLT).

Vemos como son as Comunidades de Navarra, Aragón e Castela A Mancha, cun 13,8; 12,1 e un 6,5 respectivamente, as que reflicten unha burocratización administrativa total maior; e por iso tamén as que presentan unha maior necesidade (prioridade) de reformar a súa AL. Séguenlle Extremadura e Castela León, a unha distancia significativa. É interesante ver como sendo Castela A Mancha a CCAA con maior dispersión municipal ($IDMT_{ca}$ máis alto), ao empregar o $IMAXCAT_{ca}$ cae ao terceiro lugar debido a que a súa administración paralela ($ICAT_{ca}$) é reducida, ao contrario que Cataluña, que malia a gran complejidade da súa Administración paralela ($ICAT_{ca}$ = 2,44 segundo maior), a súa baixa dispersión municipal ($IDMT_{ca}$ = 0,267) outórgalle un valor en termos de $IMAXCAT_{ca}$ de só un 0,65. Lembremos que é a CCAA con máis "cidades".

Táboa 4. Distribución municipal e Índice de máxima Complexidade Municipal por CCAA (s/10.000 hab.)

CCAA	Pob. 1/1/2012	Mun. ≤ 1.000 h	Mun. ≤ 5.000 h	Mun. ≤ 20.000 h	Mun. > 20.000 h	Total MUN.	IDM_{ca}	$DIFMun\%_{ca-e}$	$IDMT_{ca}$	$IMAXCAT_{ca}$
Andalucía	8.424.102	195	314	181	81	771	0,532	-0,805	-0,272	-0,204
Aragón	1.346.293	620	86	21	4	731	3,157	3,710	***6,867	***12,103
Asturias	1.081.487	17	30	24	7	78	0,419	-0,999	-0,579	-0,764
Baleares	1.113.114	6	21	28	12	67	0,350	-1,118	-0,768	-0,758
Canarias	2.126.769	1	25	37	25	88	0,241	-1,306	-1,065	-0,857
Cantabria	593.121	31	51	15	5	102	1,000	0,000	1,000	0,133
Castela-Mancha	2.558.463	1.985	205	61	15	2.248	5,109	7,067	***12,178	***6,486
Castela-León	2.115.334	624	219	43	15	919	2,528	2,625	***5,151	*1,957
Cataluña	7.539.618	482	255	147	63	947	0,730	-0,464	0,267	0,651

CCAA	Pob. 1/1/2012	Mun. ≤ 1.000 h	Mun. ≤ 5.000 h	Mun. ≤ 20.000 h	Mun. > 20.000 h	Total MUN.	IDM_{ca}	$DIFMun\%_{ca-e}$	$IDMT_{ca}$	$IMAXCAT_{ca}$
C. Valenciana	5.117.190	218	168	93	63	542	0,616	-0,661	-0,045	-0,028
Extremadura	1.109.367	204	143	31	7	385	2,018	1,751	**3,769	*2,903
Galicia	2.795.422	23	179	91	22	315	0,655	-0,593	0,062	0,037
Madrid	6.489.680	47	53	46	33	179	0,160	-1,444	-1,284	-0,056
Murcia	1.470.069	2	7	19	17	45	0,178	-1,414	-1,236	-1,069
Navarra	642.051	186	64	19	3	272	2,463	2,517	**4,980	***13,786
P. Vasco	2.184.606	101	81	51	18	251	0,668	-0,571	0,097	0,200
A Rioja	322.955	144	21	7	2	174	3,133	3,668	***6,801	-1,97
Total	**47.190.493**	**4.886**	**1.922**	**914**	**394**	**8116**	**1,000**	**0,000**	**1,000**	**—**
% s/Total		60,20	23,68	11,26	4,86	—	—	—	—	—

*Nota: *** valor de máxima dispersión, ** valor de alta dispersión, * valor de dispersión significativa.*
Fonte: Instituto Nacional de Estarística e elaboración propia.

Así pois, e tomando como referencia a variable poboación, a marxe de actuación no que respecta a simplificar a AL non só é considerable en canto a redución do número de Organismos autónomos, tamén o é no número de municipios, atopándonos con CCAA como Castela A Mancha, Aragón, A Rioja, Castela e León e Navarra, as cales máis que duplican a media estatal en número de municipios.

Pero aínda hai máis: a táboa 4 recolle tamén a distribución porcentual de municipios en base á súa poboación, onde podemos ver como a característica principal da Facenda municipal española é a do seu micro tamaño, co 83,9% dos municipios con menos de 5.000 habitantes e o 60,2% con menos de 1.000 habitantes. Iso fai que tanto a base económica como a capacidade financeira da maioría destes municipios sexan inexistentes impedindo así a prestación de novos servizos ou mellorar os xa prestados (Álvarez *et al*, 1998; Rodríguez, 2004), polo que a transferencia de fondos procedentes doutros niveis da Administración superiores é o seu principal argumento financeiro, é dicir, a subsidiación e dependencia financeira.

Ademais, continuando cos efectos dese minifundismo municipal, non esquezamos que, nesta mesma liña, tanto o Fondo Monetario Internacional (FMI) como a propia Unión Europea (UE) obrigaron a Grecia e Portugal a simplificar o seu mapa institucional local, considerándoa como unha medida de redución do Gasto Público imprescindible e innegociable. Pero é que aínda hai algo máis: os municipios españois teñen de media pouco máis da metade de habitantes que no caso grego.

Así, dada a situación financeira que soporta a AL en España, a continuación preséntase unha simulación, táboa 5, baixo tres hipóteses onde se proxecta o número de municipios que desaparecerían por fusión con outros limítrofes. Por suposto que a eliminación en cada caso dos municipios que se atopen por debaixo dos mínimos de poboación considerados, pode dar lugar a un novo termo municipal que non sempre ten porque ser absorbido por un maior, e igualmente a eliminación de municipios leva consigo a redución de Organismos dependentes. Por iso, as cifras han de verse en termos de aproximación e non de confirma-

ción, aínda así os resultados amosan un indubidable interese (dirección do traballo), sendo as hipóteses[22] establecidas:

– Hipótese baixa: eliminar municipios con menos de 1.000 habitantes.
– Hipótese media: eliminar municipios con menos de 5.000 habitantes.
– Hipótese alta: eliminar municipios con menos de 10.000 habitantes.

Os resultados déixannos ver onde actuar á hora de reformar a AL: sobre o número de municipios ou o de organismos dependentes. Así e como vemos, se nos limitamos á hipótese baixa aínda son varias as Comunidades cunha complexidade administrativa global elevada: Navarra, Extremadura, Aragón, País Vasco e Cataluña, aínda que tamén vemos como a complexidade de Comunidades como Castela A Mancha, Extremadura e Castela e León se reduce ostensiblemente só eliminando os seus municipios de menos de 1.000 habitantes. Se subimos o nivel de restrición das hipóteses fixadas media e máxima, vemos como se reduce o número de Comunidades de máxima complexidade administrativa e sobre todo que esta se concentra nas mesmas CCAA: Navarra, País Vasco e Cataluña, debido á súa prolífica Administración paralela.

Táboa 5. Hipóteses de distribución municipal por CCAA, baixo distintos criterios de simplificación

CCAA	Total mun. 31/12/12	Desaparecen como máximo			Manteñen como mínimo			IMAXCAT		
		H. Mín	H. Med	H. Máx	H. Mín	H. Med	H. Máx	H. Mín	H. Med	H. Máx
Andalucía	771	194	510	619	577	261	152	0,746	0,858	0,854
Aragón	731	620	706	717	111	25	14	2,357	1,012	1,037
Asturias	78	16	47	57	62	31	21	0,950	1,369	1,634
Baleares	67	6	27	44	61	40	23	0,650	1,345	1,311
Canarias	88	1	24	46	87	64	42	0,255	0,887	1,016
Cantabria	102	31	82	91	71	20	11	0,299	0,169	0,156
Castela-Mancha	2.248	1.981	2.190	2.224	267	58	24	0,999	0,406	0,275
Castela-León	919	623	842	880	296	77	39	1,044	0,529	0,444
Cataluña	947	481	737	826	466	210	121	2,028	2,443	2,432
C. Valenciana	542	215	383	441	327	159	101	0,548	0,714	0,785
Extremadura	385	204	347	371	181	38	14	2,556	0,997	0,577
Galicia	315	22	202	256	293	113	59	1,116	0,934	0,805
Madrid	179	47	99	130	132	80	49	-0,008	0,013	0,017
Murcia	45	2	9	14	43	36	31	0,027	0,732	1,176
Navarra	272	186	250	262	86	22	10	7,201	3,584	2,663
P. Vasco	251	101	182	208	150	69	43	2,054	2,410	2,587
A Rioja	174	143	165	170	31	9	4	-0,485	-0,291	-0,213
Total	8.116	4.873	6.802	7.356	3.243	1.314	760	—	—	—

Fonte: Instituto Nacional de Estatística e elaboración propia.

22 A hipótese máxima coincide coa fixada para Grecia, mentres que a hipótese media é a máis estendida á hora de abordar a reestruturación da AL en España (Rodríguez, 2004; Bel, 2011; Ramio e Salvador, 2012), sendo a hipótese mínima aquela imprescindible á hora de iniciar calquera intento de reestruturación dada a absoluta insubmisión financeira deses micro-municipios.

A modo de resumo podemos dicir que as posibilidades de reestruturación da Administración periférica non son poucas, e é máis, se lle engadimos dous factores clave como son o despoboamento+distancia entre bo número dos termos municipais e por outro a descentralización e baixa utilidade amosada por moitos dos Organismos dependentes da AL. A oportunidade para acometer importantes axustes na estrutura administrativa local non é para nada despreciable.

Por outra banda cómpre identificar que grao de equilibrio interterritorial se alcanza baixo cada unha das hipóteses fixadas. Para iso analizamos unha serie de indicadores de dispersión e distribución territorial, recollidos estes na táboa 6.

Onde vemos como a ganancia en termos de redución da complexidade administrativa global é grande só coa hipótese mínima. Así, e só baixo a H.min, a varianza redúcese un 85% e o coeficiente de Pearson (CP) un 79%, mentres que o coeficiente de Apertura (CA) aumenta un 105%, facéndose máxima a devandita ganancia coa hipótese media, onde a varianza cae un 95%, o CP un 91%, mentres que o CA crece un 136%. Porén, o tránsito entre as hipóteses H.med. → H.max. apenas si supón unha mellora nos valores obtidos, algo que nos fai sospeitar que a cifra de 5.000 habitantes por municipio é un límite a considerar como óptimo en clave de equilibrio e corresponsabilidade interterritorial á hora de reestruturar a nosa AL.

En consecuencia, a supresión dos municipios con menos de 1.000 habitantes revélase como unha urxente e innegociable necesidade, e que o tamaño base aconsellable dos municipios restantes sitúase nos 5.000 habitantes, ao non ser moi significativa a redución do grao de burocratización local ao subir aos 10.000 habitantes, tal e como poñen de relevo os indicadores empregados, especialmente a varianza observada. De calquera maneira, iso non pasa de ser unha referencia á hora de deseñar esa planta municipal base que facilite o deseño dun mapa local axustado ás necesidades sociodemográficas e económicas actuais: despoboación rural e concentración urbana.

Táboa 6. Indicadores de dispersión espacial

CCAA	Distribución actual	Hipótese Mínima	Hipótese Media	Hipótese Máxima
Varianza	19,767	2,872	0,884	0,713
Percorrido absoluto	16,428	7,874	3,875	2,876
Percorrido relativo	8,583	5,992	3,635	2,784
Coeficiente de Pearson (CP)	10,325	2,186	0,830	0,690
Coeficiente de apertura (CA)	5,218	10,700	12,316	12,502

Fonte: Elaboración propia

En consecuencia, a oportunidade para acometer importantes axustes na estrutura e composición da AL é considerable, especialmente dado o seu despoboamento e a extrema delegación de competencias a organismos dependentes de carácter non esencial.

5 Racionalización e modernización administrativa: un cambio á vez cultural e organizativo

5.1 Unha nova relación cidadán - Administración. A Xestión Pública

Tras a penúltima década do pasado século, asistimos na maioría de países avanzados a importantes cambios na relación establecida entre os seus cidadáns e o poder público en canto á provisión dos servizos públicos, dando paso a un cidadán "máis público". O papel crecente do Sector Público en todas as áreas e as reformas económicas acaecidas deron paso a unha nova visión da acción cidadá:

Cidadán (elector) – financiador (contribuínte) – usuario (cliente)

O cidadán esixe ao Sector Público unha serie de servizos, que este deberá provisionar da forma máis eficiente posible (Garcés *et al*, 2008). Por tanto, a actuación dos poderes públicos no plano económico deixa de ser consecuencia inevitable dos chamados erros do mercado ou do exercicio do poder omnipotente do que desfruta, para converterse cada vez máis en resposta a unha demanda activa do cidadán, revelada esta a través de enquisas e estudos de opinión especializados sobre a xestión pública (Albi *et al*, 2004; Carrillo e Tamayo, 2008).

O Sector Público debe atender eficazmente a Demanda Cidadá nun medio complexo e cambiante mediante a optimización na asignación dos seus recursos, esixencia ademais crecente en termos de calidade. Sendo precisamente nesta función de asignación un dos puntos onde a atención dos poderes públicos máis debe mellorar, especialmente debido a que se enfrontan a unha demanda cidadá indefinida e mudable (Garcés *et al*, 2008; Del Campo e Ferreiro, 2012); e é aquí, onde polo efecto de proximidade cidadá as CL se sitúan en cabeza desa avaliación cidadá.

Por iso, e como resposta aos novos retos aos que debe atender o Sector Público, xorde a necesidade de redefinir e adelgazar as distintas áreas de intervención pública. Privatizar empresas públicas, a concertación e arrendamento de tarefas de provisión pública, a xestión indirecta, o emprego de mecanismos competitivos e de mercado na provisión pública, son exemplos de resposta aos cambios do medio.

Dentro deste cambio do público, a aposta pola Xestión Pública coa conseguinte avaliación dos resultados públicos debe xogar un papel fundamental, permitindo ver como unha gran parte das ineficacias do Sector Público proveñen dunha organización e xestión inadecuada do mesmo e non tanto do seu carácter público ou natureza política, aínda que iso non quita que se atope sempre presente (Garcés *et al*, 2008; Bosch e Solé-Ollé, 2012). Reflexo diso é a importancia crecente das promesas relacionadas coas baixadas de impostos e as melloras nos servizos públicos nos programas electorais e no discurso político (Albi *et al*, 2000; Dussauge, 2009). O elector cada vez decide máis o seu voto en función da súa confianza respecto á orientación fiscal que presume nuns ou outros partidos políticos, é dicir, a política fiscal representada a través do balance fiscal entre ingresos e gastos públicos estimados polo cidadán (Garcés *et al*, 2008; Del Campo e Ferreiro, 2012).

Balance aquel (Bfpc) que deberá ser positivo para que así o gasto fiscal per-cápita percibido sexa superior á presión fiscal per-cápita soportada polo cidadán. É por iso que os cidadáns

se resisten cada vez máis ao pagamento de novos impostos, dada a consciencia da perda de poder adquisitivo que supón o pagamento impositivo, facendo iso necesario que o cidadán se fixe non só no que o Sector Público lle devolve, senón tamén na rendibilidade derivada do pagamento dos seus impostos. A combinación economía-eficiencia-eficacia convértese así en algo que o cidadán comeza a valorar de forma crecente, tal e como reflexa parte da contestación social expresada ante as medidas "fiscais" adoptadas polos gobernos ante a actual crise. Sendo precisamente nesa visión do beneficio derivado do gasto público, onde os Concellos teñen un papel transcendente na medida que gran parte do gasto público que o cidadán ve diariamente procede desta Administración.

5.2 A modernidade técnica na Administración. Un servizo público

Como dixemos ao principio, as funcións habituais das CL en España derivaron desde o exercicio da autoridade e o servizo á vertebración da maraña social cara unha maior prestación e provisión de bens e servizos públicos esenciais. E que, fronte a esta evolución en canto a actividade os modelos de xestión empregados mantéñense sen apenas cambios, sendo a súa rigidez regulamentaria factor que limita a súa eficiencia nesa nova función de prestación e provisión pública.

É dicir, que baixo unha xestión burocrático-administrativa da actividade pública local, viñeron desenvolvéndose estruturas burocráticas máis preocupadas por coidar o modo en que se executan as decisións que no resultado destas (De la Mora, 1997; Albi *et al*, 2004; Ramió, 2009). A consecuencia diso, pasa a ser a falta de adaptación das nosas estruturas municipais ás esixencias derivadas da evolución da súa actividade principal (Rodríguez, 2004; Del Campo e Ferreiro, 2012).

Todo iso fai necesario promover un cambio organizativo e de xestión dos nosos Concellos e por extensión de toda a acción e relación política da AL en España, tanto nunha dirección ascendente (outros niveis da Administración) como descendente (cidadáns), e onde a procura da calidade e rapidez na provisión dos servizos locais é unha reivindicación universal de todo cidadán, á vez cliente e contribuínte. Para iso, e como ocorre en toda empresa, cómpre contar cun persoal e un equipamento orientado á consecución dese fin, *satisfacer ao cliente* (De la Mora, 1997; Ramió, 2009).

Por outra parte e como a Demanda Cidadá respecto á acción política xa non é nin estable nin predefinida e que a cidadanía xa só lexitima a acción pública desde a eficacia e a eficiencia na prestación dos servizos públicos, o cidadán soporta cada vez peor a lentitude burocrática e esixe o trato dun cliente, ao que se debe satisfacer o antes e mellor posible. Neste punto, a proximidade das CL respecto ao cidadán, fai que sexan estas as mellor situadas á hora de discriminar con eficacia as políticas que mellor satisfacen as necesidades de aquel.

Nesa liña de reforzar a comunicación e fortalecer a xestión local un factor de cambio transcendente e imprescindible é o desenvolvemento tecnolóxico aplicado á AL. As novas tecnoloxías deben servir para impulsar e promover un intercambio de datos con calidade e seguridade e con iso exercer de piar sobre o cal desenvolver ese modelo de xestión cara a eficiencia e a atención do cidadán-cliente como obxectivo prioritario. Os novos sistemas de información deben ser vistos como un factor con capacidade para modificar os procesos da Administración cara a xestión fronte á normativización (principio de legalidade) que caracteriza o

quefacer do público, así como avivar a transparencia e acceso aos servizos de máis interese para o cidadán.

As Novas Tecnoloxías da Información (NTI), deben ser contempladas como unha oportunidade para que a Administración se lexitime respecto á cidadanía mediante unha maior calidade dos servizos: clientes satisfeitos; e unha maior lexitimización política a través de máis áxiles mecanismos de participación pública: cidadáns satisfeitos grazas á mellor atención pública posible. O cidadán agarda que as NTI promovan a un baixo custo unha maior calidade dos servizos públicos e unha maior comodidade no seu acceso sen caer en agravios sociais (Ramió, 2009), sendo a AL aquela onde a relación imposto-gasto é máis evidente para o cidadán, sendo ademais o uso desas NTI un factor de desburocratización e visualizador da necesidade de reducir o tamaño da Administración en xeral e da AL en particular.

6 Consideracións e valoracións

As CL experimentaron un extraordinario crecemento tanto na súa actividade básica como na atribución de novas competencias, xa sexan estas propias ou delegadas, situación que contrasta coa súa estrutura administrativo-organizativa, a cal apenas si mudou nun reducido número de cambios, máis propiciados se cabe polas circunstancias que por un interese real ou necesidade de mellora na súa actuación, o que provocou un desaxuste tanto de adecuación como financeiro en relación ao ámbito e medio no que actúa este nivel da Administración máis próximo ao cidadán.

É por iso unha necesidade racionalizar e reestruturar o marco operativo da nosa AL, adaptándoo a unha nova realidade tanto económica, política como social, na cal se debe atender de forma combinada a necesidade e reforzamento da prestación daqueles servizos básicos e imprescindibles xunto á globalización e interacción socioeconómica, onde as influencias de niveis de goberno superiores ao nacional condicionan o quefacer público con independencia do tamaño ou territorio de actuación.

Pero, ademais do anterior, a situación complícase na medida que esa nova realidade socioeconómica á que han de adaptarse as CL se asenta nun contexto de crise e recesión, o que se traduce nunha insuficiencia crecente dos seus recursos e unha máxima de gastos a satisfacer por parte das institucións públicas locais que as conduce á auto-esixencia de reducir o seu gasto global: corrente, investidor e estrutural; e xunto a iso a procura de fontes alternativas de financiamento.

Porén, a actuación a través dos mecanismos clásicos da actividade financeira, os ingresos e gastos públicos, non é a única opción á hora de equilibrar e sanear as contas da Administración, sendo a mellora e reorganización da estrutura da propia Administración unha, ata a data, apenas abordada, sendo aquí a AL polas súas características: flexibilidade, heteroxeneidade, diversidade, tamaño e dispersión, unha das que conta con máis posibilidadees de axuste e modificación.

A tal obxecto, o estudo formulado parte da separación entre dous niveis ou estruturas funcionais distintas dentro da AL: dunha parte, o aparato orgánico administrativo e demais entes dependentes que conforman a Administración paralela ou Paraadministración, e da outra a distribución da propia AL, onde cabe distinguir de forma especial pola súa actuación

e relevancia ás Deputacións e Concellos, sendo estes por número e tamaño o marco máis propicio para reestruturar a AL.

Dicir como previo aos resultados obtidos que, analizada a estrutura local por CCAA en base á súa poboación nos dous ámbitos de actuación estudados, as posibilidades de reestruturación da AL non son poucas:

1. Se nos referimos aos entes e organismos autónomos complementarios á AL, xa non só destaca o seu número, 1.883, senón tamén pola súa actividade principal, onde a indefinición e carácter non esencial da mesma é a súa característica. Unha cuarta parte destes aparecen como entidades non clasificables segundo a clasificación de actividade pública empregada por Nacións Unidas.

Afondando na distribución por CCAA, destaca o seu desigual peso territorial, onde se mesturan casos como os de Navarra, Cataluña e País Vasco cunha extensa Paraadministración en termos per-cápita, e que ademáis, e sobre todo nos dous últimos casos, son CCAA cunha AL pouco dispersa, polo que esa Administración complementaria non cabe xustificala á hora de atender a dispersión e despoboamento do seu territorio. Cabería buscar a explicación a este feito en que ao coincidir coa que podemos definir como área de maior desenvolvemento do país, e por iso de maior capacidade financeira, empregaron parte desta en contar cunha Administración máis extensa, por enriba do que a eficiencia aconsella. Fronte ao caso anterior, A Rioja, Cantabria ou ambas as dúas Castelas, a súa realidade é a inversa: unha reducida diversificación en número de entes e organismos dependentes da súa AL, sendo Comunidades que non destacan pola súa capacidade financeira e si polo seu despoboamento e dispersión xeográfica.

2. Mentres que no que fai referencia ao número de municipios e o seu tamaño, 8.116, e de media máis de 400 por comunidade, son varios os casos de Comunidades onde máis do 75% dos seus municipios non acadan os 1.000 habitantes, tal é o caso de: Aragón, Castela A Mancha ou A Rioja, ou Navarra e Castela León con máis de 2/3 partes dos mesmos nesas cifras.

En canto á diversidade territorial do tamaño municipal, de novo obsérvanse diferenzas substanciais, destacando o interior (agás Madrid) de España, onde o minifundismo municipal é a norma, consecuencia iso en gran medida do despoboamento destas zonas onde a emigración cara os núcleos urbanos de referencia, máis dinámico e desenvolvidos foi a súa lastra. Pola contra, Cataluña, Madrid, País Vasco ou Valencia son todas CCAA onde o tamaño municipal medio é considerable. En todas elas o grao de urbanidade é alto e conta con áreas metropolitanas significativas, (significado % de municipios entre 20.000 e 50.000 hab.).

Combinando o estudo dos dous ámbitos administrativos analizados obsérvase unha realidade inversa, que se pode escenificar baixo a seguinte regra:

– Paraadministración dependente, CCAA desenvolvidas e poboación concentrada.

– Administración Local minifundista, CCAA en desenvolvemento e poboación dispersa.

En consecuencia, e só tomando como referencia a poboación, varias son as Comunidades onde as posibilidades de reestruturación local son altas, tal é o caso de Aragón, Navarra, Cataluña, as dúas Castelas e ata Extremadura, atendendo para iso ao índice de máxima

complexidade obtido (IMAXCAT). O despoboamento de gran número de municipios en España, especialmente do interior, limita e estrangula calquera alternativa financeira que parta da súa capacidade económica. Máis do 60% dos municipios de España non alcanzan os 1.000 hab. e menos do 5% pódense definir como cidade en termos de concentración humana social e económica significada.

Por iso o minifundismo municipal, xunto á reducida funcionalidade de gran parte dos Organismos que componen a Administración periférica, actúan de acicates en prol dunha proposta de reestruturación para a AL mediante a fusión ou redución de municipios. Á súa vez, e atendendo á necesidade de garantir o necesario equilibrio interterritorial en canto a unha prestación básica dos servizos locais esenciais, unha planta municipal de 5.000 habitantes configúrase como unha necesidade imperativa. Calquera tamaño inferior a este sería pouco eficiente na prestación dos servizos propios da AL, tanto en termos de financiamento como de custo do servizo a prestar.

Agora ben, ao factor cuantitativo observado debemos engadirlle outro cualitativo ata non hai moito imperceptible, a nova concienciación acerca da actuación pública, onde a eficacia e a eficiencia no seu quefacer pasa da retórica á realidade. Neste sentido dous factores xogan un papel transcendente: a percepción cidadá crecente do custo da actividade pública, e a concienciación acerca da responsabilidade pública. O que goberna non o fai co seu diñeiro, polo que non só haberá de xustificar en que gasta ese diñeiro, senón que tamén ha de ofrecer un resultado positivo.

A eficacia e a eficiencia na xestión pública convértense nunha esixencia cidadá, que tamén observa como todas as áreas de xestión e produción se modernizan, algo ao que a acción pública non queda allea, polo que a implantación de novas tecnoloxías e a modernización procedemental na Administración se ve como un factor de mellora na prestación dos servizos máis próximos ao cidadán.

7 Bibliografía

Albi, E.; González-Páramo, J. M. e López Casasnovas, G.: *Gestión Pública: fundamentos, técnicas y casos*. Barcelona, Ariel Economía, 2000.

Albi, E.; González-Páramo, J. M. e Zubiri, I.: *Economía Publica I: fundamentos, presupuesto y gasto: aspectos macroeconómicos*. Barcelona, Ariel Economía, 2004.

Álvarez, X; Monasterio, C. e Suárez, J.: *Déficit y Endeudamiento en las Haciendas Territoriales Españolas*. Santiago de Compostela, Fundación Caixa Galicia, 1998.

Arellano, D. e Lepore, W.: "Poder, patrón de dependencia y nuevo institucionalismo económico. Límites y restricciones de la literatura contemporánea". *Gestión y Política Pública*, volume XVIII, nº 2 II semestre, 2009, pp. 253-302.

Bel, G.: "Servicios locales: tamaño, escala y gobernanza". *Institut d´Economía de Barcelona,* Informe IEB sobre Federalismo Fiscal, ed. IEB, Barcelona, 2011, pp. 12-20.

Bosch, N. e Solé-Ollé, A.: "Crisis fiscal y reforma de los gobiernos locales. Editorial". *Institut d'Economía de Barcelona*, Informe IEB sobre Federalismo Fiscal, ed. IEB, Barcelona, 2011, pp. 5-10.

Bosch, N. e Solé-Ollé, A.: "Una valoración preliminar de la reforma de la Administración Local en España". *Institut d'Economía de Barcelona*, Informe IEB sobre Federalismo Fiscal, ed. IEB, Barcelona, 2012, pp. 80-87.

Cabannes, M.: "Restricciones financieras en el Ámbito Local de Gobierno". *Reflexiones sobre la Financiación de los Gobiernos Descentralizados*, Universidad de Castilla la Mancha, 1999, pp. 115-138.

Carrillo, E. e Tamayo, M.: "El Estudio de la opinión pública sobre las administraciones y las políticas públicas". *Gestión y Política Pública*, volume XVII, nº 1, 1º semestre, 2008, pp. 193-215.

Consellería de Presidencia, Relacións Institucionais (CPRI) e Administración Pública - Inspección Xeral de Servizos: *Calidade na Administración Pública e Avaliación do Rendemento: modelo EFQM da excelencia,* Ed. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2005.

De Diego Gómez, A.: "A fusión de Concellos, con especial referencia a Galicia". Revista Galega da Administración Pública (REGAP), monográfico: A reforma local a debate, nº 47, xaneiro-xuño, 2014, pp.121-152.

De la Merced, M.: "La financiación de las Corporaciones Locales. Situación actual y alternativas de futuro". *Los nuevos retos del Sector Público ante la unión monetaria europea,* Ed. Especial Cinco Días e Fundación ICO, vol. 13, 1997, pp. 347-352.

De la Mora, L.: "Los retos de las ciudades en el umbral del siglo XXI". *Los nuevos retos del Sector Público ante la unión monetaria europea*, Ed. Especial Cinco Días e Fundación ICO, vol. 12, 1997, pp. 327-331.

Del Campo, M. O. e Ferreiro, F.: *Da Administración á Xestión dos Servizos Públicos*, Escola Galega de Administración Pública (EGAP), Santiago de Compostela, Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, Xunta de Galicia, 2012.

Del Campo, M. O. e Ferreiro, F.: "The Reform of the Local Administration in Spain in Terms of Population". *Journal of US-China Public Administration*, volume 10, nº 10, october (serial number 96), 2013, pp. 945-957.

Dussauge, M.: "La literatura comparada sobre reformas administrativas. Desarrollos, limitaciones y posibilidades". *Gestión y Política Pública*, volume XVIII, nº 2 semestre, 2009, pp. 439-474.

Garcés, M.; Marín, M.; García, A. Navarrete, F e Bote, V.: "De la Auditoría Pública a la evaluación de Políticas Públicas", Asociación-Instituto de Auditores Públicos de España, Fundación Instituto de Crédito Oficial, Madrid, 2008.

Guy, G.: "Más allá de las asociaciones intermunicipales hacia municipios de dos niveles de gobierno: el caso francés". *Institut d'Economía de Barcelona*, Informe IEB sobre Federalismo Fiscal, ed. IEB, Barcelona, 2011, pp. 32-42.

Jiménez. M.; Jiménez, J. A.; López, S. e Ruíz, E.: *Administración Pública,* Ciclo formativo de Grado Superior, Madrid, McGrawHill Interamericana de España, S.A.U., 2003.

López, Mª.T. e Utrilla de la Hoz, A.: *Introducción al Sector Público Español*, Madrid, Editorial Civitas, Economía y Empresa, 1ª edición, 1992.

Miguez Macho, L.: "As competencias locais tras a Lei de racionalización e sostenibilidade da Administración. A Administración Local". Revista Galega dE Administración Pública (REGAP), monográfico: A reforma local a debate, nº 47, xaneiro-xuño, 2014, pp.185-220.

Moisio, A.: "Asociaciones municipales: la experiencia de los países nórdicos". *Institut d'Economía de Barcelona*, Informe IEB sobre Federalismo Fiscal, ed. IEB, Barcelona, 2011, pp. 22-30.

Pedraja, F. e Suárez, J.: "La reforma de las Subvenciones de Nivelación a los municipios españoles". *Reflexiones sobre la Financiación de los Gobiernos Descentralizados*, Universidad de Castilla La Mancha, 1999, pp. 11-28.

Ramió, C.: "Avaliación da innovación institucional e de xestión das Administracións Locais". *Revista Eurorrexión Galicia-Norte de Portugal, Eixo Atlántico - Innovación nas Organizacións Públicas*, nº 15, 2009, pp. 21-52.

Ramió, C. e Salvador, M.: "Provisión de servicios públicos en el contexto de la Administración Local de España: el papel de los factores políticos institucionales y la externalización de los gobiernos locales". Gestión y Política Pública, volume XXI, nº 2 setembro, 2012, pp. 439-474.

Rodríguez, R. (dir.) *et al*.: *Os Concellos Galegos para o século XXI, análise dunha reestruturación do territorio e do goberno local*. Universidade de Santiago de Compostela, 2004.

Rodríguez, R.: "Oportunidades da crise. Debate sobre reestruturación da administración territorial". *Administración & Cidadanía,* Revista da Escola Galega de Administración Pública, volume 6º, nº 2, 2011, pp. 21-34.

Sanchéz J.; Ordóñéz C.; Molina C.: "As necesidades relativas de gasto das Comunidades Autónomas. Elaboración dun indicador baseado na poboación". *Administración & Cidadanía,* Revista da Escola Galega de Administración Pública, volume 1º, nº 1, 2006, pp. 121-172.

Slack, E.: "La financiación de las grandes ciudades y áreas metropolitanas". *Institut d'Economía de Barcelona*, Informe IEB sobre Federalismo Fiscal, ed. IEB, Barcelona, 2011, pp. 44-53.

Soria, J. M.: "Nuevas tendencias en los modelos de gestión de servicios esenciales en los municipios". *Los nuevos retos del Sector Público ante la unión monetaria europea*, Ed. Especial Cinco Días e Fundación ICO, vol. 13, 1997, pp. 357-358.

Vilalta, M.: "La Hacienda municipal española: una reforma necesaria". *Institut d'Economía de Barcelona*, Informe IEB sobre Federalismo Fiscal, ed. IEB, Barcelona, 2011, pp. 72-77.

Procedemento antidumping en México. Posible conflito cos dereitos humanos

Procedimiento antidumping en México. Posible conflicto con los derechos humanos

Antidumping procedure in Mexico. Possible conflict with the human rights

DR. CARLOS ESPINOSA BERECOCHEA

Licenciado en Dereito
Mestría e Doutorado en Dereito pola Universidade Panamericana
Director académico dos programas de posgrao de Dereito Tributario na devandita universidade e catedrático da mesma
Membro do Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT (México)
cespinosa@up.edu.mx

Recibido: 10/06/2014 | Aceptado: 22/04/2015

Resumo: *A constante evolución do alcance e recoñecemento dos Dereitos Humanos e a súa interpretación por parte dos tribunais mexicanos, ocasionaron unha nova ponderación ao concepto de tutela xudicial efectiva, o que puidese traer como consecuencia a existencia de vicios procesuais no procedemento administrativo para a imposición de cotas compensatorias, tendentes a contrarrestar unha práctica desleal de comercio internacional.*

Palabras clave: *Dereitos Humanos; cota compensatoria; práctica desleal de comercio internacional; tutela xudicial efectiva; vicio procesual.*

Resumen: *La constante evolución del alcance y reconocimiento de los Derechos Humanos y su interpretación por parte de los tribunales mexicanos, han ocasionado una nueva ponderación al concepto de tutela judicial efectiva, lo que pudiera traer como consecuencia la existencia de vicios procesales en el procedimiento administrativo para la imposición de cuotas compensatorias, tendentes a contrarrestar una práctica desleal de comercio internacional.*

Palabras clave: *Derechos Humanos; cuota compensatoria; práctica desleal de comercio internacional; tutela judicial efectiva; vicio procesal.*

Abstract: *The constant evolution of the scope and recognition of Human Rights and its interpretation by Mexican courts have resulted in a reweighting to the concept of effective remedy, which could imply the existence of procedural irregularities in the administrative procedure for the imposition of antidumping duty trending to counter an unfair practice of international trade.*

Key words: *Human Rights, antidumping duty, unfair practices of international trade, effective remedy, procedural irregularities.*

Índice: *1 Introdución. 1.1 Que é a Práctica Desleal de Comercio Internacional coñecida como* Dumping. *1.2 Que son os Dereitos Humanos. 2 Conflito. 2.1 Xurisprudencia nacional. 3 Regulación en España. 4 Posible solución. 5 Bibliografía*

1 Introdución

Para ninguén é descoñecido que un dos campos máis fértiles dos Dereitos Humanos dentro da esfera xurídica dos gobernados en materia económica —sen eludir desde logo os ámbitos civís e políticos— é o referente ao dereito humano ao desenvolvemento, non só recollido polo Pacto de San José[1], senón tamén polo Pacto Internacional de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais[2], ou a Declaración sobre o Dereito ao Desenvolvemento da ONU[3] entre outros instrumentos internacionais.

Igual ou maior transcendencia merece o dereito humano recoñecido polo devandito Pacto nos seus artigos 8, numeral 1, e 25 respecto á garantía e protección xudicial, concretamente no tocante á tutela xudicial efectiva.

Pola súa parte, a lexislación mexicana atopa na súa Constitución Política un apartado enunciativo, máis non limitativo dos devanditos dereitos, abondando citar para estes efectos os artigos 1, 17, 25 e 26. E non só non é limitativo, senón que en razón das últimas reformas na materia, converteuse en extensivo ao esixir a aplicación de disposicións protectoras dos dereitos humanos contidos en tratados internacionais subscritos polo noso país, permitindo inclusive a súa interpretación difusa e aplicación *ex officio*.

É moi probable que os conceptos protectores anteriores colisionen de maneira frontal co procedemento de investigación tendente a acreditar a existencia da práctica desleal de comercio internacional denominada *dumping*, posto que ao parecer por unha parte limitan o dereito humano ao desenvolvemento vía unha clara intrusión ao dereito de igualdade, posto que polo efecto económico que implican, inhiben e en ocasións suprimen o mencionado desenvolvemento en igualdade de circunstancias, á par que o devandito procedemento pode acabar sendo unha trampa procesal para o afectado da práctica desleal.

Baixo estes antecedentes, analizaremos o disposto nas convencións internacionais citadas, o contido na parte conducente da lexislación mexicana, contrastándoo cos novos criterios dos tribunais, que ao parecer fan implicar que a solicitude de inicio do procedemento administrativo tendente a aplicar medidas antidumping[4], se converta nunha trampa procesal.

1.1 Que é a Práctica Desleal de Comercio Internacional coñecida como Dumping

Como primeiro achegamento diremos que xa no século XVIII Adam Smith falaba do *dumping* como a concesión de primas á exportación e o estímulo de exportacións mediante o establecemento de prezos inferiores aos practicados no mercado interno[5].

Para a nosa Lei de Comercio Exterior, a práctica desleal coñecida internacionalmente como *dumping* é definida como a importación de mercadorías en condicións de discriminación

1 Convención Americana sobre Dereitos Humanos.

2 Adoptado en Nova York o 16 de decembro de 1966, sendo adherente o noso país o 23 de marzo de 1981 e promulgado no *Diario Oficial da Federación*, o 12 de maio de 1981.

3 Resolución da Asemblea Xeral das Nacións Unidas, aprobada e proclamada na 97 sesión plenaria da AX, o 4 de decembro de 1986.

4 Os dereitos antidumping na lexislación mexicana coñécense como cotas compensatorias.

5 Cfr. Cruz Barney, Oscar, Antidumping, Bosch, Barcelona, 2013, páx. 7.

de prezos no país exportador, que causen dano a unha rama da produción nacional de mercadorías idénticas ou similares[6].

Witker define o concepto anterior como "…a práctica desleal que executan as empresas, consistente en introducir mercadorías orixinarias ou procedentes de calquera país no mercado doutro a un prezo inferior ao seu valor normal (prezo ex-*work*-fábrica) e que dana ou ameaza danar aos produtores nacionais de artigos idénticos ou similares"[7]. En tanto que a Secretaría de Estado de Comercio do Ministerio de Economía e Competitividade do goberno español cualifícao desa maneira "cando un subministrador estranxeiro practica prezos inferiores aos que aplica no seu propio país"[8] e tratándose da Comunidade Europea, o Regulamento (CE) No. 1225/2009 do Consello defíneo nos termos seguintes: "Considerarase que un produto é obxecto de *dumping* cando o seu prezo de exportación á Comunidade sexa inferior, no curso de operacións comerciais normais, ao prezo comparable establecido para o produto similar no país de exportación"[9].

Regresando á Lei Mexicana que nos ocupa, máis adiante detalla o que se considera que se incorre na discriminación de prezos aludida, cando se introduce mercadoría ao noso país a un prezo inferior do seu valor normal[10].

Só como referencia, o Acordo Relativo á Aplicación do Artigo VI do Acordo Xeral sobre Aranceis Aduaneiros e Comercio de 1994 (no sucesivo GATT 94) define esta acción da seguinte maneira: "… considerarase que un produto é obxecto de *dumping*, é dicir, que se introduce no mercado doutro país a un prezo inferior ao seu valor normal, cando o seu prezo de exportación ao exportarse dun país a outro sexa menor que o prezo comparable, no curso de operacións comerciais normais, dun produto similar destinado ao consumo no país exportador"[11].

Polo anterior, é claro que a nosa Lei de Comercio Exterior recolle o concepto de discriminación de prezos (*dumping*) do GATT 94.

1.2 Que son os Dereitos Humanos

Só a maneira introdutoria e sen ánimo de ser prolixo na súa profundidade, tratemos de definir ou polo menos manter unha definición do concepto dereitos humanos. Como ben nolo anticipa Álvarez Ledesma "o concepto 'dereitos humanos', como moitos outros cos que se traballa no ámbito xurídico, é empregado con particular imprecisión. De feito para referirse á idea de dereitos humanos acúdese a varias expresións supostamente sinónimas. Poderían enumerarse, entre estas, conceptos como dereitos naturais, dereitos innatos,

6 Art. 28 Lei de Comercio Exterior.

7 Witker Velásquez, Jorge Alberto, Derecho del Comercio Exterior, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNHAM, México, 2011, páx. 510.

8 http://www.comercio.mineco.gob.é/é-É/comercio-exterior/politica-comercial/medidas-defensa-comercial/Paginas/antidumping.aspx (visitada o 04/03/2015).

9 Regulamento (CE) No 1225/2009 do Consello de 30 de novembro de 2009 relativo á defensa contra as importacións que sexan obxecto de *dumping* por parte de países non membros da Comunidade Europea.

10 Art. 30, Lei de Comercio Exterior.

11 Artigo 2.1, http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm (visitada o 09/05/2014).

dereitos subxectivos públicos, garantías individuais, principios xerais do dereito ou dereitos fundamentais"[12].

Continúa este autor citando a Gregorio Peces-Barba para demostrar o equívoco do concepto que nos concirne "[…] dános xa, nunha primeira aproximación, noticia da dificultade. Encérranse nesas simples palabras significados distintos, apoiados en fundamentos ideolóxicos e filosóficos tamén diferentes"[13].

Consecuentemente e a falta de espazo quedémonos para os efectos deste apartado con que "os dereitos humanos son dereitos inherentes a todos os seres humanos, sen distinción ningunha de nacionalidade, lugar de residencia, sexo, orixe nacional ou étnico, cor, relixión, lingua, ou calquera outra condición. Todos temos os mesmos dereitos humanos, sen discriminación ningunha. Estes dereitos son interrelacionados, interdependentes e indivisibles"[14].

Despois de quedar definidos *grosso modo* os principais conceptos sobre os que versará o presente, na parte seguinte trataremos de acreditar o posible conflito entre ambos os dous a partir da solicitude de inicio do procedemento administrativo tendente a acreditar a súa existencia e por tanto paliar, a través da imposición de dereitos antidumping, ou como é no caso mexicano, de cotas compensatorias, para no terceiro e último apartado presentar unha alternativa de solución.

2 Conflito

O problema detectado derívase do claro choque entre os dereitos humanos á igualdade, desenvolvemento, competencia económica e tutela xudicial efectiva (a raíz das recentes reformas en materia de Dereitos Humanos e a súa interpretación por parte do Poder Xudicial), co procedemento de investigación para determinar a existencia do *dumping* como prácticas económicas identificadas como desleais de comercio internacional, que afectan de maneira directa á referida igualdade entre diversos axentes económicos, inhibindo o desenvolvemento e libre competencia, podendo rematar o devandito procedemento nunha verdadeira trampa procesal que negue a protección do Estado ao afectado.

Antes de abordar con detalle a maneira en que se presenta a colisión de dereitos arriba citada, é menester destacar que o presente non é un tema novidoso e que está comezando a ser recollido por diversas organizacións protectoras de dereitos humanos. Así temos que, como opina Luis Guillermo Casas Pérez[15], "o noso punto de partida, é a hipótese de que os dereitos fundamentais consagrados na Declaración Universal de Dereitos Humanos, o Pacto Internacional de Dereitos Civís e Políticos, o Pacto Internacional de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais, as Convencións da Organización Internacional de Traballo —incluíndo o Convenio 169 da OIT sobre pobos indíxenas e tribais e, a Declaración de Nacións Unidas de 1986 que establece que o dereito ao desenvolvemento é un dereito humano—; están

12 Álvarez Ledesma, Mario I, Acerca del Concepto Derechos Humanos, Editorial McGraw-Hill, México, 1999, páx. 1.

13 *Idem*.

14 http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx (visitada o 08/04/2014).

15 Secretario Executivo de CIFCA e Secretario Xeral da FIDH.

sendo exponencialmente vulnerados polos acordos de libre comercio e/ou os acordos de protección de investimentos"[16].

Antes de continuar resulta pertinente aclarar que coa expresión axentes económicos, referímonos ás persoas físicas titulares dos dereitos humanos inalienables que deben garantir os Estados, posto que poden actuar no ámbito mercantil, económico ou comercial *per se* ou a través doutras formas de organización lícitas, pero sempre detrás delas estarán eses suxeitos de dereitos humanos.

Aclarado o anterior, é importante traer a conto o que a Organización de Estados Americanos a través do Pacto de San José menciona sobre os dereitos humanos ao describilos como "dereitos esenciais do home, que non nacen do feito de ser nacional de determinado Estado, senón que teñen como fundamento os atributos da persoa humana, razón pola cal xustifican unha protección internacional, de natureza convencional coadxuvante ou complementaria da que ofrece o dereito interno dos Estados americanos"[17]; quedando máis que evidente que o devandito recoñecemento e protección non son exclusivos dos asinantes do Pacto mencionado, ou mesmo de todos os pobos americanos, senón que "estes principios foron consagrados na Carta da Organización dos Estados Americanos, na Declaración Americana dos Dereitos e Deberes do Home e na Declaración Universal dos Dereitos Humanos que foron reafirmados e desenvolvidos noutros instrumentos internacionais, tanto de ámbito universal como rexional"[18]. Polo anterior, é clara a universalidade dos mesmos e como tales, o seu recoñecemento, defensa e franca tutela non debe quedar de maneira ningunha limitada a ámbitos rexionais ou públicos, senón que abranguen todo o espectro de actuación humana.

Ao anterior haberá que agregar o que nos di Jorge Witker no seu libro Derecho de la Competencia Económica en México, respecto do dereito á competencia, definíndoo como "unha rama do dereito económico que se integra polo conxunto de normas que regulan condutas anticompetitivas dos axentes económicos públicos e privados, condutas que poden tomar diversas formas: prácticas desleais de comercio internacional, ou actividades que lesionen os intereses dos consumidores ou que vulneren a protección á propiedade intelectual. O elemento común destas prácticas é que lesionan ou restrinxen a competencia nos mercados, afectando prezos de bens e servizos, e danando produtores, distribuidores e consumidores"[19].

Continúa dicindo o académico Witker na mesma obra que "nun sistema económico de libre mercado, a competencia tradúcese na concorrencia ou coincidencia de oferentes e demandantes de bens ou servizos nun mercado delimitado nun sentido xeográfico, temporal e produtivo, coa finalidade de obter un ben ou servizo (ou unha ganancia) nas mellores condicións de utilidade e prezo, dado un ambiente de rivalidade entre competidores"[20].

16 Reflexións de cara ás próximas negociacións de acordos de asociación entre a Unión Europea coa AC e coa CAN. Impacto dos temas Singapur sobre os dereitos humanos e a autodeterminación dos pobos. http://www.educweb.org/AlterFocus/Autres%20textes/Impacto%20de%20los%20temas%20Singapur%20sobre%20los%20derechos%20humanos%20y%20la%20autodeterminaci%F3n%20de%20los%20pueblos.doc (visitada o 28/04/2014).

17 Preámbulo Convención Americana sobre Dereitos Humanos.

18 *Idem*.

19 Witker Jorge e Varela Angélica, Derecho de la Competencia Económica en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNHAM, México, 2003, páx. 1.

20 *Ibidem*, pág. 3.

