

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

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

The right of citizens to interact with electronic government in Venezuelan

ALEJANDRO CANÓNICO SARABIA

Profesor en las universidades católicas Andrés Bello y del Táchira, y en las universidades Monteávila y de Margarita

Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Procesal

Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Coordinador para Venezuela de la Red Iberoamericana de Contratación Pública

canonico1511@gmail.com

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

48 Regap

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

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 complementen o 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 Introducción. 2 El cumplimiento de los principios que informan a la Administración pública como premisa de una buena administración. 2.1 El principio de eficacia. 2.2 La transparencia. 2.3 La simplificación en los trámites administrativos. 3 La Administración pública y la tecnología de la información y comunicación (TIC). 3.1 El derecho de los*

ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas. 3.2 Normas venezolanas vinculadas al derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas. 3.2.1 El planteamiento constitucional. 3.2.2 Las normas generales de la Administración pública. 3.2.3 Las normas para la simplificación de trámites administrativos. 3.2.4 En materia de control fiscal y anticorrupción. 3.2.5 Los medios electrónicos en las contrataciones públicas. 3.3 Las Normas especiales sobre Administración electrónica. 4 La vigencia de la Ley de Infogobierno venezolana. 4.1 Contenido del Derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas según la Ley de Infogobierno. 5 Consideraciones finales. 6 Bibliografía

1 Introducción

En el marco de un Estado social y democrático de Derecho y de Justicia, el Estado debe jugar un papel protagónico para generar los escenarios de desarrollo y progreso que les permitan a los individuos cubrir sus necesidades básicas y elevar su calidad de vida. En ese mismo orden de razonamiento, durante la IV Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración pública y Reforma del Estado celebrada en 2002 en Boca Chica, República Dominicana¹, se proclamó que “el Estado constituye la máxima instancia de articulación de relaciones sociales” y que, “desde la perspectiva de la gobernabilidad, para el progreso económico y la reducción de la desigualdad, el Estado es fundamental para el logro de niveles crecientes de bienestar económico”. Con la modulación propia de cada nación, y su visión particular, basada en la realidad social, económica y política de cada país.

Y dentro de ese Estado Social y Democrático de Derecho que postulan nuestros textos constitucionales iberoamericanos, se erige la Administración pública, como su principal instrumento, precisamente para proporcionar las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran, sean reales y efectivas y, sobre todo, para ayudar a que los excluidos y desfavorecidos puedan acceder al sistema.

Este planteamiento teórico de la noción finalista de la Administración Pública debe necesariamente concretarse y materializarse en servicio eficiente a los ciudadanos, para ello se debe contar con personas y estructuras orgánicas desburocratizadas, eficientes, éticas, capaces, profesionales, con empleo de los medios tecnológicos, articulados todos en función de la vocación de servicio a la colectividad, pero teniendo como eje concéntrico al individuo. Sin perder la idea de que la gestión de la Administración Pública no debe ser invasiva al punto de suplir o enervar la actividad particular, sino servir como suerte de plataforma para el des-punte y el desarrollo de la iniciativa privada, con reglas de actuación claramente establecidas.

Las premisas de eficacia y eficiencia deben acompañar permanentemente a la Administración en función del principio de servicio al interés general, como lo pregona la Carta Iberoamericana de la Función Pública, rubricada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, el 27 de junio de 2003, promovida por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)², la cual señala en su artículo primero la función esencial inherente a la existencia misma de la Administración pública: “*garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos en el marco de una Administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general*”. En

1 <http://old.clad.org/reuniones-internacionales/eventos-realizados/iv-conferencia-iberoamericana-de-ministros-de> [consultada el 27 de septiembre de 2014].

2 <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartaibero.pdf/view> [consultada el 28 de septiembre de 2014].

el mismo sentido, dicho precepto establece también la finalidad de la propia Administración pública para: *“compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de Administraciones profesionales en contextos democráticos”*.

En lo que respecta al texto constitucional venezolano, aun cuando no conceptualiza ni define teóricamente a la Administración Pública, le otorga un papel de primer orden dentro del título relativo al Poder Público y, le señala con determinación su finalidad, acompañándola de unos principios rectores que le sirven de fundamento y legitimación, pero con sometimiento pleno a la ley y al derecho (*principio de legalidad*); el artículo 141 constitucional —pieza magistral del constituyente venezolano— aporta sin equívocos el carácter vicarial de la Administración Pública al manifestar que: *“...está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas...”*; esa es precisamente la *ratio* de existencia de la Administración Pública, servir con objetividad a los intereses generales³, y ahora, más claro aún, a partir de la constitucionalización expresa de dicha finalidad legitimadora⁴.

La actuación eficaz de las Administraciones Públicas, en la actualidad debe necesariamente asociarse con el empleo de los medios tecnológicos. La intensa evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación, principalmente de la Red, en los últimos años ha supuesto la generalización de su empleo en todos los ámbitos de la sociedad. La sociedad actual se ha habituado a la utilización de las nuevas tecnologías en sus actividades cotidianas, convirtiéndose las mismas en herramientas indispensables para realizar casi cualquier actividad ordinaria. Las Administraciones públicas se han visto obligadas a adaptar su forma de relacionarse con los ciudadanos, y progresivamente han ido implementando un modelo alternativo para cumplir sus fines, que podemos denominarlo: Administración pública electrónica.

Esta concepción de modelo de administración electrónica ha supuesto el nacimiento de un nuevo derecho instrumental para las personas, el Derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas, precisamente a partir del análisis jurídico de los principios rectores de la Administración electrónica y de los instrumentos necesarios para poder articular el nuevo modelo de administrar, pero siempre en función del servicio al individuo, dentro del marco de la noción de Buena Administración. En Venezuela se han producido tres leyes importantes en esta materia que ayudan a generar la base legal de esta relación signada por los nuevos tiempos: La Ley de Mensajes de datos, La Ley de Interoperabilidad, y recientemente, la Ley de Infogobierno, a las cuales nos referiremos más adelante.

2 El cumplimiento de los principios que informan a la Administración pública como premisa de una buena administración

Como se dejara establecido en el capítulo anterior, resulta de capital importancia, para la interpretación de los postulados fundamentales de la Administración Pública, tener en cuenta

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y 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: *“...la Administración se caracteriza por tres notas materiales o sustanciales: carácter vicarial; sujeción a principios superiores y subordinación plena a la Ley y al Derecho. Esta noción institucional de Administración pone el énfasis en una actividad y no, como se ha señalado entre nosotros, en un órgano. Sencillamente, el artículo 141 constitucional, al concebir a la Administración Pública, no hizo referencia a su inserción dentro de algunos de los órganos del Poder Público, consagrando una institución en el recto sentido que la expresión tiene”*.

los principios que la informan⁵ y, que resultaron incorporados en el texto constitucional, al lado de la conceptualización del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. Los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública⁶, a la par de los principios de la objetividad, neutralidad, integridad, adecuación, deben ser interiorizados y condicionar el actuar de los órganos del Poder Público en ejercicio de las actividades públicas administrativas, aquellas que se constituyen en la acción, singular o concreta, organizada, de gestión de servicios, entre otros. Todo esto supone que la Administración Pública, no sólo debe preservar el cumplimiento del principio de la legalidad objetiva, sino que debe preocuparse por cumplir su cometido estatal con eficacia subjetiva, en función de la satisfacción efectiva de los intereses de los ciudadanos.

En el plano positivo, y antes de la vigencia de la Constitución venezolana actual (1999), el Derecho Administrativo venezolano se había nutrido de principios con noción garantista, a propósito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)⁷, en cuyo texto se consagraron estos principios, como puede observarse en su Título II relativo a la Actividad Administrativa, al regular la eficacia, economía, eficiencia, celeridad, imparcialidad, unidad del expediente, uniformidad documental, racionalidad e información como norte de la actuación de la Administración Pública⁸.

Posteriormente se dicta la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP)⁹, que viene a ratificar el comentado postulado constitucional, reiterando el carácter vicarial de la Administración Pública frente a los ciudadanos, al manifestar que se encuentra al servicio de las personas, y su actuación estará dirigida a la atención de sus requerimientos y la satisfacción de sus necesidades, brindando especial atención a las necesidades de carácter social, (con lo cual comienza una tendencia legislativa nacional de privilegiar al colectivo por sobre lo individual), y termina definiendo la obligación de la Administración Pública de asegurar a todas las personas la efectividad de sus derechos cuando se vinculen entre sí, teniendo como norte la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas (Arts. 3 y 5 LOAP). Y en su artículo 10, también se reafirman los principios fundamentales que ya había señalado la Constitución, pero le agrega algunas nociones más¹⁰, para que no exista la menor duda del carácter vicarial de la administración y su obligación de garantizar los derechos

5 Particularmente consideramos que el Derecho Administrativo también se encuentra influenciado por los principios generales del Derecho, ya que es a través de ellos que se puede interpretar y entender el cuerpo normativo que lo rige.

6 El citado artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que: *“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”*.

7 Publicada en la Gaceta Oficial núm. 2.818 Extraordinario, del 1º de julio de 1981, y aún mantiene su vigencia.

8 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V., “Los procedimientos administrativos en Venezuela”, (Coord. A. Canónico Sarabia), en *Visión Actual de los Procedimientos Administrativos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana y CAJO, 2011, pp. 97-155, p. 117. Este autor indica que estos principios se encontraban orientados a simplificar los trámites administrativos, y sirvieron de fundamento para que se dictase los instructivos y normas por parte del Gobierno encaminados a ese fin.

9 Cuya última versión fue promulgada mediante Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 6.147 del 17 de noviembre de 2014.

10 *“Artículo 10.- La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales. La simplificación de los trámites administrativos, así como la supresión de los que fueren innecesarios será tarea permanente de los órganos y entes de la Administración Pública, de conformidad con los principios y normas que establezca la ley correspondiente”*.

que —tanto la Constitución y la Ley— les consagran a los ciudadanos. A continuación sólo nos referiremos a los principios de eficacia, transparencia y simplificación, debido a que se conectan directamente con el tema en estudio.

2.1 El principio de eficacia

Las comentadas normas, incluyendo el postulado constitucional, son contestes en resaltar la importancia de los principios informadores, condicionantes de la interpretación del cuerpo normativo que rige a la actividad de la Administración. Sin embargo, de todos los mencionados principios, y ya descendiendo al tema que nos ocupa en este trabajo, debemos mencionar con especial énfasis al *principio de eficacia*, que encuentra íntima correspondencia con la visión actual que apunta a la buena administración, dentro de la óptica a la que debe inscribirse la Administración Pública. La eficacia supone el logro de los objetivos, el cumplimiento de la finalidad de los procedimientos administrativos. La actividad de los órganos y entes de la Administración Pública perseguirá el cumplimiento eficaz de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión, bajo la orientación de las políticas y estrategias previamente establecidas¹¹. Entendiendo como objetivo principal de la Administración Pública, el servicio al ciudadano, podemos decir que su actividad es eficaz, cuando cumple con ese cometido, esto es, cuando satisface las necesidades y aspiraciones de las personas, legitimándose en su actuar, por efecto del cumplimiento de su finalidad, pero con estándares de calidad; no basta con prestar servicios en general, también es necesario examinar las condiciones en que se prestan estos servicios, sus costes, la eficacia y la eficiencia de la Administración¹².

Dentro del estudio de los procedimientos administrativos el principio de eficacia, debe orientar al logro del fin propuesto, que debe estar en sintonía con el interés general y del particular, y que debe prevalecer sobre los formalismos que no inciden en la validez del procedimiento ni disminuyan las garantías de los ciudadanos; por ello es que se determina que este principio agrupa, a su vez, un conjunto de principios como el principio de instrumentalidad, el principio de la economía procesal, el principio de informalismo, el principio *favor acti*, el principio *conservatio acti* o de la finalidad, el principio de la presunción de legalidad, el principio *pro actione* y el principio de la caducidad¹³.

2.2 La transparencia

Conjuntamente con el principio de eficacia, el texto fundamental colocó el principio de transparencia, cuya noción debe asimilarse a la forma en que debe actuar la Administración Pública, con altos estándares de calidad en función de la visibilidad de su accionar y fines, y la preservación de las garantías de los ciudadanos; resulta pues muy sencillo entender el

11 Ver Artículo 19 LOAP.

12 Véase nuestro trabajo 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 y CAJO, 2014, pp. 441-465, p. 443.

13 BREWER-CARIAS, A., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, p.44, este autor sostiene que "... el principio de la eficacia implica el principio de la conservación, del saneamiento o de la convalidación de los actos administrativos, a los efectos de que los procedimientos puedan lograr su finalidad. En consecuencia, el logro del fin propuesto es lo que siempre debe orientar el desarrollo del procedimiento; fin que está vinculado tanto al interés general, como al interés de la Administración y al del administrado. El objetivo del procedimiento administrativo, en definitiva, es la satisfacción de esos fines en el menor tiempo y con el menor costo posible".

principio de transparencia, que nace —como otros— ajeno a la rama jurídica, pero que se incorpora a los parámetros de actuación de la Administración Pública, para asegurar criterios de control sobre su actuación. Si en el plano metajurídico, la transparencia es un fenómeno que permite el paso de los rayos luminosos para observar con claridad determinados objetos, en el escenario de lo jurídico-público, el principio de transparencia le ordena a la Administración Pública actuar con la mayor claridad posible, permitir la participación y observación del ciudadano en los trámites que ésta adelanta, para posibilitarle su intervención o cuando menos su control. La Administración en ejercicio de sus atribuciones, garantiza el principio de transparencia, si establece mecanismos adecuados para rendir cuentas, para mantener informada a las personas de sus funcionarios y actividades en general¹⁴, ya que en el plano individual y concreto, si se trata de la sustanciación de un procedimiento administrativo en particular sobre una persona, lo que debe garantizársele a ese sujeto es el debido proceso, con todas sus implicaciones. La aplicación efectiva del principio de transparencia está vinculada indisolublemente con otros principios como la rendición de cuentas, la buena fe, la publicidad y la simplicidad.

2.3 La simplificación en los trámites administrativos

Precisamente, en cuanto al mencionado principio de simplicidad, también existe en el país, una norma que lo desarrolla, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos (LSTA)¹⁵, dentro de la cual nuevamente se reiteran los principios informadores de la Administración Pública (Artículo 5), definiendo como objetivos generales: *acompañar la transformación de las instituciones del Estado, en la adaptación del ordenamiento jurídico a las exigencias de un nuevo orden organizacional público, para optimizar y racionalizar las tramitaciones que realizan las personas ante la Administración Pública, a los fines de mejorar su eficacia, eficiencia, pertinencia, utilidad, para así lograr una mayor celeridad y funcionalidad en las actuaciones de la administración, reducir los gastos operativos, obtener ahorros presupuestarios, cubrir insuficiencias de carácter fiscal y mejorar las relaciones de la Administración Pública con las personas*. Cabe destacar, que esta norma señala de manera categórica que los funcionarios públicos, ante todo, son servidores públicos y como tal su actividad debe estar dirigida a servir de forma eficiente a las personas, procurando la plena satisfacción del interés colectivo¹⁶.

Sin embargo, la implementación de la política de simplificación de trámites en el país no se ha llevado a cabo como se concibió en la referida norma, pues de manera contraria ha aumentado la exigencia de recaudos y requisitos en la tramitación de asuntos ante la Administración; Ahora bien, de manera curiosa el ejecutivo nacional venezolano anunció el martes 2 de septiembre de 2014, en cadena de radio y televisión, la creación de una *Autoridad*

14 Consecuente con este planteamiento el artículo 9 de la Ley Contra la Corrupción, publicada en la Gaceta Oficial núm. 5.637 Extraordinario del 7 de abril de 2003, expresamente estableció la obligación de las autoridades de informar a los ciudadanos sobre la utilización de los bienes y el gasto de los recursos que integran el patrimonio público cuya administración les corresponde, por cualquier medio impreso, audiovisual, informático o cualquier otro que disponga el ente, incluyendo los medios electrónicos.

15 En el año 1986 el gobierno nacional dictó el Instructivo Sobre Simplificación e Información de los Procedimientos Administrativos, posteriormente el Decreto Con Rango Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos en el año 1999, que luego fue reformado y publicado en la Gaceta Oficial núm. 5.891 Extraordinario del 31 de julio de 2008, y por último, el Decreto núm. 1.423, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, publicado en la Gaceta Oficial núm. 40.549 del 26 de noviembre de 2014.

16 Ver Artículo 36 LSTA.

Única Nacional de Trámites y Permisología, la cual: “...tendrá dentro de sus tareas, acabar con el burocratismo y elevar la eficiencia del Estado en los procesos de simplificación de documentos”. No obstante, a pesar de que el mensaje sobre la preocupación del gobierno al mostrar su intención de simplificar los trámites que realizan los ciudadanos ante los órganos del Estado es alentador, se piensa que no era necesaria la creación de una estructura para tal fin, simplemente se debió aplicar la norma que se encontraba vigente desde el año 1999, la cual suponía desde su génesis poner en práctica programas de simplificación por parte de cada órgano del Poder Público, para así facilitarle a los ciudadanos sus experiencias frente a las oficinas públicas.

Tomando como base las anteriores manifestaciones de principios, podemos concluir que la eficiencia, eficacia, la transparencia, la publicidad, la responsabilidad y la simplificación en el actuar de los órganos del Poder Público, se inscribe dentro de la noción de *buena administración*, en virtud de que son cualidades que deben distinguir a los órganos del Estado en general, vinculados al ejercicio de los valores democráticos y al desarrollo de sus pueblos. Para lograr estos cometidos es necesario que la Administración avance y prepare muy bien el camino al logro de sus objetivos, estableciendo canales procedimentales más simples y eficaces, garantizando los derechos de los individuos, abonando en la capacitación y profesionalización de sus funcionarios, modernizando sus estructuras y sistemas, y promoviendo e intensificando el uso de las tecnologías de la información y comunicación por parte de los servicios públicos para controlar el rendimiento, así como fomentar el aprendizaje, mejorar la prestación de servicios, la gestión de los bienes públicos y, facilitar el acceso a la información, tanto de los funcionarios públicos, como de los ciudadanos.

Esa necesidad regulatoria de principios jurídicos, ha sido una preocupación permanente de los Estados en reuniones internacionales, y manifestada en diversos pronunciamientos. Conviene recordar las metas para el milenio definidas como objetivos de la Organización de Naciones Unidas¹⁷, entre los que destaca, el desarrollo económico y social, la democracia, la lucha contra la pobreza y contra el hambre, entre otros; ya perfilaba la necesidad de la existencia de una Administración Pública eficaz, eficiente, así como sistemas sólidos de gestión de los asuntos públicos, en la medida en que la función esencial de la Administración general y la capacidad de las personas que trabajan en el sector público en particular, están vinculadas a la promoción de los derechos humanos, a la democracia y al buen gobierno¹⁸. Por otra parte, encontramos un paralelismo en otras disposiciones internacionales, asumidas por el país, como el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, producido en la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, en Montevideo-2006; la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, formulada en la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado de San Salvador, el 26 y 27 de junio de 2008, adoptada en la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en El Salvador en octubre de 2008; y la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, asumida en la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, en Lisboa-Portugal en 2009.

17 En el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas, del 16 de marzo de 2003.

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

3 La Administración pública y la tecnología de la información y comunicación (TIC)

Hoy más que nunca, nos encontramos sumergidos dentro de la denominada *Sociedad de la Información*, que se caracteriza porque los medios de producción de bienes y servicios, así como la demanda de los mismos por las personas, para satisfacer sus necesidades, se encuentran determinados por un recurso esencial, la información¹⁹; el mensaje viaja de manera más veloz a través de canales o medios modernos, ágiles y atractivos. Estos medios, basados en tecnologías novedosas de información y comunicación se encuentran a la disposición de todos los ciudadanos de cualquier nacionalidad o estrato social, y genera una alteración de los intercambios relacionales tradicionales. De esto no escapa la Administración Pública, es más, debe aprovecharse de ello e implementarlo en sus relaciones con las personas.

Desde los informes preparados por el Comité de Expertos en Administraciones Públicas, para las Naciones Unidas en New York, del 22 al 26 de julio de 2002 y del 7 al 11 de abril de 2003, se reconocen a las nuevas tecnologías como instrumentos básicos para alcanzar objetivos de desarrollo urgente en los ámbitos gubernamentales, para el desarrollo económico, la protección del medio ambiente, la erradicación de la pobreza, de la salud y la mejora de la sociedad en general. Las tecnologías de la información y las comunicaciones y el gobierno electrónico son concebidas por Naciones Unidas como instrumentos poderosos para acelerar el crecimiento y el desarrollo sostenible de base amplia, reduciendo la pobreza²⁰.

Con la utilización de las mencionadas herramientas, el Gobierno y la Administración Pública se presentan más visibles frente a los ciudadanos, por lo que se garantiza la transparencia y se puede producir una mejor labor de evaluación social al poder conocer los resultados y objetivos alcanzados en los distintos programas públicos. Se fortalecen los mecanismos de rendición de cuentas y, en definitiva se puede apuntalar la democracia participativa y la libertad de expresión y comunicación, con un uso adecuado de estos novedosos y, al mismo tiempo, poderosos medios de comunicación.

En la actualidad el gobierno electrónico es condición previa del buen gobierno, ayuda a democratizar las instituciones públicas y fomenta una participación sin precedentes, pudiendo utilizar diferentes mecanismos que nos brinda la red, entre los que se cuentan las populares redes sociales (Facebook, Twitter, LinkedIn, Instagram, Google+, por mencionar las más comunes)²¹, amén de constituir un impulso obvio a la eficiencia y eficacia de la actuación de la Administración Pública desde todo punto de vista; Sin olvidar el carácter instrumental del gobierno electrónico, ya que los verdaderos constructores de la nueva sociedad deben ser los ciudadanos, quienes se presentan en una doble configuración, como receptores de

19 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V., "El derecho administrativo en la sociedad de la información, (Eds. F. Parra y 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 "...la evolución tecnológica ha permitido transitar del clásico portal de primera generación a uno denominado web 2.0, que permite una retroalimentación o diálogo entre el titular del mismo y difusor de la información y los usuarios, a los que se suman los otros espacios de intercambio de comunicaciones e información como Facebook, twitter, — que no siendo per se regulables por los Estados nacionales— si podría ser reglamentada la manera como pueden aprovecharlos la Administración Pública..." (Hernández-Mendible, V., "Los procedimientos administrativos...", *op. cit.* p. 145).

la prestación de servicios y, por otra parte, como comunidad que puede y debe controlar al gobierno y participar en la toma de decisiones²².

3.1 El derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas

Al realizar el estudio sobre la relación simbiótica que debe existir entre la *Buena Administración* y el *Gobierno Electrónico*, nos encontramos con el documento denominado “Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico”, aprobada en el marco de la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, en Pucón, Chile, durante los días 31 de mayo y 1 de junio de 2007²³, el referido *soft law* insta de manera firme a la implementación de la tecnología de la información y comunicación en la gestión pública de las administraciones iberoamericanas, independientemente de su desarrollo particular en las respectivas legislaciones locales, lo que convierte al instrumento en trascendente para el desarrollo de los pueblos de Iberoamérica, visto que los participantes renovaron su compromiso con la reforma del Estado, el fortalecimiento de sus instituciones públicas y la modernización de sus mecanismos de gestión, teniendo en cuenta que la calidad de los organismos públicos y su gestión es fundamental para el desarrollo, la igualdad de oportunidades y el bienestar social.

La referida Carta Iberoamericana inicia con el compromiso de las naciones participantes en construir la sociedad de la información y el conocimiento, desde la perspectiva del ciudadano y sus derechos. Entendiendo por ciudadano cualquier persona natural o jurídica que deba relacionarse con una Administración Pública y se encuentre en el territorio del país o posea el derecho a hacerlo aunque esté fuera de dicho país. Y entiende que las expresiones “*Gobierno Electrónico*” y “*Administración Electrónica*” son sinónimas, ambas consideradas como el uso de las TIC en los órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos.

Establece como principios del gobierno electrónico: la igualdad, la legalidad, la conservación, la transparencia y accesibilidad, la proporcionalidad, la responsabilidad, y la adecuación tecnológica. Principios que en forma general se asimilan a aquellos que se recogen de los ordenamientos jurídicos de todos los Estados. Pero uno de los aspectos más importantes que se debe destacar, es que resalta la consagración de un nuevo derecho ciudadano: *Derecho a Relacionarse Electrónicamente con las Administraciones Públicas*, interpretado con carácter de amplitud, en función del alcance o naturaleza del trámite y pretensión de que se trate, pasando a constituirse en un derecho instrumental de los ciudadanos para viabilizar y lograr otros derechos.

Previamente podíamos observar que en España se había dado un paso adelante con la adopción de la Ley 11/2007, de Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (BOE 150 de 23/06/2007), posteriormente desarrollada de forma parcial a través del Real Decreto 1671/2009, que reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Ad-

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

23 <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf> [consultada el 13/01/2014].

ministraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas, con la finalidad de garantizar sus derechos, un tratamiento común ante ellas y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica.

Este nuevo Derecho Ciudadano a Relacionarse Electrónicamente con las Administraciones, no se encuentra vacío, tiene un contenido propio y particular, que le genera a los ciudadanos la posibilidad de:

1. Dirigir por vía electrónica todo tipo de escritos, recursos, reclamaciones y quejas a los Gobiernos y las Administraciones Públicas, quedando éstos igualmente obligados a responder o resolver como si dichos escritos, reclamaciones y quejas se hubieran realizado por medios tradicionales.
2. Realizar por medios electrónicos todo tipo de pagos, presentar y liquidar impuestos y cualquier otra clase de obligaciones.
3. Recibir por medios electrónicos notificaciones cuando tal medio sea aceptado por el ciudadano o si el ciudadano así lo solicita.
4. Acceder por medios electrónicos a la información administrativa general con igual grado de fiabilidad que la que es objeto de anuncio en diarios o boletines oficiales o la que se publica en anuncios oficiales por cualquier medio.
5. Acceder los interesados electrónicamente a los expedientes para conocer el estado en que se encuentra la tramitación de los mismos.
6. Acceder por medios electrónicos a información pública de alto valor agregado que sirva para aumentar la competitividad de los países, lo que supone garantizar estándares consensuados entre los Estados iberoamericanos respecto al modo en que esa información debe ser procesada y difundida con la ayuda de las nuevas tecnologías disponibles.
7. Utilizar y presentar ante el Gobierno o las Administraciones Públicas las resoluciones administrativas en soporte electrónico, así como los documentos administrativos electrónicos en las mismas condiciones que si fueran documentos en papel, así como poder remitirlas por medios electrónicos a la Administración de que se trate.
8. Evitar la presentación reiterada ante la Administración de documentos que ya obren en poder de la misma o de otra, especialmente si son electrónicos, lo que supone acciones de Interoperabilidad y Simplificación Registral.

Para garantizar el cumplimiento efectivo del *Derecho de los ciudadanos a Relacionarse Electrónicamente con las Administraciones Públicas*, los Estados deben dictar los Instrumentos jurídicos necesarios que permitan regular el funcionamiento del Gobierno Electrónico, para cada una de sus respectivas realidades, sociales y ciudadanas, estableciendo como mínimo: *i. La identificación de los ciudadanos, Administraciones Públicas, funcionarios y agentes de éstas que empleen medios electrónicos, así como la autenticidad de los documentos electrónicos en que se contiene la voluntad o manifestaciones de todos ellos; ii. El establecimiento*

e información al público por medios accesibles para todos los ciudadanos de las direcciones electrónicas de las Administraciones Públicas con especial incidencia en las sedes electrónicas de las mismas; iii. La regulación y establecimiento de registros electrónicos a los que los ciudadanos puedan dirigir sus comunicaciones electrónicas conteniendo sus peticiones y pretensiones; iv. El régimen de los documentos y archivos electrónicos; y v. El establecimiento de un régimen diferenciado que le permita seleccionar al ciudadano en un mismo expediente si desea emplear medios electrónicos o físicos u ordinarios.

Estas regulaciones jurídicas le permitirán a los ciudadanos y a las Administraciones Públicas, en sus relaciones electrónicas, tener seguridad y confianza, tanto en lo que se refiere a la identidad de la persona, órgano o institución que se comunica, como en lo que se refiere a la autenticidad e integridad del contenido de la comunicación, así como, consecuentemente, en la imposibilidad de ser repudiada por el emisor.

Asimismo, le permite contar con protección de datos personales, en el sentido de poder solicitar la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos datos contenidos en registros electrónicos oficiales o privados, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. A tal fin se le debe garantizar al ciudadano el acceso a la información y a los datos que sobre sí mismo o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que justificadamente se establezcan, así como se debe facilitar el conocimiento del uso que se haga de dichos datos y su finalidad²⁴.

Vemos pues, como las regulaciones internacionales de principio, han tratado de darle respuesta a los avances científicos y tecnológicos, con mayor dinamismo que las normas internas de los Estados. Reconocen y son conscientes que los medios electrónicos, como por ejemplo los teléfonos móviles de cuarta y quinta generación, las tabletas, las computadoras personales, así como las redes 3.0 o social media, han generado una revolución incuestionable que ha incidido en la forma de actuar de la sociedad, dentro de la cual no puede quedar ajena la Administración Pública, y las relaciones que se tejen en torno a ella. Hasta hace poco el balance local incuestionable era que la tecnología había desbordado la regulación jurídica, por ello se requería una interpretación y aplicación progresiva de los textos legales, en la medida de lo posible, para tratar de adaptar el ordenamiento jurídico a esa realidad, que no se puede desconocer y que debe ser regulada, con el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Por ello se concluía, que el nuevo Derecho tenía una tarea pendiente, que era darle cobertura legal a las instituciones jurídicas tradicionales, que habían sido desbordadas y transformadas por las innovaciones tecnológicas. Era necesario, por tanto, regular la Administración Pública virtual, la firma digital, el procedimiento administrativo electrónico, la dirección electrónica, el acto administrativo electrónico, la notificación electrónica, el teleproceso, los recursos administrativos electrónicos, es decir, todas las actuaciones administrativas formales y de los interesados que se realizan a través de soporte magnético²⁵. Luego de varios años y algunas leyes nuevas en América, la realidad práctica no es muy distinta, ya que los cambios se han

24 Tal planteamiento se corresponde con el contenido de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 28 y 143 constitucional venezolano, en donde se recoge el derecho de los ciudadanos a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular, así como el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos.

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

producido de forma muy tímida y con un ritmo sumamente lento, que no se corresponde con la dinámica de la invención tecnológica.

3.2 Normas venezolanas vinculadas al derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas

3.2.1 El planteamiento constitucional

Partiendo de la afirmación que la información del ciudadano es la premisa fundamental y el núcleo central justificante del empleo de medios tecnológicos en la vida del individuo, podemos concluir que nuestro texto constitucional consagra una serie de normas vinculadas definitivamente a esta realidad actual. El artículo 51 consagra el derecho a dirigir peticiones y a obtener oportuna y adecuada respuesta. Los artículos 28 y 143, desarrollan derechos vinculados a la información de las personas, establecen la posibilidad cierta de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en archivos o registros, públicos o privados; igualmente de poder acceder a otros documentos en que tengan interés comunidades o grupos de personas; el derecho que tienen los ciudadanos a ser informados sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados y a conocer de manera inmediata las resoluciones que se adopten sobre el particular. Y por último, el artículo 60 que de manera expresa se refiere al uso de la informática, aun cuando lo hace para establecer una limitación en su empleo, en función del derecho de la persona a la protección de su honor, la intimidad personal y familiar, como garantía que debe ofrecer el Estado. Todo esto materializable a través del empleo de medios tecnológicos.

3.2.2 Las normas generales de la Administración pública venezolana

Por su parte, el Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, citado ut supra, consecuente con la trascendental instrucción supranacional antes comentada y con el texto constitucional patrio, incorpora en su esquema regulatorio normas que prevén el empleo de medios electrónicos e informáticos dentro del entramado administrativo, principalmente en lo que respecta a las relaciones que se presenten entre ciudadano y órgano; efectivamente en sus artículos 6 y 9²⁶, observamos una muestra de ello convirtiendo estas herramientas en una garantía para el ciudadano que el Estado está en el deber de proteger. Se destaca el imperativo de incorporar medios telefónicos, electrónicos e informáticos dentro de la actuación administrativa, para que las personas puedan dirigir peticiones y solicitudes a los órganos públicos y en fin puedan resolver sus asuntos de manera sencilla y transparente.

Igualmente la disposición contenida en el artículo 11 de la citada ley, avanza por el mismo sentido pero con mayor contundencia, al obligar a los órganos y entes de la Administración

26 En el marco de las garantías que debe ofrecer la administración pública a los ciudadanos, el artículo 6 expresamente señala que: “La Administración Pública desarrollará su actividad y se organizará de manera que las personas puedan: 1. Resolver sus asuntos, ser auxiliadas en la redacción formal de documentos administrativos; y recibir información de su interés por cualquier medio escrito, oral, telefónico, electrónico e informático” (...) Mientras que el artículo 9, dentro de la regulación de la garantía del derecho a petición, establece que: “Las funcionarias y funcionarios de la Administración Pública tienen la obligación de recibir y atender, sin excepción, las peticiones o solicitudes que les formulen las personas, por cualquier medio escrito, oral, telefónico, electrónico o informático; así como de responder oportuna y adecuadamente tales solicitudes...” (resaltado nuestro).

Pública a "...utilizar las tecnologías que desarrolle la ciencia, tales como los medios electrónicos o informáticos y telemáticos, para su organización, funcionamiento y relación con las personas". Complementando el anterior mandato con el deber de cada órgano y ente de la Administración Pública de establecer y mantener una página en internet, que contendrá como mínimo, la información que se considere relevante, los datos correspondientes a su misión, organización, procedimientos, normativa que lo regula, servicios que presta, documentos de interés para las personas, ubicación de sus dependencias e información de contactos.

3.2.3 Las normas para la simplificación de trámites administrativos

El igualmente comentado Decreto Con Rango Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, toma los medios electrónicos como elementos necesarios para lograr el objetivo de la regulación, enfocado en la simplicidad y la eficiencia en la gestión pública, principalmente en sus relaciones con los ciudadanos. Por ello nos encontramos con una serie de normas que obligan a generar información y contenido a través de medios electrónicos para mantener informados a los ciudadanos de los diferentes servicios y asuntos en que pudieran tener interés.

El artículo 8 se refiere a la obligación que poseen los órganos y entes de la Administración Pública en la difusión de los planes de simplificación de los trámites administrativos que dicten e implementen; el artículo 38, les impone el deber de ofrecer a las personas información completa, oportuna y veraz en relación con los trámites que se realicen ante esas instituciones, así como de difundir las tarifas vigentes de las tasas o precios públicos que se deban pagar por los servicios recibidos (artículo 23); y esta difusión e información deberá llevarse a cabo a través de cualquier medio de comunicación, visual, oral, escrito, incluyendo el informático o telemático. Asimismo, cada órgano o ente de la Administración Pública deberá crear un sistema de información centralizada, automatizada, ágil y de fácil acceso que sirva de apoyo al funcionamiento de los servicios de atención al público, disponible para éste, para el personal asignado a los mismos y, en general, para cualquier funcionario de otros órganos y entes, a los fines de integrar y compartir la información, propiciando la coordinación y cooperación entre ellos, de acuerdo con el principio de la unidad orgánica; para tal fin, deberán habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos con el objeto de que las personas interesadas envíen o reciban la información requerida en sus actuaciones frente a la Administración Pública, por una parte, y por la otra, que dichos datos puedan ser compartidos con otros órganos y entes de la Administración Pública, de acuerdo con el referido principio (artículos 11 y 45). Sin olvidarnos del servicio de información telefónico que deben implementar para atender las distintas consultas que se formulen con relación a los servicios que prestan estos órganos (artículo 51)²⁷.

Por último, y con el objeto de facilitar el pago de las obligaciones de las personas a los órganos y entes de la Administración Pública, el Decreto Ley, establece que se deberá incentivar al máximo la utilización del sistema financiero, a los fines de que las personas interesadas puedan depositar el importe de sus obligaciones en la cuenta bancaria que la Administración disponga para tal fin, en cualquier sucursal del país, permitiendo que el pago de las referi-

27 Estas disposiciones se convertirán en el antecedente inmediato del Decreto Con Rango Valor y Fuerza de Ley Sobre el Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos Entre los Órganos y Entes del Estado (LAIEDIDOEE), el cual comentaremos más adelante.

das obligaciones pueda realizarse a través de cualquier medio, incluyendo las transferencias electrónicas de fondos, abono en cuenta y sistemas de crédito, en cuyo caso, el pago se entenderá efectuado en la fecha en que se realice la referida transacción (artículos 22 y 23).

3.2.4 En materia de control fiscal y anticorrupción

En materia de transparencia y rendición de cuentas de las autoridades públicas, el Decreto con Rango, valor y Fuerza de Ley Contra la Corrupción²⁸; se acerca un poco al empleo de medios electrónicos, cuando en su artículo 9, determina el deber de los órganos y entes del Poder Público y los entes descentralizados a informar a los ciudadanos sobre la utilización de los bienes y el gasto de los recursos que integran el patrimonio público cuya administración les corresponde. El informe a que se hace referencia deberá presentarse a través de un medio impreso, audiovisual, informático o cualquier otro que disponga el ente u órgano, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente, que al interpretarlo con la citada norma de la Ley de Administración Pública debemos llegar a la conclusión de que el informe de rendición de cuentas debe ser alojado en la página web del órgano o ente del Estado. Igualmente, en el Título I del Capítulo III de la misma Ley Contra la Corrupción, se regula la obligación de los funcionarios públicos de presentar declaración jurada de patrimonio²⁹, y a partir de la Resolución publicada en la Gaceta Oficial 39.205 del 22 de junio de 2009, la Contraloría General de la República estableció el sistema para la presentación de la declaración jurada de patrimonio en formato electrónico disponible en la página web del mencionado órgano de control fiscal.

En materia fiscal y tributaria, se ha desarrollado en el país toda una serie de procesos que se cumplimentan a través del acceso a la plataforma web del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT)³⁰, declaración del impuesto sobre la renta anual, el registro de información fiscal, declaraciones de impuestos a las sucesiones, entre otros³¹.

3.2.5 Los medios electrónicos en las contrataciones públicas

La legislación especial en materia de Contrataciones Públicas³², incorpora el uso de los medios electrónicos y el servicio de redes telemáticas, al lado de las formas tradicionales, en los procedimientos de selección de contratistas y ejecución de los contratos que regula esta norma. Por ejemplo el artículo 79 del Decreto Ley de Contrataciones Públicas (DLCP), señala

28 *Vid.* Gaceta Oficial núm. 6.155 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

29 El artículo 78 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (G.O. 6.013, 23/12/2010), le otorga competencia a este órgano para solicitar presentación de declaraciones juradas de patrimonio a funcionarios públicos, empleados, obreros, exfuncionarios, contribuyentes o responsables, o cualquier otra persona que contrate, negocie o celebre operaciones relacionadas con el patrimonio público.

30 http://declaraciones.seniat.gob.ve/portal/page/portal/PORTAL_SENIAT [consultada el 29 de septiembre de 2014].

31 Ejemplos de lo expresado se puede observar de la Providencia Administrativa núm. 0948 por lo cual se dispone que las personas naturales calificadas como sujetos pasivos especiales por el SENIAT, deberán presentar electrónicamente sus declaraciones definitivas del ISLR, correspondiente a los ejercicios fiscales iniciados a partir del 31/12/2004. (G.O. núm. 38.319 de fecha 22/11/2005), y la Providencia Administrativa núm. 0949 por lo cual se dispone que los funcionarios públicos y trabajadores al servicio de los órganos y entes públicos Nacionales, Estadales y Municipales que perciban enriquecimientos netos gravados con la Tarifa 1 del ISLR, siempre y cuando estos fuesen superiores a un mil Unidades Tributarias (1.000 U.T.), deberán presentar electrónicamente sus declaraciones definitivas del ISLR, correspondiente a los ejercicios fiscales iniciados a partir del 31/12/2004. (G.O. núm. 38.319 de fecha 22/11/2004).

32 *Vid.* Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicada en la Gaceta Oficial núm. 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

que el llamado o invitación a participar en el concurso abierto, lo debe hacer el contratante, mediante publicación en su página web oficial³³, y adicionalmente deberá remitir el llamado a participar al Servicio Nacional de Contrataciones para que sea publicado en el sitio web de ese órgano³⁴. El Artículo 104 del DLCP, de manera concreta, contempla la posibilidad de utilización de los medios y dispositivos de tecnologías de la información y comunicaciones³⁵, que garanticen la transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad, autenticidad, seguridad jurídica y confidencialidad necesaria, conjuntamente con las modalidades de selección de contratistas previstas en la Ley (Concurso Abierto, Concurso Cerrado y Consulta de Precios). No obstante, y a los efectos de garantizar el cumplimiento de los mencionados principios, el órgano o ente contratante debe asegurarse de emplear sistemas de seguridad que permitan el acceso de los participantes, el registro y almacenamiento de documentos en medios electrónicos o de funcionalidad similar a los procedimientos ordinarios, lo cual deberá estar claramente previsto en el pliego de condiciones.

Por no constituir, el formato electrónico, la forma ordinaria de actuación que la comentada normativa prevé, para poder proceder por la vía de los medios electrónicos, el contratante, previa opinión favorable de la Comisión de Contrataciones, debe establecer en el llamado o invitación y en el Pliego de Condiciones, la posibilidad de participar por medios electrónicos, para lo cual debe especificar los elementos tecnológicos, programas y demás requerimientos necesarios para intervenir en la respectiva modalidad de selección, de acuerdo con su disponibilidad y preparación tecnológica. En la referida especificación se utilizarán elementos y programas³⁶ de uso seguro y masivo, y se mantendrá siempre la neutralidad tecnológica, garantizando el registro de los participantes que utilicen este medio.

Sin embargo, el uso de tales mecanismos electrónicos es optativo para el participante, ya que en las modalidades de selección de contratistas, en las cuales se haya acordado el empleo de medios electrónicos, debe garantizarse que los contratistas puedan participar utilizando alternativamente estos medios o los medios tradicionales previstos en la Ley, para evitar excluir a personas que aún no tengan acceso a medios electrónicos, por el tema del riesgo de la brecha digital. En cualquiera de los casos, la autoridad contratante, tomará como válida la información que primero se haya entregado en la oportunidad fijada para ello.

-
- 33 En la actualidad es una obligación para los órganos públicos contar con sus sitios oficiales en la web, tal y como lo indica la Ley de Infogobierno, de la siguiente forma: [Artículo 18. Portal de Internet](#). “*Los órganos y entes del Poder Público y el Poder Popular, en el ejercicio de sus competencias, deben contar con un portal de internet bajo su control y administración. La integridad, veracidad y actualización de la información publicada y los servicios públicos que se presten a través de los portales es responsabilidad del titular del portal. La información contenida en los portales de internet tiene el mismo carácter oficial que la información impresa que emitan*”. Aunque una de las críticas válidas de la doctrina era que: “...*La obligación de convocatoria de los procedimientos administrativos de selección de contratistas a todas aquellas entidades públicas, a pesar que muchas de ellas no cuentan actualmente con tales herramientas tecnológicas...*”, HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V., “Los procedimientos administrativos... *op. cit.*”, p. 144.
- 34 En ese mismo sentido el Decreto Con rango, Valor y Fuerza de Ley de Bienes Públicos en el primer aparte del artículo 80, prevé la fórmula de la publicación de aviso por medios digitales dentro del procedimiento licitatorio de oferta pública para la enajenación de bienes públicos bajo la modalidad de venta o permuta.
- 35 El artículo 120 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, vigente, ratifica que cuando para los procedimientos de selección de Contratistas previstos en la Ley de Contrataciones Públicas se requiera el cumplimiento de formalidades o solemnidades, éstas podrán realizarse utilizando medios electrónicos.
- 36 El citado Reglamento, en el Artículo 121, con respecto a la utilización de programas, establece: “*En el caso de los programas que permiten leer, visualizar o entender los documentos, comunicaciones y ofertas se dispondrá al menos de tres (3) programas de reconocida calidad y difusión. El contratista podrá elegir de éstos el que más conveniente. A tal efecto, se le garantizará la existencia de mecanismos que permitan a los particulares que no dispongan de acceso a estos medios, el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, utilizando medios tradicionales, de forma que se asegure el respeto de los principios de igualdad y competencia*”.

A todo evento, en los casos en que se empleen los medios electrónicos o tecnológicos en general, el órgano o ente contratante debe garantizar la unidad del expediente mediante el establecimiento e integración de las piezas separadas cuando se utilicen medios electrónicos y tradicionales. Y cabe destacar que en estos casos se deberán aplicar, además del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, las disposiciones de la Ley de Infogobierno, del Decreto-Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, así como el Reglamento parcial del Decreto-Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas³⁷.

Finalmente, es competencia del Servicio Nacional de Contrataciones Públicas, verificar y evaluar los sistemas que establezcan los órganos o entes contratantes mediante la utilización de Medios Electrónicos para efectuar contrataciones electrónicas, de manera que garanticen el cumplimiento de los principios señalados en la Ley de Contrataciones Públicas y en el propio Reglamento³⁸.

Por otra parte, las personas que deseen participar en la presentación de ofertas dentro de los procedimientos de selección de contratistas, deben inscribirse en el Registro Nacional de Contratistas (RNC), constituyéndose en un requisito obligatorio para presentar ofertas en todas las modalidades de contratación que la Ley señala, su calificación por parte del Registro, si el monto estimado de contratación es superior a cuatro mil Unidades Tributarias³⁹ (4.000 UT) para el suministro de bienes y la prestación de servicios, y cinco mil Unidades Tributarias (5.000 UT) para la ejecución de obras. Las personas inscritas en el registro están obligadas a actualizar sus datos anualmente, so pena, de quedar suspendidos del mismo. Sin embargo, no será obligatoria la inscripción en el registro nacional de contratistas, para las personas interesadas en participar en la modalidad de contratación denominada Concurso Abierto Anunciado Internacionalmente; así como tampoco para los que presten servicios altamente especializados de uso esporádico, pequeños productores de alimentos o productos básicos declarados como de primera necesidad.

El RNC es una dependencia administrativa del Servicio Nacional de Contrataciones⁴⁰, que tiene por objeto centralizar, organizar y suministrar en forma eficiente, veraz y oportuna, la información necesaria para la calificación legal, financiera, experiencia técnica y la clasificación por especialidad, para personas naturales o jurídicas. La información en el registro es alimentada por la propia persona cuando se inscribe o actualiza sus datos y, por los órganos o entes contratantes, quienes deben remitir información sobre la actuación o el desempeño del contratista, al finalizar la ejecución del contrato.

El procedimiento para inscribirse en el RNC, comienza con el acceso del interesado al sistema de registro nacional de contratistas en línea, a través de su sitio web⁴¹, con el objeto de suministrar todos los datos generales, legales, de especialidad y financieros, siguiendo con

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 Artículo 54.8 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

39 La unidad tributaria es una unidad de valor expresada en moneda local que el gobierno la ajusta anualmente por efecto de la inflación en el país, y que en la actualidad equivale a 150,00 Bolívares. Su ajuste se produce en los primeros dos meses del año.

40 A su vez, el Servicio Nacional de Contrataciones es un órgano desconcentrado, dependiente funcional y administrativamente de la Comisión Central de Planificación, y es el llamado a ejercer la autoridad técnica en materia de contrataciones públicas en Venezuela.

41 Consultar el sitio web: <http://rncenlinea.snc.gob.ve/>.

las instrucciones elaboradas por el Servicio Nacional de Contrataciones⁴², El sistema le generará una planilla en línea que deberá cumplimentar, imprimirla y posteriormente consignarla en cualquier Registro Auxiliar, conjuntamente con los recaudos solicitados. Pero uno de los aspectos más importantes es que la empresa deberá suministrar una dirección de correo electrónica cierta y válida para que sirva de enlace con el servicio de contrataciones, ya que es a través de ese medio que el organismo se comunicará con el interesado⁴³.

El sistema de registro nacional de contratistas en línea⁴⁴ sirve de consulta permanente, para que cualquier órgano o ente contratante, y para cualquier Registro Auxiliar, que deseen verificar la información suministrada por los participantes en los procedimientos de selección de contratistas, en su coincidencia con la información contenida en el Registro, en función del principio de transparencia. Esto último, guarda relación con el mandato legislativo sobre los órganos y entes del Estado, para que sus servicios prestados a través de los portales en internet, guarden la debida accesibilidad, la sencillez, la confiabilidad, celeridad, en favor de los ciudadanos, además que deben contener información completa, actual, oportuna y veraz⁴⁵.

En la misma línea de la implementación de la telemática en la gestión pública, el Servicio Nacional de Contrataciones Pùblicas venezolano, ha ido ampliando y mejorando su plataforma electrónica, para tratar de cumplir con los parámetros o estándares internacionales vinculados a la Administración en línea (*on line Administration*) o Gobierno electrónico (*e-Government*)⁴⁶, en el marco de la contratación electrónica; en estos momentos cuenta con un sitio web remozado, que reproduce un sistema electrónico de contrataciones públicas, que incluyen los servicios del Registro Nacional de Contratista en Línea y el Registro Nacional de Compras, con el siguiente contenido: i. Registro Nacional de Contratista en Línea: a. RNC en línea, b. Consulta de certificado electrónico, c. Evaluación de desempeño de contratistas, y d. Consulta pública de contratistas; ii. Registro Nacional de Compras: a. Programación electrónica de compras, b. Sumario de contrataciones, c. Catálogo de productos y servicios de las Naciones Unidas, d. Catálogo de clasificación de compras, e. Publicación de llamados a participar en concursos abiertos⁴⁷.

Adicionalmente, se encuentra alojada en el sitio web, las instrucciones, los manuales y guías para el proceso de digitalización de los documentos legales, técnicos y financieros a ser presentados en el Registro Nacional de Contratistas, por las personas interesadas, para automatizar los procesos de inscripción y actualización en el RNC, estos son: i. El instructivo de digitalización, ii. El esquema de digitalización, iii. Modelo de acta de declaración jurada,

42 El Servicio Nacional de Contrataciones dictó la Providencia núm. DG/2012/C-0003, publicada en la Gaceta Oficial núm. 39.995 del 28 de agosto de 2012, en la cual estableció los requisitos legales, técnicos y financieros, que deben presentar las personas naturales y jurídicas interesadas en inscribirse o actualizarse por ante el Registro Nacional de Contratistas (RNC).

43 Cabe destacar que al consultar el portal web del servicio nacional de contrataciones venezolano, pudimos observar la creación de una cuenta twitter (@SNC_INFO) para ampliar la posibilidad de comunicación con los usuarios del sistema. <http://www.snc.gob.ve/noticia/comunicado-apertura-de-cuenta-twitter>.

44 En la legislación chilena de contrataciones públicas se establece un similar registro electrónico oficial de contratistas administrado por la *Dirección de Compras y Contratación Pública* (MORAGA KLENNER, C., *Contratación Administrativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 290).

45 Artículo 19 de la Ley de Infogobierno.

46 En Venezuela el gobierno cuenta con un sitio web denominado gobierno en línea, donde se integran las diferentes páginas web del Estado y, se suministra información pública general, <http://gobiernoenlinea.gob.ve/home/homeG.dot>.

47 Véase nuestro trabajo, "La contratación pública por medios electrónicos...", *op. cit.* p. 463.

y iv. Comprimido estructura de almacenamiento. Herramientas que le facilitan los trámites electrónicos en esa instancia, a los ciudadanos que lo necesiten.

3.3 Las Normas Especiales sobre Administración Electrónica

En Venezuela se dio un primer paso regulatorio en materia de utilización de medios electrónicos, al dictarse la *Ley De Mensajes De Datos Y Firmas Electrónicas (LMDFE)*, publicada en la Gaceta Oficial núm. 37.148 del 28 de febrero de 2001⁴⁸, sin circunscribir su ámbito subjetivo de aplicación exclusivamente a los órganos de la Administración Pública, por el contrario, ampliado su ámbito de aplicación a todas las personas; constituyéndose en su objetivo principal otorgar y reconocer eficacia y, por lo tanto, valor jurídico, a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independiente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los proveedores de servicios de certificación y certificados electrónicos⁴⁹. Con una interpretación amplia y progresiva de su articulado, a partir de ese momento, se comienza a entender la naturaleza y el valor probatorio de los mensajes de datos, para ser empleados en procesos judiciales y procedimientos administrativos, como medios de prueba atípicos.

Adicionalmente, y dentro del marco de la habilitación legislativa recibida por el Presidente de la República en el año 2012, se dictó el Decreto Con Rango Valor y Fuerza de Ley Sobre el Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos Entre los Órganos y Entes del Estado (Ley de Interoperabilidad), publicado en la Gaceta Oficial núm. 39.945, del 15 de junio de 2012, norma que tiene por objeto establecer las bases y principios que regirán el acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos entre los órganos y entes del Estado, con el fin de garantizar la implementación de un estándar de interoperabilidad, entendida como la capacidad de los órganos y entes del Estado de intercambiar por medios electrónicos datos, información y documentos de acceso público⁵⁰.

En el referido decreto se reconoce el carácter de interés público de la interoperabilidad como una herramienta que garantiza el desarrollo de servicios públicos integrados, complementarios y transparentes, así como, la simplificación de los trámites administrativos que los órganos y entes de la Administración ejecutan en atención a los requerimientos de los ciudadanos, en pro de la satisfacción de sus necesidades y mejora de las relaciones de éstos con el Estado. Por ello, la interoperabilidad tiene como fin apoyar la función y gestión pública que desarrollan los órganos y entes del Estado, garantizando la cooperación y colaboración requerida para proporcionar servicios y procesos públicos integrados, complementarios y transparentes, sobre la base del principio de unidad orgánica. En ese sentido los órganos y entes del Estado están

48 El Reglamento de esta Ley se publicó en la Gaceta Oficial núm. 38.086, del 14 de diciembre de 2004.

49 Artículo 1 de la LMDFE. Ver Sentencia Nro. 100, del 3 de febrero de 2010, SPA-TSJ, caso: Isf Alpiz Integradores De Soluciones Financieras, C.A.

50 Posteriormente en el artículo 30 de la Ley de Infogobierno se reafirma la necesidad y obligación de la interoperabilidad de las tecnologías de información, de la siguiente forma: “*Los procesos soportados en las tecnologías de información en el Poder Público y el Poder Popular deben ser interoperables, a fin de apoyar la función y gestión pública que éstos prestan, garantizando la cooperación y colaboración requerida para proporcionar servicios y procesos públicos integrados, complementarios y transparentes, sobre la base del principio de unidad orgánica*”.

obligados a permitir entre sí, el acceso, intercambio y reutilización, por medios electrónicos, de los datos de autoría⁵¹, información y documentos de acceso público que posean⁵².

Es, pues, a partir de estas disposiciones que se regula por primera vez en el plano local y de manera específica, la obligación del Estado de insertarse en el mundo de la transmisión interna de datos, información y documentos por medios electrónicos; pero lo más importante aún, se ratifica, aunque desde el punto de vista teórico conceptual, sin que se defina una política de difusión, el derecho de los ciudadanos a participar y colaborar en la promoción y uso de los servicios informáticos, así como la garantía de los ciudadanos a estar informados, de forma oportuna, adecuada y efectiva, sobre los servicios que están obligados a prestar los órganos del Poder Público. En ese mismo orden se desarrolla el derecho de petición que tienen todos los ciudadanos⁵³, por vía física y electrónica, ante las Oficinas de Atención al Ciudadano de los respectivos órganos o entes del Estado, para dirigir peticiones, sugerencias, reclamos, quejas o denuncias vinculadas a la prestación de servicios públicos o por la irregularidad de la actuación de los servidores públicos en los términos de la Ley, que antes había aportado la Ley de Simplificación. Y por último, menciona la obligación de crear un registro automatizado para llevar un control de las mencionadas peticiones, y así tramitarlas debidamente y hacerle el seguimiento correspondiente, para responder de forma adecuada y oportuna⁵⁴.

Se prevé la creación de un ente denominado: *Operador de la Interoperabilidad*, adscrito al Ministerio del Poder Popular con competencia en tecnologías de información, encargado del desarrollo, operación, mantenimiento y administración de la Plataforma Nacional de Servicios de Información Interoperables, con el fin de estandarizar, formalizar, integrar, reutilizar y compartir, por medios electrónicos, entre los órganos y entes del Estado, los datos, información y documentos que éstos poseen conforme a sus atribuciones, de acuerdo al principio de unidad orgánica y demás principios aplicables a la interoperabilidad.

Mientras que la *Plataforma Nacional de Servicios de Información Interoperables*, está constituida por el conjunto de componentes tecnológicos, sistemas y servicios, que permite a los órganos y entes del Estado, intercambiar datos, información y documentos haciendo uso del estándar de interoperabilidad, cuyo proceso está obligado a garantizar, permitiendo la cooperación, participación, interconexión e integración de los órganos y entes del Estado sobre una plataforma común⁵⁵.

En el proceso de intercambio de datos y otros, los órganos y entes del Estado deberán hacer uso de la *certificación electrónica*, a fin de garantizar la integridad y autenticidad de los datos, información y documentos que se intercambien electrónicamente, ya sea que su original se

51 El propio decreto ley define dato de autoría, como: “Dato emanado de un órgano o ente del Estado, en su condición de autoridad competente para emitirlo o registrarlo, que resulta del cumplimiento de los procesos administrativos que realiza con ocasión al ejercicio de sus atribuciones o como resultado de la tramitación de las diligencias, actuaciones o gestiones que realizan las personas ante ellos”.

52 Esta obligación de compartir información que poseen los órganos del Poder Público se reitera en el artículo 32 de la Ley de Infogobierno.

53 El derecho de petición encuentra su fundamento constitucional en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que expresamente señala: “Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo”.

54 Esta normativa estuvo precedida por el Decreto Presidencial núm. 3.390, publicado en la Gaceta Oficial núm. 38.095 del 28 de diciembre de 2004, mediante el cual se dispuso que la Administración Pública Nacional emplearía prioritariamente Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos, en sus sistemas, proyectos y servicios informáticos.

55 Ver artículo 33 de la Ley de Infogobierno.

encuentre en medio impreso o electrónico; conforme a las normas técnicas de seguridad de la información que dicte la autoridad competente en la materia.

Cabe destacar que el Capítulo I del Título III de la Ley de Interoperabilidad, que se refería a la creación y regulación del Comité Nacional de Interoperabilidad, como órgano dependiente administrativamente de la Vicepresidencia Ejecutiva de la República, encargado de establecer y coordinar la aplicación de los principios y políticas para el acceso e intercambio electrónico de datos, información y documentos entre los distintos órganos y entes del Estado, resultó derogado expresamente con la vigencia de la Ley de Infogobierno, mediante la cual fue sustituido por la Comisión Nacional de las Tecnologías de Información.

4 La vigencia de la Ley de Infogobierno y su efecto en la Administración pública venezolana

En fin, hace su aparición, la *Ley de Infogobierno*, publicada en la Gaceta Oficial núm. 40.274 del 17 de octubre de 2013⁵⁶, siendo el objeto de esta norma establecer los principios, bases y lineamientos que rigen el uso de las tecnologías de la información en el Poder Público y en el denominado Poder Popular⁵⁷, para mejorar la gestión pública y los servicios que se prestan a las personas, impulsando la transparencia del sector público. En ese sentido, la participación de los ciudadanos y el ejercicio pleno del derecho de soberanía, así como promover el desarrollo de las tecnologías de información libres en el Estado, garantizando la independencia tecnológica y la apropiación social del conocimiento. Este novedoso término (*infogobierno*) resulta equivalente a Administración electrónica o Gobierno electrónico, empleados en otras legislaciones comparadas.

A través de este texto normativo, el Estado asumió el compromiso definitivo de avanzar decididamente por la autopista de la información y comunicación, en la gestión pública en general, no sólo como la mera automatización de sus actividades, sino para reflejar la concepción del “Gobierno Electrónico”, con el propósito de que la actividad interna de la Administración se realice electrónicamente y también en su relación con los ciudadanos⁵⁸, aunque para ello se requiere una reforma integral de la estructura del estado.

Además la norma declara de *interés público y estratégico* las tecnologías de la información y comunicación, en especial las tecnologías de información libres⁵⁹, como instrumento para garantizar la efectividad, transparencia, eficacia y eficiencia de la gestión pública; así como para asegurar la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, el empoderamiento del

56 Esta Ley deroga expresamente el Capítulo I del Título III de la *Ley de Interoperabilidad* y el Decreto de Software Libre.

57 En la Gaceta Oficial núm. 6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010, fue publicada la Ley Orgánica del Poder Popular (LOPP), cuyo objeto es desarrollar y consolidar el Poder Popular, generando condiciones objetivas a través de los diversos medios de participación y organización de los ciudadanos en colectivo, establecidos en la Constitución de la República, en la ley y los que surjan de la iniciativa popular, para que los ciudadanos ejerzan el pleno derecho a la soberanía, la democracia participativa, protagónica y corresponsable, así como a la Constitución de formas de autogobierno comunitarias y comunales, para el ejercicio directo del poder por parte de los ciudadanos.

58 GARCIA MACHO, R., 194 “Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento”, *En AAVV* (Edt. J. Barnes), en *La transformación del derecho administrativo*, Sevilla, Editorial Derecho Global, 2008, p. 194.

59 En esta corriente se inscribe la democratización de la información, con el denominado Software Libre o Software de fuente abierta, que consiste en permitir el acceso libre a toda la información existente sobre el software de la red de redes. La libre circulación de los conocimientos técnicos y la cooperación son sus premisas básicas. La distribución libre de los códigos fuente permite a cualquier persona modificarlos y perfeccionarlos, y devolverlos a la red en un espiral ascendente de innovación tecnológica. (COLINA, C., *El Lenguaje de la Red. Hipertexto y postmodernidad*, Caracas, Ediciones Universidad Católica Andrés Bello, 2002, p. 110).

Poder Popular y, contribuir corresponsablemente en la consolidación de la seguridad, defensa y soberanía nacional. Adicionalmente declara obligatoria la utilización de las tecnologías de la información, por parte de los órganos del Poder Público, en el ejercicio de sus respectivas competencias, tanto en su gestión interna, como en sus relaciones con las personas y comunidades⁶⁰. Igualmente, reitera los principios que deben imperar en la implementación de los medios tecnológicos en la gestión de la Administración Pública, con sus pequeñas particularidades, destacando el principio de igualdad y el principio de legalidad; el principio de conservación documental; el principio de transparencia y el principio de accesibilidad; el principio de participación y de contraloría social; el principio de proporcionalidad y el principio de seguridad; y los principios de coordinación y de colaboración. Por ello, más allá de la retórica legislativa, pareciera que existe una voluntad decidida y declarada del gobierno de dejarse llevar por la sociedad de la información y la comunicación, en el desarrollo de la gestión pública de manera firme.

Una de las bondades de la Ley, es que ratifica el Derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas, que comentáramos al revisar la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, con pequeños agregados en su contenido y que guardan relación con el modelo de participación ciudadana que ha diseñado el gobierno Venezolano, estos son: a. Disponer de mecanismos que permitan el ejercicio de la contraloría social haciendo uso de las tecnologías de información, y b. Utilizar las tecnologías de información libres como medio de participación y organización del Poder Popular.

regap



ESTUDIOS Y NOTAS

4.1 Contenido del Derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas según la Ley de Infogobierno

Este Derecho instrumental al empleo de las tecnologías de información en las relaciones de los ciudadanos con la Administración, se soporta sobre el principio de igualdad, ya que aun cuando es obligatorio para las Administraciones avanzar por la autopista de la información, implementando elementos tecnológicos, frente al ciudadano, ese uso de la tecnología no debe constituirse en restrictivo o discriminatorio para las personas, quienes siempre tendrán la garantía de poder acceder a la prestación de los servicios públicos o cualquier otra actuación de los órganos que ejercen el Poder Público, por cualquier medio existente, sea físico, tradicional o electrónico.

Sin embargo, es deber del Estado garantizar a todas las personas, a través del sistema educativo los medios para la formación, socialización, difusión, innovación, investigación y comunicación en materia de tecnologías de información libres, según los lineamientos de los órganos rectores en las materias. Resulta conveniente precisar que la Ley determina que, en el diseño y desarrollo de los sistemas, programas, equipos y servicios basados en tecnologías de información, se debe prever las consideraciones de accesibilidad y usabilidad⁶¹ necesarias para que éstos puedan ser utilizados de forma universal por aquellas personas que, por

60 Vid. Artículo 6. Obligatoriedad del uso de las tecnologías de información. “El Poder Público, en el ejercicio de sus competencias, debe utilizar las tecnologías de información en su gestión interna, en las relaciones que mantengan entre los órganos y entes del Estado que lo conforman, en sus relaciones con las personas y con el Poder Popular, de conformidad con esta Ley y demás normativa aplicable”.

61 La propia ley define Usabilidad, como “los atributos que deben tener los sistemas de información para que sean comprendidos, aprendidos y usados con facilidad por sus usuarios o usuarias”.

razones de discapacidad, edad, o cualquier otra condición de vulnerabilidad, requieran de diferentes tipos de soportes o canales de información.

En consecuencia, se les debe garantizar a las personas, en igualdad de condiciones, el acceso y la apropiación social del conocimiento asociado⁶² a las tecnologías de información, en forma corresponsable entre el Poder Público y el Poder Popular. Es por ello que los servicios prestados por el Poder Público y el Poder Popular a través de los portales de internet⁶³ deben ser accesibles, sencillos, expeditos, confiables, pertinentes y auditables, y deben contener información completa, actual, oportuna y veraz, de conformidad con la ley. Asimismo están obligados a garantizar en sus respectivos portales de internet el ejercicio del derecho de las personas a participar, colaborar y promover el uso de las tecnologías de información libres, creación de nuevos servicios electrónicos o mejoramiento de los ya existentes.

Cabe destacar que la información que conste en los archivos y registros en el Poder Público y en el Poder Popular es de carácter público, salvo que se trate de información sobre el honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación de las personas, la seguridad y defensa de la Nación, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, la ley que regule la materia sobre protección de datos personales. El uso de las tecnologías de información por el Poder Público y el Poder Popular comprende la protección del honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación de las personas; en consecuencia, está sujeto a limitaciones. En consecuencia, los órganos y entes que ejercen el Poder Público y las organizaciones del Poder Popular, tienen la obligación de proteger la información que obtienen por intermedio de los servicios que prestan a través de las tecnologías de información y la que repose en sus archivos o registros electrónicos.

Por otra parte, los órganos y entes que ejercen el Poder Público y el Poder Popular, a través de las tecnologías de la información y comunicación, están obligados a notificar a las personas:

1. Que la información será recolectada de forma automatizada;
2. Su propósito, uso y con quién será compartida;
3. as opciones que tienen para ejercer su derecho de acceso, ratificación, supresión y oposición al uso de la referida información y;
4. Las medidas de seguridad empleadas para proteger dicha información, el registro y archivo, en las bases de datos de los organismos respectivos.

En lo que respecta a los datos personales vinculados a niños y adolescentes, en fin menores de edad, la norma prevé que, previa solicitud de la persona legitimada, el Poder Público y el Poder Popular, a través de las tecnologías de información, pueden recopilar datos de niños y adolescentes en relación a sus derechos y garantías consagrados en la Constitución de

62 Artículo 17. Formación. *“El Poder Público debe proporcionar la formación en materia de tecnologías de información libres de sus respectivos colectivos laborales, para que interactúen con los sistemas y aplicaciones, desempeñando eficientemente sus labores y funciones en la gestión pública. Asimismo debe facilitar la formación de las personas, a fin de garantizar la apropiación social del conocimiento”.*

63 Es obligatorio para los actores involucrados en esta norma contar con una página web, como lo señala de manera expresa el Artículo 18. *“Los órganos y entes del Poder Público y el Poder Popular, en el ejercicio de sus competencias, deben contar con un portal de internet bajo su control y administración. La integridad, veracidad y actualización de la información publicada y los servicios públicos que se presten a través de los portales es responsabilidad del titular del portal. La información contenida en los portales de internet tiene el mismo carácter oficial que la información impresa que emitan”.*

la República y la normativa correspondiente. El receptor de los datos debe darle prioridad, indicar los derechos que lo asisten y la normativa aplicable para llevar a cabo el trámite solicitado en beneficio del niño o adolescente. Una vez que se obtenga dicha información se empleará únicamente a los fines del trámite. La información no puede ser divulgada, cedida, traspasada, ni compartida con ninguna persona natural o jurídica, sin el previo consentimiento de su representante legal, salvo cuando el menor de edad sea emancipado, en la investigación de hechos punibles, por una orden judicial, o cuando así lo determine la ley. El consentimiento expreso que se haya dado sobre la información del niño, niña o adolescente siempre puede ser revocado.

En las actuaciones electrónicas que realicen los órganos que ejercen el Poder Público y el Poder Popular, se debe garantizar la integridad, confidencialidad, autenticidad y disponibilidad de la información, documentos y comunicaciones electrónicas; por lo cual estos instrumentos y actuaciones electrónicas deberán ser conservados. A tal fin se debe contar con repositorios digitales en los cuales se almacene la información que manejen, así como los documentos que conformen el expediente electrónico, a fin de que sean accesibles, conservados o archivados.

Los archivos y documentos electrónicos que emitan los órganos y entes que ejercen el Poder Público y el Poder Popular, que contengan certificaciones y firmas electrónicas tienen la misma validez jurídica y eficacia probatoria que los archivos y documentos que consten en físico. Cuando la Ley exija que un documento debe ser presentado en formato impreso y se encuentre en formato electrónico, tal requisito queda satisfecho cuando éste se presente en formato impreso y contenga un código unívoco que lo identifique y permita su recuperación en el repositorio digital institucional correspondiente. Tal situación se establece con el objeto de tener seguridad jurídica en todos los casos.

Por último, resulta una obligación de los órganos y entes que ejercen el Poder Público garantizar la integridad, confidencialidad, autenticidad y disponibilidad de la información, a través del uso de certificados y firmas electrónicas emitidas dentro de la cadena de confianza de certificación electrónica del Estado venezolano, de conformidad con el ordenamiento jurídico venezolano y la Ley de Mensaje de datos y Firmas Electrónicas.

A título de resumen se reafirma el derecho de las personas a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas, y específicamente el derecho a:

1. Dirigir peticiones de cualquier tipo haciendo uso de las tecnologías de información, quedando el Poder Público y el Poder Popular obligados a responder y resolver las mismas de igual forma que si se hubiesen realizado por los medios tradicionales, en los términos establecidos en la Constitución de la República y la Ley.
2. Realizar pagos, presentar y liquidar impuestos, cumplir con las obligaciones pecuniarias y cualquier otra clase de obligación de esta naturaleza, haciendo uso de las tecnologías de información.
3. Recibir notificaciones por medios electrónicos en los términos y condiciones establecidos en la ley que rige la materia de mensajes de datos y las normas especiales que la regulan.

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

4. Acceder a la información pública a través de medios electrónicos, con igual grado de confiabilidad y seguridad que la proporcionada por los medios tradicionales. El uso de las tecnologías de información en el Poder Público y el Poder Popular garantiza el acceso de la información pública a las personas, facilitando al máximo la publicidad de sus actuaciones como requisito esencial del Estado democrático y Social de Derecho y de Justicia, salvo aquella información clasificada como confidencial o secreta, de conformidad con la ley que regule el acceso a la información pública y otras normativas aplicables.
5. Acceder electrónicamente a los expedientes que se tramiten en el estado en que éstos se encuentren, así como conocer y presentar los documentos electrónicos emanados de los órganos y entes del Poder Público y el Poder Popular, haciendo uso de las tecnologías de información.
6. Utilizar y presentar ante el Poder Público y demás personas naturales y jurídicas, los documentos electrónicos emitidos por éste, en las mismas condiciones que los producidos por cualquier otro medio, de conformidad con la presente Ley y la normativa aplicable.
7. Obtener copias de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los cuales se tenga la condición de interesado o interesada.
8. Disponer de mecanismos que permitan el ejercicio de la contraloría social haciendo uso de las tecnologías de información.
9. Utilizar las tecnologías de información libres como medio de participación y organización del Poder Popular.
10. El Poder Público y el Poder Popular no pueden exigirle a las personas, la consignación de documentos en formato físico que contengan datos o información que se intercambien electrónicamente, de conformidad con la ley.

5 Consideraciones finales

La Administración Pública fue concebida para servir al ser humano, mientras que la evolución de la humanidad ha determinado que ese servicio público debe reunir unas condiciones especiales a favor de las personas. Se debe contar con unos postulados de principio para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, por ello ese servicio debe ser prestado de manera eficiente, universal, incluyente, lo que supone inmediatamente elevados estándares de calidad, para llegar a pensar en la noción de buena administración. Además de la teoría general de la administración pública y sus principios, en la actualidad, para lograr esos elevados niveles de calidad y eficiencia, se debe contar con el empleo de los medios electrónicos propios de la sociedad de la información en la cual nos encontramos todos los seres humanos, sin distinción de nacionalidad, sexo ni condición social. El internet o la red ha sido una de las grandes invenciones de la humanidad, a partir de él, y a través de la implementación de los portales, páginas web, dispositivos móviles, redes sociales, repositorios digitales y otros elementos tecnológicos, se puede cumplir con más facilidad con los cometidos públicos.

La tecnología se produce, actualiza y reinventa con mayor rapidez que las normas y leyes, pero se debe realizar un esfuerzo de actualización jurídica y de interpretación humana importante, para no ser desbordado por la tecnología; ya que el derecho siempre debe tratar de generar respuestas a estos fenómenos, en función del bienestar de los ciudadanos.

Evaluamos de manera positiva la iniciativa de regulación que se está produciendo en la región, pero dichas regulaciones normativas deben ir acompañadas de la implementación de políticas de Estado que las complementen, inversión en infraestructura, ampliación de plataformas informáticas, proceso educativo interno y externo dirigido a las comunidades, para que el éxito esté garantizado a corto plazo.

Sin duda, que normas como las contenidas en la Ley de Infogobierno, van a cambiar la interpretación del funcionamiento general de la Administración Pública, y la visión que poseen los ciudadanos con respecto a la función de servicio de los órganos o entes del Estado y, los derechos que poseen frente al ejercicio del Poder. Va a resultar decisiva la influencia que ejercerá la Ley de Infogobierno, en la sistematización electrónica de la Administración Pública en general, que ha avanzado de manera importante en ese camino del uso de las tecnologías de la información y comunicaciones, al reforzar el derecho de todos a emplear los mecanismos electrónicos para interactuar con los órganos que ejercen el Poder Público. Se está produciendo en el mundo una verdadera revolución silenciosa a propósito de la invasión de la sociedad de la información, está cambiando el vocabulario, nuevos términos se incorporan en la lengua de muchas regiones y en estos escenarios tecnológicos cambia en consecuencia el comportamiento del ser humano, y frente a esto la Administración debe estar preparada.

Se debe reconocer que la mayoría de los órganos de la Administración Pública en el país, ya han adelantado la creación de sus respectivos portales web, donde alojan gran parte de la información de interés para el ciudadano y, se prevén tímidos avances de participación, pero es indudable que se requiere la mejora constante de esas sedes virtuales, el apoyo e instrucción del agente público hacia el ciudadano, y la toma de conciencia de ese ciudadano sobre la fuerza de la herramienta que la tecnología y la Ley le pone a su disposición y, en fin, para que exija con madurez, más y mejor democrática.

El desarrollo y la consolidación del Gobierno Electrónico en Iberoamérica pasa porque los Estados establezcan, además de leyes como las comentadas, políticas, estrategias y programas de inclusión digital, para combatir la info-exclusión, reduciendo la brecha digital y eliminando las barreras existentes para el acceso a los servicios electrónicos, y que puedan en definitiva ser aprovechadas las herramientas que hoy se brindan a la colectividad. Como lo indica, HERNÁNDEZ MENDIBLE:

“...la Administración electrónica no se impone mediante norma legal o reglamentaria, sino que requiere la construcción de un nuevo modelo organizacional cuyo rostro será el portal electrónico, que constituye el sitio web oficial de dicha Administración y que requiere para su funcionamiento, el establecimiento de las redes de comunicaciones electrónicas, la implementación de hardware y software de fácil acceso, la compatibilidad e interoperatividad con cualquier plataforma tecnológica, la capacitación del

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

personal que debe utilizar los equipos y brindar el soporte técnico, así como la información que requieran los usuarios para la utilización efectiva del mismo”⁶⁴.

6 Bibliografía

Fuentes 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 y CAJO, 2014.
- COLINA, Carlos, *El Lenguaje de la Red. Hipertexto y postmodernidad*, Caracas, Ediciones de la Universidad Católica Andrés Bello, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERMÁNDEZ, Tomas, *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 y A. Rodríguez), en *Estudios de Derecho Administrativo*, Volumen 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 y 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.
- 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

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

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 y CAJO, 2011.

Fuentes 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 el 22 de julio de 2014].

<http://old.clad.org/reuniones-internacionales/eventos-realizados/iv-conferencia-iberoamericana-de-ministros-de> [consultada el 20 de febrero de 2014].

<http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartaibero.pdf/view> [consultada el 28 de septiembre de 2014].

<http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf> [consultada el 13 de enero de 2014].

<http://www.snc.gob.ve/noticia/comunicado-apertura-de-cuenta-twitter> [consultada el 25 de mayo de 2014].

<http://rncenlinea.snc.gob.ve/> [consultada el 25 de mayo de 2014].

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

Criterios para a valoración dun
inmuble 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. Ayuntamiento de Ourense (Galicia, España)
urbanismo.ecarregado@ourense.es

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

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

Ningún hombre es suficientemente rico para comprar su propio pasado
Oscar Wilde

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

Isto é debido á inexistencia dun mercado regular, así como ás escasas compraventas 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 testemuña 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 del inmueble cultural precisa de un conocimiento profundo de sus características y su aprecio de estas 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 este 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 Interés 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 Introducción. 2 Los valores del patrimonio cultural. 3 La valoración económica de inmuebles con interés histórico-artístico / Valoración del patrimonio arquitectónico-cultural. 3.1 Metodología. 3.1.1 Existe mercado de inmuebles culturales. 3.1.2 No existe mercado de inmuebles culturales. 4 Criterios para la valoración de un inmueble ubicado en un BIC. 5 Bibliografía. 6 Anexos gráficos: Ficha Catastral y ficha urbanística de la AI 8. Calificación del suelo*

1 Introducción

Constituye un privilegio haber heredado bienes que forman parte del patrimonio histórico-cultural, pero esta distinción genera un compromiso para su correcto traspaso a futuras generaciones.

Los bienes culturales tienen un valor innegable no solo por tratarse de objetos materiales, sino por la importancia que la comunidad les otorga como testigos de la historia, lo que los convierte en bienes diferentes al resto, no pueden tener el mismo valor que cualquier otro similar pero sin la cualidad de cultural. Su tasación resulta compleja debido a la falta de información, pues hay pocos mercados donde se comercialicen, y a la falta de una metodología de valoración desarrollada para la aplicación al Patrimonio Cultural.

La determinación del valor histórico-artístico, se hace imprescindible no sólo cuando se trata de valorar un palacio, una iglesia, sino también en otras ocasiones donde a priori parecía menos evidente. Así pues, ¿qué ocurre con una propiedad en la que aparecen restos arqueológicos?¹.

Evidentemente la valoración sería completamente distinta, puesto que la propiedad pasaría a tener un valor histórico-artístico. El hallazgo resulta beneficioso para la sociedad, desde el momento que ayuda a los expertos a conocer nuestro pasado. Sin embargo, parece que el propietario se ve perjudicado por hallarse en su propiedad algún yacimiento arqueológico, se complica la gestión, se alargan los plazos, pero también la finca puede revalorizarse por poseer un bien de interés cultural reconocido por distintas administraciones. Entonces, la dificultad se halla en la obtención del valor ¿cuánto pasa a valer una finca en la que se encuentran restos arqueológicos?

2 Los valores del patrimonio cultural

El patrimonio es una entidad viva, donde coexisten diferentes tipos de valores que están interactuando unos con otros, algunos se muestran, otros están "ocultos", otros están surgiendo, e inclusive en algunos casos tienen roces entre ellos, pero todos lo definen.

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

Así, el patrimonio como expresión de una cultura, queda determinado como la necesaria conjunción de lo material (valores tangibles) y la derivación imprevisible de sus significados y de sus conexiones simbólicas (valores intangibles).

Para un reconocimiento preciso de los valores se plantea la siguiente tabulación, que queda incluida en la clasificación anterior:

Valores históricos

Es fundamental tomar el patrimonio como documento histórico. Identificar aquellos valores que atañen a la existencia misma del objeto de intervención. Considerando además los mensajes “ocultos”, aquellos que se desprenden de un análisis riguroso del objeto, que permiten definir sus valores particulares o únicos. El ámbito temporal debe comprender todas las épocas, desde su origen hasta nuestros días, sin preeminencia de una sobre otra.

Valores arquitectónicos

Se trata de aquellos que tienen que ver con el espacio, el tipo, la tipología, lo funcional y el contexto. Son los relativos al objeto en sí, donde pueden descubrirse ciertos valores como la concepción espacial, el manejo de la luz, de la escala, la organización funcional.

Valores artísticos

Reflejan un estilo determinado, expresan una técnica de realización o la habilidad de un artista. Pueden ser de diferente naturaleza y de diferentes proporciones, pero todos en general despiertan un placer estético.

Si bien están muy ligados a los valores arquitectónicos, se debe enfatizar que al estar los valores artísticos incorporados al patrimonio, además de garantizar su conservación, se debe asegurar la permanencia del rol que cumplen dentro del patrimonio.

Valores formales

Aquellos que corresponden con su geometría, dimensiones, proporciones, cromas, texturas, tanto las originales como aquellas adquiridas en el tiempo.

Hacen referencia además a la imagen que posee en general el patrimonio, se busca valorar sus conceptos compositivos, de proporciones y del diseño en general. Son valores intrínsecos al patrimonio, y colaboran en su definición como tal.

Valores constructivos-estructurales

Comprende los referidos al patrimonio en tanto construcción y estructura, para evaluar los niveles de importancia de sus diferentes elementos constructivos en la vida del patrimonio. Se identifican como imprescindibles para su permanencia.



Valores simbólicos

El patrimonio existe como tal, a partir de la acción del hombre, en una relación donde el patrimonio posee valores simbólicos, estamos abordando al patrimonio como vehículo de transmisión de ideas y contenidos, como medio de comunicación entre dos mundos distintos, del pasado y del presente.

Valores funcionales o de uso:

Se evalúa el patrimonio en tanto que sirve para satisfacer una necesidad o función concreta. Esta valoración funcional, debe asegurar el apropiado uso del patrimonio, ya sea conservando su función primigenia o proponiendo nuevos usos, que respeten su condición patrimonial.

Valores circunstanciales

Complementan o en algunos casos potencian a los anteriores, por ser específicos de un tiempo y espacio determinado. Pueden ser valores sociales, culturales, territoriales y urbanísticos que por sus connotaciones le otorgan al patrimonio un valor "adicional".

Valores éticos

Conciernen al conservador y determinan las pautas de acción. Cualquier intervención, en el patrimonio construido, tiene un carácter transitorio. Sólo en algunos casos es posible participar en la esencia del mismo.

Para establecer una teoría del valor de los bienes del patrimonio histórico distinguimos entre un valor de uso, un valor formal y un valor simbólico

El valor de uso

El valor de uso más general e inmediato se refiere a la cualidad del producto en tanto que sirve para hacer algo o da satisfacción a una necesidad humana. Esta necesidad puede concebirse como de consumo de patrimonio, a veces con importantes consecuencias económicas, o también podría aceptarse un uso puramente contemplativo como es el caso del objeto estético, cuya razón de ser es el placer que proporciona al observador y el deseo de poseerlo que despierta. También puede aparecer un uso de carácter simbólico. A estos hay que añadir la utilidad intangible, que es la que proporciona el conocimiento.

El valor formal

Responde al hecho indiscutible de que determinados objetos son apreciados por la atracción que despiertan en las personas por razón de su forma y por las cualidades inherentes que presentan.

El valor comunicativo

Los objetos del pasado son la única cosa absolutamente cierta que tenemos del tiempo que ya pasó. Más allá de las palabras o los recuerdos, de forma diferente a como los documentos

cuentan el pasado, estos objetos representan la única oportunidad de la que nos podemos valer para mantener viva una relación tangible con el pasado. Ellos son fragmentos de pasado que en su materialidad participan al mismo tiempo el pasado y el presente. Como símbolos los objetos del pasado adquieren una carga comunicativa enorme.

3 La valoración económica de inmuebles con interés histórico artístico. Valoración del patrimonio arquitectónico-cultural

La valoración de inmuebles con interés histórico-artístico presenta grandes dificultades. En su cálculo del valor confluyen multitud de variables, tanto cualitativas como cuantitativas, debido, entre otros motivos, a las escasas y esporádicas transacciones y también a la legislación vigente sobre este tipo de inmuebles catalogados.

Es necesario tener presente que los valores histórico y artístico pueden concurrir o no en un inmueble. Así, según Illán y Roldán² el valor estrictamente artístico radica en la peculiaridad de su composición y diseño y en la calidad de la ejecución formal, en cambio, son causas del valor histórico su relación con una época y/o su relación con el autor, además de su posible relación con acontecimientos o personajes. En el valor histórico o cultural de los inmuebles participaran todos los elementos de la construcción original, hayan sido restaurados o no; pero no los añadidos posteriores a la época que no tengan también la cualidad de culturales.

El suelo del inmueble también participará en el valor cultural o histórico. Es cierto que un edificio se puede trasladar de su lugar original a otro diferente y reconstruirlo, pero queda desnaturalizado³ al separarlo de su localización.

A la hora de realizar la valoración económica de cualquier tipo de inmueble es necesario observar determinadas características relativas a su localización, al mercado y otras propias del activo a valorar, la valoración de un inmueble con valor histórico-artístico no es una excepción aunque tiene otras particularidades, algunas de las cuales vamos a estudiar a continuación.

En lo que se refiere a las características propias de la localización, para el caso que nos ocupa pasan a un segundo plano o incluso, en ciertas ocasiones, dejan de tener importancia. No obstante existen características de la localización y del inmueble que se entremezclan entre sí, y se puede observar como unas influyen sobre otras. Tal es el caso de los acontecimientos que marcan la historia de inmueble como pueden ser quien lo construyó y cuándo, y los hechos más relevantes que han tenido lugar allí.

Aspectos relevantes propios del inmueble son la rareza tanto en cantidad como geográfica, es decir, si es habitual encontrar en su mismo entorno bienes con las mismas características artísticas y con tanta carga histórica como el estudiado, y que además permita el uso para

2 Illán, J.R. y Roldán Verdejo, P.J. "Consideraciones sobre los valores histórico y artístico en los bienes muebles e inmuebles". Revista de Derecho Urbanístico, n° 106, enero-febrero 1998. Tornado de Caballer, V. y otros. Valoración del Patrimonio Arquitectónico y Cultural, 1999, p. 173.

3 Illán, J.R. y Roldán Verdejo, P.J. "Consideraciones sobre los valores histórico y artístico en los bienes muebles e inmuebles". Revista de Derecho Urbanístico, n° 106, enero-febrero 1998. Tornado de Caballer, V. y otros. Valoración del Patrimonio Arquitectónico y Cultural, 1999, p. 173.

el cual se requiere, siempre considerando las limitaciones que supone el caso de que el inmueble esté catalogado como Bien de Interés Cultural (en adelante BIC) y dependiendo de la categoría de dicha catalogación.

Por último quedaría el estudio del mercado, en el cual la oferta estaría relacionada con la rareza, aunque no tiene por qué coincidir con su rareza arquitectónica, puesto que la existencia de varios inmuebles con las mismas características no determina que todos se oferten. En cuanto al estudio de la demanda, requiere un desarrollo previo de los usos que pueda tener el inmueble y la demanda siempre será en función de los usos alternativos de los que se disponga.

3.1 Metodología

Para la determinación del valor de cualquier inmueble es necesario un conocimiento profundo de las características del mismo, y del aprecio de estas en el mercado que va a definir el peso de cada peculiaridad en el valor final.

El proceso de valoración se complica cuando el inmueble es cultural. Por varios motivos:

- Las transacciones son poco frecuentes y no hay un mercado propio de estos bienes que funcione con regularidad, lo que dificulta la obtención de información útil para la valoración.
- Entre las escasas compraventas hay casos en los que el precio de venta final está forzado, bien por las dificultades para el mantenimiento del mismo o por las necesidades de liquidez del vendedor.
- Porque no se trata de dar un valor a un inmueble exclusivamente material, sino que cuenta con el peso inmaterial que le aporta ser testigo y emisario de la historia.

En cuanto a la metodología de valoración de los inmuebles culturales, se esbozan dos escenarios valorativos: cuando hay un mercado en el que se transmitan y cuando éste no existe.

3.1.1 Existe mercado de inmuebles culturales

Es el caso de edificios que pueden tener una utilidad para su aprovechamiento y/o uso. El mercado, aunque no sea de competencia perfecta y cuente con transacciones más o menos esporádicas, nos permite acceder a información sobre transacciones o precios de oferta y demanda que pueden orientar en la estimación de un valor de mercado.

Aunque la definición cualitativa del valor histórico de un inmueble puede llegar a determinarse con cierta precisión mediante un análisis metódico, el cálculo de su valor encierra grandes dificultades y bastante imprecisión. Esto se debe a la insuficiencia e imperfección de este tipo de mercado.

En las tasaciones de inmuebles se pueden aplicar cuatro grupos de métodos:

- Sintéticos o comparativos
- Analíticos o de capitalización

- De valor de reposición o de coste
- Econométricos.

La elección del método dependerá de su capacidad para reflejar el valor del inmueble en relación al mercado y de la finalidad de la valoración, debiendo ésta ser justificada por los tasadores.

Los métodos sintéticos clásicos presentan el inconveniente de considerar que el valor de bien depende de una sola variable explicativa, siguiendo un modelo lineal. Evidentemente, el valor de un inmueble cultural tiene su origen en muchas o varias variables explicativas, nunca en una sola. En segundo lugar, la relación entre la variable explicativa y el valor del inmueble cultural difícilmente será constante. Y en tercer lugar, si simplificamos la estimación del valor a una función lineal univariante, cuando la variable explicativa sea igual a cero nos dará un valor de mercado también igual a cero, y un bien aún en su origen siempre tiene un valor por pequeño que sea.

Fundamentalmente, en la valoración de inmuebles singulares se recurre al cálculo del coste de reemplazamiento-reposición neto. Otras técnicas aplicables son la valoración analógica (método econométrico); la actualización de rentas (método de capitalización), si el inmueble esta afecto a una actividad económica o sujeto a arrendamiento; o el valor residual dinámico (método de capitalización), si se espera obtener una renta y el inmueble está en rehabilitación.

El coste de reemplazamiento-reposición neto determina el valor del inmueble como la suma de las inversiones necesarias para reemplazarlo por otro nuevo de las mismas características con materiales y tecnología actual. Concretamente, se suma el valor de mercado del terreno, los coste de construcción o de rehabilitación y los gastos necesarios para construirla, calculados a precios actuales y deduciendo la depreciación física y funcional. En este caso, el valor del terreno deberá tener en cuenta la rigidez del planeamiento urbanístico que soporta.

Cuando un inmueble es único, el coste de reposición se queda cojo en su estimación porque, en principio, no refleja el valor cultural del bien al basar sus cálculos en un edificio nuevo sin esa cualidad. En este sentido, consideramos acertada la aportación de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, que propone incluir el valor histórico al calcular el coste de la edificación, si bien no especifica cómo hacerlo⁴.

Por otro lado, entendemos que no tiene sentido deducir la depreciación física en el valor de reemplazamiento-reposición neto cuando valoramos bienes culturales. La antigüedad y la obsolescencia no hacen que pierdan valor o se reduzca su vida útil, sino que en cierta medida los introduce en "otra vida"⁵ en la que reside parte de su valor. El estado de conservación está preservado por la ley y, en teoría, se deben mantener en buen estado. Pero aunque esta premisa no se cumpla, el relieve cultural del bien tiene más repercusión en su valor que el deterioro físico⁶.

4 Art. 18.3 de la Orden 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. y Santisteban, P. Valoración del patrimonio arquitectónico y cultural, Valencia, S.P. Universidad Politécnica de Valencia, 1999, p. 177.

En cuanto a la valoración analógica, es un método adecuado cuando se trata de un mercado con pocas transacciones o del que se tiene poca información, como el que nos ocupa. Para ello, se calcula un valor analógico, que puede ser el de oferta, el catastral o el de reposición⁷, que tenga un comportamiento similar al valor de mercado y sobre el que exista información disponible.

Para alcanzar un valor subjetivo (pero racional), se clasifican todos los factores que se consideran estimadores de su valor y se establece la comparación con otras propiedades especiales, semejantes, integradas en un mercado especial, de las cuales se conoce bien su valor de transacción, o bien su valor de oferta.

Se propone utilizar para la comparación, propiedades ubicadas en diferentes zonas del país y realizar un análisis estadístico en el que se considera el valor de mercado medio de propiedades más comunes de la comarca, como apoyo en la definición de la capacidad de adquisición en la zona. Para la obtención del valor histórico-artístico de un inmueble singular se considera como método más apropiado el analógico⁸.

Gracias a esta metodología se puede considerar, para la obtención del valor del activo en cuestión, un amplio número de características de otros inmuebles testigo, todas ellas a priori necesarias para la estimación del valor.

Esta información permite estimar ecuaciones por regresión que explican el valor analógico al de mercado como función de un conjunto de variables explicativas. Posteriormente, se analiza la relación de equivalencia entre el valor analógico y el de mercado para poder emplear las ecuaciones obtenidas en el cálculo del valor analógico como estimador del valor de mercado.

Para la aplicación de esta metodología en primer lugar es necesaria la elaboración de una base de datos propia en la que se recoja la mayor cantidad de información posible de distintos inmuebles testigo. A continuación se presenta una serie de posibles variables exógenas a considerar, clasificadas según hagan referencia al entorno, a la construcción y al interés cultural.

Los datos recopilados sobre las variables se someten a un tratamiento estadístico a través de un análisis de regresión, estableciendo una ecuación que estime el valor de mercado.

Referentes al entorno:

Ubicación, localización, accesibilidad, grado de urbanización, demanda, la situación del mercado en el lugar de localización de cada inmueble, paisaje, turismo, tráfico peatonal.

Referentes a la construcción:

Metros construidos, metros de terreno, integración paisajística, tipo de construcción, año de construcción, nivel arquitectónico, rehabilitación, funcionalidad, número de habitaciones, número de baños, usos alternativos, jardines o propiedad, estado de conservación.

7 Nota a pie de página 6 en Blasco Ruiz, A. y 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. y Santisteban, P. Valoración del patrimonio arquitectónico y cultural, Valencia, S.P. Universidad Politécnica de Valencia, 1999, p. 185. "La valoración analógica presenta una metodología econométrica de tasación adecuada a obtener información sobre el valor de mercado dentro de aquellos mercados con pocas transacciones o escasa información mediante el empleo de un valor auxiliar, denominado valor analógico (valor de oferta, valor catastral, valor de reposición)."

Referentes al interés cultural:

Años parte histórica, rareza geográfica, impacto social, interés artístico, % parte artística, acontecimientos históricos, atributo religioso, cultural, social, político, artístico, estético, intelectual, científico, académico, turístico.

La existencia de más o menos variables de las relacionadas dependerá del tipo de bien que se pretende valorar.

Una vez elaborada la base de datos, se aplica el análisis factorial a la información de partida. La técnica de componentes principales sintetiza al máximo la información, con el criterio de pérdida mínima de capacidad explicativa en cuanto a la varianza total de los datos. Con el análisis factorial se agrupan las variables en factores, pudiéndose explicar éstos como combinación lineal de las variables. Los factores normalmente se someten a un proceso denominado rotación, los factores rotados son combinaciones lineales de los originales y, por tanto, de las variables de partida.

La aplicación de los criterios expuestos conduce a una ecuación óptima para el cálculo del valor histórico-artístico. Si algún factor no resulta estadísticamente significativo, además de ser excluido del análisis de regresión, significa que las variables exógenas de mayor peso en el factor, no resultan influyentes en la explicación de la variabilidad de la variable dependiente. De la regresión de componentes principales se obtiene un coeficiente de determinación ajustado y un coeficiente de variación que determina la bondad del ajuste.

A partir de la ecuación obtenida se obtiene el valor analógico del inmueble, habiendo tenido en cuenta tanto aspectos habituales en valoración urbana como otros más específicos, característicos del bien cultural.

La metodología propuesta permite estimar el posible valor de mercado de un B. I. C. mediante el empleo de valores analógicos, sin necesidad de conocer el valor de mercado, tan poco transparente en estos casos. También permite detectar qué variables no son influyentes en la explicación de la variabilidad de la variable dependiente.

En casos muy concretos, como los de inmuebles culturales afectos a una explotación económica o que producen una renta por encontrarse en régimen de alquiler, puede ser útil la actualización de rentas. Con este tipo de valoración, estimamos el valor del bien capitalizando los rendimientos económicos futuros del mismo durante el periodo de tiempo que vaya a durar la explotación o de vigencia del contrato de arrendamiento. Además, si el periodo de estimación es limitado, habría que sumar el valor del inmueble al final del mismo actualizado al momento actual, aumentando el valor obtenido por la capitalización temporal de las rentas netas futuras.

Cuando se trata de inmuebles ligados a una actividad económica, es muy importante determinar la cuantía de rendimiento económico neto a "asignar al inmueble" "para distinguirla de la correspondiente a la gestión empresarial"⁹. Los datos pueden variar, porque no es lo mismo la explotación de un inmueble de forma independiente que hacerlo conjuntamente con otros. El principal problema de esta forma de valoración es la elección del tipo de capi-

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

talización estimativo del valor de mercado y, más aún, si se trata del valor de mercado de un bien cultural. Es decir, no nos valdría el tipo de capitalización adecuado para un inmueble normal, ya que reflejaría exclusivamente el valor de mercado de un bien no cultural. En cuanto al valor del inmueble cultural al final del periodo de explotación o alquiler, éste habrá de mostrar el componente cultural del valor.