Coas achegas recén transcritas, evidénciase que para que se pida dar o cabal desenvolvemento económico dos integrantes dun Estado, forzosamente se requirirán condicións de igualdade de acceso aos mercados entre os axentes económicos mencionados, o cal é claro que non se pode dar cando están presentes prácticas predatorias de prezos ou subsidios, que non só non incentivan como debese ser debido, senón que abertamente inhiben o desenvolvemento económico.

Ao respecto, a Organización das Nacións Unidas concede un amplo espectro ao concepto desenvolvemento, entendéndoo como "un proceso global económico, social, cultural e político, que tende ao melloramento constante do benestar de toda a poboación e de todos os individuos sobre a base da súa participación activa, libre e significativa no desenvolvemento e na distribución xusta dos beneficios que del se derivan"[21] co que queda abertamente de manifesto que o dereito á competencia económica que refería Witker leñas arriba é de considerarse como un dereito humano digno de ser amplamente tutelado polos Estados.

En abundancia, a propia Declaración que nos ocupa recoñece "que a persoa humana é o suxeito central do proceso de desenvolvemento e que toda política de desenvolvemento debe por iso considerar ao ser humano como participante e beneficiario principal do desenvolvemento"[22], polo que é precisamente o ser humano, xa sexa actuando de maneira directa ou asociado con outros seres humanos (entes corporativos), o beneficiario de toda a protección en materia de dereitos humanos encamiñados á obtención e sustento do desenvolvemento económico.

Corrobora o anterior o numeral 3 do artigo 3 da Declaración, ao recoñecer que "os Estados teñen o deber de cooperar mutuamente para acadar o desenvolvemento e eliminar os obstáculos ao desenvolvemento. Os Estados deben realizar os seus dereitos e deberes de modo que promovan unha nova orde económica internacional baseada na igualdade soberana, a interdependencia, o interese común e a cooperación entre todos os Estados, e que fomenten a observancia e desfrute dos dereitos humanos"[23].

Tamén é susceptible de traer a conto o contido doutro tratado internacional subscrito e ratificado polo noso país, como o é o Pacto Internacional de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais a través do cal, no seu artigo 7, os Estados parte do mesmo recoñecen o dereito de toda persoa ao goce de condicións de traballo equitativas e satisfactorias.

Unha vez descritos algúns dos compromisos internacionais subscritos polo noso país en materia de desenvolvemento e competencia económica, mencionaremos algúns no tocante á tutela xudicial efectiva, a cal se atopa comprendida dentro das garantías xudiciais e de protección efectiva previstas respectivamente nos artigos 8, numeral 1, e 25 da Convención Americana sobre Dereitos Humanos, os cales implican de maneira moi superficial o seguinte, situación que tamén se desprende dunha interpretación harmónica do arábigo 17 constitucional mexicano:

O dereito de toda persoa a ser oída coas debidas garantías e dentro dun prazo razoable, por un xuíz ou tribunal competente, independente e imparcial establecido con anterioridade pola

21 Declaración sobre o Dereito ao Desenvolvemento da ONU.

22 *Idem.*

23 *Ibidem.*

lei, na substanciación de calquera acusación penal formulada contra ela, ou para a determinación dos seus dereitos e obrigas de orde civil, laboral, fiscal ou de calquera outro carácter, quedando a materia do comercio internacional perfectamente inserida dentro desta tutela.

Adicionalmente debe existir un recurso xudicial efectivo contra actos que violen dereitos fundamentais, que será resolto pola autoridade competente prevista polo respectivo sistema legal quen decida sobre os dereitos de toda persoa que o interpoña, sendo cumprido por parte das autoridades competentes, segundo a decisión en que se estimara procedente o recurso.

Con base no anterior, xa podemos agora desentrañar por que é importante que os trouxésemos a conto, posto que se o obxectivo fundamental do dereito da competencia é acadar mercados competitivos, xustifícase unha regulación Estatal, así como a sanción a prácticas anticompetitivas, posto que o primeiro interese protexido polo dereito que nos ocupa é a libre concorrencia e competencia dos mercados, para que calquera membro da sociedade acceda en condicións de igualdade a calquera mercado de bens ou servizos e no caso que exista unha práctica desleal que llo impida, teña no seu favor mecanismos claros e accesibles para facer fronte ás devanditas prácticas, que deberán ser administrados polo Estado.

Como a o anticiparamos, é evidente que na medida en que existan prácticas predatorias nos mercados citados, o acceso en condicións de igualdade será fortemente inhibido ou suprimido, entorpecendo e negando con iso o dereito ao desenvolvemento económico.

Abonde imaxinar un produtor mexicano de calquera tipo de ben, digamos para efectos exemplificativos —do presente ensaio— de licuadoras da fracción arancelaria 8509.40.01, as cales se integran, tamén para efectos deste exemplo dunha carcasa, motor e vaso de vidro e que vende no mercado nacional a través da súa propia rede de comercialización.

Non obstante, existe un produtor estranxeiro que exporta a través da súa filial en México unha licuadora de calidade similar, tamén da fracción arancelaria 8509.40.01, pero a un prezo 50% inferior ao seu valor normal no seu país de orixe e en cantidades similares ás producidas polo fabricante mexicano.

A colisión nos dereitos humanos de igualdade, desenvolvemento económico e competencia do mexicano queda claramente acreditada polo simple feito de que deixará de vender os seus produtos non por razón de calidade, senón pola práctica depredatoria en prezo implicada na importación e comercialización da licuadora estranxeira, o que ocasionará un forte dano tanto ao produtor nacional, como daqueles que lles subministran os insumos para a fabricación da licuadora, repercutindo ademais na diminución de puntos de venda, persoal que venda o produto, gastos de publicidade, transporte, etc., etc., etc., en tanto que algúns requisitos establecidos na Lei de Comercio Exterior e o seu Regulamento fixados para a procedencia da defensa do produtor nacional, poden implicar unha clara negación ao principio de tutela xudicial efectiva.

Desde as reformas constitucionais publicadas no *Diario Oficial da Federación* o pasado 10 de xuño do 2011, iniciouse a obriga de analizar o contido e alcance dos dereitos humanos a partir do principio *pro persona* entendido como criterio hermenéutico que informa todo o Dereito Internacional dos Dereitos Humanos, razón pola cal invariablemente se terá que preferir a interpretación máis extensiva e favorable para o peticionario cando se trata de recoñecer dereitos protexidos, así como polo outro lado preferir a interpretación máis res-

trinxida cando se trata de establecer restricións permanentes ao exercicio dos dereitos ou da súa suspensión extraordinaria.

O anterior denota que o que subxace na nova maneira de ver o dereito a través dos dereitos humanos, é outorgar un sentido protector a favor da persoa humana, pois ante a existencia de varias posibilidades de solución a un mesmo problema, obriga a optar pola que protexe en termos máis amplos.

En abundancia, o novo control de constitucionalidade difuso xa sinalado debe aplicarse de maneira *ex officio*, (é dicir, sen que sexa solicitado invocado polas partes suxeitas ao conflito) por parte de calquera autoridade na esfera da súa competencia, quedando obrigadas a velar non só polos dereitos humanos contidos na Constitución Federal, senón tamén por aqueles contidos nos instrumentos internacionais celebrados e ratificados polo Estado Mexicano, adoptando a interpretación máis favorable ao dereito humano de que se trate, o que se coñece na doutrina como principio *pro persona*, aínda cando non sexan solicitados expresamente polo cidadán, o que implicaría unha sorte de suplencia da queixa en calquera proceso ou procedemento, sexa ou non, seguido en forma de xuízo.

2.1 Xurisprudencia nacional

O novo paradigma constitucional a que nos referimos, atopa sustento xurisprudencial entre outras nas seguintes teses xurisprudenciais que transcribirei, aclarando que por razóns de espazo outras tantas serán omitidas e que a pertinencia da transcrición obedece a dar a coñecer o criterio dos tribunais mexicanos na materia que abordamos neste ensaio:

> **PRINCIPIOS DE FAVORECEMENTO DA ACCIÓN (*PRO ACTIONE*), DE EMENDA DOS DEFECTOS PROCESAIS E DE CONSERVACIÓN DAS ACTUACIÓNS, INTEGRANTES DO DEREITO FUNDAMENTAL Á TUTELA XUDICIAL EFECTIVA. A SÚA APLICACIÓN NO PROCESO.** En aplicación destes principios, inspirados no artigo 17 da Constitución Federal e no diverso numeral 25 da Convención Americana sobre Dereitos Humanos e que forman parte do dereito fundamental á tutela xudicial efectiva, **os órganos xudiciais están obrigados: a interpretar as disposicións procesais no sentido máis favorable para a efectividade do dereito á tutela xudicial efectiva, co obxecto de evitar a imposición de formulismos enervantes contrarios ao espírito e finalidade da norma, así como o converter calquera irregularidade formal en obstáculo insalvable para a prosecución do proceso e a obtención dunha resolución de fondo (favorecemento da acción); a apreciar, conforme ao principio de proporcionalidade que impón un distinto tratamento aos diversos graos de defectuosidade dos actos, os vicios en que puidesen incorrer as partes e a partir das circunstancias concorrentes, a transcendencia práctica e mesmo a vontade do autor, dar a oportunidade de corrixilos ou inclusive, suplir de oficio os defectos advertidos, cando iso sexa necesario para preservar o dereito fundamental en cita**, coa única limitante de non afectar as garantías procesais da parte contraria (emenda dos defectos procesais) e, a impoñer a conservación daqueles actos procesais que non se ven afectados por unha decisión posterior, en prol de evitar repeticións inútiles que nada engadirían e si, en cambio, afectarían ao dereito a un

proceso sen dilacións indebidas e ao principio de economía procesal (conservación de actuacións)[24].

Énfase engadida

> **CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE *EX OFFICIO*. CANDO UN DEREITO HUMANO ESTEA RECOÑECIDO EN NORMAS DE ÁMBITOS DISTINTOS, UN NACIONAL E OUTRO INTERNACIONAL, O XUÍZ NON DEBE EXERCELO EN TODOS OS CASOS PARA RESOLVER UN CASO CONCRETO, SENÓN REALIZAR UN EXERCICIO PREVIO DE PONDERACIÓN ENTRE AMBAS AS DÚAS PARA VERIFICAR CAL DELAS CONCEDE UNHA MAIOR EFICACIA PROTECTORA Á PERSOA.** A **reforma constitucional** de 10 de xuño de 2011 **incorporou** ao réxime de dereito do país **tres elementos novos para expandir a cobertura protectora das ferramentas xurídicas a disposición dos cidadáns en materia de dereitos humanos**: 1. **A obriga de todas as autoridades de protexer non só os dereitos recoñecidos na Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos, senón tamén nos tratados internacionais** dos que o Estado Mexicano sexa parte; 2. **A interpretación conforme á Constitución para favorecer en todo tempo a protección máis ampla** e, 3. A obriga de protexer e garantir eses dereitos de acordo cos principios reitores na materia; de aí que **o punto toural da devandita reforma foi maximizar a protección dos dereitos humanos** con independencia do tipo de lexislación onde se consagren. Nese contexto, cando un dereito humano estea recoñecido en normas de ámbitos distintos —un nacional e outro internacional— non debe acudirse en todos os casos ao dereito externo para resolver un caso concreto, en prexuízo do sistema normativo interno; máis ben, como requisito previo, **o Xuíz debe realizar un exercicio de ponderación entre ambas as dúas normativas para verificar cal delas outorga unha maior eficacia protectora á persoa, pois só cando a protección internacional** é **maior ou máis eficaz que a nacional, debe exercerse o control difuso de convencionalidade *ex officio*** como parámetro de solución[25].

Énfase engadida

Finalmente, é importante comentar que en recente contradición de tese[26], o Pleno da nosa Corte Suprema resolveu que os criterios xurisprudenciais da Corte Interamericana de Dereitos Humanos, con independencia de que o noso país fora ou non, parte no litixio ante o devandito tribunal, resultan vinculantes para os Xuíces nacionais ao constituir unha extensión da Convención Americana sobre Dereitos Humanos, toda vez que nos devanditos criterios se determina o contido dos dereitos humanos establecidos nese tratado[27].

24 Semanario Xudicial da Federación e a súa Gaceta, Décima Época, Rexistro: 2002600, Tribunais Colexiados de Circuito, Tipo de Tese: Xurisprudencia, Libro XVI, Xaneiro de 2013, Tomo 3, Materia(s): Constitucional, Tese: I.3o.C. J/4 (10a.). Páxina: 1829.

25 Gaceta do Semanario Xudicial da Federación, Décima Época, Rexistro: 2005941, Tribunais Colexiados de Circuito, Tipo de Tese: Xurisprudencia, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II, Materia(s): Común, Tese: (III Rexión) 5o. J/10 (10a.). Páxina: 1358. Esta tese publicouse o venres, 21 de marzo de 2014, ás 11:03 horas, no Semanario Xudicial da Federación e, por ende, considérase de aplicación obrigatoria a partir do luns, 24 de marzo de 2014, para os efectos previstos no punto sétimo do Acordo Xeral Plenario 19/2013.

26 293/2011.

27 XURISPRUDENCIA EMITIDA POLA CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. É VINCULANTE PARA OS XUÍCES MEXICANOS SEMPRE QUE SEXA MÁIS FAVORABLE Á PERSOA. Semanario Xudicial da Federación, Décima Época, Rexistro: 2006225, Pleno, Xurisprudencia, Publicación: venres 25 de abril de 2014, 09:32 h, Tese: P./J. 21/2014 (10a.).

Con toda seguridade máis dun lector poida cuestionar como aparente o problema detectado no numeral anterior, aducindo que non só a Lei de Comercio Exterior, senón tamén outro instrumento internacional como o GATT 94[28], mellor coñecido como Código Antidumping, conteñen un mecanismo para confrontar a práctica desleal de comercio internacional coñecida mundialmente como *dumping*, e regulada no noso país como discriminación de prezos.

Como referencia, adonde dicir que as normas actuais do GATT 94 proceden como resultado da Ronda Uruguai do devandito organismo.

Non obstante o anterior e sen o menor ánimo de negar efectividade e forza xurídica aos instrumentos recén sinalados, son da opinión que algunhas das súas disposicións colisionan claramente co novo paradigma constitucional que se deu en México desde a reforma en 2011 en materia de Dereitos Humanos.

Para aclarar o anterior e afondar de inmediato no tema, permitireime transcribir no conducente a redacción vixente do artigo 1° de noso texto constitucional:

> "Nos Estados Unidos Mexicanos todas as persoas gozarán dos dereitos humanos recoñecidos nesta Constitución e nos tratados internacionais dos que o Estado Mexicano sexa parte, así como das garantías para a súa protección, cuxo exercicio non poderá restrinxirse nin suspenderse, agás nos casos e baixo as condicións que esta Constitución establece.
>
> As normas relativas aos dereitos humanos interpretaranse de conformidade con esta Constitución e cos tratados internacionais da materia favorecendo en todo tempo ás persoas a protección máis ampla.
>
> Todas as autoridades, no ámbito das súas competencias, teñen a obriga de promover, respectar, protexer e garantir os dereitos humanos de conformidade cos principios de universalidade, interdependencia, indivisibilidade e progresividade. En consecuencia, o Estado deberá previr, investigar, sancionar e reparar as violacións aos dereitos humanos, nos termos que estableza a lei.
>
> […]"

Énfase engadida

Da simple lectura que se sirva dar o lector á porción normativa do artigo recén transcrito, poderá advertir o claro espírito proteccionista dos dereitos humanos, non só recoñecidos pola nosa constitución, senón por calquera tratado internacional do que México sexa parte. O anterior, adminiculado coa primeira parte do presente ensaio implica que dentro do amplo espectro dos dereitos humanos que tutela a nosa constitución e/ou os tratados sobre a materia se atopan o dereito humano á igualdade, desenvolvemento e competencia económica e tutela xudicial efectiva entre outros, os cales primarán sobre outras disposicións de menor xerarquía substancial que non atendan nin satisfagan o principio *pro persona*.

28 General Agreement on Tariffs and Trade, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio ao cal pertence o noso país desde 1986 e que en 1995 se converteu na Organización Mundial de Comercio, WTO, polas súas siglas en inglés.

Lembrando o exemplo co que se pretende acreditar a colisión de dereitos, temos que as disposicións en materia de prácticas desleais de comercio internacional recollidas no Código Antidumping do GATT, hoxe OMC[29] ou a Lei de Comercio Exterior quedan moi curtas para salvagardar os dereitos humanos a que fixen referencia no parágrafo que antecede, posto que en ocasións o procedemento para acadar a súa existencia e en consecuencia defensa a través da imposición de cotas compensatorias, está inzado de disposicións que se poden considerar como trampas procesais.

Sen posibilidade de ser exhaustivo, xa que a metodoloxía do presente ensaio non o permite, comentarai un par de disposicións básicas en materia do procedemento para a determinación de prácticas desleais de comercio internacional que demostrarán amplamente o problema detectado, para posteriormente propoñer un esquema de solución.

Así as cousas, é de todos coñecido que un dos requisitos de procedencia do referido procedemento en materia de Prácticas Desleais de Comercio Internacional que se pretenda instaurar ante a UPCI[30], será que o solicitante, nos termos da Lei de Comercio Exterior:

> "Artigo 50. A solicitude poderá ser presentada por organizacións legalmente constituidas, persoas físicas ou morais produtoras:
>
> I. De mercadorías idénticas ou similares a aquelas que se estean importando ou pretendan importarse en condicións de prácticas desleais de comercio internacional, ou
>
> […]
>
> Os solicitantes deberán ser representativos de cando menos o 25% da produción total da mercadoría idéntica ou similar, ou directamente competidora, producida pola rama de produción nacional.
>
> […]".

Énfase engadida

É de recalcarse, que o lexislador nacional incorporou a disposición anterior con base no GATT 94 que no seu artigo 5 establece:

> 5.1 Agás no caso previsto no parágrafo 6, as investigacións encamiñadas a determinar a existencia, o grao e os efectos dun suposto *dumping* iniciaranse previa solicitude escrita feita pola rama de produción nacional ou en nome dela.
>
> […]
>
> 5.4 Non se iniciará unha investigación de conformidade co parágrafo 1 se as autoridades non determinaron, baseándose no exame do grao de apoio ou de oposición á solicitude expresado polos produtores nacionais do produto similar, que a solicitude

29 Organización Mundial de Comercio da cal o noso país é membro desde a súa creación co Acordo de Marrakech adoptado na Ronda Uruguai do GATT.

30 A Unidade de Prácticas Comerciais Internacionais da Secretaría de Economía, é a unidade administrativa do Goberno de México encargada de levar a cabo investigacións en materia de prácticas desleais de comercio internacional e salvagardas. http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/industria-y-comercio/upci (visitada o 18/04/2014).

> foi feita por ou en nome da rama de produción nacional. A solicitude considerarase feita "pola rama de produción nacional ou en nome dela" cando estea apoiada por produtores nacionais cuxa produción conxunta represente máis do 50 por cento da produción total do produto similar producido pola parte da rama de produción nacional que manifeste o seu apoio ou a súa oposición á solicitude. **Non obstante, non se iniciará ningunha investigación cando os produtores nacionais que apoien expresamente a solicitude representen menos do 25 por cento da produción total do produto similar producido pola rama de produción nacional.**
>
> [...][31]

Énfase engadida

Relacionando as normas recén transcritas co exemplo empregado, trae como consecuencia que o produtor de licuadoras de marras debe necesariamente ser representativo de cando menos o 25% da produción total da mercadoría idéntica ou similar, ou directamente competidora á que é obxecto de *dumping*[32], ou ben asociarse coa devandita porcentaxe de produtores nacionais para efectos de presentar a solicitude correspondente.

A devandita disposición nótoa claramente atentatoria ao novo paradigma de dereitos humanos e interpretación *pro persona*, xa que con independencia de que en ocasións é unha carga administrativa nada fácil de emendar, pode converterse nunha trampa procesal ao non poder satisfacer o requisito aludido e en consecuencia estaríaselle poñendo nun claro exemplo de denegación de xustiza.

É claro que en ocasións os industriais nacionais están organizados satisfactoriamente a través de Cámaras de industria ou comercio, pero non sempre sucede así e a redacción do artigo 50 aludida, puidera implicar que aqueles produtores que representen o 24.99% da produción total da mercadoría idéntica ou similar, ou directamente competidora á que é obxecto de *dumping*, quedarán sen protección ningunha, situación que a todas luces é aberrante, posto que se lles obriga a asociarse para efectos da defensa ante a práctica desleal, cos seus competidores nacionais.

Non hai que esquecer que por virtude do artigo 8 do Pacto de San José, toda persoa ten dereito a ser oída coas debidas garantías e dentro dun prazo razoable, por un xuíz ou tribunal competente, independente e imparcial establecido con anterioridade pola lei, na substanciación de calquera acusación penal formulada contra ela, ou para a determinación dos seus dereitos e obrigas de orde civil, laboral, fiscal ou de calquera outro carácter; mentres que o artigo 25 da mesma Convención establece, en termos xerais, a obriga dos Estados de garantir o seguinte: a existencia dun recurso xudicial efectivo contra actos que violen dereitos fundamentais; que a autoridade competente prevista polo respectivo sistema legal decida sobre os dereitos de toda persoa que o interpoña; o desenvolvemento das posibilidades de recurso xudicial; e o cumprimento, polas autoridades competentes, de toda decisión en que se estimara procedente o recurso.

31 http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm (visitada o 25/04/2014).

32 Lembremos que para efectos do presente, o problema situámolo cun competidor que importa licuadoras similares ás do produtor mexicano, pero a un prezo 50% por debaixo do seu valor normal no seu país de orixe e en cantidades similares ás producidas polo fabricante mexicano.

Porén, o devandito dereito fundamental previsto como o xénero de acceso á impartición de xustiza ou tutela xudicial efectiva, atópase detallado á súa vez por diversas especies de garantías ou mecanismos tendentes a facer efectiva a súa protección, cuxa fonte se atopa no dereito internacional, e que consisten nas garantías xudiciais e de protección efectiva previstas respectivamente nos artigos 8, numeral 1, e 25 da Convención Americana sobre Dereitos Humanos.

As garantías mencionadas subxacen no dereito fundamental de acceso á xustiza previsto no artigo 17 constitucional, e detallan os seus alcances en canto establecen o seguinte:

1. O dereito de toda persoa a ser oída coas debidas garantías e dentro dun prazo razoable, por un xuíz ou tribunal competente, independente e imparcial establecido con anterioridade pola lei, na substanciación de calquera acusación penal formulada contra ela, ou para a determinación dos seus dereitos e obrigas de orde civil, laboral, fiscal ou de calquera outro carácter.

2. A existencia dun recurso xudicial efectivo contra actos que violen dereitos fundamentais.

3. O requisito de que sexa a autoridade competente prevista polo respectivo sistema legal quen decida sobre os dereitos de toda persoa que o interpoña.

4. O desenvolvemento das posibilidades de recurso xudicial; e,

5. O cumprimento, polas autoridades competentes, de toda decisión en que se estimara procedente o recurso.

Por tanto, atento ao novo paradigma da orde xurídica nacional xurdida en virtude das reformas que en materia de dereitos humanos se realizaron á nosa Carta Magna, publicadas no *Diario Oficial da Federación* o 10 de xuño de 2011 e á recente contradición de teses 293/2011 estímase que o artigo 17 constitucional establece como xénero o dereito fundamental de acceso á xustiza cos principios que se derivan dese propio precepto (xustiza pronta, completa, imparcial e gratuita), mentres que os artigos 8, numeral 1, e 25 da Convención Americana sobre Dereitos Humanos, prevén garantías ou mecanismos que como especies daquel subxacen no precepto constitucional mencionado, de tal maneira que non constitúen cuestións distintas ou accesorias a esa prerrogativa fundamental; senón que tenden máis ben a especificar e a facer efectivo o dereito mencionado, debendo interpretarse a totalidade dos devanditos preceptos de modo sistemático, a fin de facer valer para os gobernados, atento ao principio *pro homine* ou *pro persona*, a interpretación máis favorable que lles permita o máis amplo acceso á impartición de xustiza.

Non pasa desapercibido a quen redacta estas liñas que puidese parecer que as disposicións recén invocadas escapan á etapa administrativa e só resultan aplicables á xudicial ou xurisdicional, situación que a todas luces sería inconsistente cun sistema de interpretación difuso da constitución *pro persona*, xa que indirectamente parecería que a xustiza estaría atenta a agardar a violación da esfera xurídica do cidadán na etapa administrativa, para tratar de protexelo na xudicial, cando a devandita posición é claramente carente de sentido. *Mutatis mutandis* sería como establecer unha campaña de saúde promovendo que a cidadanía enferme para entón poder empregar unha política pública en materia sanitaria de reparto de medicinas, cando o mellor é a prevención.

Así, no caso que nos ocupa, non debemos agardar ata que o problema chegue á xustiza contencioso-administrativa ou xudicial para así salvagardar o dereito humano á tutela xudicial efectiva, co que se garantiría tamén o diverso de igualdade e competencia, máxime que o terceiro parágrafo do artigo 1° constitucional mexicano é claro ao establecer:

> "[…]
>
> Todas as autoridades, no ámbito das súas competencias, teñen a obriga de promover, respectar, protexer e garantir os dereitos humanos de conformidade cos principios de universalidade, interdependencia, indivisibilidade e progresividade. En consecuencia, o Estado deberá previr, investigar, sancionar e reparar as violacións aos dereitos humanos, nos termos que estableza a lei.
>
> […]"

Non evito o tema que sería pouco práctico económica e administrativamente instaurar procedementos en materia de prácticas desleais de comercio internacional a instancia de pequenos produtores ou fabricantes artesanais cun volume de penetración no mercado moi baixo, pero establecer o límite no 25% considéroo moi alto, posto que unha de dúas: ou só se lle permite o acceso ao procedemento a moi grandes produtores, ou ben, se obriga aos pequenos fabricantes a asociarse para efectos do procedemento de investigación en materia de prácticas desleais de comercio internacional coa súa competencia directa, é dicir, outros produtores nacionais, situación que non parece ser nin con moito, a ideal.

Por se o anterior fose pouco, por disposición do numeral 49 da Lei de Comercio Exterior despréndese que o inicio do procedemento de investigación en materia de prácticas desleais de comercio internacional a instancia de parte, requirirá cubrir unha solicitude, a cal contén requisitos que tamén poderían considerarse como trampas procesais.

O contido da solicitude de referencia está *enlistado* no arábigo 75 do Regulamento da Lei que nos ocupa, o cal foi recentemente modificado (o 22 de maio do 2014) e na parte conducente é do teor seguinte (aclarando que omitirei aquelas normas que opino poidan deixar de considerarse *per se* como obstáculos do dereito humano de tutela xudicial efectiva):

Artigo 75. A solicitude de parte interesada pola que se inicie unha investigación administrativa en materia de prácticas desleais de comercio internacional, ademais de presentarse por escrito e de cumprir cos requisitos previstos nos artigos 50 e 51 da Lei, presentarase co formulario que expida a Secretaría. A devandita solicitude conterá o seguinte:

> […]
>
> IV. **Volume e valor da produción nacional do produto** idéntico ou similar ao de importación;
>
> V. **Descrición da participación do promovente, en volume e valor**, na produción nacional;
>
> […]
>
> VII. Descrición da mercadoría de cuxa importación se trate, acompañando as especificacións e características comparativamente coa de produción nacional e, os demais

datos que a individualicen; **o volume e valor que se importou ou pretenda importarse** con base na unidade de medida correspondente e a súa clasificación arancelaria conforme á Tarifa da Lei dos Impostos Xerais de Importación e de Exportación;

VIII. **Nome ou razón social e domicilio das persoas que se teña coñecemento efectuaron a importación ou de aqueles que pretenden realizala,** aclarando se a devandita importación se realizou ou realizará nunha ou varias operacións;

IX. **Nome do país ou países de orixe e de procedencia da mercadoría, segundo se trate, e o nome ou razón social da persoa ou persoas que se teña coñecemento que realizaron ou pretendan realizar a exportación presuntamente en condicións desleais a México**;

[…][33]

Énfase engadida

Como se poderá apreciar facilmente coa simple lectura dos fragmentos do artigo recén citado, existe máis dun requisito practicamente de imposible satisfacción por parte do solicitante, como a continuación pretenderei demostrar:

Referente ás fraccións IV e V, obrígase ao produtor solicitante do inicio do procedemento, a coñecer a súa participación e descrición en valor e volume da produción nacional da rama industrial de que se trate. Para poder obter as devanditas cifras, debe coñecer as relativas á produción nacional, que no mellor dos casos poida ofrecer a Secretaría de Economía, como do INEGI[34]. Respecto deste instituto, cabe dicir que a información de que dispón non é o suficientemente actualizada como para poder acreditar os extremos que solicita a UPCI a través da solicitude de inicio do procedemento contra prácticas desleais de comercio internacional.

Chégase á conclusión anterior, coa simple transcrición do contido a páxina web do INEGI, que ao referirse ao censo económico 2014, dispón:

> "Este gran proxecto nacional ten como obxectivo obter información estatística básica, referida ao ano 2013, sobre todos os establecementos produtores de bens, comercializadores de mercadorías e prestadores de servizos, para xerar indicadores económicos de México a un gran nivel de detalle xeográfico, sectorial e temático.
>
> Os Censos Económicos 2014 serán o operativo número 18 do seu tipo e contará cun universo estimado de 5.7 millóns de unidades económicas, cubrindo todo o territorio nacional mediante un percorrido exhaustivo, bloque por bloque e tocando porta por porta (para as localidades menores a 2.500 habitantes percorrerase unha mostra)"[35].

O anterior claramente significa que durante 2014 se levará a cabo o labor de levantar o censo correspondente e en consecuencia, no mellor dos casos, será en 2015 cando se teña a información dispoñible referente a 2013, é dicir, polo menos a información terá dous anos

33 http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5345708&fecha=22/05/2014 (visitada o 03/06/2014).

34 Instituto Nacional de Estatística e Xeografía.

35 http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/ce/ce2014/ (visitada o 25/04/2014).

de antigüidade, o que implicará unha distorsión na información que poida empregar o solicitante do procedemento que nos atinxe e que tal vez sexa a causa do seu rexeitamento, ao non poder satisfacer debidamente os requisitos de procedencia establecidos.

Por outra parte, respecto das fraccións VII, VIII e IX referentes á cantidade e valor da mercadoría importada, identificada pola fracción arancelaria empregada na súa introdución, así como o nome do importador e o país de orixe ou procedencia da referida mercadoría, estase fronte a un problema máis grande aínda.

A información anterior razoablemente se puidera obter, na medida que o solicitante contara cos pedimentos de importación e documentación aduaneira de soporte dos mesmos. Porén, existen ao menos un par de disposicións legais que impiden tal feito.

Por unha parte, encóntrase o artigo 69 do Código Fiscal da Federación que na parte que nos interesa, dispón o seguinte:

> "O persoal oficial que interveña nos diversos trámites relativos á aplicación das disposicións tributarias estará obrigado a gardar absoluta reserva no concernente ás declaracións e datos subministrados polos contribuíntes ou por terceiros con eles relacionados, así como os obtidos no exercicio das facultades de comprobación. A devandita reserva non comprenderá os casos que sinalen as leis fiscais e aqueles en que deban subministrarse datos aos funcionarios encargados da administración e da defensa dos intereses fiscais federais, ás autoridades xudiciais en procesos da orde penal ou aos Tribunais competentes que coñezan de pensións alimenticias ou no suposto previsto no artigo 63 deste Código. A devandita reserva tampouco comprenderá a información relativa aos créditos fiscais firmes dos contribuíntes, que as autoridades fiscais proporcionen ás sociedades de información crediticia que obteñan autorización da Secretaría de Facenda e Crédito Público de conformidade coa Lei para Regular as Sociedades de Información Crediticia, nin a que se proporcione para efectos da notificación por terceiros a que se refire o último parágrafo do artigo 134 deste Código, nin a que se proporcione a un contribuínte para verificar a información contida nos comprobantes fiscais dixitais por Internet que se pretenda deducir ou acreditar, expedidos ao seu nome nos termos deste ordenamento.
>
> […]
>
> De igual forma poderase proporcionar ao Instituto Nacional de Estatística e Xeografía información dos contribuíntes para o exercicio das súas atribucións.
>
> Á información comunicada ao Instituto Nacional de Estatística e Xeografía, seranlle aplicables as disposicións que sobre confidencialidade da información determine o Instituto Nacional de Estatística e Xeografía, en termos da Lei do Sistema Nacional de Información Estatística e Xeográfica e da Lei Federal de Transparencia e Acceso á Información Pública Gobernamental.
>
> Só poderá ser obxecto de difusión pública a información estatística que o Instituto Nacional de Estatística e Xeografía obteña cos datos a que se refire o presente artigo.
>
> […]"

Énfase engadida

Así as cousas, é importante tomar en consideración que o pedimento de importación, documento a través do cal se puidese obter a información requirida nas fraccións VII, VIII e IX antes mencionadas, é dicir, da fracción XVI do artigo 2 da Lei Aduaneira:

> "Pedimento, a declaración en documento electrónico, xerada e transmitida respecto do cumprimento dos ordenamentos que gravan e regulan a entrada ou saída de mercadorías do territorio nacional, na que se contén a información relativa ás mercadorías, o tráfico e réxime aduaneiro ao que se destinan, e os demais datos esixidos para cumprir coas formalidades da súa entrada ou saída do territorio nacional, así como a esixida conforme ás disposicións aplicables".

polo que claramente cae dentro do título de protección da primeira parte do primeiro parágrafo do artigo 69 do Código Fiscal da Federación, liñas arriba citado.

En abundancia, destácase que non só existe un impedimento legal para obter das autoridades aduaneiras[36] a información que require o formulario de solicitude de inicio dun procedemento en materia de prácticas desleais de comercio internacional, senón que tamén o hai para obter a referida información por parte dos particulares.

Situación anterior que se corrobora coa simple lectura, entre outros, do numeral 8 da Lei Federal de Protección de Datos Persoais en Posesión dos Particulares, que ao efecto dispón:

> "Todo tratamento de datos persoais estará suxeito ao consentimento do seu titular, agás as excepcións previstas pola presente Lei.
>
> O consentimento será expreso cando a vontade se manifeste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos ou por calquera outra tecnoloxía, ou por signos inequívocos.
>
> Entenderase que o titular consente tacitamente o tratamento dos seus datos, cando téndose posto á súa disposición o aviso de privacidade, non manifeste a súa oposición.
>
> Os datos financeiros ou patrimoniais requirirán o consentimento expreso do seu titular, agás as excepcións a que se refiren os artigos 10 e 37 da presente Lei".

Ao ser evidente que as operacións mercantís de importación ou produción de mercadorías realizadas polos comerciantes implican necesariamente unha modificación favorable ou desfavorable para a súa situación financeira e patrimonial, é claro que as Cámaras Industriais ou Comerciais que adoitan contar coa información estatística que estivemos a analizar, requirirán do consentimento expreso de cada unha das fontes de información que se acheguen, o cal novamente pon ao solicitante dun procedemento contra prácticas desleais de comercio internacional, nunha trampa procesal ao serlle requirida información e obrigalo a que presente as probas correspondentes, cando en moitos casos non só é que lle sexa difícil obtela, senón que legalmente ten acoutada a vía para iso.

36 E autoridades facendarias en xeral, incluíndo por suposto as do Servizo de Administración Tributaria.

Exposta de maneira sucinta a problemática presentada, é clara a consecuencia. Presentándose a práctica desleal de comercio internacional coñecida como *dumping*, o produtor afectado deberá iniciar un procedemento de investigación na materia que nos ocupa, debendo cumprir con dous requisitos primordiais; representar ou asociarse para efectos da investigación, con polo menos o 25% da rama de produción nacional de que se trate, aínda e cando implique compartir información coa súa competencia directa e requisita unha solicitude inzada de requisitos que moitas veces serán infranqueables, como xa se expuxo.

No inicio do procedemento anterior pódese presentar a denegación ao seu dereito humano de tutela xudicial efectiva, ocasionando moi probablemente que o resultado do procedemento iniciado lle sexa adverso, co cal terá que concorrer nun mercado en claras condicións de desigualdade —ou o que é o mesmo, vendo vulnerado o seu dereito humano a competir de maneira igual co resto dos produtores— afectándose non só o fabricante de licuadoras do noso exemplo a nivel corporativo, senón tamén o seu persoal e as industrias asociadas co devandito produtor, na medida que diminúan as súas vendas ao acceder a un mercado marcado pola depredación de prezos.

3 Regulación en España

A Comunidade Europea da cal o Reino de España é membro de pleno Dereito, adoptou a utilización das normas sobre o Acordo sobre *dumping*, é dicir, o Acordo relativo á aplicación do artigo VI do GATT de 1994, de maneira substancialmente igual, segundo Acordo do Consello da Unión Europea[37], ao recoñecer que fixa normas detalladas, en particular polo que respecta ao cálculo do *dumping* e aos procedementos de apertura e desenvolvemento da investigación, incluidas a comprobación e interpretación dos feitos, a imposición de medidas provisionais, o establecemento e a percepción de dereitos antidumping, a duración e reconsideración das medidas antidumping e a divulgación da información relativa á investigación antidumping.

Así o Regulamento do Consello[38] a que se fai mención contén os principios reitores do procedemento para a defensa contra as importacións que sexan obxecto de *dumping* por parte de países non membros da Comunidade Europea, o cal, como xa asentamos, está claramente baseado no Acordo relativo á aplicación do artigo VI do GATT de 1994.

Ante o panorama anterior (obviamente ao do caso México), queda formulármonos unha pregunta: que solución pode ser viable? Á que unha resposta pode estar enfocada ao seguinte:

4 Posible solución

O numeral 49 da Lei de Comercio Exterior faculta á Secretaría de Economía[39] a iniciar de maneira oficiosa unha investigación en materia de prácticas desleais de comercio internacional, integrando o expediente respectivo e ditando a resolución que corresponda. Mesma

37 Regulamento (CE) Nª 1225/2009 do Consello de 30 de novembro de 2009.

38 http://www.comercio.mineco.gob.é/é-É/comercio-exterior/politica-comercial/medidas-defensa-comercial/Paginas/antidumping.aspx (visitada o 05/03/2015).

39 A través da UPCI.

situación que non é descoñecida para a Organización Mundial de Comercio, posto que o artigo 5.6 do GATT 94 o permite nos termos seguintes:

> "[…]
>
> Se, en circunstancias especiais, a autoridade competente decidise iniciar unha investigación sen ter recibido unha solicitude escrita feita pola rama de produción nacional ou no nome dela para que se inicie a devandita investigación, só a levará adiante cando teña probas suficientes do *dumping*, do dano e da relación causal, conforme ao indicado no parágrafo 2, que xustifiquen a iniciación dunha investigación.
>
> […][40]"

É claro advertir que o Estado, gozando da facultade de *imperium* da cal carecen os suxeitos involucrados no procedemento que nos ocupa, á par que conta de primeira man coa información contida en todos os pedimentos de importación tramitados, posto que a mesma é transmitida a través do Sistema Electrónico Aduaneiro[41] administrado polo propio Estado.

Á par do anterior, no caso que se requirise solicitar información a terceiros países no curso dunha investigación de prácticas desleais de comercio internacional, é o propio Estado a parte signataria dos tratados internacionais en materia de intercambio de información.

Nas condicións anteriores e co ánimo de salvagardar en todo momento o pleno acceso ao dereito humano de tutela xudicial efectiva e coa obriga que teñen todas as autoridades de interpretar da maneira máis benéfica posible os tratados internacionais custodios dos dereitos humanos; interpretación que ademais debe ser *ex officio* a favor do gobernado, a obriga de recoller a información contida nas solicitudes de inicio dun procedemento en materia de prácticas desleais de comercio internacional a que fixen referencia páxinas atrás, debe recaer na autoridade, cando así llo solicite o produtor nacional, sempre e cando achegue probas mínimas do seu dereito subxectivo na materia.

En abundancia sobre o particular, Jorge Witker menciona na súa obra Dereito do Comercio Exterior, como función principal da UPCI realizar a investigación antidumping[42], o que involucra a procura ou comprobación dos elementos das prácticas desleais, así como a determinación da relación causal entre os devanditos elementos, o que desemboca na determinación de cotas compensatorias.

5 Bibliografía

Álvarez Ledesma, Mario I, Acerca del Concepto Derechos Humanos, Editorial McGraw-Hill, México, 1999, 151 páxinas.

Cruz Barney, Oscar, Antidumping, Bosch, Barcelona, 2013, 96 páxinas.

40 http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm (visitada o 09/05/2014).

41 Cfr. Arts. 36 e 36-A da Lei Aduaneira.

42 Cfr. Witker Velásquez, Jorge Alberto, Derecho del Comercio Exterior, *Op. Cit*., páx. 523.

Witker Velásquez, Jorge Alberto, Derecho del Comercio Exterior, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNHAM, México, 2011, 684 páxinas.

Witker Jorge e Varela Angélica, Derecho de la Competencia Económica en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNHAM, México, 2003, 389 páxinas.

Tratados Internacionais

– Convención Americana sobre Dereitos Humanos.

– Pacto Internacional de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais.

– Declaración sobre o Dereito ao Desenvolvemento da ONU.

– Acordo Relativo á Aplicación do Artigo VI do Acordo Xeral sobre Aranceis Aduaneiros e Comercio de 1994.

Lexislación

– Constitución Política dos Estados Unidos mexicanos.

– Lei de Comercio Exterior.

– Regulamento da Lei de Comercio Exterior.

– Lei Aduaneira.

– Código Fiscal da Federación.

– Lei Federal de Protección de Datos Persoais en Posesión dos Particulares.

A modificación dos contratos públicos tras a entrada en vigor da Lei de economía sostible

La modificación de los contratos públicos tras la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible

The modification of the public contracts after the coming into force of the Law of Sustainable Economy

Regap 48

ALBERTO FUENTES LOSADA
Secretario do Concello de Cambados (Galicia, España)
albertofulo@hotmail.com

Recibido: 11/04/2014 | Aceptado: 22/04/2015

Resumo: *Na práctica da modificación dos contratos públicos en España, imperou sempre a idea de que na fase de execución non había espazo nin xustificación para a aplicación dos principios comunitarios de igualdade de trato e de interese público, pois era unha fase* ad intra*, con efectos unicamente entre as partes do contrato. Esta actuación, na marxe do dereito comunitario, tivo as súas consecuencias, con importantes repercusións no plano económico-presupostario, aínda que en ocasións, as autoridades comunitarias deixaron de aboar as certificacións correspondentes aos proxectos con financiamento europeo, por considerar que non se cumprían os principios inherentes á contratación pública.*

Malia iso, a necesidade de optimizar os recursos públicos xustifica a regra da igualdade de trato, e que todos os licitadores potenciais deban coñecer as regras do xogo e estas débense aplicar a todos do mesmo xeito. Conscientes da situación, quizais pola comunicación da Comisión ao Reino de España mediante a Carta de localización do 8 de maio de 2006 e o posterior ditame motivado do 2 de decembro de 2008, promulgouse a Lei 2/2011, de economía sostible, que supón a terceira reforma da Lei de contratos do sector público, tras as que se levaron a cabo polas leis 34/2010 e 15/2010.

Sen dúbida, a novidade máis relevante en materia de contratación pública é a regulación da potestade de modificar unilateralmente o contrato por parte da Administración. Analizaremos pois, ao longo do presente traballo, o réxime xurídico das modificacións dos contratos, que fixo adaptar as previsións da Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 29 de abril de 2004, da Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA.

Palabras clave: *contrato, modificación, condicións esenciais, Lei de economía sostible.*

Resumen: *En la práctica de la modificación de los contratos públicos en España, ha imperado siempre la idea de que en la fase de ejecución no había espacio ni justificación para la aplicación de los principios comunitarios de igualdad de trato y de interés público, pues era una fase* ad intra*, con efectos únicamente entre las partes del contrato. Esta actuación, al margen del derecho comunitario, ha tenido sus consecuencias, con importantes repercusiones en el*

plano económico-presupuestario, ya que no en poucas ocasiones, las autoridades comunitarias han dejado de abonar certificaciones correspondientes a proyectos con financiación europea por considerar que no se cumplían los principios inherentes a la contratación pública.

Así las cosas, la necesidad de optimizar los recursos públicos justifica la regla de la igualdad de trato, y que todos los licitadores potenciales deban conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. Conscientes de la situación, quizás por la comunicación de la Comisión al Reino de España mediante carta de emplazamiento de 8 de mayo de 2006 y posterior dictamen motivado de 2 de diciembre de 2008, se promulgó la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, que supone la tercera reforma de la Ley de Contratos del Sector Público, tras las que se llevaron a cabo por las leyes 34/2010 y 15/2010.

Sin duda, la novedad más relevante en materia de contratación pública es la regulación de la potestad de modificar unilateralmente el contrato por parte de la Administración. Analizaremos pues, a lo largo del presente trabajo, el régimen jurídico de las modificaciones de los contratos, que ha hecho adaptar las previsiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA.

Palabras clave: *contrato, modificación, condiciones esenciales, Ley de Economía Sostenible.*

Abstract: *In the practice of the modification of the public contracts in Spain, the idea has reigned always of that in the phase of execution there was neither space nor xustification for the application of the community beginning of equality of treatment and of public interest, since it was a phase* ad intra, *with effects only between the parts of the contract. This action, to the margin of the community law, has had his consequences, with important repercussions in the economic budgetary plane, since not in few occasions, the community authorities have stopped paying certifications corresponding to projects with European financing for thinking that there was not fulfilled the beginning inherent in the public contracting.*

This way the things, the need to optimize the public resources justifies the rule of the equality of treatment, and that all the potential bidders should know the rules of the game and these must to him apply all of the same way. Conscious of the situation, probably for the communication of the Commission to the Kingdom of Spain by means of letter of emplacement of May 8, 2006 and later opinion motivated of December 2, 2008, the Law was promulgated 2/2011, of Sustainable Economy, which supposes the third reform of the Law of Contracts of the Public Sector, after that they were carried out by the laws 34/2010 and 15/2010.

Undoubtedly, the most relevant innovation as for public contracting is the regulation of the legal authority to modify unilaterally the contract on the part of the Administration. We will analyze so, along the present work, the juridical regime of the modifications of the contracts, which has made adapt the forecasts of the Judgment of the Court of Justice of the European Union of April 29, 2004, Commission against CAS Succhi di Frutta SpA.

Key words: *contract, modification, essential conditions, Law of Sustainable Economy*

Índice: *1. Focalización do* ius variandi *na contratación pública. 2. Ámbito de aplicación. 2.1 Tipos contractuais: extensión regulatoria do réxime de modificación a todos os contratos do sector público. 2.2 Elementos contractuais. 2.3 Contrato principal e contrato complementario. 3.Categorías de modificación do contrato 3.1 Modificacións previstas na documentación que rexe a licitación (modificacións convencionais). 3.2 Modificacións non previstas na documentación que rexe a licitación, ou legais. 4. Procedemento. 4.1 Modificacións previstas na documentación que rexe a licitación (ou convencionais). 4.2 Modificacións non previstas na documentación que rexe a licitación (modificacións legais). 5. Efectos. 5.1 Finalización da vía administrativa, executividade e obrigatoriedade. 5.2 Restablecemento do orixinario equilibrio económico. 5.3 Resolución. 6. Réxime transitorio. 7. A modificación de contratos nas propostas de novas directivas. 8. Conclusións finais. 9. Bibliografía*

1 Focalización do *ius variandi* na contratación pública

Non en poucas ocasións, tras a adxudicación dun contrato administrativo, se producen unha serie de situacións non previsibles, en principio, que conducen á imposibilidade de continuar coa súa execución tal e como se previra nun inicio. É entón cando os poderes adxudicadores poden empregar a figura da modificación contractual.

Esta potestade, que implica a modificación dos contratos de forma unilateral por parte da Administración, constitúe unha das máis importantes prerrogativas de que gozan as Administracións Públicas e seguindo ao profesor Gimeno Feliú[1], é unha das claras manifestacións das especialidades que presentan os contratos que celebran as Administracións, en relación cos contratos civís, nos que a regra é a inmutabilidade do contrato (*contractus lex inter partes*[2]).