Por último, el método residual dinámico, en general, “se utiliza para valorar proyectos de inversión, capitalizando los cobros y pagos desde que se inicia el proyecto hasta la finalización de su construcción, venta y cobro”¹⁰. Aplicado a la valoración de inmuebles culturales, busca calcular el valor de un inmueble a rehabilitar en función de los valores esperados según los usos del mismo, respetando el principio de mayor y mejor uso. A1 planteamos la rehabilitación y la valoración de un inmueble, no hemos de olvidar el principio de mayor y mejor uso. Esto implica la obtención del máximo valor esperado de entre los diferentes valores para los usos que resulten más rentables, desde el punto de vista financiero y económico, teniendo en cuenta la capacidad e intensidad de edificación o rehabilitación. Por supuesto, el planteamiento del análisis se realiza bajo el respeto tanto a la normativa legal y a las posibilidades físicas del bien, como a las características o cualidades culturales del inmueble y la incidencia que pueda tener en las mismas o en el medio ambiente.

La valoración según este método consiste en determinar el valor del inmueble cultural a rehabilitar por la capitalización de los ingresos y gastos previstos para cada periodo de tiempo hasta la finalización del proceso. Además del problema de la elección de la tasa de capitalización adecuada para estimar el valor de mercado de un bien cultural, también resultará complicada la fijación de los ingresos o los cobros en el tiempo y de sus cuantías¹¹ para un uso concreto. En cualquier actividad económica, incluso si se va a destinar a la venta, la situación prevista puede modificarse e incluso llegar a fallar por completo. Por lo que sería aconsejable plantear varios escenarios diferentes antes de decidir cual tomar para realizar la valoración. Requiere profundos conocimientos de los mercados y de las situaciones de demanda.

En cualquier caso, la aplicación de estos métodos, sobre todo los econométricos, encuentran su mayor dificultad en la falta de bases de datos con una amplitud adecuada, situación provocada porque el número de transacciones de inmuebles histórico-artísticos no es muy alto, y menos si hay que acotarlo a un periodo determinado o a un tipo y tamaño de inmuebles.

3.1.2 No existe mercado de inmuebles culturales

El que no haya un mercado para gran parte de los inmuebles culturales supone que desconocemos su precio, pero no que carezcan de valor.

Los bienes culturales se consideran bienes económicos con algunas características especiales por ser públicos, únicos e insustituibles¹². En este sentido, hay autores que los asemejan a

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 León, 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. y Santisteban, P. Valoración del patrimonio arquitectónico y cultural, Valencia, S.P. Universidad Politécnica de Valencia, 1999, pp. 223-225 y 255.

los bienes ambientales, que son bienes económicos generadores de utilidad por sí mismos¹³ y, en consecuencia, susceptibles de valoración.

Dada la similitud mencionada, se recurre a algunos métodos de valoración desarrollados por la economía ambiental. Las técnicas que parecen ser útiles para medir el valor de los inmuebles culturales sin mercado, es decir, sin precio, se diferencian en dos categorías: las de preferencias reveladas, como el método del coste del viaje, y las de preferencias declaradas, como la valoración contingente.

El método del coste del viaje

Permite efectuar una valoración de la demanda y del valor recreativo del bien. Se basa en la idea de que el coste de viaje para visitar un sitio puede ser considerado como una aproximación para la valoración del bien sin mercado. Como es lógico, los consumidores estarán dispuestos a pagar un coste si esperan obtener una utilidad a cambio, que entendemos no será inferior al coste soportado.

Para aplicar el método es necesario definir una variable dependiente que cuantifique la utilidad generada por el bien a la sociedad, también denominado nivel de disfrute, y una o más variables independientes que expliquen la disponibilidad a disfrutar de los beneficios ofrecidos por el inmueble cultural. El valor del bien cultural dependerá de variables como el coste de la entrada, el coste del viaje, el coste del tiempo empleado en el trayecto y en la visita, etc.

Los datos necesarios se suelen obtener a través de un cuestionario que se pasa a una muestra representativa de los consumidores que cada periodo de tiempo determinado visitan el inmueble cultural, y por la información suministrada por los propietarios o administradores del mismo. Recabada la información, el estudio se llevará a cabo con datos agregados por zonas medias de proveniencia o con datos individuales de los visitantes. Con el procedimiento de datos agregados la curva de demanda es menos representativa del comportamiento real de los visitantes; mientras que el de datos individuales exige una cantidad de información que no siempre está disponible.

El método calcula el valor del inmueble utilizando una información concreta en sustitución del precio, pero esa información solo hace referencia a los usuarios directos del inmueble sin tener en cuenta a las personas que aún no lo han visitado. Es decir, ignora el posible valor del bien para aquellos ciudadanos que no lo han usado.

Por otro lado, cuando durante el viaje se visite más de un edificio cultural, nos aparece el problema de cómo distribuir los costes del viaje entre los distintos bienes. Por lo que el método resulta más sencillo de aplicar cuando solo se vaya a ver un monumento o, si se visita más de uno, cuando se desee valorar el conjunto de los bienes visitados.

El método de valoración contingente

También busca conseguir de una curva de demanda del bien. En este caso, el método suplente la falta de mercado imaginando uno hipotético en el que los supuestos usuarios tienen la oportu-

13 Arriaza Balmon, M.; Gonzalez Arenas, J.; Ruiz Avilés, P. y 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. Valencia, 2002, p. 176.

tunidad de tomar decisiones económicas hipotéticas. Ciertamente es una opción factible ante la inexistencia de un mercado real, pero con una limitación importante, es casi imposible que se cree ese mercado hipotético en el que los individuos posean la convicción de que van pagar efectivamente por el bien o servicio. La herramienta principal de estudio es el cuestionario, que se pasará a una muestra de población vía entrevista personal, telefónica, por correo o por correo electrónico, para conocer su disposición a entregar o aceptar una cantidad de dinero para que se produzca una mejora o un retroceso en la disponibilidad del inmueble cultural.

La población de la que se va a extraer la muestra estará formada por la población en general, y no solo por los usuarios del bien. Por lo que la valoración del inmueble recogerá las apreciaciones de las personas que lo visitan, las de gente que aún no lo han hecho y las de individuos que nunca lo harán.

En cuanto al cuestionario, la redacción es tremendamente importante para obtener valores poco sesgados¹⁴. De hecho, variará en función del objetivo de la valoración y de las características del bien a valorar.

En general, la estructura de éste será la siguiente: una introducción en la que se delimita el contexto al que se refiere el tasador, una descripción rigurosa del inmueble cultural a valorar, la demanda del valor que los encuestados dan al bien o servicio en cuestión, y unas cuestiones relativas a las características socio-económicas de la muestra.

A la hora de solicitar la valoración del inmueble, se pueden utilizar varios mecanismos de demanda. Cada tipo de pregunta tiene ventajas e inconvenientes y será el encargado de la valoración el que tendrá que decidir y justificar cual es la más útil para sus propósitos.

La información obtenida a través de los cuestionarios se tratará estadísticamente y se extrapolará el resultado a la población para conocer el beneficio para la misma.

La valoración contingente, en el caso de bienes y servicios sin mercado, se está utilizando en la actualidad, pero encontramos que encierra ciertos riesgos de error¹⁵ que pueden distorsionar la estimación del valor de un bien a través de la disposición a pagar de los encuestados: los entrevistados pueden dar una respuesta falsa para influir en una decisión política sobre el inmueble en cuestión; si el encuestado no es capaz de situarse en escenarios hipotéticos o piensa que sus respuestas no tienen ningún valor existe la posibilidad de que haya diferencias entre lo que se declara y lo que realmente se pagaría; la forma de pago, el formato de las preguntas, el tipo de encuesta, la presentación del bien, también afectarán a la respuesta del entrevistado.

4 Criterios para la valoración de un inmueble ubicado en un BIC

Legislación aplicable

- Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, y sus modificaciones (en adelante LEF)

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.; Gonzalez Arenas, J. ; Ruiz Avilés, P. y 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.

- Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, y sus modificaciones.
- Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (en adelante LOUGA), y sus modificaciones.
- Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, y sus modificaciones (en adelante TRLS)
- Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley del Suelo, y sus modificaciones (en adelante RVLS).
- Real Decreto 3288/1978, de 25 de Agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística, y sus modificaciones (en adelante RGU).
- Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio, por el que se aprueban las Normas técnicas de valoración y el cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana, y sus modificaciones.

Tomamos de referencia un inmueble ubicado en el ámbito del BIC con categoría de sitio histórico del conjunto “Fontes Termais das Burgas e o seu contorno delimitado” (en adelante BIC de As Burgas)

De conformidad con el apartado 2 del TRLS:

“2. La aprobación de los instrumentos de la ordenación territorial y urbanística que determine su legislación reguladora conllevará la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos correspondientes, cuando dichos instrumentos habiliten su ejecución y ésta deba producirse por expropiación.”

Y según el apartado 1 del artículo 30:

“El justiprecio de los bienes y derechos expropiados se fijará conforme a los criterios de valoración de esta Ley mediante expediente individualizado o por el procedimiento de tasación conjunta”.

De acuerdo a lo determinado en el Plan Especial de Protección do BIC de As Burgas, en el Área de Intervención AI-8, se plantea la valoración del inmueble en el que se ubica el Colegio San José.

Según lo dispuesto en el artículo 142 de la LOUGA y el 201 del RGU, cuando se establezca para un ámbito el Sistema de Actuación por Expropiación, “la Administración actuante podrá aplicar el procedimiento de tasación conjunta (...)”.

Dado que el Área de intervención 8 presenta características homogéneas en lo referente a la situación urbanística de los terrenos objeto de expropiación, se seguirá el procedimiento de tasación conjunta conforme a lo establecido en los artículos 143 y 144 de la LOUGA. Es el 143 el que determina lo que ha de contener el expediente de expropiación.

Delimitación del ámbito territorial y la relación de las personas titulares.

Se incluye en el anexo gráfico la ficha catastral y urbanística. El titular es único; la Comunidad del Colegio San José.

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

Criterios de valoración

Los terrenos y bienes objeto de la expropiación están incluidos en el área de intervención AI 8 del Plan Especial de Protección del BIC de As Burgas, a desarrollar por expropiación o convenio.

Si no se llega a acuerdo para formalizar un convenio se actuaría por expropiación, sistema directo, de acuerdo al 140.3 de la LOUGA.

“El justiprecio expropiatorio de los terrenos se determinará de acuerdo con lo establecido en la legislación básica del Estado” según determina el artículo 142 de la LOUGA, por lo que será de aplicación lo establecido en el TRLS y en el RVLS.

Los criterios generales para la valoración de inmuebles están recogidos en el artículo 22 de la TRLS.

Situación básica del suelo

De acuerdo al citado artículo 22, es preciso determinar la situación básica del suelo a expropiar para poder establecer el método de valoración.

Los terrenos objeto de la expropiación están clasificados como Suelo Urbano Consolidado con uso global equipamiento docente/terciario privado.

Los terrenos están edificados, por sus características se **consideran como suelo urbanizado edificado**. La valoración se realizará según lo establecido en el artículo 23 del RVLS:

“Cuando se trate de suelo edificado o en curso de edificación, el valor de la tasación será el superior de los siguientes:

- a) *El determinado por **la tasación conjunta del suelo y de la edificación** existente que se ajuste a la legalidad según lo establecido en el artículo 5 de este Reglamento, por el **método de comparación**, aplicado exclusivamente a los usos de la edificación existente o la construcción ya realizada, de acuerdo con el artículo 24 de este Reglamento.*
- b) *El determinado por **el método residual**, regulado en el artículo 22 de este Reglamento, aplicado exclusivamente al suelo, sin consideración de la edificación existente o la construcción ya realizada”.*

Por lo tanto, será necesario calcular ambos valores a fin de determinar el valor de la parcela indicada.

Descripción del bien a valorar

La parcela está ocupada por la edificación, en el porcentaje de los espacios aptos para ella que determina la legislación de ordenación territorial o urbanística.

Se trata de una parcela de 5.092 m² con una superficie construida de 7.824 m² de uso docente.

El RVLS establece en su artículo 24 los criterios para el cálculo do valor conjunto del suelo y la edificación por el método de comparación, diferenciando dos situaciones:

- Cuando exista un conjunto estadísticamente significativo de transacciones reales o de ofertas cuyo número sea igual o superior a seis muestras comparables, seleccionando las muestras comparables con condiciones de semejanza al inmueble a valorar.
- Cando no existan suficientes muestras comparables que satisfagan las condiciones de semejanza, se podrá utilizar técnicas de homogeneización de precios que consideren las circunstancias que puedan suponer diferencias significativas de valor.

El inmueble a valorar presenta características que suponen una gran dificultad que permita encontrar una muestra de comparables sin utilizar técnicas de homogeneización, ya que se trata de un colegio ubicado en una zona céntrica pero al mismo tiempo incluido en un Área de Intervención del Plan Especial con condiciones patrimoniales que han sido descritas anteriormente. Sería necesario realizar un estudio de mercado, cuestión complicada, puesto que no existen inmuebles en la zona con los que se pueda homogeneizar. Considero que lo óptimo, ante esta situación tan compleja, sería realizar un muestreo con bienes inmuebles similares para utilizar la comparación, propiedades ubicadas en diferentes zonas del país de acuerdo al método analógico descrito en este trabajo.

Para valorar el suelo urbanizado edificado, según lo establecido en el artículo 23 del RVLS, sería necesario también determinar el valor del suelo por el método residual como si no existiese edificación. Éste depende de la edificabilidad correspondiente a cada uno de los usos considerados (en este caso dotacional) en metros cuadrados edificables por metro cuadrado de suelo y del valor de repercusión del suelo de cada uno de los usos considerados, en euros por metro cuadrado edificable.

Este valor de repercusión depende del valor en venta del metro cuadrado de edificación del uso considerado del producto inmobiliario acabado, calculado sobre la base de un estudio de mercado estadísticamente significativo, en euros por metro cuadrado edificable por el coeficiente K, que pondera la totalidad de los gastos generales, incluidos los de financiación, gestión y promoción, así como el beneficio empresarial normal de la actividad de promoción inmobiliaria necesaria para la materialización de la edificabilidad. Para alcanzar ese mercado estadísticamente significativo nos volvemos a encontrar en la compleja situación anterior, y por lo tanto podríamos volver a utilizar la valoración analógica como base para determinar ese mercado que nos determina el valor de repercusión.

5 Bibliografía

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

ARRIAZA BALMON, M.; GONZALEZ ARENAS, J.; RUIZ AVILÉS, P. y 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 y 5 de julio de 2002. Valencia.

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

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

- BALLART HERNÁNDEZ, Josep, FULLOLA PERICOT, Josep María y PETIT MENDIZABAL, M^o dels Angels. 1996. *El valor del patrimonio histórico*. ISSN 1131-6993, N^o 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 y 21 de la Ley del Patrimonio Histórico Español*. Revista de derecho urbanístico y medio ambiente, ISSN 1139-4978, Año n^o 33, N^o 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 13^o ASAMBLEA INTERNACIONAL DE ICOMOS. MADRID 2002.
- CABALLER, V., RAMOS, M.A., RODRÍGUEZ, J.A., RODRÍGUEZ, J. y 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. y ANEIROS FILGUEIRA, B. *Proyecto de Expropiación de terrenos incluidos en 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. y 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. y BRUZÓN PIEDRA, S. *Modelo y procedimiento para calcular el valor económico de inmuebles patrimoniales*. En *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, N^o 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. Y ROLDÁN VERDEJO, P. *Consideraciones sobre los valores históricos artísticos en los bienes muebles e inmuebles*" Revista de derecho urbanístico n^o 106 Enero-febrero 1988

RODRIGUEZ, J. A., BLASCO, A. y GUIJARRO, F. *Metodología para la valoración económica de inmuebles 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 del Patrimonio Culturale". Genio Rurale, nº 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, mayo 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.

regap



ESTUDIOS Y NOTAS

6 Anexos gráficos

Ficha catastral

REFERENCIA CATASTRAL DEL INMUEBLE
3677024NG9837N0001BE

DATOS DEL INMUEBLE

UBICACIÓN:
RU PROGRESO DO 24
32005 OURENSE [OURENSE]

CATEGORÍA: Cultural ANO DE CONSTRUCCIÓN: 1942

VALOR DE INSCRIPCIÓN: 100,000000 VALOR DE CONSERVACIÓN: 7,824

DATOS DE LA FINCA A LA QUE PERTENECE EL INMUEBLE

UBICACIÓN:
RU PROGRESO DO 24
OURENSE [OURENSE]

VALOR DE CONSERVACIÓN: 7,824 VALOR DE INSCRIPCIÓN: 5,092 TIPO DE FINCA: Parcela construida sin división horizontal

ELEMENTOS DE CONSTRUCCIÓN

Uso	Simbolo	Planta	Puntos	Superficie m ²
ALMACÉN	1	-1	06	646
ENSERANZA	1	00	06	1.996
ENSERANZA	1	06	06	1.708
ENSERANZA	1	02	06	1.610
ENSERANZA	1	03	06	1.588
VIVIENDA	1	+1	06	407

CONSULTA DESCRIPTIVA Y GRÁFICA DE DATOS CATASTRALES BIENES INMUEBLES DE NATURALEZA URBANA

Municipio de OURENSE Provincia de OURENSE

E: 1/1000

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

000,000 Coordenada U.T.M. Base 29 ETR030 Lunes, 2 de Febrero de 2015

- 000,000 Coordenada U.T.M. Base 29 ETR030
- Límite de Manzana
- Límite de Parcela
- Límite de Construcción
- Muebles y anexos
- Límite para venta
- Topografía

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 - Universidad de Bolonia (Italia)

melania.dangelosante@unibo.it

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

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

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).*

* Traducción elaborada por la Dra. Flor María Ávila Hernández de la Universidad del 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 La difícil delimitación del tema y de los problemas planteados. 2 Eficacia y ejecutividad de la acción administrativa. 2.1 La eficacia y la ejecutividad en el marco más amplio de la ejecución administrativa. 2.2 Las otras disposiciones: el plazo en el que se debe llevar a cabo la ejecución, y la suspensión de la eficacia o de la ejecución de la resolución administrativa. 3 La ejecutoriedad. 3.1 Ejecutoriedad y ejecución administrativa. 3.2 Algunos casos particulares. 3.3 El objeto de la ejecutoriedad. 3.4 Principio de legalidad, disciplina de la ejecución administrativa y naturaleza jurídica de la potestad de ejecución. 3.5 La cuestión de la naturaleza, discrecional o reglada, de la potestad de ejecución. 4 Una visión de conjunto

1 Premisa

Aunque hace algunos años esta misma autora ha realizado una primera aproximación al estudio de la ejecución administrativa¹, hoy nos encontramos ante la exigencia de volver sobre los temas entonces analizados, con el fin de actualizarlos, si bien, en el presente trabajo, esta tarea se enfocará de un modo diferente, enfocando dicho análisis hacia aquellos aspectos que presentan mayor interés para un público extranjero.

El estudio ha nacido de la exigencia de reflexionar 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*)².

En este contexto, la ejecutoriedad de las resoluciones administrativas queda subordinada a la regla de la legalidad, en virtud del artículo 21 *ter*³.

Además, junto con el objetivo antes señalado, con el presente trabajo se persigue: a) permitir a un público extranjero —a través del análisis del caso italiano— buscar algunas respuestas a aquellos problemas comunes a otros Ordenamientos jurídicos acerca de este tipo de relaciones (entre eficacia, ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución administrativa de las resoluciones de la administración pública); b) facilitar la puesta en común de los problemas relativos a las cuestiones señaladas, y, sobre todo, las posibles soluciones a los mismos.

El trabajo se articula del siguiente modo: a) la primera parte se dedica a la delimitación del tema y de los problemas planteados; b) la segunda tiene por objeto el análisis de la relación entre eficacia y ejecutividad de la acción administrativa; c) en la tercera se examina la ejecutoriedad de las obligaciones administrativas; d) en la última parte se ofrece una visión de conjunto.

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

2 Véase M. CLARICH, *Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà*, en V. CERULLI IRELLI (editado por), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Nápoles, Jovene, 2006, 317 ss.

3 Sobre el principio de legalidad existe una abundante bibliografía; véase, en particular: L. CARLISSARE, *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*, Ponencia a la 53ª Conferencia sobre estudios administrativos, sobre "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia" – Varenna, 20-22 septiembre 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 con la eficacia y la ejecutividad, se prestará especial atención a la relación entre eficacia y ejecutividad en el marco más amplio de la ejecución administrativa.

En lo que se refiere a la ejecutoriedad, se prestará atención a: a) la relación entre ejecutoriedad y ejecución administrativa; b) el objeto de la ejecutoriedad; c) la relación entre el principio de legalidad, la disciplina de la ejecución administrativa y la naturaleza jurídica de la potestad de ejecución.

1.1 La difícil delimitación del tema y de los problemas planteados

El punto de partida es, como se ha dicho, la subordinación de la potestad de ejecución administrativa al principio de legalidad (para un mayor desarrollo véase §§ 2.1 y 3.4). La afirmación del principio de legalidad para los procedimientos de ejecución coactiva refuerza la convicción de que la ejecución debe ser entendida no como una mera continuación del ejercicio de la potestad primaria, sino como una manifestación de una potestad independiente, que debe ser prevista y disciplinada de forma autónoma⁴.

Sobre este aspecto, es necesario recordar las posiciones sostenidas con anterioridad a la reforma de 2005.

De acuerdo con la primera de dichas posiciones, la potestad administrativa de ejecución coactiva se consideraba autónoma respecto de la potestad primaria⁵.

En cambio, de conformidad con la segunda de dichas posiciones, sólo era posible reconocer carácter autónomo respecto a la potestad primaria a la *ejecución coactiva* (que se produce en contra de la voluntad del ejecutado) y no a la *ejecución administrativa* (que no se produce en contra de la voluntad del ejecutado)⁶.

Por último, los partidarios de la tercera posición sostenían la teoría de la inmanencia de la potestad de ejecución administrativa, o sea, la teoría de su reconducibilidad al régimen típico de la acción administrativa, sin perjuicio de una atribución normativa específica⁷.

Así, resulta imprescindible el análisis de la potestad de ejecución, sobre todo, de su relación con el principio de legalidad-nominatividad (previsión de la potestad) y con el principio de legalidad-tipicidad (disciplina de las modalidades de ejercicio de la potestad).

4 Sobre el principio del procedimiento debido como principio constitucional, cfr. G. DELLA CANANEA, *The Italian administrative procedure acts: progresses and problems*, en www.ius-publicum.com, 2011.

5 Véase U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901, 52 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del 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 Véase 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, *La esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, en *Giur. it.*, 1929, 18 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., 117 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., III, 1456; G. LIGUIGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, cit., 161; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi implíciti*, 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 del provvedimento amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1969, 467 ss.; O. RANELLETTI, *Gli atti amministrativi*, en *Id.*, *Scritti giuridici scelti*, Nápoles, Jovene, restampa 1992, 717.



Esta doble acepción del principio de legalidad amplía la necesidad de examen de: a) la legitimación “por naturaleza” de la potestad “secundaria” respecto de la potestad “primaria”; b) el anclaje constitucional directo o mediato (a través de la institución de la reserva de ley) de las potestades administrativas (sobre todo, de naturaleza restrictiva de derechos); c) las condiciones que permiten la excepción del principio de legalidad⁸.

Además, partiendo de los nuevos artículos 21 *bis*, *ter* y *quater* de la Ley General sobre el Procedimiento Administrativo se puede observar, en cierto modo, el desenlace de la trama de las relaciones entre las dimensiones de la *eficacia*, de la *ejecutividad*, de la *ejecutoriedad* y de la *ejecución administrativa de las resoluciones de la administración pública*.

Con anterioridad a la reforma, la reconstrucción de las posiciones expresadas sobre la relación entre eficacia y ejecución, entre ejecutividad y ejecutoriedad, así como entre ejecución administrativa y ejecutoriedad, parece más difícil debido a su heterogeneidad.

Otra cuestión planteada se refiere, especialmente después de la reforma, a la naturaleza, discrecional o reglada, de la potestad de ejecución, y a la fungibilidad entre la ejecución administrativa y la ordinaria (para un mayor desarrollo véase § 3.5).

En la ciencia del derecho administrativo italiano, la *eficacia del acto* hace referencia a la producción de efectos jurídicos⁹, mientras que la *perfección* del acto implica la presencia de todos sus elementos constitutivos¹⁰ y la *validez* del acto conlleva la conformidad con el marco normativo aplicable¹¹.

Asimismo, la consecución del resultado concreto que se pretende obtener con una determinada acción administrativa comporta, frecuentemente, una actividad de *ejecución* distinta y posterior respecto de aquella que ha conducido a la adopción de la resolución eficaz. La eficacia resulta, a veces, insuficiente para satisfacer íntegramente el conjunto de los intereses pretendidos (para un mayor desarrollo véase §§ 2.1 y 3.1).

A su vez, la acción administrativa objeto de ejecución encuentra, normalmente, su fundamento en una resolución *ejecutiva / ejecutoria*. Sin embargo, la exigencia de *ejecución administrativa* no siempre va a presentarse en relación con una resolución¹², sino que puede presentarse, también, en relación con “pretensiones” de la Administración Pública que tengan su origen en la ley o en otro acto o hecho adecuado para este fin¹³. No obstante, hay que señalar que, en este caso, la resolución debería interponerse entre el nacimiento de las

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

9 Véase F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1914, y 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. CNITARESE MATTEUCCI, *La 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 la existencia de actos inválidos pero eficaces (limitada a los supuestos en que la invalidez se derive de la concurrencia de causas de anulabilidad y no de nulidad y hasta que no se disponga la anulación) y de actos válidos pero ineficaces (por ejemplo, por estar sometidos a término inicial o a condición suspensiva), cfr., *ex multis*, S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1937, 230 ss.

12 En este caso, también representaría el poder del sujeto que ha dictado la resolución de cumplimiento de la obligación cuando el destinatario no cumpla, cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1969, 433 ss.

13 Cfr. G. CORSO, *L'efficacia del 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. LIGUIGNA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, 135.

“pretensiones” y su ejecución coactiva (por ejemplo, para verificar el incumplimiento de la obligación de que se trate, activar el conflicto y disponer que se proceda a la ejecución)¹⁴ (para un mayor desarrollo véase § 3.3).

En la *relación entre eficacia y ejecución*, la primera (*eficacia*) puede ser calificada como un fenómeno estrictamente jurídico¹⁵, mientras que la segunda (*ejecución*) se puede entender referida al conjunto de actividades de naturaleza material destinadas a la realización del acto. En efecto, la facultad o la necesidad de ejecución de un acto pueden deberse al hecho de que la satisfacción de la “pretensión” material vinculada a la resolución de que se trate no pueda ser garantizada por su mera eficacia (por un mayor desarrollo véase §§ 2.1 y 3.1).

La ejecución administrativa encuentra su fundamento en la *ejecutividad* de la resolución eficaz¹⁶, es decir, en su aptitud para ser ejecutada¹⁷, *sin la intervención previa de la autoridad judicial que declare o ratifique la validez del acto de una sentencia declarativa*¹⁸.

La ejecutividad implica la posibilidad de que la resolución sea ejecutada en base a la potestad de autocognición que la administración puede ejecutar sobre sus propios actos¹⁹ y, en consecuencia, no es necesario que la administración preconstituya un título ejecutivo con la intervención de la autoridad judicial.

Entendida de este modo, la ejecutividad constituye un aspecto de la eficacia de la resolución²⁰, desde el punto de vista de su implementación o de su uso²¹ (para un mayor desarrollo véase § 2.1).

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

-
- 14 Véase A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, en *Scritti giuridici*, III, Jovene, Nápoles, 1990, 307 ss.
- 15 Sobre la relación entre eficacia, ejecutoriedad, imperatividad véase V. CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo*, II, Turín, Giappichelli, 2005, 194; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 84; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del 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 la 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. MAZZAROLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCCA (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 del 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 del provvedimento amministrativo*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1, 1 ss.; G. GRUNER, *Il principio di esecutorietà del 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*, en *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 Véase G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam, 2005, 164; lo., *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 se identifica frecuentemente con la producción de efectos jurídicos por parte de la resolución, en razón de su inoperatividad (R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., 807 ss.), o en razón de su presunción de legitimidad (M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., § 31; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 9 settembre 2003, n. 1404, en *Foro amm. TAR*, 2003, 2764; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 1 julio 2002, n. 378, en www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 23 septiembre 1999, n. 729, en www.giustizia-amministrativa.it). Se consigue siempre una parcial coincidencia con la noción de eficacia.
- 21 Por tanto, un acto ineficaz no podría considerarse nunca ejecutivo y, a su vez, un acto eficaz sería siempre ejecutivo, cfr. G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 164-165.

A conclusiones similares puede llegarse en relación con la *ejecutoriedad*, que también constituye un aspecto de la eficacia de las resoluciones²². No obstante, la *ejecutoriedad* de la resolución *exime a la administración de la necesidad de recurrir a los instrumentos del proceso ejecutivo disciplinado por el código de proceso civil* para obtener la ejecución coactiva de las obligaciones que se derivan de la misma²³. En efecto, no siempre la completa satisfacción del conjunto de los intereses que se derivan del acto requiere del recurso a formas de ejecución coactiva²⁴ (para un mayor desarrollo véase §§ 3.1).

La ejecución administrativa representa el procedimiento a través del cual se implementan de modo tendencialmente completo los efectos de las resoluciones administrativas, y se califica de ‘forzosa’ cuando se realiza de forma coactiva²⁵ (para un mayor desarrollo véase §§ 2.1 y 3.1).

Además, se denomina *autotutela en forma de ejecución*, a aquella actividad con la cual la administración procede a la «coacción administrativa», subrogando así «el juicio de ejecución»²⁶. En concreto, la autotutela en forma de ejecución tiene dos componentes: la declarativa y la ejecutiva. La primera de ellas (autotutela declarativa) expresa la idoneidad de la resolución para sustituir al proceso de cognición (si y porque la resolución es ejecutiva), mientras que la segunda (autotutela ejecutiva) resulta idónea para sustituir al proceso de ejecución (si y porque la resolución es ejecutoria). En ambos casos, ello se traduce en la inversión de la obligación de actuar²⁷ (para un mayor desarrollo véase §§ 2.1 y 3.1).

Otra parte, en Italia la “*eseguitibilità*” de las resoluciones de la administración pública, se refiere a la posibilidad material de ejecución²⁸, que puede que no exista donde se haya extinguido el objeto de la ejecución²⁹ o subsistan otras causas que dificulten que se lleve a cabo³⁰. Sin embargo, en sede contenciosa, se tiende a no hacer referencia expresa al concepto de

22 G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 437.

23 Véase M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., § 31; G. CORSO, *L'efficacia del 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 del 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 profundizar en el tema de la relación entre ejecución administrativa y ejecutoriedad véase: F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, voz *Enc. dir.*, IV, Milán, 1959, § 13; G. CORSO, *L'efficacia del 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, no debe ser la administración quien debe llevar a cabo actuaciones de conocimiento o ejecución, sino que es el destinatario del ejercicio de la potestad de autotutela el que debe actuar contra la actividad expresión de la autotutela ejecutiva, véase B.G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, Ponencia al 53º Congreso sobre estudios administrativos, sobre “Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia” – Varenna, 20-22 septiembre 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 Piénsese en el caso de la destrucción, por ejemplo, por causas reconducibles a catástrofes naturales, del inmueble que debía ser demolido.

30 Cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 231, 232; O. RANELLETTI, *Gli atti amministrativi*, cit., 717.

“*eseguibilità*” o a confundirlo con el de eficacia, como, por otra parte, sucede también en el caso de la ejecutividad y de la ejecutoriedad (*infra*)³¹.

Si se dirige la mirada más allá de la frontera, algunos de los problemas planteados en el ordenamiento italiano resultan confirmados. Otros no encuentran correspondencia o son excluidos. Las soluciones presentan rasgos similares o diferentes, convergiendo o divergiendo.

Por ejemplo en *España*³² la ejecución administrativa se disciplina con cierta exhaustividad en una ley estatal: la Ley General sobre el Procedimiento, n. 30 de 1992.

Así, al igual que la Ley Italiana sobre el Procedimiento, la Ley n. 30 de 1992 parece subordinar la potestad de ejecución administrativa (o autotutela de ejecución) al principio de legalidad.

Asimismo, la Ley n. 30 de 1992 precisa que ninguna actividad de ejecución administrativa limitativa de derechos de los destinatarios puede ser adoptada sin una resolución específica previa que autorice la ejecución (art. 93 ss.). La resolución debe ser notificada al interesado antes del inicio de la ejecución (art. 93 ss.), y las administraciones públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales (95 de la ley n. 30 de 1992)³³.

No obstante, el legislador español superpone los planos de la ejecutividad y de la ejecutoriedad: el art. 94, intitulado «ejecutoriedad», dispone que son inmediatamente «ejecutivos» todos los actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo, salvo las excepciones expresamente previstas. Usa así de modo fungible los términos *ejecutividad* y *ejecutoriedad*. Esta misma superposición se puede apreciar en el plano jurisprudencial, donde se «maneja con frecuencia los términos ejecutividad y ejecutoriedad como si fueran intercambiables»³⁴.

Además en el art. 56, intitulado «ejecutividad», únicamente se dispone que «los actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho Administrativo serán ejecutivos» con arreglo a lo dispuesto en la Ley General sobre el Procedimiento.

Sin embargo, en la ciencia del derecho administrativo español, los conceptos de ejecutividad y ejecutoriedad se utilizan, en ocasiones, como sinónimos, aunque con ellos se expresen ideas diferentes.

31 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 octubre 1989, n. 685, en *Foro amm.*, 1989, n. 10; *Id.*, Sez. VI, 30 octubre 1981, n. 616, en *Foro amm.*, 1981, I, 2024; T.A.R. Sardegna, 20 noviembre 2003, n. 1499, en *Foro amm. TAR*, 2003, 3388; T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. III, 21 febrero 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 septiembre 1991, n. 308, en *Foro amm.*, 1994, 2451; T.A.R. Lazio, Sez. II, 17 diciembre 1988, n. 1707, en *Foro amm.*, 1989, n. 10; T.A.R. Toscana, 30 septiembre 1982, n. 292, en *TAR*, 1982, I, 3114; T.A.R. Campania, Nápoles, 19 julio 1982, n. 406, en *TAR*, 1982, I, 2910; T.A.R. Lazio, Sez. II, 25 enero 1978, n. 22, en *Temi romana*, 1978, 235.

32 Véase J.R. ARANA MUÑOZ, *Sobre las últimas reformas administrativas en España*, en *Riv. trim. dir. pub.*, 2000, 1, 213 ss.

33 La intervención de la autoridad judicial es necesaria, por ejemplo, cuando se requiera la entrada en el domicilio del ejecutado sin su consentimiento. También en Estados Unidos se solicita la intervención de la autoridad judicial para proceder coactivamente a realizar las actividades de ejecución, eventualmente necesarias, para disponer materialmente de un bien expropiado, véase G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Autoritatività e/o imperatività dell'atto amministrativo nell'analisi comparata degli ordinamenti italiano e statunitense*, cit., 204, y allí posteriores referencias.

34 J. BARCELONA LLÓP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, 1995, 70, y en esta obra, las referencias doctrinales y jurisprudenciales a las tesis sostenidas (70 ss.).

La doctrina parece emplear estos términos de modo fungible cuando³⁵:

- a) considera la ejecutividad como «sinónimo de eficacia»³⁶;
- b) considera que «la presunción de validez» de los actos administrativos «va ligada a la ejecutividad de tales actos, es decir, su susceptibilidad para ser impuestos incluso forzosamente por la Administración a los administrados»³⁷.

Sin embargo, la doctrina parece emplear estos términos expresando ideas diferentes cuando:

- a) considera que, sobre la base del principio de autotutela de la Administración (opuesto a la heterotutela, aplicable a las relaciones entre particulares), «la Administración no necesita acudir a los tribunales para proteger su esfera de atribuciones y derechos, pues puede hacerlo por sus propios medios»: «la autotutela tendría consecuencias tanto declarativas»³⁸ («autotutela de ejecución de los actos administrativos»³⁹) «como ejecutivas»⁴⁰ («autotutela de ejecución por la Administración de los actos administrativos»⁴¹ / «acción de oficio»⁴²), las primeras asociadas a la ejecutividad, [...] las segundas a la ejecución forzosa»⁴³;
- b) considera la «ejecutividad» como la «característica de los actos administrativos consistente en que los mismos gozan de presunción de validez y son inmediatamente ejecutivos»⁴⁴, «desde la fecha en que se dictan (autotutela declarativa)»: por lo tanto,

35 Para profundizar sobre esta cuestión, véase J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 316, septiembre 1954, 709-710; J. BARCELONA LLOP, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, cit., 48 ss.

36 Véase 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. GARCÍA RUBIO, *Elementos de Organización Municipal*, Dykinson, 2003, 187. Sin embargo, eficacia y ejecutividad no parecen «la misma cosa, si bien la segunda deriva de la primera», 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, septiembre 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 La «autotutela de ejecución de los actos administrativos [...] es aquella cualidad [...] en virtud de la cual [los mismos] son susceptibles de ejecución forzosa en caso de incumplimiento por su destinatario, sin necesidad de que la Administración autora del acto obtenga una sentencia que declare la validez del mismo o ratifique ésta»; por tanto «la actuación material de ejecución hace referencia al acto administrativo ejecutivo, que tiene como finalidad la ejecución del 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 La «autotutela de ejecución por la Administración de los actos administrativos [...] consiste en que la ejecución forzosa de que [estos] son susceptibles [...] sin necesidad de que sea verificada o ratificada su validez [...] pueda ser llevada a cabo por órganos administrativos (sin necesidad de acudir a los órganos judiciales) y conforme a procedimientos administrativos ejecutivos previstos en los arts. 96 y ss. de la Ley 30/1992 (en lugar de mediante procedimientos ejecutivos judiciales [...]). En cambio «en el Derecho Privado [...] el acreedor que ya ha obtenido la sentencia [...] declarativa [...], ante el incumplimiento de la obligación por el deudor, tampoco puede pasar a imponer por la fuerza el cumplimiento de tal obligación, ante la resistencia del deudor incluso una vez producida la [...] sentencia, sino que tiene que acudir de nuevo a los órganos judiciales para obtener, en un procedimiento judicial ejecutivo, una resolución judicial ejecutiva que permita llevar a cabo la [...] ejecución 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 Lengua i Dret*, n. 46, 2006, 161.

la ejecutividad de las resoluciones administrativas «dispensa a la Administración de acudir a un proceso declarativo para obtener una sentencia en que se reconozcan sus pretensiones»⁴⁵;

- c) considera, en cambio, el «privilegio de ejecutoriedad o autotutela ejecutiva» como «un plus respecto a la ejecutividad», «consistente en la posibilidad de que los actos administrativos puedan ser ejecutados de manera forzosa por la Administración»⁴⁶, cuando concurren los presupuestos⁴⁷ y «cuando tales actos impongan a los administrados (o a otras Administraciones [...]) obligaciones»⁴⁸; por tanto, la administración puede llevarlo a cumplimiento directamente cuando el obligado no lo efectúe voluntariamente, y «no tiene necesidad de incoar un proceso de ejecución para que el mandado en los mismos sea cumplido en contra de la voluntad del obligado»⁴⁹, violentando su posesión y libertad personal⁵⁰ (privilegio de la acción de oficio⁵¹); a su vez, «la ejecución forzosa administrativa» es una «consecuencia de la ejecutoriedad de los actos administrativos»⁵²; luego la ejecutoriedad «ben puede referirse a la susceptibilidad de ejecución forzosa, diferenciándose así [...] del de ejecutividad», y, «si bien todo acto administrativo es ejecutivo, no todo [...] es ejecutorio», por lo que «lo será en función de su contenido obligacional»⁵³; sin embargo, los conceptos de ejecutividad y ejecutoriedad «no son del todo independientes, porque sólo cuando el acto es ejecutivo puede ser también ejecutorio, siendo ésta una particular manifestación de su eficacia»⁵⁴.

Asimismo, en el ordenamiento español se requiere *expresamente* el respeto del principio de proporcionalidad en la elección de las formas de ejecución (que los art. 96 y ss. disciplinan detalladamente individualizando cuatro procedimientos distintos, aplicables cuando concurren los presupuestos específicamente indicados), sobre todo si a consecuencia de la ejecución pueden resultar en alguna medida afectados derechos que inciden en la libertad individual (art. 96).

2 Eficacia y ejecutividad de la acción administrativa

La síntesis de las diferentes posiciones que, en cuanto al caso italiano, se ha llevado a cabo hasta este momento, (en relación con las que la doctrina no ha adoptado una postura uná-

45 J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Régimen administrativo y proceso administrativo*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 344-345, enero- febrero 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, septiembre 2010, 62; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, cit., 713.

47 Es decir: a) «que se hayan cumplido previamente los requisitos de la autotutela de ejecución» de los actos administrativos; b) «que no se exija para la ejecución forzosa la intervención de los órganos judiciales por la Constitución o por la Ley (art. 95 de la Ley 30/1992)»; c) que la administración tenga previsto notificar al particular interesado una «resolución que autorice la actuación administrativa», A. TARDIO 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 Véase 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 "el privilegio previo" dispensa a la Administración de acudir a un proceso declarativo para obtener una sentencia en que se reconozcan sus pretensiones». 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 Véase J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, cit.

nime, tal y como se puede ver en la bibliografía indicada en la nota) puede ser reexaminada, como se ha señalado, a la luz de la reforma de la Ley General del Procedimiento (a la que, en 2005 se han incorporado los art. 21 *bis*, *ter* y *quater*) y de la jurisprudencia posterior.

El art. 21 *bis* (que lleva por título: «eficacia de las resoluciones limitativas de la esfera jurídica de los particulares») dispone: a) que las resoluciones limitativas de la esfera jurídica de los particulares⁵⁵ adquieren eficacia, en relación con cada⁵⁶ destinatario, con su notificación individual, efectuada del modo establecido para las notificaciones a los ilocalizables en los casos previstos por el código de proceso civil⁵⁷; b) que la notificación pueda ser sustituida por formas adecuadas de publicidad sólo cuando el elevado número de destinatarios la convierta en particularmente gravosa, y cuando la resolución limitativa de la esfera jurídica de los particulares carezca de carácter sancionatorio y *pueda* contener una cláusula *motivada* de eficacia inmediata; c) que las resoluciones limitativas de la esfera jurídica de los particulares, teniendo carácter cautelar y urgente, *sean* inmediatamente eficaces.

El art. 21 *quater* (titulado «eficacia y ejecutividad de la resolución»), dispone: a) que las resoluciones administrativas *eficaces* deben ser *ejecutadas* inmediatamente, a menos que en la ley o en la propia resolución se disponga otra cosa; b) que, a través de un acto motivado, se puede proceder a la suspensión de la eficacia o de la ejecución de la resolución, y que dicha suspensión puede, a su vez, ser acordada, por motivos graves y por el tiempo estrictamente necesario, por el mismo órgano que ha dictado el acto o por otro órgano establecido en la ley, mientras el término de su eficacia debe ser explícitamente indicado en la resolución cautelar, pudiendo ser reducido y porque la resolución es ejecutiva, por una sola vez, prorrogado o diferido.

2.1 La eficacia y la ejecutividad en el marco más amplio de la ejecución administrativa

La reforma del 2005 parece haber asumido la tesis según la cual las dimensiones de la eficacia y de la ejecutividad representan caracteres distintos y eventuales de la resolución, correlacionados en modo tal que, normalmente, la segunda se deriva de la primera, en la medida en que es necesaria una autocognición sobre la resolución (en los términos clarificados en el § 1), a menos que la ley o la resolución misma dispongan otra cosa. En línea con el principio, el art. 21 *quater* permite entender que, salvo disposición en contrario, sean ejecutivas todas las resoluciones administrativas y no sólo aquellas calificadas expresamente por la ley como títulos ejecutivos⁵⁸.

55 Se ha llegado a excluir que el art. 21 *bis* se aplique únicamente a las resoluciones “limitativas de la esfera jurídica de los *particulares*”, prefiriendo entenderlo referido, en general, por razones de justicia material, a las resoluciones “limitativas de la esfera jurídica de los *destinatarios*”, sean éstas sujetos *particulares* o *públicos*. Por otra parte, también, es compartida y defendida por la doctrina una interpretación más restrictiva (cfr. M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, Ponencia al encuentro de Estudios tenidos en fecha 18-19 mayo 2006 en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Urbino sobre la ley 241 del 1990 después de las reformas del 2005, en *Dir. amm.*, 2007, fasc. 4).

56 Sobre el distinto alcance que, a la luz del uso de término «cada», podría darse a dicha disposición en relación, por una parte, con los actos plúrimos y, por otra, a los colectivos, véase F. FIGORILLI, Saggio critico sull'art. 21 *bis* della legge 241 del 1990, en N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO (la cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Turín, Giappichelli, 2005, 431.

57 Sobre las forma y sobre los plazos de la comunicación, véase F. FIGORILLI, Saggio critico sull'art. 21 *bis* della legge 241 del 1990, cit., 432 ss.

58 En este segundo sentido, se habían expresado, antes de la reforma del 2005, las Sezioni unite civili de la Cassazione (Cass. civ., Sez. un., n. 1205 del 23 noviembre 2000, en *Giust. civ. mass.*, 2000, 2233). Después de la introducción del art. 21 *quater* cabe preguntarse si esta tesis puede ser cuestionada. A la crítica según la cual dicha tesis no podría compartirse porque no se haya en sintonía con lo dispuesto en el

No obstante, la resolución necesita (o puede necesitar) de ejecución administrativa⁵⁹ (entendida como aquella «actividad que actúa materialmente un precepto»⁶⁰). La ejecución administrativa puede, a su vez, ser realizada sin conocimiento preventivo de la autoridad judicial sobre la resolución misma, es decir, *sin la intervención previa de la autoridad judicial que declare o ratifique la validez del acto de una sentencia declarativa* (esto es posible porque la resolución es ejecutiva)⁶¹. Sin embargo en la jurisprudencia es constante la superposición entre el plano de la eficacia y el de la ejecutividad⁶².

El legislador ha previsto la ejecución inmediata de la resolución administrativa eficaz, subordinando expresamente dicha potestad de ejecución al principio de legalidad. Esto resuelve la tradicional *discusión*⁶³ acerca de la necesidad de encontrar el fundamento de la potestad de ejecución en una disposición normativa expresa en apoyo de la existencia de esta necesidad.

Sin embargo, con anterioridad, la cuestión se había planteado haciendo especial hincapié en la conocida como ejecución coercitiva o forzosa, presentando, por tanto, mayor relevancia específica desde el punto de vista de la ejecutoriedad (*infra*).

En ambos casos, la tesis de la autonomía de la potestad a la luz del principio de legalidad chocaría con la concepción del principio de legalidad como fundamento (y límite) de toda la actividad administrativa.

A la ejecutividad, la Ley General sobre el Procedimiento reconduce únicamente las obligaciones derivadas de la resolución y no de otros elementos (como, por ejemplo, la ley o el contrato)⁶⁴. La ejecutividad puede, además, ser excluida en los casos previstos por la ley.

artículo 614 *bis* c.p.c, introducido por la sucesiva (y en consecuencia prevalente) ley n. 69 del 2009 (G. GRUNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit., 327), se puede oponer la relación de especialidad de la ley sobre el procedimiento administrativo respecto del código de procedimiento civil la cual debería, en todo caso, inducir a considerar en este supuesto prevalente la primera, aun cuando fuese anterior.

- 59 El art. 21 *quater*, intitulado «*efficacia y esecutività* de la resolución administrativa», dispone que «las resoluciones administrativas *efficaces* son *ejecutadas* inmediatamente». Es posible repensar la posición sostenida por aquellos que han considerado que la ejecución administrativa es una manifestación únicamente de la ejecutoriedad, mientras que la ejecutividad y la «*eseguibilità*» de la resolución se referirían –respectivamente– a la posibilidad jurídica y material de llevar a cabo la ejecución, véase 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 ejecución puede hablarse sólo con referencia a providencias que hagan obligatorias, y no meramente lícitas, determinadas actividades, con la exclusión por ejemplo de todas las 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 octubre 1989, n. 647, en *Foro amm.*, 1989, fasc. 10; Cons. Stato, Sez. IV, 10 julio 1986, n. 486, en *Foro amm.*, 1986, 1290; T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. II, 19 enero 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 junio 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 Véase 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 implíciti*, 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, *La esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, en *Giur. it.*, 1929, 18 ss., 18 ss. Sobre la relación entre ejecución y ejecutoriedad, véase, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 30 octubre 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 octubre 1981, n. 379, en *TAR*, 1982, I, 130.
- 64 Véase 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 se volverá al tratar la ejecutoriedad y retomando el razonamiento sobre la ejecutividad.

En aquellos supuestos en los que la producción de efectos jurídicos por parte del acto satisface sólo parcialmente el interés público del cual es expresión⁶⁵, es necesario que sean adoptados o realizados, por parte de la administración –de manera exclusiva o en colaboración con otros sujetos, como el destinatario del acto– actos ejecutivos de actos anteriores.

En cambio, algunas resoluciones, como aquellas preclusivas en sentido amplio, si son eficaces, satisfacen de manera autónoma e inmediata el interés público que llevan aparejado.

2.2 Las otras disposiciones: el plazo en el que se debe llevar a cabo la ejecución, y la suspensión de la eficacia o de la ejecución de la resolución administrativa

El legislador ha introducido, además, la obligación de iniciar la ejecución, expresión de la ejecutividad, tan pronto como la decisión sea efectiva. Sin embargo, no se ha previsto ni un plazo transcurrido el cual el sujeto responsable de la ejecución pueda considerarse como incumplidor⁶⁶ y, por lo tanto, eventualmente, responsable por los daños causados a quien hipotéticamente se hubiera beneficiado de la ejecución oportuna, ni, tampoco, un plazo que, una vez transcurrido, permita considerar convalidado el vicio regulado en el artículo 21 *quater* apartado 1.

El silencio del legislador hace recaer en el operador jurídico la carga de realizar una interpretación sistemática de la norma y observar, por ejemplo, el plazo para la conclusión del procedimiento o el plazo “razonable” previsto por el artículo 21 *nonies* para el ejercicio de la potestad de anulación.

Mayor atención se dedica, en cambio, al plazo para la suspensión de la eficacia o de la ejecución de la resolución administrativa. El organismo que ha dictado la resolución⁶⁷ (o cualquier otro organismo previsto por la ley) puede, en efecto, proceder a la suspensión de su eficacia o de su ejecución, durante el tiempo estrictamente necesario (de acuerdo con el principio de proporcionalidad⁶⁸), siempre que se justifique por la existencia de “graves razones”⁶⁹. No obstante, el período de la suspensión tiene que ser determinado y su duración debe indicarse en la resolución donde se prevé, pudiendo ser prorrogado o diferido

65 Según G. SACCHI MORSIANI (*Note sull'esecuzione degli atti amministrativi*, cit., 414) para los actos autorizatorios o de concesión, los efectos se agotan totalmente «con la modificación jurídica producida» y, por ello, los que parecen elementos de la ejecución, en realidad, lo son tan sólo respecto de una eventual relación con terceros. Sin embargo, según G. FALCONI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 164 ss., la ejecutividad pone de manifiesto la necesidad de satisfacer el interés público para la persecución del cual se ha dictado la resolución y que no ha sido completamente satisfecho por la mera eficacia de la misma; así, el art. 21 *quater* se referiría, esencialmente, a las resoluciones que «deban ser cumplidas por la misma administración que las ha dictado».

66 Así es, sin embargo, según el art. 2 de la ley 241 en lo que respecta al plazo del procedimiento. Sobre la correlación entre el art. 21 *quater* apartado 1 y los principios de la obligatoriedad y de la rapidez de la acción administrativa, véase M. CLARICH, cit., 325 ss.

67 Sea éste limitativo o no.

68 El respeto de este principio podría ser también objeto de control por la autoridad judicial en cuanto a la adecuación del plazo (N. PAOLANTONIO – S. TARULLO, Saggio critico sull'art. 21 *quater* della legge 241 del 1990, cit., 477).

69 Sobre el carácter ampliamente discrecional de esta potestad administrativa de suspensión, en relación no sólo al *an* de su ejercicio sino también a la elección del plazo máximo de duración, véase N. PAOLANTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241 del 1990*, cit.; cfr. M. CAPANTINI, *Efficacia, esecuzione ed esecutorietà del provvedimento amministrativo*, en A. MASSERA (editado por), *La riforma della Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo: una prima lettura*, en www.astridonline.it, 43. Sobre la naturaleza cautelar de la resolución de suspensión, con independencia de su duración, véase V. CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo*, cit., 219.

por una sola vez. Además, es posible disponer la reducción de su período de duración por necesidades sobrevenidas.

En este caso, la previsión explícita de la facultad de suspensión de la eficacia o de la ejecución de la resolución, entendida como la facultad de influir sobre la duración de la suspensión, hace que no sea necesario acudir a fuentes diversas de las normativas⁷⁰.

Tanto las medidas de suspensión como las de aplazamiento, prórroga o reducción del período de suspensión, en línea de principio, tienen que ser emanadas en el marco de un procedimiento, conforme a las normas generales establecidas en la ley 241 (a salvo de las excepciones expresamente previstas⁷¹ o aquellas cautelares o urgentes⁷²) o a aquellas especialidades eventualmente aplicables.

3 La ejecutoriedad

La reforma de 2005 ha introducido también en la Ley General sobre el Procedimiento Administrativo, el art. 21 *ter* (dedicado por completo a la ejecutoriedad) donde se establece que, «en los casos y en la forma establecida en la ley, las administraciones públicas pueden imponer forzosamente el cumplimiento de las obligaciones». Además, se añade que en la resolución donde se contienen dichas obligaciones se debe indicar «el plazo y las modalidades de ejecución por parte del sujeto obligado» y se afirma que «si el interesado no cumple, las administraciones públicas, previa notificación, pueden proceder a la ejecución coactiva en los casos y en la forma establecida en la ley», teniendo en cuenta que «para exigir el cumplimiento de las obligaciones relativas a sumas de dinero, se aplican las disposiciones para la ejecución coactiva de los créditos del Estado»⁷³.

Así, esta regulación ha tratado de definir los límites y la disciplina de la ejecutoriedad. Sin embargo, todavía existen preceptos poco claros que dan lugar a confusión sobre algunos aspectos.

3.1 Ejecutoriedad y ejecución administrativa

Es ejecutoria la resolución administrativa que para ser satisfecha pueda o tenga que ir acompañada de la *imposición* coercitiva y/o por la *ejecución* coactiva de las obligaciones que esta pretensión implica⁷⁴, a iniciativa de la administración pública⁷⁵.

70 Sobre la relación entre principio de legalidad y la potestad de suspensión en la jurisprudencia, véase A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Turín, Giappichelli, 2006, 453; N. PAOLANTONIO – S. TARULLO, Saggio critico sull'art. 21 *quater* della legge 241 del 1990, en N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO (editado por), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Turín, Giappichelli, 2005, 473 ss.

71 Como la prevista en el art. 7, que excluye la obligación de comunicación de inicio del procedimiento en los casos en que subsistan impedimentos derivados de particulares exigencias de celeridad, y que permiten a la administración adoptar resoluciones cautelares también antes de la comunicación de inicio del procedimiento.

72 Cfr. N. PAOLANTONIO – S. TARULLO, Saggio critico sull'art. 21 *quater* della legge 241 del 1990, cit., 472.

73 El Capítulo II del d. lgs. n. 46 del 1999 (que prevé la extensión de las disposiciones sobre la ejecución dineraria), a su vez, realiza una remisión parcial al Capítulo II del Título I así como al Título II del dpr 602 del 1973 (donde se contienen las disposiciones en materia de recaudación del impuesto sobre la renta).

74 El título «ejecutoriedad» se refiere a todas las disposiciones contenidas en el art. 21 *ter*.

75 Sin embargo, la expresión «con relación a ellos», utilizada por el art. 21 *ter*, se considera impropia por V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 430.

La ejecutoriedad es la característica de la resolución administrativa en virtud de la cual la administración pública puede proceder a la ejecución de la obligación de manera forzosa y al mismo tiempo independiente y, por lo tanto, sin necesidad de recurrir a *los instrumentos del proceso ejecutivo disciplinado por el código de proceso civil*⁷⁶, salvo en los casos de reserva de jurisdicción constitucionalmente previstos⁷⁷ (v. § 1).

Frecuentemente, se tiende a superponer los planos de la *ejecutividad*, de la *eficacia* y de la *ejecutoriedad*⁷⁸ y, aun cuando se lleva a cabo su distinción, ésta se limita a un plano prácticamente léxico⁷⁹.

Por lo que se refiere a la definición de la relación entre la *imposición coactiva y ejecución forzosa* se plantean algunas dificultades, derivadas de la superposición entre ambos planos⁸⁰.

Es evidente que considerar ambas nociones como intercambiables convertiría en inútil cualquier investigación adicional sobre la relación existente entre las mismas, por tanto, a continuación, se intentará comprobar la solidez y la viabilidad de la “*tesi della distinzione*”.

La imposición coactiva puede representar una actividad jurídica/decisional, mientras que la ejecución coactiva representaría una acción principalmente (aunque no exclusivamente) material, destinada a cumplir la obligación definida por la primera.

Según esta lectura, la imposición coercitiva de la obligación tiene lugar a través de una resolución (que puede ser distinta respecto a aquella de la que nace la obligación de ejecutar) donde, a su vez, se han de indicar los plazos y las condiciones de la actuación que el obligado debe llevar a cabo⁸¹. Sólo en el caso de su incumplimiento la administración podrá⁸², previa intimación, proceder a la ejecución forzosa en la forma prevista por la ley (por ejemplo, directamente por sus propios medios o a través de otro sujeto).

Así, la *potestad de coerción*, que debe encontrar su fundamento y sus propios límites en la ley⁸³, se debe ejercitar a través de una *resolución constitutiva de obligaciones*, donde se establezcan los plazos y las condiciones de la ejecución⁸⁴.

76 Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 6 febrero 2006, n. 169, en www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 9 febrero 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 Piénsese en los art. 13 ss. Cost. Para profundizar sobre este tema véase G. GRUNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit., 135 ss.

78 Cfr. T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. II, 19 enero 1998, n. 83, en *Foro amm.*, 1998, 2549; Cass. civ., Sez. un., 16 octubre 2006, 22221, en www.gedit.it; Cons. Stato, Ad. Plen., 22 octubre 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 julio 1998, n. 452, en *Cons. Stato*, 1998, I, 1226; Cons. Stato, Sez. IV, 23 noviembre 2002, n. 6442, en *Foro amm. CDS*, 2002, 2859; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 11 noviembre 2011, n. 2093, *loc. cit.*

80 Tiende a acumular los dos conceptos, refiriéndose a la redundancia del legislador al hablar de imposición, intimación y ejecución, M. RENNA, cit. En este sentido, véase G. PAGLIARI, cit.

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

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

83 El co. 1 del art. 21 *ter* dispone que «en los casos y del modo establecido por la ley, las administraciones públicas pueden imponer coactivamente el cumplimiento de las obligaciones con relación a ellas».

84 El co. 1 del art. 21 *ter* precisa en efecto que «la resolución constitutiva de la obligación indica el término y las modalidades de la ejecución por parte del sujeto obligado». Cfr. G. PAGLIARI, cit., 332 ss.

Ante la inobservancia de la resolución de imposición coactiva (es decir, ante un *incumplimiento*), la administración *puede* iniciar, siempre en los casos y en la forma previstas por la ley, las siguientes fases del procedimiento de ejecución, primero a través de la *intimación* y luego, en caso de que persista dicho incumplimiento, por medio de la ejecución coactiva⁸⁵.

Sin embargo, con la resolución de imposición coercitiva, la administración se limita a manifestar su voluntad de proceder a la ejecución de una obligación preexistente (que tiene un origen independiente⁸⁶) y a indicar los plazos y las condiciones de su ejecución, cuyos elementos esenciales han sido establecidos con anterioridad por el legislador.

La resolución de imposición coercitiva, entendida en este sentido, tendría una función polivalente, orientada: a) a la manifestación de la voluntad de proceder a la ejecución; b) a la indicación de los plazos y condiciones de la ejecución, en el sentido señalado; c) a la estimulación de la ejecución espontánea por parte del sujeto obligado a la ejecución (siempre que esto sea posible).

La manifestación de la voluntad de proceder a la ejecución y la indicación de los plazos y de las condiciones de la misma se ajustan también a la *ratio* de los artículos 3, 7, 8 y 10 *bis* de la ley 241, en lo que se refiere a la información, transparencia y participación.

Así, se pueden distinguir las siguientes fases: a) obligación de ejecutar (que tiene su origen en la resolución, en la ley o en otros actos o hechos adecuados para crearla); b) (posible) incumplimiento del obligado; c) (posible) resolución que impone al obligado el cumplimiento personal de la obligación en los plazos y condiciones que en ella se especifican; d) (posible) incumplimiento de la obligación en los plazos establecidos; e) (posible) intimación⁸⁷; f) (posible) ejecución de la obligación directamente por parte de la administración en la forma y manera establecida en la ley⁸⁸.

La *ejecución* se transforma, así, en la actividad a través de la cual el obligado (en los términos establecidos en la resolución donde se imponga coactivamente la obligación), o la administración o quien (después de la intimación sucesiva al incumplimiento del obligado) actúe en su nombre, por medio de actos, tanto jurídicos como materiales, con el fin de alcanzar los efectos pretendidos. En el primer caso (actividad de cumplimiento de la obligación por parte del obligado en los términos de la resolución que imponga coactivamente el cumplimiento de la obligación) se tratará de una ejecución administrativa realizada de manera autónoma, incluso teniendo lugar después de la imposición coactiva. En el segundo caso, (actividades de ejecución de la administración, o de quien actúe en su lugar, cuando el obligado continúa

85 El co. 1 del art. 21 *ter* dispone que, «si el interesado no cumple la obligación, las administraciones públicas, previa intimación, pueden proceder a la ejecución en los supuestos y según las modalidades previstas en la ley».

86 Aunque el art. 21 *ter* se refiera al hecho de que la resolución de imposición coactiva es «constitutiva de obligaciones».

87 La intimación es eventual, en los casos en que es eventual proceder a la ejecución coactiva, mientras que en los casos en que se decida de recurrir a tal vía, la intimación será necesaria. Para profundizar sobre esta cuestión, véase G. PAGLIARI, cit., 339 ss. Sobre la inaplicabilidad a la obligación de intimación previa de la disciplina contenida en el art. 21 *octies* co. 2 de la ley 241 véase M. RENNA, cit.

88 Sobre la clasificación de las distintas formas de autotutela ejecutiva y de las diferentes tipologías de procedimientos ejecutivos véase 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*, Turín, 1901, 65 ss., 125 ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., 812 ss.; F. SAITTA, Saggio critico sull'art. 21 *ter* della legge 241 del 1990, en N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Turín, Giappichelli, 2005, 461 ss.; G. LIGUIGNA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, cit., 144 ss.

incumpliendo después del vencimiento del plazo indicado en la intimación) se estará ante una ejecución administrativa realizada de manera coactiva y/o forzosa.

3.2 Algunos casos particulares

Pero no todas las obligaciones administrativas, especialmente aquellas que tienen su origen en una resolución, requieren que se dicte una resolución posterior que imponga coactivamente al obligado el cumplimiento de la obligación existente, indicándole el plazo y el modo de hacerlo. Piénsese, por ejemplo, en las órdenes (como la orden de demolición), supuestos en que la resolución de ejecución coactiva representaría una *inutilis duplicatio*, a menos que fuese necesaria para indicar los modos de ejecución complementando lo dispuesto en dicha orden. Así, la secuencia aquí propuesta es más adecuada para otros supuestos.

En todo caso, la relación entre imposición coactiva y ejecución coactiva descrita hasta ahora refleja, en buena medida, la estructura común de muchos procedimientos de ejecución forzosa⁸⁹.

Sin embargo, para los actos administrativos reales, el mismo contenido de la resolución «implica su ejecución directa e inmediata, incluso en el ámbito de la esfera de terceros, con independencia de su actividad»⁹⁰. Precisamente, partiendo de estas observaciones, a dichas resoluciones no les resultaría de aplicación el artículo 21 *ter* que, a su vez, se referiría exclusivamente a las resoluciones constitutivas de obligaciones que, de no cumplirse, justifican el uso de un procedimiento ejecutivo, distinto e independiente del primario⁹¹. No obstante, se debe tener en cuenta el límite de la infungibilidad de las prestaciones conexas a muchas obligaciones de hacer⁹², dado que, en estos casos, únicamente cabe el resarcimiento por equivalencia. La autotutela ejecutiva, «no es un principio general, sino que constituye una excepción: del mismo modo que sucede con los sujetos particulares, a las administraciones, normalmente, les está prohibido el uso de la fuerza, queda reservado sólo a algunas de ellas y se limita a los casos previstos en la ley»⁹³.

89 Véase S. CASSESE, *L'esecuzione forzata*, cit., 180 ss., especialmente 182; cfr. además G. LIGUIGNANA, *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 del diritto amministrativo*, cit., 194; *Id.*, *Corso di diritto amministrativo*, Turín, Giappichelli, 2001, 536 ss.; *b.*, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 426 ss.; véase, además, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 2005, 84: se evidencia que sería impropio hablar de ejecutoriedad en el caso de resoluciones con efectos reales (autoejecutivos por naturaleza). Como regla general, estas actividades requieren la colaboración de otros sujetos desde el punto de vista material: es el caso, por ejemplo, del decreto de expropiación, el cual, aun produciendo automáticamente el efecto de la transferencia de la propiedad y de la posesión, no transfiere simultáneamente al expropiante la disponibilidad material del bien mientras el expropiado continúe, incluso *sine titulo*, ocupándolo. En casos como este la colaboración se requerirá a través de una resolución distinta con efectos vinculantes. Sin embargo, vincula la ejecutoriedad a las resoluciones 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 del diritto amministrativo*, cit., 194 ss.; *Id.*, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 426 ss.

92 Véase V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 430 ss.

93 B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, en *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, 1, 1 ss. En sentido opuesto, G. GRUNER *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, y, en esta obra, las referencias doctrinales y jurisprudenciales a las tesis sostenidas) ha realizado, recientemente, una relectura de la ejecutoriedad como característica constitucionalmente necesaria de la resolución administrativa, independientemente del valor que puede tener, con respecto a ella, el principio de legalidad.

3.3 El objeto de la ejecutoriedad

El artículo 21 *ter* no clarifica cuál es el objeto de la ejecutoriedad. Es posible que la ejecutoriedad no se refiera, únicamente, a las “pretensiones” que dan lugar a las resoluciones administrativas, sino también de otras “pretensiones” de la administración pública, que tienen su origen en la ley o en otras fuentes⁹⁴.

El problema se ha abordado, también, desde el punto de vista de las obligaciones derivadas del contrato, trayendo a colación, por ejemplo, el artículo 8 de la ley n. 2248 de 1865, anexo E, donde —incluso con los límites propios de una norma especial— se establece que «en las controversias sobre los contratos de obras o de suministros públicos se reserva a la autoridad administrativa la facultad, a la espera de juicio, de realizar las obras públicas o los suministros públicos de que se trate, declarando la urgencia a través de decreto motivado y sin perjuicio de los derechos de las partes»⁹⁵. Lo mismo sucede con los contratos de derecho privado de los Municipios y entidades públicas⁹⁶.

Hoy en día, el art. 21 *ter*, apartado segundo, aplica al cumplimiento de las obligaciones contraídas con la administración pública de carácter dinerario las disposiciones relativas a la ejecución forzosa de los créditos del Estado —es decir, el Capítulo II del d. lgs. n. 46 de 1999, que, a su vez, remite parcialmente al Capítulo II del Título I y el Título II del dpr 602 de 1973— que, además, de conformidad con el art. 17 del d. lgs. n. 46 de 1999, se llevará a cabo mediante el cobro coactivo de los ingresos del Estado (a salvo de las excepciones expresamente previstas), con independencia del origen de la obligación pecuniaria.

No obstante, entre el nacimiento de las obligaciones y su aplicación coactiva, debería interponerse siempre una resolución (que verifique el incumplimiento, eleve el conflicto y disponga que se proceda a la ejecución forzosa)⁹⁷, de manera que la relación entre ejecutoriedad y resolución resultaría biunívoca, necesaria y exclusiva⁹⁸.

Sin embargo, el art. 21 *ter* se refiere genéricamente a las obligaciones frente a las administraciones⁹⁹, sin circunscribir su origen a la resolución. Del mismo modo, la limitación del origen de la obligación a la resolución no se puede reconducir a la *resolución constitutiva de obligaciones* que, según la interpretación propuesta en este estudio, constituye la resolución dictada en el ámbito de la subfase de la imposición coactiva y que, precisamente, tiene por objeto imponer coactivamente la ejecución de una obligación primaria, de origen diverso.

94 Así, dado que pueden existir resoluciones no ejecutorias (al representar la ejecutoriedad una característica eventual de la resolución), del mismo modo, puede existir ejecutoriedad sin resolución, véase G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 437. Cfr. además G. LIGUIGNA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, cit., 135; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, ult. cit., 84. Sobre el objeto y la naturaleza de la ejecutoriedad véase G. PAGLIARI, cit.

95 Esto permitiría a la administración tomar posesión coactivamente de las fábricas y de los utensilios del contratado, cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., III, 1457.

96 T.A.R. Piemonte, Sez. II, 6 noviembre 1984, n. 344, in *TAR*, 1985, I, 93. Para profundizar en estos aspectos véase G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale de la pública administraciones 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, véase F. SAITA, *Saggio critico sull'art. 21 ter della legge 241 del 1990*, cit., 449 ss., 451.

99 La expresión «con respecto a ellos» se considera impropia por quienes (V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990*, en www.giustamm.it, 2005) entienden que la referencia exclusivamente a obligaciones respecto de las administraciones impide incluir las actividades con un contenido no patrimonial impuestas por razones de interés general.

Esto mismo se puede sostener respecto de la *intimación* que, por el contrario, actúa como una barrera entre la etapa de la imposición coactiva y la de la ejecución coactiva, cerrando la primera y preparando la segunda.

Por otra parte, hay que señalar que son muchos los casos en los que las obligaciones frente a la administración pública tienen su origen en actos diferentes de la resolución: piénsese, por ejemplo, en la imposición del “vincolo paesaggistico”, que puede derivar, directamente, de la ley (artículo 142 del d. lgs. n. 42 de 2004, s.m.i.); no obstante, incluso en estos casos el uso de la ejecución forzosa por vía administrativa debería producirse, principalmente, sobre la base de una resolución, adoptada para cumplir con la obligación que se origina en la ley.

Sin embargo, cuando la administración no hace uso de su potestad¹⁰⁰ y opta, en cambio, por recurrir a la fórmula contractual, la aplicación de las normas especiales sobre la ejecución administrativa, en lugar de las generales de naturaleza procesal civilística, no se justifica salvo cuando existan normas especiales que las legitimen¹⁰¹. La actividad contractual de la administración pública está caracterizada, incluso en la etapa de ejecución de la regulación pactada, por la atribución a la administración de una serie de potestades, todas típicas, que la colocan en una posición de especial supremacía respecto de la otra parte contratante¹⁰².

No obstante, todavía es necesario clarificar si, para toda la actividad consensual de la administración pública, la potestad de ejecución coactiva debe basarse en la existencia de normas excepcionales del mismo tipo (o por acuerdo de las partes), puesto que, por ejemplo, para los acuerdos del art. 11 de la ley 241 el régimen de derecho civil encuentra aplicación sólo si resulta compatible con la disciplina típica de la acción administrativa¹⁰³.

3.4 Principio de legalidad, disciplina de la ejecución administrativa y naturaleza jurídica de la potestad de ejecución

La ejecutoriedad de las resoluciones administrativas está subordinada por el artículo 21 *ter*, a la estricta regla de la legalidad, desde distintos puntos de vista.

El principio de legalidad sirve de base y de límite a la potestad de la administración pública para imponer coactivamente el cumplimiento de las obligaciones frente a ella.

Además, el principio de legalidad, condiciona el contenido de la potestad de imposición coactiva, que debe definirse, en cuanto al cuándo y al cómo, en primer lugar, por la ley y, en segundo lugar, por la resolución de imposición coactiva.

100 Para una reflexión sobre el alcance de la imperatividad de la resolución administrativa tras la ley n. 15 del 2005, véase 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. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit. Más en general, sobre la relación entre imperatividad y ‘social impact’ de la acción administrativa, también si se ejercita a través de instrumentos consensuales, véase A. ROMANO TASSONE, *Esiste 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 Más allá de la relación entre imperatividad y “pretensiones” emanadas de los contratos de la administración pública, se debe también considerar que el artículo 21 *quater* vincula la ejecutividad únicamente a las resoluciones administrativas.

102 Piénsese en la facultad de ejecución de oficio de la prestación en caso de retraso en la realización de las obras por parte del contratista. Véase A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Turín, Giappichelli, 1999.

103 Por ejemplo, se considera, en particular en lo que respecta a los acuerdos ex art. 11 de la ley 241 del 1990, que la administración puede proceder autónomamente a la ejecución coactiva sólo en caso de acuerdos integrativos y no en el de acuerdos sustitutivos, dado que los primeros, a diferencia de los segundos, no derivan de la resolución pero confluyen en ella, cfr. G. LIGUIGNANA, cit., 191 ss.

Por último, el principio de legalidad sirve de fundamento también para la potestad de ejecución coactiva, de la que la administración pública puede decidir valerse cuando, después de haber impuesto coactivamente el cumplimiento de las obligaciones, e incluso tras proceder a la intimación, persista el incumplimiento de la obligación.

Por tanto, los procedimientos de ejecución coactiva también están sujetos a la aplicación del principio de legalidad, produciéndose una serie de efectos sobre la validez del ejercicio de las potestades ejecutorias cuando éste se lleve a cabo «fuera de los supuestos y/o de forma diferente a la establecida en la ley»¹⁰⁴.

Por consiguiente, en aplicación del art. 21 *ter*, deberían preverse en las normas las potestades singulares de ejecución y disciplinar el ejercicio de las mismas¹⁰⁵.

Como se ha dicho (§ 1.1), la afirmación del principio de legalidad para los procedimientos de imposición y de ejecución coactiva refuerza, en efecto, la convicción de que la ejecución debe ser entendida no como una mera continuación del ejercicio de la potestad primaria, sino como una manifestación de una potestad independiente, pero interconectada a la primera.

En este punto, es necesario recordar las posiciones sostenidas con anterioridad a la reforma de 2005.

De acuerdo con la primera de ellas, la potestad administrativa de ejecución coactiva, se consideraría autónoma respecto de la potestad primaria. En cambio, de conformidad con la segunda de ellas, sólo es posible reconocer carácter autónomo respecto a la potestad primaria a la *ejecución coactiva* (que se produce en contra de la voluntad del ejecutado) y no a la *ejecución administrativa* (que no se produce en contra de la voluntad del ejecutado). Por último, la tercera de ellas sostenía la teoría de la inmanencia de la potestad de ejecución administrativa, o sea, la teoría de su reconducibilidad al régimen típico de la acción administrativa, sin perjuicio de una atribución normativa específica¹⁰⁶.

La regulación de la potestad de imposición coactiva hace que se deba reconsiderar sobre todo la segunda y la tercera posición.

Sin embargo, el artículo 21 *ter*, aun afirmando que el ejercicio de esta potestad está subordinado al principio de legalidad, no lo ha disciplinado, siendo necesario someter las normativas de sector a un cuidadoso análisis para averiguar si se satisfacen los requisitos exigidos¹⁰⁷.

Sino que, hay otro problema. Cuando las normas sectoriales atribuyen potestades de imposición y de ejecución coactiva sin disciplinar suficientemente el presupuesto de hecho

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

105 Véase 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 Véase § 1.

107 Sin embargo, en el caso de las ordenanzas de carácter contingente y urgente, el ordenamiento admite la posibilidad de ejercicio de potestades de autoridad atípicas, en general, cuando concurren los presupuestos determinados en la ley, como ocurre en el *supuesto de hecho* del art. 54 co. 4 del d. lgs. 267 del 2000. No obstante, en este caso, la violación del principio de tipicidad resultaría, en cierto 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 profundizar en la relación entre el principio de legalidad y poderes de necesidad y de urgencia véase 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 del 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 junio 1992, n. 878.

para su ejercicio ¿se puede recurrir supletoriamente a las normas sobre el procedimiento administrativo recogidas en la l. 241 de 1990?

Se pueden identificar, al menos, tres motivos por los que la respuesta a la pregunta anterior debe ser negativa: a) la efectiva observancia del principio de legalidad; b) el carácter independiente, pero interconectado, del procedimiento de ejecución con respecto a aquel que ha dado lugar a la medida a ejecutar; c) la tendencia a atribuir al artículo 21 *ter* segundas intenciones que van más allá de la mera codificación de un principio ya realizada o en todo caso susceptible de serlo con anterioridad.

Asimismo, a esta respuesta negativa debería acompañarse una tesis sobre la naturaleza de ciertas normas nunca abordada por la jurisprudencia y poco tratada por la doctrina, es decir, sería necesario averiguar si el artículo 21 *ter* contiene una norma reforzada –es decir, provista de una particular fuerza activa y pasiva– que, prescindiendo de su rango formal, esté basada en su contenido y en su ubicación en una ley “importante”.

En efecto, si una disposición con rango de ley por la que se atribuye una potestad de ejecución coactiva presenta lagunas, hay dos opciones: a) o bien se considera que esa potestad se confiere de manera ilegítima, violando la regla establecida por el artículo 21 *ter*; b) o se recurre, por lo menos, a las reglas de actuación contenidas en la Ley 241, sobre todo a la luz de la dicha relación de conexión¹⁰⁸.

Cosa distinta es desear que los procedimientos de ejecución se disciplinen de forma completa y pormenorizada, o bien que se lleve a cabo una regulación general autónoma con el fin de evitar lagunas, especialmente en lo que se refiere a aquellos aspectos más sensibles, como la participación, la colaboración de los interesados, la contradicción, la adecuada fase instructora, la motivación¹⁰⁹.

La exigencia de una disciplina específica está relacionada con algunas características peculiares de los procedimientos de ejecución que pueden, por ejemplo, requerir la regulación de modo específico de la participación procedimental, o excluirla¹¹⁰.

En todo caso, después de la reforma de 2005, se viene aceptando la idea según la cual la potestad de ejecución administrativa, siendo distinta e independiente¹¹¹ y no pudiéndose considerar como una mera consecuencia de la imperatividad de una resolución¹¹², debe entenderse siempre subordinada al principio de legalidad¹¹³, tal y como exige el principio de tipicidad de los actos administrativos, y tal y como se deriva de las características fundamen-

108 Véase F. SAITTA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, cit., 44 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il significato formale dell'ideale del "Governo delle leggi" (Rule of law)*, en *Dir. amm.*, 2011, 1, 29 ss.; cfr. M. RENNA, cit.

109 Para un *excursus* sobre los principios generales de la actuación administrativa aplicables también a los procedimientos ejecutivos, véase F. SAITTA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, cit., 181 ss.

110 Véase T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. VII, 19 junio 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 enero 1961, n. 33, en *Cons. Stato*, 1961, I, 86; Cons. Stato, Sez. V, 5 septiembre 1984, n. 671, en *Cons. Stato*, 1984, I, 1041.

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

113 Véase, *ex multis*, L. FERRARA, cit., 172 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, 126.

tales del Estado parlamentario y de derecho, incluyendo la separación de los poderes¹¹⁴. Esto debe ser así, sin tener en cuenta, además, que, si la potestad de resolver está, en general, subordinada al principio de legalidad, con mayor razón debería considerarse que lo está la potestad específica de ejecutar coactivamente las obligaciones que nacen de la resolución de que se trate¹¹⁵.

Los efectos de la opción realizada por el legislador del 2005 –auspiciada ya desde hace algún tiempo¹¹⁶– eran ya aplicables, por ejemplo, en lo que se refiere a la coerción de las obligaciones de no hacer y de hacer (siendo las prestaciones que llevan aparejadas, en muchas ocasiones, infungibles¹¹⁷). Estos efectos resultaban, además: a) del sistema articulado por la Constitución para la tutela de la libertad y de la integridad y de la dignidad personal (art. 13 ss., art. 32); b) de la reserva de ley en materia de imposición de prestaciones personales y patrimoniales (art. 23)¹¹⁸; c) de los artículos 392 y 393 código penal (donde se precisa que la arbitrariedad se identifica en la violencia sobre las cosas y sobre las personas y en la amenaza a las personas¹¹⁹). Por lo demás, en especial después de la Constitución republicana, la ejecución forzosa administrativa, en cuanto desviación del principio de la separación de poderes, debía ser considerada excepcional y aplicable únicamente en los casos previstos en la ley¹²⁰.

En este contexto, es importante la previsión de la carga de la intimación, diafragma imprescindible entre la fase de la imposición coactiva y la fase de la ejecución coactiva¹²¹, a menos que existan normas especiales que dispongan otra cosa¹²² (y siempre que el art. 21 *ter* se considere derogable en este punto).

regap



ESTUDIOS Y NOTAS

-
- 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 del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241 del 1990*, cit.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 828 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Turin, Giappichelli, 2006, 253; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 167 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principi del 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 la relación entre el principio de legalidad y las potestades administrativas véase, más en general, A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit., 91 ss., y en él las amplias referencias que se realizan; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit. Cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 232 ss.
- 116 Véase G. SACCHI MORSIANI, *Note sull'esecuzione degli atti amministrativi*, cit., 404-405.
- 117 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 430 ss. Sobre la infungibilidad de las obligaciones de no hacer véase, en particular, L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit. 172 ss., 242 ss.
- 118 Se ha considerado que la reserva de ley dispuesta en el art. 23 Cost. para la imposición de prestaciones personales y patrimoniales requiere llevar a cabo una interpretación del término «ley» contenido en el art. 21 *ter* en sentido estricto, es decir, «como acto dotado de fuerza y valor de ley, sea de competencia del Estado o de las regiones», si bien, la jurisprudencia se haya inclinado por calificarla como relativa y, por tanto, por admitir la integración del precepto a través de normas secundarias (V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990*, cit., y en él las amplias referencias que se realizan).
- 119 Véase 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, véase 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 ejemplo, aquellas que disciplinan los *supuestos de hecho* donde la urgencia permite prescindir de la reclamación preventiva, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 964.

En todo caso, resulta de aplicación el principio de proporcionalidad¹²³, en el caso de que el mismo objetivo de la ejecución pueda ser conseguido con instrumentos menos invasivos¹²⁴. Así, a las acciones de imposición coactiva y de ejecución coactiva debería acudir sólo en vía de *extrema ratio* y a la segunda, sólo en caso de fracaso de la primera.

3.5 La cuestión de la naturaleza, discrecional o reglada, de la potestad de ejecución

Esta cuestión está relacionada con aquella de la naturaleza, discrecional o reglada, de la potestad de ejecución. Normalmente si una ley o un acto administrativo establece una obligación primaria y dicha obligación no es observada por su destinatario, la administración está obligada a tomar las medidas necesarias para iniciar el procedimiento de ejecución forzosa¹²⁵. En algunos supuestos, éste está expresamente previsto por la ley (piénsese en el supuesto de inobservancia de la obligación de demolición). Este mismo argumento podría deducirse también del enunciado contenido en el artículo 21 *quater*, según el cual las «medidas administrativas eficaces han de ser ejecutadas de inmediato».

Sin embargo, no se trata de una regla puesto que, de la redacción del artículo 21 *ter*, se puede inferir que la ejecutoriedad indica «la posibilidad de la ejecución forzosa, no de su necesidad»¹²⁶, donde no haya sido establecido de otra manera.

A la obligación de ejecutar las resoluciones administrativas eficaces se suman dos problemas distintos aunque relacionados entre sí: la fungibilidad entre la ejecución administrativa y la ordinaria y la tipificación de las modalidades de la ejecución administrativa de las resoluciones limitativas. Se ha dicho que, permitiendo el artículo 21 *ter* «hacer uso de la potestad de coacción, (solamente) “en los casos y de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”», se debe «excluir cualquier tipo de discrecionalidad administrativa sobre el *quomodo*»¹²⁷. Sin embargo, esta afirmación se puede aceptar, con la condición de que se admita que nada obsta a que la ley discipline los procedimientos de imposición y la ejecución coactiva permitiendo a la administración pública escoger entre otras tipologías de acción. En conclusión, si el art. 21 *ter* no permite a la administración pública la elección ‘interna’ (de las reglas aplicables a cada tipo de procedimiento de ejecución), admite, sin embargo, la elección ‘externa’ (entre diversos procedimientos de ejecución).

123 Para un *excursus* sobre la codificación del principio en otros ordenamientos europeos (como el alemán, el español y el austríaco) véase G. SACCHI MORSIANI, *Note sull'esecuzione degli atti amministrativi*, cit., 426 ss. Para un análisis sobre su codificación incluso en el ordenamiento italiano véase A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, cit., 320 ss.; cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 87, y L. FERRARA, cit., 172 ss.

124 Esta lectura parece, por lo demás, confirmada por el art. 21 *ter* co. 1. El art. 21 *quater* se inspira en el mismo principio, al señalar que el poder de suspensión de la eficacia o de la ejecución de la resolución administrativa puede ejercitarse sólo «por el tiempo estrictamente necesario» y cuando subsistan «graves razones».

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 junio 2001, n. 5461, en www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. VII, 12 diciembre 2007, n. 16208, en *Foro amm. TAR*, 2007, 12, 3899; *Id.*, 19 junio 2007, n. 6217, en *Foro amm. TAR*, 2007, 6, 2164; Cons. Stato, Sez. V, 6 diciembre 2007, n. 6259, en *Riv. giur. edil.*, 2008, 2, 517.

126 Véase B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 965; V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990*, cit.; *Id.*, *Principi del diritto amministrativo*, cit., 197.

127 F. SAITTA, Saggio critico sull'art. 21 *ter* della legge 241 del 1990, en N. PAOLANTONIO – A. POLICE – A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Turin, Giappichelli, 2005, 453.

En el pasado, la jurisprudencia ha sostenido que la administración siempre habría podido optar entre el uso de los privilegios de la autotutela y la renuncia a los mismos¹²⁸. Pero, más recientemente, se ha apartado en varias ocasiones de esta orientación, considerando que: a) en presencia de una potestad de ejecución administrativa específicamente atribuida, la administración no podría recurrir a los instrumentos ordinarios¹²⁹ (a menos que el sujeto obligado no sea otra administración pública¹³⁰); b) estaría, en cambio, obligada a recurrir a los instrumentos ordinarios en ausencia de una expresa y procedimentalizada atribución de la potestad de ejecución administrativa¹³¹.

El artículo 21 *ter* no permite resolver este problema. En todo caso, el carácter derogatorio o, si se prefiere, especial, de la autotutela ejecutiva, hoy “legalizado”, debería orientarse hacia los valores del *rule of law* para la confirmación de la regla de la fungibilidad, y se debe interpretar, al menos en el sentido de potestad, dando cuenta de la motivación, decidir que, en algunos casos, sea más adecuado el someterse a las reglas comunes de la justicia ordinaria¹³², en el caso de que sea posible¹³³.

4 Una visión de conjunto

Partiendo de los nuevos artículos 21 *bis*, *ter* y *quater* de la Ley General sobre el Procedimiento Administrativo se puede observar, en cierto modo, el desenlace de la trama de las relaciones entre las dimensiones de la *eficacia*, de la *ejecutividad*, de la *ejecutoriedad* y de la *ejecución administrativa de las resoluciones de la administración pública*.

En las páginas anteriores se ha señalado que son ejecutivas aquellas medidas cuya sola eficacia no sea capaz de satisfacer plenamente el correspondiente interés público. Se ha dicho también que la *ejecutividad* permite la ejecución administrativa sin que la administración deba preconstituir un título ejecutivo: la *ejecutividad* exige a la Administración de acudir a

128 Véase, *ex multis*, Cass. civ., Sez. un., 11 diciembre 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 Véase Cons. Stato, Sez. IV, 3 mayo 2011, n. 2618, en www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 8 mayo 2003, n. 2984, in *TAR*, 2003, I, 1035; Cass. civ., Sez. un., 23 noviembre 2000, n. 1205, en *Giust. civ. mass.*, 2000, 2233; cfr. T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. I, 13 octubre 2004, n. 14307, en www.giustizia-amministrativa.it.

130 Cuando el sujeto obligado es otra administración pública, no puede recurrirse a la potestad de autotutela, dado que es una expresión típica de una condición de supremacía que no puede darse entre sujetos equiordenados, Cass. civ., Sez. un., 1 febrero 2005, n. 1864, en *Cons. Stato*, 2005, II, 299).

131 Véase T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 11 noviembre 2011, n. 2093, cit.

132 Cfr. T.A.R. Campania, Nápoles, Sez. VII, 5 enero 2007, n. 67, en *Foro amm. TAR*, 2007, I, 239; Cass. civ., Sez. un., 18 octubre 1986, n. 6127, en *Giur. civ. mass.*, 1986, fasc. 10. Sin embargo, más recientemente, el Consejo de Estado ha considerado que se debería recurrir a la ejecución administrativa, en lugar de a la ejecución ordinaria, dado que, de conformidad con el art. 15 de las disposiciones preliminares al código civil, las normas especiales que prevén y disciplinan la primera prevalecen sobre las normas generales que disciplinan la segunda (Cons. Stato, Sez. IV, 3 mayo 2011, n. 2618, cit.). No obstante, no se ha tenido en cuenta que, aunque la norma especial prevalece sobre la general equiordenada (tanto cuando sea posterior como cuando sea anterior a ella), este principio resulta de aplicación en los casos en que la norma general sea expresión de principios generales fundamentales (véase F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Bari, Laterza, 2002). Y fundamental es el principio de separación de poderes consagrado en la Constitución, que no parece respetarse al recurrir a la ejecución administrativa en lugar de a la ejecución ordinaria. Esta es la razón por la que se considera preferible admitir la subsistencia de la potestad de elección y subordinarla al deber de motivación puntual y circunstancial. Sin embargo, hay que recordar que antes de la Constitución republicana, el principio de ejecutoriedad se consideraba consustancial a la actividad administrativa con el objeto de defender la separación de poderes, véase U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901; F. CAMMEO, *La esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, cit.

133 Sobre los límites a los que, en algunos casos, estaría sometida la ‘vía ordinaria’ véase G. GRUNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit., 318 ss.



un proceso declarativo para obtener una sentencia en que se reconozcan sus “pretensiones”. Así, se ha llegado a la conclusión de que una ejecución diferente de la mera producción del efecto jurídico de que se trate no es necesaria, por ejemplo, para aquellas resoluciones cuya eficacia pueda satisfacer inmediata e íntegramente el interés público correlativo. En estos casos, sólo frente a conductas contrarias al contenido de la resolución primaria se presenta para la administración el problema de la adopción de resoluciones inhibitorias y/o sancionatorias. Pero, en este caso, la relación entre la eficacia, la ejecutividad y la ejecutoriedad debe considerarse autónomamente.

En cambio, la ejecución posterior a la producción del efecto jurídico es necesaria cuando la simple eficacia no se pueda considerar inmediata e íntegramente satisfactoria del interés público inherente a la resolución de que se trate, por ejemplo, piénsese en aquellas actividades de ejecución (jurídica y material) necesarias para constituir y desarrollar relaciones previstas por resoluciones anteriores: éstas son autónoma y directamente ejercitables, incluso en caso de impugnación de la validez de la resolución, precisamente porque ésta es ejecutiva.

Si la completa realización de los efectos de la resolución requiere el desarrollo de otras actividades y puede ocasionar un conflicto entre la administración pública y el obligado, la ejecución podrá tener lugar en contra de su voluntad. En supuestos como éstos, cuando la ejecución es posible, la *resolución* que se va a ejecutar será, además de ejecutiva (es decir ejecutable independientemente de la preconstitución de un título ejecutivo según el código de proceso civil) también *ejecutoria*, es decir, ejecutable de manera coactiva, mediante la actividad de imposición y/o de ejecución al resultado de la reclamación y, en todo caso, sin recurrir a cualquiera de los procedimientos de ejecución disciplinados en el código de proceso civil: es decir, la *ejecutoriedad* de la resolución *exime a la administración de la necesidad de recurrir a los instrumentos del proceso ejecutivo disciplinado por el código de proceso civil* para obtener la ejecución coactiva de las obligaciones que se derivan de la misma.

Con la *imposición* la administración provocará el cumplimiento por el destinatario de las actividades que deba realizar de forma necesaria para ejecutar la medida. La resolución de imposición coactiva tendrá una utilidad autónoma sólo si puede ser empleada para indicar, de manera complementaria a la anterior medida a ejecutar, los tiempos y la forma de la ejecución.

En caso de que exista un incumplimiento posterior, que continúe aún después de la imposición y de la intimación, la administración pública podrá proceder a la consecución coactiva de la utilidad, directamente o delegando en otros sujetos, de acuerdo con las modalidades previstas en la ley.

A la actividad de imposición coactiva (esencialmente jurídica) podrá seguir la de ejecución (jurídica y material) sólo cuando, una vez incumplida la obligación impuesta, la administración tenga previsto notificar al interesado una intimación, incluso si como consecuencia de la misma se prolonga el incumplimiento.

La imposición coactiva, la notificación de la intimación y la ejecución coactiva, entendida en sentido estricto, son fases de la *ejecución administrativa en un sentido amplio*: esta última representa el conjunto de actividades necesarias para satisfacer el interés público vinculado a una determinada resolución de la administración pública, si la mera eficacia de la fuente de la obligación no es suficiente para garantizarlo.

La ejecución podrá tener lugar, a su vez, en presencia o no de un conflicto entre la administración y el destinatario de la resolución.

En el primer caso, se procederá a la imposición y, por tanto, al requerimiento para hacer que el destinatario de la resolución cumpla directamente. En cambio, la administración –directamente o delegando en otros sujetos según las modalidades previstas en la ley– procederá a la *ejecución coactiva* sólo en caso de que las medidas preliminares no hayan sido suficientes.

Sin embargo, el artículo 21 *ter*, aun habiendo codificado el principio de la ejecutoriedad de las “pretensiones” (mejor “resoluciones”) de la administración pública, subordinando la ejecutoriedad a la estricta legalidad y, por lo tanto, excluyéndola en los casos no contemplados en la ley, no ha introducido una *disciplina general de los procedimientos de ejecución*. En consecuencia, desarrolla la función de norma de reenvío a la disciplina sectorial. Por tanto, es útil y necesario, por una parte, tratar de extraer de las normas sectoriales sugerencias para la definición de una disciplina general de la ejecución administrativa¹³⁴ y, por otra, defender la aplicación de las normas de la ley 241 a los procedimientos de ejecución administrativa carentes de una disciplina específica o dotados de una disciplina específica en la que existen lagunas¹³⁵.

Sin embargo, se garantiza también la aplicación del *principio de proporcionalidad*¹³⁶, que exige recurrir a la ejecución coactiva sólo como *extrema ratio* y preferir el empleo de formas de ejecución espontánea o hetero-inducidas del obligado (piénsese en la imposición coactiva y/o en la intimación), según fórmulas más asimilables a las de la denominada ‘auto-administración’.

No obstante, el artículo 21 *quater* dispone la inmediata ejecución de las resoluciones administrativas eficaces, sin prever un término inicial o final en el cual la actividad de ejecución tenga que ser realizada y sin aclarar si esta ejecución es obligatoria. El interés público no es, sin embargo, disponible por parte de la administración pública, o mejor dicho, sólo puede serlo con las modalidades y límites contemplados en la ley. A las mismas conclusiones se puede llegar en el caso de la actividad de ejecución.

De todos modos, aún si el artículo 21 *quater* califica la actividad de ejecución como vinculada en el *an* y en el *quando*, puede suceder que no subsista el interés a la (inmediata) ejecución. También las actividades de imposición y de ejecución coactiva contempladas en el artículo 21 *ter* pueden considerarse facultativas.

134 Como, por ejemplo, se ha hecho en esta sede atribuyendo autonomía funcional a las tres fases de la imposición coactiva, de la intimación y de la ejecución coactiva.

135 Siempre que la potestad resulte, al menos, prevista en el *an* de una norma especial, en ausencia de la cual deberá considerarse que la administración pública debe recurrir, de ser posible, a los instrumentos previstos en general por el c.p.c para la ejecución de las propias pretensiones. La importancia de la procedimentalización de las actividades de ejecución administrativa, según la regulación general contenida en la ley 241, se incrementa como consecuencia de la teoría de la ‘constitucionalización’ del derecho a una buena administración como derecho fundamental, a través del art. 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y de su carácter vinculante, véase M. TRIMARCHI, *The impact of article 41 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, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, en *Id.* (editado por), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 49 ss.

136 La proporcionalidad, junto a la necesidad y a la prohibición de que la acción administrativa sea más gravosa, pueden convertirse –con la eficacia, la adecuación y la prohibición de incumplimiento– en un elemento de valoración de la eficiencia de la administración pública, véase M. VAQUER CABALLERÍA, *El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo*, en *Ius Publicum Network Review* (www.ius-publicum.com), 2011.

La administración sólo puede operar en aplicación de la disciplina del procedimiento administrativo, de tal manera que la imperatividad de las resoluciones administrativas depende directamente de la existencia de un procedimiento previo¹³⁷: la imperatividad se vincula a la existencia misma del procedimiento, se presenta de forma más 'moderada'¹³⁸.

Sin embargo, la ejecución administrativa está todavía lejos de la atracción al procedimiento: dado que carece de una disciplina general propia y debido a que la ley 241 se adapta con dificultad a sus exigencias. Quedan muchas lagunas y es muy alto el riesgo de que la autotutela ejecutiva –limitada por el principio de legalidad y por la insuficiencia de su disciplina– quede reducida a un mero simulacro.

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

138 Véase 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: autoritarrietà, consenso e ordinamento generale*, 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 doctor del Departamento de Economía Aplicada I de la Facultad de Economía y Empresa de la Universidade da Coruña (Galicia, España)
moctadcv@udc.es

FRANCISCO J. FERREIRO SEOANE

Profesor doctor del Departamento de Economía Aplicada de la Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)
franciscojesus.ferreiro@usc.es

J. VENANCIO SALCINES CRISTAL

Profesor titular del Departamento de Análisis Económico y Administración de Empresas de la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad da Coruña y Presidente de la Escuela de Finanzas da Coruña (Galicia, España)
jvsc@udc.es

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



Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

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 exige uns crecentes recursos económicos. Isto fai necesario estabilizar as finanzas locais, sendo a tal obxecto a reestruturación da Administración Local unha alternativa hasta 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 grado 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 cidadán, 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 Introducción. 2 Bases para la reforma de la Administración local. 2.1 Actuación y evolución de la actividad de la Administración Local en España. 2.2 La Administración Pública en España: ámbito y estructura. 2.2.1 Marco de actuación del Sector Público. 2.2.2 Estructura y funciones. 3 Las finanzas de las Haciendas Locales: el déficit local en un entorno de crisis. 4 La complejidad de la Administración Territorial en España. 4.1 La organización paralela dependiente. La Para-Administración. 4.2 La dispersión micro-municipal. Una medida para su reforma. 5. Racionalización y modernización administrativa: un cambio a la vez cultural y organizativo. 5.1 Una nueva relación ciudadano - Administración. La Gestión Pública. 5.2 La modernidad técnica administrativa. Un servicio público. 6 Consideraciones y valoraciones. 7 Bibliografía.*

1 Introducción

Ante una situación socioeconómica tan compleja como la que vivimos, marcada por una general y profunda crisis así como la revisión de principios fundamentales bajo los que hasta el momento se venía rigiendo nuestra sociedad, se convierte en una necesidad y una prioridad el ajustar las finanzas de todos los agentes económicos. Siendo en este contexto de búsqueda de alternativas financieras donde se enmarca este trabajo, dirigido a ofrecer un marco alternativo a la hora de alcanzar el deseado y necesario equilibrio de las cuentas de las Corporaciones Locales (CL en adelante).