A devandita potestade evolucionou sobremanera desde que se recoñeceu por primeira vez na Lei de Contratos do Estado[3]. Remontareime neste traballo á evolución que presenta a figura do *ius variandi* na última década. O artigo 101 do Real Decreto Lexislativo 2/2000, de 16 de xuño, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas, sinalaba que unha vez perfeccionado o contrato, o órgano de contratación só podía introducir modificacións por razón de interese público nos elementos que o integran, sempre e cando fosen debidas a necesidades novas ou causas imprevistas, xustificándoo debidamente no expediente. Coa devandita previsión, non se cumpría co disposto polo Dereito Comunitario, polo que, no ano 2007 se procedeu á aprobación da Lei de Contratos do Sector Público, Lei 30/2007, de 30 de outubro, que derrogou o citado Decreto Lexislativo, e no seu artigo 202, ademais de reproducir o que xa dispoñía o devandito Real Decreto, engadiu que as modificacións dos contratos non podían afectar ás condicións esenciais destes.

Non obstante, e antes de continuar, entendo necesario aclarar que non existe nas Directivas Comunitarias[4] ningún tipo de precepto que discipline a modificación dos contratos, senón que o réxime xurídico da mesma no Dereito da Unión Europea, é unha construción do Tribunal de Xustiza da Unión Europea con fundamento nos denominados principios estruturais do Tratado, elaborándose progresivamente a raíz, sobre todo, da Sentenza *Succhi di Frutta* de 29 de abril de 2004. Os principios nos que pode resumirse a devandita xurisprudencia do Tribunal de Xustiza Europeo son os seguintes[5]:

- A modificación esixe que estea prevista de forma clara, precisa e inequívoca na documentación que rexerá a licitación.
- De non se achar prevista, cómpre que non afecte a ningún tipo de condición esencial do contrato.
- De ser necesaria a devandita modificación esencial non prevista na documentación que rexe a licitación, o procedente será a resolución do contrato e a adxudicación dun novo, convocando o correspondente procedemento de licitación.

1 GIMENO FELIÚ, J.M., "Régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio". *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 149, pp. 29 a 54.

2 PUERTA SEGUIDO, F., "El régimen de la modificación de los contratos del Sector Público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público", col. en *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Coordinador: José María Gimeno Feliú. Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 481-494.

3 Decreto 923/1965, de 8 de abril, publicado no Boletín Oficial do Estado nº 97, de 23 de abril.

4 Desde 2004, as Directivas vixentes en materia de contratación pública son a Directiva 2004/18/CEE (sectores clásicos) e a Directiva 2004/17/CEE (sectores especiais).

5 Véxase polo seu interese neste aspecto, a Circular Informativa de la Abogacía General del Estado (Ministerio de Justicia) 1/2011, de data 7 de abril.

Así, vistos os principios da xurisprudencia comunitaria en materia de modificacións contractuais, a regulación contida na Lei de Contratos do Sector Público, era claramente insuficiente, e a Comisión Europea, malia que xa comunicara a súa desconformidade ao Reino de España, mediante carta de emprazamento de 8 de maio de 2006, continuou advertindo que a devandita norma confería aos poderes adxudicadores unhas facultades excesivamente amplas para modificar o clausulado esencial dos contratos públicos unha vez que eran adxudicados, violentando de forma clara os principios de igualdade de trato entre licitadores, non discriminación e transparencia consagrados no Dereito Comunitario. Ante a devandita situación, por parte da Comisión evacuouse ditame motivado contra o noso país, en data 27 de novembro 2008, entendendo que o réxime dos modificados non se axustaba ao Dereito da Unión da contratación pública[6].

Non obstante, a interpretación e aplicación que dos textos legais viña facendo a xurisprudencia do Tribunal Supremo[7], a doutrina do Consello de Estado[8] e da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado[9], non difería en absoluto da doutrina establecida polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea; o *ius variandi* é admisible sempre e cando estea xustificado pola satisfacción do interese público, tendo como límites o respecto aos principios de publicidade e concorrencia. E aínda así, a práctica administrativa continuaba sendo moi distinta ao establecido pola doutrina.

Nesta situación, e ante os requirimentos da Comisión Europea, e a ameaza que supoñía o procedemento infractor incoado polas institucións da Unión Europea, a Dirección Xeral de Patrimonio do Estado aceptou a formulación, comprometéndose a reformar a Lei de Contratos do Sector Público, polo que, con tal fin, se aprobou a Lei 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostible[10], a cal entre outros moitos aspectos, aborda unha importante reforma do réxime xurídico da modificación dos contratos públicos; o que provocou que Bruxelas pechase o procedemento infractor aberto contra o Reino de España[11].

Na actualidade, a unificación de disposicións en materia de contratación pública no Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de decembro, provocou que os preceptos 92 bis a 95 *quinquies* da LCSP queden derrogados, reproducidos nos actuais artigos 105 a 108 do Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público.

6 Noticias da Comisión Europea de 20 de novembro de 2009, en que a Comisión considera que o réxime modificatorio dos contratos tras a súa adxudicación, tal e como está regulado na LCSP 2007, non respecta os principios de igualdade de trato, non discriminación e transparencia establecidos no artigo 2 da Directiva 2004/18/CE. A LCSP concede aos órganos de contratación amplos poderes para modificar cláusulas fundamentais dos contratos despois da súa adxudicación, sen que as condicións de modificación se establecesen nos documentos contractuais de maneira clara, precisa e inequívoca. Ademais, nos contratos de obras, servizos e subministros adicionais, a Comisión considera que a LCSP permite que o órgano de contratación recorra á utilización de procedementos negociados sen publicación en contra do disposto no artigo 31 da Directiva citada.

7 Por todas, e polo seu especial interese, faise referencia á Sentenza do Tribunal Supremo de 28 de febreiro de 1989.

8 Sirvan como exemplo os ditmes 1508/1993 e 2582/1995.

9 Entre outros, os informes 48/1995 e 50/2003.

10 Publicada no BOE Nº 55 de 5 de marzo de 2011.

11 En opinión da Comisión, o novo réxime establecido pola LES é unha medida da que cabe congratularse, posto que limita a facultade das entidades adxudicadoras para modificar os contratos públicos tras a súa adxudicación e permite disipar así a inquietude que dera lugar á incoación do procedemento de infracción. Non obstante, a Comisión advirte que someterá ao novo réxime a un exame minucioso e a un estreito seguimento, a fin de comprobar a compatibilidade coas Directivas e a xurisprudencia comunitarias en materia de modificación de contratos públicos e obras complementarias.

En palabras de Gris González[12], *"a idea sobre a que pivota o noso sistema de modificación de contratos é patente: a prestación debe executarse na forma inicialmente pactada, admitíndose unicamente variacións ao respecto cando así se previse nos pregos ou no anuncio de licitación ou nos casos e cos límites establecidos legalmente, polo que, en calquera outros supostos, se fose necesario que o contrato se levase a cabo en modo diferente ao acordado, deberá procederse á resolución do mesmo e á celebración doutro baixo as condicións legalmente pertinentes"*.

Moita parte da doutrina foi moi crítica coa reforma, pero no que existe unanimidade entre ela, é que a nova regulación da modificación contractual, pode ser cualificada de "revolucionaria".

Entremos pois, a examinar os aspectos máis novidosos da nova regulación introducida pola Lei de Economía Sostible.

2 Ámbito de aplicación

2.1 Tipos contractuais: extensión regulatoria do réxime de modificación a todos os contratos do sector público

Ata a entrada en vigor da LES, o lexislador deixara os contratos privados fóra do ámbito de aplicación do réxime de modificación dos contratos, xa que este se encadraba dentro dos efectos e extinción, e era unha cuestión remitida ao dereito privado.

Cando se remitiu o Anteproxecto da Lei de Economía Sostible ao Consello de Estado, este detectou esta circunstancia e de aí que, aínda que os efectos e extinción dos contratos privados das Administracións Públicas se rexan polo dereito privado, se introducise no artigo 20.2 da LCSP que en canto á modificación, lles serán de aplicación as normas contidas no Título V do Libro I do actual Texto Refundido.

En opinión de Díez Calzada[13], a razón que explica este cambio substancial na filosofía da normativa contractual é que a modificación dos contratos perdeu o carácter de mera incidencia na execución, para converterse nun elemento básico do mesmo, sendo un elemento constitutivo do proceso de formación da vontade do órgano de contratación.

En canto ás controversias que xurdan entre as partes, non se modificou o disposto no artigo 20.2 (xa do Texto Refundido), polo que continuará a ser a orde xurisdicional civil a que sexa competente para resolvelas.

O que suscitou máis dúbidas entre a doutrina, é que existen certas matizacións no réxime dos contratos privados en relación co dos contratos administrativos, xa que o artigo 219 do Texto Refundido da LCSP (antigo 202 da LCSP) posibilita que, segundo Díez Calzada, entre outros, na modificación dos contratos privados non concorra necesariamente unha razón

12 GRIS GONZÁLEZ, J. C., "La modificación de los contratos del sector público". *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 28, setembro de 2012, pp. 1-35.

13 DÍEZ CALZADA, J. R., "Comentarios al nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público". *Contratación Administrativa Práctica*, nº 112, outubro de 2011, pp. 58-67.

de interese público. Porén, en opinión doutros, entre os que se atopa Colás Tenas[14], os contratos privados tamén deben responder a razóns de interese público en virtude dunha interpretación conxunta do devandito precepto co artigo 103.1 da Constitución Española, que obriga ás Administracións a servir con obxectividade aos intereses xerais, e non conduce a outra conclusión senón á de que o interese público tamén debe presidir a modificación dos contratos privados.

Na mesma liña pronunciouse outro sector importante da doutrina, compartindo eu mesmo a súa opinión, xa que o fundamento tanto dos contratos administrativos como privados que celebran as Administracións públicas, non é outro que o fin público, e no caso contrario, estariamos ante unha actuación administrativa enfrontada coa Constitución, polo que sería inconstitucional. En definitiva, ten que existir o mesmo soporte cando se alteren os contratos subscritos pola Administración, calquera que sexa o carácter dos mesmos (administrativos ou privados).

2.2 Elementos contractuais

Desde unha visión xeralista, calquera nova circunstancia dos elementos do contrato implica unha modificación do mesmo. A lexislación anterior viña establecendo un réxime diferente para as alteracións que implicaban modificación do obxecto do contrato (modificación obxectiva) que para as que implicaban modificacións subxectivas, tales como eran as establecidas nos artigos 202.4, 246.5 e 246.6 da LCSP.

A nova regulación en materia de modificación contractual, elimina os supostos de modificación subxectiva, ao dispoñer o artigo 105.1 do TRLCSP que os supostos previstos na lei de sucesión na persoa do contratista, cesión do contrato, revisión de prezos e prórroga do prazo de execución, non son modificacións contractuais.

Esta é a opinión seguida pola maior parte da doutrina, aínda que se atopan autores, como Gris González, que sosteñen que non son modificacións no sentido do Título V do Libro I do TRLCSP, tendo o seu réxime xurídico específico, contemplado ao longo do articulado da devandita norma.

Na miña opinión, o precepto antes citado é moi claro ao non incluir entre os supostos de modificación os que el mesmo dispón, polo que non parece moi acertado relacionar a devandita circunstancia co exercicio da potestade do *ius variandi*, e en realidade non tería sido nin necesaria a súa mención dentro deste precepto.

2.3 Contrato principal e contrato complementario

O novo artigo 105.2 quixo impedir que a prerrogativa exorbitante do *ius variandi* que se outorga ao órgano de contratación, enmascare baixo a figura da modificación contractual, a adxudicación dun novo contrato "complementario", cuxo fin será o de sumar prestacións complementarias ás xa inicialmente contratadas, ampliando o obxecto do contrato a fin de que poida cumprir finalidades novas non contempladas ou incorporar unha prestación susceptible de utilización ou aproveitamento independente.

14 COLÁS TENAS, J., "La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público". Publicado en *www.elderecho.com* en data 1 de xuño de 2011.

Estes negocios teñen unha substantividade propia polo que, en consecuencia, se lles aplicará o réxime establecido para a adxudicación de contratos, procedendo a unha nova contratación da prestación correspondente sempre e cando concorran as circunstancias previstas nos artigos 171 b) e 174 b)[15]. En todo caso, debe lembrarse, o artigo 31.4 da Directiva 2004/18/CE[16], que regula os casos que xustifican o recurso ao procedemento negociado sen publicación dun anuncio de licitación, prevé expresamente a posibilidade de acudir a este procedemento nos supostos de contratos complementarios.

3 Categorías de modificación do contrato

Segundo a redacción dada pola Lei de Economía Sostible aos artigos 93 *ter* e *quáter* da LCSP (agora artigo 106 e 107 do TRLCSP), unicamente poderán modificarse os contratos públicos cando xa se contemplara a devandita posibilidade nos pregos ou no anuncio de licitación, ou ben cando non se previra, pero se incorra nalgunha das circunstancias taxadas no artigo 107.

Esta clasificación das novas categorías, xa foi advertida pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado nos seus informes 43/2008[17], de 28 de xullo e 5/2010[18], de 23 de xullo.

En expresión empregada pola Avogacía Xeral do Estado, na súa Circular 1/2011, antes citada, no novo réxime cabe distinguir unha modificación convencional (cando se previra na documentación que rexe a licitación) e unha modificación legal (cando responda ás circunstancias imprevistas do artigo 107).

Non obstante, Escrihuela Morales[19], presenta como terceira vía posible de modificación de contrato, o mutuo acordo. Este autor entende que dentro do principio de liberdade que as partes teñen para incluir pactos, cláusulas e condicións, cabería esta posibilidade de modificación dos contratos administrativos e privados sempre que concorresen as circunstancias

15 Prevé o artigo 171 b) a posibilidade de adxudicación por procedemento negociado dos contratos de obras cando se trate de obras complementarias que non figuren no proxecto, e o artigo 174 b) referido ao mesmo suposto de elementos complementarios, en contratos de servizos.

16 O artigo 31.4 da Directiva 2004/18/CE establece "respecto dos contratos públicos de obras e contratos públicos de servizos:
a) Con relación a aquelas obras ou servizos complementarios que non figuren no proxecto contemplado inicialmente nin no contrato inicial e que, debido a unha circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para a execución da obra ou dos servizos tal e como estaban descritos, sempre que a adxudicación recaia no operador económico que execute a devandita obra ou os devanditos servizos cando esas obras ou servizos complementarios non poidan separarse do contrato inicial técnica ou economicamente sen ocasionar grandes inconvenientes aos poderes adxudicadores, ou ben cando as devanditas obras ou servizos, aínda que se poidan separar da execución do contrato inicial, sexan estritamente necesarios para o seu perfeccionamento. Non obstante, o importe acumulado dos contratos adxudicados para as obras ou servizos complementarios non poderá ser superior ao 50% do importe do contrato inicial.
b) No caso de novas obras ou servizos que consistan na repetición de obras ou servizos similares encargados ao operador económico titular dun contrato inicial adxudicado polos mesmos poderes adxudicadores, coa condición de que as devanditas obras ou os devanditos servizos se axusten a un proxecto de base e que o devandito proxecto fose obxecto dun contrato inicial adxudicado segundo o procedemento aberto ou restrinxido.
A posibilidade de facer uso deste procedemento estará indicada desde o inicio da convocatoria de licitación do primeiro contrato e os poderes adxudicadores terán en conta o importe total previsto para a continuación das obras ou dos servizos a efectos da aplicación do artigo 7.
Unicamente se poderá empregar este procedemento durante un período de tres anos a partir da celebración do contrato inicial."

17 Moi clarificador este informe en canto á modificación de contratos e á interpretación do artigo 202 da LCSP: réxime xurídico aplicable aos contratos cuxa convocatoria de licitación tivese sido obxecto dun anuncio publicado con anterioridade á entrada en vigor da lei e a súa adxudicación se tivese producido con posterioridade.

18 Informe resultado dunha consulta sobre a posibilidade de modificar un contrato de obra por causas imprevistas.

19 ESCRIHUELA MORAIS, F. J., *"Guía práctica de la Contratación del Sector Público"*. Ed. La Ley. Madrid 2012.

esixidas, con carácter xeral, para a novación. Así, apóiase este autor no disposto no artigo 223, que posibilita a resolución do contrato por mutuo acordo, e ao ser a modificación menos que a resolución, aquela podería tamén realizarse por mutuo acordo.

Porén, en opinión doutros, como Mellado Ruíz[20], esta opción era admisible en lexislacións pasadas, como así o avalaba o informe 48/1995, de 21 de decembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, pero desaparece ao estar imposibilitado o poder adxudicador para acudir a outros supostos diferentes dos contemplados nos artigos 106 e 107, polo que se viu nesta nova regulación a consolidación da dobre posibilidade de modificación do contrato.

3.1 Modificacións previstas na documentación que rexe a licitación (modificacións convencionais)

O artigo 106 do TRLCSP sinala que os contratos do sector público poderán modificarse sempre que nos pregos ou no anuncio de licitación se previra expresamente esta posibilidade e se detallara de forma clara, precisa e inequívoca (reproducindo os mesmos termos que usou a Comisión Europea na súa carta de emprazamento) as condicións en que se poderá facer uso da mesma, así como o alcance e límites das modificacións que poidan acordarse, con expresa indicación da porcentaxe do prezo do contrato ao que como máximo poden afectar e o procedemento que teña que seguirse para iso.

En palabras de Blanquer Criado[21], supoñen "un muro de contención ao risco de que de forma unilateral, se sacrifique o *pacta sunt servanda* ou se defraude a igual competencia entre licitadores.

Ademais, o artigo 106 adiciona que os supostos en que poderá modificarse o contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuxa concorrencia poida verificarse de forma obxectiva e as condicións da eventual modificación deberán precisarse con detalle suficiente que permita aos licitadores a súa valoración a efectos de formular a súa oferta e ser tomados en conta polo que se refiee á esixencia de condicións de aptitude aos licitadores e valoración das ofertas.

Examinemos pois, o contido do artigo mencionado, extraendo do mesmo unha serie de características ou presupostos neste tipo de modificacións. Os requisitos materiais son os que seguen:

1) A previsión nos pregos ou no anuncio de licitación

O artigo 106 equipara o prego e o anuncio de licitación, merecendo a mesma consideración legal. Autores como Díez Calzada ou Colás Tenas, foron moi críticos con esta equiparación, xa que en verdade, o que ten a consideración de fonte dimanante de dereitos e obrigas é o prego e non o anuncio. Crítica coa que concordo, xa que o anuncio non posúe a calidade de *lex contractus*, sendo o prego o que debe regular os aspectos relativos á execución, e por

20 MELLADO RUÍZ, L., "El nuevo régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible". *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 99, xullo 2010, pp. 53-63.

21 BLANQUER CRIADO, D. V., "La modificación unilateral de los contratos administrativas". *Los Contratos del Sector Público*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 524-553.

ende, a modificación do contrato. Non obstante, o precepto é moi claro, e se así o estableceu, caben ambas as dúas posibilidades.

O que si podería xerar dúbidas é se aos pregos aos que se refire son os de cláusulas administrativas xerais, os de cláusulas administrativas particulares ou os de prescricións técnicas. Gris González sinala que cabería a posibilidade de entender que calquera dos tres sería válido[22] para poder incluir a cláusula modificatoria.

Porén, o que apunta a lóxica é que os de prescricións técnicas haberá que descartalos xa que a posibilidade de incluir cláusulas modificatorias é unha previsión máis acorde co contido dos pregos de cláusulas administrativas. E con respecto aos de cláusulas administrativas xerais, nos mesmos non cabería incluilas posto que estas deben ir referidas a cada contrato individualmente e non de forma xeral para diferentes contratos; o que leva á conclusión de que serán os de prescricións administrativas particulares os máis apropiados para regulalas[23].

Outro dos aspectos que cabe formularse é se a posibilidade de modificar o contrato, unha vez está prevista no prego ou anuncio, obriga a ambas as dúas partes.

A isto responde o artigo 210 do TRLCSP, ao establecer que entre as prerrogativas do órgano de contratación está a de interpretar os contratos, resolver as dúbidas que ofreza o seu cumprimento, e modificalos; polo que cabe entender, que aínda prevista na documentación que rexe a licitación, a decisión seguirá a ser unilateral, a favor da Administración.

2) A previsión ten que ser expresamente advertida e detallada de forma clara, precisa e inequívoca

Coa mesma, o lexislador require que se realice de forma expresa, excluíndo polo tanto que poida ser tácita, desbotando a posibilidade de que a valoración das circunstancias dependa de xuízos de valor, persoais ou subxectivos, nin que caiban escurantismos ou falta de precisión, esixindo un alto grao de rigor á Administración na redacción do prego.

3) Deberán estar determinadas as condicións, alcance e límite da modificación, con expresa indicación da porcentaxe do prezo do contrato ao que como máximo pode afectar.

O que máis problema entrañaría na práctica sería a afectación do prezo de adxudicación como consecuencia das modificacións e a repercusión do mesmo en cuestións como o procedemento de adxudicación, a publicidade da licitación ou mesmo a clasificación do contratista.

22 Di o autor que se se segue estritamente a regra *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, a conclusión é clara: calquera deses pregos pode incluir a previsión citada. GRIS GONZÁLEZ, J.C., "La modificación de los contratos del sector público". *Revista Jurídica de Castilla y León*. nº 28, setembro de 2012. pp. 1-35.

23 O recente acordo 44/2012, de 9 de outubro, do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, aborda esta cuestión, anulando un prego pola deficiente regulación sobre a posibilidade dos modificados nun contrato de privatización do servizo público da auga, entre outros motivos, porque o intento de fixación dos parámetros da modificación do contrato no prego de prescricións técnicas constitúe un exemplo de confusión entre o contido do prego de cláusulas administrativas particulares e do prego de prescricións técnicas, ao ser a súa situación axeitada O prego de cláusulas administrativas particulares. Lembrando, a eses efectos, que o prego de prescricións técnicas ha de establecer os requisitos e condicións técnicas que debe cumprir a prestación, como establecen os artigos 116 e 117 do TRLCSP e o artigo 68 do RGLCAP; e que este último precepto determina, ademais, no seu apartado terceiro que os Pregos de prescricións técnicas en ningún caso conterán declaracións ou cláusulas que deban figurar no Prego de cláusulas administrativas particulares, entre outras razóns porque os pregos de prescricións técnicas non deben ser obxecto do informe xurídico esixido pola lexislación.

Tal e como advirte Martínez Fernández[24], o precepto non contempla unha porcentaxe máxima insuperable do prezo de adxudicación, o que implica que sería admisible calquera tipo de porcentaxe, non sufrindo o órgano de contratación ningunha clase de límite legal. Non obstante, non presenta ningún problema non o ter acoutado, ao meu xuízo, xa que o artigo 88.1 do TRLCSP sinala que o valor estimado do contrato será o importe máximo que este poida acadar, incluíndo a totalidade de modificacións previstas, polo que sería o importe que determinase o procedemento elixido, se é obrigatoria ou non a súa publicación nos diarios oficiais, e por suposto, a clasificación do contratista. Iso non obsta, que non existan límites razoables, xa que unha previsión desproporcionada sobre o prezo do contrato, é claro que altera os principios xerais que dimanan do artigo 105.2 do TRLCSP[25].

4) O interese público

É significativo que non se fixera mención expresa nos artigos 105 a 108 do TR ao interese público, aínda que carecería de toda lóxica que este non fose un requisito *sine qua non* para proceder á modificación contractual. Si o esixe, non obstante, o artigo 210 do TR, e a doutrina presupono en harmonía coa xurisprudencia europea[26].

3.2 Modificacións non previstas na documentación que rexe a licitación, ou legais

O artigo 107 do TR regula as circunstancias legalmente previstas para proceder á modificación dun contrato, que só poderán levarse a cabo polas circunstancias concretas que o devandito precepto sinala[27], polo que en principio, son taxadas, se ben existen autores como Mellado Ruiz ou Calvo Ruata que sinalan que quizais non son tan pechadas como nun principio puidese parecer.

Imos pasar ao exame das mesmas:

a) Inadecuación da prestación contratada para satisfacer as necesidades que pretenden cubrirse mediante o contrato debido a erros ou omisións padecidos na redacción do proxecto ou das especificacións técnicas.

b) Inadecuación do proxecto ou das especificacións da prestación por causas obxectivas que determinen a súa falta de idoneidade, consistentes en circunstancias de tipo xeolóxico, hídrico, arqueolóxico, medioambiental ou similares, postas de manifesto con posterioridade á adxudicación do contrato e que non fosen previsibles con anterioridade aplicando toda a dilixencia requirida de acordo cunha boa práctica profesional na elaboración do proxecto ou na redacción das especificacións técnicas.

---

24 MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J., "La tramitación de los futuros modificados de contratos del sector público con la nueva Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible". *Contratación Administrativa práctica,* nº 110, xullo 2011, pp. 32-39.

25 A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón sostivo, de acordo coa normativa da LCSP, a improcedencia dunha modificación do 500% do prezo. Informe 3/2009, de 15 de abril.

26 GIMENO FELIÚ, J.M., "El régimen de modificación de los contratos públicos, regulación actual y perspectivas de cambio". *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 149, xaneiro – marzo 2011, pp. 29-54.

27 Existe unha clara sintonía entre este artigo e determinadas disposicións do "Codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture in attuazione delle Directive 2004/17 e 2004/18", aprobado por Decreto Lexislativo de 12 de abril de 2006. En especial o artigo 132, referente ás variantes no curso de execución de obras.

Ambas as dúas circunstancias están baseadas en erros no proxecto, e como expresaron diferentes autores, pártese da circunstancia da imprevisibilidade, levándoos a formularse o interrogante de se todo erro pode xustificar a aprobación dun modificado. Para a doutrina, só se o erro non é imputable á actuación dun poder adxudicador dilixente, será admisible o modificado; sendo un mero imprevisto se non existe esa nota de imprevisibilidade.

De acordo co principio de proporcionalidade, unha boa forma de identificar a magnitude do erro e os efectos que este tivese podido causar, sería examinar o efecto que o devandito erro puido causar na preparación dos ofertas por parte dos licitadores. Mesmo, algún autor, como Vázquez Matilla[28], formula a reflexión sobre a referencia á dilixencia propia dun bo pai de familia establecida no artigo 1104 do Código Civil.

Sobre esta circunstancia, o Consello de Estado no seu ditame 215/2009, afirmou que malia que ambas as dúas circunstancias fan mención a deficiencias no proxecto ou especificacións técnicas, no suposto a) abonda con que existan erros ou omisións, e no suposto b) é necesaria a nota de imprevisibilidade. Polo seu interese e claridade, reprodúcese o extracto do devandito informe: *Estas dúas causas fan referencia a situacións nas que a modificación se xustifica polas deficiencias do proxecto ou especificacións técnicas, se ben, no primeiro caso, abonda a existencia de erros ou omisións, en tanto que, no segundo, a inadecuación de tales documentos ten que ser imprevisible aplicando a dilixencia esixida en atención a unha boa práctica profesional. Noutras palabras, aínda que non se diga expresamente, parece que se pretende dar un tratamento diferente en función de se o contratista foi ou non o autor do proxecto ou interveu na redacción das especificacións técnicas: en caso negativo, calquera erro ou omisión, que non lle sería en ningún caso imputable, xustifica a modificación contractual non prevista nos documentos de licitación; en cambio, en caso afirmativo, para que o erro ou omisión faga posible a devandita modificación, é preciso que non fose previsible coa dilixencia dun bo profesional. Tales diferenzas no tratamento teñen fundamento abondo; non en van, o Consello de Estado tomou reiteradamente en consideración o feito de que a elaboración do proxecto orixinario non correse a cargo da sociedade contratista, á que resulta allea calquera posible deficiencia ou imprevisión, pois tal requisito debe ser apreciado de modo diferente segundo o contratista sexa ou non autor do proxecto e por conseguinte teña ou non a obriga contractual de redactar un proxecto viable e prever e dar solución a posibles incidencias posteriores de acordo á lex artis aplicable (ver, por exemplo, ditame do expediente número 403/2006, de 4 de maio). Agora ben, co obxectivo de disipar calquera dúbida, conviría revisar a redacción dos dous parágrafos transcritos, deixando claro que o primeiro resulta aplicable no caso de que o contratista non sexa autor do proxecto e o segundo ao suposto contrario.*

Non obstante, o texto da Lei de Economía Sostible non recolleu as distincións que aconsellaba o ditame do Consello de Estado, polo que interpretar o devandito precepto á vista do ditame, quizais, non sexa conveniente e por outra parte, excesivamente ríxido[29].

28 VÁZQUEZ MATILLA, F. J., "Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos en el proyecto de ley de economía sostenible". *Revista Aragonesa de administración pública*, nº 37, decembro 2010, pp. 317-351.

29 CALVO RUATA, P., "La zozobra de la modificación de contratos públicos. ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud? *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011*. nº 3, 2012. pp. 369-441.

Outros autores, criticaron tamén que se incluíse o apartado a) como unha causa obxectiva imprevisible, xa que os erros e omisións na redacción do proxecto, deberían ter sido corrixidos mediante a dilixencia debida e a profesionalidade do que redacte o proxecto[30].

c) *Forza maior ou caso fortuito que fixesen imposible a realización da prestación nos termos inicialmente definidos.*

A delimitación dos conceptos de forza maior e caso fortuito teñen transcendencia práctica porque en moitas ocasións chegan a confundirse. Pero pódense delimitar se acudimos á xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (valla por todas a Sentenza de 12 de xullo de 1984, no asunto C-209/1983 Valsabbia/Comisión) e á do Tribunal Supremo (igualmente, valendo por todas, a Sentenza de 31 de maio de 1999 no Recurso 2132/1995). Así, a forza maior podería definirse como unha circunstancia allea ao interesado, anómala e imprevisible e cuxas consecuencias non tivesen podido ser evitadas malia a dilixencia empregada. O caso fortuito consiste, porén, nun feito de produción descoñecida conectado ao funcionamento mesmo da organización.

Pero vexamos como se configura o concepto e os supostos nos que concorre a forza maior e o caso fortuito.

Para autores como Gris González[31], o concepto de forza maior ao que se refire este apartado é o que establece o artigo 231 do TR, pero incluíndo a posibilidade de que xurdan outros diferentes dos aí taxados.

Porén, a xuízo da doutrina maioritaria e da Circular 1/2011 da Avogacía Xeral do Estado, o concepto de forza maior que ha de terse en conta aos efectos do apartado c) do artigo 107.1 é o que resulta da aplicación do artigo 1105 do Código Civil e isto porque o artigo 231 do TR tan só se refire ao contrato de obras e á fase de execución de obras no contrato de concesión de obra pública.

De calquera forma, o que non podería suceder é que a concorrencia de calquera destas dúas circunstancias imposibilite a realización do contrato na súa totalidade, xa que de ser así, procedería a resolución do mesmo. O que deben provocar calquera das dúas figuras é a imposibilidade dalgún dos termos do contrato, sempre e cando, como en calquera dos supostos do apartado un do artigo 107 do TR, non se sobrepase o disposto nos apartados dous e tres do mesmo precepto.

d) *Conveniencia de incorporar á prestación avances técnicos que a melloren notoriamente, sempre que a súa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producira con posterioridade á adxudicación do contrato.*

Este é un suposto de conveniencia, máis que de necesidade, que vai operar, sobre todo, naqueles sectores cuxo obxecto estea asociado a sectores proclives a evolucións técnicas e que requiran un prazo de execución moi dilatado no tempo.

30 COLÁS TENAS, J., "La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público". Publicado en *www.elderecho.com* en data 1 de xuño.

31 GRIS GONZÁLEZ, J. C., *op. cit.*

Na anterior lexislación existía a chamada cláusula de progreso[32], o que coa nova lexislación en materia de modificación de contratos, non viña a ser máis que unha modificación encuberta.

O que si resultaría oportuno, ao ser máis unha cláusula de conveniencia que de necesidade, sería que as devanditas modificacións se establecesen á hora da redacción do prego conforme ao disposto no artigo 106 do TRLCSP.

e) *Necesidade de axustar a prestación a especificacións técnicas, medioambientais, urbanísticas, de seguridade ou de accesibilidade aprobadas con posterioridade á adxudicación do contrato.*

Este suposto esixe que haxa unha modificación do contrato a raíz da adaptación do mesmo á nova normativa vixente nos diversos sectores que poidan afectar ao contrato, que en definitiva, fan que o proxecto sexa inviable segundo se viña a realizando. Así, só é pertinente a súa aplicación, en principio, aos contratos de obras e de concesión de obras públicas cando as novas especificacións técnicas proveñan do campo da enxeñería ou da arquitectura.

Porén, debe facerse unha interpretación ampla, que permita a súa aplicación ao resto de contratos (por exemplo, acudindo ao Códice italiano antes citado, o seu artigo 132.1 a) establece que: "*a varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, exclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi: a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni lexislative e regolamentari…*").

Esixe o apartado 2 do artigo que, ademais, de que se produza algunha das circunstancias expostas no apartado 1, xustificada suficientemente, non se alteren as condicións esenciais da licitación e adxudicación e deberá limitarse a introducir as variacións estritamente indispensables para responder da causa obxectiva que a faga necesaria.

A expresión que emprega o lexislador "condicións esenciais da licitación" é un concepto xurídico indeterminado cuxa determinación é difícil de realizar, polo que no seu apartado 3, do mesmo precepto, se introduciu unha presunción *iuris tantum,* de forma que será ao órgano de contratación ao que lle tocará acreditar se procede ou non algún dos supostos; sendo necesario ter presente que cando se produza unha alteración substancial, deberase acudir a un novo procedemento de contratación.

Os supostos taxados polo lexislador non son *numerus clausus,* xa que non son os únicos que poden xerar unha variación esencial do contrato, podendo existir outros diferentes que requiriría un xuízo particular en cada caso.

Vexamos, un a un, os supostos establecidos polo lexislador español, sobre a base da xurisprudencia comunitaria, diferenciando dous tipos de alteración substancial: cualitativa e cuantitativa.

Son alteracións cualitativas no artigo 107.3 do TRLCSP:

32 QUINTANA LÓPEZ, A., "Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas". *Revista española de Derecho Administrativo*. nº 131, Civitas, 2006, pp. 421-444.

a) *Cando a modificación varíe substancialmente a función e características esenciais da prestación inicialmente contratada (apartado a) artigo 107.3).*

Este suposto xa aparecía contemplado na LCSP, no seu artigo 221.1, pero só para o contrato de obras.

É clarificadora neste punto a postura que adoptou o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, que apreciou que a alteración é substancial cando amplíe o obxecto do mesmo, en gran medida, a prestacións inicialmente non previstas (véxase a Sentenza do TXUE de 19 de xuño de 2008 no asunto C-454/2006 Pressetext/Nachrichtenagentur, confirmada por outra de 29 de abril de 2010 no asunto C-160/2008 Comisión/Alemania).

Iso non obstante, parece que este criterio non foi compartido polo noso Tribunal Supremo, xa que en Sentenza de 27 de febreiro de 2008, admite a legalidade da ampliación do obxecto de servizos de limpeza viaria e recollida de residuos sólidos urbanos.

b) *Cando a modificación altere a relación entre a prestación contratada e o prezo, tal e como esa relación quedou definida polas condicións da adxudicación (artigo107.3 apartado b)).*

Leva consigo esta limitación a prohibición de que os parámetros que se empregaron para definir o prezo sexan variados, pero non só, senón tamén que non estea permitido o cambio na modalidade no pagamento, ao infrinxir así os principios de transparencia e de igualdade de trato entre os licitadores. Situación que quedou patente e concluiu a Sentenza do TJUE de 29 de abril de 2004, no asunto xa mencionado C-496/1999 Comisión/CAS Succhi di Frutta. Á vista da devandita sentenza, para que xogue este impedimento, a ecuación prestación/prezo haberá de quedar fondamente alterada en esencia coa introdución da devandita modificación.

Juan Villar[33] sinala que esta limitación non debe ser interpretada no sentido de prohibir incrementos no prezo, senón que han de tomarse como referencia os prezos que serviron de base para a celebración do contrato e as súas baixas, non podendo aumentar con ocasión da modificación o beneficio do contratista.

c) *Cando para a realización da prestación modificada fose necesaria unha habilitación profesional diferente da esixida para o contrato inicial ou unhas condicións de solvencia substancialmente distintas (apartado c) artigo 107.3).*

Este suposto, segundo a doutrina maioritaria, ten un carácter subsidiario xa que para que o mesmo se produza, habería de darse unha modificación previa do contrato, que xeralmente vai provocar que sexa de aplicación o suposto do apartado a) deste punto 3º, posto que os requisitos de aptitude do contrato cambiaron.

En canto ao termo solvencia, resulta moi atinado e razoable o sinalado pola Avogacía Xeral do Estado na Circular 1/2011 de 7 de abril, xa citada, o cal reproduzo pola súa claridade: "*Parece indubidable que, aínda que este precepto aluda á solvencia, debe entenderse que a ela se equipara a clasificación. Partindo desta premisa, cabe distinguir tres supostos que, seguindo unha graduación de maior a menor intensidade son os*

33 www.contratodeobras.com, tema 18.

seguintes: 1) Que por consecuencia da modificación se esixa o requisito da clasificación, sendo así que esta non era requirida para o contrato inicial […]. 2) Que como consecuencia da modificación se esixa clasificación nun grupo ou subgrupo distinto do requirido inicialmente. 3) Que manténdose o grupo ou subgrupo de clasificación requiridos, por consecuencia da modificación do contrato se esixa a clasificación nunha categoría distinta. Posto que o artigo 92 º, apartado 3 c) da LCSP —actualmente artigo 107 TRLCSP— *alude a condicións de solvencia substancialmente distintas, cabe razoablemente entender que os supostos consignados nos apartados 1) e 2) a esixencia de clasificación nun grupo e subgrupo distinto do inicialmente requirido teñen a suficiente importancia ou entidade como para concluir que se aprecia unha alteración substancial. Maiores dificultades suscita o suposto consignado no apartado 3), non obstante iso, e como criterio orientador, pode entenderse que a esixencia, por consecuencia da modificación do contrato, dunha categoría inmediatamente superior á inicialmente requirida non constitúe modificación substancial, en tanto que a esixencia, por consecuencia da modificación dunha categoría superior que non sexa a inmediata á inicialmente esixida entraña xa unha modificación contractual".*

d) *En calquera outros casos en que poida presumirse que, de ter sido coñecida previamente a modificación, tivesen concorrido ao procedemento de adxudicación outros interesados, ou que os licitadores que tomaron parte no mesmo terían presentado ofertas substancialmente diferentes ás formuladas (apartado e) artigo 107.3).*

Esta limitación configúrase como unha cláusula de peche ás alteracións cualitativas, que poden distorsionar igualmente a competencia. A súa función vén a condensar o fundamental da xurisprudencia comunitaria que recolle tamén a carta de emprazamento e ditame motivado da Comisión Europea ao Reino de España[34].

E como alteración cuantitativa, a que dispón o apartado d) do artigo 107.3: *Cando as modificacións do contrato igualen ou excedan, en máis ou en menos, o dez por cento do prezo de adxudicación do contrato; no caso de modificacións sucesivas, o conxunto delas non poderá superar este límite.*

Se ben o precepto considera que unha modificación no prezo só é substancial cando iguale ou exceda, en máis ou en menos o 10 por cento do prezo de adxudicación do contrato, en opinión de Gallego Córcoles[35], existen dúbidas de se esta norma é respectuosa coa xurisprudencia europea (véxase por exemplo a Sentenza do TXUE de 13 de xaneiro de 2005, no asunto C-84/2003, Comisión/España), que considera que determinados preceptos do entón vixente TRLCAP non se axustaban ao dereito comunitario, xa que o feito de que a alteración non chegue á porcentaxe citada, non implica que esta non sexa substancial.

34 CALVO RUATA, P., *op. cit.* Expresa que haberá de contemplarse de maneira distinta nos contratos administrativos e nos privados. Nos primeiros, en virtude da facultade da administración de interpretalos e modificalos por razóns de interese público, parece que poderá decidir se concorre ou non esa posible presenza doutros licitadores ou a eventualidade de ofertas substancialmente diferentes; e quen impugne a modificación acordada, haberá de probar suficientemente que terían acudido outros licitadores ou ofertado cousas distintas, situándose ao efecto nas circunstancias do momento de presentación. Nos contratos privados, o poder adxudicador non ostentará estas facultades de decisión unilateral, aínda que na práctica a situación quizais quede resolta de modo parecido que para os contratos administrativos.

35 GALLEGO CÓRCOLES, I., "¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público? *Revista Contratación Administrativa Práctica*, nº 110, Ed. La Ley, 2011, pp. 56-66.

No mesmo sentido insistiu a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, na súa recomendación de 1 de marzo de 2012, ao expresar que si existen modificacións, por debaixo do dez por cento, que si son substanciais, e polo tanto, non poderán ser rexeitadas de forma automática.

4 Procedemento

Se a LCSP só contemplaba un procedemento de modificación para os contratos de obra no suposto que se pretendese incluir unidades de obra non comprendidas no proxecto ou cuxas características difiran substancialmente delas, tras a reforma efectuada pola Lei de Economía Sostible, o artigo 108 do TRLCSP recolle un procedemento de modificación de carácter xeral.

O devandito procedemento posúe un carácter específico por razón da materia, polo que se rexerá polo disposto na normativa de contratación pública, e subsidiariamente, tal e como especifica a Disposición Final terceira no seu apartado 1 do TRLCSP, polos preceptos da Lei 30/1992, de 26 de novembro, reguladora do réxime xurídico e do procedemento administrativo común.

Así, e á vista da dualidade de réximes modificatorios, cabe distinguir un procedemento para as modificacións convencionais e outro para as legais, que a continuación paso a expoñer.

4.1 Modificacións previstas na documentación que rexe a licitación (ou convencionais)

Nun primeiro momento, á vista do disposto no apartado 1 do artigo 108 do TRLCSP, para as modificacións convencionais abondará con que a documentación que rexe a licitación contemple o procedemento a seguir, tendo o órgano de contratación total liberdade para definir o devandito procedemento. Pero se se observa atentamente ao articulado do resto do TR, os artigos 108 e 106 deben entenderse e poñerse en conexión con outros da lei.

Tamén, de forma introdutoria, é oportuno traer a conto as consideracións da xa mencionada Circular 1/2011 da Avogacía Xeral do Estado: "*ante a regra do artigo 92 ter da LCSP* —art. 106 do TR— *e tendo en conta o disposto no artigo 92 quinquies* —art. 108 do TR— *do propio texto legal, han de distinguirse tres supostos: 1) Modificación dun contrato administrativo, no que ha de entenderse que o procedemento que debe seguirse é o establecido no art. 195 da LCSP* —art. 211 do TR—. *2) Modificación dun contrato dunha entidade do sector público estatal que non teña a condición de Administración Pública. Neste suposto non se establece ningunha regra que fixe o procedemento que debe seguirse e así as cousas, dado que non resulta aplicable o procedemento do art. 195, hai que entender que o procedemento será o que se determine na documentación que rexa a licitación polo ente, organismo ou entidade contratante, que poderá aplicar o procedemento que, no seu caso, establecera nas normas de contratación a que se refiren os artigos 175 e 176 da LCSP* — arts. 191 e 192 TR—, *se ben deberá darse trámite de audiencia en todo caso ao contratista, sendo recomendable o informe da Asesoría xurídica. 3) Modificación de contrato privado da Administración do Estado. Este suposto non aparece recollido na LCSP. Así as cousas, e dado que, dunha parte, o procedemento do art. 195 se refire aos contratos administrativos, e doutra parte o suposto que agora se considera pode conceptuarse como equivalente ao*

sinalado no anterior apartado, cabe razoablemente entender que o procedemento que debe seguirse é o establecido no devandito apartado."

Polo tanto, o apartado 3 do artigo 108 e o primeiro do artigo 219, obrigan a que as modificacións convencionais, e tamén as legais, como logo se verá, respecten o procedemento do artigo 211, que contén as seguintes previsións, referidas tan só aos contratos administrativos:

– Debe darse audiencia ao contratista.

– Na Administración Xeral do Estado, Organismos Autónomos, Entidades Xestoras e Servizos comúns da Seguridade Social, os acordos adoptaranse previo informe xurídico.

  Cabe destacar neste punto que nada se establece con respecto ás Comunidades Autónomas e Entidades locais, xa que o precepto non é básico segundo a Disposición Final segunda apartado 3º do TRLCSP, polo que no caso das Comunidades Autónomas haberá que estar ao que establezan as correspondentes normas autonómicas e non das Entidades Locais, segundo o disposto no artigo 114.3 do Texto Refundido das Disposicións legais vixentes en materia de réxime local, o informe corresponderá á Intervención e Secretaría municipais.

– Será preceptivo o informe do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente das Comunidades Autónomas cando a contía da modificación sexa superior ao dez por cento do prezo primitivo, sempre que este sexa igual ou superior a seis millóns de euros.

Aos trámites xa mencionados, aplicables de forma xeral a calquera contrato administrativo, cabe engadir as especialidades dos distintos tipos de contrato. Peculiaridades que no caso do contrato de obras veñen reguladas no artigo 234 e no contrato de concesión de obra pública no artigo 243 no referido á modificación do proxecto e no artigo 250 á modificación da obra pública.

Tamén resulta interesante na orde procedemental, aludir ao apartado dous do artigo 219, que dispón que as modificacións haberán de formalizarse conforme ao artigo 156, isto é, en documento administrativo.

Con respecto a este extremo, hai os que afirman que se refire tan só aos contratos administrativos e non aos privados; outros mesmo sinalan que nin sequera sería necesaria a formalización en documento administrativo, xa que non estamos ante elementos creados *ex novo*, porque son modificacións previstas na documentación que rexe a licitación, e son coñecidas polas partes no momento da celebración do contrato; polo que só sería aplicable ás modificacións legais.

Non obstante, Gris González argumenta que malia que o artigo 219 estea situado no Libro IV, dedicado aos contratos administrativos, o espírito da norma fai que as devanditas disposicións se poidan trasladar aos contratos privados, e a maior abundamento, o principio de seguridade xurídica recoñecido no artigo 9.3 da Constitución Española, garantiría que o devandito precepto fose aplicable a todos os modificados de contratos do sector público, sexan convencionais ou legais.

4.2 Modificacións non previstas na documentación que rexe a licitación (modificacións legais)

O artigo 108 do TRLCSP, no seu apartado 2, aplicable tanto aos contratos administrativos como privados, establece que antes de proceder á modificación do contrato de acordo co disposto no artigo 107, deberá darse audiencia ao redactor do proxecto ou das especificacións técnicas, se estes se tivesen preparado por un terceiro alleo ao órgano de contratación en virtude dun contrato de servizos, para que, nun prazo non inferior a tres días, formule as consideracións que teña por conveniente.

Ademais de atender este precepto, o órgano de contratación hase de someter tamén ao disposto no apartado primeiro no referente ao procedemento a seguir do artigo 211, as especificacións para o contrato de obra (artigo 234) e concesións de obra pública (artigos 243 e 250), así como ao relativo á formalización do contrato (artigo 219.2).

Hai autores que se preguntaron se existe a necesidade, ou non, de dar audiencia ao redactor do proxecto cando aínda sendo un terceiro alleo ao órgano de contratación, depende laboral, funcionarial ou societariamente do ente do sector público contratante.

Na miña opinión o precepto é claro e non ofrece dúbidas: o terceiro debe ser alleo en virtude dun contrato de servizos, polo que se existe dependencia, en ningún caso existirá o devandito contrato de servizos e polo tanto, carecerá de sentido.

É de salientar, por outra parte, que non se establecera na lei ningún prazo de tramitación do expediente, polo que, de non existir outro específico en lei sectorial, será o xeral de tres meses establecido na Lei 30/1992, de 26 de novembro, reguladora do réxime xurídico e do procedemento administrativo común. En canto aos efectos do silencio, o mesmo será negativo en virtude do disposto no apartado 2ª da Disposición Final 3ª do TRLCSP.

5 Efectos

5.1 Finalización da vía administrativa, executividade e obrigatoriedade

Unha vez acordado polo órgano de contratación, no exercicio da potestade que lle outorga o artigo 210 do TRLCSP, a modificación xerará o fin da vía administrativa, o que terá efectos co fin de que se poidan interpoñer os recursos administrativos oportunos e se poida proceder á revisión de oficio.