Equilibrio, sin el cual sería imposible garantizar la provisión de los servicios públicos locales: alumbrado público, asistenciales, recogida selectiva de residuos, seguridad y protección ciudadana, suministro de agua, urbanismo, etc. los cuales son responsabilidad principal de las CL. Siendo al objeto un hecho contrastado, el que en muchos casos no basta con actuar sobre las partidas que integran los programas de ingresos y gastos públicos, sino que es preciso ir un paso más allá y abordar el tema de la eficiencia de la propia estructura administrativa, es decir, si esta es la más adecuada en relación al objetivo de prestación eficiente de los servicios públicos locales.

En consecuencia, sí queremos garantizar la estabilidad presupuestaria de las Haciendas Locales, es necesario afinar el modelo de provisión de los servicios públicos bajo un doble objetivo: eficacia y flexibilidad. Para ello, a continuación abordaremos el estudio de una reforma ordenada de la Administración Local (AL en adelante) como alternativa de reducción del Gasto Público; y que además cuenta con la ventaja de no atacar directamente al Estado del Bienestar. Se busca alcanzar una estructura pública capaz, eficiente y flexible en su quehacer, para con ello fortalecer el actual sistema de provisión pública. Así pues, y atendiendo al objeto de nuestro trabajo: *la reforma administrativa local en España como una alternativa*

para la consecución del equilibrio de las cuentas públicas, hemos estructurado este, en los siguientes apartados:

En el primero, se aborda la evolución de la actividad ejercida y las formas procedimentales seguidas por las CL en España, dándonos pie acerca de la necesidad de reformar la Administración en general y la local en particular, y junto a ello se presenta la estructura del Sector Público español, como referencia a la hora de identificar dónde y qué reestructurar. En un segundo punto, se contextualiza la situación financiera de las CL en el contexto socioeconómico actual, de crisis y déficits públicos. En un tercer apartado, se estudia la medida de los dos ámbitos más comunes a la hora de plantear una reforma de la AL: su “administración paralela/dependiente” y el micro tamaño poblacional de gran parte de los municipios en España. En cuarto lugar, se introducen dos cuestiones que impulsan la necesidad de reformar la Administración: la creciente demanda ciudadana en aras de una mayor responsabilidad pública y una gestión pública más eficiente, y la apreciación de que el desarrollo tecnológico es un instrumento clave de una gestión pública más barata y útil para el ciudadano, aspectos ambos que contribuirán a la defensa de una reforma administrativa adecuada a los cambios espaciales acaecidos: despoblamiento y urbanismo. Concluyendo con una valoración general acerca de la posibilidad de que una reforma de la AL sea una alternativa válida para sanear sus finanzas y mantener los actuales niveles de prestación pública local.

2 Bases para la reforma de la Administración local

2.1 Actuación y evolución de la actividad de la Administración Local en España

En el devenir de nuestra democracia, las Administraciones Territoriales y en especial las CL: Provincias (Diputaciones) y Municipios (Ayuntamientos) han experimentado grandes cambios en dos sentidos:

- a. En cuanto a la gama de servicios prestados;
- b. Y al volumen de recursos gestionados: financieros, físicos y humanos.

Siendo en ambos casos la nota común la de una expansión constante y progresiva. Frente a ello, el Estado se presenta a la vez como un director de la actividad pública demasiado grande y pesado a la hora de atender problemas cotidianos como: la limpieza viaria, alumbrado público, asistencia social, protección civil, saneamiento, educación pre-obligatoria, conservación ambiental, pero a la vez demasiado pequeño para responder a grandes problemas a los que debe enfrentarse la compleja y globalizada sociedad moderna. Realidad que, se manifiesta en su pérdida de poder frente a espacios supranacionales e instituciones de mercado que rigen los mecanismos que aseguran el cumplimiento de las transacciones comerciales y fortalecen la creación de valores sociales (Dussauge, 2009; Arellano y Lepore, 2009).

En este contexto, los gobiernos locales se vieron obligados a hacer frente a un sinfín de déficits de convivencia ciudadana, los cuales es preciso atender al objeto de vertebrar y facilitar la cohesión social (Jiménez *et al*, 2003; Rodríguez, 2011). Y es en este papel cohesionador (art. 137 de la Constitución) donde las CL tienen un protagonismo creciente, puesto de relieve en la exigencia de nuevos y costosos equipamientos, infraestructuras y servicios, lo que incrementó

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

su necesidad financiera. Pero es que, además este crecimiento de la actividad municipal se vio reforzado por otros factores (De la Mora, 1997; Cabannes, 1999; Garcés *et al*, 2008):

- a. El crecimiento y modernización del país, hizo que las CL quisieran equipararse en competencias a las de países más avanzados del entorno, acometiendo actuaciones por encima de sus posibilidades.
- b. El sistema democrático exige más acercamiento de la Administración al administrado —ciudadano—, y en este sentido los Ayuntamientos actúan, no sólo como Administración finalista ante la demanda ciudadana sino que llegan a asumir competencias no propias por razón de su proximidad.
- c. El “interés” del Ayuntamiento por satisfacer las demandas vecinales provocó como si de una reacción en cadena se tratase, un aumento en el nivel de exigencia (demanda) ciudadana, generando un proceso circular de crecimiento sostenido en la demanda de nuevos servicios públicos sobre todo municipales.

Como consecuencia de todo ello, el Ayuntamiento como órgano de gobierno municipal, acaba interviniendo en todos los ámbitos sociales. Por ello, podemos decir que, los Ayuntamientos en España han pasado de ser agentes reguladores de la convivencia ciudadana a proveedores principales de servicios. Sin embargo, y pese a este proceso de cambio y crecimiento de la actividad local en España, escasa ha sido su repercusión en los métodos y formas de gestión empleados por este nivel de la Administración (Rodríguez, 2004; Garcés *et al*, 2008), sus procesos y sistemas siguen unas estructuras propias de épocas pre-democráticas.

Así es que, la AL en España, tiene pendiente un proceso de modernización integral: organizativo, técnico y sobre todo cultural, el cual debería allanar el camino para salir de esa situación de “estrés fiscal” (Álvarez *et al*, 1998; Ramió y Salvador, 2012) que caracteriza a nuestra AL y que se plasma en la realidad de una “perpetua insuficiencia financiera frente a una desbordante atención de funciones y servicios”. Proceso de reestructuración administrativa que cabe acometerse a través de dos vías principales:

1. Introducir en la Administración, técnicas de gestión privadas. De la norma administrativa a la gestión (prioridad de servicio público) de los recursos y servicios públicos (Ramíó, 2009; Bel, 2011; Del Campo y Ferreiro, 2012).
2. Introducir al sector privado en la prestación de ciertos servicios públicos. Una gestión indirecta de los servicios públicos, externalizar su gestión (Soria, 1997; Bel, 2011), que no su provisión, la cual seguiría siendo de titularidad pública, al ámbito privado se traslada sólo la prestación del servicio¹.

En cuanto al primer punto, la introducción de técnicas de gestión propias del sector privado, debidamente adaptadas, cabe aplicarlas en:

1 En los últimos tiempos aparece con fuerza una nueva dinámica caracterizada porque ciertos servicios públicos los ofrecen organizaciones privadas con (empresas) o sin (fundaciones, ONGs) ánimo de lucro prestadoras de servicios públicos; es lo que se conoce como la Administración paralela (Ramíó, 2009).

- a. Una oferta de servicios avanzada (De la Mora, 1997) y precedida de un amplio y hondo conocimiento de las necesidades y expectativas del ciudadano, así como del grado de aceptación y uso de los servicios ya ofertados.
- b. El marketing y promoción de los servicios prestados (Dussauge, 2009; Ramió, 2009). No pocas son, las poblaciones donde sus ciudadanos tienen un vago conocimiento de los servicios puestos a su disposición por el Ayuntamiento.
- c. La gestión interna (CPRI, 2005; Del Campo y Ferreiro, 2012), donde existe una muy baja integración de los sistemas de información analíticos, de métodos de trabajo documentados y una indocumentación de los procesos implantados.

En lo que respecta a la introducción del sector privado en la gestión de los servicios públicos locales, si bien nuestra AL comienza a emplear fórmulas de gestión indirecta, la corta experiencia muestra la necesidad de perfeccionar y seleccionar con rigor tales procedimientos al objeto de evitar insatisfacciones. Siendo paso previo distinguir lo que desde la perspectiva de la Hacienda Pública se entiende por provisión de bienes y servicios públicos y lo que es la prestación de estos, recayendo sobre esta distinción gran parte del debate sobre la modernización en la gestión pública (Soria, 1997; Bel, 2011). Mientras que, la provisión del servicio se refiere a su titularidad, a la garantía pública en la cobertura universal de un servicio concreto, la prestación se refiere a las vías y procedimientos a través de los cuales se lleva a cabo la provisión del mismo.

Sin embargo, y aunque la externalización de ciertos servicios públicos es una opción a la hora de mejorar la calidad y eficiencia de los mismos, en ocasiones se emplea para “olvidar” otra vía de actuación: *optimizar el funcionamiento en sí mismo de las organizaciones públicas*. Introducir técnicas de gestión eficientes en la Administración, sin afectar ello a la provisión o prestación directa del servicio público (Ramió 2009; Bell, 2011; Del Campo y Ferreiro, 2012). En esta línea, incluso cabe ver la externalización de los servicios públicos como el fracaso de las organizaciones públicas al no conseguir prestar servicios de calidad de forma eficaz y eficiente dadas las limitaciones con que cuenta la gestión burocrática de lo público² (Ramió, 2009).

A continuación, y antes de profundizar en el marco administrativo de referencia así como en los aspectos susceptibles de reforma de la AL en España, debemos presentar la estructura y composición del Sector Público español, sobre la base de su funcionalidad.

2.2 La Administración pública en España: ámbito y estructura

2.2.1 Marco de actuación del Sector Público

La actividad económica en España se ejerce bajo el marco de una economía mixta de mercado, como recoge la Constitución. Donde, se reconoce la libertad de empresa junto a la intervención de los poderes públicos a la hora de garantizar y proteger el ejercicio y defensa de la productividad. Así, se reconoce de forma explícita la iniciativa pública (art. 128 de la

2 El cumplimiento del Derecho Administrativo conlleva la atención de considerables rigideces tanto en materia de contratación como de gestión pública, unido al problema de identidad y costumbre social tan arraigados.

Constitución) en el conjunto de la actividad económica, hasta reservándose la posibilidad de controlar, intervenir recursos, fijar niveles de producción y atribuirse servicios esenciales si el interés general lo aconseja. De todo ello se deduce que las instituciones que ejercen la actividad pública no son ni pocas ni homogéneas.

Es por ello que, en la tabla 1 se recogen ordenados todos los agentes que participan en la actividad económica, bajo la clasificación del Sistema Europeo de Cuentas (SEC), donde cada agente interviniente se ordena atendiendo al doble criterio de función y financiación (López y Utrilla, 1992) y donde a excepción de las Administraciones Públicas y los hogares, donde las primeras sólo pueden ser economía pública y los segundos economía privada, los demás sectores admiten la doble titularidad privada vs pública. Por tanto, múltiples son las áreas de intervención pública más allá de la gobernación o la dirección de la actividad socioeconómica de un país.

Tabla 1. Sectores intervinientes en la Actividad Económica (SEC)

Sector	Función	Financiación
Sociedades o entidades no financieras	Producir bienes y servicios no destinados a la venta comercial	Ingresos derivados de la venta de su producto / servicio
Instituciones de crédito	Reunir, transformar y distribuir las distintas disponibilidades financieras	Fondos de pasivos contratados
Empresas de seguros	Transformar riesgos individuales en colectivos	Primas contractuales
Administraciones Públicas (AAPP) y sus organismos administrativos dependientes	Producir servicios destinados a la colectividad de difícil comercialización y efectuar operaciones de redistribución de renta y riqueza nacional	Pagos obligatorios que deben realizar unidades pertenecientes a otros sectores económicos
Instituciones privadas sin fines de lucro	Producir servicios no destinados a la venta para los hogares	Contribuciones voluntarias
Hogares: Consumidores	Consumir bienes y servicios comercializables	Remuneraciones y pagos por prestación de servicios
Hogares: Empresarios/Autónomos	Producir bienes y servicios no financieros para la venta	Ingresos derivados de la venta de su producto / servicio

Fuente: Sistema Europeo de Cuentas, INE

Así, y aunque es fácil caer en la idea de equiparar Sector Público con AAPP (López y Utrilla, 1992; Albi *et al*, 2004), como acabamos de ver, el Sector Público ejerce actividades: comerciales, industriales o financieras, condicionando toda la actividad económica, y abriendo ello dos frentes de actuación en términos de reestructuración del ámbito público: el administrativo y el empresarial, algo también trasladable a la AL.

Llegados a este punto es necesaria una reflexión: el desarrollo de las relaciones internacionales y la globalización de la actividad socioeconómica en todas sus áreas, ha hecho que la influencia de las instituciones públicas nacionales se redujese en los últimos años ante la de organismos e instituciones supranacionales, ligados al espacio de referencia económica, la Unión Europea (Dussauge, 2009; Arellano y Lepore, 2009; Ramió, 2009; Rodríguez, 2011) y al conjunto de la economía capitalista. La influencia de instituciones macro-nacionales como

la UE, el FMI, la OCDE, crece sin parar, con medidas y normas que condicionan y afectan a todos los ciudadanos, sin olvidarnos de los mercados financieros o de las Agencias de Calificación y Regulación, cuyas evaluaciones crecen en relevancia, circunstancia que reduce la acción reguladora frente a la provisoriedad de las Administraciones nacionales a todos sus niveles.

Instituciones estas que, cabe considerarlas en una acepción positiva como parte de un conjunto de instrumentos conducentes a fortalecer la participación ciudadana e incrementar los niveles de confianza de los agentes económicos; de hecho la creación de agencias reguladoras es nota común a la mayoría de Estados desarrollados (Dussauge, 2009). Sin embargo, en lo que llamaremos como la acepción negativa, no son más que instrumentos en favor de la toma de decisiones de grupos de poder hegemónicos, que condicionan y dirigen el desarrollo socioeconómico³. De hecho sería ingenuo pensar que la creación de éstas instituciones es sólo una cuestión operativa y de gestión económica, se incrustan en la actividad política de toda sociedad (Arellano y Lepore, 2009).

2.2.2 Estructura y funciones

Al objeto de clasificar el entramado que configura el Sector Público español, es habitual recurrir al doble criterio (López y Utrilla, 1992; Jiménez *et al*, 2003), de combinar función+financiación frente al del ámbito territorial de gobierno. Atendiendo al primero, distinguimos entre:

- a. Administraciones Públicas o Sector Público Administrativo.
- b. Sector Público Productivo o Empresarial vs Empresas Públicas.

Mientras que en el caso del segundo, tres son los espacios o niveles territoriales en que se materializa el poder público: Central, Autonómico y Local.

Administración pública vs Sector público administrativo

Unidades Institucionales públicas cuya función es la de efectuar operaciones de redistribución de renta y riqueza nacional así como la provisión de bienes y servicios no destinados a la venta (servir al interés colectivo) y cuya fuente básica de recursos son las contribuciones coactivas realizadas por agentes de otros subsectores. Se distinguen:

Administración Central

Un complejo conjunto de órganos dependientes y de variada funcionalidad que extiende su competencia a todo el territorio nacional, y que se integra dentro de la Administración General del Estado y que conforman la personalidad única del Estado.

Comunidades Autónomas

El art. 2º de la Constitución dio respuesta a la “necesidad” con que se encontró el Estado español de atender las aspiraciones autonomistas de parte de su población. El Estado de las Autonomías supuso un reparto de la responsabilidad pública y del ámbito de actuación entre Estado y Autonomías (CCAA en adelante). Así pues, las CCAA son entes públicos territo-

³ La creación de instituciones es un proceso histórico complejo donde los intereses de los grupos de poder fijan normas sólo justificables bajo la idea de defender sus objetivos particulares. La relación bilateral entre éstas y el poder económico es una realidad innegable tal y como destaca la crisis financiera “iniciada” en 2008.

riales con autonomía política y administrativa y la capacidad de tomar decisiones políticas y aplicarlas a través de su propia organización administrativa.

Administración Local - Corporaciones Locales

La AL es el nivel territorial inferior de la Administración. Ello hace que, los Entes Locales sean personas jurídicas acogidas al Derecho Público, que cohabitan dentro del Estado y se encuentran subordinados a éste. En cuanto a su estructura, y a diferencia de los niveles territoriales anteriores, su multiplicidad y heterogeneidad son sus características, y su funcionalidad es abierta. Destacan entre todas las CL: el municipio y la provincia. El art. 137 de nuestra Constitución dice que “el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las CCAA que se constituyan”.

La Constitución en su art. 140, declara la autonomía de los Municipios, quienes dispondrán de personalidad jurídica plena, configurándolos como entidad básica de la organización del Estado⁴; y donde el gobierno y la administración de los mismos les corresponden a sus respectivos Ayuntamientos. El art. 141 se refiere a la Provincia como una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado.

Sector Público empresarial o Empresa pública

Unidades productivas que actúan como un monopolio natural y producen bienes y servicios para la venta. Pueden ser de titularidad pública o sólo de control público y actúan en el campo de la producción e intercambio de bienes y servicios de forma similar a una empresa privada, definición imprecisa, y sus recursos proceden de los ingresos por la venta de su producto y las subvenciones recibidas de la Administración.

3 Las finanzas de las Haciendas Locales: el déficit local en un entorno de crisis

Dada la situación socioeconómica interna vigente así como el contexto internacional de referencia, esa necesidad de modernizar, flexibilizar y aplicar nuevos métodos de gestión en la Administración, se sitúa en un plano de máxima actualidad y prioridad, al enmarcarse dentro de un contexto de extrema urgencia socioeconómica y a la vez de importantes críticas acerca de la capacidad y funcionamiento de ciertas instituciones públicas⁵. Por ello, pasa a ser un objetivo clave el equilibrar las finanzas de las Haciendas Públicas, condición necesaria al objeto de garantizar la atención de sus compromisos de gasto, actualmente más que sobrepasados.

Es pues, una necesidad y una obligación replantearnos la política presupuestaria de nuestras CL sin ver socavados pilares básicos como: la eficiencia en la gestión municipal, la correspon-

4 Función principal del Municipio, es la de órgano vertebrador de la actividad ciudadana, siendo al efecto su afección, la de ente territorial identificativo e identitario, referencia administrativa básica del ciudadano.

5 Es habitual escuchar cuestiones como: cuál es el papel del Senado, las diputaciones son un nivel administrativo necesario, es posible mantener municipios sin apenas base demográfica, los municipios deben ser proveedores básicos de servicios públicos, o cómo articular la relación de los niveles políticos locales y autonómicos, centralizar o descentralizar competencias locales en base a la población es una opción, etc.

sabilidad financiera, y que la competencia local garantice tanto la prestación de los servicios municipales como la cohesión social. Para ello, y siguiendo la ortodoxia financiera, tres son las vías a través de las cuales se alcanza el equilibrio presupuestario (De la Merced, 1997; Álvarez *et al*, 1998; Cabannes, 1999):

- a. Redefinir el nivel de competencias de nuestras corporaciones locales.
- b. Una política de austeridad y eficiencia presupuestaria.
- c. Reformar el sistema de financiación.

En lo que respecta a la vía a) o *competencial*, son cuestiones a abordar: el inventario de competencias, redefinir la función de la administración paralela, fomentar la cooperación intermunicipal o reevaluar en base a su evolución la forma de provisionar los servicios locales. En suma, revisar la asignación de competencias por materias y tamaño del municipio siendo la consecución de economías de escala y densidad el objetivo. Siendo al efecto variables clave, la población, su dispersión y su contigüidad geográfica en las zonas urbanas, facilitando su conexión en forma de red (Bel, 2011).

Es trascendente en este punto, hacer mención a dos características que definen la distribución de competencias locales, su dimensión a la vez abierta e imprecisa. Las materias que figuran como competencias locales son extensas e imprecisas, ya sea en cantidad, cualidad y servicios prestados, y que trato de evitar en parte (Miguez, 2014) la nueva Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la AL. El carácter abierto e indefinido bajo el que se produce el aumento de las competencias a desarrollar por un Ayuntamiento junto a la posibilidad de ejercer actuaciones en competencias propias de otras AAPP, no hizo más que provocar un crecimiento desmesurado del gasto local y, por extensión, de su endeudamiento. En consecuencia, la necesidad de disminuir los déficits públicos locales, obliga a reducir su gasto buscando un “desarrollo planificado” de la Hacienda Local basado en una racionalización tanto de los aspectos institucionales como de gestión y todo preservando la calidad del servicio⁶.

La vía b) *austeridad y rigor presupuestario*, implica que la Administración fije objetivos tales como: impulsar la contratación pública a través de subastas competitivas, aplicar criterios coste-beneficio, buscar alternativas de financiación en colaboración con el sector privado, elevar la corresponsabilidad fiscal, minorar el fraude fiscal y el cumplimiento de las obligaciones de pago (De la Merced, 1997; Albi *et al*, 2000, Del Campo y Ferreiro, 2012). Todo ello, nos lleva a la aplicación de la gestión como regla básica de actuación pública en el quehacer diario de las CL frente a la acción administrativa, que como sabemos su objetivo principal no es la eficiencia económica.

Mientras que, en lo que respecta a la alternativa c) o de *reforma del sistema de financiación*, es una opción donde las medidas fiscales a adoptar han de formar parte de un planteamiento estructural y completo de la política fiscal y presupuestaria, modelo tributario orientado bajo las características de: equilibrio, justicia y neutralidad en línea con los sistemas impositivos del contexto internacional. Así, el diseño fiscal de la Hacienda Local habrá de cumplir los

⁶ Obtener un “municipio sostenible”, al que sus ciudadanos puedan pedir responsabilidades y exigir resultados como manifestación de la acción democrática, para lo cual deberá disponer de una capacidad de gestión y una autonomía de decisión imposible si ese municipio no es capaz de adaptarse a las transformaciones del entorno.

siguientes objetivos (De la Merced, 1997; Pedraja y Suárez-Pandiello, 1999; Albi *et al*, 2004; Slack, 2011; Vilalta, 2011):

1. Reducir el déficit público, con bases impositivas coherentes y adaptadas al marco territorial. Un control del gasto local ajustado a su tamaño y capacidad.
2. Flexibilidad, transparencia y suficiencia, al objeto de ofrecer soluciones financieras adaptadas a los problemas concretos de cada ente local.
3. Asegurar la solidaridad financiera mediante un modelo que garantice unos recursos mínimos a aquellos municipios carentes de capacidad fiscal.

Ahora bien, el contexto socio-político en que nos encontramos de crisis y replanteamiento de parte de los principios y normas que caracterizan nuestra sociedad, exige algo más que atenerse a la ortodoxia financiera, dar un paso hacia delante. Situándonos ante la necesidad de analizar y replantear la actuación de pilares hasta la fecha inamovibles de nuestra estructura socioeconómica y también de la político-administrativa y que entre ambas definen la forma de organización colectiva (Bosch y Solé-Ollé, 2011; Rodríguez, 2011). A lo que se añade como factor de reflexión, el caso griego, con la radical reestructuración de su AL, eliminando 2/3 de sus Ayuntamientos⁷ o la búsqueda por parte de la UE de mecanismos conducentes a racionalizar las estructuras de gobierno en aras de un sistema que permita una gestión más acorde con la modernidad territorial y la capacidad financiera de nuestros gobiernos locales (Italia, Portugal o recientemente Francia), cuestionando la actual planta municipal, el papel de las Diputaciones o la coordinación entre el nivel político local y el autonómico (Moisio, 2011; Rodríguez, 2011, De Diego, 2014).

Sin embargo, en la práctica lo habitual es que en períodos de crisis e insuficiencia financiera los políticos opten por medidas de fácil aplicación y rápido impacto, la mayoría de las veces adoptadas con un escaso análisis de sus efectos: reducción de la inversión pública, bajada de los salarios de los empleados públicos o recortes lineales en el gasto corriente, medidas que cuentan con un efecto rápido en cuanto a bajada de gasto público, pero que permiten mantener bajo el presupuesto, unidades o servicios que dada su función (utilidad) sería más fácil su eliminación (Bosch y Solé-Ollé, 2011).

Pero, también es cierto que los períodos de crisis y convulsión social, donde manda la urgencia por encontrar soluciones a tal situación, son perfectos para abordar soluciones impensables en escenarios más tranquilos (Ramió, 2009; Rodríguez, 2011): desde la introducción de nuevas técnicas de gestión, la externalización de servicios, la privatización de alguno de éstos... Pero también esa otra alternativa hasta la fecha apenas considerada y que la urgencia económica pone sobre la mesa, la de abordar la idoneidad de la estructura territorial e institucional de nuestra AL, y cuyo diseño data del siglo XIX. Por ello, difícilmente adaptable a las nuevas exigencias del entorno: nuevos diseños urbanos y laborales, movimientos migratorios de personas y capitales o al desequilibrio entre la ocupación periurbana frente al despoblamiento rural.

7 La norma reduce los Ayuntamientos de 1.034 a 355, lo que supondrá un ahorro para las endeudadas arcas públicas de 1.185 millones de euros anuales. El objetivo de la reforma administrativa es crear Ayuntamientos capaces sobre la base de una población mínima de 10.000 hab., ofreciendo unos mejores servicios al ciudadano.

Ante estos cambios, nos encontramos con una arquitectura institucional, donde el desajuste entre la estructura municipal y la evolución geográfica aumenta, (Rodríguez, 2004 y 2011; Slack, 2011, Del Campo y Ferreiro, 2013) al crecer la distancia entre:

- a. Los municipios rurales donde el inframunicipalismo es su característica, e instalados en un estado de crisis demográfica sin precedentes la cual se entremezcla con un sinfín de carencias técnicas, humanas y financieras.
- b. Frente a aquel, la expansión de la acción urbana más allá de sus límites territoriales, su influencia y radio de acción se extiende a un área geográfica cada vez mayor, mientras que los mecanismos de gestión y fiscalización local están diseñados sólo para su ámbito político-administrativo municipal.

En consecuencia, debemos unir a las tres vías clásicas (competencial, eficiencia presupuestaria y de reforma financiera) en el estudio del equilibrio de la Actividad Financiera para garantizar la prestación de los servicios públicos esenciales y la atención ciudadana, una cuarta, la de *racionalizar y redimensionar la estructura de nuestra Administración* y con especial hincapié en el caso de las CL.

Muchas son las razones que se pueden argumentar a la hora de abordar la reestructuración de las CL: la insuficiencia financiera de la mayoría de éstas, la necesidad de introducir y racionalizar los procedimientos de gestión, la falta de servicios locales que garanticen una mínima calidad (bienestar) de vida de muchas comunidades, la duplicidad competencial, el agravante de los déficits presupuestarios ante la caída de la capacidad recaudatoria en extremo dependiente de la construcción (Álvarez *et al*, 1998; Rodríguez, 2004; Bosch y Solé-Ollé, 2012, De Diego, 2014).

Por ello, a continuación se presenta un estudio inicial que en ningún caso pretende la exhaustividad del objeto investigado, todo lo contrario, el interés se centra en abrir un debate y una reflexión acerca de la idoneidad y viabilidad de la estructura local de la Administración en España, adoptando para ello como referencia la variable población. Es nuestro objetivo abordar el aspecto de su adecuación en lo que respecta a su tamaño y función administrativa y que no tendrá otra meta que la de conducirnos hacia una mejora de las finanzas de sus CL. Al respecto y siguiendo la literatura sobre la reforma de las estructuras administrativas destacan dos grandes enfoques (Bel, 2011; Moisis, 2011; Rodríguez, 2011; Ramió y Salvador, 2012):

- a. El primero, basado en la consideración de que las instituciones públicas han fallado, no adaptándose a las necesidades de la sociedad en que se asientan. Por ello, y más en una situación de crisis debe llevarse a cabo una transformación administrativa, buscando espacios competenciales más amplios mediante fusión, agregación o supresión de administraciones. Una reforma cuyo fin es la obtención de dichas economías implica la fusión de jurisdicciones municipales.
- b. El otro, sustentado en un respeto por la estructura administrativa reinante como legítimadora del estado democrático. Por ello respetuosa con la estructura de la función pública vigente, proponiendo como solución el fomento de fórmulas de cooperación y/o asociación supramunicipal. Bajo este enfoque, dos son las experiencias habituales: el privatizar los servicios públicos para la consecución de economías de escala en la producción y la cooperación intermunicipal.



4 La complejidad de la Administración territorial en España.

4.1 La organización paralela dependiente: la Para-Administración

Situados ya en la estructura administrativa, empezaremos el estudio por las unidades dependientes de las CL, y que por ello se configuran como aquellas unidades administrativas con menor independencia funcional y presupuestaria. Es una realidad de nuestra estructura pública el ver como ésta se configura bajo la sombra de una amplia gama de Organismos e Instituciones de naturaleza heterogénea y tamaño dispar (Para-Administración o dependiente), su distribución y número aparece recogido en la tabla 2, y donde tales Entes y Organismos aparecen ordenados por CCAA, siendo relacionados con su población a 12/2012 (Sánchez *et al*, 2006; Del Campo y Ferreiro, 2013).

Llegado a este punto y antes de continuar debemos hacer hincapié en la limitación de la investigación planteada, en la medida que ésta se aborda exclusivamente desde la variable población. Si bien es cierto que la población es variable clave y que todo proceso de desarrollo local conlleva tres dimensiones⁸ (Dussauge, 2009); siendo una de estas la social, identificada con el número de personas a las que debe satisfacer la provisión pública. Otras muchas variables intervienen a la hora de adecuar la estructura administrativa local (CPRI, 2005; Garcés *et al*, 2008; Rodríguez, 2011): la pirámide poblacional, la densidad demográfica, el envejecimiento, el poblamiento disperso, la estructura sectorial local o la estructura socio-política.

Por tanto, nuestro interés se centra en destacar la conveniencia del estudio acerca de la complejidad y heterogeneidad del Sector Público periférico español en términos per-cápita. Para ello, partiremos del Índice de Complejidad Administrativa autonómica ICA_{ca} ⁹, definido en el caso francés como “département d’agglomération”, (Sánchez *et al*, 2006; Guy, 2011; Del Campo y Ferreiro, 2012 y 2013) y que se recoge en la ecuación [1]; el cual cuenta con la ventaja de ser susceptible de aplicación a cualquier escala de la Administración Territorial¹⁰, y donde a medida que crece su valor ello representa una mayor complejidad administrativa.

$$ICA_{ca} = ((N^{\circ} OAEP_{ca} / P_{ob_{ca}}) * 10.000) / ((N^{\circ} OAEP_E / P_{ob_E}) * 10.000) [1]$$

Obtenido el índice anterior, éste es corregido por la diferencia porcentual entre el número de Organismos autónomos y Entes Públicos (OAEP) con que cuenta cada CCAA respecto al total de España en términos per-cápita (10.000 hab.), el cual se recoge en la tabla 2 en

8 Dimensiones en un proceso de desarrollo local: Económica, basada en criterios de rentabilidad y eficiencia; Política, referida al control, diseño y gestión pública; y Social, grupo de personas objeto de atención pública.

9 El ICA_{ca} mide el detalle de la Administración paralela de cada CCAA en base a su población; y donde: $N^{\circ} OAEP$ = Número de Organismos Autónomos y Entes Públicos; P_{ob} = Población; E = España; ca = CCAA.

10 La complejidad interna de la Administración Territorial de cualquier CCAA puede deberse a su propia estructura administrativa como a la del nivel administrativo inferior al autonómico, el local. Es por ello posible identificar a través del índice de complejidad administrativa aplicado a cada nivel administrativo cual de ambos es origen de una mayor burocratización. Estos índices aparecen recogidos en la tabla 2:

- Índice de complejidad administrativa autonómica (ICA_{ca}) o “communautés d’agglomération”:

[1.a] $ICA_{ca} = ((N^{\circ} OAEP_{ca} / P_{ob_{ca}}) * 10.000) / ((N^{\circ} OAEP_E / P_{ob_E}) * 10.000)$

- Índice de complejidad administrativa local ($ICAL_{ca}$) o “municipalité d’agglomération”:

[1.b] $ICAL_{ca} = ((N^{\circ} OAEP_{ca} / P_{ob_{ca}}) * 10.000) / ((N^{\circ} OAEP_E / P_{ob_E}) * 10.000)$

la columna $DIF\%_{ca-e}$. Obtenida dicha diferencia, se suma al ICA_{ca} en el caso de que el porcentaje supere la media nacional y se resta si es inferior, dándonos una medida global de la complejidad administrativa por CCAA $\rightarrow ICAT_{ca}^{11}$, índice de complejidad administrativa total por CCAA, y recogido en la ecuación [2], donde un valor creciente es sinónimo de una complejidad administrativa mayor.

$$ICAT_{ca} = ICA_{ca} + ((\%N^{\circ} Oep_{ca}/Pob_{ca}) - (\%N^{\circ} Oep_e/Pob_e)) [2]$$

Tabla 2. Complejidad Orgánica ICA, ICAL e ICAT s/Población (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
Castilla-Mancha	2.558.463	3	65	68	0,301	0,706	0,666	-0,133	0,533
Castilla-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
La 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 complejidad orgánica, **valor de alta complejidad orgánica, *valor de complejidad orgánica significativa. No se incluyen las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE), series estadísticas del MIHAP y elaboración propia.

De los resultados obtenidos, podemos observar como varias CCAA presentan un grado¹² de burocratización no justificado e insostenible en cuanto al número de Organismos autónomos dependientes per-cápita, algo que les confiere un margen de ahorro administrativo considerable, tal es el caso de Navarra, Cataluña, País Vasco, Aragón y Asturias. En el lado contrario aparecen La Rioja, Cantabria, Madrid y Castilla y León quienes, y siempre en clave de población, reflejan una complejidad administrativa reducida en cuanto a su Administración

11 El índice de complejidad administrativa total ($ICAT_{ca}$), mide pues la complejidad de la Administración paralela de cada CCAA corregida por el tamaño relativo de su población en relación a la población de España.

12 En base a las características del índice, valores ≥ 2 representan un alto grado de burocratización administrativa, mientras que un valor < 1 se considera de baja complejidad o densidad administrativa.

paralela. Así pues y en base a los datos observados, antes incluso de abordar la reestructuración de la propia AL (fusión y reducción de municipios), son varias las Comunidades que cuentan con un margen nada despreciable de Organismos y Entes tal vez prescindibles; habrá que ver su funcionalidad.

Y es que, al dato cuantitativo expresado en términos de población (ICAT) y recogido por CCAA en la tabla 2, hay que añadir el hecho de que, un buen número de estos Organismos integrantes de la llamada Paraadministración presentan una laxa o cuando menos dudosa utilidad en clave de prestación de servicio. Destacando el caso de organismos dirigidos a actividades como: cultura, ocio o deportes, es decir, servicios de carácter no básico y de fácil integración en otros si recogidos como básicos en el texto constitucional.

La distribución funcional de esa Administración paralela figura en la tabla 3, donde se aúna la distribución autonómica y la actividad ejercida por esos Entes y Organismos dependientes de la Administración Territorial. Poniéndose de manifiesto una gran diversidad funcional, con una orientación dominante en cuanto a gestión y función hacia las actividades: asistenciales, cultura y deportes, que junta suman más de la mitad de estos Órganos públicos (51,2%); si bien a título individual el mayor peso le corresponde a los Organismos de función imprecisa con un 23,2%, muestra de la indefinición y sobredimensión de esta sub-Administración. Por lo que podemos decir que la Paraadministración territorial se especializó en servicios no básicos y de fácil delegación (Rodríguez, 2004; CPRI, 2005; Del Campo y Ferreiro, 2012), características que elevan la complejidad institucional, especialmente dado el gran número de entes asistenciales y promocionales, donde la indefinición de responsabilidades y objetivos es habitual.

Tabla 3. Distribución Funcional de los Entes y Organismos Territoriales por Comunidad

CCAA	Educación y Formación ¹³	Sanidad y Saúde ¹⁴	S. Sociales y Asistenciales ¹⁵	Cultura, Ocio y Turismo ¹⁶	Activ. Deportivas ¹⁷	Economía y Gestión ¹⁸	No 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
Castilla-Mancha	17	1	5	19	9	7	10
Castilla-León	4	1	5	12	8	7	10

13 Órganos de formación y ocupación profesional a todos los niveles desde preescolar hasta la Universidad.

14 Hospitales, Centros de Salud y Gabinetes Sanitarios.

15 Servicios Sociales y Asistenciales a favor de colectivos específicos.

16 Cultura, Ocio y Turismo, promoción de la cultura y el patrimonio de actividades recreativas y festejos.

17 Actividades Deportivas, con atención especial al área organizativa e infraestructuras

18 Servicios de promoción económica y de gestión de servicios económicos y tributarios.

19 No clasificadas, aquellas no susceptibles de inclusión en las anteriores agrupaciones.

CCAA	Educación y Formación ¹³	Sanidad y Saúde ¹⁴	S. Sociales y Asistenciales ¹⁵	Cultura, Ocio y Turismo ¹⁶	Activ. Deportivas ¹⁷	Economía y Gestión ¹⁸	No Clasf. ¹⁹
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
La 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: no se incluyen las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Fuente: Series estadísticas del Ministerio para las Administraciones Públicas y Banco de España.

En consecuencia y tras analizar la información contenida en las tablas 2 y 3 podemos decir que antes de abordar la reforma de la AL (fusión e integración municipal), ésta cuenta con un margen nada despreciable de Entes y Organismos autónomos dependientes de dudosa y/o incierta utilidad. Hecho que nos permite pensar en su reducción como un *primer paso* a la hora de adelgazar nuestra amplia y heterogénea Administración Territorial. Y ello ya no sólo por su número (1.883), de por sí elevado, sino y más importante por su función, destacando el caso de órganos dirigidos a atender actividades menos prioritarias respecto a otras sancionadas como esenciales por la Constitución, y por ello de fácil reducción en un contexto de urgencia financiera. Asturias, Cataluña y Navarra, además del alto número de Organismos dependientes, en proporción de los menos prioritarios, superan notablemente la media²⁰.

regap



ESTUDIOS Y NOTAS

4.2 La dispersión micro-municipal: una medida para su reforma

Si en el punto anterior se analizó la estructura local en cuanto a Organismos y Entes autónomos. A continuación, y siguiendo la misma metodología de estudio, nos introducimos en la propia estructura de la AL, es decir, en el número y tamaño de los municipios españoles así como en su dispersión geo-poblacional. Al objeto de medir esa dispersión se elaboró el llamado índice de dispersión municipal (IDM_{ca}), recogido en la ecuación [3], y que mide el nivel de dispersión de la población de cada CCAA según el tamaño municipal, y donde si aumenta implica una mayor dispersión de su población por municipio, predominando por tanto un gran número de términos micro-municipales.

$$IDM_{ca} = ((N^{\circ} Mun_{ca} / Pob_{ca}) * 10.000) / ((N^{\circ} Mun_E / Pob_E) * 10.000) [3]$$

El IDM_{ca} igualmente será ajustado en base a la diferencia porcentual entre la proporción de municipios per-cápita (10.000 hab.) por CCAA y dicho porcentaje a nivel nacional respecto a la misma proporción a nivel nacional ($\%DifMun_{ca-e}$), y que se sumará en caso de superar la media nacional y se restará si se sitúa por debajo, obteniendo así una nueva medida de

20 Actualmente los entes dedicados a: cultura, ocio, turismo y actividades deportivas asciende al 43,5%.

dispersión municipal total por CCAA → $IDMT_{ca}^{21}$, índice de dispersión municipal total por CCAA, ecuación [4].

$$IDMT_{ca} = IDM_{ca} + ((\% (N^{\circ} \text{ Mun}_{ca} / \text{Pob}_{ca}) - (\% (N^{\circ} \text{ Mun}_E / \text{Pob}_E))) [4]$$

Considerando de forma conjunta el índice de complejidad administrativa total ($ICAT_{ca}$), tabla 2, y el de dispersión municipal total ($IDMT_{ca}$), tabla 4, obtenemos el índice de máxima complejidad administrativa ($IMAXCAT_{ca}$), definido en la ecuación [5], y cuyos valores para cada CCAA figuran en la última columna de la tabla 4. En consecuencia, este índice de complejidad administrativa global medirá la rotación del nivel de burocratización (tamaño de la Paraadministración) por CCAA respecto a su dispersión municipal (número de municipios). Sus cifras nos servirán de referencia para identificar y cuantificar la oportunidad de reestructuración local en clave de población.

$$IMAXCAT_{ca} = ICAT_{ca} * IDMT_{ca} [5]$$

Si en el caso de la complejidad derivada de la Administración paralela (tabla 2) vimos cómo eran las CCAA más desarrolladas: Cataluña, Navarra o el País Vasco, las que mostraban un mayor sobrepeso en términos per-cápita (gran número de Organismos y Entes dependientes). En el caso de la dispersión municipal ($IDMT_{ca}$) es el centro de España con Comunidades menos desarrolladas, altamente envejecidas y de elevada migración, las que mayor densidad municipal presentan, proliferando el número de municipios con un exiguo poblamiento (≤ 1.000 habitantes), caso de Castilla la Mancha, 12,18; Aragón, 6,87; La Rioja, 6,80 y Castilla y León 5,15.

En consecuencia, el mapa institucional local a la hora de afrontar esa reestructuración de la AL es muy distinto según el objeto investigado: Administración paralela o dispersión municipal. Es por ello, si cabe todavía más necesario analizar los datos globales ($IMAXCAT_{ca}$), teniendo en cuenta simultáneamente la complejidad de la Administración dependiente ($ICAT_{ca}$) y la dispersión municipal ($IDMT_{ca}$):

$$\begin{aligned} & \text{Dispersión local institucional (DLI) + Dispersión local geográfica (DLG)} \\ & = \text{Dispersión local total (DLT)}. \end{aligned}$$

Vemos como son las Comunidades de Navarra, Aragón y Castilla La Mancha, con un 13,8; 12,1 y un 6,5 respectivamente, las que reflejan una burocratización administrativa total mayor; y por ello también las que presentan una mayor necesidad (prioridad) de reformar su AL. Le siguen Extremadura y Castilla León, a una distancia significativa. Es interesante ver cómo siendo Castilla La Mancha la CCAA con mayor dispersión municipal ($IDMT_{ca}$ más alto), al emplear el $IMAXCAT_{ca}$ cae al tercer lugar debido a que su administración paralela ($ICAT_{ca}$) es reducida, al contrario que Cataluña, que pese a la gran complejidad de su Administración paralela ($ICAT_{ca} = 2,44$ segundo mayor), su baja dispersión municipal ($IDMT_{ca} = 0,267$) le otorga un valor en términos de $IMAXCAT_{ca}$ de sólo un 0,65. Recordemos que es la CCAA con más "ciudades".

21 El índice de dispersión municipal total ($IDMT_{ca}$), mide la dispersión de la población de cada CCAA por municipios corregida a través del número de municipios de cada CCAA respecto al total de municipios de España; y dónde: ICM_{ca} = Índice de Dispersión municipal por CCAA; $N^{\circ} \text{ Mun}$ = Número de Municipios; Pob. = Población; E = España; ca = Comunidad Autónoma (CCAA).

Tabla 4.- Distribución municipal e Índice de máxima Complejidad 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
Castilla-Mancha	2.558.463	1.985	205	61	15	2.248	5,109	7,067	***12,178	***6,486
Castilla-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
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
La 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.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística y elaboración propia.

Así pues, y tomando como referencia la variable población, el margen de actuación en lo que respecta a simplificar la AL no sólo es considerable en cuanto a reducción del número de Organismos autónomos, también lo es en el número de municipios, encontrándonos con CCAA como Castilla La Mancha, Aragón, Rioja, Castilla y León y Navarra, las cuales más que duplican la media estatal en número de municipios.

Pero aún hay más: la tabla 4 recoge también la distribución porcentual de municipios en base a su población, donde podemos ver como la característica principal de la Hacienda municipal española es la de su micro tamaño, con el 83,9% de los municipios con menos de 5.000 habitantes y el 60,2% con menos de 1.000 habitantes. Ello hace que tanto la base económica como la capacidad financiera de la mayoría de estos municipios sean inexistentes impidiendo así la prestación de nuevos servicios o mejorar los ya prestados (Álvarez *et al*, 1998; Rodríguez, 2004), por lo que la transferencia de fondos procedentes de otros niveles de la Administración superiores es su principal argumento financiero, es decir, la subsidiación y dependencia financiera.

Además, continuando con los efectos de ese minifundismo municipal, no olvidemos que, en esta misma línea, tanto el Fondo Monetario Internacional (FMI) como la propia Unión Europea

regap



ESTUDIOS Y NOTAS

(UE) obligaron a Grecia y Portugal a simplificar su mapa institucional local, considerándola como una medida de reducción del Gasto Público imprescindible e innegociable. Pero es que todavía hay algo más: los municipios españoles tienen de media poco más de la mitad de habitantes que en el caso griego.

Así, dada la situación financiera que soporta la AL en España, a continuación se presenta una simulación, tabla 5, bajo tres hipótesis en donde se proyecta el número de municipios que desaparecerían por fusión con otros limítrofes. Por supuesto que la eliminación en cada caso de los municipios que se encuentren por debajo de los mínimos de población considerados, puede dar lugar a un nuevo término municipal que no siempre tiene porque ser absorbido por uno mayor, e igualmente la eliminación de municipios lleva consigo la reducción de Organismos dependientes. Por ello, las cifras han de verse en términos de aproximación y no de confirmación, aun así los resultados muestran un indudable interés (dirección del trabajo), siendo las hipótesis²² establecidas:

- Hipótesis baja: eliminar municipios con menos de 1.000 habitantes.
- Hipótesis media: eliminar municipios con menos de 5.000 habitantes.
- Hipótesis alta: eliminar municipios con menos de 10.000 habitantes.

Los resultados nos dejan ver donde actuar a la hora de reformar la AL: sobre el número de municipios o el de organismos dependientes. Así y como vemos, si nos limitamos a la hipótesis baja todavía son varias las Comunidades con una complejidad administrativa global elevada: Navarra, Extremadura, Aragón, País Vasco y Cataluña, aunque también vemos como la complejidad de Comunidades como Castilla La Mancha, Extremadura y Castilla y León se reduce ostensiblemente sólo eliminando sus municipios de menos de 1.000 habitantes. Si subimos el nivel de restricción de las hipótesis fijadas media y máxima, vemos como se reduce el número de Comunidades de máxima complejidad administrativa y sobre todo que esta se concentra en las mismas CCAA: Navarra, País Vasco y Cataluña, debido a su prolífica Administración paralela.

Tabla 5. Hipótesis de distribución municipal por CCAA, bajo distintos criterios de simplificación

CCAA	Total mun. 31/12/12	Desaparecen como máximo			Mantienen 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
Castilla-Mancha	2.248	1.981	2.190	2.224	267	58	24	0,999	0,406	0,275

22 La hipótesis máxima coincide con la fijada para Grecia, mientras que la hipótesis media es la más extendida a la hora de abordar la reestructuración de la AL en España (Rodríguez, 2004; Bel, 2011; Ramio y Salvador, 2012), siendo la hipótesis mínima aquella imprescindible a la hora de iniciar cualquier intento de reestructuración dada la absoluta insumisión financiera de esos micro-municipios.

CCAA	Total mun. 31/12/12	Desaparecen como máximo			Mantienen como mínimo			IMAXCAT		
		H. Mín	H. Med	H. Máx	H. Mín	H. Med	H. Máx	H. Mín	H. Med	H. Máx
Castilla-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
La 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	—	—	—

Fuente: Instituto Nacional de Estadística y elaboración propia.

A modo de resumen podemos decir que las posibilidades de reestructuración de la Administración periférica no son pocas, y es más si le añadimos dos factores clave como son el despoblamiento+distancia entre buen número de los términos municipales y por otro la descentralización y baja utilidad mostrada por muchos de los Organismos dependientes de la AL. La oportunidad para acometer importantes ajustes en la estructura administrativa local no es para nada despreciable.

Por otra parte es necesario identificar qué grado de equilibrio interterritorial se alcanza bajo cada una de las hipótesis fijadas. Para ello hemos analizado una serie de indicadores de dispersión y distribución territorial, recogidos estos en la tabla 6.

Donde vemos como la ganancia en términos de reducción de la complejidad administrativa global es grande sólo con la hipótesis mínima. Así, y sólo bajo la H.min, la varianza se reduce un 85% y el coeficiente de Pearson (CP) un 79%, mientras que el coeficiente de Apertura (CA) aumenta un 105%, haciéndose máxima dicha ganancia con la hipótesis media, donde la varianza cae un 95%, el CP un 91%, mientras que el CA crece un 136%. Sin embargo, el tránsito entre las hipótesis H.med. H.max. apenas sí supone una mejora en los valores obtenidos, algo que nos hace sospechar que la cifra de 5.000 habitantes por municipio es un límite a considerar como óptimo en clave de equilibrio y corresponsabilidad interterritorial a la hora de reestructurar nuestra AL.

En consecuencia, la supresión de los municipios con menos de 1.000 habitantes se revela como una urgente e innegociable necesidad, y que el tamaño base aconsejable de los municipios restantes se sitúa en los 5.000 habitantes, al no ser muy significativa la reducción del grado de burocratización local al subir a los 10.000 habitantes, tal y como ponen de relieve los indicadores utilizados, especialmente la varianza observada. De cualquier manera, ello no pasa de ser una referencia a la hora de diseñar esa planta municipal base que facilite el diseño de un mapa local ajustado a las necesidades sociodemográficas y económicas actuales: despoblación rural y concentración urbana.

regap



ESTUDIOS Y NOTAS

Tabla 6. Indicadores de dispersión espacial

CCAA	Distribución actual	Hipótesis Mínima	Hipótesis Media	Hipótesis Máxima
Varianza	19,767	2,872	0,884	0,713
Recorrido absoluto	16,428	7,874	3,875	2,876
Recorrido relativo	8,583	5,992	3,635	2,784
Coefficiente de Pearson (CP)	10,325	2,186	0,830	0,690
Coefficiente de apertura (CA)	5,218	10,700	12,316	12,502

Fuente: Elaboración propia

En consecuencia, la oportunidad para acometer importantes ajustes en la estructura y composición de la AL es considerable, especialmente dado su despoblamiento y la extrema delegación de competencias a organismos dependientes de carácter no esencial.

5 Racionalización y modernización administrativa: un cambio a la vez cultural y organizativo

5.1 Una nueva relación ciudadano-Administración. La Gestión Pública

Tras la penúltima década del pasado siglo, asistimos en la mayoría de países avanzados a importantes cambios en la relación establecida entre sus ciudadanos y el poder público en cuanto a la provisión de los servicios públicos, dando paso a un ciudadano "más público". El papel creciente del Sector Público en todas las áreas y las reformas económicas acaecidas dieron paso a una nueva visión de la acción ciudadana:

Ciudadano (elector) – financiador (contribuyente) – usuario (cliente)

El ciudadano exige al Sector Público una serie de servicios, que éste deberá provisionar de la forma más eficiente posible (Garcés *et al*, 2008). Por tanto, la actuación de los poderes públicos en el plano económico deja de ser consecuencia inevitable de los llamados fallos del mercado o del ejercicio del poder omnipotente del que disfruta, para convertirse cada vez más en respuesta a una demanda activa del ciudadano, revelada ésta a través de encuestas y estudios de opinión especializados sobre la gestión pública (Albi *et al*, 2004; Carrillo y Tamayo, 2008).

El Sector Público debe atender eficazmente la Demanda Ciudadana en un entorno complejo y cambiante mediante la optimización en la asignación de sus recursos, exigencia además creciente en términos de calidad. Siendo precisamente en esta función de asignación uno de los puntos donde la atención de los poderes públicos más debe mejorar, especialmente debido a que se enfrentan a una demanda ciudadana indefinida y mudable (Garcés *et al*, 2008; Del Campo y Ferreiro, 2012); y es aquí, donde por el efecto de proximidad ciudadana las CL se sitúan en cabeza de esa evaluación ciudadana.

Por ello, y como respuesta a los nuevos retos a los que debe atender el Sector Público, surge la necesidad de redefinir y adelgazar las distintas áreas de intervención pública. Privatizar empresas públicas, la concertación y arrendamiento de tareas de provisión pública, la gestión indirecta, el empleo de mecanismos competitivos y de mercado en la provisión pública, son ejemplos de respuesta a los cambios del entorno.

Dentro de este cambio de lo público, la apuesta por la Gestión Pública con la consiguiente evaluación de los resultados públicos debe jugar un papel fundamental, permitiendo ver cómo una gran parte de las ineficacias del Sector Público provienen de una organización y gestión inadecuada del mismo y no tanto de su carácter público o naturaleza política, aunque ello no quita que se encuentre siempre presente (Garcés *et al*, 2008; Bosch y Solé-Ollé, 2012). Reflejo de ello es la importancia creciente de las promesas relacionadas con las bajadas de impuestos y las mejoras en los servicios públicos en los programas electorales y en el discurso político (Albi *et al*, 2000; Dussauge, 2009). El elector cada vez decide más su voto en función de su confianza respecto a la orientación fiscal que presume en unos u otros partidos políticos, es decir, la política fiscal representada a través del balance fiscal entre ingresos y gastos públicos estimados por el ciudadano (Garcés *et al*, 2008; Del Campo y Ferreiro, 2012).

Balance aquel (Bfpc) que deberá ser positivo para que así el gasto fiscal per-cápita percibido sea superior a la presión fiscal per-cápita soportada por el ciudadano. Es por ello que los ciudadanos se resisten cada vez más al pago de nuevos impuestos, dada la consciencia de la pérdida de poder adquisitivo que supone el pago impositivo, haciendo ello necesario que el ciudadano se fije no sólo en lo que el Sector Público le devuelve, sino también en la rentabilidad derivada del pago de sus impuestos. La combinación economía-eficiencia-eficacia, se convierte así en algo que el ciudadano comienza a valorar de forma creciente, tal y como refleja parte de la contestación social expresada ante las medidas “fiscales” adoptadas por los gobiernos ante la actual crisis. Siendo precisamente en esa visión del beneficio derivado del gasto público, donde los Ayuntamientos tienen un papel trascendente en la medida que gran parte del gasto público que el ciudadano ve diariamente procede de esta Administración.

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

5.2 La modernidad técnica en la Administración. Un servicio público

Como hemos dicho al principio, las funciones habituales de las CL en España, han derivado desde el ejercicio de la autoridad y el servicio a la vertebración del entramado social hacia una mayor prestación y provisión de bienes y servicios públicos esenciales. Y que, frente a esta evolución en cuanto a actividad los modelos de gestión empleados se mantienen sin apenas cambios, siendo su rigidez reglamentaria factor que limita su eficiencia en esa nueva función de prestación y provisión pública.

Es decir que, bajo una gestión burocrático-administrativa de la actividad pública local, se han venido desarrollando estructuras burocráticas más preocupadas por cuidar el modo en que se ejecutan las decisiones que en el resultado de estas (De la Mora, 1997; Albi *et al*, 2004; Ramió, 2009). La consecuencia de ello, pasa a ser la falta de adaptación de nuestras estructuras municipales a las exigencias derivadas de la evolución de su actividad principal (Rodríguez, 2004; Del Campo y Ferreiro, 2012).

Todo ello hace necesario promover un cambio organizativo y de gestión de nuestros Ayuntamientos y por extensión de toda la acción y relación política de la AL en España, tanto en

una dirección ascendente (otros niveles de la Administración) como descendente (ciudadanos), y donde la búsqueda de la calidad y rapidez en la provisión de los servicios locales es una reivindicación universal de todo ciudadano, a la vez cliente y contribuyente. Para ello, y como ocurre en toda empresa, es necesario contar con un personal y un equipamiento orientado a la consecución de ese fin, *satisfacer al cliente* (De la Mora, 1997; Ramió, 2009).

Por otra parte y como la Demanda Ciudadana respecto a la acción política ya no es ni estable ni predefinida y que la ciudadanía ya sólo legitima la acción pública desde la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos, el ciudadano soporta cada vez peor la lentitud burocrática y exige el trato de un cliente, al que se debe satisfacer lo antes y mejor posible. En este punto, la proximidad de las CL respecto al ciudadano, hace que sean éstas las mejor situadas a la hora de discriminar con eficacia las políticas que mejor satisfacen las necesidades de aquel.

En esa línea de reforzar la comunicación y fortalecer la gestión local un factor de cambio trascendente e imprescindible es el desarrollo tecnológico aplicado a la AL. Las nuevas tecnologías deben servir para impulsar y promover un intercambio de datos con calidad y seguridad y con ello ejercer de pilar sobre el cual desarrollar ese modelo de gestión hacia la eficiencia y la atención del ciudadano-cliente como objetivo prioritario. Los nuevos sistemas de información deben ser vistos como un factor con capacidad para modificar los procesos de la Administración hacia la gestión frente a la normativización (principio de legalidad) que caracteriza el quehacer de lo público, así como alentar la transparencia y acceso a los servicios de más interés para el ciudadano.

Las Nuevas Tecnologías de la Información (NTI), deben ser contempladas como una oportunidad para que la Administración se legitime respecto a la ciudadanía mediante una mayor calidad de los servicios: clientes satisfechos; y una mayor legitimización política a través de más ágiles mecanismos de participación pública: ciudadanos satisfechos gracias a la mejor atención pública posible. El ciudadano espera que las NTI promuevan a un bajo coste una mayor calidad de los servicios públicos y una mayor comodidad en su acceso sin caer en agravios sociales (Ramió, 2009), siendo la AL aquella donde la relación impuesto-gasto es más evidente para el ciudadano, siendo además el uso de esas NTI un factor de desburocratización y visualizador de la necesidad de reducir el tamaño de la Administración en general y de la AL en particular.

6 Consideraciones y valoraciones

Las CL han experimentado un extraordinario crecimiento tanto en su actividad básica como en la atribución de nuevas competencias, ya sean éstas propias o delegadas, situación que contrasta con su estructura administrativo-organizativa, la cual apenas sí ha mudado en un reducido número de cambios, más propiciados si cabe por las circunstancias que por un interés real o necesidad de mejora en su actuación, lo que ha provocado un desajuste tanto de adecuación como financiero en relación al entorno y medio en que actúa este nivel de la Administración más próximo al ciudadano.

Es por ello una necesidad racionalizar y reestructurar el marco operativo de nuestra AL, adaptándolo a una nueva realidad tanto económica, política como social, en la cual se debe atender de forma combinada a la necesidad y reforzamiento de la prestación de aquellos

servicios básicos e imprescindibles junto a la globalización e interacción socioeconómica, en donde las influencias de niveles de gobierno superiores al nacional condicionan el quehacer público con independencia del tamaño o territorio de actuación.

Pero, además de lo anterior, la situación se complica en la medida que esa nueva realidad socioeconómica a la que han de adaptarse las CL se asienta en un contexto de crisis y recesión, el cual se traduce en una insuficiencia creciente de sus recursos y una máxima de gastos a satisfacer por parte de las instituciones públicas locales que las conduce a la auto-exigencia de reducir su gasto global: corriente, inversor y estructural; y junto a ello la búsqueda de fuentes alternativas de financiación.

Sin embargo, la actuación a través de los mecanismos clásicos de la actividad financiera, los ingresos y gastos públicos, no es la única opción a la hora de equilibrar y sanear las cuentas de la Administración, siendo la mejora y reorganización de la estructura de la propia Administración una, hasta la fecha, apenas abordada, siendo aquí la AL por sus características: flexibilidad, heterogeneidad, diversidad, tamaño y dispersión, una de las que cuenta con más posibilidades de ajuste y modificación.

A tal objeto, el estudio planteado parte de la separación entre dos niveles o estructuras funcionales distintas dentro de la AL: de una parte, el aparato orgánico administrativo y demás entes dependientes que conforman la Administración paralela o Paraadministración, y de otra la distribución de la propia AL, donde cabe distinguir de forma especial por su actuación y relevancia a las Diputaciones y Ayuntamientos, siendo éstos por número y tamaño el marco más propicio para reestructurar la AL.

Decir como previo a los resultados obtenidos que, analizada la estructura local por CCAA en base a su población en los dos ámbitos de actuación estudiados, las posibilidades de reestructuración de la AL no son pocas:

1. Si nos referimos a los entes y organismos autónomos complementarios a la AL, ya no sólo destaca su número, 1.883, sino también por su actividad principal, donde la indefinición y carácter no esencial de la misma es su característica. Una cuarta parte de éstos aparecen como entidades no clasificables según la clasificación de actividad pública empleada por Naciones Unidas.

Profundizando en la distribución por CCAA, destaca su desigual peso territorial, donde se entremezclan casos como los de Navarra, Cataluña y País Vasco con una extensa Paraadministración en términos per-cápita, y que además, y sobre todo en los dos últimos casos, son CCAA con una AL poco dispersa, por lo que esa Administración complementaria no cabe justificarla a la hora de atender la dispersión y despoblamiento de su territorio. Cabría buscar la explicación a este hecho en que al coincidir con la que podemos definir como área de mayor desarrollo del país, y por ello de mayor capacidad financiera, han empleado parte de ésta en contar con una Administración más extensa, por encima de lo que la eficiencia aconseja. Frente al caso anterior, La Rioja, Cantabria o ambas Castillas, su realidad es la inversa: una reducida diversificación en número de entes y organismos dependientes de su AL, siendo Comunidades que no destacan por su capacidad financiera y sí por su despoblamiento y dispersión geográfica.



2. Mientras que en lo que hace referencia al número de municipios y su tamaño, 8.116, y de media más de 400 por comunidad, son varios los casos de Comunidades donde más del 75% de sus municipios no alcanzan los 1.000 habitantes, tal es el caso de: Aragón, Castilla La Mancha o La Rioja, o Navarra y Castilla León con más de 2/3 partes de los mismos en esas cifras.

En cuanto a la diversidad territorial del tamaño municipal, de nuevo se observan diferencias sustanciales, destacando el interior (excepto Madrid) de España, donde el minifundismo municipal es la norma, consecuencia ello en gran medida del despoblamiento de estas zonas donde la emigración hacia los núcleos urbanos de referencia, más dinámico y desarrollados fue su losa. Por el contrario, Cataluña, Madrid, País Vasco o Valencia son todas CCAA donde el tamaño municipal medio es considerable. En todas ellas el grado de urbanidad es alto y cuenta con áreas metropolitanas significativas, (significado % de municipios entre 20.000 y 50.000 hab.).

Combinando el estudio de los dos ámbitos administrativos analizados se observa una realidad inversa, que se puede escenificar bajo la siguiente regla:

- Paraadministración dependiente, CCAA desarrolladas y población concentrada.
- Administración Local minifundista, CCAA en desarrollo y población dispersa.

En consecuencia, y sólo tomando como referencia la población, varias son las Comunidades donde las posibilidades de reestructuración local son altas, tal es el caso de Aragón, Navarra, Cataluña, las dos Castillas y hasta Extremadura, atendiendo para ello al índice de máxima complejidad obtenido (IMAXCAT). El despoblamiento de gran número de municipios en España, especialmente del interior, limita y estrangula cualquier alternativa financiera que parta de su capacidad económica. Más del 60% de los municipios de España no alcanzan los 1.000 hab. y menos del 5% se pueden definir como ciudad en términos de concentración humana social y económica significada.

Por ello el minifundismo municipal, junto a la reducida funcionalidad de gran parte de los Organismos que componen la Administración periférica, actúan de acicates en aras de una propuesta de reestructuración para la AL mediante la fusión o reducción de municipios. A su vez, y atendiendo a la necesidad de garantizar el necesario equilibrio interterritorial en cuanto a una prestación básica de los servicios locales esenciales, una planta municipal de 5.000 habitantes se configura como una necesidad imperativa. Cualquier tamaño inferior a este sería poco eficiente en la prestación de los servicios propios de la AL, tanto en términos de financiación como de coste del servicio a prestar.

Ahora bien, al factor cuantitativo observado debemos añadirle otro cualitativo hasta no hace mucho imperceptible, la nueva concienciación acerca de la actuación pública, donde la eficacia y la eficiencia en su quehacer pasa de la retórica a la realidad. En este sentido dos factores juegan un papel trascendente: la percepción ciudadana creciente del coste de la actividad pública, y la concienciación acerca de la responsabilidad pública. El que gobierna no lo hace con su dinero, por lo que no sólo habrá de justificar en que gasta ese dinero, sino que también ha de ofrecer un resultado positivo.

La eficacia y la eficiencia en la gestión pública se convierten en una exigencia ciudadana, que también observa como todas las áreas de gestión y producción se modernizan, algo a lo que la acción pública no queda ajena, por lo que la implantación de nuevas tecnologías y la modernización procedimental en la Administración se ve como un factor de mejora en la prestación de los servicios más próximos al ciudadano.

7 Bibliografía

- Albi, E.; González-Páramo, J. M. y López Casasnovas, G.: *Gestión Pública: fundamentos, técnicas y casos*. Barcelona, Ariel Economía, 2000.
- Albi, E.; González-Páramo, J. M. y Zubiri, I.: *Economía Pública I: fundamentos, presupuesto y gasto: aspectos macroeconómicos*. Barcelona, Ariel Economía, 2004.
- Álvarez, X; Monasterio, C. y Suárez, J.: *Déficit e Endebedamento nas Facendas Territoriais Españolas*. Santiago de Compostela, Fundación Caixa Galicia, 1998.
- Arellano, D. y Lepore, W.: "Poder, patrón de dependencia y nuevo institucionalismo económico. Límites y restricciones de la literatura contemporánea". *Gestión y Política Pública*, volumen 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. y 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. y 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. y Tamayo, M.: "El Estudio de la opinión pública sobre las administraciones y las políticas públicas". *Gestión y Política Pública*, volumen 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 de la Administración Pública (REGAP), monográfico: A reforma local a debate, nº 47, enero-junio, 2014, pp.121-152.

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

- 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 y 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 y Fundación ICO, vol. 12, 1997, pp. 327-331.
- Del Campo, M. O. y 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. y Ferreiro, F.: "The Reform of the Local Administration in Spain in Terms of Population". *Journal of US-China Public Administration*, volumen 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*, volumen XVIII, nº 2 semestre, 2009, pp. 439-474.
- Garcés, M.; Marín, M.; García, A. Navarrete, F y 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. y Ruíz, E.: *Administración Pública*, Ciclo formativo de Grado Superior, Madrid, McGrawHill Interamericana de España, S.A.U., 2003.
- López, M^a.T. y Utrilla de la Hoz, A.: *Introducción al Sector Público Español*, Madrid, Editorial Civitas, Economía y Empresa, 1^a 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, enero-junio, 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. y 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. y 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*, volumen XXI, nº 2 septiembre, 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, volumen 6º, nº 2, 2011, pp. 21-34.
- Sánchez J.; Ordóñez 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, volumen 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 y 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.

regap



ESTUDIOS Y NOTAS

Procedemento antidumping
en México. Posible conflicto
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 BERECHCOHEA

Licenciado en Derecho
Maestría y Doctorado en Derecho por la Universidad Panamericana
Director académico de los programas de posgrado de Derecho Tributario
en dicha universidad y catedrático de la misma
Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT (México)
cespinosa@up.edu.mx

Recibido: 10/06/2014 | Aceptado: 22/04/2015

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

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 Introducción. 1.1 Qué es la Práctica Desleal de Comercio Internacional conocida como Dumping. 1.2 Qué son los Derechos Humanos. 2 Conflicto. 2.1 Jurisprudencia nacional. 3 Regulación en España. 4 Posible solución. 5 Bibliografía*

1 Introducción

Para nadie es desconocido que uno de los campos más fértiles de los Derechos Humanos dentro de la esfera jurídica de los gobernados en materia económica —sin soslayar desde luego los ámbitos civiles y políticos— es el referente al derecho humano al desarrollo, no solo recogido por el Pacto de San José¹, sino también por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales², o la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la ONU³ entre otros instrumentos internacionales.

Igual o mayor trascendencia merece el derecho humano reconocido por dicho Pacto en sus artículos 8, numeral 1, y 25 respecto a la garantía y protección judicial, concretamente en lo tocante a la tutela judicial efectiva.

Por su parte, la legislación mexicana encuentra en su Constitución Política un apartado enunciativo, más no limitativo de dichos derechos, bastando citar para estos efectos a los artículos 1, 17, 25 y 26. Y no solo no es limitativo, sino que en razón de las últimas reformas en la materia, se ha convertido en extensivo al exigir la aplicación de disposiciones protectoras de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales suscritos por nuestro país, permitiendo inclusive su interpretación difusa y aplicación *ex officio*.

Es muy probable que los conceptos protectores anteriores colisionen de manera frontal con el procedimiento de investigación tendiente a acreditar la existencia de la práctica desleal de comercio internacional denominada *dumping*, puesto que al parecer por una parte limitan el derecho humano al desarrollo vía una clara intrusión al derecho de igualdad, puesto que por el efecto económico que implican, inhiben y en ocasiones suprimen el mencionado desarrollo en igualdad de circunstancias, a la par que dicho procedimiento puede acabar siendo una trampa procesal para el afectado de la práctica desleal.

Bajo estos antecedentes, analizaremos lo dispuesto en las convenciones internacionales citadas, lo contenido en la parte conducente de la legislación mexicana, contrastándolo con los nuevos criterios de los tribunales, que al parecer hacen implicar que la solicitud de inicio del procedimiento administrativo tendiente a aplicar medidas antidumping⁴, se convierta en una trampa procesal.

1.1 Qué es la Práctica Desleal de Comercio Internacional conocida como *Dumping*

Como primer acercamiento diremos que ya en el siglo XVIII Adam Smith hablaba del *dumping* como la concesión de primas a la exportación y el estímulo de exportaciones mediante el establecimiento de precios inferiores a los practicados en el mercado interno⁵.

1 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2 Adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, siendo adherente nuestro país el 23 de marzo de 1981 y promulgado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 12 de mayo de 1981.

3 Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada y proclamada en la 97 sesión plenaria de la AG, el 4 de diciembre de 1986.

4 Los derechos antidumping en la legislación mexicana se conocen como cuotas compensatorias.

5 Cfr. Cruz Barney, Oscar, *Antidumping*, Bosch, Barcelona, 2013, pág. 7.

Para nuestra Ley de Comercio Exterior, la práctica desleal conocida internacionalmente como *dumping* es definida como la importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios en el país exportador, que causen daño a una rama de la producción nacional de mercancías idénticas o similares⁶.

Witker define el concepto anterior como "...la práctica desleal que ejecutan las empresas, consistente en introducir mercancías originarias o procedentes de cualquier país en el mercado de otro a un precio inferior a su valor normal (precio ex-work-fábrica) y que daña o amenaza dañar a los productores nacionales de artículos idénticos o similares"⁷. En tanto que la Secretaría de Estado de Comercio del Ministerio de Economía y Competitividad del gobierno español lo califica de esa manera "cuando un suministrador extranjero practica precios inferiores a los que aplica en su propio país"⁸ y tratándose de la Comunidad Europea, el Reglamento (CE) No. 1225/2009 del Consejo lo define en los términos siguientes: "Se considerará que un producto es objeto de *dumping* cuando su precio de exportación a la Comunidad sea inferior, en el curso de operaciones comerciales normales, al precio comparable establecido para el producto similar en el país de exportación"⁹.

Regresando a la Ley Mexicana que nos ocupa, más adelante detalla lo que se considera que se incurre en la discriminación de precios aludida, cuando se introduce mercancía a nuestro país a un precio inferior de su valor normal¹⁰.

Solo como referencia, el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (en lo sucesivo GATT 94) define esta acción de la siguiente manera: "...se considerará que un producto es objeto de *dumping*, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador"¹¹.

Por lo anterior, es claro que nuestra Ley de Comercio Exterior recoge el concepto de discriminación de precios (*dumping*) del GATT 94.

1.2 Qué son los Derechos Humanos

Solo a manera introductoria y sin ánimo de ser prolijo en su profundidad, tratemos de definir o al menos mantener una definición del concepto derechos humanos. Como bien nos lo anticipa Álvarez Ledesma "el concepto 'derechos humanos', como muchos otros con los que se trabaja en el ámbito jurídico, es utilizado con particular imprecisión. De hecho para referirse a la idea de derechos humanos se acude a varias expresiones supuestamente

6 Art. 28 Ley de Comercio Exterior.

7 Witker Velásquez, Jorge Alberto, Derecho del Comercio Exterior, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011, pág. 510.

8 <http://www.comercio.mineco.gob.es/es-ES/comercio-exterior/politica-comercial/medidas-defensa-comercial/Paginas/antidumping.aspx> (visitada el 04/03/2015).

9 Reglamento (CE) No 1225/2009 del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de *dumping* por parte de países no miembros de la Comunidad Europea.

10 Art. 30, Ley de Comercio Exterior.

11 Artículo 2.1, http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm (visitada el 09/05/2014).

sinónimas. Podrían enumerarse, entre éstas, conceptos como derechos naturales, derechos innatos, derechos subjetivos públicos, garantías individuales, principios generales del derecho o derechos fundamentales”¹².

Continúa este autor citando a Gregorio Peces-Barba para demostrar lo equívoco del concepto que nos concierne “[...] nos da ya, en una primera aproximación, noticia de la dificultad. Se encierran en esas simples palabras significados distintos, apoyados en fundamentos ideológicos y filosóficos también diferentes”¹³.

Consecuentemente y a falta de espacio quedémonos para los efectos de este apartado con que “los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles”¹⁴.

Habiendo quedado definidos *grosso modo* los principales conceptos sobre los que versará el presente, en la parte siguiente trataremos de acreditar el posible conflicto entre ambos a partir de la solicitud de inicio del procedimiento administrativo tendiente a acreditar su existencia y por tanto paliar, a través de la imposición de derechos antidumping, o como es en el caso mexicano, de cuotas compensatorias, para en el tercer y último apartado presentar una alternativa de solución.

2 Conflicto

El problema detectado se deriva del claro choque entre los derechos humanos a la igualdad, desarrollo, competencia económica y tutela judicial efectiva (a raíz de las recientes reformas en materia de Derechos Humanos y su interpretación por parte del Poder Judicial), con el procedimiento de investigación para determinar la existencia del *dumping* como prácticas económicas identificadas como desleales de comercio internacional, que afectan de manera directa a la referida igualdad entre diversos agentes económicos, inhibiendo el desarrollo y libre competencia, pudiendo acabar dicho procedimiento en una verdadera trampa procesal que niegue la protección del Estado al afectado.

Antes de abordar con detalle la manera en que se presenta la colisión de derechos arriba citada, es menester destacar que el presente no es un tema novedoso y que está empezando a ser recogido por diversas organizaciones protectoras de derechos humanos. Así tenemos que, como opina Luis Guillermo Casas Pérez¹⁵, “nuestro punto de partida, es la hipótesis de que los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las Convenciones de la Organización Internacional de Trabajo –incluyendo el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y, la Declaración de Naciones Unidas de 1986 que establece que el derecho al desarrollo es

12 Álvarez Ledesma, Mario I, *Acerca del Concepto Derechos Humanos*, Editorial McGraw-Hill, México, 1999, pág. 1.

13 *Idem*.

14 <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx> (visitada el 08/04/2014).

15 Secretario Ejecutivo de CIFCA y Secretario General de la FIDH.

un derecho humano—; están siendo exponencialmente vulnerados por los acuerdos de libre comercio y/o los acuerdos de protección de inversiones”¹⁶.

Antes de continuar resulta pertinente aclarar que con la expresión agentes económicos, nos referimos a las personas físicas titulares de los derechos humanos inalienables que deben garantizar los Estados, puesto que pueden actuar en el ámbito mercantil, económico o comercial *per se* o a través de otras formas de organización lícitas, pero siempre detrás de ellas estarán esos sujetos de derechos humanos.

Aclarado lo anterior, es importante traer a colación lo que la Organización de Estados Americanos a través del Pacto de San José menciona sobre los derechos humanos al describirlos como “derechos esenciales del hombre que no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”¹⁷; quedando más que evidente que dicho reconocimiento y protección no son exclusivos de los firmantes del Pacto mencionado, o incluso de todos los pueblos americanos, sino que “estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional”¹⁸. Por lo anterior, es clara la universalidad de los mismos y como tales, su reconocimiento, defensa y franca tutela no debe quedar de manera alguna limitada a ámbitos regionales o públicos, sino que abarcan todo el espectro de actuación humana.

A lo anterior habrá que agregar lo que nos dice Jorge Witker en su libro Derecho de la Competencia Económica en México, respecto del derecho a la competencia, definiéndolo como “una rama del derecho económico que se integra por el conjunto de normas que regulan conductas anticompetitivas de los agentes económicos públicos y privados, conductas que pueden tomar diversas formas: prácticas desleales de comercio internacional, o actividades que lesionen los intereses de los consumidores o que vulnere la protección a la propiedad intelectual. El elemento común de estas prácticas es que lesionan o restringen la competencia en los mercados, afectando precios de bienes y servicios, y dañando a productores, distribuidores y consumidores”¹⁹.

Continúa diciendo el académico Witker en la misma obra que “en un sistema económico de libre mercado, la competencia se traduce en la concurrencia o coincidencia de oferentes y demandantes de bienes o servicios en un mercado delimitado en un sentido geográfico, tem-

16 Reflexiones de cara a las próximas negociaciones de acuerdos de asociación entre la Unión Europea con AC y con la CAN. Impacto de los temas Singapur sobre los derechos humanos y la autodeterminación de los pueblos. <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 el 28/04/2014).

17 Preámbulo Convención Americana sobre Derechos Humanos.

18 *Idem*.

19 Witker Jorge y Varela Angélica, Derecho de la Competencia Económica en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, pág. 1.

poral y productivo, con la finalidad de obtener un bien o servicio (o una ganancia) en las mejores condiciones de utilidad y precio, dado un ambiente de rivalidad entre competidores”²⁰.

Con los aportes recién transcritos, se evidencia que para que se pueda dar el cabal desarrollo económico de los integrantes de un Estado, forzosamente se requerirán condiciones de igualdad de acceso a los mercados entre los agentes económicos mencionados, lo cual es claro que no se puede dar cuando están presentes prácticas predatorias de precios o subsidios, que no solo no incentivan como debiera ser debido, sino que abiertamente inhiben el desarrollo económico.

Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas concede un amplio espectro al concepto desarrollo, entendiéndolo como “un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan”²¹ con lo que queda abiertamente manifiesto que el derecho a la competencia económica que refería Witker líneas arriba es de considerarse como un derecho humano digno de ser ampliamente tutelado por los Estados.

En abundancia, la propia Declaración que nos ocupa reconoce “que la persona humana es el sujeto central del proceso de desarrollo y que toda política de desarrollo debe por ello considerar al ser humano como participante y beneficiario principal del desarrollo”²², por lo que es precisamente el ser humano, ya sea actuando de manera directa o asociado con otros seres humanos (entes corporativos), el beneficiario de toda la protección en materia de derechos humanos encaminados a la obtención y sustento del desarrollo económico.

Corroborar lo anterior el numeral 3 del artículo 3 de la Declaración, al reconocer que “los Estados tienen el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo. Los Estados deben realizar sus derechos y deberes de modo que promuevan un nuevo orden económico internacional basado en la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados, y que fomenten la observancia y disfrute de los derechos humanos”²³.

También es susceptible de traer a colación el contenido de otro tratado internacional suscrito y ratificado por nuestro país, como lo es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través del cual, en su artículo 7, los Estados parte del mismo reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

Una vez descritos algunos de los compromisos internacionales suscritos por nuestro país en materia de desarrollo y competencia económica, mencionaremos algunos en lo tocante a la tutela judicial efectiva, la cual se encuentra comprendida dentro de las garantías judiciales y de protección efectiva previstas respectivamente en los artículos 8, numeral 1, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales implican de manera muy somera lo siguiente, situación que también se desprende de una interpretación armónica del arábigo 17 constitucional mexicano:

20 *Ibidem*, pág. 3.

21 Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la ONU.

22 *Idem*.

23 *Ibidem*.

El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, quedando la materia del comercio internacional perfectamente inserta dentro de esta tutela.

Adicionalmente debe existir un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales, que será resuelto por la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga, siendo cumplido por parte de las autoridades competentes, según la decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Con base en lo anterior, ya podemos ahora desentrañar el por qué es importante que los hayamos traído a colación, puesto que si el objetivo fundamental del derecho de la competencia es lograr mercados competitivos, se justifica una regulación Estatal, así como la sanción a prácticas anticompetitivas, puesto que el primer interés protegido por el derecho que nos ocupa es la libre concurrencia y competencia de los mercados, para que cualquier miembro de la sociedad acceda en condiciones de igualdad a cualquier mercado de bienes o servicios y en caso que exista una práctica desleal que se lo impida, tenga en su favor mecanismos claros y accesibles para hacer frente a dichas prácticas, que deberán ser administrados por el Estado.

Como ya lo habíamos anticipado, es evidente que en la medida en que existan prácticas predatorias en los mercados citados, el acceso en condiciones de igualdad será fuertemente inhibido o suprimido, entorpeciendo y negando con ello el derecho al desarrollo económico.

Baste imaginar un productor mexicano de cualquier tipo de bien, digamos para efectos ejemplificativos —del presente ensayo— de licuadoras de la fracción arancelaria 8509.40.01, las cuales se integran, también para efectos de este ejemplo de una carcasa, motor y vaso de vidrio y que vende en el mercado nacional a través de su propia red de comercialización.

No obstante, existe un productor extranjero que exporta a través de su filial en México una licuadora de calidad similar, también de la fracción arancelaria 8509.40.01, pero a un precio 50% inferior a su valor normal en su país de origen y en cantidades similares a las producidas por el fabricante mexicano.

La colisión en los derechos humanos de igualdad, desarrollo económico y competencia del mexicano queda claramente acreditada por el simple hecho de que dejará de vender sus productos no por razón de calidad, sino por la práctica depredatoria en precio implicada en la importación y comercialización de la licuadora extranjera, lo que ocasionará un fuerte daño tanto al productor nacional, como de quienes les suministran los insumos para la fabricación de la licuadora, repercutiendo además en la disminución de puntos de venta, personal que venda el producto, gastos de publicidad, transporte, etc., etc., etc., en tanto que algunos requisitos establecidos en la Ley de Comercio Exterior y su Reglamento fijados para la procedencia de la defensa del productor nacional, pueden implicar una clara negación al principio de tutela judicial efectiva.

regap



ESTUDIOS Y NOTAS

Desde las reformas constitucionales publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el pasado 10 de junio del 2011, se ha iniciado la obligación de analizar el contenido y alcance de los derechos humanos a partir del principio *pro persona* entendido como criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, razón por la cual invariablemente se tendrá que preferir la interpretación más extensiva y favorable para el peticionario cuando se trata de reconocer derechos protegidos, así como por otro lado preferir la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria.

Lo anterior denota que lo que subyace en la nueva manera de ver el derecho a través de los derechos humanos, es otorgar un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios.

En abundancia, el nuevo control de constitucionalidad difuso ya señalado debe aplicarse de manera *ex officio*, (es decir, sin que sea solicitado invocado por las partes sujetas al conflicto) por parte de cualquier autoridad en la esfera de su competencia, quedando obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados y ratificados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*, aun cuando no sean solicitados expresamente por el ciudadano, lo que implicaría una suerte de suplencia de la queja en cualquier proceso o procedimiento, sea o no, seguido en forma de juicio.

2.1 Jurisprudencia nacional

El nuevo paradigma constitucional a que nos referimos, encuentra sustento jurisprudencial entre otras en las siguientes tesis jurisprudenciales que transcribiré, aclarando que por razones de espacio otras tantas serán omitidas y que la pertinencia de la transcripción obedece a dar a conocer el criterio de los tribunales mexicanos en la materia que abordamos en este ensayo:

PRINCIPIOS DE FAVORECIMIENTO DE LA ACCIÓN (PRO ACTIONE), DE SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS PROCESALES Y DE CONSERVACIÓN DE LAS ACTUACIONES, INTEGRANTES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU APLICACIÓN EN EL PROCESO. En aplicación de estos principios, inspirados en el artículo 17 de la Constitución Federal y en el diverso numeral 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que forman parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, **los órganos judiciales están obligados: a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, con el objeto de evitar la imposición de formulismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, así como el convertir cualquier irregularidad formal en obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y la obtención de una resolución de fondo (favorecimiento de la acción); a apreciar, conforme al principio de proporcionalidad que impone un distinto tratamiento a los diversos grados de defectuosidad de los actos, los vicios en que pudieran incurrir las partes y a partir de las circunstancias concurrentes, la trascendencia práctica e incluso a la voluntad del autor, dar la oportunidad de corregirlos o inclusive, suplir**

de oficio los defectos advertidos, cuando ello sea necesario para preservar el derecho fundamental en cita, con la única limitante de no afectar las garantías procesales de la parte contraria (subsanción de los defectos procesales) y, a imponer la conservación de aquellos actos procesales que no se ven afectados por una decisión posterior, en aras de evitar repeticiones inútiles que nada añadirían y sí, en cambio, afectarían el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el principio de economía procesal (conservación de actuaciones)²⁴.

Énfasis añadido

CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. CUANDO UN DERECHO HUMANO ESTÉ RECONOCIDO EN NORMAS DE ÁMBITOS DISTINTOS, UNO NACIONAL Y OTRO INTERNACIONAL, EL JUEZ NO DEBE EJERCERLO EN TODOS LOS CASOS PARA RESOLVER UN CASO CONCRETO, SINO REALIZAR UN EJERCICIO PREVIO DE PONDERACIÓN ENTRE AMBAS PARA VERIFICAR CUÁL DE ELLAS CONCEDE UNA MAYOR EFICACIA PROTECTORA A LA PERSONA. La reforma constitucional de 10 de junio de 2011 incorporó al régimen de derecho del país tres elementos nuevos para expandir la cobertura protectora de las herramientas jurídicas a disposición de los ciudadanos en materia de derechos humanos: 1. La obligación de todas las autoridades de proteger no sólo los derechos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; 2. La interpretación conforme a la Constitución para favorecer en todo tiempo la protección más amplia y, 3. La obligación de proteger y garantizar esos derechos de acuerdo con los principios rectores en la materia; de ahí que **el punto total de dicha reforma fue maximizar la protección de los derechos humanos** con independencia del tipo de legislación donde se consagren. En ese contexto, cuando un derecho humano esté reconocido en normas de ámbitos distintos –uno nacional y otro internacional– no debe acudir en todos los casos al derecho externo para resolver un caso concreto, en desmedro del sistema normativo interno; más bien, como requisito previo, **el juez debe realizar un ejercicio de ponderación entre ambas normativas para verificar cuál de ellas otorga una mayor eficacia protectora a la persona, pues sólo cuando la protección internacional es mayor o más eficaz que la nacional, debe ejercerse el control difuso de convencionalidad ex officio** como parámetro de solución²⁵.

Énfasis añadido

Finalmente, es importante comentar que en reciente contradicción de tesis²⁶, el Pleno de nuestra Corte Suprema resolvió que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana

24 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro: 2002600, Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 3, Material(s): Constitucional, Tesis: I.3o.C. J/4 (10a.). Página: 1829.

25 Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Registro: 2005941, Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II, Material(s): Común, Tesis: (III Región) 5o. J/10 (10a.). Página: 1358. Esta tesis se publicó el viernes, 21 de marzo de 2014, a las 11:03 horas, en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes, 24 de marzo de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

26 293/2011.

regap



ESTUDIOS Y NOTAS

de Derechos Humanos, con independencia de que nuestro país haya sido o no, parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado²⁷.

Con toda seguridad más de un lector pueda cuestionar como aparente el problema detectado en el numeral anterior, aduciendo que no sólo la Ley de Comercio Exterior, sino también otro instrumento internacional como el GATT 94²⁸, mejor conocido como Código Antidumping, contienen un mecanismo para confrontar a la práctica desleal de comercio internacional conocida mundialmente como *dumping*, y regulada en nuestro país como discriminación de precios.

Como referencia, baste decir que las normas actuales del GATT 94 proceden como resultado de la Ronda Uruguay de dicho organismo.

No obstante lo anterior y sin el menor ánimo de negar efectividad y fuerza jurídica a los instrumentos recién señalados, soy de la opinión que algunas de sus disposiciones colisionan claramente con el nuevo paradigma constitucional que se ha dado en México desde la reforma en 2011 en materia de Derechos Humanos.

Para aclarar lo anterior y profundizar de inmediato en el tema, me permitiré transcribir en lo conducente la redacción vigente del artículo 1º de nuestro texto constitucional:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

[...]”

27 JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Registro: 2006225, Pleno, Jurisprudencia, Publicación: viernes 25 de abril de 2014, 09:32 h, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.).

28 General Agreement on Tariffs and Trade, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio al cual pertenece nuestro país desde 1986 y que en 1995 se convirtió en la Organización Mundial de Comercio, WTO, por sus siglas en inglés.

Énfasis añadido

De la simple lectura que se sirva dar el lector a la porción normativa del artículo recién transcrito, podrá advertir el claro espíritu proteccionista de los derechos humanos, no solo reconocidos por nuestra constitución, sino por cualquier tratado internacional del que México sea parte. Lo anterior, adminiculado con la primera parte del presente ensayo implica que dentro del amplio espectro de los derechos humanos que tutela nuestra constitución y/o los tratados sobre la materia se encuentran el derecho humano a la igualdad, desarrollo y competencia económica y tutela judicial efectiva entre otros, los cuales primarán sobre otras disposiciones de menor jerarquía sustancial que no atiendan ni satisfagan el principio *pro persona*.

Recordando el ejemplo con el que se pretende acreditar la colisión de derechos, tenemos que las disposiciones en materia de prácticas desleales de comercio internacional recogidas en el Código Antidumping del GATT, hoy OMC²⁹ o la Ley de Comercio Exterior quedan muy cortas para salvaguardar los derechos humanos a que hice referencia en el párrafo que antecede, puesto que en ocasiones el procedimiento para lograr su existencia y en consecuencia defensa a través de la imposición de cuotas compensatorias, está plagado de disposiciones que se pueden considerar como trampas procesales.

Sin posibilidad de ser exhaustivo, ya que la metodología del presente ensayo no lo permite, comentaré un par de disposiciones básicas en materia del procedimiento para la determinación de prácticas desleales de comercio internacional que demostrarán ampliamente el problema detectado, para posteriormente proponer un esquema de solución.

Así las cosas, es de todos conocido que uno de los requisitos de procedencia del referido procedimiento en materia de Prácticas Desleales de Comercio Internacional que se pretenda instaurar ante la UPCI³⁰, será que el solicitante, en los términos de la Ley de Comercio Exterior:

“Artículo 50. La solicitud podrá ser presentada por organizaciones legalmente constituidas, personas físicas o morales productoras:

I. De mercancías idénticas o similares a aquéllas que se estén importando o pretendan importarse en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional, o

[...]

Los solicitantes deberán ser representativos de cuando menos el 25% de la producción total de la mercancía idéntica o similar, o directamente competidora, producida por la rama de producción nacional.

[...]”.

29 Organización Mundial de Comercio de la cual nuestro país es miembro desde su creación con el Acuerdo de Marrakech adoptado en la Ronda Uruguay del GATT.

30 La Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía, es la unidad administrativa del Gobierno de México encargada de llevar a cabo investigaciones en materia de prácticas desleales de comercio internacional y salvaguardas. <http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/industria-y-comercio/upci> (visitada el 18/04/2014).

Énfasis añadido

Es de recalcar, que el legislador nacional incorporó la disposición anterior con base en el GATT 94 que en su artículo 5 establece:

5.1 Salvo en el caso previsto en el párrafo 6, las investigaciones encaminadas a determinar la existencia, el grado y los efectos de un supuesto *dumping* se iniciarán previa solicitud escrita hecha por la rama de producción nacional o en nombre de ella.

[...]

5.4 No se iniciará una investigación de conformidad con el párrafo 1 si las autoridades no han determinado, basándose en el examen del grado de apoyo o de oposición a la solicitud expresado por los productores nacionales del producto similar, que la solicitud ha sido hecha por o en nombre de la rama de producción nacional. La solicitud se considerará hecha “por la rama de producción nacional o en nombre de ella” cuando esté apoyada por productores nacionales cuya producción conjunta represente más del 50 por ciento de la producción total del producto similar producido por la parte de la rama de producción nacional que manifieste su apoyo o su oposición a la solicitud. **No obstante, no se iniciará ninguna investigación cuando los productores nacionales que apoyen expresamente la solicitud representen menos del 25 por ciento de la producción total del producto similar producido por la rama de producción nacional.**

[...]³¹

Énfasis añadido

Relacionando las normas recién transcritas con el ejemplo utilizado, trae como consecuencia que el productor de licuadoras de marras debe necesariamente ser representativo de cuando menos el 25% de la producción total de la mercancía idéntica o similar, o directamente competidora a la que es objeto de *dumping*³², o bien asociarse con dicho porcentaje de productores nacionales para efectos de presentar la solicitud correspondiente.

Dicha disposición la noto claramente atentatoria al nuevo paradigma de derechos humanos e interpretación *pro persona*, ya que con independencia de que en ocasiones es una carga administrativa nada fácil de subsanar, puede convertirse en una trampa procesal al no poder satisfacer el requisito aludido y en consecuencia se le estaría poniendo en un claro ejemplo de denegación de justicia.

Es claro que en ocasiones los industriales nacionales están organizados satisfactoriamente a través de Cámaras de industria o comercio, pero no siempre sucede así y la redacción del artículo 50 aludida, pudiera implicar que aquellos productores que representen el 24.99% de la producción total de la mercancía idéntica o similar, o directamente competidora a la que es objeto de *dumping*, quedarán sin protección alguna, situación que a todas luces es

31 http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm (visitada el 25/04/2014).

32 Recordemos que para efectos del presente, el problema lo ubicamos con un competidor que importa licuadoras similares a las del productor mexicano, pero a un precio 50% por debajo de su valor normal en su país de origen y en cantidades similares a las producidas por el fabricante mexicano.

aberrante, puesto que se les obliga a asociarse para efectos de la defensa ante la práctica desleal, con sus competidores nacionales.

No hay que olvidar que por virtud del artículo 8 del Pacto de San José, toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; mientras que el artículo 25 de la misma Convención establece, en términos generales, la obligación de los Estados de garantizar lo siguiente: la existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales; que la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga; el desarrollo de las posibilidades de recurso judicial; y el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Sin embargo, dicho derecho fundamental previsto como el género de acceso a la impartición de justicia o tutela judicial efectiva, se encuentra detallado a su vez por diversas especies de garantías o mecanismos tendentes a hacer efectiva su protección, cuya fuente se encuentra en el derecho internacional, y que consisten en las garantías judiciales y de protección efectiva previstas respectivamente en los artículos 8, numeral 1, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las garantías mencionadas subyacen en el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, y detallan sus alcances en cuanto establecen lo siguiente:

1. El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. La existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales.
3. El requisito de que sea la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga.
4. El desarrollo de las posibilidades de recurso judicial; y,
5. El cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por tanto, atento al nuevo paradigma del orden jurídico nacional surgido en virtud de las reformas que en materia de derechos humanos se realizaron a nuestra Carta Magna, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011 y a la reciente contradicción de tesis 293/2011 se estima que el artículo 17 constitucional establece como género el derecho fundamental de acceso a la justicia con los principios que se derivan de ese propio precepto (justicia pronta, completa, imparcial y gratuita), mientras que los artículos 8, numeral 1, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevén garantías o mecanismos que como especies de aquél subyacen en el precepto constitucional mencionado, de tal manera

que no constituyen cuestiones distintas o accesorias a esa prerrogativa fundamental; sino que tienden más bien a especificar y a hacer efectivo el derecho mencionado, debiendo interpretarse la totalidad de dichos preceptos de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados, atento al principio *pro homine* o *pro persona*, la interpretación más favorable que les permita el más amplio acceso a la impartición de justicia.

No pasa desapercibido a quien redacta estas líneas que pudiera parecer que las disposiciones recién invocadas escapan a la etapa administrativa y solo resultan aplicables a la judicial o jurisdiccional, situación que a todas luces sería inconsistente con un sistema de interpretación difuso de la constitución *pro persona*, ya que indirectamente parecería que la justicia estaría atenta a esperar la violación de la esfera jurídica del ciudadano en la etapa administrativa, para tratar de protegerlo en la judicial, cuando dicha posición es claramente carente de sentido. *Mutatis mutandis* sería como establecer una campaña de salud promoviendo que la ciudadanía se enferme para entonces poder utilizar una política pública en materia sanitaria de reparto de medicinas, cuando lo mejor es la prevención.

Así, en el caso que nos ocupa, no debemos esperar hasta que el problema llegue a la justicia contencioso-administrativa o judicial para así salvaguardar el derecho humano a la tutela judicial efectiva, con el que se garantizaría también el diverso de igualdad y competencia, máxime que el tercer párrafo del artículo 1º constitucional mexicano es claro al establecer:

“[...]

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

[...]”

No soslayo el tema que sería poco práctico económica y administrativamente el instaurar procedimientos en materia de prácticas desleales de comercio internacional a instancia de pequeños productores o fabricantes artesanales con un volumen de penetración en el mercado muy bajo, pero establecer el límite en el 25% lo considero muy alto, puesto que una de dos: O sólo se le permite el acceso al procedimiento a muy grandes productores, o bien, se obliga a los pequeños fabricantes a asociarse para efectos del procedimiento de investigación en materia de prácticas desleales de comercio internacional con su competencia directa, es decir, otros productores nacionales, situación que no parece ser ni con mucho, la ideal.