Ademais de abrir a vía do recurso, o acto será inmediatamente executivo e despregará todos os efectos salientados no acto modificatorio desde a data en que se dite; agás que no mesmo se dispoña outra cousa; sendo, por outra parte, de cumprimento obrigatorio para o contratista, o que significa que non poderá negarse a cumprir coa alteración do mesmo, sen prexuízo, claro está, de que lle quede expedita a vía para impugnalo, empregando os recursos que estime oportunos.

5.2 Restablecemento do orixinario equilibrio económico

O artigo 87.1 do TRLCSP, referido ao prezo do contrato, reza que a retribución ao contratista consistirá nun prezo certo, e relacionado co mesmo, o artigo 216, que establece o aboamento ao contratista da prestación realizada nos termos da lei e do contrato, de acordo co prezo convido.

Pero ambas as dúas precisións poden verse alteradas, isto é, o equilibrio da ecuación presupostaria, como consecuencia do exercicio do *ius variandi* pola Administración, co que o contratista será compensado por esta quebra económica do contrato.

O TRLCSP é meridiano ao establecer, respecto á concesión de obra pública, no seu artigo 258.2 a), que a Administración deberá restablecer o equilibrio económico do contrato cando ela mesma modifique por razóns de interese público, e sempre de acordo coas previsións do Libro I do Título IV, as condicións de explotación da obra. No que respecta á xestión de servizos públicos, di o artigo 282.2 que se debe restablecer o orixinario equilibrio económico dos presupostos económicos que fosen básicos na adxudicación do contrato, advertindo, iso si, no apartado terceiro do mesmo artigo, que non haberá dereito ao resarcimento cando os acordos carezan de transcendencia económica.

Segundo Blanquer Criado[36], tan só existen estes dous supostos indemnizatorios nos casos de concesión de obra pública e xestión de servizos, non xerando ningún tipo de restablecemento nos contratos de obra, servizo ou subministro. Pero observando con detención os preceptos referidos aos outros tipos contractuais, o contratista si terá dereito a ser máis, máis que indemnizado, compensado. Vexamos as diferentes situacións:

- Nos contratos de obra, se as unidades de obra están previstas no contrato (artigo 234) e se produce un aumento das mesmas, o adxudicatario terá dereito a ser aboado no prezo fixado no contrato para esas unidades de obra. Porén, se existe redución das mesmas, non terá dereito a reclamar ningún tipo de indemnización.

- O mesmo sucede nos contratos de subministro, prevendo o artigo 296, que cando existan aumentos de unidades de bens, o adxudicatario terá dereito a ser compensado co pagamento do prezo previsto no contrato, e se existen reducións ou supresións, non terá tal dereito.

- O caso dos contratos de servizos é particular, xa que unicamente se estableceu indemnización, en iguais termos que para os de obra e subministro, no suposto de contratos de servizo de mantemento. Así, en principio, parecería que non se podería extrapolar o establecido no artigo 306, a ningún outro servizo.

Porén, seguindo a Fernández Astudillo[37], nada na lei prohíbe que o adxudicatario solicite ser compensado cando o poder adxudicador aumente os equipos ou unidades previstos inicialmente no contrato.

36 BLANQUER CRIADO, D. V., *op. cit.*

37 FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M., *"Contratación pública. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público"*, volume 2. Ed. Bosch. Barcelona, 2008.

Ata aquí, expostos os casos de contratos administrativos do sector público, pero vexamos que é o que sucede cos privados. Teremos que distinguir que existen diferenzas entre as modificacións legais e convencionais. Se estamos ante unha modificación prevista na documentación que rexe a licitación, haberá que estar ao que estableza a mesma, e no seu defecto, seguindo o artigo 20.2, ao que dispoña o dereito privado. Porén, se estamos ante modificacións legais, ao non haber previsión no prego nin en ningún tipo de documento, acudirase directamente ao dereito privado.

Acudindo aos artigos 1256, 1258 e 1289 do Código Civil, e pola súa clarificadora exposición, á Sentenza do Tribunal Supremo de 17 de febreiro de 2010, recurso 2253/2005, recoñécese o dereito á compensación sempre e cando se rompa a correlación económica do contrato.

5.3 Resolución

A reforma en materia contractual operada pola Lei de Economía Sostible establece unha nova causa de resolución no apartado g) do artigo 223, sinalando que a imposibilidade de executar a prestación nos termos inicialmente pactados ou a posibilidade certa de produción dunha lesión grave ao interese público de continuarse executando a prestación neses termos, cando non sexa posible modificar o contrato conforme ao disposto no Título V do Libro I, producirá a resolución do mesmo.

A devandita causa de resolución, ao incardinarse; ao igual que sucede co restablecemento do equilibrio económico; no Libro I, referido aos contratos administrativos, só será de aplicación a estes, polo que polo que respecte aos contratos privados, haberá que estar ao establecido no artigo 105.

Ademais, anoado con esta causa de resolución establecida no artigo 223 g), o artigo 225, apartado quinto, recoñece o dereito ao contratista de recibir unha indemnización do tres por certo do importe da prestación deixada de realizar, agás que a causa de resolución lle sexa imputable.

O devandito suposto indemnizatorio só é aplicable aos contratos administrativos, aínda que tal e como expón a Circular da Avogacía Xeral do Estado 1/2011, de 7 de abril, non existe ningún impedimento legal para que a resolución dos contratos privados pola causa prevista no artigo 105 do Texto Refundido, leve consigo a indemnización ao contratista. Pola súa especial claridade, reprodúcese o texto da mesma: "*En efecto, se no ámbito da contratación rexida polo Dereito privado é excepcional a resolución do vínculo contractual por vontade dunha soa das partes dado o disposto nos artigos 1091 e 1258 do Código Civil (e demais preceptos concordantes deste texto legal), resulta indubidable que a resolución do contrato por consecuencia da modificación no suposto a que se refire o artigo 92 bis 1, parágrafo segundo da LCSP, debe levar aparellada a pertinente indemnización ao contratista, pois é este quen de forma singular ou particular sofre o prexuízo económico que comporta a regra legal da resolución do contrato que sanciona a devandita norma. É máis, se tratándose dun contrato administrativo, a resolución deste por causa da súa modificación dá lugar a indemnización (artigo 208.5* —artigo 225.5 do TR— *en relación co artigo 206 g)* —artigo 223 g) do TR— *da LCSP), non se aprecia ningunha razón obxectiva que xustifique que no contrato administrativo se admita a indemnización e que, en cambio, non se admita no contrato privado como é o que concerta unha entidade pública empresarial, unha sociedade*

mercantil do Estado ou unha fundación do sector público estatal; así as cousas, non existe, polo demais, ningún impedimento xurídico para que unha entidade pública empresarial, unha sociedade mercantil do Estado ou unha fundación do sector público estatal poidan aplicar nos seus pregos de condicións a porcentaxe que establece o artigo 208.5 da LCSP como límite da indemnización".

Outra novidade introducida pola Lei de Economía Sostible na aplicación de causas de resolución, é a supresión do suposto no que a Administración podía instar a resolución do contrato nos casos de modificación que excedan do vinte por cento, e iso responde á prohibición de introducir modificacións que igualen ou excedan do dez por cento da adxudicación do contrato (artigo 107.1, apartado d)).

Tamén se suprime da redacción dada ao artigo 243, para a resolución do contrato de concesión de obra pública, a posibilidade de que o concesionario solicite a resolución cando as modificacións impostas incrementen ou diminúan a obra nunha porcentaxe superior ao vinte por cento do importe dos mesmos. Agora será o plan económico-financeiro da concesión, o que recolla, mediante os oportunos axustes, os efectos derivados do aumento ou diminución de custos.

6 Réxime transitorio

Ao réxime de dereito transitorio da reforma da LCSP efectuada pola Lei de Economía Sostible, en materia de modificación de contratos, dedícase no actual Texto Refundido da LCSP, a Disposición Transitoria primeira, no seu apartado segundo, indicando a mesma que os contratos administrativos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor da Lei de Economía Sostible, é dicir, os que o fosen con anterioridade a 7 de marzo de 2011[38], rexeranse, en canto aos seus efectos, cumprimento e extinción, incluida a duración, pola normativa anterior.

Aínda que o precepto nada establece sobre as modificacións dos contratos, ha de entenderse que estas quedan incluidas no ámbito de aplicación da Disposición aludida, posto que a mesma está incluida no Título V do Libro I do TRLCSP.

Na xa mencionada noutros apartados deste traballo, Circular 1/2011 da Avogacía Xeral do Estado, establécese que o criterio a seguir por ser o máis axustado ao dereito comunitario, é entender que ás modificacións, sexan de contratos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor da Lei de Economía Sostible, ou adxudicados con posterioridade, se lle aplique o novo réxime, posto que este era o que xa esixía a xurisprudencia do TXUE. Con rotundidade advírtese por parte do Avogado Xeral do Estado, que o criterio correcto a seguir é o mencionado; se ben a doutrina maioritaria, a cal comparto, está de acordo en admitir que o teor literal da lei é moi claro e o réxime de modificados establecido pola Lei de Economía Sostible será única e exclusivamente aplicable aos contratos adxudicados a partir da súa entrada en vigor, sendo desbotado, polo tanto, o parecer da Circular.

En canto aos contratos privados, malia que a Disposición Transitoria só alude aos contratos administrativos, hai que entender que tamén lle é aplicable o devandito réxime transitorio

38 A Lei de Economía Sostible foi publicada no B.O.E. Nº 55, de 5 de marzo de 2011, entrando en vigor non ao día seguinte (xa que era domingo), senón o 7 de marzo.

a aqueles, e isto porque o ámbito de aplicación do Texto Refundido abrangue ambos os dous tipos de contratos, e non tería ningún sentido que existisen dous réximes diferentes en canto á transitoriedade da lei. A este respecto, é aclaratoria a Recomendación 1/2011, de 29 de marzo, da Comisión Consultiva de Contratación da Xunta de Andalucía, entendendo a mesma que os expedientes iniciados antes da entrada en vigor da Lei de Economía Sostible, serán aqueles cuxos pregos fosen publicados con anterioridade a esa data, e nos negociados sen publicidade, haberá que estar á data de aprobación dos pregos. Ademais, a mesma engade que nos expedientes nos que aínda non se tivese aberta a fase de licitación, deberían adaptar as súas previsións ao disposto na LCSP reformada, coa incorporación do réxime establecido pola Lei de Economía Sostible.

7 A modificación de contratos nas propostas de novas directivas

No ámbito da Estratexia Europea 2020[39], a Comisión Europea, na súa comunicación "Acta do mercado único: 12 prioridades para estimular o crecemento e reforzar a confianza", senalou a necesidade de modernizar o ámbito normativo da contratación pública, da cal xurdiu a adopción de tres propostas de Directivas, publicadas no D.O.U.E. de 5 de abril de 2012:

– Proposta da Directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, enerxía, os transportes e os servizos postais.

– Proposta da Directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á contratación pública.

– Proposta da Directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á adxudicación de contratos de concesión.

Pois ben, case dous anos despois, o 15 de xaneiro de 2014, o Parlamento Europeo aprobou as tres Directivas comunitarias co obxectivo de fixar estándares comúns na contratación a nivel europeo. Non obstante, os Estados Membros disporán de dous anos para traspoñer as disposicións das novas normas ás súas respectivas lexislacións nacionais.

Como novidade, regúlanse as incidencias na execución do contrato, que obrigan a proceder á modificación do mesmo, establecendo as circunstancias nas que se permitirá acudir ao procedemento modificatorio, non sendo necesario, polo tanto, acudir a unha nova licitación. A tal fin, deterémonos no estudo da devandita proposta, xa que as formulacións da mesma, se repiten practicamente en idénticos termos nas outras dúas propostas de directiva.

A Exposición de motivos da Directiva de Contratación pública sinala que: "*… a modificación dos contratos durante o seu período de vixencia converteuse nunha cuestión cada vez máis pertinente e problemática para os profesionais. E por iso, inclúese unha disposición específica sobre a modificación dos contratos que incorpora as solucións* básicas desenvolvi*das pola*

39 A presente iniciativa de reforma da contratación pública enmárcase na Estratexia Europa 2020 para un crecemento intelixente, sostible e integrador, así como as iniciativas emblemáticas de Europa 2020 "Unha axenda dixital para Europa", "Unión pola innovación", "Unha política industrial integrada para a era da globalización", "Enerxía 2020" e "Unha Europa que utilice eficazmente os recursos". Aplica tamén a Acta do Mercado único, e en particular a súa duodécima medida clave: "Revisión e modernización do mercado normativo dos contratos públicos". Sobre a transposición das anteriores Directivas nos Estados membros resulta de grande interese o libro coordinado por M. Sánchez Morón, *"El Derecho de los contratos públicos en la Unión europea y sus Estados miembros"*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.

xurisprudencia e ofrece unha solución pragmática para tratar as circunstancias imprevistas que esixen a adaptación dun contrato público durante o seu período de vixencia…".

O deseño normativo contido na mesma é coherente coa doutrina seguida ao longo dos anos polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea, ao establecer no seu artigo 72 que se prohibirá calquera tipo de modificación contractual que supoña alteración do contido substancial, e esta non o será cando:

– O seu valor non supere os límites fixados no seu artigo 4 e sexa inferior ao cinco por cento do prezo do contrato inicial.

– Foran previstas na documentación da contratación, en opcións ou cláusulas de revisión, de forma clara, precisa e inequívoca.

Pero tamén establece en que casos si se considerarán substanciais as devanditas modificacións, coa finalidade de achegar seguridade xurídica, que levarán consigo a convocatoria dunha nova licitación:

– Cando introduza condicións que terían permitido a selección doutros candidatos ou correspondese a adxudicación a outro licitador.

– Cando se altere o equilibrio económico.

– Cando amplíe de forma considerable o ámbito obxectivo do contrato.

– Cando implique a substitución do socio contratista, aínda que con matices, isto é, agás os casos de sucesión total ou parcial por reestruturación empresarial en tanto se respecten os principios da licitación.

– Cando teña por obxecto emendar deficiencias que poidan solucionarse mediante a aplicación das obrigas contractuais, ou cando a modificación teña por obxecto compensar riscos de aumento de prezos que foran cubertos polo contratista.

Este deseño, resulta similar ao que, como xa se anticipou, viña sendo obxecto da doutrina do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, e ao introducido pola Lei de Economía Sostible modificando a Lei de Contratos do Sector Público; pero a Directiva vai máis alá e establece que en certos casos, será posible proceder a unha modificación contractual substancial non empregando unha nova licitación, sempre e cando se cumpran unhas determinadas condicións:

– Que a necesidade da mesma se derive de circunstancias que non se puideron prever por un poder adxudicador dilixente;

– Que non se altere a natureza global do contrato;

– E que o aumento do prezo non sexa superior ao cincuenta por cento do prezo inicial.

Ábrese con esta previsión un cúmulo de dúbidas interpretativas, o que pode ser contrario ao principio de seguridade xurídica que esixirá un forte labor interpretativo.

Os considerandos 34, 35 e 37 da Proposta de Directiva publicada o 12 de abril de 2012, ofrecen uns bos elementos explicativos que poden ser tidos en conta á hora de interpretar as

regras establecidas pola mesma[40]. O Considerando 34 precisa de forma bastante clarificadora o concepto de circunstancias imprevistas, completándoo co Considerando 35 que explica como haberá que determinar a imprevisibilidade, que se fará en atención aos recursos de que se dispoñían, a natureza e características do proxecto, as boas prácticas e a necesidade de asegurar unha proporción axeitada entre os recursos destinados á preparación da adxudicación e o seu valor previsto.

En canto ao límite cuantitativo, resulta salientable a opinión de López Mora[41], sobre a particularización do devandito límite en función de cada contrato particularmente concibido, ou en proporción á magnitude e duración do mesmo.

Por último, interesa destacar que a Directiva de contratación pública, como elemento de control, inclúe a obrigatoriedade de publicación das modificacións, para proceder á comprobación do axeitado cumprimento e tramitación do que figure no prego[42]. Unha vez estea trasposta a Directiva, de non facelo antes, obrigará ao lexislador español a reformular a redacción do artigo 40 do TRLCSP, xa que o mesmo establece que os actos dos órganos de contratación ditados en relación coas modificacións contractuais non previstas no prego que, de conformidade co disposto nos artigos 105 a 107, sexa preciso realizar unha vez adxudicados os contratos tanto se acordan como se non a resolución e a celebración de nova licitación; non serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Non obstante, existen leis autonómicas, como a Lei 3/2011, de medidas en materia de contratos do sector público de Aragón, que xa introduciron disposicións posibilitando a interposición de recurso especial contra a modificación contractual, unha vez publicada a mesma no Boletín oficial correspondente e/ou perfil no que se publicou a adxudicación.

Esta previsión seguida pola lei aragonesa, foi tamén a que estableceu a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón no seu informe 12/2012, de 23 de maio; pero non é, porén, a seguida polo Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade de Madrid, que estableceu, en diferentes ocasións, que para os actos de execución do contrato (entre os que se atopa a modificación) só caberá acudir ao réxime de recursos da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de réxime xurídico das Administracións Públicas e procedemento administrativo común.

De todas formas, opinións a favor, opinións en contra, a devandita discusión quedará superada tras a nova regulación que propuxo a Directiva, incluíndo entre o obxecto do recurso especial en materia de contratación, os acordos de modificación nos contratos públicos.

8 Conclusións finais

A nova regulación do réxime modificatorio dos contratos públicos, contida no Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público, que introduciu a Lei de Economía Sostible,

40 Vid. LAZO VITORIA, X., *"La propuesta de Directiva de Concesións: rasgos fundamentales"*, publicado en www.obcp.es, de 23 de marzo de 2013.

41 LÓPEZ MORA, E., *"La futura regulación de la modificación de contratos de concesión durante su vigencia*", publicado en www.obcp.es, de 28 de xaneiro de 2013.

42 Neste sentido, xa o prevé, entre outras leis autonómicas, o artigo 10.3 da Lei 4/2006, de 30 de xuño, de transparencia e de boas prácticas na Administración Pública Galega.

procurou adaptarse ás esixencias do Dereito Comunitario, mesmo, como se viu, anticipándose ao disposto polas Directivas Comunitarias, aprobadas polo Parlamento Europeo o 15 de xaneiro de 2014.

O que non se pode obviar, é que a oportunidade do exercicio do *ius variandi* necesita dunha axeitada motivación sobre os requisitos e supostos que permiten acudir á mesma, e que de non existir, impide a alteración do contrato. En todo caso, ademais, responderán ás esixencias que se derivan do interese público.

De acordo con todo o exposto no presente traballo, pódense establecer unha serie de conclusións a modo de resumo:

1) A Lei de Economía Sostible introduciu un réxime de modificación acorde coas esixencias comunitarias, prevendo que o contrato se levará a cabo na forma inicialmente pactada, sendo admisibles variacións cando así se previra na documentación que rexe a licitación (previsión nos pregos ou anuncio de licitación) ou nos casos establecidos legalmente; existindo así unha dualidade de réximes en materia de modificación contractual.

2) A nova regulación aplícase a todos os contratos do sector público, administrativos ou privados, calquera que sexa o poder adxudicador. O feito de incluir no ámbito de aplicación da lei os contratos privados, supón unha desnaturalización dos mesmos, "administrativándoo".

3) A modificación non poderá realizarse co obxecto de engadir prestacións complementarias, aumentar o obxecto do contrato co fin de que cumpra propósitos novos non contemplados na documentación inicial, ou incorporar unha prestación susceptible de uso ou explotación independente.

4) As modificacións convencionais requiren que se incluísen ben nos pregos de cláusulas administrativas particulares, ben no anuncio de licitación e non poderán afectar a ningunha condición esencial da licitación e han de facelo de forma clara, precisa e inequívoca; non establecendo o novo réxime ningún tipo de límite máximo ás modificacións que poidan prever os pregos.

5) As modificacións legais só se poderán producir por algunha das causas expostas no artigo 107, sen que se poidan alterar as condicións esenciais do contrato, e debendo limitarse a introducir as variacións necesarias para responder á causa obxectiva que faga necesaria a novación. Supostos que foron máis alá do disposto pola doutrina comunitaria, se ben, se adaptan en boa medida ás Propostas de Directivas comunitarias.

6) O procedemento a seguir no caso de modificados derivados do artigo 106 (convencionais) será o que se fixase no prego respectando os preceptos do TRLCSP, e no caso das modificacións legais (artigo 107) será o recollido no propio Texto Refundido.

7) A modificación porá fin á vía administrativa, sendo inmediatamente executiva e obrigará ao contratista. Este terá dereito a indemnización sempre que se produza unha alteración do equilibrio económico do contrato nos termos expostos.

8) Cando deveña imposible a execución da prestación nos termos inicialmente pactados ou se produza unha lesión grave no interese público e non sexa posible a modifica-

ción do contrato conforme ao disposto no Título V do Libro I do TRLCSP, procederá a resolución.

9) A normativa aplicable ao modificado debe ser ao vixente cando se celebrou o contrato, sen que nada obste á interpretación da mesma conforme ao Dereito Comunitario.

En definitiva, e malia as opinións en contra, a reforma efectuada por España supón un notable avance en materia de modificación contractual, adaptándose ao disposto pola xurisprudencia comunitaria, e mesmo foi máis alá; o que por outra parte, pode xerar dúbidas e inseguridade xurídica xa que, houbo, quizais, exceso de celo na apreciación dos presupostos para modificar un contrato.

Pero o importante e verdadeiramente urxente é que os servidores públicos apliquen de forma correcta a lexislación nas modificacións dos contratos públicos, aténdose, en palabras de Gimeno Feliú, *"a un código ético estrito que evite conflitos de intereses, e que a xestión pública se rexa, como non pode ser doutro xeito, pola transparencia, integridade e a eficiencia, colaborando a dignificar a súa contratación, sobre todo de cara á opinión pública, freando a corrupción instalada na contratación administrativa"*.

9 Bibliografía

BERNAL BLAY, M.A., *"El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales".* Civitas/Thomson Reuters. Madrid, 2011.

BLANQUER CRIADO, D. V., *"Los Contratos del Sector Público".* Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

CALVO RUATA, P., "La zozobra de la modificación de contratos públicos. ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud? *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011.* nº 3, 2012.

COLÁS TENAS, J., "La reforma de la legislación de contratos públicos en la Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos públicos". *El derecho, Boletín de Derecho Local,* xuño 2011.

DE LOS MOZOS Y TOUYA, I.M., "La nueva regulación de la modificación de los contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible: de la apariencia a la incertidumbre". Col. en *El nuevo Derecho Administrativo: Liber amicorum Enrique Rivero Ysern,* Coordinadores: Miguel Domínguez Berrueta de Jual e Ángel Sánchez Blanco, Salamanca, 2011.

DÍAZ LEMA, J.M., "Contratos públicos versus contratos administrativos ¿Es conveniente mantener la duplicidad de la LCSP?". *Revista Española de Derecho Administrativo,* nº 141 (xaneiro-marzo 2009).

DÍEZ CALZADA, J.R., "Comentarios al nuevo régimen de modificación de contratos del sector público". *Revista de Contratación Administrativa Práctica,* nº 112, setembro 2011.

ESCRIHUELA MORAIS, F. J., *"Guía práctica de la Contratación del Sector Público".* Ed. La Ley. Madrid 2012.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M., *"Contratación pública. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, volumen 2".* Editorial Bosch, Barcelona, 2008.

GALLEGO CÓRCOLES, I., "¿Qué es la modificación de las condiciones esenciales de un contrato público? *Revista de Contratación Administrativa Práctica,* nº 110, xullo 2011.

GIMENO FELIÚ, J.M., *"Las reformas legales de la Ley 30/2007 de contratos del Sector público, alcalde y aspectos prácticos".* Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011.

— "El régimen de modificación de los contratos públicos, regulación actual y perspectivas de cambio". *Revista Española de Derecho Administrativo,* nº 149, xaneiro-marzo 2011.

— "La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable". *Relatorio nas Jornadas sobre contratación pública del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Abril 2013.*

GRIS GONZÁLEZ, J.C., "La modificación de los contratos del sector público". *Revista Jurídica de Castilla y León,* nº 28, setembro 2012.

LAZO VITORIA, X., "La propuesta de Directiva de Concesiones: rasgos fundamentales", publicado en *www.obcp.es*, de 23 de marzo de 2013.

LÓPEZ MORA, E., "La futura regulación de la modificación de contratos de concesión durante su vigencia, publicado en *www.obcp.es*, de 28 de xaneiro de 2013.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J., "La tramitación de los futuros modificados de contratos del sector público con la nueva Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*". Contratación Administrativa práctica,* nº 110, xullo.

MELLADO RUIZ, L., "El nuevo y necesario régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de ley de economía sostenible". *Contratación Administrativa Práctica,* nº 108. Maio 2011.

MUÑOZ MACHADO, S., *"Tratado de Derecho Administrativo y Derecho* Público *General",* Título IV. Ed. Iustel, Madrid, 2011.

PUERTA SEGUIDO, F., "El régimen de la modificación de los contratos del Sector Público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público", en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011,* Civitas, Cizur Menor, 2012.

QUINTANA LÓPEZ, A., "Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas". *Revista española de Derecho Administrativo,* nº 131, Civitas, Madrid, 2006.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J., "Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos en el proyecto de ley de economía sostenible". *Revista aragonesa de administración pública.* nº 37, decembro 2010.

— "Transformación sustancial del régimen de modificación del contrato por la Ley de Economía Sostenible". *Contratación Administrativa Práctica,* nº 114, decembro 2011.

Criterios de distinción entre dereito privado e dereito público

Criterios de distinción entre derecho privado y derecho público

Criteria for distinguishing between private Law and public Law

DR. JOSÉ ANTONIO LOZANO DÍEZ

Director da Facultade de Dereito da Universidade Panamericana (México)
É licenciado en Dereito pola Universidade Panamericana, tén un Programa de Perfeccionamento D1 polo IPADE e é doutor en Dereito pola Universidade de Navarra
É profesor no Doutoramento en Dereito Tributario e no Doutoramento en Liberdades Informativas da Universidade de Salamanca e a Universidade Panamericana e profesor convidado da Universidade Northwestern (Chicago)
jlozano@up.edu.mx

Recibido: 21/10/2014 | Aceptado: 22/04/2015

Resumo: *En México existe un fenómeno que se estende de forma análoga a diversas xurisdicións do mundo: a crecente complexidade da realidade política, social e económica conclúe na insuficiencia das ferramentas con que funcionou a orde xurídica pública. Nesta liña, os paradigmas clásicos están a pasar por unha fonda revisión como se demostra en diversas materias entre as que destacan os dereitos humanos, a xurisdición constitucional e o dereito dos consumidores. O anterior significou a erosión dos lindeiros entre o dereito público e o dereito privado. No presente artigo proponse un novo paradigma de enfoque á división entre público e privado.*

Palabras clave: *dereito público, dereito privado, principio de legalidade, principio de autonomía da vontade, interese público, categorías de distinción.*

Resumen: *En México existe un fenómeno que se extiende de forma análoga a diversas jurisdicciones del mundo: la creciente complejidad de la realidad política, social y económica concluye en la insuficiencia de las herramientas con que ha funcionado el orden jurídico público. En esta línea, los paradigmas clásicos están pasando por una profunda revisión como se demuestra en diversas materias entre las que destacan los derechos humanos, la jurisdicción constitucional y el derecho de los consumidores. Lo anterior ha significado la erosión de los linderos entre el derecho público y el derecho privado. En el presente artículo se propone un nuevo paradigma de enfoque a la división entre público y privado.*

Palabras clave: *derecho público, derecho privado, principio de legalidad, principio de autonomía de la voluntad, interés público, categorías de distinción.*

Abstract: *In Mexico there is a phenomenon that extends in a way analogous to different jurisdictions of the world: The increasing complexity of the political, social and economic reality concludes in the insufficiency of the tool kits with which the public legal order worked. In this line, the classic paradigms are happening by a deep revision as it is proved in different matters among which they send the human rights, the constitutional jurisdiction and the law of*

the consumers. The previous one meant the erosion of the boundaries between the public law and the private law. In the present article suggests itself a new paradigm of approach to the division between public and.

Key words: *Public Law, Private Law, Principle of Autonomy, Rule of Law, Public Interest, Distinction Categories.*

Índice: *i) Antecedentes. ii) Insuficiencia dos criterios de distinción entre o dereito privado e o público comunmente aceptados. iii) Proposta de nova categoría de distinción entre o dereito privado e o dereito público. iv) Conclusións. v) Bibliografía.*

i) Antecedentes

En México, e de forma análoga en gran parte do mundo, o signo dos últimos tempos está marcado polo aumento da complexidade política, social e económica. Fenómenos como a construción do denominado *bloque de constitucionalidade*, o recoñecemento de distintas fontes culturais do dereito, a globalización e o uso das redes impactaron de forma profunda en paradigmas clásicos sobre os que se construíu o sistema xurídico moderno[1].

Particularmente a concepción do dereito, dividido en público e privado baixo os principios de *autonomía da vontade* e de *legalidade,* foi superada polas novas circunstancias. A complexidade crecente xera escenarios para os que non foron deseñados.

Para o dereito moderno de tradición continental a distinción entre público e privado é parte central do funcionamento do sistema xurídico, xa que cada un deles posúe unha *praxe* distinta[2].

O dereito privado, suxeito ao principio da autonomía da vontade (os suxeitos de dereito poden realizar calquera acto con efectos xurídicos sempre e cando non violen unha norma de interese público), basea o seu fundamento na liberdade. Recoñece de forma ordinaria a calquera suxeito con personalidade plena e, por tanto, con posibilidade de ser centro de emisión de actos xurídicos.

O dereito público, suxeito ao principio de legalidade (a autoridade ou goberno só pode realizar aqueles actos que están previstos de maneira expresa nas normas), basea o seu fundamento na regulación (vontade). Só recoñece como suxeito de dereito a aqueles que a norma determina como tales.

O comportamento do dereito privado é dúctil, o que fai que a súa práctica se realice atendendo ás circunstancias reais nas que se desenvolve. A propia realidade a través do costume e as necesidades do devir histórico é o que marca o seu rumbo[3].

1 Cfr. DROMI, Roberto, *El Derecho Público en la Hipermodernidade*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2005.

2 A *praxe* do público responde ao *logos* do principio de legalidade no que a interpretación e aplicación da lei é o eixe que a vertebra. A súa actuación práctica baséase no mantemento e interpretación do sistema xurídico. A *praxe* do privado susténtase no principio de autonomía da vontade no que os particulares se converten en construtores do dereito. A súa actuación práctica baséase na creatividade.

3 "O concurso de vontades que caracteriza ao contrato, enténdese como o acordo de libres vontades dos contratantes. A noción de liberdade individual exprésase habitualmente dicindo que todo o que non está prohibido, está permitido. Isto é o que no dominio do Dereito se chama principio da autonomía da vontade". BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, décimo primeira edición, México, 1989, p. 122.

Exemplo claro do anterior é a evolución do dereito mercantil que historicamente evolucionou como efecto do cambio no medio e forma de realización dos negocios e as prácticas comerciais.

O comportamento do dereito público é ríxido, o que fai que a súa práctica se realice atendendo á orde xurídica establecida, en moitas ocasións sen importar as circunstancias cambiantes do medio en que se desenvolve. O dereito público é produto da vontade política e por iso está máis ben vinculado a ela e non necesariamente ao cambio no medio[4].

Mostra do anterior foi a construción lexislativa que en materia regulatoria se realizou nalgúns países nos que o resultado é produto do consenso e non responde necesariamente a un modelo determinado.

Segundo Gabino Fraga: "(…) A case totalidade das relacións xurídicas en que intervén a Administración con motivo da súa organización e do seu funcionamento están rexidas polas normas do dereito administrativo, é dicir, por normas de dereito público.

Pero na actividade do Estado hai casos nos que o poder público pode buscar a colaboración voluntaria dos particulares, celebrando con eles contratos e realizando actos que forman parte das institucións de dereito privado. En tales casos, porén, non pode desprenderse dunha maneira completa do seu carácter de poder público, e por iso, a lexislación aplicable está constituida por normas de dereito privado que sofren unha adaptación ás condicións especiais marcadas pola intervención do poder público (…)"[5].

A cada vez maior complexidade en que se desenvolven as relacións sociais e xurídicas implicou que a división entre dereito público e dereito privado sexa cada vez máis difícil de precisar.

En efecto, cada vez un maior número de negocios en principio considerados de orde pública empregan figuras propias do dereito privado, e cada vez máis negocios que en principio foron considerados pertencentes ao ámbito privado adquiren aspectos propios do público[6].

A problemática no ámbito da teoría e a práctica é distinguir cando —nunha relación complexa— nos atopamos fronte a dereito público ou dereito privado, cando aplicamos o principio de legalidade ou de autonomía da vontade para razoala. En moitas ocasións están entrelazados, polo que se dificulta a determinación do principio sobre o que debe formularse o sentido da solución dun caso concreto.

4 "Aínda que a palabra *legalidade* se orixinou no dereito romano, foi despois da Revolución francesa onde tivo un auxe importante e o seu principal desenvolvemento, pois a percepción das persoas sobre a persoa do rei cambiaría radicalmente por outra visión, na que se outorgaría un valor especial á comunidade, ao que Montesquieu denominaba a vontade xeral; é dicir, á lei. LÓPEZ OLVERA Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la Administración Pública*, Novum, México, 2014, p. 30. "O resultado (...) expresarase nunha idea sumamente simple: en lugar dos homes, adiante van mandar as Leis". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa,* Alianza Universidad, Madrid, 1994, p. 125.

5 FRAGA, Gabino, *Derecho* Administrativo, Porrúa, 40ª edición, México, 2000, p.94.

6 Exemplo da utilización de figuras de dereito privado no ámbito dos negocios públicos é a utilización da figura da arbitraxe tratándose de obra pública en México tal como o establece o artigo 98 da *Lei de Obras Públicas e Servizos relacionados coas mesmas*: "Poderase convir compromiso arbitral respecto daquelas controversias que xurdan entre as partes por interpretación das cláusulas dos contratos ou por cuestións derivadas da súa execución, en termos do disposto no Título Cuarto do Libro Quinto do Código de Comercio". Exemplo de como o dereito público penetra nas relacións comerciais, propias do dereito privado é o artigo 9 da Lei Federal de Competencia Económica cuxa fracción primeira establece que "(...) Corresponde exclusivamente ao Executivo Federal determinar mediante decreto os bens e servizos que poderán suxeitarse a prezos máximos, sempre e cando non haxa condicións de competencia efectiva no mercado relevante de que se trate. A Comisión determinará mediante declaratoria se non hai condicións de competencia efectiva (...)".

Nos últimos anos, a evolución cara o *neoconstitucionalismo*, a ampliación conceptual sobre os dereitos fundamentais e os seus mecanismos de defensa e os procesos de globalización e xurisdición universal acentúan a dificultade para distinguir a aplicación dos principios[7].

Materias que hai pouco tempo estaban claramente constrinxidas ao ámbito privado hoxe foron absorbidas polo público[8].

Neste sentido existen dúbidas razoables sobre o principio aplicable —normalmente á espera de definicións xurisdicionais— pero sen un criterio consistente de distinción.

ii) Insuficiencia dos criterios de distinción entre o dereito privado e o público comunmente aceptados.

Ante a relevancia de distinguir a natureza do dereito privado e o dereito público, isto é, afondar sobre a súa natureza, buscáronse diversos criterios, sendo o máis estendido o da natureza formal das relacións: o dereito privado fundado en relacións de *coordinación* e o dereito público nas relacións de *supra a subordinación*.

Este criterio foi comunmente aceptado desde o punto de vista teórico e ensinado nas escolas e facultades de dereito de tradición romano-xermánica, baseado na idea dunha realidade estatal e constitucional de límites claros e perfectamente preestablecidos. Responde a un estado constitucional cunha división tripartita de poderes onde as actividades do goberno se encontran ben determinadas e separadas das que corresponden aos particulares.

Porén, este criterio de natureza formal de carácter simple vólvese insuficiente en sistemas de maior complexidade nos que a división de poderes se pulveriza entre unha pluralidade de órganos constitucionais autónomos ou de natureza *sui generis*[9].

Algúns exemplos que demostran o anterior atópanse no ámbito do dereito social. En México, como ocorre en gran número de países, os dereitos dos traballadores gozan dunha especial protección do sistema xurídico, tal protección ten como consecuencia que moitas das normas no ámbito laboral teñan un comportamento máis próximo ao principio de legalidade (propio do dereito público) que ao de autonomía da vontade (propio do dereito privado).

---

7 "A novidade na materia atópase na actual tendencia constitucional dos países latinoamericanos para concederlle ás normas do Dereito Internacional, do Dereito Comunitario e dos pactos, a xerarquía constitucional e, por conseguinte, a supremacía sobre o resto do ordenamento xurídico. Neste sentido, as Constitucións e as normas internacionais aprobadas e ratificadas por cada un dos países forman un "Bloque de Constitucionalidade" que rexe en todo o exercicio do poder, as relacións sociais, económicas e políticas. Neste campo, destácase de modo especial o recoñecemento constitucional automático das normas e dos órganos de integración latinoamericana: tratados sobre a creación da Organización dos Estados Americanos (OEA), da Corte Interamericana de Xustiza da Comunidade Andina, do MERCOSUR, o Tratado Amazónico, o Grupo de Río e daqueles órganos respectivos como o Parlamento Andino, o Parlamento Latinoamericano e a Corte Andina de Xustiza". ROZO ACUÑA, Eduardo "Tendencias del Derecho Público en América Latina", *IV Seminario Internacional Tendencias Actuales del Derecho Público y del Derecho Privado,* Centro de Investigaciones para el Desarrollo CIPADE, Unibaxacá, Colombia, 2000, p. 137.

8 Cfr. VON BOGDANDY, Armin, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2011.

9 "As cousas complícanse moito máis agora, xa que, coa globalización, numerosas axencias e organizacións públicas transestatalizáronse de diversas formas. Peor aínda, as dificultades taxonómicas sobre os ámbitos difusos do "público non estatal". Sexan aquí os casos das organizacións solidarias mundializadas no campo dos dereitos humanos, a ecoloxía, a batalla contra as grandes fames, ou instancias multilaterais de fonte non estatal". VARELA BARRIOS, Edgar, *Desafíos de interés público. Identidades y diferencias entre lo público y lo privado.* Programa Editorial Universidad del Valle, Colombia, 2008, p. 22.

Neste sentido, a división formal entre os ámbitos público e privado non explica como unha relación entre particulares (relacións de coordinación) responde a un principio de dereito público (relacións de supra a subordinación).

Igualmente, a concepción que dá orixe ás denominadas *asociacións público-privadas* nas que existe unha superposición entre Estado e particulares, que se ben se realiza de forma coordinada xera un ámbito de confusión de principios, xa que nun mesmo negocio se actualiza o ámbito do principio de legalidade (nun posible proceso de licitación) co principio de autonomía da vontade (ao ser ambas as dúas partes socias do mesmo negocio)[10].

iii) Proposta de nova categoría de distinción entre o dereito privado e o dereito público.

O cambio paradigmático do dereito na modernidade estivo vinculado ao cambio sufrido na organización social e política, especificamente ao que se denominou *xurdimento do Estado moderno*. O Antigo Réxime, construído sobre unha estada descentralizada, tendeu á centralización monolítica.

A organización que predominou na historia occidental, vixente ata o baixo medievo era, como o denominaron algúns autores, *policéntrica*. O dereito xurdía de diversos ámbitos de relación nos que unha pluralidade de actores o xeraba.

O xurdimento do Estado moderno supuxo que un actor, o rei, independentemente da data e lugar específico en que este fenómeno se consolidou, expropiou a gran maioría dos procesos políticos e sociais, antes disgregados en diversos actores, para se converter el no principal e posiblemente único. Consecuencia desta expropiación foi a súa propia conversión a centro xurídico.

A finalidade orixinal do rei neste fenómeno era de orde política (unha maior concentración de poder), pero necesitou do xurídico como instrumento de lexitimación e operación do mesmo. Neste sentido, a política xuridizouse e a orde xurídica politizouse a grao tal de que, en termos de Norberto Bobbio, se converteron en dúas caras da mesma moeda[11].

Anos despois, pasada a Revolución francesa, a identificación entre política e dereito consolidouse a través da denominada *revolución constitucional,* vixente de forma plena na actualidade.

10 En termos do artigo 2 da lei vixente en México, denominada "De Asociacións Público-Privadas": os proxectos de asociación público-privada regulados por esta Lei son aqueles que se realicen con calquera esquema para establecer unha relación contractual de longo prazo, entre instancias do sector público e do sector privado, para a prestación de servizos ao sector público ou ao usuario final e nos que se empregue infraestrutura provista total ou parcialmente polo sector privado con obxectivos que aumenten o benestar social e os niveis de investimento no País. Nos termos previstos nesta Lei, os proxectos de asociación público-privada deberán estar plenamente xustificados, especificar o beneficio social que se busca obter e demostrar a súa vantaxe financeira fronte a outras formas de financiamento".

11 "Unha forma de goberno —dixera Rosseau— que poña á Lei por riba do home". E noutro lugar: "Un pobo libre obedece, pero non serve; ten xefes pero non donos; obedece as Leis, pero nada máis que as Leis, e é pola forza das Leis polo que non obedece aos homes". ROSSEAU, Jean Jacques, *Lettres écrites da Montagne*, lettre VIII (páx. 842 na edición de "A Pléiade") e engade máis adiante: "Un pobo é libre, sexa cal sexa a súa forma de goberno, cando en quen goberna non ve ao home, senón ao órgano da Lei", citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua... op cit*. pp. 125 e 126.

Así pois é que podemos afirmar de forma aproximativa que a análise do xurídico require en maior profundidade da asistencia de ferramentas cognitivas políticas, xa que sen elas podería ser insuficiente.

Agora ben, se é verdade que o dereito no seu conxunto —desde a modernidade— se condicionou pola política, tamén é certo que algúns sectores do dereito o foron con maior intensidade que outros. Especificamente, o condicionamento político foi notablemente máis acentuado no campo do público que do privado. Neste sentido, o dereito público posúe un *logos* político.

De feito, na nova orde —a moderna— o novo dereito é o público.

Desde o noso punto de vista, a insuficiencia das categorías formais para distinguir dereito privado e dereito público débese á falta de recoñecemento dos motivos causais da división. Se o motivo causal da distinción moderna entre ambas as dúas ordes foi político, o criterio de distinción tamén debería partir de alí.

Dentro mesmo do dereito público os criterios formais son insuficientes para distinguir actos propios desta rama. Segundo Agustín Gordillo: "(…) Ningún destes criterios é de por si suficiente para distinguir as funcións do Estado, pois hai actos *materialmente lexislativos* que son *organicamente administrativos;* actos *materialmente administrativos* que son *organicamente lexislativos* (as investigacións, pedidos de informes, autorizacións, etc., que conceden ou realizan as Cámaras); actos *materialmente administrativos* que son *organicamente xudiciais* (as autorizacións e venias que teñen ao seu cargo os tribunais: o nomeamento e renovación dos empregados xudiciais; a superintendencia exercida pola Suprema Corte). Hai ademais actos materialmente xurisdicionais que son organicamente administrativos, p. ex. cando o Poder Executivo decide un recurso xerárquico, etc.

Así entón, en sentido *material*, o órgano administrativo realiza non só funcións administrativas senón tamén lexislativas e xurisdicionais; o órgano xurisdicional non só funcións xurisdicionais senón tamén administrativas; o órgano lexislativo non só funcións lexislativas senón tamén administrativas.

Este entrelazamento de funcións en sentido material que realizan os órganos estatais demostra que non pode atoparse un criterio orgánico ou material *positivo* e *puro* para conceptuar cada unha das funcións: cómpre buscar un *criterio mixto*, que combinando elementos dun e doutro tipo poida ofrecer unha noción útil, aínda que resulte menos elegante que as demais (…)"[12].

Pretender aproximarse á natureza do dereito público prescindindo de ferramentas de análise política está afectado de inconsistencia metodolóxica. Diso concluímos a conveniencia de acudir ás ferramentas da teoría política para acadar un maior nivel de achegamento[13].

12 GORDILLO, Agustín, "Las funciones del poder" en *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el derecho administrativo en América Latina,* Caracas, 2014, p. 129-130.

13 "O medo e inseguridade do individuo e a súa necesidade de certeza contribuíron a que construíse un dereito administrativo autoritario, dogmático, subordinante e sacralizado. Logo, a incapacidade actual da antiga teoría da división de poderes e dos postulados clásicos do sistema democrático paralizan ao dereito administrativo, convérteno nun produto ideal, baseado en valores que non son, illado da realidade que está chamado a canalizar, afastado, en fin do individuo. De aí que estes dous puntos cardinais da nosa estrutura xurídico- institucional deben ser repensados, non só na súa correspondencia coa realidade, senón tamén na súa eficacia, no respecto á institucionalización

Dentro das teorías explicativas dos sistemas políticos modernos unha que destacou de maneira importante é a de *centro e periferias*. Esta teoría consiste fundamentalmente na idea de que todo sistema posúe un centro que afecta a todo o sistema no seu conxunto e unhas periferias con identidade e certa marxe de independencia[14].

A lóxica da relación entre centro e periferias é de certo nivel de tensión. O centro quere atraer todo cara si e as periferias buscan o maior nivel de independencia. Ao final xérase unha verdadeira interdependencia.

En cada unha das periferias atópase inscrito o *logos* do centro como unha especie de común denominador, pero tamén cada unha das periferias posúe a súa propia identidade, a súa propia historia e os seus propios fins.

Un exemplo do anterior é o caso dunha república federal como é o caso da mexicana, na que existe un centro que é a capital do país (o Distrito Federal) onde se asentan os poderes federais e unhas entidades federativas nas que se divide o país[15].

As decisións tomadas no Distrito Federal afectan a toda a federación xerando unha historia e un destino común, porén cada unha ten tamén a súa historia particular. No centro existe unha única identidade, nas entidades federativas a identidade componse polo común denominador da do centro e a súa particularidade.

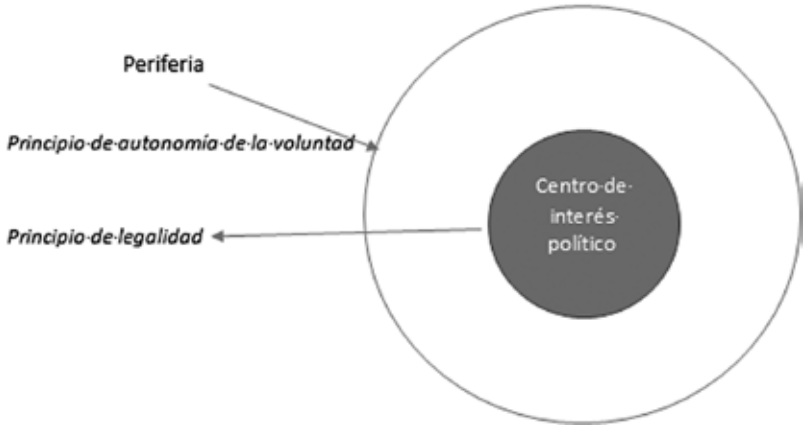
Trasladando esta teoría á orde xurídica, poderiamos dicir que o centro de interese político atrae para si os sectores do dereito que sirvan instrumentalmente á lóxica do poder. Na medida que os atrae para si politízaos, o que equivale a achegalo ao principio de legalidade. O seguinte esquema ilustra o comentado:

Efectivamente, a nova complexidade que ao paso das últimas décadas enfrontaron os gobernos, representada entre outros aspectos pola insuficiencia para enfrontar os desafíos da globalización, a carencia de recursos fiscais suficientes para gasto de investimento e a inviabilidade dos sistemas de pensións, supuxo un desenvolvemento máis sofisticado do sistema xurídico no que a distinción entre o público e o privado se volveu cada vez menos evidente. Porén, como se desenvolveu en liñas anteriores, a distinción segue a ser relevante na medida que responde a principios de comportamento distintos.

e organización do poder, senón a partir do individuo e a súa liberdade". BONINA, Nicolás e DIANA, Nicolás, *La deconstrucción del Derecho Administrativo,* Novum, México, 2012, p.220.

14 *Cfr.* PREBISCH, Raúl, *Capitalismo periférico. Crisis y transformación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

15 Segundo o artigo 44 da Constitución mexicana: "A Cidade de México é o Distrito Federal, sede dos Poderes da Unión e Capital dos Estados Unidos Mexicanos. Comporase do territorio que actualmente ten e, no caso de que os poderes federais se trasladen a outro lugar, erixirase no Estado do Val de México cos límites e extensión que lle asigne o Congreso Xeral".



Segundo o modelo de centro-periferias, na medida que unha rama do dereito ou un negocio se aproxima máis ao centro de interese político *publitízase* e por tanto responde con máis claridade ao principio de legalidade[16]. Por contraposición, na medida que unha rama do dereito se aproxima ao ámbito das periferias responde con máis forza ao principio de autonomía da vontade[17].

Se unha rama do dereito ou unha operación xurídica é suficientemente próxima ao centro responderá ao principio de legalidade, se o é á periferia responderá ao principio de autonomía da vontade. Porén, se a rama ou negocio se atopa nun punto medio, suficientemente afastado tanto do centro como das periferias, o principio vólvese ecléctico, confuso e require ser tratado con ferramentas más sofisticadas.

Este ámbito de confusión pode ser resolto mediante a idea de *gobernanza*[18].

Entendemos por *gobernanza,* tamén coñecida como *goberno relacional,* a interacción entre distintos niveis de goberno, sobre todo cando se producen grandes cesións competenciais cara arriba (por exemplo, a integración na Unión Europea) e cara abaixo (a descentralización territorial). Tamén, e moi especialmente, a forma de interacción das administracións públicas co mercado e as organizacións privadas ou da denominada sociedade civil (empresas, patronais, sindicatos e outras), que non obedecen a unha subordinación xerárquica, senón a unha integración en rede, no que se denominou *redes de interacción* público-privado-civil ao longo do eixe local/global[19].

16 "(...) Isto, sempre que a respectiva necesidade a satisfacer reúna determinadas características, é dicir, se presentan as razóns de interese público ou interese xeral, e esta cuestión antóllase de repente máis de carácter político que xurídico, polo que o seu establecemento está condicionado a determinadas circunstancias vixentes nun período determinado e que en calquera momento, puideran cambiar así, o que antes era unha actividade privada, hoxe non o é, e o que se considera hoxe como servizo público no futuro non o será (...)». BÉJAR RIVERA, Luis José, "Una aproximación a la teoría de los Servicios Públicos", en *El Servicio Público. Aproximaciones a su estructura teórica*, UBIJUS, Universidad Panamericana, México, 2013, p.132.

17 "(...) O cambio dun modelo intervencionista por outro de mercado explica, sen dúbida, a racionalidade das transformacións fundamentais da administración pública, da súa actividade e do ordenamento xurídico administrativo. Foi a marca dominante da condución política nacional e afianzouse desde a década dos oitenta, na que se iniciou e posteriormente arraigou con maior profundidade, redefinindo o quefacer do Estado na economía e, en consecuencia, as funcións da administración, a súa estrutura e, paralelamente, o ordenamento xurídico-administrativo (...)" ROLDÁN XOPA, José, *Derecho Administrativo*, Oxford University Press, México, 2008, p.6.

18 Cfr. PRATS CATALÁ, Joan, *A los príncipes republicanos: Gobernanza y desarrollo desde el republicanismo cívico,* Plural Editores, Barcelona, 2007.

19 *Cfr.* AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

iv) Conclusións

A cada vez maior complexidade á que se enfrontan as relacións xurídicas, causa de procesos complexos como a globalización, a emerxencia de medios de comunicación sofisticados, así como novos dereitos subxectivos, supera as ferramentas tradicionais de clasificación do dereito entre público e privado propias da modernidade.

A nova realidade, en moitos casos inédita, denominada por algúns sociólogos e filósofos como *posmodernidade,* reclama novas ferramentas na comprensión e exercicio do dereito, especificamente no entendido de que os principios aplicables difiren no que se refire ao tipo de relación xurídica que regulan.

As ferramentas para comprender a realidade social na que interveñen un número cada vez maior de factores requiren incluir maiores elementos: a unha realidade complexa esíxeselle un pensamento complexo.

No caso específico da distinción entre dereito público e dereito privado a clasificación de carácter estritamente formal é insuficiente para explicar a fronteira que existe entre estes dous ámbitos. Requírense ademais do formal, elementos de carácter material. Unha proposta é a inclusión de elementos provenientes da teoría política baixo a teoría de centro-periferia.

v) Bibliografía

i. AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

ii. BÉJAR RIVERA, Luis José, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El Servicio Público. Aproximaciones a su estructura teórica*, UBIJUS, Universidad Panamericana, México, 2013.

iii. BONINA, Nicolás e DIANA, Nicolás, *La deconstrucción del Derecho Administrativo,* Novum, México, 2012.

iv. BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones,* Porrúa, décimo primeira edición, México, 1989.

v. DROMI, Roberto, *El Derecho Público en la Hipermodernidad,* Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2005.

vi. FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Porrúa, 40ª edición, México, 2000.

vii. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa,* Alianza Universidad, Madrid, 1994.

viii. GORDILLO, Agustín, "Las funciones del poder" en *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el derecho administrativo en América Latina,* Caracas, 2014.

ix. LÓPEZ OLVERA Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la Administración Pública*, Novum, México, 2014.

x. PRATS CATALÁ, Joan, *A los príncipes republicanos: Gobernanza y desarrollo desde el republicanismo cívico,* Plural Editores, Barcelona, 2007.

xi. PREBISCH, Raúl, *Capitalismo periférico. Crisis y transformación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

xii. ROLDÁN XOPA, José, *Derecho Administrativo*, Oxford University Press, México, 2008.

xiii. ROUSSEAU, Jean Jacques, *Lettres écrites da Montagne,* lettre VIII.

xiv. ROZO ACUÑA, Eduardo "Tendencias del Derecho Público en América Latina", *IV Seminario Internacional Tendencias Actuales del Derecho Público y del Derecho Privado,* Centro de Investigaciones para el Desarrollo CIPADE, Unibaxacá, Colombia, 2000.

xv. VARELA BARRIOS, Edgar, *Desafíos de interés público. Identidades y diferencias entre lo público y lo privado.* Programa Editorial Universidad del Valle, Colombia, 2008.

xvi. VON BOGDANDY, Armin, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2011.

Lexislación

i. Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos

ii. Código Civil Federal

iii. Código de Comercio

iv. Lei Federal de Procedemento Administrativo

v. Lei Federal de Procedemento Contencioso-Administrativo

vi. Lei de Obras Públicas e Servizos relacionados coas mesmas

vii. Lei de Adquisicións, Arrendamentos e Servizos do Sector Público

viii. Lei Federal de Competencia Económica

ix. Lei Federal de Telecomunicacións e Radiodifusión

x. Lei Federal do Traballo

xi. Lei Agraria

A proba de dano e a transparencia administrativa. Elemento substancial da reserva da información en materia de seguridade pública

La prueba de daño y la transparencia administistrativa. Elemento sustancial de la reserva de la información en materia de seguridad pública

The test of damage and the administrative transparency. Substancial element of the reserve of the information on the subject of public safety

48 Regap

DR. GUILLERMO A. TENORIO CUETO

Secretario académico do posgrao en Dereito da Universidade Panamericana (México)
Catedrático de Dereito á Información
Teoría Política na Escola de Comunicación e na Facultade de Dereito da Universidade Panamericana
Autor de diversos libros e artigos especializados en materia de liberdades informativas
gtenorio@up.edu.mx

Recibido: 24/10/2014 | Aceptado: 22/04/2015

Resumo: *A transparencia administrativa así como o dereito de acceso á información pública atopan como limitante de difusión da información aquela cuxo contido pode infrinxir un dano á seguridade pública, á seguridade nacional ou, de ser o caso, aos dereitos de terceiros. Este posible dano non significa unha ferramenta de uso discrecional para a autoridade administrativa, pola contra, debe supor un exercicio regrado que obrigue a unha axeitada fundamentación e motivación do acto negatorio da información. O presente traballo procura propoñer as claves mediante as cales podería perfeccionarse o sistema de transparencia, a partir dunha axeitada conceptualización da chamada "proba de dano".*

Palabras clave: *transparencia, acceso á información, información pública, proba de dano.*

Resumen: *La transparencia administrativa así como el derecho de acceso a la información pública encuentran como limitante de difusión de la información aquella cuyo contenido puede vulnerar un daño a la seguridad pública, a la seguridad nacional o, en su caso, a derechos de terceros. Este posible daño no significa una herramienta de discrecionalidad para la autoridad administrativa, por el contrario, debe suponer un ejercicio reglado que obligue a una adecuada fundamentación y motivación del acto negatorio de la información. El presente trabajo busca proponer las claves mediante las cuales podría perfeccionarse el sistema de transparencia, a partir de una adecuada conceptualización de la llamada "prueba de daño".*

Palabras clave: *transparencia, acceso a la información, información pública, prueba de daño*

Abstract: *Administrative transparency and the right of access to public information are as limiting dissemination of information whose content may violate harm to public safety, national security or if a third party rights. This may damage not mean a tool of discretion to the administrative authority, to the contrary must be a regulated exercise that requires proper foundation and motivation of the act negatory information. This paper seeks to propose the key by which the system could be improved transparency, from adequate conceptualization of the "damage test".*

Key words: *transparency, access to information, public information, damage test, Accountability.*

Índice: *0. Introdución. 1. Seguridade nacional e seguridade pública. 2. Transparencia e procedementos de contratación pública en materia de seguridade. 2.1 Licitación pública. 2.2 Adxudicación directa 3. A proba de dano. 3.1 Marco conceptual sobre "dano" en materia de transparencia e acceso á información. 3.2 Dano presente. 3.3 Dano probable. 3.4 Dano específico. 4. Breve referencia ao modelo español. 5. Conclusións. 6. Bibliografía. 7. Outras fontes.*

0 A maneira de breve introdución

O presente traballo ten como finalidade percorrer os camiños da transparencia administrativa a partir da contratación pública e das excepcións a ese principio. Sabemos que a transparencia, dentro do marco das liberdades informativas, perfecciona o sistema democrático dotando de información ao cidadán dun axeitado exercicio no público.

Nese sentido propoño este tema asumindo de inicio que como sucede con outros dereitos e obrigas derivados dos estándares internacionais das liberdades informativas non debemos movernos por absolutos sindo que os devanditos dereitos admiten excepcións. Ese é o caso da seguridade pública e da seguridade nacional.

Estas excepcións non suponen a arbitrariedade ou a discrecionalidade da autoridade, senón que supoñen un exercicio axeitado da responsabilidade do Estado ao momento de contratar. Para efecto das negativas da información propoñemos un sistema fundamentado na chamada "proba de dano", onde o Estado poida materializar unha axeitada fundamentación e motivación respecto ás negativas da información.

O estudo focalízase no ordenamento xurídico mexicano pero é exportable a calquera realidade xurídica que incorporase un sistema de transparencia administrativa ou un dereito de acceso á información. A chamada "proba de dano" non é privativa do caso de México e pode axudar moito na construción dun sistema non discrecional de acceso á información pública.

De igual maneira o estudo trata de situarse no marco xurídico internacional de protección aos dereitos humanos para a xustificación da chamada "proba de dano" co cal, desde o noso particular punto de vista, fai máis asequible a radicación da mesma en sedes nacionais. Tomouse o caso do sistema interamericano de dereitos humanos que participa activamente en materia de liberdades informativas co sistema europeo.

1 Seguridade nacional e seguridade pública

É imperante sinalar que unha política de transparencia acompañada da necesaria creación do dereito de acceso á información pública non supón un exercicio absoluto, é dicir, que este tipo de políticas e de dereitos teñen algunhas limitacións as cales deben estar establecidas axeitadamente no marco constitucional así como na lexislación secundaria.

En materia de liberdades informativas falamos do test tripartito establecido polo estándar internacional de dereitos humanos onde se refire que estas limitacións deben estar claramente previstas pola lexislación e as mesmas deben ser claras e precisas para establecerse como un límite ao exercicio do dereito coidando preponderantemente as ambigüidades ou as inexactitudes.

Nese sentido o marco xurídico interamericano sobre o dereito á liberdade de expresión que publica a relatoría especial para a liberdade de expresión da Comisión Interamericana de dereitos humanos, establece que:

> "Segundo foi interpretado pola xurisprudencia interamericana, o artigo 13.2 da Convención Americana esixe o cumprimento das seguintes tres condicións básicas para que unha limitación ao dereito á liberdade de expresión sexa admisible: (1) a limitación debeu ser definida en forma precisa e clara a través dunha lei formal e material, (2) a limitación debe estar orientada ao logro de obxectivos imperiosos autorizados pola Convención Americana, e (3) a limitación debe ser necesaria nunha sociedade democrática para o logro dos fins imperiosos que se buscan; estritamente proporcionada á finalidade perseguida; e idónea para acadar o obxectivo imperioso que pretende lograr"[1].

Cobra especial sentido sinalar que estas limitacións á liberdade de expresión engloban a todo o sistema das liberdades informativas incluido o dereito de acceso á información e por conseguinte a política de transparencia. Como sabemos, para o sistema interamericano o dereito de acceso á información forma parte integral da liberdade de expresión a través dunha das súas facultades que é a liberdade de investigar, pois a partir da mesma o particular potencia un dereito fundamental fortemente arraigado á consagrada liberdade.

As devanditas limitacións constituirán un marco xurídico claro, preciso e sobre todo orientado ao logro de obxectivos imperiosos e con finalidades claramente establecidas. Nese sentido entender estas limitacións como unha carta aberta para o lexislador ou para a administración sería un absurdo. Elas constitúen para a política de transparencia un papel protagonista sempre e cando se establezan baixo os estándares axeitados.

Unha das máis típicas limitacións da política de transparencia e do dereito de acceso á información ten que ver coa seguridade nacional e a seguridade pública Nese sentido por exemplo a Lei de acceso á información pública gobernamental e de protección de datos persoais de México establece como información reservada o seguinte

> Artigo 13. Como información reservada poderá clasificarse aquela cuxa difusión poida:
>
> I. Comprometer a seguridade nacional, a seguridade pública ou a defensa nacional;

Como podemos observar aínda e cando o concepto se atopa referido na lei sería complexo que xa na práctica puideramos deixar ao arbitrio de calquera funcionario público a posibilidade de interpretar os conceptos de seguridade nacional e de seguridade pública pois ao mellor desde a súa perspectiva moita da información que el manexa puidera concibirse como información reservada por motivos de seguridade nacional ou seguridade pública.

1 Marco Xurídico Interamericano sobre o dereito á liberdade de expresión, Relatoría especial para a liberdade de expresión, Comisión Interamericana de Dereitos Humanos, OEA, 2010, p. 24.

Sabemos que o concepto de seguridade nacional e o de seguridade pública supoñen aspectos distintos, por tal motivo abordaremos nas liñas seguintes unha aproximación ao concepto de seguridade nacional e posteriormente distinguirémolo do de seguridade pública. Para cada un deles abordaremos como a política de transparencia impacta nos devanditos conceptos e como o dereito de acceso á información pode atopar resquicios para a súa acción.

Refire Ernesto Villanueva que a seguridade nacional é un destes conceptos dos que adoitan denominarse "conceptos xurídicos indeterminados", é dicir, que teñen diversas significacións[2] e que por iso pode prestarse a confusións. Malia iso e en consecuencia do referido en liñas anteriores sobre a claridade e a precisión da lei en canto ás limitacións sobre as liberdades informativas, cómpre referir que o Estado debe darse á tarefa de xerar definicións que nos permitan establecer que debemos entender por seguridade nacional e como a mesma se pode ver ameazada pola revelación de determinada información.

No caso mexicano xa viamos que a lei de acceso á información nos refire que a información se pode clasificar como reservada cando comprometa a seguridade nacional. Nese sentido non define o concepto e moito menos pretende facelo. O certo é que o Estado Mexicano xera a través da Lei de Seguridade Nacional unha serie de ameazas que se ben é certo non inciden directamente na construción dun concepto si permiten aproximarnos a entender que tipo de actos poden constituir unha ameaza ao devandito concepto.

Nese sentido a referida Lei de seguridade nacional refire no seu artigo 5 as ameazas á mesma, entendendo por elas:

I. Actos tendentes a consumar espionaxe, sabotaxe, terrorismo, rebelión, traición á patria, xenocidio, en contra dos Estados Unidos Mexicanos dentro do territorio nacional;

II. Actos de interferencia estranxeira nos asuntos nacionais que poidan implicar unha afectación ao Estado Mexicano;

III. Actos que impidan ás autoridades actuar contra a delincuencia organizada;

IV. Actos tendentes a quebrantar a unidade das partes integrantes da Federación, sinaladas no artigo 43 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos;

V. Actos tendentes a obstaculizar ou bloquear operacións militares ou navais contra a delincuencia organizada;

VI. Actos en contra da seguridade da aviación;

VII. Actos que atenten en contra do persoal diplomático;

VIII. Todo acto tendente a consumar o tráfico ilegal de materiais nucleares, de armas químicas, biolóxicas e convencionais de destrución masiva;

IX. Actos ilícitos en contra da navegación marítima;

X. Todo acto de financiamento de accións e organizacións terroristas;

2 VILLANUEVA, "*Dereito de acceso...*" *op. cit.* p. LXXI.

XI. Actos tendentes a obstaculizar ou bloquear actividades de intelixencia ou contraintelixencia, e

XII. Actos tendentes a destruír ou inhabilitar a infraestrutura de carácter estratéxico ou indispensable para a provisión de bens ou servizos públicos.

De igual maneira, a referida Lei de seguridade nacional no seu artigo 51 permítenos aproximarnos a ela a partir do dereito de acceso á información e refire que, ademais das ameazas xa descritas con anterioridade, se considerará información reservada a seguinte:

I. Aquela cuxa aplicación implique a revelación de normas, procedementos, métodos, fontes, especificacións técnicas, tecnoloxía ou equipos útiles, á xeración de intelixencia para a seguridade nacional, sen importar a natureza ou a orixe dos documentos que a consignen, ou;

II. Aquela cuxa revelación poida ser empregada para actualizar ou potenciar unha ameaza.

Como referiamos con anterioridade, se ben é certo a lei non nos dota dunha definición sobre o concepto si nos aproxima a unha serie de actos (ameazas) e información, que constitúen unha ameaza á seguridade nacional. Nese sentido o Instituto Federal de Acceso á Información e Datos Persoais elaborou os lineamentos xerais para a clasificación e desclasificación da información das dependencias e entidades da administración pública federal, tratando de propoñer unha serie de variables nas cales o servidor **público puidese** establecer unha primeira aproximación á seguridade nacional.

Nese sentido os devanditos lineamentos refiren no artigo 18 que:

> "A información clasificarase como reservada nos termos da fracción I do artigo 13 da Lei, cando se comprometa a seguridade nacional, isto é, cando a difusión da información poña en risco accións destinadas a protexer a integridade, estabilidade e permanencia do Estado Mexicano, a gobernabilidade democrática, a defensa exterior e a seguridade interior da Federación, orientadas ao benestar xeral da sociedade que permitan o cumprimento dos fins do Estado constitucional"[3].

Baixo esta óptica observamos cuatro variables que alertan ao funcionario sobre a posible vulneración á seguridade nacional no revelado de información, que son a) a integridade, estabilidade e permanencia do Estado Mexicano, b) a gobernabilidade democrática, c) a defensa exterior e d) a seguridade interior da Federación;

Cada unha destas variables representa unha ameaza, dano ou vulneración á seguridade nacional en diversos aspectos. Nese sentido a primeira delas, que é a integridade, estabilidade e permanencia do Estado Mexicano, pode ser vulnerada a través de dúas accións, que son:

a) Menoscabar ou lesionar a capacidade de defensa do territorio nacional, entendendo como tal o establecido no artigo 42 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos, por outros estados ou suxeitos de dereito internacional, ou

3 Lineamentos xerais para a clasificación e desclasificación da información das dependencias e entidades da administración pública federal. Ao respecto, e xa de maneira sistemática, pódese consultar o Marco Teórico Metodolóxico do Instituto de Acceso á Información e Datos Persoais do ano 2003.

b) Quebrantar a unidade das partes integrantes da Federación sinaladas no artigo 43 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos[4].

Sobre o particular o Marco teórico metodolóxico do IFAI refire como posibles exemplos de documentos que puidesen encadrarse nestes supostos os seguintes:

a) Documentos con información sobre o despregamento táctico e operativo das forzas armadas no territorio nacional.

b) Documentos con información sobre operacións militares e navais.

c) Documentos con información que xere unha expectativa de dereito sobre o territorio nacional para un suxeito de dereito internacional[5].

A este respecto paréceme oportuno agregar que a revelación de documentos deberá incluir as adquisicións, compras, alienacións ou contratacións que o Estado realice en materia de seguridade nacional, como por exemplo:

a) Documentos con información sobre a contratación de equipo destinado a operacións militares ou de seguridade nacional con finalidade de defensa.

b) Documentos con información dos provedores de equipo destinado a operacións militares ou de seguridade nacional con finalidade de defensa.

c) Documentos con información sobre a construción de inmobles destinados á defensa da seguridade nacional.

d) Documentos con información sobre provedores de insumos de inmobles destinados á defensa da seguridade nacional.

A segunda das variables que mencionan os lineamentos sobre seguridade nacional é a Estabilidade Institucional, que supón unha serie de accións que:

> "poñen en risco as accións destinadas a protexer a estabilidade das institucións da Federación cando a difusión da información poida afectar a integridade física das máximas autoridades dos tres Poderes da Unión e dos órganos con autonomía constitucional, que no caso do Poder Executivo Federal son o Presidente dos Estados Unidos Mexicanos, os Secretarios de Estado e o Procurador Xeral da República"[6].

Neste caso, o Marco teórico metodolóxico do IFAI refire como exemplos os seguintes casos:

a) A revelación de datos persoais ou detalles sobre as actividades privadas das máximas autoridades dos poderes da Unión e os seus familiares.

b) Información sobre determinadas rutas de transportación das autoridades; información persoal sobre aqueles que integran a súa escolta ou equipo de seguridade[7].

4 *Idem.*

5 *Idem.*

6 *Idem.*

7 *Idem.*

A terceira das variables que contemplan os Lineamentos aos que vimos facendo referencia é a que ten que ver coa gobernabilidade democrática. Nese sentido establécese que se vulnera a seguridade nacional a través desta variable cando a información poida:

a) Impedir o dereito a votar e a ser votado, ou

b) Obstaculizar a celebración de eleccións federais[8].

É claro que para esta variable, o obxecto de protección está cinguido aos asuntos electorais pois para efectos da consolidación democrática e a estabilidade das mesmas institucións democráticas é fundamental que non se vulneren os principios reitores desta. Nese sentido refírense como exemplos de vulneración á seguridade nacional os seguintes:

a) A revelación de información que poida impedir a expedición de credenciais de elector ou que permita falsificalas

b) A información que permita acceder ao sistema informático de contabilización de votos co propósito de alterar os resultados electorais[9].

As dúas últimas variables propostas polos lineamentos teñen que ver coa defensa exterior e interior da Federación. Nese sentido entendemos que se pon en risco a defensa exterior cando:

> "a difusión da información poida obstaculizar ou bloquear as accións de prevención ou defensa que leva a cabo o Estado Mexicano fronte a outros estados ou suxeitos de dereito internacional".

A este respecto, considérase como un bo exemplo de información a protexer a seguinte:

a) Información táctica ou estratéxica sobre as instalacións, proxectos e accións militares ou navais relacionadas co Plan DN-1 de Defensa e a Armada[10].

Como xa referíamos, a última das variables é a relativa á defensa interior que se porá en risco cando, derivado da difusión da información, se poida:

a) Obstaculizar ou bloquear operacións militares ou navais contra a delincuencia organizada;

b) Obstaculizar ou bloquear actividades de intelixencia ou contraintelixencia;

c) Menoscabar ou dificultar as estratexias ou accións contra a delincuencia organizada;

d) Menoscabar ou dificultar as estratexias para combater a comisión dos delitos contra a seguridade da Nación, previstos no Código Penal Federal;

e) Destruir ou inhabilitar a infraestrutura de carácter estratéxico a que se refiren os parágrafos cuarto e sétimo do artigo 28 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos;

8 *Idem.*

9 *Idem.*

10 *Idem.*

f) Destruír ou inhabilitar a infraestrutura de carácter indispensable para a provisión de bens ou servizos públicos de auga potable, vías xerais de comunicación ou servizos de emerxencia, ou

g) Obstaculizar ou bloquear accións tendentes a previr ou combater epidemias ou enfermidades exóticas no país segundo o disposto polo artigo 73 fracción XVI.2.a) da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos.

Sobre este particular refírense como exemplos os seguintes:

a) Información sobre instalacións de dependencias con atribucións de seguridade interior.

b) Información sobre testemuñas e informantes de actividades do crime organizado que estean ao servizo do Estado Mexicano.

c) Información sobre as rutas de transportación de narcóticos e os operativos nelas.

d) Plans para desarticular grupos dedicados ao narcotráfico, ao roubo de vehículos, lavado de diñeiro, contrabando de bens ou ao tráfico de persoas.

e) Información sobre a operación de infraestrutura de telecomunicacións, a enerxía, os transportes, os sistemas de auga potable e os servizos de emerxencia, excluíndo a relacionada cos custos e gastos de operación correntes, de adquisición ou de mantemento.

f) Información detallada sobre operativos encubertos ou sorpresivos de erradicación e de intercepción (terrestre, aérea e anfibia) antinarcóticos e/ou o combate ao crime organizado.

Estas catro variables que nos formulan os lineamentos non deben significar unha carta aberta para o gobernante onde pretenda eludir o principio de máxima publicidade, pola contra, e en consecuencia dos estándares internacionais, constitúense como auténticas situacións excepcionais pois propóñense como aspectos que permiten preservar a estabilidade e integridade tanto da nación como das institucións que a protexen.

En practicamente todas as potestades delegadas do Estado, atoparemos información que colinde con estas variables e por iso, desde a construción do sistema, establécense unha serie de mecanismos de transparencia que buscarán non colindar con elas. Nese sentido, as chamadas "obrigas de transparencia" constitúen o réxime principal e xeral de todas as institucións públicas delegadas que compoñen o Estado.

As variables que vimos referindo, constitúen o réxime excepcional en materia de seguridade nacional e deben adecuarse e corresponderse á regra xeral do principio de máxima publicidade en tanto sexa posible. Sabemos que iso pode inclusive manifestarse ao momento da clasificación da información cando só algunha parte, algunha páxina ou algún parágrafo é o que contén información reservada, sendo nese momento a parte que quedará clasificada como reservada mentres que, todo o resto do documento, deberá ser entregado na chamada "versión pública".

Nas páxinas posteriores falaremos de como estas vulneracións á seguridade nacional deberán plasmarse a partir dun elemento conceptual moi importante que é a chamada proba de

dano, onde poderemos propoñer unha elaboración axeitada de como consolidar este réxime de excepción sen a vulneración ao principio de máxima publicidade.

O segundo dos conceptos que tomamos a partir do artigo 13 da Lei Federal de Transparencia e Acceso á información pública e protección de datos persoais, é o referido á seguridade pública.

Por seguridade pública, en termos do artigo 21 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos, debemos entender aquela función do Estado que comprenda prevención dos delitos, a investigación e persecución para facela efectiva, así como a sanción das infraccións administrativas. Esta función a cargo da Federación, os Estados, o Distrito Federal e os Municipios, estará orientada por diversos principios que son: legalidade, obxectividade, eficiencia, profesionalismo, honradez e respecto aos dereitos humanos[11].

Sabemos tamén que a seguridade pública se distingue da seguridade nacional a partir do seu obxecto. Nese sentido entendemos que aquela ten como centro de protección os bens xurídicos de toda persoa que vive dentro do Estado[12]. Nese sentido a distinción atópase xustamente aí, pois a seguridade nacional ten un obxecto de estudo máis ambicioso que é o Estado e as súas institucións.

Nese sentido Jorge Fernández Ruiz refírenos que o concepto de seguridade pública:

> "…constitúe unha expresión polisémica e anfibolóxica, dados os seus diversos significados e variadas interpretacións pois é o mesmo un dereito dos integrantes da poboación do Estado que unha actividade obrigatoria do Estado, cuxa realización garantirá o devandito dereito; sentido este último no que existe confusión na orde xurídica mexicana porque malia que se trata dunha función pública, erroneamente considéraselle tamén un servizo público…"[13].

Pola súa parte Augusto Sánchez Sandoval refire que:

> "A seguridade pública cumpre a función conservadora da orde social, con base nunha orde xurídica que controle o poder e norme as súas relacións cos cidadáns e destes entre si. É dicir, a existencia e permanencia dunha orde públic e dunha orde privada como condición necesaria para a vida social. Así a seguridade pública constitúese na manifestación da acción gobernamental, exercida para salvagardar a integridade, intereses e bens das persoas, e das entidades públicas e privadas"[14].

Como podemos apreciar a seguridade pública engloba en si mesma a seguridade cidadá e a orde pública, isto debido ao sistema mixto que o noso país asumiu. Nese sentido Ignacio Carrillo refire que esta idea mixta é debida a que o noso sistema "xunto coas instancias policiais públicas concorren as de seguridade privada, que son complementarias e auxiliares

11 Artigo 21 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos.

12 Nese sentido o Marco Metodolóxico do IFAI do ano 2003 refírese a que se considerará vulnerada a seguridade pública cando a información revelada poña en perigo a integridade das persoas así como a orde pública.

13 Cfr. FERNANDEZ RUIZ, Jorge, "*Seguridad pública municipal*", FUNDAP, México, 2003.

14 Cfr. SANCHEZ SANDOVAL, Augusto, "*Derechos humanos, seguridad* pública *y seguridad nacional*", INACIPE, México, 2000, p. 83

das primeiras e que non poden en forma ningunha entenderse substitutivas, polo que prevalecerá en materia de seguridade privada respecto da seguridade pública"[15].

Ao igual que sucede coa seguridade nacional, a seguridade pública é abordada polos lineamentos de clasificación xerais para a clasificación e desclasificación da información das dependencias e entidades da Administración Pública Federal a través de dúas variables.

Nese sentido os devanditos lineamentos no seu artigo 19 refiren que se comprometerá a seguridade pública "cando a difusión da información poña en perigo a integridade e os dereitos das persoas, así como a orde pública"[16].

A primeira variable será a integridade e dereitos das persoas. A devandita variable actualizarase cando a información outorgada permita:

a) Menoscabar a capacidade das autoridades de seguridade pública para preservar e resgardar a vida ou a saúde das persoas;

b) Afectar o exercicio dos dereitos das persoas, ou

c) Menoscabar ou dificultar as estratexias para combater as accións delituosas distintas da delincuencia organizada.

Nese sentido o xa citado Marco teórico metodolóxico do IFAI refírenos como posibles exemplos ao outorgar información sobre:

a) Investigacións sobre bandas do crime organizado.

b) Accións futuras para controlar a actividade delincuencial nunha zona xeográfica determinada.

c) Información sobre auxilio a persoas ameazadas por algún perigo ou que foran vítimas dalgún delito.

A segunda das variables que se consideran en materia de seguridade pública é a orde pública, que poderá poñerse en perigo cando:

a) Entorpecer os sistemas de coordinación interinstitucional en materia de seguridade pública;

b) Menoscabar ou dificultar as estratexias contra a evasión de reos;

c) Menoscabar ou limitar a capacidade das autoridades para evitar a comisión de delitos, ou

d) Menoscabar ou limitar a capacidade das autoridades encamiñadas a disuadir ou previr disturbios sociais que puidesen desembocar en bloqueo de vías xerais de comunicación ou manifestacións violentas.

Ao respecto dos exemplos da información que puidese poñer en perigo a orde pública serían:

15 Cfr. CARRILLO PRIETO, Ignacio, "*Policía y estado democrático de derecho*", PORRUA, México, 2004, p. 13.

16 "Lineamentos...", *op. cit*. p. 19.

a) Información obtida por intercambio das diferentes dependencias dedicadas á seguridade pública do país e que estea por producir a captura de integrantes de grupos delituosos.

b) Información sobre os códigos de encriptación da Rede Nacional de Telecomunicacións e as súas frecuencias exclusivas para a seguridade pública.

c) Información sobre o Centro Nacional de Información e Telecomunicacións (CNIT) ou C$-Nacional, que alberga o sistema nacional de información e o Centro de control, Comando, Comunicación e Cómputo da Rede IRIS, permitindo o intercambio de información das bases de datos de maneira segura[17].

Como podemos apreciar, o marco referencial para establecer o tipo de información que se encontra susceptible de ser clasificada con motivo de seguridade pública ou seguridade nacional, queda claramente definida non só polos supostos previstos pola lexislación da materia senón tamén polas normas explicativas e documentos de traballo que o órgano garante estableceu para a materia.

Unha vez que establecemos un marco conceptual referencial da política de transparencia e acceso á información e logo de ter abordado dous dos supostos de clasificación da información que máis comunmente se presentan, xa sexa na discusión académica ou xa sexa no labor ordinario do servizo público, pasemos a un seguinte apartado onde veremos como estas causas de clasificación poden presentarse no día a día do fluxo informativo a través da celebración de contratos públicos.

2 Transparencia e procedementos de contratación pública en materia de seguridade

Para efectos deste apartado decidimos establecer unha primeira diferenciación entre os procedementos licitatorios e os procedementos de adxudicación directa referindo en cada un deles os efectos da transparencia de cara aos aspectos de revelación de información en materia de seguridade.

2.1 Licitación pública

O primeiro dos procedementos dos que falaremos será a licitación pública como instrumento da administración para contratar bens e servizos.

Sinala Manuel Lucero que a licitación:

a) É un procedemento, dado que se compón dunha serie de actos regulados polas normas administrativas.

b) Ten como finalidade seleccionar á persoa, física ou xurídica, coa cal haberá de celebrar un contrato determinado a administración pública.

17 Marco teórico... *op. cit*. p. 56.

c) Selecciona quen ofreceu as condicións máis vantaxosas para a administración pública[18].

Pola súa parte Carlos Delpiazzo, refire que é:

> "…un procedemento relativo ao modo de celebrarse determinados contratos, cuxa finalidade é a determinación da persoa que ofrece á Administración condicións máis vantaxosas; consiste nunha invitación aos interesados para que, suxeitándose a unhas determinadas bases, chamadas pregos de condicións, formulen propostas das cales a Administración selecciona a máis vantaxosa, e todo o procedemento inspírase para acadar a finalidade buscada, nos principios de igualdade e cumprimento estrito ao prego"[19].

Nese sentido, refire Luis José Béjar, existen diversos principios que irradian a este procedemento como son a publicidade, a concorrencia, a igualdade, a transparencia e a oposición[20], todos eles destinados ao pertinente desenvolvemento do procedemento que non só ten como finalidade a contratación do ben ou servizo determinado senón tamén que a Administración e, en último caso o Estado, demostre a optimización de recursos na contratación dos referidos insumos.

Para o caso que nos ocupa centrarémonos en dous dos principios referidos, por un lado no principio de publicidade e por outro no principio de transparencia.

O principio de publicidade deste tipo de procedementos atopa o seu asento conceptual vinculado á tarefa primixenia do estado democrático. Queda claro que un dos elementos matrices deste tipo de Estados é a publicidade dos seus actos, entendida esta como a capacidade comunicativa que ten o Estado de nutrir o espazo público[21], é dicir, que mediante o principio de publicidade dos actos os Estados son susceptibles non só de coñecemento senón de crítica racional que permite unha axeitada valoración da toma de decisións[22].

O proceso licitatorio encóntrase impregnado da devandita publicidade pois o obxecto do mesmo será que sexa coñecido para a posible participación de quen desexe participar, así como que as propostas recibidas pola Administración Pública sexan coñecidas por todos para avaliar que a elección que se fixo para unha determinada adquisición dun ben ou servizo obedece á lóxica de optimización de recursos e mellora na calidade do ben ou servizo de que se trate.

Este principio de publicidade abeira á administración pública a iso: a elixir axeitadamente na maior vantaxe para ela. Esta publicidade deberá ser concretada a través da difusión da convocatoria, bases, procedemento e, en xeral, toda a información que a mesma lei indique e enche o carácter publicitario que a rodea. Non perdamos de vista que o principio de publicidade orienta esta difusión tendo dúas finalidades claramente definidas que son, por un lado, a capacidade de coñecemento do cidadán respecto á elección que levará a cabo a

18 *Cfr.* LUCERO, Manuel, "*La licitación pública*", 2ª ed. México, Porrúa, 2002, p. 9.

19 *Cfr.* DELPIAZZO, Carlos, "*Contratación administrativa*", Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, p. 119.

20 *Cfr.* BEJAR, Luis José, "*Curso de Derecho Administrativo*", NOVUM, México, 2012, pp. 294 e ss.

21 *Cfr.* TENORIO CUETO, Guillermo, "*Derecho a la información*", Porrúa, México, 2009, p. 26.

22 *Idem.*

administración pública e, polo outro, a lexitimidade mesma do procedemento de cara aos concursantes.

Hai autores como Juan Carlos Cassagne que fusionan este principio de publicidade co de transparencia[23], aínda que para efectos deste traballo seguiremos a distinción, a efectos de amosar un carácter diferenciador entre un e outro.

A licitación pública tamén está impregnada do principio de transparencia, é dicir, que non só se ateiga dunha publicidade que permite aos concursantes participar nela e observar que o procedemento se encha axeitadamente senón que permite ao cidadán entender a lóxica do Estado en canto á canalización e optimización dos recursos que se empregan para a substanciación do procedemento así como a contratación de bens e servizos.

O proceso licitatorio vólvese transparente e susceptible de acceso á información a partir da natureza propia do mesmo procedemento. É importante salientar que, como xa dixemos, tampouco o principio de transparencia se manifestará como un absoluto nestes procedementos, pola contra atopará limitacións á difusión da información que emane del. Estas limitacións correrán a sorte da política de transparencia prevista na lei. Nese sentido poderase clasificar información derivada dun proceso licitatorio cando a devandita información vulnere os supostos da lei que falan de información reservada ou ben cando existan datos que poidan ser considerados como confidenciais. Nun e outro caso a administración pública deberá ou ben clasificar a información como reservada, ou xerar unha versión pública suprimindo os datos comprometedores.

O relevante do principio de transparencia nos procedementos licitatorios é non perder de vista que o que existe como fundamento deste principio é que a información aí contida é un asunto de interese público[24] polo que é medular facer vivir o principio de máxima publicidade iso sen detrimento da axeitada vivencia das excepcións formuladas.

A transparencia manifestarase neste tipo de procedementos a través da divulgación dos contidos esenciais do procedemento, do monto do asignado, dos participantes, da substanciación do procedemento, das irregularidades do mesmo, da asignación do contrato así de como os termos do mesmo en tanto non se vulneren as excepcións referidas.

Como podemos apreciar o procedemento licitatorio debe permitir, pola súa natureza propia, a publicidade e a transparencia permitindo levar ao límite o principio de máxima publicidade pero sobre todo destacando o interese público da asignación de recursos da administración pública podendo con iso ter un mellor control no destino dos recursos públicos.

2.2 Adxudicación directa

O segundo dos procedementos que imos tratar é o da adxudicación directa como un segundo mecanismo onde a Administración pode adquirir bens ou servizos.

Refire Jorge Fernández Ruiz que:

23 *Cfr.* CASSAGNE, Juan Carlos, "*El contrato administrativo*", 3ª ed. ABELEDO PERROT, Argentina 2009.

24 *Cfr.* LUNA PLA, Issa, "*Transparencia política, acceso a la información y consolidación democrática*", TEPJF, Temas Selectos de derecho electoral, núm. 28, México, 2012, p. 18.

> "Enténdese por contratación directa ou adxudicación directa dun contrato administrativo, a designación dun cocontratante por parte da administración pública sen mediar unha licitación pública ou privada da que se deduza de maneira directa o cocontratante específico"[25].

Pola súa parte Carlos Delpiazzo ao referirse a este tipo de contratacións refírenos que elas tamén son:

> "unha manifestación do sistema de restrición, porque está regulada e prefigurada como un mecanismo excepcional; só pode verificarse en determinadas hipóteses, que son as que prevé expresamente a lei"[26].

Como podemos apreciar a contratación ou adxudicación directa dun contrato para a adquisición de bens ou servizos constitúe en principio un réxime excepcional do sistema de contratación pública, sendo este sistema un dos máis controlados por parte do mesmo Estado[27].

É evidente que este tipo de contratación xera certo conflito e tensión entre as diversas posturas respecto ao mesmo. É claro que hai os que apoian este tipo de contratos aducindo que se poden "celebrar con oportunidade, obviarse trámites burocráticos pesados que impiden a adopción de decisións rápidas, oportunas e eficaces"[28].

Pola contra, existen detractores a este tipo de contratacións pois se argumenta "non só a corrupción propiciada pola ampla marxe de discrecionalidade do servidor público facultado para adxudicalo senón o encarecemento do prezo derivado da ausencia de concorrencia e por ende de competencia entre potenciais oferentes"[29].

O anterior serve para evidenciar que o tema da adxudicación directa resulta polémico incluso dentro dos mesmos especialistas da contratación administrativa e resulta aínda máis complexo cando se analiza desde a óptica dunha política de transparencia e acceso á información.

Viñemos sinalando que o dereito de acceso á información e a política de transparencia non constitúen dereitos absolutos para o cidadán, nin obrigas absolutas para o Estado e referenciamos que ao menos os estándares internacionais en materia de liberdades informativas nos refiren un claro "test tripartito"[30] para establecer estas limitacións.

Este chamado "*Test Tripartito*" recoñece que en materia de liberdades informativas existen limitacións e as mesmas deben:

a) Establecerse mediante leis redactadas de maneira clara e precisa.

b) Estar orientadas ao logro de obxectivos lexítimos

25 *Cfr.* FERNANDEZ RUIZ, *op. cit*. p. 209.

26 *Cfr.* DELPIAZZO, *op. cit.* p 84.

27 *Cfr.* RUÍZ GARCÍA, Laura, "*Contratos Administrativos*", FLORES EDITOR Y DISTRIBUIDOR, México, 2010, p. 186.

28 *Cfr.* FERNÁNDEZ RUÍZ, *op. cit*. p. 209.

29 *Idem.*

30 Marco Xurídico Interamericano... *op. cit.* p. 24.

c) Ser necesarias nunha sociedade democrática para o logro dos fins imperiosos que perseguen, estritamente proporcionadas á finalidade que buscan e idóneas para acadar o obxectivo imperioso que pretenden[31].

Para o caso que nos ocupa viñemos entendendo que estas limitacións ao dereito de acceso á información e á política de transparencia segue a mesma sorte deste chamado *test* non só en función do estándar internacional senón da adopción do mesmo a través da Suprema Corte de Xustiza da Nación[32] a través da resolución dalgúns casos na materia.

Todo o anterior é relevante para o punto de partida da nosa análise sobre o tema da adxudicación directa. É claro que en materia de transparencia e acceso á información as limitacións aos mesmos conceptos deberán estar claramente establecidos na lei, orientadas ao logro de obxectivos lexítimos e ser necesarias para o logro de obxectivos imperiosos que se buscan.

Cando impregnamos do principio de transparencia á adxudicación directa, esta non supón un exercicio arbitrario da administración pois en principio deberá incluir todos e cada un dos principios da contratación pública e só por excepción deberá suprimir o principio de transparencia e acceso á información en virtude da natureza da mesma.

Nese sentido a Lei de Adquisicións, Arrendamentos e Servizos do Sector Público prevé na súa normativa as causas nas cales a administración pública debe xerar a contratación a través da adxudicación directa e en materia de seguridade fai fincapé en que a devandita adxudicación nin sequera debe ser susceptible a algún comité de adquisición en función da protección da información que nese suposto podería comprometer a mesma seguridade.

Agora ben, mesmo neste suposto podería pensarse que a marxe de discrecionalidade é total para o funcionario e que en prol da devandita discrecionalidade podería comprometer recursos públicos sen ter maior grao de responsabilidade ou ben sen apegarse en nada aos principios democráticos do Estado de Dereito. Isto é incorrecto en función do seguinte.

Como viñemos referindo nos apartados anteriores, a política de transparencia e acceso á información réxense baixo o principio de máxima publicidade, incluida a información que adoita clasificarse como reservada. Isto significa que aínda e cando establezamos un periodo de reserva non significa que a información nunca poderá ser pública ou do dominio público, pola contra, significa que a información en cuestión ingresa a unha especie de "limbo publicitario" onde permanecerá o tempo de reserva.

Algúns autores refiren que:

> "Como se veu sostendo esta reserva é unha mera excepción do principio de máxima publicidade. A reserva non é consecuencia dunha marxe de arbitrariedade, nin tampouco significa solapar a discrecionalidade. Tampouco implica un reduto de arbitrariedade onde o funcionario se refuxia para encubrir a súa actuación. A razón da fundamentación e da motivación para a reserva da información supón aniquilar esas prácticas nocivas para o exercicio democrático da transparencia. O servidor público está obrigado a

31 *Idem.*

32 Desde o ano 2009 a Suprema Corte de Xustiza da Nación recibiu e adoptou os estándares internacionais en materia de liberdade de expresión como é o famoso caso A xornada vs Letras Libres. Amparo Directo 28/2010 que coñeceu a Primeira Sala da Suprema Corte de Xustiza da Nación.

> referir o prexuízo que a revelación da información suporá para a comunidade ou a supervivencia do Estado. Esta información que se reserva nada ten que ver cos *arcana imperii* da antigüidade, pola contra, a reserva de información impacta sobre cuestións públicas e a súa condición de reservada non supón unha crecente condición de poder respecto ao que descoñece a información"[33].

As adquisicións directas en materia de seguridade pública ou nacional non supoñen unha inhabilitación da política de transparencia, pola contra, perfeccionan o sistema propoñendo unha serie de valores comunitarios que deben ser protexidos antes da revelación da información. A devandita información só agarda un tempo maior para poder ser difundida.

Como sabemos o réxime da adxudicación directa, en termos do artigo 134 da Constitución Política dos Estados Unidos Mexicanos, debe ser considerado como un réxime excepcional en toda a administración insistindo en que tampouco supón un réxime arbitrario tratándose da materia de seguridade en función do obxecto e natureza mesma da información a resgardar.

Para o caso que nos ocupa é relevante sinalar que o funcionario público que se move polos temas de clasificación da información por motivos de seguridade nacional ou seguridade pública, non só se apoia na lexislación, senón que debe realizar un auténtico estudo que respalde a súa actuación para poder encadrarse nos supostos normativos. Este estudo normalmente establece o dano que presente, probable e específico, que pode causarse pola revelación da información.

Só como corolario do presente apartado pagaría a pena volver insistir en que tanto a licitación pública como a adxudicación directa en materia de seguridade nacional ou seguridade pública non se evaden da política de transparencia. O funcionario público e os órganos garantes deben traballar concienciudamente en permitir ao cidadán a información cando esta sexa oportuna e pertinente, gardar racionalidade no gasto e xerar documentos sustentados e razoables onde se explique claramente a causa da reserva da información.

A esta explicación denominaráselle "proba de dano" da que nos ocuparemos no seguinte apartado.

3 A proba de dano

3.1 Marco conceptual sobre "dano" en materia de transparencia e acceso á información

O concepto dano podémolo rastrexar desde o dereito romano onde "*Damnum*" significaba "a perda que sofre un propietario por detrimento dunha cousa que lle pertence"[34]. Pola súa parte, a Real Academia Española de la Lengua refire este concepto como: "causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia".

Este concepto de dano penetrou na cultura de transparencia e acceso á información de diferentes maneiras nas políticas da materia en todos os países que posúen normativa

33 *Cfr.* TENORIO, *op. cit.* p. 66.

34 D'ORS, Álvaro, "*Derecho privado romano*", EUNSA, Navarra, 1983, p. 426.

reguladora do tema. Para efectos do noso apartado o concepto de dano estará vinculado ao menoscabo, detrimento, e prexuízo que se pode causar á cousa pública pola revelación dunha información que debe ser reservada.

O anterior lévanos a propoñer se a información en mans do Estado, que por esencia debe ser pública, pode ser susceptible de causar dano ao mesmo Estado. A resposta é afirmativa e debería ampliarse a entender que a revelación da información non só pode nalgunhas ocasións causar dano ao Estado ou ao goberno en turno, senón tamén a revelación da información pode causar un dano a particulares.