Por si lo anterior fuera poco, por disposición del numeral 49 de la Ley de Comercio Exterior se desprende que el inicio del procedimiento de investigación en materia de prácticas desleales de comercio internacional a instancia de parte, requerirá el llenado de una solicitud, la cual contiene requisitos que también podrían considerarse como trampas procesales.

El contenido de la solicitud de referencia está enlistado en el arábigo 75 del Reglamento de la Ley que nos ocupa, el cual fue recientemente modificado (el 22 de mayo del 2014) y en la parte conducente es del tenor siguiente (aclarando que omitiré aquellos lineamientos

que opino puedan dejar de considerarse *per se* como obstáculos del derecho humano de tutela judicial efectiva):

Artículo 75. La solicitud de parte interesada por la que se inicie una investigación administrativa en materia de prácticas desleales de comercio internacional, además de presentarse por escrito y de cumplir con los requisitos previstos en los artículos 50 y 51 de la Ley, se presentará con el formulario que expida la Secretaría. Dicha solicitud contendrá lo siguiente:

[...]

IV. **Volumen y valor de la producción nacional del producto** idéntico o similar al de importación;

V. **Descripción de la participación del promovente, en volumen y valor**, en la producción nacional;

[...]

VII. Descripción de la mercancía de cuya importación se trate, acompañando las especificaciones y características comparativamente con la de producción nacional y, los demás datos que la individualicen; **el volumen y valor que se importó o pretendía importarse** con base en la unidad de medida correspondiente y su clasificación arancelaria conforme a la Tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación;

VIII. **Nombre o razón social y domicilio de las personas que se tenga conocimiento efectuaron la importación o de quienes pretenden realizarla**, aclarando si dicha importación se realizó o realizará en una o varias operaciones;

IX. **Nombre del país o países de origen y de procedencia de la mercancía, según se trate, y el nombre o razón social de la persona o personas que se tenga conocimiento que realizaron o pretendan realizar la exportación presuntamente en condiciones desleales a México**;

[...]³³

Énfasis añadido

Como se podrá apreciar fácilmente con la simple lectura de los fragmentos del artículo recién citado, existe más de un requisito prácticamente de imposible satisfacción por parte del solicitante, como a continuación pretenderé demostrar:

Referente a las fracciones IV y V, se obliga al productor solicitante del inicio del procedimiento, a conocer su participación y descripción en valor y volumen de la producción nacional de la rama industrial de que se trate. Para poder obtener dichas cifras, debe conocer las relativas a la producción nacional, que en el mejor de los casos pueda ofrecer la Secretaría de Economía, como del INEGI³⁴. Respecto de éste instituto, cabe decir que la información de la que

33 http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5345708&fecha=22/05/2014 (visitada el 03/06/2014).

34 Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

dispone no es lo suficientemente actualizada como para poder acreditar los extremos que solicita la UPCI a través de la solicitud de inicio del procedimiento contra prácticas desleales de comercio internacional.

Se arriba a la conclusión anterior, con la simple transcripción del contenido la página web del INEGI, que al referirse al censo económico 2014, dispone:

“Este gran proyecto nacional tiene como objetivo obtener información estadística básica, referida al año 2013, sobre todos los establecimientos productores de bienes, comercializadores de mercancías y prestadores de servicios, para generar indicadores económicos de México a un gran nivel de detalle geográfico, sectorial y temático.

Los Censos Económicos 2014 serán el operativo número 18 de su tipo y contará con un universo estimado de 5.7 millones de unidades económicas, cubriendo todo el territorio nacional mediante un recorrido exhaustivo, manzana por manzana y tocando puerta por puerta (para las localidades menores a 2.500 habitantes se recorrerá una muestra)”³⁵.

Lo anterior claramente significa que durante 2014 se llevará a cabo la labor de levantar el censo correspondiente y en consecuencia, en el mejor de los casos, será en 2015 cuando se tenga la información disponible referente a 2013, es decir, al menos la información tendrá dos años de antigüedad, lo que implicará una distorsión en la información que pueda utilizar el solicitante del procedimiento que nos atañe y que tal vez sea la causa de su rechazo, al no poder satisfacer debidamente los requisitos de procedencia establecidos.

Por otra parte, respecto de las fracciones VII, VIII y IX referentes a la cantidad y valor de la mercancía importada, identificada por la fracción arancelaria utilizada en su introducción, así como el nombre del importador y el país de origen o procedencia de la referida mercancía, se está frente a un problema más grande todavía.

La información anterior razonablemente se pudiera obtener, en la medida que el solicitante contara con los pedimentos de importación y documentación aduanera de soporte de los mismos. Sin embargo, existen al menos un par de disposiciones legales que impiden tal hecho.

Por una parte, se encuentra el artículo 69 del Código Fiscal de la Federación que en la parte que nos interesa, dispone lo siguiente:

“El personal oficial que intervenga en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias estará obligado a guardar absoluta reserva en lo concerniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes o por terceros con ellos relacionados, así como los obtenidos en el ejercicio de las facultades de comprobación. Dicha reserva no comprenderá los casos que señalen las leyes fiscales y aquellos en que deban suministrarse datos a los funcionarios encargados de la administración y de la defensa de los intereses fiscales federales, a las autoridades judiciales en procesos del orden penal o a los Tribunales competentes que conozcan de pensiones alimenticias o en el supuesto previsto en el artículo 63 de este Código. Dicha reserva tampoco comprenderá la información relativa a los créditos fiscales firmes de los contribuyentes, que las autoridades fiscales proporcionen a las sociedades de información crediticia que obtengan autorización de la Secretaría de Hacienda y

35 <http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/ce/ce2014/> (visitada el 25/04/2014).

Crédito Público de conformidad con la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, ni la que se proporcione para efectos de la notificación por terceros a que se refiere el último párrafo del artículo 134 de este Código, ni la que se proporcione a un contribuyente para verificar la información contenida en los comprobantes fiscales digitales por Internet que se pretenda deducir o acreditar, expedidos a su nombre en los términos de este ordenamiento.

[...]

De igual forma se podrá proporcionar al Instituto Nacional de Estadística y Geografía información de los contribuyentes para el ejercicio de sus atribuciones.

A la información comunicada al Instituto Nacional de Estadística y Geografía, le serán aplicables las disposiciones que sobre confidencialidad de la información determine el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en términos de la Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica y de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Sólo podrá ser objeto de difusión pública la información estadística que el Instituto Nacional de Estadística y Geografía obtenga con los datos a que se refiere el presente artículo.

[...]”

Énfasis añadido

Así las cosas, es importante tomar en consideración que el pedimento de importación, documento a través del cual se pudiera obtener la información requerida en las fracciones VII, VIII y IX antes mencionadas, es decir, de la fracción XVI del artículo 2 de la Ley Aduanera:

“Pedimento, la declaración en documento electrónico, generada y transmitida respecto del cumplimiento de los ordenamientos que gravan y regulan la entrada o salida de mercancías del territorio nacional, en la que se contiene la información relativa a las mercancías, el tráfico y régimen aduanero al que se destinan, y los demás datos exigidos para cumplir con las formalidades de su entrada o salida del territorio nacional, así como la exigida conforme a las disposiciones aplicables”.

por lo que claramente cae dentro del rubro de protección de la primera parte del primer párrafo del artículo 69 del Código Fiscal de la Federación, líneas arriba citado.

En abundancia, se destaca que no solo existe un impedimento legal para obtener de las autoridades aduaneras³⁶ la información que requiere el formulario de solicitud de inicio de un procedimiento en materia de prácticas desleales de comercio internacional, sino que también lo hay para obtener la referida información por parte de los particulares.

Situación anterior que se corrobora con la simple lectura, entre otros, del numeral 8 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, que al efecto dispone:

36 Y autoridades hacendarias en general, incluyendo por supuesto las del Servicio de Administración Tributaria.

“Todo tratamiento de datos personales estará sujeto al consentimiento de su titular, salvo las excepciones previstas por la presente Ley.

El consentimiento será expreso cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos.

Se entenderá que el titular consiente tácitamente el tratamiento de sus datos, cuando habiéndose puesto a su disposición el aviso de privacidad, no manifieste su oposición.

Los datos financieros o patrimoniales requerirán el consentimiento expreso de su titular, salvo las excepciones a que se refieren los artículos 10 y 37 de la presente Ley”.

Al ser evidente que las operaciones mercantiles de importación o producción de mercancías realizadas por los comerciantes implican necesariamente una modificación favorable o desfavorable para su situación financiera y patrimonial, es claro que las Cámaras Industriales o Comerciales que suelen contar con la información estadística que hemos estado analizando, requerirán del consentimiento expreso de cada una de las fuentes de información que se alleguen, lo cual nuevamente pone al solicitante de un procedimiento contra prácticas desleales de comercio internacional, en una trampa procesal al serle requerida información y obligársele a que presente las probanzas correspondientes, cuando en muchos casos no solo es que le sea difícil obtenerla, sino que legalmente tiene acotada la vía para ello.

Expuesta de manera sucinta la problemática presentada, es clara la consecuencia. Presentándose la práctica desleal de comercio internacional conocida como *dumping*, el productor afectado deberá iniciar un procedimiento de investigación en la materia que nos ocupa, debiendo cumplir con dos requisitos primordiales; representar o asociarse para efectos de la investigación, con al menos el 25% de la rama de producción nacional de que se trate, aún y cuando implique compartir información con su competencia directa y requisita una solicitud plagada de requisitos los cuales muchas veces serán infranqueables, como ya se expuso.

En el inicio del procedimiento anterior se puede presentar la denegación a su derecho humano de tutela judicial efectiva, ocasionando muy probablemente que el resultado del procedimiento iniciado le sea adverso, con lo cual tendrá que concurrir en un mercado en claras condiciones de desigualdad –o lo que es lo mismo, viendo vulnerado su derecho humano a competir de manera igual con el resto de los productores– afectándose no solo el fabricante de licuadoras de nuestro ejemplo a nivel corporativo, sino también su personal y las industrias asociadas con dicho productor, en la medida que disminuyan sus ventas al acceder a un mercado marcado por la depredación de precios.

3 Regulación en España

La Comunidad Europea de la cual el Reino de España es miembro de pleno Derecho, ha adoptado la utilización de las normas sobre el Acuerdo sobre *dumping*, es decir, el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994, de manera sustancialmente igual, según Acuerdo del Consejo de la Unión Europea³⁷, al reconocer que fija normas detalladas,

37 Reglamento (CE) No 1225/2009 del Consejo de 30 de noviembre de 2009.

en particular por lo que respecta al cálculo del *dumping* y a los procedimientos de apertura y desarrollo de la investigación, incluidas la comprobación e interpretación de los hechos, la imposición de medidas provisionales, el establecimiento y la percepción de derechos antidumping, la duración y reconsideración de las medidas antidumping y la divulgación de la información relativa a la investigación antidumping.

Así el Reglamento del Consejo³⁸ a que se hace mención contiene los principios rectores del procedimiento para la defensa contra las importaciones que sean objeto de *dumping* por parte de países no miembros de la Comunidad Europea, el cual, como ya asentamos, está claramente basado en el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994.

Ante el panorama anterior (obviamente al del caso México), queda formularnos una pregunta: ¿qué solución puede ser viable? A la cual una respuesta puede estar enfocada a lo siguiente:

4 Posible solución

El numeral 49 de la Ley de Comercio Exterior faculta a la Secretaría de Economía³⁹ a iniciar de manera oficiosa una investigación en materia de prácticas desleales de comercio internacional, integrando el expediente respectivo y dictando la resolución que corresponda. Misma situación que no es desconocida para la Organización Mundial de Comercio, puesto que el artículo 5.6 del GATT 94 lo permite en los términos siguientes:

“[...]”

Si, en circunstancias especiales, la autoridad competente decidiera iniciar una investigación sin haber recibido una solicitud escrita hecha por la rama de producción nacional o en nombre de ella para que se inicie dicha investigación, sólo la llevará adelante cuando tenga pruebas suficientes del *dumping*, del daño y de la relación causal, conforme a lo indicado en el párrafo 2, que justifiquen la iniciación de una investigación.

[...]”⁴⁰

Es claro advertir que el Estado, gozando de la facultad de *imperium* de la cual carecen los sujetos involucrados en el procedimiento que nos ocupa, a la par que cuenta de primera mano con la información contenida en todos los pedimentos de importación tramitados, puesto que la misma es transmitida a través del Sistema Electrónico Aduanero⁴¹ administrado por el propio Estado.

A la par de lo anterior, en caso que se requiriera solicitar información a terceros países en el curso de una investigación de prácticas desleales de comercio internacional, es el propio Estado la parte signataria de los tratados internacionales en materia de intercambio de información.

38 <http://www.comercio.mineco.gob.es/es-ES/comercio-exterior/politica-comercial/medidas-defensa-comercial/Paginas/antidumping.aspx> (visitada el 05/03/2015).

39 A través de la UPCI.

40 http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm (visitada el 09/05/2014).

41 Cfr. Arts. 36 y 36-A de la Ley Aduanera.

En las condiciones anteriores y con el ánimo de salvaguardar en todo momento el pleno acceso al derecho humano de tutela judicial efectiva y con la obligación que tienen todas las autoridades de interpretar de la manera más benéfica posible los tratados internacionales custodios de los derechos humanos; interpretación que además debe ser *ex officio* a favor del gobernado, la obligación de recolectar la información contenida en las solicitudes de inicio de un procedimiento en materia de prácticas desleales de comercio internacional a que hice referencia páginas atrás, debe recaer en la autoridad, cuando así se lo solicite el productor nacional, siempre y cuando aporte pruebas mínimas de su derecho subjetivo en la materia.

En abundancia sobre el particular, Jorge Witker menciona en su obra *Derecho del Comercio Exterior*, como función principal de la UPCI el realizar la investigación antidumping⁴², lo que involucra la búsqueda o comprobación de los elementos de las prácticas desleales, así como la determinación de la relación causal entre dichos elementos, lo cual desemboca en la determinación de cuotas compensatorias.

5 Bibliografía

Álvarez Ledesma, Mario I, *Acerca del Concepto Derechos Humanos*, Editorial McGraw-Hill, México, 1999, 151 páginas.

Cruz Barney, Oscar, *Antidumping*, Bosch, Barcelona, 2013, 96 páginas.

Witker Velásquez, Jorge Alberto, *Derecho del Comercio Exterior*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011, 684 páginas.

Witker Jorge y Varela Angélica, *Derecho de la Competencia Económica en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, 389 páginas.

Tratados Internacionales

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la ONU.
- Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos.
- Ley de Comercio Exterior.
- Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.

42 Cfr. Witker Velásquez, Jorge Alberto, *Derecho del Comercio Exterior*, *Op. Cit.*, pág. 523.

- Ley Aduanera.
- Código Fiscal de la Federación.
- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares

regap



ESTUDIOS Y NOTAS

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



ALBERTO FUENTES LOSADA

Secretario del Ayuntamiento de Cambados (Galicia, España)
albertofulo@hotmail.com

Recibido: 11/04/2014 | Aceptado: 22/04/2015

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

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 pocas 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 justification 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 del *ius variandi* en la contratación pública. 2. Ámbito de aplicación. 2.1 Tipos contractuales: extensión regulatoria del régimen de modificación a todos los contratos del sector público. 2.2 Elementos contractuales. 2.3 Contrato principal y contrato complementario. 3. Categorías de modificación del contrato 3.1 Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (modificaciones convencionales). 3.2 Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, o legales. 4. Procedimiento. 4.1 Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (o convencionales). 4.2 Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (modificaciones legales). 5. Efectos. 5.1 Finalización de la vía administrativa, ejecutividad y obligatoriedad. 5.2 Restablecimiento del originario equilibrio económico. 5.3 Resolución. 6. Régimen transitorio. 7. La modificación de contratos en las propuestas de nuevas directivas. 8. Conclusiones finales. 9. Bibliografía

1 Focalización del *ius variandi* en la contratación pública

No en pocas ocasiones, tras la adjudicación de un contrato administrativo, se producen una serie de situaciones no previsibles, en principio, que conducen a la imposibilidad de continuar con su ejecución tal y como se había previsto en un inicio. Es entonces cuando los poderes adjudicadores pueden utilizar la figura de la modificación contractual.

Esta potestad, que implica la modificación de los contratos de forma unilateral por parte de la Administración, constituye una de las más importantes prerrogativas de que gozan las Administraciones Públicas y siguiendo al profesor Gimeno Feliú¹, es una de las claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones, en relación con los contratos civiles, en los que la regla es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*²).

Dicha potestad ha evolucionado sobremanera desde que se reconoció por primera vez en la Ley de Contratos del Estado³. Me remontaré en este trabajo a la evolución que presenta la figura del *ius variandi* en la última década. El artículo 101 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señalaba que una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podía introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre y cuando fuesen debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. Con dicha previsión, no se cumplía con lo dispuesto por el Derecho Comunitario, por lo que, en el año 2007 se procedió a la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007, de 30 de octubre, que derogó el citado Decreto Legislativo, y en su artículo 202, además de reproducir lo que ya disponía dicho Real Decreto, añadió que las modificaciones de los contratos no podían afectar a las condiciones esenciales de éstos.

No obstante, y antes de continuar, entiendo necesario aclarar que no existe en las Directivas Comunitarias⁴ ningún tipo de precepto que discipline la modificación de los contratos, sino que el régimen jurídico de la misma en el Derecho de la Unión Europea, es una construcción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fundamento en los denominados principios estructurales del Tratado, elaborándose progresivamente a raíz, sobre todo, de la Sentencia *Succhi di Frutta* de 29 de abril de 2004. Los principios en los que puede resumirse dicha jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo son los siguientes⁵:

- La modificación exige que esté prevista de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación que regirá la licitación.
- De no hallarse prevista, es necesario que no afecte a ningún tipo de condición esencial del contrato.
- De ser necesaria dicha modificación esencial no prevista en la documentación que rige la licitación, lo procedente será la resolución del contrato y la adjudicación de uno nuevo, convocando el correspondiente procedimiento 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 en el Boletín Oficial del Estado nº 97, de 23 de abril.

4 Desde 2004, las Directivas vigentes en materia de contratación pública son la Directiva 2004/18/CEE (sectores clásicos) y la Directiva 2004/17/CEE (sectores especiales).

5 Véase por su interés en este aspecto, la Circular Informativa de la Abogacía General del Estado (Ministerio de Justicia) 1/2011, de fecha 7 de abril.

Así, vistos los principios de la jurisprudencia comunitaria en materia de modificaciones contractuales, la regulación contenida en la Ley de Contratos del Sector Público, era claramente insuficiente, y la Comisión Europea, a pesar de que ya había comunicado su disconformidad al Reino de España, mediante carta de emplazamiento de 8 de mayo de 2006, continuó advirtiendo que dicha norma confería a los poderes adjudicadores unas facultades excesivamente amplias para modificar el clausulado esencial de los contratos públicos una vez que eran adjudicados, violentando de forma clara los principios de igualdad de trato entre licitadores, no discriminación y transparencia consagrados en el Derecho Comunitario. Ante dicha situación, por parte de la Comisión se evacuó dictamen motivado contra nuestro país, en fecha 27 de noviembre 2008, entendiéndose que el régimen de los modificados no se ajustaba al Derecho de la Unión de la contratación pública⁶.

No obstante, la interpretación y aplicación que de los textos legales venía haciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷, la doctrina del Consejo de Estado⁸ y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado⁹, no difería en absoluto de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; el *ius variandi* es admisible siempre y cuando esté justificado por la satisfacción del interés público, teniendo como límites el respeto a los principios de publicidad y concurrencia. Y aún así, la práctica administrativa continuaba siendo muy distinta a lo establecido por la doctrina.

En esta situación, y ante los requerimientos de la Comisión Europea, y la amenaza que suponía el procedimiento infractor incoado por las instituciones de la Unión Europea, la Dirección General de Patrimonio del Estado aceptó el planteamiento, comprometiéndose a reformar la Ley de Contratos del Sector Público, por lo que, con tal fin, se aprobó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible¹⁰, la cual entre otros muchos aspectos, aborda una importante reforma del régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos; lo que provocó que Bruselas cerrase el procedimiento infractor abierto contra el Reino de España¹¹.

En la actualidad, la unificación de disposiciones en materia de contratación pública en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de diciembre, ha provocado que los preceptos 92 bis a 95 *quinquies* de la LCSP queden derogados, reproducidos en los actuales artículos 105 a 108 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

6 Noticias de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 2009, en que la Comisión considera que el régimen modificadorio de los contratos tras su adjudicación, tal y como está regulado en la LCSP 2007, no respeta los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia establecidos en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE. La LCSP concede a los órganos de contratación amplios poderes para modificar cláusulas fundamentales de los contratos después de su adjudicación, sin que las condiciones de modificación se hayan establecido en los documentos contractuales de manera clara, precisa e inequívoca. Además, en los contratos de obras, servicios y suministros adicionales, la Comisión considera que la LCSP permite que el órgano de contratación recurra a la utilización de procedimientos negociados sin publicación en contra de lo dispuesto en el artículo 31 de la Directiva citada.

7 Por todas, y por su especial interés, se hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1989.

8 Sirvan como ejemplo los dictámenes 1508/1993 y 2582/1995.

9 Entre otros, los informes 48/1995 y 50/2003.

10 Publicada en el BOE Nº 55 de 5 de marzo de 2011.

11 En opinión de la Comisión, el nuevo régimen establecido por la LES es una medida de la que cabe congratularse, puesto que limita la facultad de las entidades adjudicadoras para modificar los contratos públicos tras su adjudicación y permite disipar así la inquietud que había dado lugar a la incoación del procedimiento de infracción. No obstante, la Comisión advierte que someterá al nuevo régimen a un examen minucioso y a un estrecho seguimiento, a fin de comprobar la compatibilidad con las Directivas y la jurisprudencia comunitarias en materia de modificación de contratos públicos y obras complementarias.

En palabras de Gris González¹², “la idea sobre la que pivota nuestro sistema de modificación de contratos es patente: la prestación debe ejecutarse en la forma inicialmente pactada, admitiéndose únicamente variaciones al respecto cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos legalmente, por lo que, en cualquier otro supuesto, si fuese necesario que el contrato se llevase a cabo en modo diferente al acordado, deberá procederse a la resolución del mismo y a la celebración de otro bajo las condiciones legalmente pertinentes”.

Mucha parte de la doctrina ha sido muy crítica con la reforma, pero en lo que existe unanimidad entre ella, es que la nueva regulación de la modificación contractual, puede ser calificada de “revolucionaria”.

Entremos pues, a examinar los aspectos más novedosos de la nueva regulación introducida por la Ley de Economía Sostenible.

2 Ámbito de aplicación

2.1 Tipos contractuales: extensión regulatoria del régimen de modificación a todos los contratos del sector público

Hasta la entrada en vigor de la LES, el legislador había dejado a los contratos privados fuera del ámbito de aplicación del régimen de modificación de los contratos, ya que el mismo se encuadraba dentro de los efectos y extinción, y era una cuestión remitida al derecho privado.

Cuando se remitió el Anteproyecto de la Ley de Economía Sostenible al Consejo de Estado, éste detectó esta circunstancia y de ahí que, aunque los efectos y extinción de los contratos privados de las Administraciones Públicas se rijan por el derecho privado, se introdujese en el artículo 20.2 de la LCSP que en cuanto a la modificación, les serán de aplicación las normas contenidas en el Título V del Libro I del actual Texto Refundido.

En opinión de Díez Calzada¹³, la razón que explica este cambio sustancial en la filosofía de la normativa contractual es que la modificación de los contratos ha perdido el carácter de mera incidencia en la ejecución, para convertirse en un elemento básico del mismo, siendo un elemento constitutivo del proceso de formación de la voluntad del órgano de contratación.

En cuanto a las controversias que surjan entre las partes, no se ha modificado lo dispuesto en el artículo 20.2 (ya del Texto Refundido), por lo que continuará siendo el orden jurisdiccional civil el que sea competente para resolverlas.

Lo que ha suscitado más dudas entre la doctrina, es que existen ciertas matizaciones en el régimen de los contratos privados en relación con el de los contratos administrativos, ya que el artículo 219 del Texto Refundido de la LCSP (antiguo 202 de la LCSP) posibilita que, según Díez Calzada, entre otros, en la modificación de los contratos privados no concurra

12 GRIS GONZÁLEZ, J. C., “La modificación de los contratos del sector público”. *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 28, septiembre 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, octubre de 2011, pp. 58-67.

necesariamente una razón de interés público. Sin embargo, en opinión de otros, entre los que se encuentra Colás Tenas¹⁴, los contratos privados también deben responder a razones de interés público en virtud de una interpretación conjunta de dicho precepto con el artículo 103.1 de la Constitución Española, que obliga a las Administraciones a servir con objetividad a los intereses generales, y no conduce a otra conclusión sino a la de que el interés público también debe presidir la modificación de los contratos privados.

En la misma línea se ha pronunciado otro sector importante de la doctrina, compartiendo yo mismo su opinión, ya que el fundamento tanto de los contratos administrativos como privados que celebran las Administraciones públicas, no es otro que el fin público, y en caso contrario, estaríamos ante una actuación administrativa enfrentada con la Constitución, por lo que sería inconstitucional. En definitiva, tiene que existir el mismo soporte cuando se alteren los contratos suscritos por la Administración, cualquiera que sea el carácter de los mismos (administrativos o privados).

2.2 Elementos contractuales

Desde una visión generalista, cualquier nueva circunstancia de los elementos del contrato implica una modificación del mismo. La legislación anterior venía estableciendo un régimen diferente para las alteraciones que implicaban modificación del objeto del contrato (modificación objetiva) que para las que implicaban modificaciones subjetivas, tales como eran las establecidas en los artículos 202.4, 246.5 y 246.6 de la LCSP.

La nueva regulación en materia de modificación contractual, elimina los supuestos de modificación subjetiva, al disponer el artículo 105.1 del TRLCSP que los supuestos previstos en la ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, no son modificaciones contractuales.

Esta es la opinión seguida por la mayor parte de la doctrina, aunque se encuentran autores, como Gris González, que sostienen que no son modificaciones en el sentido del Título V del Libro I del TRLCSP, teniendo su régimen jurídico específico, contemplado a lo largo del articulado de dicha norma.

En mi opinión, el precepto antes citado es muy claro al no incluir entre los supuestos de modificación los que él mismo dispone, por lo que no parece muy acertado relacionar dicha circunstancia con el ejercicio de la potestad del *ius variandi*, y en realidad no hubiese sido ni necesaria su mención dentro de este precepto.

2.3 Contrato principal y contrato complementario

El nuevo artículo 105.2 ha querido impedir que la prerrogativa exorbitante del *ius variandi* que se otorga al órgano de contratación, enmascare bajo la figura de la modificación contractual, la adjudicación de un nuevo contrato “complementario”, cuyo fin será el de adicionar prestaciones complementarias a las ya inicialmente contratadas, ampliando el objeto del

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 fecha 1 de junio de 2011.

contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.

Estos negocios tienen una sustantividad propia por lo que, en consecuencia, se les aplicará el régimen establecido para la adjudicación de contratos, procediendo a una nueva contratación de la prestación correspondiente siempre y cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 171 b) y 174 b)¹⁵. En todo caso, debe recordarse, el artículo 31.4 de la Directiva 2004/18/CE¹⁶, que regula los casos que justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación, prevé expresamente la posibilidad de acudir a este procedimiento en los supuestos de contratos complementarios.

3 Categorías de modificación del contrato

Según la redacción dada por la Ley de Economía Sostenible a los artículos 93 *ter* y *quáter* de la LCSP (ahora artículo 106 y 107 del TRLCSP), únicamente podrán modificarse los contratos públicos cuando ya se haya contemplado dicha posibilidad en los pliegos o en el anuncio de licitación, o bien cuando no se haya previsto, pero se incurra en alguna de las circunstancias tasadas en el artículo 107.

Esta clasificación de las nuevas categorías, ya fue advertida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en sus informes 43/2008¹⁷, de 28 de julio y 5/2010¹⁸, de 23 de julio.

En expresión utilizada por la Abogacía General del Estado, en su Circular 1/2011, antes citada, en el nuevo régimen cabe distinguir una modificación convencional (cuando se haya previsto en la documentación que rige la licitación) y una modificación legal (cuando responda a las circunstancias imprevistas del artículo 107).

15 Prevé el artículo 171 b) la posibilidad de adjudicación por procedimiento negociado de los contratos de obras cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto, y el artículo 174 b) referido al mismo supuesto de elementos complementarios, en contratos de servicios.

16 El artículo 31.4 de la Directiva 2004/18/CE establece “respecto de los contratos públicos de obras y contratos públicos de servicios:
a) Con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal y como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dichos servicios cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores, o bien cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento. No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50% del importe del contrato inicial.
b) En el caso de nuevas obras o servicios que consistan en la repetición de obras o servicios similares encargados al operador económico titular de un contrato inicial adjudicado por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichas obras o dichos servicios se ajusten a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado según el procedimiento abierto o restringido.
La posibilidad de hacer uso de este procedimiento estará indicada desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y los poderes adjudicadores tendrán en cuenta el importe total previsto para la continuación de las obras o de los servicios a efectos de la aplicación del artículo 7.
Únicamente se podrá utilizar este procedimiento durante un período de tres años a partir de la celebración del contrato inicial.”

17 Muy clarificador este informe en cuanto a la modificación de contratos y a la interpretación del artículo 202 de la LCSP: régimen jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad.

18 Informe resultado de una consulta sobre la posibilidad de modificar un contrato de obra por causas imprevistas.



No obstante, Escrihuela Morales¹⁹, presenta como tercera vía posible de modificación de contrato, el mutuo acuerdo. Este autor entiende que dentro del principio de libertad que las partes tienen para incluir pactos, cláusulas y condiciones, cabría esta posibilidad de modificación de los contratos administrativos y privados siempre que concurrieran las circunstancias exigidas, con carácter general, para la novación. Así, se apoya este autor en lo dispuesto en el artículo 223, que posibilita la resolución del contrato por mutuo acuerdo, y al ser la modificación menos que la resolución, aquélla podría también realizarse por mutuo acuerdo.

Sin embargo, en opinión de otros, como Mellado Ruíz²⁰, esta opción era admisible en legislaciones pasadas, como así lo avalaba el informe 48/1995, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, pero desaparece al estar imposibilitado el poder adjudicador para acudir a otros supuestos diferentes de los contemplados en los artículos 106 y 107, por lo que se ha visto en esta nueva regulación la consolidación de la doble posibilidad de modificación del contrato.

3.1 Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (modificaciones convencionales)

El artículo 106 del TRLCSP señala que los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya previsto expresamente esta posibilidad y se haya detallado de forma clara, precisa e inequívoca (reproduciendo los mismos términos que usó la Comisión Europea en su carta de emplazamiento) las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que puedan acordarse, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

En palabras de Blanquer Criado²¹, suponen “un muro de contención al riesgo de que de forma unilateral, se sacrifique el *pacta sunt servanda* o se defraude la igual competencia entre licitadores.

Además, el artículo 106 adiciona que los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con detalle suficiente que permita a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomados en cuenta por lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.

Examinemos pues, el contenido del artículo mencionado, extrayendo del mismo una serie de características o presupuestos en este tipo de modificaciones. Los requisitos materiales son los que siguen:

19 ESCRIHUELA MORALES, F. J., “*Guía práctica de la Contratación del Sector Público*”. Ed. La Ley. Madrid 2012.

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, julio 2010, pp. 53-63.

21 BLANQUER CRIADO, D. V., “La modificación unilateral de los contratos administrativos”. *Los Contratos del Sector Público*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 524-553.

1) La previsión en los pliegos o en el anuncio de licitación

El artículo 106 equipara el pliego y el anuncio de licitación, mereciendo la misma consideración legal. Autores como Díez Calzada o Colás Tenas, han sido muy críticos con esta equiparación, ya que en verdad, el que tiene la consideración de fuente dimanante de derechos y obligaciones es el pliego y no el anuncio. Crítica con la que concuerdo, ya que el anuncio no posee la calidad de *lex contractus*, siendo el pliego el que debe regular los aspectos relativos a la ejecución, y por ende, la modificación del contrato. No obstante, el precepto es muy claro, y si así lo ha establecido, caben ambas posibilidades.

Lo que sí podría generar dudas es si a los pliegos a los que se refiere son los de cláusulas administrativas generales, los de cláusulas administrativas particulares o los de prescripciones técnicas. Gris González señala que cabría la posibilidad de entender que cualquiera de los tres sería válido²² para poder incluir la cláusula modificatoria.

Sin embargo, lo que apunta la lógica es que los de prescripciones técnicas habrá que descartarlos ya que la posibilidad de incluir cláusulas modificatorias es una previsión más acorde con el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas. Y con respecto a los de cláusulas administrativas generales, en los mismos no cabría incluirlas puesto que éstas deben ir referidas a cada contrato individualmente y no de forma general para diferentes contratos; lo que lleva a la conclusión de que serán los de prescripciones administrativas particulares los más apropiados para regularlas²³.

Otro de los aspectos que cabe plantearse es si la posibilidad de modificar el contrato, una vez está prevista en el pliego o anuncio, obliga a ambas partes.

A esto responde el artículo 210 del TRLCSP, al establecer que entre las prerrogativas del órgano de contratación está la de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, y modificarlos; por lo que cabe entender, que aún prevista en la documentación que rige la licitación, la decisión seguirá siendo unilateral, a favor de la Administración.

2) La previsión tiene que ser expresamente advertida y detallada de forma clara, precisa e inequívoca

Con la misma, el legislador requiere que se realice de forma expresa, excluyendo por lo tanto que pueda ser tácita, descartando la posibilidad de que la valoración de las circunstancias dependa de juicios de valor, personales o subjetivos, ni que quepan oscurantismos o falta de precisión, exigiendo un alto grado de rigor a la Administración en la redacción del pliego.

22 Dice el autor que si se sigue estrictamente la regla *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, la conclusión es clara: cualquiera de esos pliegos puede incluir la previsión citada. GRIS GONZÁLEZ, J.C., "La modificación de los contratos del sector público". *Revista Jurídica de Castilla y León*. nº 28, septiembre de 2012. pp. 1-35.

23 El reciente acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, aborda esta cuestión, anulando un pliego por la deficiente regulación sobre la posibilidad de los modificados en un contrato de privatización del servicio público del agua, entre otros motivos, porque el intento de fijación de los parámetros de la modificación del contrato en el pliego de prescripciones técnicas constituye un ejemplo de confusión entre el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares y del pliego de prescripciones técnicas, al ser su ubicación adecuada el pliego de cláusulas administrativas particulares. Recordando, a esos efectos, que el pliego de prescripciones técnicas ha de establecer los requisitos y condiciones técnicas que debe cumplir la prestación, como establecen los artículos 116 y 117 del TRLCSP y el artículo 68 del RGLCAP; y que este último precepto determina, además, en su apartado tercero que los Pliegos de prescripciones técnicas en ningún caso contendrán declaraciones o cláusulas que deban figurar en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, entre otras razones porque los pliegos de prescripciones técnicas no deben ser objeto del informe jurídico exigido por la legislación.

- 3) Deberán estar determinadas las condiciones, alcance y límite de la modificación, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puede afectar

Lo que más problema entrañaría en la práctica sería la afectación del precio de adjudicación como consecuencia de las modificaciones y la repercusión del mismo en cuestiones como el procedimiento de adjudicación, la publicidad de la licitación o incluso la clasificación del contratista.

Tal y como advierte Martínez Fernández²⁴, el precepto no contempla un porcentaje máximo irrebachable del precio de adjudicación, lo que implica que sería admisible cualquier tipo de porcentaje, no sufriendo el órgano de contratación ninguna clase de límite legal. No obstante, no presenta ningún problema el no haberlo acotado, a mi juicio, ya que el artículo 88.1 del TRLCSP señala que el valor estimado del contrato será el importe máximo que éste pueda alcanzar, incluyendo la totalidad de modificaciones previstas, por lo que sería el importe que determinase el procedimiento elegido, si es obligatoria o no su publicación en los diarios oficiales, y por supuesto, la clasificación del contratista. Ello no obsta, que no existan límites razonables, ya que una previsión desproporcionada sobre el precio del contrato, es claro que altera los principios generales que dimanarían del artículo 105.2 del TRLCSP²⁵.

- 4) El interés público

Es significativo que no se haya hecho mención expresa en los artículos 105 a 108 del TR al interés público, aunque carecería de toda lógica que éste no fuese un requisito *sine qua non* para proceder a la modificación contractual. Sí lo exige, no obstante, el artículo 210 del TR, y la doctrina lo presupone en armonía con la jurisprudencia europea²⁶.

3.2 Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, o legales

El artículo 107 del TR regula las circunstancias legalmente previstas para proceder a la modificación de un contrato, que solo podrán llevarse a cabo por las circunstancias concretas que dicho precepto señala²⁷, por lo que en principio, son tasadas, si bien existen autores como Mellado Ruiz o Calvo Ruata que señalan que quizás no son tan cerradas como en principio pudiera parecer.

Vamos a pasar al examen de las mismas:

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, julio 2011, pp. 32-39.

25 La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón sostuvo, con arreglo a la normativa de la LCSP, la improcedencia de una modificación del 500% del precio. 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, enero - marzo 2011, pp. 29-54.

27 Existe una clara sintonía entre este artículo y determinadas disposiciones del "Codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture in attuazione delle Directive 2004/17 e 2004/18", aprobado por Decreto Legislativo de 12 de abril de 2006. En especial el artículo 132, referente a las variantes en el curso de ejecución de obras.

- a) *Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.*
- b) *Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.*

Ambas circunstancias están basadas en errores en el proyecto, y como han expresado diferentes autores, se parte de la circunstancia de la imprevisibilidad, llevándoles a plantearse el interrogante de si todo error puede justificar la aprobación de un modificado. Para la doctrina, solo si el error no es imputable a la actuación de un poder adjudicador diligente, será admisible el modificado; siendo un mero imprevisto si no existe esa nota de imprevisibilidad.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, una buena forma de identificar la magnitud del error y los efectos que éste hubiese podido causar, sería examinar el efecto que dicho error ha podido causar en la preparación de los ofertas por parte de los licitadores. Incluso, algún autor, como Vázquez Matilla²⁸, plantea la reflexión sobre la referencia a la diligencia propia de un buen padre de familia establecida en el artículo 1104 del Código Civil.

Sobre esta circunstancia, el Consejo de Estado en su dictamen 215/2009, ha afirmado que a pesar de ambas circunstancias hacen mención a deficiencias en el proyecto o especificaciones técnicas, en el supuesto a) basta con que existan errores u omisiones, y en el supuesto b) es necesaria la nota de imprevisibilidad. Por su interés y claridad, se reproduce el extracto de dicho informe: *Estas dos causas hacen referencia a situaciones en las que la modificación se justifica por las deficiencias del proyecto o especificaciones técnicas, si bien, en el primer caso, basta la existencia de errores u omisiones, en tanto que, en el segundo, la inadecuación de tales documentos tiene que ser imprevisible aplicando la diligencia exigida en atención a una buena práctica profesional. En otras palabras, aunque no se diga expresamente, parece que se pretende dar un tratamiento diferente en función de si el contratista fue o no el autor del proyecto o intervino en la redacción de las especificaciones técnicas: en caso negativo, cualquier error u omisión, que no le sería en ningún caso imputable, justifica la modificación contractual no prevista en los documentos de licitación; en cambio, en caso afirmativo, para que el error u omisión haga posible dicha modificación, es preciso que no fuera previsible con la diligencia de un buen profesional. Tales diferencias en el tratamiento tienen fundamento bastante; no en vano, el Consejo de Estado ha tomado reiteradamente en consideración el hecho de que la elaboración del proyecto originario no corriese a cargo de la sociedad contratista, a la que resulta ajena cualquier posible deficiencia o imprevisión, pues tal requisito debe ser apreciado de modo diferente según el contratista sea o no autor del proyecto y por consiguiente tenga o no la obligación contractual de*

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, diciembre 2010, pp. 317-351.

redactar un proyecto viable y prever y dar solución a posibles incidencias posteriores con arreglo a la lex artis aplicable (ver, por ejemplo, dictamen del expediente número 403/2006, de 4 de mayo). Ahora bien, con el objetivo de disipar cualquier duda, convendría revisar la redacción de los dos párrafos transcritos, dejando claro que el primero resulta aplicable en el caso de que el contratista no sea autor del proyecto y el segundo al supuesto contrario.

No obstante, el texto de la Ley de Economía Sostenible no recogió las distinciones que aconsejaba el dictamen del Consejo de Estado, por lo que interpretar dicho precepto a la vista del dictamen, quizás, no sea conveniente y por otra parte, excesivamente rígido²⁹.

Otros autores, han criticado también que se incluyese el apartado a) como una causa objetiva imprevisible, ya que los errores y omisiones en la redacción del proyecto, deberían haber sido corregidos mediante la diligencia debida y la profesionalidad del que redacte el proyecto³⁰.

- c) *Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.*

La delimitación de los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito tienen transcendencia práctica porque en muchas ocasiones llegan a confundirse. Pero se pueden delimitar si acudimos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (valga por todas la Sentencia de 12 de julio de 1984, en el asunto C-209/1983 Valsabbia/Comisión) y a la del Tribunal Supremo (igualmente, valiendo por todas, la Sentencia de 31 de mayo de 1999 en el Recurso 2132/1995). Así, la fuerza mayor podría definirse como una circunstancia ajena al interesado, anómala e imprevisible y cuyas consecuencias no hubiesen podido ser evitadas a pesar de la diligencia utilizada. El caso fortuito consiste, sin embargo, en un hecho de producción desconocida conectado al funcionamiento mismo de la organización.

Pero veamos cómo se configura el concepto y los supuestos en los que concurre la fuerza mayor y el caso fortuito.

Para autores como Gris González³¹, el concepto de fuerza mayor al que se refiere este apartado es el que establece el artículo 231 del TR, pero incluyendo la posibilidad de que surjan otros diferentes de los ahí tasados.

Sin embargo, a juicio de la doctrina mayoritaria y de la Circular 1/2011 de la Abogacía General del Estado, el concepto de fuerza mayor que ha de tenerse en cuenta a los efectos del apartado c) del artículo 107.1 es el que resulta de la aplicación del artículo 1105 del Código Civil y esto porque el artículo 231 del TR tan solo se refiere al contrato de obras y a la fase de ejecución de obras en el contrato de concesión de obra pública.

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.

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 fecha 1 de junio.

31 GRIS GONZÁLEZ, J. C., *op. cit.*

De cualquier forma, lo que no podría suceder es que la concurrencia de cualquiera de estas dos circunstancias imposibilite la realización del contrato en su totalidad, ya que de ser así, procedería la resolución del mismo. Lo que deben provocar cualquiera de las dos figuras es la imposibilidad de alguno de los términos del contrato, siempre y cuando, como en cualquiera de los supuestos del apartado uno del artículo 107 del TR, no se sobrepase lo dispuesto en los apartados dos y tres del mismo precepto.

- d) *Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.*

Este es un supuesto de conveniencia, más que de necesidad, que va a operar, sobre todo, en aquellos sectores cuyo objeto esté asociado a sectores proclives a evoluciones técnicas y que requieran un plazo de ejecución muy dilatado en el tiempo.

En la anterior legislación existía la llamada cláusula de progreso³², lo que con la nueva legislación en materia de modificación de contratos, no venía a ser más que una modificación encubierta.

Lo que sí resultaría oportuno, al ser más una cláusula de conveniencia que de necesidad, sería que dichas modificaciones se estableciesen a la hora de la redacción del pliego conforme a lo dispuesto en el artículo 106 del TRLCSP.

- e) *Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.*

Este supuesto exige que haya una modificación del contrato a raíz de la adaptación del mismo a la nueva normativa vigente en los diversos sectores que puedan afectar al contrato, que en definitiva, hacen que el proyecto sea inviable según se venía realizando. Así, solo es pertinente su aplicación, en principio, a los contratos de obras y de concesión de obras públicas cuando las nuevas especificaciones técnicas provengan del campo de la ingeniería o de la arquitectura.

Sin embargo, debe hacerse una interpretación amplia, que permita su aplicación al resto de contratos (por ejemplo, acudiendo al Códice italiano antes citado, su artículo 132.1 a) establece que: *"la varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi: a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari..."*).

Exige el apartado 2 del artículo que, además, de que se produzca alguna de las circunstancias expuestas en el apartado 1, justificada suficientemente, no se alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder de la causa objetiva que la haga necesaria.

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.

La expresión que utiliza el legislador “condiciones esenciales de la licitación” es un concepto jurídico indeterminado cuya determinación es difícil de realizar, por lo que en su apartado 3, del mismo precepto, se ha introducido una presunción *iuris tantum*, de forma que será al órgano de contratación al que le tocará acreditar si procede o no alguno de los supuestos; siendo necesario tener presente que cuando se produzca una alteración sustancial, se deberá acudir a un nuevo procedimiento de contratación.

Los supuestos tasados por el legislador no son *numerus clausus*, ya que no son los únicos que pueden generar una variación esencial del contrato, pudiendo existir otros diferentes que requerirían un juicio particular en cada caso.

Veamos, uno a uno, los supuestos establecidos por el legislador español, sobre la base de la jurisprudencia comunitaria, diferenciando dos tipos de alteración sustancial: cualitativa y cuantitativa.

Son alteraciones cualitativas en el artículo 107.3 del TRLCSP:

- a) *Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada (apartado a) artículo 107.3).*

Este supuesto ya aparecía contemplado en la LCSP, en su artículo 221.1, pero solo para el contrato de obras.

Es clarificadora en este punto la postura que ha adoptado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha apreciado que la alteración es sustancial cuando amplíe el objeto del mismo, en gran medida, a prestaciones inicialmente no previstas (véase la Sentencia del TJUE de 19 de junio de 2008 en el asunto C-454/2006 *Pressetext/Nachrichtenagentur*, confirmada por otra de 29 de abril de 2010 en el asunto C-160/2008 *Comisión/Alemania*).

Ello no obstante, parece que este criterio no ha sido compartido por nuestro Tribunal Supremo, ya que en Sentencia de 27 de febrero de 2008, admite la legalidad de la ampliación del objeto de servicios de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos.

- b) *Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación (artículo 107.3 apartado b)).*

Conlleva esta limitación la prohibición de que los parámetros que se utilizaron para definir el precio sean variados, pero no solo, sino también que no esté permitido el cambio en la modalidad en el pago, al infringir así los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores. Situación que quedó patente y concluyó la Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, en el asunto ya mencionado C-496/1999 *Comisión/CAS Succhi di Frutta*. A la vista de dicha sentencia, para que juegue este impedimento, la ecuación prestación/precio habrá de quedar profundamente alterada en esencia con la introducción de dicha modificación.

Juan Villar³³ señala que esta limitación no debe ser interpretada en el sentido de prohibir incrementos en el precio, sino que han de tomarse como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato y sus bajas, no pudiendo aumentar con ocasión de la modificación el beneficio del contratista.

- c) *Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas (apartado c) artículo 107.3).*

Este supuesto, según la doctrina mayoritaria, tiene un carácter subsidiario ya que para que el mismo se produzca, habría de darse una modificación previa del contrato, que generalmente va a provocar que sea de aplicación el supuesto del apartado a) de este punto 3º, puesto que los requisitos de aptitud del contrato han cambiado.

En cuanto al término solvencia, resulta muy acertado y razonable lo señalado por la Abogacía General del Estado en la Circular 1/2011 de 7 de abril, ya citada, el cual reproduzco por su claridad: *“Parece indudable que, aunque este precepto aluda a la solvencia, debe entenderse que a ella se equipara la clasificación. Partiendo de esta premisa, cabe distinguir tres supuestos que, siguiendo una graduación de mayor a menor intensidad son los siguientes: 1) Que por consecuencia de la modificación se exija el requisito de la clasificación, siendo así que esta no era requerida para el contrato inicial [...]. 2) Que como consecuencia de la modificación se exija clasificación en un grupo o subgrupo distinto del requerido inicialmente. 3) Que manteniéndose el grupo o subgrupo de clasificación requeridos, por consecuencia de la modificación del contrato se exija la clasificación en una categoría distinta. Puesto que el artículo 92 º, apartado 3 c) de la LCSP—actualmente artículo 107 TRLCSP— alude a condiciones de solvencia sustancialmente distintas, cabe razonablemente entender que los supuestos consignados en los apartados 1) y 2) la exigencia de clasificación en un grupo y subgrupo distinto del inicialmente requerido tienen la suficiente importancia o entidad como para concluir que se aprecia una alteración sustancial. Mayores dificultades suscita el supuesto consignado en el apartado 3), no obstante ello, y como criterio orientador, puede entenderse que la exigencia, por consecuencia de la modificación del contrato, de una categoría inmediatamente superior a la inicialmente requerida no constituye modificación sustancial, en tanto que la exigencia, por consecuencia de la modificación de una categoría superior que no sea la inmediata a la inicialmente exigida entraña ya una modificación contractual”.*

- d) *En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas (apartado e) artículo 107.3).*

Esta limitación se configura como una cláusula de cierre a las alteraciones cualitativas, que pueden distorsionar igualmente la competencia. Su función viene a condensar lo

33 www.contratodeobras.com, tema 18.

fundamental de la jurisprudencia comunitaria que recoge también la carta de emplazamiento y dictamen motivado de la Comisión Europea al Reino de España³⁴.