O dano a causar deberemos analizalo desde as dúas perspectivas da clasificación da información. Por un lado respecto á información reservada e polo outro respecto á información confidencial.

É evidente que respecto a esta segunda a proba de dano é claramente definida e circunscrita á protección dun valor determinado que é a protección dos dereitos da personalidade, en concreto a vida privada, a través de datos ou datos sensibles que son de exclusivo manexo do individuo do que emanan[35].

Nese sentido a revelación dos datos persoais cobran unha capital importancia e identificación no manexo da información. O dano causado polo outorgamento dela é evidente e concreto. De calquera maneira, a lexislación en materia de transparencia no caso mexicano establece unha serie de instrucións en materia de protección de datos en posesión dos suxeitos obrigados que os faculta e os obriga en materia da información considerada como confidencial.

O segundo dos supostos é o dano que se causa no caso da información reservada. A diferenza do acontecido no caso da información confidencial, os bens xurídicos protexidos non son tan doadamente identificables. Se ben é certo que falamos dun dano ao Estado, este é difícil de construir aínda e cando se apele aos conceptos de seguridade que é onde radicaremos a análise.

O dano en materia de información reservada e, en concreto, a proba de que se causará algún dano pola revelación da información, nin sequera é materia da mesma lei. Nese sentido Sergio López-Ayllón e Alejandro Posadas refiren que "aínda que a lei non establece explicitamente unha proba de dano, esta derívase implicitamente da linguaxe do artigo 13"[36] da lexislación e da súa exposición de motivos, onde ao referirse á información reservada faise referencia ao elemento de dano[37].

Nese sentido, o regulamento da lei, no seu artigo 27, xa establece unha obriga de establecer e referir, ao momento de clasificar a información, a consideración de dano que causaría a difusión da información. Ao respecto refire o devandito artigo:

35 Xa a Lei de Acceso á Información Pública Gobernamental no seu artigo 3 refire que os datos persoais son: "Calquera información concernente a unha persoa física identificada ou identificable".

36 *Cfr.* LOPÉZ AYLLÓN, Sergio, POSADAS, Alejandro, "*Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada*". en Derecho Comparado de la Información, xaneiro-xuño de 2007, IIJ-UNAM, México, 2007, p. 31.

37 *Idem.*

> Artigo 27. Ao clasificar expedientes e documentos como reservados ou confidenciais, os titulares das unidades administrativas deberán tomar en consideración o dano que causaría a súa difusión aos intereses tutelados nos artigos 13, 14 e 18 da Lei.

Como podemos apreciar, a clasificación de expedientes non é unha tarefa arbitraria do funcionario público, pola contra, o mesmo regulamento imponlle unha serie de obrigas e unha delas é establecer na clasificación a consideración de dano que ocasionaría a revelación da información.

De igual maneira os lineamentos de clasificación xerais para a clasificación e desclasificación da información das dependencias e entidades da Administración Pública Federal, no seu artigo 8º, refiren o tema da proba de dano e obrigan ao servidor público, no momento de clasificar a información, a establecer o seguinte:

> Oitavo. Ao clasificar a información con fundamento nalgunha das fraccións establecidas no artigo 13 da Lei, non será suficiente que o contido da mesma estea directamente relacionado coas materias que se protexen no devandito artigo, senón que deberá tamén considerarse a existencia de elementos obxectivos que permitan determinar se a difusión da información causaría un dano presente, probable e específico aos intereses xurídicos tutelados polo devandito precepto.

Da lectura deste artigo despréndense varios elementos a considerar. O primeiro deles, a existencia de elementos obxectivos que permitan determinar se a difusión da información causaría un daño, e posteriormente o mesmo artigo refire se a devandita revelación causaría un dano con diversas características, a saber: presente, probable e específico.

É claro que o espírito da política de transparencia é irradiar o principio de máxima publicidade e con iso, mesmo nos casos de excepción, xerar un dique á arbitrariedade da opacidade. Nese sentido quen clasifique a información deberá, clara e obxectivamente, detectar o dano que pode xerar a difusión da información.

3.2 Dano presente

Como vimos mencionando, a obxectividade na detección do dano deberá vir acompañada da materialización do impacto da información. Así pois terase que especificar de que maneira a revelación da información afecta directa e actualmente á seguridade pública ou seguridade nacional.

Por dano presente deberemos entender ese menoscabo, detrimento ou prexuízo que a revelación da información causa polo simple feito de ser revelada. É dicir, que non supón unha especulación teórica sobre o dano, pola contra, quen clasifica a información de inmediato sabe que a mesma actualiza e xera unha situación de alarma respecto á súa difusión.

O dano presente deberá redactarse nesa clave, asumindo de inmediato a vinculación obxectiva cos supostos normativos, establecendo un marco xeral do dano sobre a información a revelar. Esta descrición deberá conter ao menos o seguinte:

a) Valoración obxectiva do dano en relación co suposto normativo.

b) Impacto do acto que xera a información na seguridade.

c) Impacto da revelación da información na operatividade da seguridade.

3.3 Dano probable

A diferenza do dano presente, o chamado dano probable incide directamente na suposición, non especulativa senón dedutiva, dun menoscabo ou detrimento á seguridade pública ou seguridade nacional alertando, quen clasifica a información do "torrente" de problemas, coas súas respectivas consecuencias, que suscitaría a revelación da información.

Por dano probable debemos entender esa aproximación futura a partir dos elementos que a realidade me está a indicar. O dano probable vincúlase cunha actividade prudencial do funcionario que lle permite observar as consecuencias seguras deducidas do estudo da actualidade e observar os efectos negativos da revelación da información.

A diferenza do que acontece co dano presente, o dano probable deberá redactarse en signo de alerta e versará fundamentalmente sobre consecuencias e efectos. Nese sentido, o devandito dano deberá redactarse contendo polo menos o seguinte:

a) Valoración obxectiva do dano en relación co suposto normativo.

b) Efectos que causará a revelación da información en materia de seguridade.

c) Impacto consecuencial da revelación da información.

d) Diminución da seguridade en función do acto que xera a clasificación da información.

3.4 Dano específico

A última das características que presenta o tratamento do dano é a que versa sobre o dano específico. Xa vimos nas dúas anteriores como se fala dunha especie de dano xeral, outra de dano futuro e faltaríanos unha terceira sobre o dano concreto para pechar o marco obxectivo na xeración do dano.

En consecuencia diso establécese a idea de dano específico, que significa non só establecer un marco xeral e unhas consecuencias a futuro, senón que significa o establecemento da institución concreta onde recaerá o dano. Con iso quen clasifica a información deberá detallar onde do Estado especificamente, se xera o dano.

A diferenza dos dous anteriores, o dano específico deberá redactarse tendo como obxectivo esa concreción en canto institución que deba ser protexida pola seguridade pública ou nacional ou o aspecto societario que busque protexerse. Este tipo de dano deberá redactarse tendo en consideración o seguinte:

a) Valoración obxectiva do dano en relación co suposto normativo.

b) O órgano do Estado, dependencia do goberno ou entidade social que busca protexerse.

c) Persoa ou persoas ás que se pode causar dano (non se busca establecer os nomes, búscase entender que coa revelación da información certos servidores públicos, por poñer un exemplo, atoparíanse en situación de vulnerabilidade).

d) As funcións do goberno que poderían verse afectadas ou diminuidas.

Como podemos apreciar, a proba de dano non supón un exercicio arbitrario en materia de seguridade, senón que pola contra queda suxeita a un réxime de motivación exhaustiva para probar a gravidade da revelación da información.

4 Breve referencia ao modelo español

A partir da Lei 19/2013 publicada no *Boletín Oficial do Estado* o martes 10 de decembro do 2013, a Administración pública española encóntrase sometida a un marco xurídico que regula a transparencia administrativa e o dereito de acceso á información. Iso non supón que o sistema español fose opaco e discrecional, pola contra existían xa diversas normas no seu ordenamento que cominaban a un tipo de transparencia.

A lei publicada en realidade tería un triple alcance, así o refire o seu Preámbulo:

> "…incrementar e reforzar a transparencia na actividade pública,… recoñecer e garantir o acceso á información,…e establecer as obrigas de bo goberno que deben cumprir os responsables públicos"[38].

Nese sentido, e ao igual que noutras latitudes onde se incorporan mecanismos de transparencia e acceso á información, existe como idea principal que a transparencia sexa o eixe fundamental de toda acción política[39] Así, incorpóranse á lei de maneira inmediata tanto os suxeitos obrigados pola mesma, é dicir, as autoridades públicas suxeitas a esta lexislación, así como as chamadas obrigas de transparencia que condicionan o actuar daquelas autoridades.

Como sucede con calquera ordenamento que teña por obxecto a regulación da transparencia e o dereito de acceso á información, a lexislación española tamén observa o tema non de maneira absoluta senón con limitacións. Nese sentido, e toda vez que o presente traballo ten como obxectivo puntualizar sobre o exercicio da proba de dano en materia de seguridade pública e seguridade nacional, é imperante dicir que a lexislación establece límites ao devandito exercicio.

Así pois a lexislación española enumera doce limitacións ao exercicio do dereito de acceso no seu artigo 14. Nestas limitacións, e como sucede con este tipo de lexislacións, atopamos os casos da seguridade pública e a seguridade nacional. De inmediato atopamos no apartado 2 do devandito artigo a precisión sobre a aplicación de límites ao referir a lei que "*… a aplicación de límites será xustificada e proporcionada ao seu obxecto e finalidade de protección e atenderá as circunstancias do caso concreto, especialmente a concorrencia dun interese público ou privado superior que xustifique o acceso*"[40].

38 BOE do martes 10 de decembro de 2013, p. 97923.

39 *Idem.*

40 *Idem.*

A pregunta que brota de inmediato na lectura do devandito numeral é saber ata onde a aplicación de límites abre a porta ao Estado para que a súa debida xustificación camiñe pola canle axeitada dunha auténtica política de transparencia ou ben, pola contra, é un pretexto para abrir a porta ao ámbito discrecional.

Iso cobra sentido en función de que a mesma lei non explicita cal deberá ser o camiño polo cal o funcionario que teña que dar a negativa de información poida transitar. Limitarase a unha mera xustificación vaga?, a que se refire a lei con proporcionada ao seu obxecto e finalidade? En realidade a lei, como sucede noutros países, asume a postura de límites pero non clarifica a forma da xustificación. Será suficiente unha simple mención de protección á sociedade? Ou será suficiente referir que a información dana a seguridade nacional?

Aí cobra especial interese esta noción de "proba de dano". Ela será un elemento de capital importancia para a construción argumentativa do funcionario público para xustificar a decisión de reservar a información, é dicir, de non dala a coñecer por algunha das causas previstas na lei.

Como se referiu ao longo do traballo, o funcionario español que negue a información deberá de xustificar a partir dun dano que notoriamente se amosa de maneira probable, de maneira específica ou de maneira presente. Iso non só lle dará un mellor desenvolvemento á política de transparencia senón que lexitimará de maneira significativa a resposta da administración que nega o acceso á información.

5 Conclusións

Un sistema de transparencia e acceso á información non debe propiciar un sistema de discrecionalidade para a administración pública, pola contra, no marco da lei, debe auspiciar un marco onde se promova o acceso á información procurando o san equilibrio entre o público e o reservado

A seguridade pública e a seguridade nacional preséntanse como dúas excepcións ao principio de transparencia administrativa. Estas excepcións, que promoven reservar a información co ánimo de vinculalas a valores colectivos de maior calado, non significan para o sistema un acto de discrecionalidade, pola contra, as negativas de información ao cidadán respecto a estas excepcións, deberán estar claramente fundadas e motivadas.

En materia de contratación pública estas excepcións, a partir do principio da proba de dano que todo funcionario do Estado deberá propoñer, potencian a axeitada vivencia da política de transparencia e lexitiman a resposta negativa de acceso á información á cidadanía.

A excepcionalidade non supón un exercicio de discrecionalidade nin arbitrariedade, pola contra estas excepcións permiten ao Estado un axeitado funcionamento en prol da protección do interese xeral, pero en materia de transparencia e acceso á información cómpre fixar que estas excepcións deberán xustificar a súa natureza a partir do dano causado á sociedade a algún terceiro.

6 Bibliografía

ARELLANO GAUULT, David e LEPORE, Walter, "Reformas de transparencia: Hacer endógena la transparencia organizacional. El caso de México" en Foro Internacional, Vol. 49, núm. 2 (Apr-Jun 2009) / http:// www.jstor.org/stable/27755808.

— "Derecho de la información", EUNSA, 1997, Navarra, España.

ARENA, G, "Transparencia administrativa y democracia", en Revista Vasca de administración pública, núm. 37, 1993.

BEJAR, Luis José, "Curso de Derecho Administrativo", NOVUM, México, 2012.

CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato administrativo", 3ª ed. ABELEDO PERROT, Argentina 2009.

COTINO, Lorenzo, "Transparencia y derecho de acceso a los documentos en la Constitución europea y en la realidad de su ejercicio".

DELPIAZZO, Carlos, "Contratación administrativa", Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, p. 119.

DESANTES GUANTER, José María, "Derecho a la Información", COSO, España 2004.

DIEZ PICAZO, Luis María, "Sobre secretos oficiales", CIVITAS, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, "El derecho de acceso a los documentos administrativos", Marcial Pons, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "Seguridad pública municipal", FUNDAP, México, 2003.

FERRIZ SÁNCHEZ, Remedios, "El derecho a la información", COSMOS, Valencia, 1974.

FOX, Jonathan, "Transparencia y rendición de cuentas", en ACKERMAN, John, "Más allá del acceso a la información", SIGLO VEINTIUNO EDITORES.

— "The Uncertain Relationship between Transparency and Accountability", Development in Practice, Volume 17, Numbers 4-5, August 2007.

HERNÁNDEZ VALDEZ, Alfonso, "¿Qué es y para qué sirve la transparencia?", Recta Ratio, ano 1, núm. 2, (xaneiro-xuño, 2005).

KOPITS George (2000), "Calidad de gobierno: Transparencia y responsabilidad", BID, Conferencia sobre transparencia y desarrollo en América Latina y el Caribe, Buenos Aires, Argentina.

LOPÉZ AYLLÓN, Sergio, POSADAS, Alejandro, "Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada". en Derecho Comparado de la Información, xaneiro-xuño de 2007, IIJ-UNAM, México, 2007.

LUCERO, Manuel, "La licitación pública", 2ª ed. México, Porrúa, 2002.

— e RIOS GRANADOS, Gabriela; "Transparencia, acceso a la información tributaria y el secreto fiscal. Desafíos en México"; 2010.

— "Transparencia política, acceso a la información y consolidación democrática", TEPJF, Temas Selectos de derecho electoral, núm. 28, México, 2012, p. 18.

MERINO, Mauricio, "La transparencia como política pública", en ACKERMAN, John, "Más allá del acceso a la información", SIGLO XXI, México, 2008.

ORNELAS NUÑEZ, Lina, "*Acceso a la información en el Poder Ejecutivo Federal*", *Cfr.* CONCHA CANTU, Hugo *et. ao*, "*Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*", IIJ-UNAM, México, 2005.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, "*Estado y Transparencia: un paseo por la filosofía política*", IFAI-Cuadernos de Transparencia 04, México, 2007.

RUIZ GARCÍA, Laura, "Contratos Administrativos", FLORES EDITOR Y DISTRIBUIDOR, México, 2010, p. 186.

SANCHEZ SANDOVAL, Augusto, "Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional", INACIPE, México, 2000, p. 83.

SORIA, Carlos, "Ética y empresa informativa", en Veracidad y objetividad. Desafíos éticos en la sociedad de la información, COSO, Valencia, 2003.

TENORIO CUETO, Guillermo, "El Derecho a la información. Entre el espacio público y la libertad de expresión", Porrúa, México 2010,

— "La constitucionalización del acceso a la información pública gubernamental", en BEJAR RIVERA, Luis José (coord.) "Derecho Administrativo. Perspectivas contemporáneas", PORRUA-UNIVERSIDAD PANAMERICANA, México, 2010.

UVALLE, Ricardo, "Fundamentos éticos, políticos y técnicos de la transparencia", en Revista de Administración Pública, núm. especial, vol. XLIII, setembro-decembro, Nueva Época, 2008.

VERGARA, Rodolfo, "La transparencia como problema", IFAI, Cuadernos de transparencia núm. 05, México, 2005.

VILLANUEVA, Ernesto, "Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica", IIJ-UNAM, México, 2003.

7 Outras fontes

1. Acordo xeral da comisión de transparencia, acceso á información pública gobernamental e protección de datos persoais da Suprema Corte de Xustiza da Nación, do 9 de xullo de 2008 relativo aos órganos e procedementos para tutelar no ámbito deste tribunal os dereitos de acceso á información, á privacidade e á protección de datos persoais garantidos no artigo 6º. Constitucional.

2. Convención Americana sobre os dereitos humanos.

3. Lei de responsabilidade civil para a protección do dereito á vida privada, á honra e á propia imaxe no Distrito Federal

4. Lei federal de transparencia e acceso á información pública gobernamental.

5. Marco Xurídico Interamericano sobre o dereito á liberdade de expresión, Relatoría especial para a liberdade de expresión, Comisión Interamericana de Dereitos Humanos, OEA, 2010, p. 24.

6. Lineamentos xerais para a clasificación e desclasificación da información das dependencias e entidades da administración pública federal. Ao respecto, e xa de maneira sistemática, pódese consultar o Marco Teórico Metodolóxico do Instituto de Acceso á Información e Datos Persoais do ano 2003.

Comentarios e crónicas

2

Crónica parlamentaria do segundo período de sesións de 2014. Unha aproximación pedagóxica á actualidade parlamentaria

Crónica parlamentaria del segundo período de sesiones de 2014. Una aproximación pedagógica a la actualidad parlamentaria

Parliamentary chronicle of the second period of sessions of 2014. A pedagogic approach to the parliamentary present

Regap 48

PATRICIA MURIAS GIL
Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)
patriciamuriasgil@gmail.com

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ
Secretario Xeral da CALRE
Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)
secretaria.oficialia@parlamentodegalicia.es

Recibido: 20/02/2015 | Aceptado: 22/04/2015

Índice: *I. Introdución. II. Composición da Cámara, baixas e altas de deputados. III. Reunións dos órganos da Cámara. Calendario de actividades. IV. Debate de política xeral. V. Procedementos de natureza normativa. VI. Procedementos de control, impulso e información. VII. Declaracións institucionais. VIII. Procedementos de control económico e orzamentario. IX. Procedementos relativos a outras institucións e órganos. X. Procedementos de designación e propostas de nomeamento. XI. Solicitude de creación de comisións de investigación. XII. Acordos interpretativos do Regulamento do Parlamento. XIII. Informes e comparecencias en cumprimento doutras normas. XIV. Solicitudes de información ao abeiro do artigo 9 do Regulamento*

I Introdución

Unha aproximación divulgativa á actividade da cámara pode apoiarse nun comentario explicativo das distintas categorías de procedementos tramitados no Parlamento de Galicia. Para iso pode acudirse á consulta dos recentes manuais que sobre a materia temos publicado[1] mais o xénero da crónica parlamentaria posibilita tamén a clarificación dos distintos tipos de iniciativas que deputados, grupos parlamentarios e suxeitos gobernamentais traen á cámara.

1 Manual de Actuación del Parlamentario. Editorial El Derecho. Grupo Francis Lefebvre. Madrid. 2011.

Igual que no anterior período de sesións, a actividade parlamentaria deste período de sesións viuse complementada coa importancia que supuxo asumir a presidencia da CALRE por parte da Presidencia do Parlamento de Galicia[2].

No Plenario da CALRE que tivo lugar en Santiago de Compostela os días 6, 7 e 8 de novembro, a presidenta expuxo un resumo das actividades realizadas durante a súa presidencia asumida en xaneiro de 2014, e salientou os fitos fundamentais acadados durante a súa presidencia, que podemos resumir do seguinte xeito:

– Reforzamento notable da colaboración coas institucións europeas, aumentado de modo significativo a súa visibilidade dentro da realidade rexional europea. Singular manifestación deste logro foi a inmediata colaboración co Comité das Rexións, con frutíferas reunións co presidente da Comisión Europea e os restantes presidentes das asociacións rexionais a nivel comunitario.

– Reforzamento do principio de subsidiariedade, celebrando diversas reunións de traballo para a promoción da participación dos parlamentos rexionais no proceso ascendente de formación do dereito da Unión Europea. Nesta orde de cousas, tanto o traballo en rede levado a cabo, como o meritorio esforzo do grupo de traballo liderado polo presidente Rafael Cattaneo, serviron para manter en primeira liña de atención o exercicio das competencias lexislativas dos nosos parlamentos.

– As tarefas da CALRE en 2014 discorreron tamén moi próximas a outro importante organismo da democracia rexional europea: o Congreso de Autoridades Locais e Rexionais do Consello de Europa, compartindo interesantísimas sesións de traballo con eles, das que nacen posibles grupos de traballo conxuntos en materias nas que a colaboración co Consello de Europa van resultar de grande utilidade para todas as nosas rexións.

– A interacción con outros suxeitos máis alá do ámbito estritamente comunitario, mantendo reunións conxuntas con representantes de Nacións Unidas para fortalecer ámbitos tan propios da cultura parlamentaria como o fortalecemento dos dereitos fundamentais; coa NCSL norteamericana, á que por primeira vez asistiu unha delegación da CALRE participando de xeito activo nas súas sesións políticas públicas educativas e de enerxía; e tamén a través do novo Fórum Mundial de Conselleiros promovido polo Foro Comunitario Global de autoridades locais de Taiwán no que participaron tamén o nosos amigos xaponeses e norteamericanos.

– Reforzamento da credibilidade da CALRE non só cara fóra, como quedou constatado pola continua actividade, senón tamén por unha maior participación dos parlamentos membros nas actividades e grupos de traballo creados, converténdose esta asociación nun instrumento útil e necesario da súa acción exterior, servindo en definitiva para asentar os logros de mellora da calidade de vida dos nosos cidadáns e de consolidación do proceso de construción da identidade europea.

2 Codes Calatrava define a diplomacia parlamentaria do seguinte xeito: "A diplomacia parlamentaria configúrase desta maneira como un excelente complemento á diplomacia clásica exercida polo Poder Executivo. Está caracterizada pola súa flexibilidade, o seu menor rigor formal, o seu carácter representativo (xa que nas delegacións parlamentarias se inclúen parlamentarios de todas ou case todas as forzas políticas con representación parlamentaria) e, como veremos, a súa permanencia a través de determinadas asembleas parlamentarias internacionais". Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano e Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, outubro 2014.

A presidenta do Parlamento traspasou o pasado día 13 de xaneiro de 2015 ao titular do Consello Rexional de Lombardía (Italia) Raffaele Cattaneo, a Presidencia da Conferencia de Asembleas Lexislativas Rexionais Europeas (CALRE) co reto de continuar traballando para reforzar a influencia dos 74 parlamentos rexionais integrados nesta organización.

Pilar Rojo sinalou que a propia Comisión Europea recoñeceu no inicio do mandato de 2014 que "a xerarquización de prioridades políticas como base dunha Unión mellor e con obxectivos máis claros só pode funcionar se procede dunha asociación entre as institucións europeas e os estados membros".

No traspaso formal da Presidencia da CALRE, celebrado na sede do Consello Rexional de Lombardía, en Milán, púxose de manifesto que a organización que aglutina os parlamentos rexionais europeos constitúe, a xuízo de Rojo Noguera, "un elemento clave para dotar a Europa de lexitimidade democrática[3], xa que representa o nivel de goberno máis próximo aos cidadáns".

II Composición da Cámara, baixas e altas de deputados

Comezou este período de sesións con dous novos deputados, pois Dª Mª Dolores Faraldo Botana e D. Agustín Hernández Fernández de Rojas foron substituídos por D. Ramón Santos Pérez e D. Jacobo Moreira Ferro respectivamente. Ambos os dous pertencentes ao Grupo Parlamentario Popular; a primeira pertencente á circunscrición electoral da Coruña e o segundo a Pontevedra.

III Reunións dos órganos da Cámara. Calendario de actividades

A ordenación do traballo parlamentario e o calendario de actividades para este período aprobouse na Mesa-Xunta de Portavoces, o 2 de setembro de 2014.

O resumo estatístico deste período é o seguinte:

ÓRGANO	Núm. reunións
MESA	26
XUNTA DE PORTAVOCES	12
PRESIDENTES/AS DE COMISIÓN	4
PLENO	11
DEPUTACIÓN PERMANENTE	2

3 Torres Muro lembra o carácter da democracia e a súa vinculación á realidade parlamentaria do seguinte xeito: "Esta atópase indisolublemente unida, nas sociedades algo complexas, á existencia dunhas Cámaras representativas. Non poden pretender as mesmas, desde logo, un monopolio da representación. É claro que poden resultar moi útiles, para cubrir as súas deficiencias, outros mecanismos que cheguen onde o Parlamento non pode chegar, pero cando se elimina o mesmo estamos falando de algo que, con toda seguridade, non é unha democracia". Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano e Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, outubro 2014.

ÓRGANO		Núm. reunións
COMISIÓNS	Comisión 1ª. Institucional, de Administración Xeral, Xustiza e Interior	9
	Comisión 2ª. Ordenación Territorial, Obras Públicas, Medio Ambiente e Servizos	9
	Comisión 3ª. Economía, Facenda e Orzamentos	30
	Comisión 4ª. Educación e Cultura	10
	Comisión 5ª. Sanidade, Política Social e Emprego	13
	Comisión 6ª. Industria, Enerxía, Comercio e Turismo	9
	Comisión 7ª. Agricultura, Alimentación, Gandería e Montes	9
	Comisión 8ª. Pesca e Marisqueo	9
	Comisión do Regulamento	0
	Comisión do Estatuto dos Deputados	0
	Comisión de Peticións	0
	Comisión de Control da CRTVG	5
	Comisión para as Relacións co Consello de Contas	1
	Comisión de Asuntos Europeos	2
	Comisión de estudo sobre a seguridade viaria en Galicia	2
	Comisión non permanente para o seguimento das políticas relativas á discapacidade	3
	Comisión non permanente para a igualdade e para os dereitos das mulleres	4

IV Debate de política xeral

Con data 12 de setembro, e dando cumprimento ao artigo 48 da Lei 1/1983, do 22 de febreiro, reguladora da Xunta e da súa Presidencia, a Xunta de Galicia remitiu unha comunicación ao Parlamento de Galicia solicitando a comparecencia do Presidente da Xunta para informar e debater respecto da situación política da Comunidade Autónoma de Galicia[4].

A Mesa do Parlamento cualificou e admitiu a trámite a devandita solicitude na súa reunión do 16 de setembro de 2014 e publicouse este acordo no BOPG núm. 342, fasc. 1º, de data 17/09/2014. Posteriormente, na reunión da Mesa-Xunta de Portavoces do 30 de setembro acordouse celebrar sesión plenaria para o debate anual de política xeral o martes día 7 de outubro de 2014, para continuar o xoves día 9 de outubro.

Comezou a sesión plenaria coa comparecencia do presidente da Xunta o día 7 de outubro ás 10.00 horas expoñendo a situación política da Comunidade. Logo da intervención do señor presidente da Xunta levantouse a sesión ás 11.47 horas, retomándose ás 16.00 horas coa intervención dos grupos parlamentarios por un tempo asignado a cada un de trinta e cinco minutos segundo acordo da Xunta de Portavoces do día 30 de setembro. Respondeu o presidente da Xunta, logo dunha pequena suspensión da sesión durante trece minutos. Logo desta produciuse a rolda de réplica dos grupos parlamentarios por un tempo de dez

4 Raquel Marañón conceptúa o "Debate sobre o estado da rexión" do seguinte modo: "Con paralelismo ao que existe no goberno nacional, o Debate sobre o Estado da Rexión é unha data política central no ámbito da respectiva Comunidade Autónoma. Sitúa ao parlamento autonómico no momento da súa celebración na centralidade da vida política e é unha data agardada que serve non só para facer balance senón tamén para posibles anuncios de interese xeral. Se é unha cita clave para o Presidente do executivo autonómico non o é menos para a oposición que ten unha excelente ocasión para expoñer de maneira anticipada aspectos do seu programa de goberno e contrapoñer a súa visión política co Presidente do executivo". Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano e Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, outubro 2014.

minutos cada unha e, por último, a contrarréplica do señor Núñez Feijóo. Suspendeuse a sesión ás nove e cincuenta e dous minutos do serán, non sen antes informar á presidenta sobre o prazo das propostas de resolución subseguintes ao debate, que foi ás 10.30 horas do día seguinte, mércores 8 de outubro, así como da seguinte sesión plenaria o xoves día 9 de outubro ás 11.00 horas.

O mércores 8 de outubro, os grupos parlamentarios foron presentando as propostas de resolución que non podían exceder de 40 por cada un, e que debían referirse a grandes liñas de política xeral, non locais, de enunciación simple e sen dar lugar a votación separada dentro de cada proposta. A Mesa cualificou estas propostas na reunión do mesmo día 8 de outubro ás 12.00 horas e logo disto ordenou a distribución aos grupos parlamentarios de todas as propostas admitidas para o seu coñecemento e estudo. O prazo establecido para a presentación por parte dos grupos das propostas admitidas e petición de agrupación ou votación separada rematou ás 22.30 horas dese mesmo día tamén.

O día 9 de outubro, xoves, reiniciouse a sesión ás 11.00 horas para o debate e votación das propostas de resolución. Os grupos parlamentarios tiveron un tempo de vinte minutos cada un para a presentación e defensa global das súas propostas de resolución, e outros dez minutos cada un para o posicionamento de cada un respecto das propostas dos demais grupos. Por último, procedeuse á votación das propostas de resolución admitidas e á votación das agrupadas para votar separadamente cada grupo parlamentario. Resultaron aprobadas 56 propostas de resolución. Levantouse a sesión ás 14.32 horas.

O contido deste debate está reflectido nos Diarios de Sesións núms. 80 e 81, e as propostas de resolución pódense consultar no Boletín Oficial do Parlamento de Galicia núm. 355, do 13 de outubro de 2014.

V Procedementos de natureza normativa

PROCEDEMENTOS LEXISLATIVOS - IX LEXISLATURA
— Segundo período de sesións de 2014 —

LEIS aprobadas	7

Proxectos de lei	
Presentados	4
Aprobados	4
Retirados	—
En tramitación	2

Proposicións de lei	
Presentadas	4
Aprobadas	2
Rexeitadas	3
Retiradas	1
En tramitación	8

Proposicións de lei de iniciativa lexislativa popular	
Procedentes da anterior lexislatura	2
Presentadas	1
Aprobadas	1
Rexeitadas	—
En tramitación	3

Proposicións de lei ante o Congreso	
Presentadas	3
Aprobadas	—
Rexeitadas	3
En tramitación	2

Durante este primeiro período ordinario, presentáronse 4 proxectos de lei[5]

1. Proxecto de lei de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2015.
2. Proxecto de lei de medidas fiscais e administrativas.
3. Proxecto de lei de calidade dos servizos públicos e da boa administración.
4. Proxecto de lei de mellora da estrutura territorial agraria de Galicia.

– Os catro foron aprobados e polo tanto convertidos en lei; son os seguintes:

1. Lei 7/2014, do 26 de setembro, de arquivos e documentos de Galicia.
2. Lei 10/2014, do 3 de decembro, de accesibilidade.
3. Lei 11/2014, do 19 de decembro, de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2015.
4. Lei 12/2014, do 30 de decembro, de medidas fiscais e administrativas.

– Atópanse ao remate do período de sesións dous proxectos de lei en trámite:

1. Proxecto de lei de calidade dos servizos públicos e da boa administración.
2. Proxecto de lei de mellora da estrutura territorial agraria de Galicia.

Presentáronse, tamén neste primeiro período, 4 proposicións de lei[6]

1. Proposición de lei, a iniciativa do G.P. do Bloque Nacionalista Galego, de publicidade institucional de Galicia.
2. Proposición de lei, a iniciativa do G.P. da Alternativa Galega de Esquerda, de publicidade institucional galega.
3. Proposición de lei, a iniciativa do G.P. do Bloque Nacionalista Galego, de modificación da Lei 2/2012, do 28 de marzo, galega de protección xeral das persoas consumidoras e usuarias, para a introdución do concepto de pobreza enerxética e medidas para a súa erradicación.

5 Codes Calatrava delimita deste xeito os proxectos de lei: "A iniciativa lexislativa gobernamental pode versar sobre calquera materia e é, ademais, desde un punto de vista cuantitativo, a máis importante ao longo da Lexislatura. A inmensa maioría das leis que se aproban en España provén de proxectos de lei. En Dereito Comparado é habitual distinguir igualmente entre as iniciativas lexislativas gobernamentais e non gobernamentais, reservándose igualmente unha nomenclatura específica para as iniciativas provenientes do Goberno (bill en Inglaterra, project de loi en Francia ou disegni di legge en Italia)". Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano e Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, outubro 2014.

6 O letrado das Cortes Codes Calatrava delimita as iniciativas lexislativas deste xeito: "A clasificación máis empregada en Dereito Comparado para distinguir os tipos de iniciativas lexislativas é a que distingue entre a iniciativa gobernamental e a extra-gobernamental. Esta distinción está estendida e é aceptada ata o punto de que se empregan denominacións distintas para facer referencia ás iniciativas dun ou doutro tipo, xa que as iniciativas lexislativas procedentes do Goberno se denominan bill en Inglaterra, project de loi en Francia ou disegni di legge en Italia, mentres que neses mesmos países, para as iniciativas lexislativas procedentes dun órgano alleo ao Goberno, empréganse as denominacións private member bill, proposition de loi ou proposta di legge, respectivamente". Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano e Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, outubro 2014.

4. Proposición de lei, a iniciativa do G.P. do Bloque Nacionalista Galego, pola que se crea e regula unha prestación económica de carácter periódico para as mulleres que sofren violencia de xénero.

– E aprobáronse dúas: a primeira proveniente do anterior período ordinario, e a segunda de principio da actual lexislatura:

1. Lei 8/2014, do 26 de setembro, de reforma da Lei 1/1993, do 18 de abril, de protección de animais domésticos e salvaxes en catividade.

2. Lei 9/2014, do 30 de outubro, de reforma da lei 1/1988, do 19 de xaneiro, de iniciativa lexislativa popular[7] ante o Parlamento de Galicia.

– Non se tomaron en consideración as seguintes:

1. Proposición de lei, a iniciativa do G.P. Alternativa Galega de Esquerda, de modificación da Lei 3/2008, do 23 de maio, de ordenación da minería de Galicia.

2. Proposición de lei, a iniciativa do G.P. Alternativa Galega de Esquerda, de modificación da Lei de ordenación da minería de Galicia, relativa á prohibición do uso de tecnoloxías mineiras a base de cianuro en Galicia e a constitución de garantías suficientes fronte ás indemnizacións por danos.

3. Proposición de lei, a iniciativa do G.P. do Bloque Nacionalista Galego, galega de fomento da corresponsabilidade.

– E unha proposición de lei foi retirada antes da toma en consideración:

1. Proposición de lei a iniciativa do G.P. Mixto, de derrogación da Lei 3/2011, do 30 de xuño, de apoio á familia e á convivencia de Galicia.

– Xa que logo, atópanse neste momento en trámite as seguintes:

1. Proposición de lei, a iniciativa do G.P. Popular de Galicia, de reforma da Lei 8/1985, do 13 de agosto, de eleccións ao Parlamento de Galicia, e o Regulamento[8] do Parlamento de Galicia.

7 Segundo Codes Calatrava na súa pedagóxica aproximación a estas iniciativas: "A iniciativa lexislativa parlamentaria supón a posibilidade de que sexan as propias Cámaras as que presenten unha proposta de texto lexislativo. No parlamentarismo clásico atribuíase a iniciativa lexislativa aos parlamentarios individualmente considerados, porén, nos Parlamentos contemporáneos, entendidos como órganos representativos nacionais a través dos partidos políticos, o habitual é que a iniciativa lexislativa se outorgue a un conxunto de parlamentarios ou directamente a un Grupo Parlamentario. Nos Estados cun Parlamento bicameral adoita recoñecerse iniciativa lexislativa a ambas as dúas Cámaras, sexa en igualdade de condicións (como en Italia ou Bélxica), ou introducindo determinadas limitacións á iniciativa lexislativa da Cámara Alta (como acontece en Inglaterra). Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano e Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, outubro 2014.

8 Manuel Delgado-Iribarren García-Campero lembra o sentido histórico dos Regulamentos parlamentarios: "O Regulamento parlamentario é a norma que aproba autonomamente unha Cámara lexislativa co obxecto de regular a súa organización e funcionamento. A súa consideración como máxima expresión da autonomía parlamentaria forxouse desde as orixes do constitucionalismo, se ben se artellou sobre a base de diferentes fundamentos: como o privilexio colectivo fronte ás prerrogativas da Coroa no Dereito inglés; como expresión do poder constituínte defendido por Sieyés e Mirabeau na Revolución Francesa; ou como expresión do principio de separación de poderes na Constitución norteamericana". Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano e Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, outubro 2014.

2. Proposición de lei a iniciativa do G.P. Alternativa Galega de Esquerda, de modificación da Lei 1/1988, do 19 de xaneiro, de iniciativa lexislativa popular ante o Parlamento de Galicia.

3. Proposición de lei a iniciativa do G.P. Alternativa Galega de Esquerda, de reforma da Lei de eleccións ao Parlamento de Galicia.

4. Proposición de lei, a iniciativa do G.P. dos Socialistas de Galicia de dereitos e garantías da dignidade dos enfermos terminais.

5. Proposición de lei a iniciativa do G.P. do Bloque Nacionalista Galego, de publicidade institucional de Galicia.

6. Proposición de lei a iniciativa do G.P. da Alternativa Galega de Esquerda, de publicidade institucional galega.

7. Proposición de lei a iniciativa do G.P. do Bloque Nacionalista Galego, de modificación da Lei 2/2012, do 28 de marzo, galega de protección xeral das persoas consumidoras e usuarias, para a introdución do concepto de pobreza enerxética e medidas para a súa erradicación.

8. Proposición de lei a iniciativa do G.P. do Bloque Nacionalista Galego, pola que se crea e regula unha prestación económica de carácter periódico para as mulleres que sofren violencia de xénero.

En canto ás proposicións de lei de iniciativa lexislativa popular, presentouse unha nova:

1. Proposición de lei de iniciativa lexislativa popular sobre o dereito ao coñecemento e á contemplación da obra de Castelao polo pobo galego.

– Foi aprobada unha, que iniciou o seu trámite na anterior lexislatura coa denominación de Proposición de lei de iniciativa lexislativa popular para garantir a prestación das especialidades de Hemodinámica, Radioterapia e Medicina Nuclear en igualdade de condicións para toda a cidadanía galega con independencia do seu lugar de residencia en Galicia, e que se aprobou coa denominación que se indica a continuación:

1. Lei 13/2014, do 22 de decembro, pola que se modifica a lei 12/2013, do 9 de decembro, de garantías de prestacións sanitarias

– Xa que logo, atópanse en trámite as seguintes:

1. Proposición de lei de iniciativa lexislativa popular de medidas para restituír os dereitos laborais, profesionais e retributivos do profesorado e mellora da calidade do ensino en Galicia.

2. Proposición de lei de iniciativa lexislativa popular, sobre o dereito ao coñecemento e á contemplación da obra de Castelao polo pobo galego.

E, por último, o balance das Proposicións de lei ante o Congreso é o seguinte, presentáronse 3:

1. Proposición de Lei perante o Congreso dos Deputados, pola que se aproba o concerto económico de Galicia.

2. Proposición de Lei perante o Congreso dos Deputados, de reforma da Lei 35/2006, do 28 de novembro, do imposto sobre a renda das persoas físicas e de modificación parcial das leis dos impostos sobre sociedades, relativa á tributación das pensións públicas percibidas por persoas emigrantes retornadas de Estados cos que existe convenio sobre dobre imposición.

3. Proposición de Lei perante o Congreso dos Deputados, de transferencia da titularidade e competencias da AP-9 á Xunta de Galicia.

– Non foron tomadas en consideración tres:

1. Proposición de lei perante o Congreso dos Deputados, a iniciativa do G.P. do Bloque Nacionalista Galego, relativa á modificación do artigo 82 da Lei orgánica de réxime electoral[9].

2. Proposición de lei perante o Congreso dos Deputados, a iniciativa do Bloque Nacionalista Galego, de reforma da lei 35/2006, do 28 de novembro, do imposto sobre a renda das persoas físicas e de modificación parcial das leis dos impostos sobre sociedades, relativa á tributación das pensións públicas percibidas por persoas emigrantes retornadas de Estados cos que existe convenio sobre dobre imposición.

3. Proposición de lei perante o Congreso dos Deputados, a iniciativa do G.P. do Bloque Nacionalista Galego, orgánica de transferencia de competencias á Comunidade Autónoma de Galicia en materia de salvamento marítimo e loita contra a contaminación mariña.

– Atópanse <u>en trámite</u> as seguintes:

1. Proposición de lei perante o Congreso dos Deputados, a iniciativa do Bloque Nacionalista Galego, pola que se aproba o concerto económico de Galicia.

2. Proposición de lei perante o congreso dos Deputados, a iniciativa do G.P. do Bloque Nacionalista Galega, de transferencia da titularidade e competencias da AP-9 á Xunta de Galicia.

9 Manuel Delgado-Iribarren García-Campero define así a lei electoral: "aquela norma lexislativa pola que se rexe un proceso electoral". Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano e Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, outubro 2014.

VI Procedementos de control, impulso e información

Procedementos de control e impulso

Durante o segundo período de sesións de 2014 presentáronse 528 proposicións non de lei[10] en pleno; foron rexeitadas 38, aprobadas con modificacións 5, aprobadas sen modificacións 11, e ningunha retirada.

En Comisión presentáronse 578 proposicións non de lei, das que foron rexeitadas 247, aprobadas con modificacións 10 e aprobadas sen modificacións 25, e retiradas 3.

En canto ás mocións, foron presentadas 24, das que se rexeitaron 22, se aprobaron sen modificacións 1.

Procedementos de información

O control dos grupos parlamentarios sobre o Executivo a través das solicitudes de comparecencia, interpelacións e preguntas, reflíctese neste período no seguinte cadro:

Solicitudes de comparecencia	
En Pleno	
Presentadas	69
Tramitadas	17
Retiradas	0
En Comisión	
Presentadas	41
Tramitadas	11
Retiradas	3

Interpelacións	
Presentadas	274
Tramitadas	24
Retiradas	0

Preguntas	
Orais en Pleno dirixidas aos membros da Xunta	
Presentadas	597
Tramitadas	43
Retiradas	0
Aprazadas	0
Orais en Pleno urxentes	
Presentadas	41
Tramitadas	23
Orais en Pleno dirixidas ao Presidente da Xunta	
Presentadas	25
Tramitadas	25
Aprazadas	
Retiradas	
Orais en Comisión	
Presentadas	972
Tramitadas	252
Aprazadas	22
Retiradas	5
Con resposta escrita	
Presentadas	615
Tramitadas	1.256
Retiradas	0

10 Rosa Ripollés conceptúaas así: "As Proposicións non de lei, comunmente coñecidas no Congreso dos Deputados polo acrónimo "PNLs" son actos parlamentarios que participan da dobre condición de instrumentos de control e impulso político e, a este fin, o seu obxectivo radica en conseguir unha resolución dun órgano parlamentario —sexa o Pleno ou unha Comisión da Cámara—, isto é o posicionamento parlamentario respecto dunha proposta concreta. Algún autor como Fernández Fontecha e Torres sostén que vinculan ao Goberno no ámbito das súas competencias; se ben a carencia de sanción no ordenamento parlamentario por incumprimento da Resolución diminúe a eficacia xurídica deste instituto, que queda circunscrito á eficacia política". Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano e Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, outubro 2014.

VII Declaracións institucionais[11]

Como xa apuntamos en anteriores crónicas, as declaracións institucionais son acordos non previstos no Regulamento do Parlamento de Galicia pero que se adoptan por unanimidade de todos os grupos políticos. Neste período aprobáronse as seguintes:

– Declaración institucional sobre o recoñecemento do Estado de Palestina. Pleno día 25/11/2014, DS núm. 87, BOPG núm. 382, 28/11/2014.

– Declaración institucional sobre a arte de pesca ao xeito. Pleno día 25/11/2014. DS núm. 87 e no BOPG núm. 382, 28/11/2014.

VIII Procedementos de control económico e orzamentario

Dentro desta clase de procedementos podemos citar:

Conta xeral

– Conta xeral da Administración da Comunidade Autónoma correspondente ao exercicio 2013. BOPG núm. 369, fasc. 1º, 06/11/2014.

Informes de fiscalización

– Informes de fiscalización correspondentes ao Plan de Traballo do ano 2013 (exercicio económico de 2013). BOPG núm. 372, fasc. 2º, 12/12/2014.

Informes sobre o estado de execución do orzamento[12]

– Estado de execución orzamentaria do segundo trimestre 2014. BOPG núm. 349, fasc. 1º, 01/10/2014.

11 Esteban Greciet defíneas desta guisa: "Trátase dun texto sen valor normativo, similar a unha proposición non de lei, unha moción ou unha resolución, que expresa a opinión unánime dunha Cámara parlamentaria sobre un determinado asunto de relevancia política. A particularidade das declaracións institucionais reside en que, normalmente, non suscitan debate político ningún e son aprobadas por unanimidade da Cámara, precisamente por reflectir a opinión e o sentir común dos parlamentarios e a coincidencia das súas posicións e das dos Grupos aos que pertencen sobre un tema de gravidade política ou que é percibido por todos como de grande importancia. As condenas dos atentados terroristas, os pronunciamentos sobre asuntos internacionais relacionados cos dereitos humanos ou co medio ambiente, as efemérides institucionais máis sobresaíntes, as conmemoracións de días contra as máis variadas formas de violencia e/ou discriminación e cuestións afíns ou análogas a estas adoitan ser o obxecto destas declaracións". Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano e Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, outubro 2014.

12 O letrado das Cortes de Aragón José Tudela Aranda lembra que: "É lugar común entender que a función orzamentaria ou financeira é cronoloxicamente a primeira das funcións parlamentarias. Na súa acepción máis estrita é a función relativa á determinación dos gastos e ingresos do Estado. Precisamente, a orixe do Parlamento atoparíase intimamente vinculada á necesidade de controlar eses ingresos e gastos. A Constitución respondería a este vello principio, primeiro establecendo no artigo 66.2 que corresponde ás Cortes Xerais aprobar os Orzamentos Xerais do Estado e reiterando posteriormente esta afirmación cando no artigo 134.1 distingue entre aquilo que en relación cos Orzamentos correspondería ás Cortes Xerais, en concreto o seu exame, emenda e aprobación e aquilo que correspondería ao Goberno, a súa elaboración. Inmediatamente, haberá que sinalar que de entre todas as funcións parlamentarias é seguramente á orzamentaria á que con maior plenitude acada a lucidez de Manzella, ao predicar un relativismo procedemental que provoque que, máis alá das expresións formais, se atenda ao obxecto para determinar que fai un Parlamento". Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano e Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, outubro 2014.

– Estado de execución orzamentaria do primeiro trimestre 2014. BOPG núm. 307, 25/06/2014.

Modificacións orzamentarias

– Modificacións do mes de xuño de 2014. BOPG núm. 317, fasc. 2º, 16/07/2014.

– Modificacións do mes de xullo de 2014. BOPG núm. 335, fasc. 2º, 05/09/2014.

– Modificacións do mes de agosto de 2014. BOPG núm. 346, fasc. 1º, 24/09/2014.

– Modificacións do mes de setembro de 2014. BOPG núm. 361, fasc. 3º, 24/10/2014.

– Modificacións do mes de outubro de 2014. BOPG núm. 376, fasc. 2º, 20/11/2014.

– Modificacións do mes de novembro de 2014. BOPG núm. 392, fasc. 1º, 17/12/2014.

Información sobre a situación das operacións de crédito e préstamos vixentes do IGAPE

– Información sobre concesión de préstamos do IGAPE no 2º trimestre do ano 2014. BOPG núm. 335, fasc. 2º, 05/09/2014.

– Información sobre os avais do IGAPE no 2º trimestre do ano 2014. BOPG núm. 335, fasc. 2º, 05/09/2014.

– Información sobre os avais do IGAPE no 3º trimestre do ano 2014. BOPG núm. 389, fasc. 1º, 11/12/2014.

– Información sobre concesión de préstamos do IGAPE no 3º trimestre do ano 2014. BOPG núm. 389, fasc. 1º, 11/12/2014.

Informes sobre a disposición do fondo de continxencia

– Informe sobre a disposición do fondo de continxencia correspondente ao 3º trimestre de 2014. Publicación BOPG núm. 365, fasc. 1º, 30/10/2014.

Plan económico-financeiro específico vixente

– Plan económico financeiro específico vixente de consellerías, organismos autónomos e sociedades públicas a 30 de xuño de 2014. BOPG núm. 325, 12/08/2014.

Fixación do límite máximo de gasto non financeiro do orzamento da Comunidade Autónoma de Galicia

– Fixación do límite máximo de gasto non financeiro do orzamento da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2015. BOPG núm. 323, 08/08/2014. Debate en Pleno 04/08/2014 - DS núm. 75. BOPG núm. 323, 08/08/2014.

IX Procedementos relativos a outras institucións e órganos

Consello de Contas

– Memoria correspondente ao Plan de Traballo do ano 2013. BOPG núm. 372, fasc. 2º, 12/11/2014.

Unión Europea[13]

– Consulta sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta de regulamento do Parlamento Europeo e do Consello polo que se modifican as Directivas 2008/98/CE sobre os residuos, 94/62/CE relativa aos envases e residuos de envases, 1999/31/CE relativa ás verteduras de residuos, 2000/53/CE relativa aos vehículos ao final da súa vida útil, 2006/31/CE relativa ás pilas e acumuladores e aos residuos de pilas e acumuladores e 2013/19/UE sobre residuos de aparellos eléctricos e electrónicos (Texto pertinente para efectos de EEE) [COM(2014) 397 final] [2014/0201 (COD)] {SWD(2014) 207 final} {SWD(2014) 208 final} {SWD(2014) 2 09 final} {SWD(2014) 210 final}.

  Dación en contra pola Presidencia - Mesa do Parlamento 01/08/2014

  Toma coñecemento e peche do expediente - Mesa do Parlamento 26/08/2014

– Consulta sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta de regulamento do Parlamento Europeo e do Consello polo que se modifica o Regulamento (CE) nº 184/2005, relativo ás estatísticas comunitarias sobre balanza de pagos, comercio internacional de servizos e investimentos estranxeiros directos, polo que se refire á atribución á Comisión de Competencias Delegadas e de Execución para adoptar determinadas medidas (Texto pertinente para efectos de EEE) [COM(2014) 379 final] [2014/0194 (COD)].

  Dación en contra pola Presidencia - Mesa do Parlamento 01/08/2014

  Toma coñecemento e peche do expediente - Mesa do Parlamento 26/09/2014

– Consulta sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta de directiva do Parlamento Europeo e do Consello pola que se facilita o intercambio transfronteirizo de información sobre infraccións de tráfico en materia de seguridade viaria (texto pertinente para efectos do EEE) [COM(2014)476FINAL] [2014/0218(COD)].

  Publicación - BOPG núm. 329, 26/08/2014

  Toma coñecemento e peche do expediente - Mesa do 16/09/2014

– Consulta sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta de regulamento do Parlamento Europeo e do Consello relativo á fabricación, á comercialización e ao uso de pensos medicamentosos e polo que se derroga a Directiva 90/167/CEE do

13 Sobre a natureza destes procedementos pode consultarse o noso libro *Manual Parlamentario. Guía para os deputados e deputadas do Parlamento de Galicia*. Parlamento de Galicia. 2011.

Consello (Texto pertinente para efectos do EEE) [COM(2014) 556 final] [2014/0255 (COD)] [COM(2014) 556 final Anexos].

Publicación - BOPG núm. 342, 17/09-2014

Toma coñecemento e peche do expediente - Mesa do 30/09/2014

– Consulta sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta de directiva do Parlamento Europeo e do Consello sobre requisitos relativos a límites de emisións e homologacións de tipo para motores de combustión interna que se instalen en máquinas móbiles non de estrada (texto pertinente para efectos do EEE) [COM(2014) 581 final] [2014/0268 (COD)] {SWD(2014) 281 final} {SWD(2014) 282 final} [COM(2014) 581 final].

Publicación - BOPG núm. 349, fasc. 2º, 01/10/2014

Toma coñecemento e peche do expediente - Mesa do 14/10/2014

– Consulta sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta de directiva do Parlamento Europeo e do Consello sobre a creación dunha axencia da Unión Europea para a formación en funcións coercitivas (CEPOL) e polo que se derroga e substitúe a Decisión 2005/681/JAI do Consello (texto pertinente para efectos do EEE) [COM(2014) 465 final/2] [2014/0217 (COD)].

Publicación - BOPG núm. 350, fasc. 2º, 02/10/2014

Toma coñecemento e peche do expediente - Mesa do 14/10/2014

– Consulta sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeo e do Consello que modifica o Regulamento (CE) nº 726/2004, polo que se establecen procedementos comunitarios para a autorización e control dos medicamentos de uso humano e veterinario e polo que se crea a Axencia Europea (texto pertinente para efectos do EEE) [COM(2014) 557 final] [2014/0256 (COD)].

Publicación - BOPG núm. 350, fasc. 2º, 02/10/2014

Toma coñecemento e peche do expediente - Mesa do 14/10/2014

– Consulta sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta de regulamento do Parlamento Europeo e do Consello sobre os medicamentos veterinarios (texto pertinente para efectos do EEE) [COM(2014) 558 final] [2014/0257 (COD)] {SWD(2014) 273 final} {SWD(2014)274 final} [COM(2014) 558 final/2 Anexos].

Publicación - BOPG núm. 351, 06/10/2014

Toma coñecemento e peche do expediente - Mesa do 14/10/2014

– Consulta sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta do Consello relativa ao réxime do imposto do "arbitrio insular" nas rexións ultraperiféricas francesas [COM(2014) 666 final] [2014/0308 (CNS)] [COM(2014) 666 final/2 Anexo].

Publicación - BOPG núm. 367, fasc. 1º, 04/11/2014

Toma coñecemento e peche do expediente - Mesa do 18/11/2014

– Consulta sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta do regulamento do Parlamento Europeo e do Consello pola que se derrogan determinados actos no espazo de liberdade, seguridade e xustiza [COM(2014) 713 final] [2014/0337 (COD)].

Publicación - BOPG núm. 387, 05/12/2014

Toma coñecemento e peche do expediente - Mesa do 16-12-14

– Consulta sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta de regulamento do Parlamento Europeo e do Consello polo que se derrogan determinados actos no ámbito da cooperación policial e xudicial en materia penal [COM(2014) 715 final] [2014/0339 (COD)].

Toma coñecemento e peche do expediente - Mesa do 16/12/2014

– Consulta sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta de decisión do Parlamento Europeo e do Consello pola que se derrogan determinados actos no ámbito da cooperación policial e xudicial en materia penal [COM(2013) 714 final] [2014/338 (COD)].

Publicación - BOPG núm. 387, 05/12/2014

Toma coñecemento e peche do expediente - Mesa do 16/12/2014

– Consulta sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeo e do Consello sobre os índices de prezos de consumo harmonizados e polo que se derroga o Regulamento(CE) nº 2494/1995 (Texto pertinente a efectos do EEE) [COM(2014) 724 final] [2014/0346 (COD)] [COM(2014) 724 final Anexo].

Publicación - BOPG núm. 392, fasc. 2º, 17/12/2014

Comité das Rexións

– Consulta á Rede de seguimento da subsidiariedade sobre a aplicación do principio de subsidiariedade na Proposta da directiva do Parlamento Europeo e do Consello polo que se modifican as directivas 2008/98/CE sobre os residuos, 94/62/CE relativa aos envases e residuos de envases, 1999/31/CE relativa á vertedura de residuos, 2000/53/CE relativa aos vehículos ao final da súa vida útil, 2006/31/CE relativa ás pilas e acumuladores e aos residuos de pilas e acumuladores e 2013/19/UE sobre residuos de aparellos eléctricos e electrónicos [COM(2014) 397 final].

Publicación - BOPG núm. 320, 30/7/2014

Coñecemento da Resolución da Presidencia - Mesa 01/08/2014

Peche do expediente - Mesa 26/08/2014

X Procedementos de designación e propostas de nomeamento

Representantes do Padroado da Fundación Galega Obra Social

- Designación de catro membros do Padroado da Fundación Galicia Obra Social.
- Comunicación de vacantes - Rexistro de entrada núm. 24752, 03/07/2014
- Coñecemento e traslado aos portavoces - Mesa 09/07/2014
- Solicitude de inicio do procedemento de designación, a iniciativa do GG.PP. Popular de Galicia, dos Socialistas de Galicia e de Alternativa Galega de Esquerda - Rexistro de entrada núm. 25486, 31/07/2014
- Acordo de inicio do procedemento - Mesa 01/08/2014
- Coñecemento dos candidatos designados polos grupos - Mesa 04/08/2014

XI Solicitude de creación de comisións de investigación[14]

- Solicitude de creación dunha Comisión de investigación, a iniciativa dos GG.PP. Alternativa Galega de Esquerda e do Bloque Nacionalista Galego, sobre as causas do accidente ferroviario de Santiago o pasado 24 de xullo, así como sobre as condicións de seguridade na rede ferroviaria de alta velocidade en Galicia.
- Solicitude de creación dunha Comisión de Investigación, a iniciativa dos GG.PP. do Bloque Nacionalista Galego e Alternativa Galega de Esquerda, sobre a presunta fraude ou estafa de subvencións e malversación de fondos públicos na organización de cursos de formación sufragados pola Xunta de Galicia.

XII Acordos interpretativos do Regulamento do Parlamento

Normas reguladoras do procedemento para a aprobación dos mandatos marco referidos aos obxectivos xerais da función de servizo público que debe cumprir a Corporación Radio e Televisión de Galicia, S.A. (Corporación RTVG) ao abeiro do establecido na Lei 9/2011, do 9 de novembro, dos medios públicos de comunicación audiovisual de Galicia[15]**.** BOPG núm. 376, fasc. 1º, 20/11/2014.

14 O letrado das Cortes de Aragón José Tudela Aranda lembra que: "Historicamente, a enquisa parlamentaria é unha expresión da función de control. A enquisa refírese á capacidade da institución parlamentaria para requirir información sobre unha materia ou, dando un paso máis, investigar ata formarse unha opinión e extraer unhas conclusións sobre un determinado asunto. Na actualidade, identifícase coa Comisión de investigación, agás en Alemania, onde se distingue entre ambas as, dúas existindo comisións de investigacións e comisións de enquisa. No Regulamento do Bundestag, a diferenza é que estas segundas teñen un carácter basicamente informativo. Tamén é posible entender que a enquisa é unha manifestación superior do control que abrangue tanto a investigación, como o estudo e información. No vixente Dereito parlamentario, o termo enquisa está desaparecendo. Neste sentido, é posible ver unha reminiscencia histórica na súa utilización". ". Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano e Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, outubro 2014.

15 De interese para esta cuestión é o noso traballo: "Una aproximación a los medios de comunicación desde la perspectiva autonómica: su dimensión jurídico-constitucional". Parlamento y comunicación (nuevos retos). XI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Tecnos. Madrid. 2005. Páxinas 189 a 203.

XIII Informes e comparecencias en cumprimento doutras normas

– Informe de seguimento do Programa estatístico anual 2013.

Presentación do informe - BOPG núm. 330, 27/08/2014

– Memoria da Fiscalía Superior da Comunidade Autónoma de Galicia do ano 2013.

Presentación da Memoria - BOPG núm. 393, 18/12/2014

Comparecencia - Comisión 1ª, 30/12/2014

– Informe anual sobre racionalización do gasto na prestación farmacéutica da Comunidade autónoma de Galicia.

Presentación do informe - Rexistro de entrada núm. 29728, 04/11/2014

Toma coñecemento e traslado aos portavoces dos grupos - Mesa 10/11/2014

XIV Solicitudes de información ao abeiro do artigo 9 do Regulamento (1 de xullo ao 31 de decembro de 2014)

Grupos parlamentarios	Presentadas	En tramitación	Contestadas
G. P. Popular de Galicia	5	4	1
G. P. dos Socialistas de Galicia	341	282	59
G. P. da Alternativa Galega de Esquerda	29	23	6
G. P. do Bloque Nacionalista Galego	21	13	8
G. P. Mixto	0	0	0
Totais	**396**	**322**	**74**

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

Regap 48

FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES
Maxistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

Recibido: 09/03/2015 | Aceptado: 22/04/2015

Índice: *I. Administración local II. Dereitos fundamentais III. Medioambiente IV. Persoal V. Responsabilidade patrimonial VI. Sanidade VII. Sancións administrativas VIII. Tributos. IX. Universidades X. Urbanismo e ordenación do territorio*

I Administración local

1 Policía local. Inaplicación do límite de idade de 35 anos para o acceso ao corpo da policía municipal por vulnerar a Directiva comunitaria que establece un marco xeral para a igualdade de trato no emprego e na educación. Efecto directo e primacía do dereito comunitario sobre a normativa interna

O Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), Sª do Cont.-Ad., Sección 1ª, na súa Sentenza do 26 de novembro de 2014 (Rec. 252/2014, relator: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) anulou o límite de idade máximo de 35 anos establecido polo Concello de Baiona nas bases para a provisión de prazas de policía local, aplicando a nova doutrina establecida polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea na súa Sentenza do 13 de novembro de 2014 (asunto C-416/13) sobre un suposto similar acontecido en Oviedo. O Tribunal europeo considerou que tal restrición de idade, esixida nunha lei autonómica, vulnera a Directiva 2000/78/CE do Consello,

do 27 de novembro de 2000, sobre Establecemento dun Marco Xeral para a Igualdade de Trato no Emprego e a Ocupación. O TSXG concluíu nesta sentenza que o mesmo acontece co artigo 33.2 da Lei galega 4/2007, do 12 de abril, de coordinación de policías locais ("*en todo caso, para o ingreso na categoría de policía requirirase non ter cumpridos os 36 anos*"), polo que en aplicación dos principios de primacía e efecto directo do dereito comunitario non debe aplicarse dita Lei autonómica. Incidiu ao respecto o TSXG en que:

> «*(…) A la luz de aquella doctrina del Tribunal de Justicia, ni las funciones mencionadas en el artículo 53 de la Ley Orgánica 2/1986 (protección a las autoridades de las Corporaciones Locales, vigilancia o custodia de sus edificios e instalaciones, participación en las funciones de Policía Judicial, la prestación de auxilio, en los casos de accidente, catástrofe o calamidad pública, participando, en la forma prevista en las Leyes, en la ejecución de los planes de Protección Civil, efectuar cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos, vigilar espacios públicos y colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con la Policía de las Comunidades Autónomas en la protección de las manifestaciones y el mantenimiento del orden en grandes concentraciones humanas) ni las del artículo 8.3.a de la Ley gallega 4/2007 (protección del menor y de la mujer, sobre todo en el ámbito de la violencia de género y uso de la coacción para la ejecución forzosa de los actos o disposiciones de la propia comunidad autónoma), constituyen justificación apropiada para establecer dicho límite de edad en función de los objetivos legítimos de política social tendentes a garantizar que los agentes tengan la formación requerida para el puesto de que se trata y asegurarles un período de actividad razonable previo a la jubilación. /// También en el caso de la convocatoria a que se refiere el presente litigio las propias bases exigen a los candidatos a las plazas de agentes de la Policía Local la realización de determinadas pruebas físicas específicas, las cuales permiten alcanzar el objetivo de que dichos agentes tengan las condiciones físicas especiales necesarias para el desarrollo de su profesión. /// Por tanto, asimismo puede afirmarse ahora que nada demuestra que las capacidades físicas específicas requeridas para el ejercicio de la función de agente de la Policía Local estén necesariamente vinculadas a un grupo de edad determinado y no puedan darse en personas que hayan superado determinada edad*».

2 Deputacións provinciais. Principio de autonomía financeira. Obriga de financiar os servizos sociais nos municipios de menos de 20.000 habitantes

Na Sentenza do TSXG (Sección 1ª) do 21 de xaneiro de 2015 (Rec. 281/2012, relator: Ilmo. Sr. Chaves García) desestímase o recurso interposto pola Deputación Provincial de Lugo contra o Decreto 99/2012, do 16 de marzo da Consellería de Traballo e Benestar polo que se regulan os servizos sociais comunitarios e o seu financiamento (DOG núm. 63, do 30 de marzo). Na sentenza rexéitanse, en primeiro termo, os argumentos impugnables de carácter formal. Conclúe que pola natureza do regulamento recorrido e a súa incidencia en todas as entidades locais de Galicia non resultaba preceptivo concederlle antes da súa aprobación un trámite de audiencia individualizado a cada Deputación, bastando o realizado coa FEGAMP. Rexeita tamén os argumentos de fondo (desprazamento indebido ás deputacións da obriga da Xunta de financiar os servizos sociais en municipios de menos de 20.000 habitantes // vulneracións dos principios de autonomía provincial e reserva de lei). Incide o Tribunal en que:

«(…) En esas condiciones en que el Decreto, bien por no ser tajante y claro, bien por no ser completo a la hora de precisar el reparto de la corresponsabilidad en la financiación de servicios comunitarios básicos en municipios de menos de 20.000 habitantes, nos encontramos con un escenario de cofinanciación de un servicio donde el reglamento impugnado no agota ni predetermina una única fórmula de financiación de los servicios litigiosos, como prueba la existencia de Convenios con otras Diputaciones en que éstas asumen voluntariamente la financiación exclusiva de los SAF básico para los ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes, lo que revela la armonización voluntaria de intereses recíprocos entre Xunta y Diputaciones, propiciada por el Decreto impugnado que desarrolla y especifica las fórmulas de financiación de los servicios comunitarios básicos en ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes en un contexto de crisis económica y consiguiente reordenación de relaciones interadministrativas. Y es que si los términos del Decreto comportasen la asunción exclusiva por las Diputaciones de tal carga financiera asistencial, en términos excluyentes de la participación financiera de la Xunta de Galicia, resultaría que las estipulaciones concordantes de los Convenios serían superfluas o inútiles.

En suma, consideramos que el Decreto 99/2012 aquí impugnado es ajustado a Derecho mediante una interpretación conforme con el Ordenamiento Jurídico y particularmente según las leyes de régimen local y las leyes autonómicas de servicios sociales, en relación con la fórmula reglamentaria de vincular la función asistencial a ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes, de manera que la atribución de su financiación a las Diputaciones, que debe entenderse significativa y preponderante a cargo de las Diputaciones gallegas, lo que no impide que dicha previsión reglamentaria se explicite en relación con cada Diputación a través de un Convenio que contempla la situación financiera del ente local y cargas asumidas, bajo los principios citados de colaboración, buena fe y lealtad institucional. Esa interpretación del reglamento conforme a las claves constitucionales es la que debemos acoger.

(…) Por otra parte, el que la Xunta con anterioridad a la vigencia del Decreto 99/2012 aquí impugnado financiase a la totalidad de los ayuntamientos gallegos mientras que ahora la Administración autonómica solamente considera que debe financiar los gastos de ayuntamientos de más de 20.000 habitantes, no constituye factor que demuestre ilegalidad alguna, ni conculcación de precedente vinculante, sino sencillamente la flexibilidad de la participación de la Xunta en tal financiación bajo criterios de oportunidad y según el contexto imperante en cada ejercicio.

(…) Ahora bien, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 40/1998 y 13/2007), la circunstancia de que la cooperación sea voluntaria sólo implica que si alguno de los municipios o Diputaciones no desea participar en los órganos o fórmulas de colaboración —esto es, suscribir convenios— no se le puede obligar, pero no significa —no puede significar— en absoluto que la Comunidad Autónoma tenga que soportar los gastos de financiación en bloque de los servicios. Debemos trasladar esa doctrina al caso de las Diputaciones llamadas a colaborar y formalizar acuerdos con la Xunta de Galicia, en campos como el de la asistencia financiera para los servicios municipales básicos de municipios de menos de 2.000 habitantes, donde la colaboración provincial resulta legalmente obligada y además en parte significativa y preponderante. La citada lealtad institucional explica o justifica que si la Diputación

renuncia a sus exigencias de negociar, deba afrontar la carga y costes de financiación; ello sin perjuicio, claro está, del derecho de las partes negociadoras, si acometen lo que la doctrina alemana califica de Convenios interadministrativos de transacción, en caso de plantearse un escenario de desacuerdo, bloqueo o abuso de posición de alguna parte, poder promover el ejercicio de acciones judiciales frente a la situación anómala».

3 Relación de postos de traballo. Requisitos do persoal eventual. Imposibilidade de atribución de postos de dirección ao persoal do grupo "C". Indebida asignación ao persoal laboral de funcións reservadas aos funcionarios. Exceso de postos con sistema de provisión por libre designación

O TSXG, Sección 1ª, na Sentenza do 2 de xullo de 2014 (Rec. 289/2012, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales) anulou, nunha parte significativa, a Relación de Postos de Traballo (RPT) do Concello de Ourense. En primeiro lugar porque lle asignou funcións de dirección a postos do grupo "C". En segundo, porque atribuíu sen xustificación a persoal eventual postos como o de "director do museo municipal", "técnico de comunicación", "chofer do Alcalde", "secretario da Alcaldía", "técnico asesor municipal", etc. En terceiro por permitir a cobertura por persoal laboral de postos reservados a funcionarios, como os de administrativos, xefes de negociado, etc. E, por último, por establecer inxustificadamente o sistema de libre designación para cubrir 18 postos de traballo (alguacil da Alcaldía, xefes de servizo, etc.). No referente ao persoal eventual insistiu o Tribunal nesta sentenza en que:

«*(…) De conformidad con lo dispuesto tanto en el art. 7 del Decreto Legislativo 1/2008, aplicable al personal de la administración local, y en el art. 12 de la Ley 7/2007, por el que se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público, el personal eventual está reservado para aquellos puestos que realicen funciones de asesoramiento especial o confianza y como recuerda la Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2011, recaída en el Recurso 5359/2009 por referencia a la de 2 de septiembre de 2004 "… impone concluir que los puestos reservados a personal eventual son excepcionales y su validez está condicionada a que sus cometidos se circunscriban a esas funciones de confianza y asesoramiento especial que legalmente delimitan esta específica clase de personal público", añadiendo que "… deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de protección y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa…" por lo que, en el presente caso, no justificándose debidamente la reserva se impone acoger este motivo del recurso y declarar la nulidad también en este aspecto de la relación de puestos de trabajo recurrida*».

4 Repercusión á contratista do servizo de recollida dos residuos sólidos urbanos do custo de contratación de emerxencia a TRAGSA para a recollida do lixo na vía pública durante unha folga

Con motivo dunha folga dos traballadores do servizo de recollida de residuos sólidos urbanos, o Concello de Santiago de Compostela contratou de emerxencia a TRAGSA para que

retirase o lixo das vías urbanas durante tres días. Posteriormente repercutiulle á contratista os 112.000 euros cobrados por TRAGSA. O TSXG (Sección 2ª) na Sentenza do 24 de xullo de 2014 (Rec. 4126/2014, relatora: Ilma. Sra. Recio González) confirmou a validez de dito acto, coas seguintes consideracións:

> «*(…) Ha de partirse de que la repercusión a Urbaser de los costes de la recogida de la basura es por los días de huelga en que no se recogió la misma, lo cual da lugar al coste adicional de contratar a Tragsa. Además hay constancia de que en la resolución de 20 de mayo de 2010 se adoptan medidas de emergencia, y ello se debe al riesgo para la salud a que se hace referencia en el informe del folio 1 del expediente, de la Directora General de Salud Pública de la Xunta de Galicia, puesto que el artículo 34 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, faculta para adoptar estas medidas. No son medidas cautelares provisionalísimas del artículo 72 de la Ley 30/1992 que se adopten para asegurar la eficacia del acto administrativo sino de la aplicación de la Ley de Salud, por lo que no se pueden aceptar los argumentos de la demandante cuando entiende que esas medidas tenían que ser ratificadas, modificadas o levantadas, cuando no tienen esta naturaleza. Son medidas de emergencia ante un riesgo evidente para la salud pública. Los trabajadores se encuentran bajo la dependencia y las órdenes del empresario, en este caso de Urbaser, que asume los riesgos de su actuación cuando aunque se encuentre ejercitando un derecho como el de huelga, hay ciudadanos afectados y ello ha generado unos costes que los mismos no tienen que soportar. No es una sanción sino que se le repercuten esos gastos ocasionados. Del informe obrante en los folios 42 y siguientes del expediente resulta que el 20 de mayo Tragsa empieza a preparar el operativo, a planificar los medios humanos y mecánicos, y la huelga no se desconvoca hasta el día siguiente, cuando Tragsa ya estaba trabajando, sin que conste que Urbaser contase con los medios necesarios para retirar tanta basura acumulada, y menos aún que lo llevara a cabo. El coste repercutido es el abonado a Tragsa, según informe de la misma en que explica los trabajos realizados, mano de obra y medios empleados. Frente a ello no se puede oponer la cantidad que suele cobrar Urbaser porque la misma lo es en circunstancias normales, y éstas no lo eran, dado que la basura llevaba acumulada quince días, y por razones de emergencia y salubridad pública hubo que retirarlo en mucho menos tiempo*».

5 Lei da memoria histórica. Non require eliminar monumentos erixidos no réxime anterior dos que se retirou a simboloxía franquista

Na Sentenza do TSXG do 5 de febreiro de 2015 (Sección 2ª, relatora: Ilma. Sra. Recio González. Inclúe voto particular) confirmouse a desestimación polo Concello de Vigo da solicitude dunha asociación de defensa da memoria histórica, de demolición dun "monumento aos caídos" construído na ditadura franquista ("Cruz do Castro"). Motivouse a sentenza nas seguintes consideracións:

> «(…) *Partiendo de que carece de relevancia que se hayan sucedido diferentes partidos políticos en el gobierno municipal sin que retirasen la cruz porque no es hasta la Ley de la memoria histórica cuando se contiene la previsión legal objeto de discusión; y de que aun admitiendo que originariamente tuviera un significado de exaltación de la guerra civil y de la dictadura, no puede compartirse que hoy, una vez desaparecida toda*

la simbología fascista a que más arriba se hizo referencia —puesto que no se puede considerar que la tengan las figuras y símbolos representativos de los ejércitos—, siga teniendo ese componente de exaltación inicial, habiendo desaparecido su carga política, y puede ser contemplada como un elemento religioso, aunque no fuera su significado originario, puesto que es evidente que se trata de una cruz latina. Al margen de las manifestaciones del perito de la parte demandante, no se puede obviar que la cruz también refleja la persecución por razones políticas en un contexto histórico que no ha de ser olvidado para que no se repita, de forma que ha de conservarse esa memoria, pero no en el sentido de exaltación de los valores franquistas sino en el de que permita reflexionar sobre el pasado, una vez desaparecido el componente político inicial y dado el contexto político actual. Como ese aspecto de exaltación ha desaparecido, no se da la exigencia del artículo 15 antes transcrito. Y contemplada a día de hoy, al margen de las creencias superadas que motivaron su construcción, como muchos otros monumentos a lo largo de la historia de la humanidad, ha de llevar al conocimiento y reflexión por las generaciones presentes y futuras sobre un pasado ya superado pero que no ha de olvidarse, habiendo de considerarse representativo de los caídos de ambos bandos».

II Dereitos fundamentais

Dereitos de reunión e manifestación. Concentración ciclista. Imposición pola Subdelegación do Goberno de restricións desproporcionadas e inxustificadas

Na Sentenza do TSXG do 3 de outubro de 2014 (Sección 1ª, Rec. 286/2014, relator: Ilmo. Sr. López González) explícase polo miúdo a extensión e límites dos dereitos fundamentais de reunión e manifestación, concluíndose coa anulación das restricións impostas por un Subdelegado do Goberno ao percorrido dunha marcha ciclista. Afírmase na sentenza o seguinte:

«*(…) Se trata de una concentración ciclista, pacífica, sin otro objetivo que el plausible de concienciar a la sociedad de los graves peligros que acarrea para los usuarios de velocípedos la densidad de tráfico automovilístico y la escasa diligencia, en la mayor parte de los casos, de los usuarios de vehículos de motor al no respetar las distancias reglamentarias. No podemos dejar en el olvido tampoco que no es la primera vez que concentraciones como ésta tienen lugar, no en vano nos hallamos ante la 30ª convocatoria del "Día da Bici". /// La resolución recurrida motiva su decisión de modificar el trazado, con apoyo en un informe de la Policía Local, en la insuficiencia de efectivos para garantizar la seguridad del evento e, indirectamente, en la negativa incidencia que se podría generar por la presencia en vías públicas de un número indeterminado, presumiblemente elevado, de ciclistas. /// La primera razón, de índole claramente económica, no puede justificar en modo alguno la producida restricción de un derecho fundamental; si tal concentración se ha venido realizando año a año durante tan largo período de tiempo, no encuentra razones esta Sala para que, en esta ocasión, se restrinja su desarrollo, toda vez que la insuficiencia de efectivos policiales puede sustituirse por otras vías tales como habilitación de personal funcionario de la propia Policía Local, utilización de seguridad privada, empleo de vallas de separación, personal de la propia organización del acontecimiento, etc. /// Silencia la resolución administrativa qué situaciones de alteración del orden público con peligro para personas o bienes pueden*

derivar de la pacífica concentración ciclista que nos ocupa en la que acostumbran participar ciudadanos de todas las edades, incluidos niños de muy corta edad y nada dice, tampoco, que situación de colapso circulatorio se va a originar en la capital orensana como consecuencia de este evento. Podría concretar, de darse el caso, que el cierre de determinadas vías produciría graves situaciones de riesgo por la imposibilidad de acceso de servicios médicos asistenciales, ambulancias, bomberos o policía, pero nada dice al respecto. /// Por último no está de más destacar que el espacio temporal que abarcará, desde su comienzo hasta su conclusión, la concentración ciclista, se reduce a cuatro horas, de las que las dos primeras son de agrupamiento y reunión en la calle Progreso y las dos siguientes de circulación por las vías de la ciudad. Y no debemos olvidar que se trata de un domingo en el que el movimiento ciudadano es inferior al de un día laborable. /// En definitiva, además de la escasa motivación aducida por el Ayuntamiento en justificación de su decisión limitadora, la razón primordial en que se asienta, de escasez de efectivos policiales, resulta a todas luces rechazable pues, como dijimos, una motivación meramente económica no puede servir jamás de sustento para coartar un derecho fundamental constitucionalmente consagrado».

III Medio ambiente

1 Plan Hidrolóxico da Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa

O Tribunal Supremo (Sª 3ª, Sección 3ª), na súa Sentenza do 23 de setembro de 2014 (Rec. 582/2012, relator: Excmo. Sr. Trillo Torres) estimou en parte un recurso formulado contra o Real decreto 1332/2012, do 14 de setembro, polo que se aprobou o Plan Hidrolóxico da Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa. Tras rexeitar os argumentos impugnables dirixidos fronte á totalidade do Plan e contra varios dos seus preceptos, finalmente anula en parte o artigo 36 do Real decreto, nos seguintes termos:

«*(…) En los párrafos penúltimo y antepenúltimo del artículo 36 de la normativa del Plan se dice que "la revisión así realizada, al no afectar a los derechos reales preexistentes, no dará lugar a indemnización. /// De conformidad con el artículo 59 del texto refundido de la Ley de Aguas, los caudales ecológicos constituyen una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de aprovechamiento, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos, por lo que la comunicación al titular de los caudales ecológicos que concretamente haya de respetar su aprovechamiento, no supondrá la revisión de la concesión para su adecuación a los Planes Hidrológicos en los términos del artículo 65.3 del texto refundido de la Ley de Aguas, salvo en aquellos casos en que la aprobación de un nuevo Plan altere tan sustancialmente los caudales disponibles o los usos a que éstos puedan destinarse, que en la práctica implique la desaparición del aprovechamiento o su inviabilidad".*

Se argumenta en contra de su legalidad que modifica el art. 65.3, según el cual las concesiones podrán ser revisadas cuando lo exija su ordenación a los Planes Hidrológicos, en cuyo caso "el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa".

En este punto, la pretensión de la demanda ha de ser acogida.

El Abogado del Estado monta su contraargumentación sobre la base de lo dispuesto en el artículo 59.7 del TRLA, según el cual los caudales ecológicos "no tendrán el carácter de uso a efectos de lo previsto en ese artículo y siguientes, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación", de donde deduce que "constituyen un límite implícito de las concesiones, de modo que su fijación en el Plan no puede considerarse una modificación de las concesiones determinada por el planeamiento, sino como una limitación estructural de los sistemas de explotación, ya que ni siquiera podría hablarse de su adaptación al Plan, el cual únicamente vendría a especificar un límite legal que ya pesaba estructuralmente sobre la concesión, que de ningún modo podía extenderse legalmente a caudales ecológicos mínimos".

La argumentación choca con el contenido del propio texto reglamentario, que se mete explícitamente a aceptar supuestos en los que por causa del respeto al caudal ecológico, sí proceda la indemnización sugerida en el artículo 65.3.

Es por eso que no cabe admitir que por vía reglamentaria y concretamente de planificación, se entre en la delimitación de un precepto legal que contiene los elementos suficientes para su aplicación y desarrollo jurisprudencial y menos en términos de clara contradicción conceptual, como la que hemos dejado indicada».

2 Estudo estratéxico ambiental do litoral español para a instalación de parques eólicos mariños

A Audiencia Nacional (Sª do Cont.-Ad.), na súa Sentenza do 4 de decembro de 2014 (Rec. 407/2009, relatora: Ilma. Sra. García García Blanco) estimou en parte o recurso interposto pola Xunta de Galicia contra a resolución conxunta da Secretaría Xeral de Enerxía e da Secretaría Xeral do Mar, do 16 de abril de 2009 aprobatoria do estudo estratéxico ambiental do litoral español para a instalación de parques eólicos mariños (BOE do 08/05/2009). A sentenza anula a resolución impugnada «*exclusivamente en todo lo especificado en el mismo que concierna, aún con carácter orientativo, a las aguas interiores del litoral gallego*», co seguinte fundamento:

«*(…) En cuanto a las aguas interiores, el Real Decreto 1028/2007, que sirve de cobertura a la resolución aquí recurrida, en su art. 1 establece una clara limitación territorial a la que puede afectar ya que determina que: "El presente real decreto tiene por objeto la regulación de los procedimientos, así como la determinación de las condiciones y criterios que han de regir para la obtención de las autorizaciones y concesiones administrativas precisas para la construcción y ampliación de las instalaciones de generación de electricidad que se encuentren ubicadas físicamente en el mar territorial", y según la Convención del Mar de 1982 y el Real Decreto Legislativo 2/2011, el mar territorial es aquél que se extiende hasta una distancia de doce millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide su anchura, por lo que el Estudio finalmente aprobado, y aquí recurrido, al margen de cuestiones competenciales, incide en extralimitación normativa en todo lo especificado en el mismo respecto de las aguas interiores (el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado en su art. 8.1 que determina que son aguas interiores marítimas españolas, a los efectos de esta ley, las situadas en el interior de*

las líneas de base del mar territorial e incluyen las de los puertos y cualesquiera otras comunicadas permanentemente con el mar hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas, así como los tramos navegables de los ríos hasta donde existan puertos de interés general) aunque lo sea con carácter meramente orientativo como defiende el Abogado del Estado, habiéndose de estimar el recurso en este punto pero limitándose el pronunciamiento a lo concerniente a las aguas interiores en las que si concurre un interés de la recurrente dadas sus competencias y sin efectuar pronunciamiento anulatorio alguno en relación a lo que pudiera referirse a lo que exceda de las 12 millas náuticas (entre ellas la zona contigua y la zona económica exclusiva sobre las que también inciden los derechos soberanos de España) pues en este marco ninguna competencia autonómica puede suscitarse careciendo por ello de legitimación la recurrente».

IV Persoal

1 Concurso de traslados de persoal funcionario docente (ensino secundario). Valoración dos servizos prestados como funcionarios interinos

A Sentenza do TSXG (Sección 1ª), do 17 de decembro de 2014 (Rec. 397/2014, relator: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) desestimou o recurso formulado contra a Orde do 16 de outubro de 2013 da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, pola que se convocou concurso de traslados entre persoal funcionario docente dos corpos de catedráticos e profesores de ensino secundario, escolas oficiais de idiomas e outros, no referente á valoración dos servizos prestados como funcionarios interinos. Concluíu o Tribunal que resultaba obrigada a valoración de ditos méritos por imperativo do disposto no dereito comunitario (Directiva 1999/70/CE do Consello, do 28 de xuño de 1999, relativa ao Acordo marco da CES, a UNICE e o CEEP, sobre o traballo de duración determinada), así como no Estatuto Básico do Empregado Público. Afírmase na sentenza que:

«(…) Si, como vemos, con rotundidad se afirma por la jurisprudencia comunitaria que no constituye razón objetiva desvirtuadora de la discriminación el hecho de que los servicios hayan sido prestados en régimen de interinidad, no existe motivo alguno para que no se aplique el mismo criterio cuando se trata de un proceso de provisión. Ello es así porque la naturaleza de las tareas que se desarrollan no varía por el hecho de que los servicios desempeñados lo sean en virtud de una relación de interinidad. En consecuencia, al concurrir el mérito de la experiencia previa y antigüedad en la prestación de los servicios, han de ser computados tanto en un proceso de ingreso como de provisión (…).

Esa naturaleza peculiar de las tareas a desarrollar se destaca en el apartado 80 de la Sentencia del TJUE de 08/09/2011 cuando dice:

"En cambio, un requisito genérico y abstracto según el cual el período de servicio exigido debe haberse cumplido íntegramente en calidad de funcionario de carrera, sin que se tomen en consideración, especialmente, la naturaleza particular de las tareas que se han de realizar ni las características inherentes a ellas, no se corresponde con las exigencias de la jurisprudencia relativa a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, como se ha recordado en los apartados 72 a 74 de la presente sentencia".

Por lo demás, en el caso presente la valoración de los servicios previos prestados en régimen de interinidad es el único modo de conseguir el objetivo que se propone la Directiva de mejorar la calidad del trabajo de duración determinada y promover la igualdad de trato. Cierto es que las sentencias del TJUE que han quedado mencionadas se referían a procedimientos selectivos de acceso, pero no debe existir inconveniente alguno para extender su doctrina a los procesos de provisión, no sólo por lo argumentado hasta aquí, sino también por la misma razón por la que el Tribunal Constitucional ha entendido que el artículo 23.2 de la Constitución es aplicable tanto al acceso a la función pública como a la provisión, porque aquel derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas alcanza igualmente a la permanencia en la condición funcionarial, que no es inmóvil en un determinado puesto sino dinámica y evolutiva, abierta a cambios, que se realizan y actualizan mediante los procedimientos de provisión, siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo (STC 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4, y 221/2004, de 29 de noviembre, FJ 3) (…) ///

Así, en el artículo 10.5 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se establece que "a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera", y a la luz de la doctrina del TJUE, es adecuada a la naturaleza de su condición el reconocimiento de los servicios previos como interinos en los concursos de traslados, pues la naturaleza de las tareas desempeñadas previamente es igual en un funcionario docente interino que en uno de carrera.

Dentro de la normativa autonómica, contribuyen a computar esos servicios previos en régimen de interinidad, tanto el artículo 11, último inciso, como la disposición transitoria 9ª, ambos del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia (…).

En el caso presente se convoca concurso de traslados autonómico entre funcionarios docentes, por lo que es lógico que se computen los servicios previos como docentes interinos.

Por su parte, la transitoria 9ª es todavía más clara al establecer:

"A dicho personal (interino) y a los laborales que accedan a la condición de personal funcionario les serán reconocidos, a efectos de trienios y antigüedad, los servicios prestados con anterioridad en cualquier Administración pública".

Por último, la misma tesis que aquí se sostiene ha sido mantenida por las Salas de lo contencioso-administrativo de Extremadura, en su Sentencia de 17 de enero de 2013 (Recurso de apelación 290/2012), de 17 de abril de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, con sede en Valladolid, y de 28 de noviembre de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Recurso de apelación 22/2014)».

2 Oposicións ao Corpo Administrativo da Xunta de Galicia. Requisitos das probas tipo "test". Reserva de prazas para discapacitados

O Tribunal Supremo (Sª 3ª, Sección 7ª), na Sentenza do 16 de febreiro de 2015 (RC 3521/2015, relatora: Excma. Sra. Pico Lorenzo) confirmou outra do TSXG desestimatoria do recurso interposto contra determinadas resolucións dun procedemento de selección de persoal para o Corpo Administrativo da Xunta de Galicia (Grupo C).

Sobre as probas "tipo test" sinalou o Alto Tribunal que:

> «(…) *El dato es la específica configuración que tienen esas tan repetidas pruebas, consistente en que lo único permitido al examinando es elegir una de las varias alternativas propuestas, sin que le sea posible un desarrollo expositivo que manifieste las razones de su opción. La meta consiste en evitar situaciones en las que, por ser claramente equívoca o errónea la formulación de la pregunta o de las respuestas, existan dudas razonables sobre cuál puede ser la respuesta correcta y, por dicha razón, carezca de justificación racional aceptar la validez solamente de una de ellas. Y la exigencia tiene que ser una exactitud y precisión tal en la formulación de las pruebas que haga inequívoca cual es la respuesta más acertada entre las diferentes opciones ofrecidas, para de esta manera evitar esa situación de duda que acaba de apuntarse (…). Se recalca que de la misma manera que al aspirante no se le permite ningún desarrollo explicativo de las razones de su opción, también habrá de existir una inequívoca correspondencia entre la pregunta formulada y la respuesta que se declare correcta entre las distintas alternativas enunciadas; esto es, la pregunta no podrá incluir ningún elemento que permita razonablemente dudar sobre la validez de la respuesta elegida como correcta por el Tribunal Calificador. Lo cual supone que cualquier error de formulación en las preguntas que pueda generar la más mínima duda en el aspirante impondrá su anulación*».

Sobre a reserva de prazas para discapacitados engadiu que:

> «*(…) Ciertamente todas esas normas incluyen ventajas o medidas de discriminación positiva en favor de las personas con discapacidad, pero no lo hacen en el sentido de establecer unos criterios distintos para la evaluación de la capacidad profesional que resulte necesaria para el desempeño de las plazas o funciones a cuyo acceso se aspire, sino en el que antes se subrayó de que, una vez superada esa capacidad mínima, se reserven unas plazas en las que únicamente se compita con personas que también tengan discapacidad (…). Las medidas de discriminación positiva establecidas a favor de las personas con discapacidad no autorizan a establecer para ellas distintos criterios técnicos de calificación de sus méritos y capacidad, pues en esta concreta materia (el de la idoneidad profesional mínima exigible para acceder a la función pública) rigen sin salvedad los mandatos de igualdad de los artículos 14 y 23.2 CE; (2) que esas medidas o beneficios sólo pueden ser aplicadas a quienes hayan superado el umbral mínimo de profesionalidad, común a todos los aspirantes, y, por ello, su significación es que, en el turno de plazas reservadas a personas con discapacidad, estas sólo compiten con quienes concurran por este turno; y (3) que en el planteamiento de la actual casación debe ser respetada la declaración de la sentencia recurrida de que no fue errónea o arbitraria la calificación del recurrente por debajo de ese mínimo de profesionalidad*».

3 Persoal funcionario. Discriminación retributiva por exercicio efectivo de funcións de superior categoría aos do nivel de complemento de destino do propio posto de traballo. Vulneración do principio de igualdade

Un funcionario do "Servicio Público de Empleo" estatal (letrado, con complemento de destino de nivel 23), solicitou a equiparación do seu posto —con efecto retroactivo desde a data de toma de posesión— cos de nivel 24, dada a absoluta identidade das funcións que desenvolven todos os letrados do mesmo servizo. A Sentenza do TSXG (Sección 1ª) do 17 de setembro de 2014 (Rec. 222/2013, relator: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) estimou integramente o recurso, co seguinte fundamento:

> «*(…) El hecho de que la cuantía de las retribuciones complementarias figure en la relación de puestos de trabajo no impide que pueda solicitarse la elevación de alguna de las fijadas, en base a que se realizan idénticas funciones a las de otro puesto que tiene asignada mayor nivel de complemento de destino, puesto que, como ha declarado la Sentencia de 17 de diciembre de 2009 de la Sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, la "naturaleza estatutaria de la relación de los funcionarios con las Administraciones Públicas no puede legitimar actuaciones ilegales como sucede en el caso de que una Relación de Puestos de Trabajo de funcionarios asigne niveles o complementos específicos que no se correspondan con las funciones o tareas que, en la realidad, se realicen en el desempeño de un puesto de trabajo en cuanto dichas funciones o tareas sean las mismas que se realizan en puestos a los que la misma Administración y en el mismo RPT asigne retribuciones superiores en el complemento de destino y complemento específico". Es cierto que para que prospere la reclamación presente no basta con la coincidencia de denominación entre un puesto de Letrado y otro, sino que es imprescindible que se acredite la identidad funcional entre los sometidos a contraste, ya que la inclusión en la relación de puestos de trabajo de varios puestos con la misma denominación, pero con diferente nivel de complemento de destino y cuantía del complemento específico, no implica necesariamente que no pueda existir diferencia entre ellos en lo que hace a algunos aspectos de su contenido funcional y a las condiciones particulares que legalmente permiten el reconocimiento del complemento en cuestión (…). En consecuencia, al haberse demostrado aquella identidad funcional, no existe justificación alguna para la diferencia retributiva, y debe acogerse la pretensión de modificación del complemento de destino del puesto con código NUM000 desde el nivel 23 al 24*».

V Responsabilidade patrimonial

1 Responsabilidade patrimonial por actos de ordenación do territorio. Indemnización por prexuízos causados a empresa de acuicultura coa revisión do Plan Sectorial de Parques de Tecnoloxía Alimentaria

A Sentenza do Tribunal Supremo (Sª 3ª, Sección 6ª) do 20 de febreiro de 2015 (RC 4427/2012, relatora: Excma. Sra. Huerta Garicano) desestimou os recursos de casación interpostos contra a do TSXG que condenou á Administración autonómica a aboarlle a unha empresa de acuicultura unha indemnización de 689.000 euros polos prexuízos causados como consecuencia

da revisión do Plan Sectorial de Parques de Tecnoloxía Alimentaria, aprobada por Acordo do Consello de Goberno da Xunta de Galicia do 28 de agosto de 2008 (Plan Galego de Acuicultura). Revisión que lle impediu executar unha piscifactoría en Rinlo (Ribadeo).

En primeiro lugar rexeitou a pretensión de indemnización da reclamante por lucro cesante e unha parte do dano emerxente, coas seguintes consideracións:

> «*(…) La sentencia excluye de la indemnización por daño emergente el precio de los terrenos adquiridos para la ejecución del proyecto en razón de que siguen siendo de su propiedad, y, ciertamente es así, luego no existe deterioro patrimonial en este particular por la inejecución del proyecto, pues, en contra de lo que afirma y siguiendo el Informe Pericial aportado con la reclamación de responsabilidad patrimonial, el suelo adquirido estaba clasificado como rústico de protección agropecuaria, y, como tal, fue fijado el precio, clasificación que no ha variado, luego no existe —o al menos no ha quedado acreditada— la pérdida de valor de ese suelo de su propiedad.*
>
> *En cuanto a la indemnización por lucro cesante (…) en el presente caso, estamos en presencia de meras expectativas de resultados de una actividad económica que nunca llegó a iniciarse y que, dados los términos del Plan Gallego de Acuicultura de 2008 (que sustituyó al Plan Sectorial que daba cobertura habilitante al Proyecto de la recurrente, precisamente por haber omitido un trámite esencial como era la DIA previa a su aprobación en la medida que algunos de los 21 Parques que definía afectaban a terrenos integrados en la Red Natura 2000), nunca tampoco se podría haber iniciado en los términos pretendidos por la recurrente y en los que, incorrectamente, fue inicialmente aprobado. Se trata, pues, de meras expectativas o ganancias hipotéticas, como dice la precitada sentencia, excluidas de la obligación de indemnización en la medida que no constituyen un daño real y efectivo, por lo que no se infringe el principio de reparación integral (…).*
>
> *Precisamente, porque se inicia la revisión de un Plan (aprobado once meses antes), que impuso una modificación sustancial en un Proyecto aprobado definitivamente, determinando su inviabilidad económica (Informe Pericial, base de su reclamación), se ha declarado la responsabilidad patrimonial de la Xunta. Ahora bien, ello no implica —y, por supuesto, no supone infracción del expresado art. 35.c) RDLey 2/2008— que hayan de indemnizarse todos los conceptos que se reclaman. Es cierto que la recurrente tenía un derecho adquirido a ejecutar el Proyecto aprobado definitivamente en julio de 2005 y para el que contaba con la oportuna autorización para ejecución de las obras y licencia municipal de obras y provisional de actividad, y, por ello tendrá derecho a que se indemnicen cuantos gastos documentados haya efectuado en su ejecución hasta que le fue notificada la suspensión del Proyecto (septiembre de 2006). Pero ello no quiere decir que, tras la aprobación del Plan de 2008, pueda pretenderse la ejecución de un Proyecto (aprobado en julio de 2005) que ha quedado sin título habilitante. Y esa imposibilidad de ejecución, en sus propios términos, del Proyecto aprobado, da derecho, como acabamos de decir, a la indemnización por daño emergente, no así a la indemnización por lucro cesante (ganancias dejadas de percibir), con base en el cual reclama meras expectativas de beneficios de una actividad económica o negocio que no se inició al truncarse en fase de construcción de las instalaciones, y que no*

podía iniciarse sino con el desplazamiento de la Planta a 280 m de la costa, lo que hizo inviable el negocio».

En segundo lugar, desestimou o recurso da Xunta de Galicia considerando que:

«*(…) Lo determinante, pues, para que el daño sea indemnizable, no es que la actuación de la Administración sea antijurídica (irrelevante al efecto), sino que el perjuicio que se causa al particular sea antijurídico porque no tenga obligación de soportarlo, y, entendemos, de la sucesión temporal de las actuaciones, que la mercantil recurrente no tenía obligación de soportar las consecuencias de un cambio —totalmente legítimo— en la política medioambiental, cuando, tras la oportuna tramitación, acababa de obtener la aprobación de un Proyecto y las autorizaciones y licencias pertinentes para la construcción de la planta, siendo, precisamente, la quiebra de esa confianza legítima en la legalidad y perdurabilidad del Plan Sectorial, con base en el cual se aprobó su Proyecto, una pauta interpretativa (que no la única) para determinar la antijuridicidad del daño irrogado. Daño que no cabe conectar con las dos sentencias dictadas por la Sala de Galicia en 2009, pues, aparte de ser posteriores, sus consecuencias no tendrían que haber sido idénticas a las impuestas por el Plan Gallego de Acuicultura, de no haber existido éste.*

Y, en este sentido, se orienta el Legislador cuando en el art. 35.c) de la Ley del Suelo de 2008 (RDLeg 2/2008, de 20 de junio), declara, en todo caso, indemnizables las lesiones en los bienes y derechos que resulten de "la modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación Territorial o Urbanística"».

2 Responsabilidade da Administración sanitaria. Doutrina da "perda de oportunidade"

A Sentenza do TSXG (Sección 3ª) do 18 de febreiro de 2015 (Rec. 7109/2014, relatora: Ilma. Sra. Fernández Conde) revogou a de instancia apelada e condenou á Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia a aboar unha indemnización de 50.000 euros pola "perda de oportunidade" sufrida por un paciente ao ser remitido polo SERGAS con excesivo retraso ao especialista en neuroloxía que lle detectou un tumor cerebral. Afírmase na sentenza que:

«*No considera la Sala necesario para apreciar la existencia de lo que la doctrina denomina "pérdida de oportunidad", en un caso como el de autos, acreditar que de haberse remitido antes al neurólogo, el tratamiento dispensado hubiera evitado o mitigado el alcance de las secuelas resultantes, como se afirma en la sentencia de instancia y se toma como causa determinante de la desestimación del recurso; la doctrina de la "pérdida de oportunidad" que, como es sabido, no requiere ni la infracción de la lex artis ni la evitación total y absoluta del resultado lesivo sino, tan sólo, la probabilidad de obtener un mejor resultado, es perfectamente aplicable al caso de autos, en cuanto a la vista del conjunto de circunstancias concurrentes y, especialmente, de la duración excesiva del periodo transcurrido entre la primera vez que se apreciaron síntomas de afección neurológica 2008 hasta el 2010 que fue diagnosticado e intervenida (dos años de evolución), resulta difícil no entender que un diagnóstico precoz, hubiera permitido "probablemente" advertir la presencia del tumor con un menor tamaño y,*

en consecuencia, tal vez con tratamiento oportuno o una más rápida intervención que hubiera permitido se hubieran afectado un menor número de centros neuronales; es solo una posibilidad, pero a la Sala le parece factible y por ello llega a la conclusión de que sin necesidad de más consideraciones concurre una clara pérdida de oportunidad que ha ser indemnizada».

VI Sanidade

1 Asistencia sanitaria concertada. Orde que fixa as tarifas máximas e a revisión dos prezos dos concertos. Disposición de carácter xeral. Defecto de procedemento: omisión de informe preceptivo da Secretaría Xeral Técnica da Consellería de Sanidade

A Sentenza do TSXG (Sección 1ª) do 3 de outubro de 2014 (Rec. 107/2011, relator: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) anulou a Orde da Consellería de Sanidade do 4 de novembro de 2010, pola que se fixaron as tarifas máximas aplicables á asistencia sanitaria concertada polo Servizo Galego de Saúde e se revisaron os prezos dos concertos vixentes.

Concluíu a sentenza, en primeiro lugar, que a orde en cuestión tiña natureza de disposición de carácter xeral, análoga á regulamentaria, polas seguintes consideracións:

«*(…) La Orden impugnada ostenta la naturaleza de disposición normativa de carácter general porque en ella se presentan los caracteres propios de una norma, cuales son la incorporación al ordenamiento jurídico permaneciendo su fuerza vinculante, sin que se agote su eficacia en una sola aplicación (criterios ordinamental y de consunción), pues lo cierto es que tiene como finalidad la fijación con carácter general, y ad extra, de las tarifas máximas aplicables tanto a las autorizaciones de uso temporales como a la asistencia sanitaria concertada y a la revisión de precios de los conciertos vigentes para todos aquellos conciertos que no tengan establecido en su texto un sistema de actualización de precios específico para éste. En dicha norma no se señala plazo de vigencia, y está claro que no se agota su eficacia en una sola aplicación si atendemos a su disposición final, en la que se faculta a la persona titular de la Gerencia del Sergas y a la persona titular de la Dirección de Recursos Económicos para adoptar las medidas necesarias en relación con la ejecución y desarrollo de la propia Orden*».

E, en segundo lugar, que se aprobou omitíndose un trámite preceptivo e esencial (informe da Secretaría Xeral Técnica da Consellería). Vicio substancial determinante da súa nulidade:

«*(…) Con arreglo al artículo 7.1 del mencionado Decreto 111/1984, "Los proyectos de disposición de carácter general, sea cual sea su rango normativo, habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica de la Consellería respectiva antes de ser sometidos al órgano competente para promulgarlos".*

En este punto es coincidente tal normativa con el artículo 24.2 de la Ley estatal 50/1997, con arreglo al cual "en todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informa-

dos por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos".

Por tanto, si bien la moderna jurisprudencia exime la necesidad de audiencia de una federación como la recurrente, por estimar que dicha audiencia sólo es preceptiva respecto de las corporaciones y asociaciones que no sean de carácter voluntario (…), sin embargo resulta esencial, en el procedimiento de elaboración, aquel informe de la Secretaría General Técnica, de la que se ha prescindido en la elaboración de la Orden impugnada. El estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo revela asimismo el carácter esencial del informe de la Secretaría General Técnica, y la nulidad que provoca la omisión de dicho trámite (…)».

2 Áreas de Xestión Clínica do Servizo Galego de Saúde

A Sentenza do TSXG (Sección 1ª) do 4 de febreiro de 2015 (Rec. 122/2014, relator: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) estimou en parte o recurso interposto por varios sindicatos médicos contra o Decreto 36/2014, do 20 de marzo, polo que se regulan as áreas de xestión clínica do Servizo Galego de Saúde. Rexeitou os argumentos impugnables de tipo formal (omisión de ditame do Consello Consultivo de Galicia, de memoria económico-financeira, e de negociación colectiva). Tamén os de fondo referidos por exemplo á infracción dos principios de confidencialidade e protección de datos. Pero estimou o motivo dirixido fronte ao establecemento da libre designación como forma de provisión do posto de director da área de xestión clínica, coa seguinte argumentación:

«*(…) El artículo 30 del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia, prevé como norma general que sean de libre designación los puestos de trabajo de carácter directivo o de especial responsabilidad y aquellos que requieran una confianza personal para ejercer sus funciones, pero también abre camino, excepcionalmente, para otros de nivel inferior que, como tales, figuren en la RPT. Lógicamente, para la inclusión de los puestos de nivel inferior a los de subdirectora o subdirector general, y las secretarías de altos cargos entre los que pueden ser provistos como de libre designación, será necesaria la exteriorización de las razones, relacionadas con su carácter directivo o de especial responsabilidad, que hayan llevado a la Administración a esa decisión, pues la excepcionalidad del sistema así lo impone, al apartarse de la regla general del sistema normal de concurso, como medio de evitar la arbitrariedad y controlar la racionalidad y objetividad de los motivos expuestos (…). ////*

Asimismo, la búsqueda de la conjunción con la estrategia de la organización y la posesión de la capacidad de liderazgo no puede entrañar una vía que permita olvidar la necesaria concurrencia de los principios de mérito y capacidad, que han de regir en todo caso en el seno de la función pública, incluyendo no sólo el acceso sino también la provisión, porque estos principios, derivados de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, operan no sólo en el momento inicial de acceder a la función pública sino también en el posterior momento del desarrollo o promoción en la carrera administrativa (lo que comprende la provisión de puestos de trabajo), porque aquel derecho alcanza igualmente a la permanencia en la condición funcionarial, que no es inmóvil en un determinado puesto sino dinámica y evolutiva, abierta a cambios, que

se realizan y actualizan mediante los procedimientos de provisión, siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo (STC 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4, y 221/2004, de 29 de noviembre, FJ 3)».

VII Sancións administrativas

Infracción da normativa de protección dos consumidores. Venda de entradas nun macro-concerto superando o aforo máximo permisible. Caducidade do expediente. Proporcionalidade da sanción

Na interesante Sentenza do TSXG (Sección 1ª) do 16 de xullo de 2014 (Rec. 667/2011, relator: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) supervísase a sanción de 2.400.000 euros que a Consellería de Economía e Industria lle impuxo á empresa organizadora do macro-concerto de Bruce Springteen celebrado no Monte do Gozo en agosto de 2009, por vender un exceso de entradas moi por enriba do aforo máximo do recinto, abrir tarde as portas xerando avalanchas e aglomeracións, etc.

A sentenza rexeita o argumento impugnable referido á caducidade do expediente sancionador. Considera aplicable nestes procedementos o prazo de resolución establecido no artigo 18.3 do Real decreto 1945/1983, do 22 de xuño (un ano desde a notificación da proposta de resolución). Norma regulamentaria que elevou o seu rango ao de lei en virtude da disposición final 3ª do Real decreto lexislativo 1/2007, do 16 de novembro (Texto Refundido da Lei xeral de defensa de consumidores e usuarios).

En segundo lugar, considera acreditados os feitos infractores imputados á recorrente na sanción impugnada. Pero estima en parte o recurso por considerar que o seu importe final resultou excesivo, infrinxindo o principio de proporcionalidade, rebaixando así a sanción a 700.000 euros. Concretamente sinálase na sentenza que:

«*(…) A la hora de fijar la sanción a imponer la resolución sancionadora acude, en primer lugar, al artículo 51.1.b TRLGDCU, que establece, para las infracciones graves, entre 3.005,07 euros y 15.025,30 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción.*

Seguidamente argumenta que, si tenemos en cuenta el valor de los bienes o servicios objeto de la infracción, para lo que multiplica las 37.539 entradas vendidas por 65 euros de precio de cada una, puede considerarse proporcionada una sanción de multa de 2.400.000 euros. Y añade que dicha cifra entra en el grado medio del tercio inferior del quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción, ya que si las entradas vendidas fueron 37.539 y el importe de cada una fue de 65 euros, podría alcanzar los 2.440.035 euros, suma que multiplicada por cinco daría 12.200.175 euros (…).

Hay que considerar como bienes o servicios objeto de la infracción los relativos a los consumidores afectados por ésta, es decir, los que vieron defraudadas las expectativas de presenciar el concierto en condiciones idóneas. Para determinarlos hay que tener en cuenta, no la cifra admitida por la recurrente de 1.141, que son los que concreta

como privados de acceso al auditorio, muchos de los cuales presentaron denuncia en Comisaría al poco de concluir el espectáculo, como se deduce de las que se hallan incorporadas al expediente. Hay que tomar como número total de afectados el de 5.000, coincidente con el número aproximado de personas que, según el informe policial, se vieron obligadas a presenciar el concierto desde la ladera del monte, a mayor distancia y desde un lugar que no estaba previsto en las condiciones pactadas (algunos manifestaron en sus denuncias o reclamaciones que no podían ver nada), pues incluso en principio había sido instalada una malla de rafia en el vallado exterior del auditorio, junto al lago, que impidiese la visión, que finalmente fue retirada.

Por tanto, está justificada la no aplicación estricta de los límites que van de 3.005,07 euros a 15.025,30 euros, debido a la importante cantidad de espectadores que se vieron perjudicados. En este sentido, el artículo 131.3 de la Ley 30/1992 recoge el principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora (…).

Excluida la aplicación de aquellos límites, se considera procedente invocar la alternativa contenida en el último inciso del artículo 51.1.b TRLGDCU, es decir, "pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción".

La entidad de los perjuicios se cifra en el valor de los bienes o servicios objeto de la infracción, que se concreta a través de la multiplicación de 5.000 por 65 euros de cada entrada, lo cual arroja la cifra de 325.000, mientras que el quíntuplo de dicha cifra asciende a 1.625.000. Guiándonos por los demás criterios de graduación de la sanción que se recogen en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, en el caso presente no concurre intencionalidad, sino negligencia grave, y no está acreditada reiteración, así como tampoco reincidencia, por lo que hemos de movernos en el tercio inferior, que va de 325.000 a 758.333,33 euros. Ahora bien, dentro de ese tercio la Sala aprecia que está justificada la aproximación al máximo del mismo porque hemos de tener presente, no sólo la gravedad de los hechos y el gran número de afectados, sino también que la falta de control de los tickets de entrada a un relevante número de espectadores llevó a que la afluencia fuese mayor de la debida, y no sólo condujo a que el auditorio se llenase, sino también a que la mayor parte de los que presenciaban el espectáculo, incluso los que se hallaban dentro del auditorio, lo hiciesen con menor comodidad, y además, la entidad recurrente no atendió al ofrecimiento de alcanzar acuerdos o transacciones con los perjudicados.

Todavía ha de añadirse, para justificar que la sanción se aproxime a la cuantía mayor del tercio mínimo, que el apartado 2 del artículo 131 de la Ley 30/1992 dispone que "el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas". Piénsese que si aplicásemos la cuantía inferior del grado mínimo (325.000 euros) sería tanto como si BT devolviese el importe de la entrada a aquellas 5.000 personas sin más, de modo que, en aras de la exigida proporcionalidad, es lógico que se aplique un suplemento sobre aquella cuantía que no coincida con el importe estricto de lo que entrañaría aquella devolución, a fin de que la comisión de la infracción no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.

Es por ello que, en función de los anteriores criterios y de las circunstancias de los hechos que han quedado especificadas en el anterior análisis, la Sala estima adecuada la sanción de 700.000 euros».

VIII Tributos

1 Suxeición das contratistas para a xestión indirecta de servizos públicos ao imposto de transmisións patrimoniais

O TSXG (Sección 4ª), na Sentenza do 19 de novembro de 2014 (Rec. 15132/2014, relator: Ilmo. Sr. Fernández Leiceaga), concluíu que a entidade mercantil adxudicataria dun contrato do Concello da Coruña para a prestación do servizo de conservación e mantemento de zonas verdes debe pagar o Imposto de Transmisións Patrimoniais, toda vez que:

«*(…) Aquí estamos ante unha xestión indirecta do servizo público de conservación e mantemento dos xardíns e zonas verdes, que é un servizo público que obrigatoriamente debe prestar o Concello (artigos 25.2.d) e 26.1.b) da LBRL). O que se discute é se esta forma de xestión —contrato de conservación e mantemento do 18/03/2011— supón o outorgamento da facultade de xestión do servizo público e dá lugar a un desprazamento patrimonial. O TEAR, con cita da Resolución do TEAC do 28/06/2011, sostén que no contrato de setembro de 2011 é o Concello quen mantén a xestión do negocio, limitándose a empresa á prestación material do servizo. Aínda que isto sexa —no substancial— correcto, non supón que non esteamos no suposto do artigo 13.2 RDL 01/1993.*

O servizo de mantemento dos xardíns non é dos que autoriza a xirar unha taxa (art. 20.4 e 21 da LFL) —como acontece co servizo do lixo—, do que se deriva que o feito de percibir o importe da prestación polo servizo directamente do Concello e non dos usuarios non é determinante nin relevante. Tampouco o é que sexa —en realidade— o Concello quen presta o servizo aos particulares, xa que falamos dun servizo obrigatorio (art. 26.1.b), polo que, ao final, será sempre o Concello o responsable da existencia e subsistencia do servizo, independentemente da forma de xestión. Que a empresa Cespa SA actúe por conta do Concello é propio de toda forma de xestión indirecta, e non figura no expediente —en particular no prego de cláusulas administrativas particulares— disposición ningunha distinta das propias de calquera concesión administrativa, en especial, algunha que convertera á empresa nunha simple asalariada que funcionara baixo a orde e supervisión directa do Concello, en calquera tipo de traballo. De feito, do prego de cláusulas administrativas e do contrato só é posible deducir que, máis aló dos labores propios de control e coordinación cos inspectores municipais, é a empresa quen dirixe ao servizo, co que se cumpre unha das esixencias do art. 13.2.

O dito obriga a concluír que o contrato si é un dos previstos no artigo 7.1.B - 13.2 do RDL 01/1993.

Adiantamos que este Tribunal muda a conclusión que viña mantendo verbo do non cumprimento da esixencia do desprazamento patrimonial a prol de particulares e con base, fundamental, no obiter dicta do Auto do TS do 21/11/2013, onde o TS indica

que o criterio correcto é o que reflicten as Sentenzas do 05/03/2007, 23/09/2013… sen que pareza existir razón para mudar o criterio. e non se trata de manter numantinamente unha posición que é contraria ao parecer de case todo o mundo xudicial, o que resultaría lesivo ao principio de seguridade xurídica. Esta Sala consideraba que non se cumpría —seguindo as indicacións da STSX de Canarias 233/2011, que reitera na 245/2013— cando non existía desprazamento de medios materiais/humanos do Concello ao particular, sen que a estes efectos, o prezo de licitación puidera considerarse como desprazamento patrimonial (ou entender que, ao ter un valor o contrato/concesión, implicitamente se realizaba un desprazamento patrimonial).

O dito obriga a considerar que a sinatura do contrato de 2011 supón unha transferencia patrimonial a prol de Cespa Jardinería, o que fai que acollamos o recurso da administración autonómica neste punto (…)».

2 Catastro. Prevalencia da realidade física das fincas sobre a rexistrada. O Catastro non pode resolver conflitos de propiedade.

Na Sentenza do TSXG do 16 de xullo de 2014 (Rec. 15458/2011, relatora: Ilma. Sra. Rivera Frade) insístese na prevalencia da realidade física das fincas (superficie, lindeiros, etc.) sobre a inscrita nos rexistros oficiais, así como na obriga do Catastro de dar preeminencia a dita realidade física. Di así na sentenza que:

«*(…) El recurso ha de ser estimado, pues a todo lo expuesto debe añadirse que conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 2 del RDL 1/2004 la información catastral estará al servicio de los principios de generalidad y justicia tributaria y de asignación equitativa de los recursos públicos, a cuyo fin el Catastro Inmobiliario colaborará con las Administraciones públicas, los juzgados y tribunales y el Registro de la Propiedad para el ejercicio de sus respectivas funciones y competencias, lo cual significa, en palabras de este Tribunal en Sentencia de 23 de abril 2012 (Recurso: 15189/2011) que el Catastro no efectúa definiciones de propiedad y está al servicio de Juzgados y Tribunales, y por tanto, las cuestiones relativas a conflictos sobre el derecho de propiedad deberán plantearse ante los órganos jurisdiccionales competentes.*

De tal manera resulta que a la Gerencia del Catastro le está vedado dirimir litigios en relación con derechos reales sobre inmuebles, o atribuir la titularidad de alguno de ellos por el título que sea, competencia atribuida a la jurisdicción civil. O, como se razona en la Sentencia de esta Sala y sección de 21 de mayo de 2010 (Recurso contencioso-administrativo núm. 15820/2009) "Cómpre indicar, con carácter previo, que nin o Catastro, nin este Tribunal, son quen de facer declaracións de propiedade, cuestión reservada á xurisdición civil, e que o labor xudicial limítase a constatar se o cambio de titularidade catastral contaba con abeiro legal".

La línea de razonamiento expresada en el precedente fundamento jurídico fue seguida por este mismo Tribunal en la Sentencia de 11 de noviembre de 2009 (Recurso 15111/2008), según la cual "la modificación de los datos catastrales no se puede efectuar en discusión entre partes sobre el alcance de la respectiva titulación o como rectificación incluso de la propia que el interesado dispone (…)".

Pero es que en el presente caso la controversia que mantienen las partes en el procedimiento estriba en una mera corrección o rectificación de la representación gráfica catastral, y en donde la discrepancia con el dato de superficie y configuración de la finca propiedad del actor, tal como aparece consignada en el Catastro, que no se corresponda con la realidad física, se puede solventar a la vista del título de propiedad y demás documentación aportada en vía administrativa, y a la vista del levantamiento topográfico efectuado por el perito designado judicialmente.

Todo lo expuesto impide declarar conforme a derecho el acto impugnado, y en consecuencia, procede estimar el recurso contencioso administrativo en el sentido de declarar el derecho del recurrente a que la Gerencia Territorial de Catastro de Lugo proceda a adecuar la inscripción catastral de la finca litigiosa a la realidad inmobiliaria reflejada en el plano número 5 incorporado al informe pericial emitido por el perito designado judicialmente, del que resulta que la finca propiedad del actor tiene 939 m²».

3 Incremento da taxa municipal polo servizo de recollida de lixo. Anulación por falta de xustificación

Na Sentenza do TSXG (Sección 4ª) do 26 de novembro de 2014 (Rec. 15047/2014) anulouse a modificación dunha ordenanza municipal reguladora da taxa polo servizo de recollida de lixo, por non terse xustificado o incremento do tributo realizado na mesma. Efectúanse na sentenza as seguintes consideracións:

«*(…) Do que reflicte esta escolma de xurisprudencia resulta que a capacidade económica non pode ser o único criterio para establecer a contía da taxa, mais o dito si pode ser tido en consideración e ser, inclusive, determinante da mesma. No caso presente o criterio aplicado para as empresas, profesionais, comerciantes… é o número de m2 do local; o recorrente considera que este criterio non é razoable e que, no seu caso, debía aplicarse ao valor catastral (…). Consideramos que manter o sistema precedente —pagar a taxa en atención aos m2 de superficie— non vulnera o principio de capacidade económica, xa que é un indicativo desta e trátase dun criterio obxectivo, aínda que na súa aplicación concreta a casos determinados poida xerar un gravame excesivo en atención ao lixo xerado. Que ao recorrente lle poida parecer mais xusto outro índice (valor catastral) ou que ao Tribunal lle seduza máis o sistema proposto no informe LAGARES (distinguía segundo a actividade desenvolvida no local) non fai que a opción do Concello de Porriño non sexa posible e acorde coas previsións legais, o que supón que —por esta causa— non atopemos motivo para anular a Ordenanza.*

Verbo da infracción da igualdade/beneficio fiscal para os usuarios domésticos —non se muda a contía da taxa dos consumidores domésticos— (…) o que acontece no presente caso (e fai que non sexan de aplicación os principios referidos) é que se ben é posible un trato diferenciado para os usuarios domésticos e os industriais/comerciais, en atención á previsible xeración de lixo, en maior contía por parte dos segundos que por parte dos primeiros (o que non vulnera en abstracto o principio de igualdade). O que prohibe o principio de igualdade son, en suma, as desigualdades que resulten artificiosas ou inxustificadas por non vir fundadas en criterios obxectivos e razoables, segundo criterios ou xuízos de valor xeralmente aceptados, e, para que sexa constitucionalmente lícita a diferenza de trato, as consecuencias xurídicas que se deriven de tal distinción

deben ser proporcionadas á finalidade perseguida, de xeito que se eviten resultados excesivamente gravosos ou desmedidos [entre outras, SSTC 76/1990, do 26 de abril, FJ 9, e 152/2003, do 17 de xullo, FJ 5.c)]. O que non é razoable, dado que non existe ningún tipo de motivación ao efecto, é que se prescinda do informe LAGARES, que é a xustificación da modificación da ordenanza, e se xere unha situación de absoluta desigualdade que merece a cualificación de arbitraria. Aínda que estarmos ante unha taxa e non ante un imposto, da recepción constitucional do deber de contribuír ao sostemento dos gastos públicos segundo a capacidade económica de cada contribuínte configura un mandato que vincula, non só aos cidadáns, senón tamén aos poderes públicos (STC 76/1990, do 26 de abril, FJ 3) xa que, se uns están obrigados a contribuír de acordo coa súa capacidade económica ao sostemento dos gastos públicos os outros están obrigados, en principio, a esixir en condicións de igualdade esa contribución a todos os contribuíntes cuxa situación poña de manifesto unha capacidade económica susceptible de ser sometida a tributación (STC 96/2002, do 25 de abril, FJ 7). No caso presente, o Concello ten en conta a capacidade económica dunha parte dos usuarios do servizo, pero non aplica esta variable a outros.

Segundo resulta do informe —folio 95— o custo de xestión do lixo por vivenda é de 103,95 euros no ano 2004. Estaban pagando unha cota de entre 20,97 (núcleo rural) e 27,96 euros (núcleo urbano), que é a que se mantén para o ano 2010.

No ano 2004, dun custo estimado de 557.602 euros só se recadaban 150.000 euros, desfase (asumido polos veciños vía impostos ou déficit) que se incrementaría nos anos seguintes, o que facía razoable o incremento das taxas aos usuarios; o que non é razoable é que este incremento se faga nalgúns usuarios e sen motivación de ningún tipo se exclúa aos usuarios maioritarios (os que pagarían unha contía que non se achega por moita diferenza ao custo do servizo). A isto engadimos que tampouco se explica por que non se toma en consideración a capacidade económica dos usuarios domésticos e se trata por igual a todos eles, cando, pola contra se entende que é un criterio válido para outros usuarios.

Como indica a SAN 15.02.2008: as exencións supoñen unha quebra válida a ese principio que, por razóns de política económica e lexislativa, poden adoptarse validamente en atención a circunstancias subxectivas dos suxeitos obrigados, sempre que descansen en bases razoables e afecten a grupos determinados e definidos… aínda que no presente caso non estamos ante unha exención senón ante un beneficio fiscal (non explicitado como tal, mais si que funciona na práctica coma unha bonificación) os mesmos principios son de aplicación; é dicir, non se nega (en termos absolutos) que o Concello poida —nalgúns casos— beneficiar a grupos sociais/económicos na determinación da contía da taxa, o que se nega é que poida facelo sen motivar e sen unha base obxectiva e razoable.

Esta ausencia de motivación, máis que do incremento da taxa aos establecementos mercantís, do por que do desigual reparto do custo do servizo entre os usuarios, obriga a acoller o recurso anulando o artigo 6 e ANEXO da ordenanza aprobada polo pleno o 11/10/2010».

IX Universidades

1 Eleccións a reitor de universidade

Varios profesores da Universidade de Vigo impugnaron, pola vía especial de protección dos dereitos fundamentais, o modelo de papeleta de votación establecido para as eleccións do cargo de Reitor, ao considerar que se debeu incluír a opción de voto en contra do único candidato presentado. O TSXG (Sección 1ª) na Sentenza do 17 de setembro de 2014 (Rec. 250/2014, relator: Ilmo. Sr. Chaves García) confirmou a non admisión do recurso, tras concluír que:

> «*(…) No hay lesión de derecho fundamental de participación política, pues el art. 23.1 CE se refiere a los sufragios electorales propios de entes territoriales y no a los procedimientos electorales internos que se desarrollan en Administraciones institucionales para la provisión de sus cargos electivos, todos ellos miembros de la comunidad universitaria (el Rector es elegido entre Catedráticos, o sea, miembro del cuerpo docente, art. 20.2 Ley Orgánica de Universidades) (…).*
>
> *Bajo un punto de vista sustancial, no hay lesión de un hipotético derecho fundamental de sufragio ya que lo meridiano es que con la papeleta ofrecida o aprobada por la Comisión Electoral siempre es posible el voto a la única candidatura, el voto en blanco (e incluso provocar el voto nulo), o no votar, por lo que se garantiza el derecho de votar o no hacerlo, por lo que la modalidad o concreta formulación, y su ajuste o no a lo que puede derivarse de una interpretación de los Estatutos, pertenece a cuestiones lejanas al núcleo duro del derecho de participación y voto de los miembros de la comunidad universitaria que puede derivarse de la Ley Orgánica de Universidades.*
>
> *Es cierto que el art. 51 de los Estatutos da pie a una interpretación razonable y razonada como la patrocinada por los recurrentes ya que establece que "en caso de candidatura única, tiene que conseguir mayor número de votos a favor que en contra", expresión que en su literalidad apunta para el éxito de la única candidatura a la necesidad de obtener no sólo votos favorables (con independencia de votos en blanco, abstenciones o nulos), sino que esos votos favorables sean más que los votos en contra de la única candidatura (y ello implicaría la habilitación de papeletas para votar en contra de esa candidatura única, para no vaciar y dotar de efecto útil el inciso transcrito del art. 51 citado).*
>
> *Sin embargo, insistimos que nos encontramos ante una cuestión de legalidad ordinaria y en la que no debemos adentrarnos ya que por lo expuesto no hay derechos fundamentales en juego (y es que esclarecer la recta interpretación del precepto cuestionado exigiría tener en cuenta los antecedentes o debates con ocasión de la aprobación de esa regla en los Estatutos, el desarrollo que en su caso haya adoptado la Universidad, los precedentes en relación al cargo de Rector, así como de otras autoridades académicas, la normativa concordante, etc.). En suma, más que un derecho fundamental concurriría un posible derecho estatutario, y el mismo no es objeto de enjuiciamiento en esta apelación por el trámite elegido por la parte recurrente*».

2 Reclamación de complemento específico por actividade investigadora (sexenio). Estimación por silencio administrativo positivo

Na Sentenza do TSXG (Sección 1ª) do 22 de outubro de 2014 (Rec. 248/2014, relator: Ilmo. Sr. López González) estimouse o recurso promovido por unha profesora contra a denegación do recoñecemento específico pola actividade investigadora correspondente ao sexenio 2005-2010. Considerou o Tribunal galego que nesta materia rexe o principio do silencio administrativo positivo, e que a resolución denegatoria foi notificada despois da estimación presunta da solicitude, nos seguintes termos:

> «*(…) No se discute en las presentes actuaciones el dies a quo, es decir, la fecha inicial para el cómputo del plazo de que la Administración disponía para resolver, pues es obvio que éste comienza en fecha 4 de enero de 2013, día en el que la solicitud de evaluación formulada por la actora accedió al Registro de la Universidad, órgano competente para tramitarla (artículo 42.3.b de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Lo que aquí se debate es la determinación del dies ad quem; y en este punto es evidente que, con independencia de que el plazo se fijase por meses, inicialmente seis y, posteriormente se ampliase por cinco más, lo cierto es que en la resolución ampliatoria, de fecha 6 de junio de 2013 —acogida por el Rectorado de la Universidad demandada en fecha 21 de junio de 2013—, el día final se concretó de forma clara, expresa y terminante, fijando como tal el día 30 de noviembre de 2013, inclusive.*
>
> *Consiguientemente, ya demos por válida la notificación realizada el día 7 de diciembre de 2013, ya así lo estimemos respecto de la intentada sin efecto el día 3 anterior, lo cierto es que ambas fueron llevadas a cabo una vez que el plazo para resolver había expirado, razón por la cual produjo su eficacia el silencio administrativo de cara al reconocimiento del derecho de la actora a que se le evalúe positivamente el tramo investigador de referencia*».

X Urbanismo e ordenación do territorio

1. Plan de Ordenación do Litoral de Galicia

O TSXG (Sección 2ª), en 38 Sentenzas ditadas nos días 29 de maio, 5 e 12 de xuño de 2014, desestimou todos os recursos interpostos contra o "Plan de Ordenación do Litoral de Galicia" aprobado por Decreto da Xunta de Galicia 20/2011, do 10 de febreiro. Incidiu o Tribunal en que (Rec. núm. 4206/2011):

> «(…) *Respecto de la nulidad del POL por vulnerar la autonomía local; cabe decir que las comunidades autónomas con costa competentes para la ordenación del territorio lo son para la ordenación del litoral porque el mismo forma parte de su territorio y hay intereses supralocales para la comunidad gallega. Pero no se constata que se afecte al núcleo esencial de su autonomía cuando siguen teniendo capacidad decisora; es lógico que se establezcan normas de protección del litoral; ello no excluye la posibilidad de que se establezcan otras a mayores por los ayuntamientos, que siguen teniendo competencia en materia urbanística, pero han de adaptar los planeamientos al instrumento de ordenación del territorio para la conservación y protección de las zonas*

costeras; y los mismos intervienen en la elaboración del POL. Conforme a su artículo 5, sus determinaciones no implican clasificación urbanística del suelo, sino que sigue siendo una competencia local, siempre de conformidad con las categorías establecidas por la legislación urbanística y en coherencia con el mismo. Precisamente la LOTGA se refiere a la necesidad del POL por el incumplimiento por los ayuntamientos del deber de adaptarse a la legislación urbanística y dado el deterioro costero, de ahí su necesidad, para proteger el litoral. Y refleja la clasificación urbanística de cada plan general de ordenación municipal (…). ///

Se alega también en la demanda la nulidad del POL por carecer del preceptivo estudio de sostenibilidad económica, que entiende viene impuesto por el artículo 13 de la LOTGA. Frente a ello, la parte demandada manifiesta que sí existe informe económico, pero dentro del informe de sostenibilidad ambiental y que indica por qué no es necesario un estudio económico financiero en detalle, dado que al ser un instrumento de ordenación territorial estratégico, y puesto que sus determinaciones se desarrollan a través de otras figuras de planeamiento, planes y proyectos, el coste no está directamente relacionado con el POL, exponiendo los criterios para dotar al litoral de una estructura territorial más coherente, pero no planifica, que es lo que supone una inversión económica. No es un plan de urbanismo sino que es un plan de ordenación del territorio; la LOTGA no lo exige, y la LOUGA sí pero para los planes generales de ordenación, en el artículo 61.1.i), y para los planes parciales y de sectorización, en los artículos 65 y 67. No contempla actuaciones de urbanización o de transformación urbanística. No planifica, que es lo que supone un coste económico. No tiene efectos inmediatos de carácter económico y no supone expropiación ni proyecto de urbanización alguno, por lo que no supone indemnizaciones (…). ///

Ha de partirse de que entre las funciones integradas en los objetivos del Plan de Ordenación del Litoral de Galicia se encuentra, además de los objetivos y de los contenidos que le son propios, establecidos en la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de ordenación del territorio de Galicia y en la Ley 6/2007, de 11 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del litoral de Galicia en el presente Plan, de conformidad con los artículos 2º.2 d) y 5º.2 de la Ley 7/2008, de 7 de julio, de protección del paisaje de Galicia, se integra plenamente la protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación territorial mediante las unidades de paisaje identificadas. Así, las determinaciones que establezcan los catálogos de paisaje litoral y las directrices de paisaje que los desarrollen se integrarán como un marco complementario de este plan, en cuanto que son los instrumentos previstos en la Ley 7/2008, para asegurar una adecuada protección, gestión y ordenación de los paisajes de Galicia».

2 Réxime do silencio administrativo na aprobación dos Plans Xerais de Ordenación Municipal

Na Sentenza do 5 de decembro de 2014 (RC 3738/2012, relator: Excmo. Sr. Tolosa Tribiño) o Tribunal Supremo (Sª 3ª, Sección 5ª) reitera o criterio xurisprudencial sobre o réxime do silencio administrativo aplicable ao procedemento de aprobación dos plans urbanísticos, nos seguintes termos:

«(…) *1ª.- En la tramitación de planes de iniciativa pública municipal, que deban ser aprobados definitivamente por la Administración autonómica (ad. ex. Plan General), rige el silencio administrativo positivo (aún en el caso de que el contenido sustantivo del proyecto de planeamiento no se ajuste a Derecho). 2ª.- En el de aprobación de planes de iniciativa particular, el silencio será negativo. Y ello porque la «potestad pública de ordenación del territorio y del suelo es insustituible, de manera que no cabe atribuirla, de forma directa o indirecta, a los sujetos privados en el ejercicio del derecho de propiedad o de libertad de empresa (…). Los particulares no pueden adquirir por silencio facultades relativas al servicio público, cual es la ordenación y ejecución urbanísticas (STS 17/11/2010-RC 1473/2006)*».

Non obstante, nesta sentenza o Tribunal Supremo matiza o seu criterio sobre a aplicación do silencio na aprobación dos plans xerais, en termos restritivos. Conclúe que no concreto caso examinado non se produciu a aprobación presunta do PXOM porque o expediente remitido á Xunta de Galicia tras a aprobación provisional polo Pleno do Concello non estaba completo e resultaba ademais necesario modificar varias determinacións substanciais. Engade así a sentenza que:

«(…) *La actividad de planeamiento urbanístico no sólo afecta a intereses municipales, sino también a otros de carácter supramunicipal, atribuidos legalmente al ámbito competencial de diferentes Administraciones Públicas. Debido a ello, los órganos competentes de estas Administraciones Públicas, a los que por razón de la materia les vienen atribuidas competencias que pudieran verse afectadas por la aprobación del planeamiento, participan en la actividad urbanística mediante la emisión de informes para el control de sus intereses supramunicipales. Estos informes son los denominados por la doctrina informes sectoriales que, además de servir para el control citado, lo hacen también para ilustrar a los órganos que han de decidir el planeamiento. En el presente caso, la sentencia de instancia recoge textualmente que «No procede entender que el Plan se aprobó definitivamente por silencio si el expediente que se somete a aprobación definitiva no está completo. Y, aún completado el expediente, no se aplicará el silencio administrativo estimatorio cuando el Plan contuviese determinaciones contrarias a la ley, a los planes de superior jerarquía o a las directrices de ordenación del territorio de Galicia. En todo caso, la Ley 9/2002, de Ordenación Urbanística de Galicia, atribuye a la «consellería» el examen de la integridad documental y al «conselleiro» la competencia para aprobar definitivamente el plan; lo que la Ley prevé es que la consellería examine la integridad documental en el plazo de un mes y que no se apruebe definitivamente el plan mientras el expediente no esté completo*».

3 Revisión do plan xeral. Estudo económico-financeiro. Vulneración dos límites da potestade discrecional de planeamento: ordenación irracional. Imposibilidade de reclasificar solo rústico protexido en urbanizable

O TSXG (Sección 2ª), na súa Sentenza do 12 de febreiro de 2015 (Rec. 4586/2010, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) anulou en parte o Plan Xeral de Ordenación Municipal de Valga de 2010.

En primeiro lugar considerou que o "Estudo Económico-Financeiro" do Plan era correcto pese ao informe desfavorable do interventor municipal por non contar cun compromiso expreso de cofinanciamento da súa execución polas Administracións supramunicipais:

> «(…) *El único incumplimiento legal que le achaca es que no consta la conformidad de las otras Administración a las que se atribuye la financiación de parte del gasto previsto.*
>
> *Sobre la cooperación económica de otras Administraciones para el desarrollo del plan hay que decir que la del Estado y la de las Diputaciones Provinciales con las corporaciones locales es una obligación recogida, respectivamente, en el Real Decreto 835/2003 y en el artículo 36 de la Ley de Bases de Régimen Local. El artículo 2.1 del Real Decreto dice que la cooperación del Estado a las inversiones de las entidades locales se instrumentará económicamente con los créditos consignados en los Presupuestos Generales del Estado a través del Programa de cooperación económica local del Estado. El citado precepto de la LBRL prevé la cooperación económica con los municipios y que para ello se aprobará anualmente un plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal. En el estudio económico-financiero del PXOM litigioso solamente se prevé de forma concreta la contribución de la Xunta de Galicia. La aprobación por esta Administración del PXOM supone su conformidad con la financiación que le asigna, confirmada por su actitud posterior en este proceso. Por ello lo que alega la parte actora sobre la ilegalidad del estudio económico-financiero no puede ser aceptado (…)*».

En segundo lugar, anula a clasificación dun sector de solo urbanizable industrial, polas seguintes razóns:

> «(…) *Debe examinarse con carácter preferente la alegación referida al carácter totalmente injustificado de la creación de ese sector de suelo industrial, al no existir necesidad alguna de aumentar el ya existente con una superficie tal que supone multiplicarla varias veces. Se basa esta afirmación en que, como resaltan los informes periciales aportados por la parte actora, de los 225.000 m^2 previstos en el anterior planeamiento para suelo de uso industrial sólo está ocupado el 30%, y que además en la Memoria ambiental se consideró no justificada la necesidad de un nuevo suelo de uso industrial con esa magnitud (unos 800.000 m2) ni en ese emplazamiento (…). En el informe justificativo de la incorporación de las consideraciones del documento de referencia y de la Memoria ambiental lo único que se dice, en cuanto al suelo de uso industrial de nueva creación, es que existe abundante documentación, de la Administración autonómica y de la municipal, que justifica tanto la necesidad de superficie como la localización propuesta, como son dos informes de viabilidad del polígono industrial de Xanza, y dos convenios para el desarrollo del polígono industrial. Esos documentos son anteriores a la Memoria ambiental (los convenios se concertaron en el año 2005), por lo que no suponen novedad alguna sobre los datos tenidos en cuenta en aquella, y además se refieren a una superficie mucho menor (90.000 m2). Sorprendentemente, en el informe de la Secretaría Xeral de Calidade e Avaliación Ambiental se dice, respecto del sector de nuevo suelo industrial, que se considera justificada la necesidad de creación de nuevo suelo industrial, y que los efectos sobre las variables suelo, ciclo hídrico, medio natural y paisaje lo que determinan es la necesidad de que se evalúe en fase de proyecto el impacto ambiental de las actuaciones. Además de que este*

último criterio parece contradecir las declaraciones jurisprudenciales que equiparan, a efectos de repercusión ambiental, los planes urbanísticos con los proyectos de obras o actividades (SSTS de 30/10/2003, 03/03/2004, 15/03/2006 y 30/10/2010), no existe una explicación con datos objetivos sobre ese cambio de opinión. Y en ningún momento ha sido rebatido por las Administraciones demandadas el dato antes referido sobre el porcentaje de ocupación del suelo destinado a uso industrial por el anterior planeamiento general. Por ello hay que concluir que la creación del sector de suelo urbanizable industrial SI-07 que realiza el PXOM de Valga no puede ampararse en las facultades discrecionales del planificador urbanístico, ya que carece de racionalidad, y, por lo tanto, incurre en la arbitrariedad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución, por lo que procede anular las determinaciones que afectan a ese sector y al viario que se establece para su servicio (…).

Sexto: Aunque lo expuesto y la conclusión indicada hacen ya innecesario el examen de las demás cuestiones planteadas en la demanda, cabe añadir que es un hecho objetivo que el anterior planeamiento clasificaba como suelo no urbanizable de protección forestal algunos terrenos que el nuevo incluye en el sector de suelo urbanizable de uso industrial SI-07. A esos terrenos le es aplicable lo dispuesto en la Ley 9/2002 para el suelo rústico en virtud de lo establecido en su Disposición transitoria primera, apartado 1.f). De acuerdo con el artículo 14.1 de esta ley, como regla general, un suelo rústico especialmente protegido no puede ser clasificado como suelo urbanizable. El mismo principio se deduce de lo establecido en los artículos 12.2 y 13.1 y 4 de la Ley del Suelo estatal. El artículo 32.2.b) de la Ley 9/2002 prevé que, excepcionalmente, el plan general pueda excluir de la categoría de suelo rústico de protección forestal las áreas sin masas arbóreas merecedoras de protección, limítrofes sin solución de continuidad con el suelo urbano o con los núcleos rurales, que resulten necesarias para el desarrollo urbanístico racional. Pero en el PXOM no aparece justificada esta actuación excepcional, y la ausencia de masas arbóreas es lo contrario de lo que aparece en la Memoria ambiental y en el documento de referencia, y, además, por lo antes dicho, tampoco se cumpliría el requisito de la necesidad para el desarrollo urbanístico racional».

4 Licenzas urbanísticas. Prazo para impugnalas. Abuso de dereito do recorrente por deixar transcorrer un lapso prolongado de tempo para recorrela dende que tivo coñecemento do seu outorgamento

Na interesante Sentenza do TSXG (Sección 2ª) do 19 de xuño de 2014 (Rec. 4556/2013, relatora: Ilma. Sra. Recio González) confirmouse a inadmisión do recurso interposto contra a licenza de obras dun edificio de vivendas por terse interposto extemporaneamente. O Tribunal acadou esa conclusión tras a acreditación no litixio de que a demandante tivo coñecemento da licenza (polo "cartel de obra" do edificio) con máis dun ano de antelación á data de impugnación. Incidiu así en que:

«(…) *El principio pro actione tiene límites, en concreto el ejercicio abusivo del derecho, cuando es evidente que la apelante conocía la licencia y el alcance y condiciones del proyecto desde mucho antes de que se la notifiquen formalmente. De forma que con la referida disposición no se derogan los plazos para reaccionar contra los actos administrativos, sino que la misma va dirigida a los desconocedores, mientras que a*

los conocedores se les aplica el plazo de dos meses del artículo 46 de la LRJCA para impugnar el acto administrativo».

5 Disciplina. Ámbito competencial da Axencia de Protección da Legalidade Urbanística nos supostos de modificación da clasificación do solo

O TSXG (Sección 2ª), na Sentenza do 16 de outubro de 2014 (Rec. 4248/2014) clarexou as dúbidas que presenta a execución das ordes de derruba emitidas pola Axencia de Protección da Legalidade Urbanística (APLU) por infraccións cometidas en solo rústico, cando tras a revisión do planeamento xeral se reclasifica o devandito solo en urbano ou de núcleo rural, no senso seguinte:

«(…) *Si el suelo deja de ser rústico, y por ello esa autorización ya no es necesaria, tal circunstancia no afecta a la conformidad a derecho de las resoluciones dictadas por la Administración autonómica para reponer la legalidad urbanística, ratificada además judicialmente, por lo que esos actos no pueden ser revisados. Lo que ocurre es que la Administración que los dictó no puede ejecutarlos porque ha desaparecido la circunstancia que le atribuía competencia para ello, cual es la clasificación del suelo como rústico. Por eso es correcto que no ejecute sus resoluciones y remita lo actuado a la Administración municipal, que es la que tiene competencia respecto a las edificaciones realizadas en suelo de núcleo rural, no para que lleve a efecto las demoliciones acordadas, sino para que compruebe su ajuste a la normativa urbanística que rige en suelo de núcleo rural; comprobación que podrá concluir que sí se da esa correspondencia entre construcción y normativa, y que al contar ya con licencia municipal no hay que adoptar medida alguna de reposición de la legalidad urbanística*».