Y como alteración cuantitativa, la que dispone el apartado d) del artículo 107.3: *Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el diez por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.*

Si bien el precepto considera que una modificación en el precio solo es sustancial cuando iguale o exceda, en más o en menos el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en opinión de Gallego Córcoles³⁵, existen dudas de si esta norma es respetuosa con la jurisprudencia europea (véase por ejemplo la Sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005, en el asunto C-84/2003, Comisión/España), que considera que determinados preceptos del entonces vigente TRLCAP no se ajustaban al derecho comunitario, ya que el hecho de que la alteración no llegue al porcentaje citado, no implica que ésta no sea sustancial.

En el mismo sentido ha insistido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su recomendación de 1 de marzo de 2012, al expresar que sí existen modificaciones, por debajo del diez por ciento, que sí son sustanciales, y por lo tanto, no podrán ser rechazadas de forma automática.

4 Procedimiento

Si la LCSP solo contemplaba un procedimiento de modificación para los contratos de obra en el supuesto que se pretendiese incluir unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, tras la reforma efectuada por la Ley de Economía Sostenible, el artículo 108 del TRLCSP recoge un procedimiento de modificación de carácter general.

Dicho procedimiento posee un carácter específico por razón de la materia, por lo que se regirá por lo dispuesto en la normativa de contratación pública, y subsidiariamente, tal y como especifica la Disposición Final tercera en su apartado 1 del TRLCSP, por los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del régimen jurídico y del procedimiento administrativo común.

Así, y a la vista de la dualidad de regímenes modificatorios, cabe distinguir un procedimiento para las modificaciones convencionales y otro para las legales, que a continuación paso a exponer.

34 CALVO RUATA, P., *op. cit.* Expresa que habrá de contemplarse de manera distinta en los contratos administrativos y en los privados. En los primeros, en virtud de la facultad de la administración de interpretarlos y modificarlos por razones de interés público, parece que podrá decidir si concurre o no esa posible presencia de otros licitadores o la eventualidad de ofertas sustancialmente diferentes; y quien impugne la modificación acordada, habrá de probar suficientemente que habrían acudido otros licitadores u ofertado cosas distintas, situándose al efecto en las circunstancias del momento de presentación. En los contratos privados, el poder adjudicador no ostentará estas facultades de decisión unilateral, aunque en la práctica la situación quizás quede resuelta de modo parecido que para los 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.

4.1 Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (o convencionales)

En un primer momento, a la vista de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 108 del TRLCSP, para las modificaciones convencionales bastará con que la documentación que rige la licitación contemple el procedimiento a seguir, teniendo el órgano de contratación total libertad para definir dicho procedimiento. Pero si se observa atentamente al articulado del resto del TR, los artículos 108 y 106 deben entenderse y ponerse en conexión con otros de la ley.

También, de forma introductoria, es oportuno traer a colación las consideraciones de la ya mencionada Circular 1/2011 de la Abogacía General del Estado: *“ante la regla del artículo 92 ter de la LCSP —art. 106 del TR— y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 92 quinquies —art. 108 del TR— del propio texto legal, han de distinguirse tres supuestos: 1) Modificación de un contrato administrativo, en el que ha de entenderse que el procedimiento que debe seguirse es el establecido en el art. 195 de la LCSP —art. 211 del TR—. 2) Modificación de un contrato de una entidad del sector público estatal que no tenga la condición de Administración Pública. En este supuesto no se establece ninguna regla que fije el procedimiento que debe seguirse y así las cosas, dado que no resulta aplicable el procedimiento del art. 195, hay que entender que el procedimiento será el que se determine en la documentación que rija la licitación por el ente, organismo o entidad contratante, que podrá aplicar el procedimiento que, en su caso, haya establecido en las normas de contratación a que se refieren los artículos 175 y 176 de la LCSP —arts. 191 y 192 TR—, si bien deberá darse trámite de audiencia en todo caso al contratista, siendo recomendable el informe de la Asesoría jurídica. 3) Modificación de contrato privado de la Administración del Estado. Este supuesto no aparece recogido en la LCSP. Así las cosas, y dado que, de una parte, el procedimiento del art. 195 se refiere a los contratos administrativos, y de otra parte el supuesto que ahora se considera puede conceptuarse como equivalente al señalado en el anterior apartado, cabe razonablemente entender que el procedimiento que debe seguirse es el establecido en dicho apartado.”*

Por lo tanto, el apartado 3 del artículo 108 y el primero del artículo 219, obligan a que las modificaciones convencionales, y también las legales, como luego se verá, respeten el procedimiento del artículo 211, que contiene las siguientes previsiones, referidas tan solo a los contratos administrativos:

- Debe darse audiencia al contratista.
- En la Administración General del Estado, Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, los acuerdos se adoptarán previo informe jurídico.

Cabe destacar en este punto que nada se establece con respecto a las Comunidades Autónomas y Entidades locales, ya que el precepto no es básico según la Disposición Final segunda apartado 3º del TRLCSP, por lo que en el caso de las Comunidades Autónomas habrá que estar a lo que establezcan las correspondientes normas autonómicas y en el de las Entidades Locales, según lo dispuesto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, el informe corresponderá a la Intervención y Secretaría municipales.

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

- Será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas cuando la cuantía de la modificación sea superior al diez por ciento del precio primitivo, siempre que éste sea igual o superior a seis millones de euros.

A los trámites ya mencionados, aplicables de forma general a cualquier contrato administrativo, cabe añadir las especialidades de los distintos tipos de contrato. Peculiaridades que en el caso del contrato de obras vienen reguladas en el artículo 234 y en el contrato de concesión de obra pública en el artículo 243 en lo referido a la modificación del proyecto y en el artículo 250 a la modificación de la obra pública.

También resulta interesante en el orden procedimental, aludir al apartado dos del artículo 219, que dispone que, las modificaciones habrán de formalizarse conforme al artículo 156, esto es, en documento administrativo.

Con respecto a este extremo, hay quienes afirman que se refiere tan solo a los contratos administrativos y no a los privados; otros incluso señalan que ni siquiera sería necesaria la formalización en documento administrativo, ya que no estamos ante elementos creados *ex novo*, porque son modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación, y son conocidas por las partes en el momento de la celebración del contrato; por lo que solo sería aplicable a las modificaciones legales.

No obstante, Gris González argumenta que a pesar de que el artículo 219 esté ubicado en el Libro IV, dedicado a los contratos administrativos, el espíritu de la norma hace que dichas disposiciones se puedan trasladar a los contratos privados, y a mayor abundamiento, el principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, garantizaría que dicho precepto fuese aplicable a todos los modificados de contratos del sector público, sean convencionales o legales.

4.2 Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (modificaciones legales)

El artículo 108 del TRLCSP, en su apartado 2, aplicable tanto a los contratos administrativos como privados, establece que antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

Además de atender a este precepto, el órgano de contratación se ha de someter también a lo dispuesto en el apartado primero en lo referente al procedimiento a seguir del artículo 211, las especificaciones para el contrato de obra (artículo 234) y concesiones de obra pública (artículos 243 y 250), así como a lo relativo a la formalización del contrato (artículo 219.2).

Hay autores que se han planteado si existe la necesidad, o no, de dar audiencia al redactor del proyecto cuando aun siendo un tercero ajeno al órgano de contratación, depende laboral, funcional o societariamente del ente del sector público contratante.

En mi opinión el precepto es claro y no ofrece dudas: el tercero debe ser ajeno en virtud de un contrato de servicios, por lo que si existe dependencia, en ningún caso existirá dicho contrato de servicios y por lo tanto, carecerá de sentido.

Es de reseñar, por otra parte, que no se haya establecido en la ley ningún plazo de tramitación del expediente, por lo que, de no existir otro específico en ley sectorial, será el general de tres meses establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del régimen jurídico y del procedimiento administrativo común. En cuanto a los efectos del silencio, el mismo será negativo en virtud de lo dispuesto en el apartado 2ª de la Disposición Final 3ª del TRLCSP.

5 Efectos

5.1 Finalización de la vía administrativa, ejecutividad y obligatoriedad

Una vez acordado por el órgano de contratación, en el ejercicio de la potestad que le otorga el artículo 210 del TRLCSP, la modificación generará el fin de la vía administrativa, lo que tendrá efectos con el fin de que se puedan interponer los recursos administrativos oportunos y se pueda proceder a la revisión de oficio.

Además de abrir la vía del recurso, el acto será inmediatamente ejecutivo y desplegará todos los efectos reseñados en el acto modificatorio desde la fecha en que se dicte; salvo que en el mismo se disponga otra cosa; siendo, por otra parte, de cumplimiento obligatorio para el contratista, lo que significa que no podrá negarse a cumplir con la alteración del mismo, sin perjuicio, claro está, de que le quede expedita la vía para impugnarlo, utilizando los recursos que estime oportunos.

5.2 Restablecimiento del originario equilibrio económico

El artículo 87.1 del TRLCSP, referido al precio del contrato, reza que la retribución al contratista consistirá en un precio cierto, y relacionado con el mismo, el artículo 216, que establece el abono al contratista de la prestación realizada en los términos de la ley y del contrato, con arreglo al precio convenido.

Pero ambas precisiones pueden verse alteradas, esto es, el equilibrio de la ecuación presupuestaria, como consecuencia del ejercicio del *ius variandi* por la Administración, con lo que el contratista será compensado por esta quiebra económica del contrato.

El TRLCSP es meritorio al establecer, respecto a la concesión de obra pública, en su artículo 258.2 a), que la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato cuando ella misma modifique por razones de interés público, y siempre de acuerdo con las previsiones del Libro I del Título IV, las condiciones de explotación de la obra. En lo que respecta a la gestión de servicios públicos, dice el artículo 282.2 que se debe restablecer el originario equilibrio económico de los presupuestos económicos que fueran básicos en la adjudicación del contrato, advirtiendo, eso sí, en el apartado tercero del mismo artículo, que no habrá derecho al resarcimiento cuando los acuerdos carezcan de trascendencia económica.



Según Blanquer Criado³⁶, tan solo existen estos dos supuestos indemnizatorios en los casos de concesión de obra pública y gestión de servicios, no generando ningún tipo de restablecimiento en los contratos de obra, servicio o suministro. Pero observando con detenimiento los preceptos referidos a los otros tipos contractuales, el contratista sí tendrá derecho a ser más, más que indemnizado, compensado. Veamos las diferentes situaciones:

- En los contratos de obra, si las unidades de obra están previstas en el contrato (artículo 234) y se produce un aumento de las mismas, el adjudicatario tendrá derecho a ser abonado en el precio fijado en el contrato para esas unidades de obra. Sin embargo, si existe reducción de las mismas, no tendrá derecho a reclamar ningún tipo de indemnización.
- Lo mismo sucede en los contratos de suministro, previendo el artículo 296, que cuando existan aumentos de unidades de bienes, el adjudicatario tendrá derecho a ser compensado con el pago del precio previsto en el contrato, y si existen reducciones o supresiones, no tendrá tal derecho.
- El caso de los contratos de servicios es particular, ya que únicamente se ha establecido indemnización, en iguales términos que para los de obra y suministro, en el supuesto de contratos de servicio de mantenimiento. Así, en principio, parecería que no se podría extrapolar lo establecido en el artículo 306, a ningún otro servicio.

Sin embargo, siguiendo a Fernández Astudillo³⁷, nada en la ley prohíbe que el adjudicatario solicite ser compensado cuando el poder adjudicador aumente los equipos o unidades previstos inicialmente en el contrato.

Hasta aquí, expuestos los casos de contratos administrativos del sector público, pero veamos qué es lo que sucede con los privados. Tendremos que distinguir que existen diferencias entre las modificaciones legales y convencionales. Si estamos ante una modificación prevista en la documentación que rige la licitación, habrá que estar a lo que establezca la misma, y en su defecto, siguiendo el artículo 20.2, a lo que disponga el derecho privado. Sin embargo, si estamos ante modificaciones legales, al no haber previsión en el pliego ni en ningún tipo de documento, se acudirá directamente al derecho privado.

Acudiendo a los artículos 1256, 1258 y 1289 del Código Civil, y por su clarificadora exposición, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2010, recurso 2253/2005, se reconoce el derecho a la compensación siempre y cuando se rompa la correlación económica del contrato.

5.3 Resolución

La reforma en materia contractual operada por la Ley de Economía Sostenible establece una nueva causa de resolución en el apartado g) del artículo 223, señalando que la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación

36 BLANQUER CRIADO, D. V., *op. cit.*

37 FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M., “Contratación pública. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público”, volumen 2. Ed. Bosch. Barcelona, 2008.

en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I, producirá la resolución del mismo.

Dicha causa de resolución, al incardinarse; al igual que sucede con el restablecimiento del equilibrio económico; en el Libro I, referido a los contratos administrativos, solo será de aplicación a estos, por lo que por lo que respecta a los contratos privados, habrá que estar a lo establecido en el artículo 105.

Además, anudado con esta causa de resolución establecida en el artículo 223 g), el artículo 225, apartado quinto, reconoce el derecho al contratista de recibir una indemnización del tres por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le sea imputable.

Dicho supuesto indemnizatorio solo es aplicable a los contratos administrativos, aunque tal y como expone la Circular de la Abogacía General del Estado 1/2011, de 7 de abril, no existe ningún impedimento legal para que la resolución de los contratos privados por la causa prevista en el artículo 105 del Texto Refundido, conlleve la indemnización al contratista. Por su especial claridad, se reproduce el texto de la misma: *“En efecto, si en el ámbito de la contratación regida por el Derecho privado es excepcional la resolución del vínculo contractual por voluntad de una sola de las partes dado lo dispuesto en los artículos 1091 y 1258 del Código Civil (y demás preceptos concordantes de este texto legal), resulta indudable que la resolución del contrato por consecuencia de la modificación en el supuesto a que se refiere el artículo 92 bis 1, párrafo segundo de la LCSP, debe llevar aparejada la pertinente indemnización al contratista, pues es éste quien de forma singular o particular sufre el perjuicio económico que comporta la regla legal de la resolución del contrato que sanciona dicha norma. Es más, si tratándose de un contrato administrativo, la resolución de éste por causa de su modificación da lugar a indemnización (artículo 208.5 —artículo 225.5 del TR— en relación con el artículo 206 g) —artículo 223 g) del TR— de la LCSP), no se aprecia ninguna razón objetiva que justifique que en el contrato administrativo se admita la indemnización y que, en cambio, no se admita en el contrato privado como es el que concierne a una entidad pública empresarial, una sociedad mercantil del Estado o una fundación del sector público estatal; así las cosas, no existe, por lo demás, ningún impedimento jurídico para que una entidad pública empresarial, una sociedad mercantil del Estado o una fundación del sector público estatal puedan aplicar en sus pliegos de condiciones el porcentaje que establece el artículo 208.5 de la LCSP como límite de la indemnización”.*

Otra novedad introducida por la Ley de Economía Sostenible en la aplicación de causas de resolución, es la supresión del supuesto en el que la Administración podía instar la resolución del contrato en los casos de modificación que excedan del veinte por ciento, y ello responde a la prohibición de introducir modificaciones que igualen o excedan del diez por ciento de la adjudicación del contrato (artículo 107.1, apartado d)).

También se suprime de la redacción dada al artículo 243, para la resolución del contrato de concesión de obra pública, la posibilidad de que el concesionario solicite la resolución cuando las modificaciones impuestas incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al veinte por ciento del importe de los mismos. Ahora será el plan económico-financiero de la concesión, el que recoja, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del aumento o disminución de costes.

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

6 Régimen transitorio

Al régimen de derecho transitorio de la reforma de la LCSP efectuada por la Ley de Economía Sostenible, en materia de modificación de contratos, se dedica en el actual Texto Refundido de la LCSP, la Disposición Transitoria primera, en su apartado segundo, indicando la misma que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible, es decir, los que lo hayan sido con anterioridad a 7 de marzo de 2011³⁸, se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida la duración, por la normativa anterior.

Aunque el precepto nada establece sobre las modificaciones de los contratos, ha de entenderse que éstas quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la Disposición aludida, puesto que la misma está incluida en el Título V del Libro I del TRLCSP.

En la ya mencionada en otros apartados de este trabajo, Circular 1/2011 de la Abogacía General del Estado, se establece que el criterio a seguir por ser el más ajustado al derecho comunitario, es entender que a las modificaciones, sean de contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible, o adjudicados con posterioridad, se le aplique el nuevo régimen, puesto que éste era el que ya exigía la jurisprudencia del TJUE. Con rotundidad se advierte por parte del Abogado General del Estado, que el criterio correcto a seguir es el mencionado; si bien la doctrina mayoritaria, la cual comparto, está de acuerdo en admitir que el tenor literal de la ley es muy claro y el régimen de modificados establecido por la Ley de Economía Sostenible será única y exclusivamente aplicable a los contratos adjudicados a partir de su entrada en vigor, siendo descartado, por lo tanto, el parecer de la Circular.

En cuanto a los contratos privados, a pesar de que la Disposición Transitoria solo alude a los contratos administrativos, hay que entender que también le es aplicable dicho régimen transitorio a aquéllos, y esto porque el ámbito de aplicación del Texto Refundido abarca ambos tipos de contratos, y no tendría ningún sentido que existiesen dos regímenes diferentes en cuanto a la transitoriedad de la ley. A este respecto, es aclaratoria la Recomendación 1/2011, de 29 de marzo, de la Comisión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía, entendiendo la misma que los expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible, serán aquellos cuyos pliegos hubiesen sido publicados con anterioridad a esa fecha, y en los negociados sin publicidad, habrá que estar a la fecha de aprobación de los pliegos. Además, la misma añade que en los expedientes en los que aún no se hubiese abierto la fase de licitación, deberían adaptar sus previsiones a lo dispuesto en la LCSP reformada, con la incorporación del régimen establecido por la Ley de Economía Sostenible.

38 La Ley de Economía Sostenible fue publicada en el B.O.E. Nº 55, de 5 de marzo de 2011, entrando en vigor no al día siguiente (ya que era domingo), sino el 7 de marzo.

7 La modificación de contratos en las propuestas de nuevas directivas

En el ámbito de la Estrategia Europea 2020³⁹, la Comisión Europea, en su comunicación “Acta del mercado único: 12 prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza”, señaló la necesidad de modernizar el ámbito normativo de la contratación pública, de la cual surgió la adopción de tres propuestas de Directivas, publicadas en el D.O.U.E. de 5 de abril de 2012:

- Propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, energía, los transportes y los servicios postales.
- Propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública.
- Propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Pues bien, casi dos años después, el 15 de enero de 2014, el Parlamento Europeo ha aprobado las tres Directivas comunitarias con el objetivo de fijar estándares comunes en la contratación a nivel europeo. No obstante, los Estados Miembros dispondrán de dos años para transponer las disposiciones de las nuevas normas a sus respectivas legislaciones nacionales.

Como novedad, se regulan las incidencias en la ejecución del contrato, que obligan a proceder a la modificación del mismo, estableciendo las circunstancias en las que se permitirá acudir al procedimiento modificadorio, no siendo necesario, por lo tanto, acudir a una nueva licitación. A tal fin, nos detendremos en el estudio de dicha propuesta, ya que los planteamientos de la misma, se repiten prácticamente en idénticos términos en las otras dos propuestas de directiva.

La Exposición de motivos de la Directiva de Contratación pública señala que: “... la modificación de los contratos durante su período de vigencia se ha convertido en una cuestión cada vez más pertinente y problemática para los profesionales. Y por ello, se incluye una disposición específica sobre la modificación de los contratos que incorpora las soluciones básicas desarrolladas por la jurisprudencia y ofrece una solución pragmática para tratar las circunstancias imprevistas que exigen la adaptación de un contrato público durante su período de vigencia...”.

El diseño normativo contenido en la misma es coherente con la doctrina seguida a lo largo de los años por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al establecer en su artículo 72 que se prohibirá cualquier tipo de modificación contractual que suponga alteración del contenido sustancial, y ésta no lo será cuando:

39 La presente iniciativa de reforma de la contratación pública se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, así como las iniciativas emblemáticas de Europa 2020 “Una agenda digital para Europa”, “Unión por la innovación”, “Una política industrial integrada para la era de la globalización”, “Energía 2020” y “Una Europa que utilice eficazmente los recursos”. Aplica también el Acta del Mercado único, y en particular su duodécima medida clave: “Revisión y modernización del mercado normativo de los contratos públicos”. Sobre la transposición de las anteriores Directivas en los Estados miembros resulta de gran interés el 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.

- Su valor no supere los umbrales fijados en su artículo 4 y sea inferior al cinco por ciento del precio del contrato inicial.
- Hayan sido previstas en la documentación de la contratación, en opciones o cláusulas de revisión, de forma clara, precisa e inequívoca.

Pero también establece en qué casos sí se considerarán sustanciales dichas modificaciones, con la finalidad de aportar seguridad jurídica, que conllevarán a la convocatoria de una nueva licitación:

- Cuando introduzca condiciones que habrían permitido la selección de otros candidatos o correspondiese la adjudicación a otro licitador.
- Cuando se altere el equilibrio económico.
- Cuando amplíe de forma considerable el ámbito objetivo del contrato.
- Cuando implique la sustitución del socio contratista, aunque con matices, esto es, salvo los casos de sucesión total o parcial por reestructuración empresarial en tanto se respeten los principios de la licitación.
- Cuando tenga por objeto subsanar deficiencias que puedan solucionarse mediante la aplicación de las obligaciones contractuales, o cuando la modificación tenga por objeto compensar riesgos de aumento de precios que hayan sido cubiertos por el contratista.

Este diseño, resulta similar al que, como ya se ha anticipado, venía siendo objeto de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y al introducido por la Ley de Economía Sostenible modificando la Ley de Contratos del Sector Público; pero la Directiva va más allá y establece que en ciertos casos, será posible proceder a una modificación contractual sustancial no utilizando una nueva licitación, siempre y cuando se cumplan unas determinadas condiciones:

- Que la necesidad de la misma se derive de circunstancias que no se pudieron prever por un poder adjudicador diligente;
- Que no se altere la naturaleza global del contrato;
- Y que el aumento del precio no sea superior al cincuenta por ciento del precio inicial.

Se abre con esta previsión un cúmulo de dudas interpretativas, lo que puede ser contrario al principio de seguridad jurídica que exigirá una fuerte labor interpretativa.

Los considerandos 34, 35 y 37 de la Propuesta de Directiva publicada el 12 de abril de 2012, ofrecen unos buenos elementos explicativos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar las reglas establecidas por la misma⁴⁰. El Considerando 34 precisa de forma bastante clarificadora el concepto de circunstancias imprevistas, completándolo con el Considerando 35 que explica cómo habrá que determinar la imprevisibilidad, que se hará en atención a los recursos de que se disponían, la naturaleza y características del proyecto,

40 Vid. LAZO VITORIA, X., "La propuesta de Directiva de Concesiones: rasgos fundamentales", publicado en www.obcp.es, de 23 de marzo de 2013.

las buenas prácticas y la necesidad de asegurar una proporción adecuada entre los recursos destinados a la preparación de la adjudicación y su valor previsto.

En cuanto al límite cuantitativo, resulta destacable la opinión de López Mora⁴¹, sobre la particularización de dicho límite en función de cada contrato particularmente concebido, o en proporción a la magnitud y duración del mismo.

Por último, interesa destacar que la Directiva de contratación pública, como elemento de control, incluye la obligatoriedad de publicación de las modificaciones, para proceder a la comprobación del adecuado cumplimiento y tramitación de lo que figure en el pliego⁴². Una vez esté traspuesta la Directiva, de no hacerlo antes, obligará al legislador español a replantear la redacción del artículo 40 del TRLCSP, ya que el mismo establece que los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación; no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

No obstante, existen leyes autonómicas, como la Ley 3/2011, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, que ya han introducido disposiciones posibilitando la interposición de recurso especial contra la modificación contractual, una vez publicada la misma en el Boletín oficial correspondiente y/o perfil en el que se publicó la adjudicación.

Esta previsión seguida por la ley aragonesa, ha sido también la que ha establecido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 12/2012, de 23 de mayo; pero no es, sin embargo, la seguida por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que ha establecido, en diferentes ocasiones, que para los actos de ejecución del contrato (entre los que se encuentra la modificación) solo cabrá acudir al régimen de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común.

De todas formas, opiniones a favor, opiniones en contra, dicha discusión quedará superada tras la nueva regulación que ha propuesto la Directiva, incluyendo entre el objeto del recurso especial en materia de contratación, los acuerdos de modificación en los contratos públicos.

8 Conclusiones finales

La nueva regulación del régimen modificadorio de los contratos públicos, contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que ha introducido la Ley de Economía Sostenible, ha procurado adaptarse a las exigencias del Derecho Comunitario, incluso, como se ha visto, anticipándose a lo dispuesto por las Directivas Comunitarias, aprobadas por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014.

41 LÓPEZ MORA, E., "La futura regulación de la modificación de contratos de concesión durante su vigencia", publicado en www.obcpe.es, de 28 de enero de 2013.

42 En este sentido, ya lo prevé, entre otras leyes autonómicas, el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración Pública Gallega.

Lo que no se puede obviar, es que la oportunidad del ejercicio del *ius variandi* necesita de una adecuada motivación sobre los requisitos y supuestos que permiten acudir a la misma, y que de no existir, impide la alteración del contrato. En todo caso, además, responderán a las exigencias que se derivan del interés público.

De acuerdo con todo lo expuesto en el presente trabajo, se pueden establecer una serie de conclusiones a modo de resumen:

- 1) La Ley de Economía Sostenible ha introducido un régimen de modificación acorde con las exigencias comunitarias, previendo que el contrato se llevará a cabo en la forma inicialmente pactada, siendo admisibles variaciones cuando así se haya previsto en la documentación que rige la licitación (previsión en los pliegos o anuncio de licitación) o en los casos establecidos legalmente; existiendo así una dualidad de regímenes en materia de modificación contractual.
- 2) La nueva regulación se aplica a todos los contratos del sector público, administrativos o privados, cualquiera que sea el poder adjudicador. El hecho de incluir en el ámbito de aplicación de la ley a los contratos privados, supone una desnaturalización de los mismos, "administrativándolo".
- 3) La modificación no podrá realizarse con el objeto de añadir prestaciones complementarias, aumentar el objeto del contrato con el fin de que cumpla propósitos nuevos no contemplados en la documentación inicial, o incorporar una prestación susceptible de uso o explotación independiente.
- 4) Las modificaciones convencionales requieren que se hayan incluido bien en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, bien en el anuncio de licitación y no podrán afectar a ninguna condición esencial de la licitación y han de hacerlo de forma clara, precisa e inequívoca; no estableciendo el nuevo régimen ningún tipo de límite máximo a las modificaciones que puedan prever los pliegos.
- 5) Las modificaciones legales solo se podrán producir por alguna de las causas expuestas en el artículo 107, sin que se puedan alterar las condiciones esenciales del contrato, y debiendo limitarse a introducir las variaciones necesarias para responder a la causa objetiva que haga necesaria la novación. Supuestos que han ido más allá de lo dispuesto por la doctrina comunitaria, si bien, se adaptan en buena medida a las Propuestas de Directivas comunitarias.
- 6) El procedimiento a seguir en el caso de modificados derivados del artículo 106 (convencionales) será el que se haya fijado en el pliego respetando los preceptos del TRLCSP, y en el caso de las modificaciones legales (artículo 107) será el recogido en el propio Texto Refundido.
- 7) La modificación pondrá fin a la vía administrativa, siendo inmediatamente ejecutiva y obligará al contratista. Éste tendrá derecho a indemnización siempre que se produzca una alteración del equilibrio económico del contrato en los términos expuestos.
- 8) Cuando devenga imposible la ejecución de la prestación en los términos inicialmente pactados o se produzca una lesión grave en el interés público y no sea posible la mo-

dificación del contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I del TRLCSP, procederá la resolución.

- 9) La normativa aplicable al modificado debe ser al vigente cuando se celebró el contrato, sin que nada obste a la interpretación de la misma conforme al Derecho Comunitario.

En definitiva, y a pesar de opiniones en contra, la reforma efectuada por España supone un notable avance en materia de modificación contractual, adaptándose a lo dispuesto por la jurisprudencia comunitaria, e incluso ha ido más allá; lo que por otra parte, puede generar dudas e inseguridad jurídica ya que, ha habido, quizás, exceso de celo en la apreciación de los presupuestos para modificar un contrato.

Pero lo importante y verdaderamente urgente es que los servidores públicos apliquen de forma correcta la legislación en las modificaciones de los contratos públicos, ateniéndose, en palabras de Gimeno Feliú, “a un código ético estricto que evite conflictos de intereses, y que la gestión pública se rija, como no puede ser de otro modo, por la transparencia, integridad y la eficiencia, colaborando a dignificar su contratación, sobre todo de cara a la opinión pública, frenando la corrupción instalada en la 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*, junio 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 y 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 (enero-marzo 2009).
- DÍEZ CALZADA, J.R., “Comentarios al nuevo régimen de modificación de contratos del sector público”. *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, nº 112, septiembre 2011.
- ESCRIHUELA MORALES, F. J., “*Guía práctica de la Contratación del Sector Público*”. Ed. La Ley. Madrid 2012.

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

- 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, julio 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, enero-marzo 2011.
- *“La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”*. *Ponencia en las 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, septiembre 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 enero 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, julio.
- 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. Mayo 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, diciembre 2010.
- *“Transformación sustancial del régimen de modificación del contrato por la Ley de Economía Sostenible”*. *Contratación Administrativa Práctica*, nº 114, diciembre 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 de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana (México)
Es licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana, tiene un
Programa de Perfeccionamiento D1 por el IPADE y es doctor en Derecho
por la Universidad de Navarra

Es profesor en el Doctorado en Derecho Tributario y en el Doctorado en
Libertades Informativas de la Universidad de Salamanca y la Universidad
Panamericana y profesor invitado de la Universidad Northwestern
(Chicago)

jlozano@up.edu.mx

Recibido: 21/10/2014 | Aceptado: 22/04/2015

48
Regap

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

Resumo: *En México existe un fenómeno que se estende de forma análoga a diversas xurisdiccions 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 propónse 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 los 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 de los criterios de distinción entre el derecho privado y el público comúnmente aceptados. iii) Propuesta de nueva categoría de distinción entre el derecho privado y el derecho público. iv) Conclusiones. v) Bibliografía.*

i) Antecedentes

En México, y de forma análoga en gran parte del mundo, el signo de los últimos tiempos está marcado por el aumento de la complejidad política, social y económica. Fenómenos como la construcción del denominado *bloque de constitucionalidad*, el reconocimiento de distintas fuentes culturales del derecho, la globalización y el uso de redes han impactado de forma profunda en paradigmas clásicos sobre los que se construyó el sistema jurídico moderno¹.

Particularmente la concepción del derecho, dividido en público y privado bajo los principios de *autonomía de la voluntad* y de *legalidad*, ha sido rebasada por las nuevas circunstancias. La complejidad creciente genera escenarios para los que no fueron diseñados.

Para el derecho moderno de tradición continental la distinción entre público y privado es parte central del funcionamiento del sistema jurídico, ya que cada uno de ellos posee una *praxis* distinta².

El derecho privado, sujeto al principio de la autonomía de la voluntad (los sujetos de derecho pueden realizar cualquier acto con efectos jurídicos siempre y cuando no violen una norma de interés público), basa su fundamento en la libertad. Reconoce de forma ordinaria a cualquier sujeto con personalidad plena y, por tanto, con posibilidad de ser centro de emisión de actos jurídicos.

El derecho público, sujeto al principio de legalidad (la autoridad o gobierno solo puede realizar aquellos actos que están previstos de manera expresa en las normas), basa su fundamento en la regulación (voluntad). Solo reconoce como sujeto de derecho a aquellos que la norma determina como tales.

El comportamiento del derecho privado es dúctil, lo que hace que su práctica se realice atendiendo a las circunstancias reales en las que se desenvuelve. La propia realidad a través de la costumbre y las necesidades del devenir histórico es lo que marca su rumbo³.

1 Cfr. DROMI, Roberto, *El Derecho Público en la Hipermmodernidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2005.

2 La *praxis* de lo público responde al *logos* del principio de legalidad en el que la interpretación y aplicación de la ley es el eje que la vertebraba. Su actuación práctica se basa en el mantenimiento e interpretación del sistema jurídico. La *praxis* de lo privado se sustenta en el principio de autonomía de la voluntad en el que los particulares se convierten en constructores del derecho. Su actuación práctica se basa en la creatividad.

3 "El concurso de voluntades que caracteriza al contrato, se entiende como el acuerdo de libres voluntades de los contratantes. La noción de libertad individual se expresa habitualmente diciendo que todo lo que no está prohibido, está permitido. Esto es lo que en el dominio del Derechos se llama principio de la autonomía de la voluntad". BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, decimoprimer edición, México, 1989, p. 122.

Ejemplo claro de lo anterior es la evolución del derecho mercantil que históricamente ha evolucionado como efecto del cambio en el entorno y forma de realización de los negocios y las prácticas comerciales.

El comportamiento del derecho público es rígido, lo que hace que su práctica se realice atendiendo al orden jurídico establecido, en muchas ocasiones sin importar las circunstancias cambiantes del entorno en el que se desenvuelve. El derecho público es producto de la voluntad política y por ello está más bien vinculado a ella y no necesariamente al cambio en el entorno⁴.

Muestra de lo anterior ha sido la construcción legislativa que en materia regulatoria se ha realizado en algunos países en los que el resultado es producto del consenso y no responde necesariamente a un modelo determinado.

Según Gabino Fraga: "(...) La casi totalidad de las relaciones jurídicas en que interviene la Administración con motivo de su organización y de su funcionamiento están regidas por las normas del derecho administrativo, es decir, por normas de derecho público.

Pero en la actividad del Estado hay casos en los cuales el poder público puede buscar la colaboración voluntaria de los particulares, celebrando con ellos contratos y realizando actos que forman parte de las instituciones de derecho privado. En tales casos, sin embargo, no puede desprenderse de una manera completa de su carácter de poder público, y por ello, la legislación aplicable está constituida por normas de derecho privado que sufren una adaptación a las condiciones especiales marcadas por la intervención del poder público (...)"⁵.

La cada vez mayor complejidad en la que se desenvuelven las relaciones sociales y jurídicas ha implicado que la división entre derecho público y derecho privado sea cada vez más difícil de precisar.

En efecto, cada vez un mayor número de negocios en principio considerados de orden público utilizan figuras propias del derecho privado, y cada vez más negocios que en principio han sido considerados pertenecientes al ámbito privado adquieren aspectos propios de lo público⁶.

La problemática en el ámbito de la teoría y la práctica es distinguir cuando –en una relación compleja– nos encontramos frente a derecho público o derecho privado, cuando aplicamos

4 "Aunque la palabra *legalidad* se originó en el derecho romano, fue después de la Revolución francesa donde tuvo un auge importante y su principal desarrollo, pues la percepción de las personas sobre la persona del rey cambiaría radicalmente por otra visión, en la cual se otorgaría un valor especial a la comunidad, a lo que Montesquieu denominaba la voluntad general; es decir, a la ley. LÓPEZ OLVERA Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la Administración Pública*, Novum, México, 2014, p. 30. "El resultado (...) se expresará en una idea sumamente simple: en lugar de los hombres, adelante van a mandar las Leyes". 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 Ejemplo de la utilización de figuras de derecho privado en el ámbito de los negocios públicos es la utilización de la figura del arbitraje tratándose de obra pública en México tal como lo establece el artículo 98 de la *Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas*: "Se podrá convenir compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación de las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio". Ejemplo de como el derecho público penetra en las relaciones comerciales, propias del derecho privado es el artículo 9 de la Ley Federal de Competencia Económica cuya fracción primera establece que "(...) Corresponde exclusivamente al Ejecutivo Federal determinar mediante decreto los bienes y servicios que podrán sujetarse a precios máximos, siempre y cuando no haya condiciones de competencia efectiva en el mercado relevante de que se trate. La Comisión determinará mediante declaratoria si no hay condiciones de competencia efectiva (...)".

el principio de legalidad o de autonomía de la voluntad para razonarla. En muchas ocasiones están entrelazados, por lo que se dificulta la determinación del principio sobre el que debe plantearse el sentido de la solución de un caso concreto.

En los últimos años, la evolución hacia el *neoconstitucionalismo*, la ampliación conceptual sobre los derechos fundamentales y sus mecanismos de defensa y los procesos de globalización y jurisdicción universal acentúan la dificultad para distinguir la aplicación de los principios⁷.

Materias que hace poco tiempo estaban claramente constreñidas al ámbito privado hoy han sido absorbidas por lo público⁸.

En este sentido existen dudas razonables sobre el principio aplicable –normalmente a la espera de definiciones jurisdiccionales– pero sin un criterio consistente de distinción.

ii) Insuficiencia de los criterios de distinción entre el derecho privado y el público comúnmente aceptados.

Ante la relevancia de distinguir la naturaleza del derecho privado y el derecho público, esto es, profundizar sobre su naturaleza, se han buscado diversos criterios, siendo el más extendido el de la naturaleza formal de las relaciones: el derecho privado fundado en relaciones de *coordinación* y el derecho público en las relaciones de *supra a subordinación*.

Este criterio ha sido comúnmente aceptado desde el punto de vista teórico y enseñado en las escuelas y facultades de derecho de tradición romano-germánica, basado en la idea de una realidad estatal y constitucional de límites claros y perfectamente preestablecidos. Responde a un estado constitucional con una división tripartita de poderes donde las actividades del gobierno se encuentran bien determinadas y separadas de las que corresponden a los particulares.

Sin embargo, este criterio de naturaleza formal de carácter simple se vuelve insuficiente en sistemas de mayor complejidad en los que la división de poderes se pulveriza entre una pluralidad de órganos constitucionales autónomos o de naturaleza *sui generis*⁹.

7 “La novedad en la materia se encuentra en la actual tendencia constitucional de los países latinoamericanos para concederle a las normas del Derecho Internacional, del Derecho Comunitario y de los pactos, la jerarquía constitucional y, por consiguiente, la supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico. En este sentido, las Constituciones y las normas internacionales aprobadas y ratificadas por cada uno de los países forman un “Bloque de Constitucionalidad” que rige en todo el ejercicio del poder, las relaciones sociales, económicas y políticas. En este campo, se destaca de modo especial el reconocimiento constitucional automático de las normas y de los órganos de integración latinoamericana: tratados sobre la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de la Corte Interamericana de Justicia de la Comunidad Andina, del MERCOSUR, El tratado Amazónico, el Grupo de Río y de aquellos órganos respectivos como el Parlamento Andino, el Parlamento Latinoamericano y la Corte Andina de Justicia”. 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, Unibayacá, 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 “Las cosas se complican mucho más ahora, ya que, con la globalización, numerosas agencias y organizaciones públicas se han transes-tatalizado de diversas formas. Peor aún, las dificultades taxonómicas sobre los ámbitos difusos de lo “público no estatal”. Sean aquí los casos de las organizaciones solidarias mundializadas en el campo de los derechos humanos, la ecología, la batalla contra las hambrunas, o instancias multilaterales de fuente no 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.

Algunos ejemplos que demuestran lo anterior se encuentran en el ámbito del derecho social. En México, como ocurre en gran número de países, los derechos de los trabajadores gozan de una especial protección del sistema jurídico, tal protección tiene como consecuencia que muchas de las normas en el ámbito laboral tengan un comportamiento más cercano al principio de legalidad (propio del derecho público) que al de autonomía de la voluntad (propio del derecho privado).

En este sentido, la división formal entre los ámbitos público y privado no explica como una relación entre particulares (relaciones de coordinación) responde a un principio de derecho público (relaciones de supra a subordinación).

Igualmente, la concepción que da origen a las denominadas *asociaciones público-privadas* en las que existe una superposición entre Estado y particulares, que si bien se realiza de forma coordinada genera un ámbito de confusión de principios, ya que en un mismo negocio se actualiza el ámbito del principio de legalidad (en un posible proceso de licitación) con el principio de autonomía de la voluntad (al ser ambas partes socias del mismo negocio)¹⁰.

iii) Propuesta de nueva categoría de distinción entre el derecho privado y el derecho público.

El cambio paradigmático del derecho en la modernidad estuvo vinculado al cambio sufrido en la organización social y política, específicamente a lo que se ha denominado *surgimiento del Estado moderno*. El Antiguo Régimen, construido sobre un andamiaje descentralizado, tendió a la centralización monolítica.

La organización que había predominado en la historia occidental, vigente hasta el bajo medioevo era, como lo han denominado algunos autores, *policéntrica*. El derecho surgía de diversos ámbitos de relación en los que una pluralidad de actores lo generaba.

El surgimiento del Estado moderno supuso que un actor, el rey, independientemente de la fecha y lugar específico en que este fenómeno se consolidó, expropió la gran mayoría de los procesos políticos y sociales, antes disgregados en diversos actores, para convertirse él en el principal y posiblemente único. Consecuencia de esta expropiación fue su propia conversión a centro jurídico.

La finalidad original del rey en este fenómeno era de orden político (una mayor concentración de poder), pero necesitó de lo jurídico como instrumento de legitimación y operación del mismo. En este sentido, la política se juridizó y el orden jurídico se politizó a grado tal de que, en términos de Norberto Bobbio, se convirtieron en dos caras de la misma moneda¹¹.

10 En términos del artículo 2 de la ley vigente en México, denominada "De Asociaciones Público-Privadas": los proyectos de asociación público-privada regulados por esta Ley son aquellos que se realicen con cualquier esquema para establecer una relación contractual de largo plazo, entre instancias del sector público y del sector privado, para la prestación de servicios al sector público o al usuario final y en los que se utilice infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el País. En los términos previstos en esta Ley, los proyectos de asociación público-privada deberán estar plenamente justificados, especificar el beneficio social que se busca obtener y demostrar su ventaja financiera frente a otras formas de financiamiento".

11 "Una forma de gobierno –había dicho Rousseau– que ponga a la Ley por encima del hombre". Y en otro lugar: "Un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes pero no dueños; obedece a las Leyes, pero nada más que a las Leyes, y es por la fuerza de las Leyes por lo que no obedece a los hombres". ROSSEAU, Jean Jacques, *Lettres écrites de la Montagne*, lettre VIII (pág. 842 en la edición de "La Pléiade") y añade

Años después, pasada la Revolución francesa, la identificación entre política y derecho se consolidó a través de la denominada *revolución constitucional*, vigente de forma plena en la actualidad.

Así pues es que podemos afirmar de forma aproximativa que el análisis de lo jurídico requiere en mayor profundidad de la asistencia de herramientas cognitivas políticas, ya que sin ellas podría ser insuficiente.

Ahora bien, si es verdad que el derecho en su conjunto –desde la modernidad– se ha condicionado por la política, también es cierto que algunos sectores del derecho lo han sido con mayor intensidad que otros. Específicamente, el condicionamiento político ha sido notablemente más acentuado en el campo de lo público que de lo privado. En este sentido, el derecho público posee un *logos* político.

De hecho, en el nuevo orden –el moderno– el nuevo derecho es el público.

Desde nuestro punto de vista, la insuficiencia de las categorías formales para distinguir derecho privado y derecho público se debe a la falta de reconocimiento de los motivos causales de la división. Si el motivo causal de la distinción moderna entre ambos órdenes fue político, el criterio de distinción también debería partir de allí.

Dentro incluso del derecho público los criterios formales son insuficientes para distinguir actos propios de esta rama. Según Agustín Gordillo: “(...) Ninguno de estos criterios es de por sí suficiente para distinguir las funciones del Estado, pues hay actos *materialmente legislativos* que son *orgánicamente administrativos*; actos *materialmente administrativos* que son *orgánicamente legislativos* (las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc., que conceden o realizan las Cámaras); actos *materialmente administrativos* que son *orgánicamente judiciales* (las autorizaciones y venias que tienen a su cargo los tribunales: el nombramiento y renovación de los empleados judiciales; la superintendencia ejercida por la Suprema Corte). Hay además actos materialmente jurisdiccionales que son orgánicamente administrativos, p. ej. cuando el Poder Ejecutivo decide un recurso jerárquico, etc.

Así entonces, en sentido *material*, el órgano administrativo realiza no sólo funciones administrativas sino también legislativas y jurisdiccionales; el órgano jurisdiccional no sólo funciones jurisdiccionales sino también administrativas; el órgano legislativo no sólo funciones legislativas sino también administrativas.

Este entrelazamiento de funciones en sentido material que realizan los órganos estatales demuestra que no puede hallarse un criterio orgánico o material *positivo* y *puro* para conceptualizar cada una de las funciones: es necesario buscar un *criterio mixto*, que combinando elementos de uno y otro tipo pueda ofrecer una noción útil, aunque resulte menos elegante que las demás (...)”¹².

Pretender aproximarse a la naturaleza del derecho público prescindiendo de herramientas de análisis político está afectado de inconsistencia metodológica. De ello concluimos la

más adelante: “Un pueblo es libre, sea cual sea su forma de gobierno, cuando en quien gobierna no ve al hombre, sino al órgano de la Ley”, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua... op cit.* pp. 125 y 126.

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.

conveniencia de acudir a los herramientas de la teoría política para lograr un mayor nivel de acercamiento¹³.

Dentro de las teorías explicativas de los sistemas políticos modernos una que ha destacado de manera importante es la de *centro y periferias*. Esta teoría consiste fundamentalmente en la idea de que todo sistema posee un centro que afecta a todo el sistema en su conjunto y unas periferias con identidad y cierto margen de independencia¹⁴.

La lógica de la relación entre centro y periferias es de cierto nivel de tensión. El centro quiere atraer todo hacia sí y las periferias buscan el mayor nivel de independencia. Al final se genera una verdadera interdependencia.

En cada una de las periferias se encuentra inscrito el *logos* del centro como una especie de común denominador, pero también cada una de las periferias posee su propia identidad, su propia historia y sus propios fines.

Un ejemplo de lo anterior es el caso de una república federal como es el caso de la mexicana, en la que existe un centro que es la capital del país (el Distrito Federal) en donde se asientan los poderes federales y unas entidades federativas en las que se divide el país¹⁵.

Las decisiones tomadas en el Distrito Federal afectan a toda la federación generando una historia y un destino común, sin embargo cada una tiene también su historia particular. En el centro existe una única identidad, en las entidades federativas la identidad se compone por el común denominador de la del centro y su particularidad.

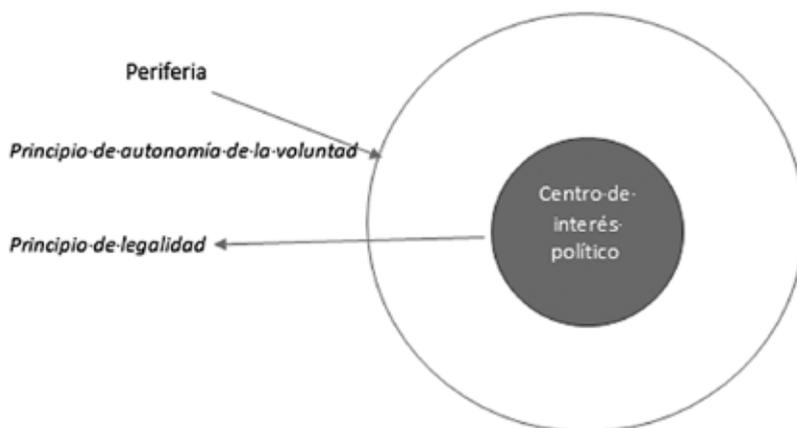
Trasladando esta teoría al orden jurídico, podríamos decir que el centro de interés político atrae para sí los sectores del derecho que sirvan instrumentalmente a la lógica del poder. En la medida que los atrae para sí los politiza, lo que equivale a acercarlo al principio de legalidad. El siguiente esquema ilustra lo comentado:

Efectivamente, la nueva complejidad que al paso de las últimas décadas han enfrentado los gobiernos, representada entre otros aspectos por la insuficiencia para enfrentar los desafíos de la globalización, la carencia de recursos fiscales suficientes para gasto de inversión y la inviabilidad de los sistemas de pensiones, ha supuesto un desarrollo más sofisticado del sistema jurídico en el que la distinción entre lo público y lo privado se ha vuelto cada vez menos evidente. Sin embargo, como se ha desarrollado en líneas anteriores, la distinción sigue siendo relevante en la medida que responde a principios de comportamiento distintos.

13 “El miedo e inseguridad del individuo y su necesidad de certeza contribuyeron a que construyera un derecho administrativo autoritario, dogmático, subordinante y sacralizado. Luego, la incapacidad actual de la antigua teoría de la división de poderes y de los postulados clásicos del sistema democrático paralizan al derecho administrativo, lo convierten en un producto ideal, basado en valores que no son, aislado de la realidad que está llamado a canalizar, alejado, en fin del individuo. De ahí que estos dos puntos cardinales de nuestra estructura jurídico- institucional deben ser repensados, no sólo en su correspondencia con la realidad, sino también en su eficacia, no respecto a la institucionalización y organización del poder, sino a partir del individuo y su libertad”. BONINA, Nicolás y 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 Según el artículo 44 de la Constitución mexicana: “La Ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos. Se compondrá del territorio que actualmente tiene y, en el caso de que los poderes federales se trasladen a otro lugar, se erigirá en el Estado del Valle de México con los límites y extensión que le asigne el Congreso General”.



Según el modelo de centro-periferias, en la medida que una rama del derecho o un negocio se aproxima más al centro de interés político se *publicitiza* y por tanto responde con más claridad al principio de legalidad¹⁶. Por contraposición, en la medida que una rama del derecho se aproxima al ámbito de las periferias responde con más fuerza al principio de autonomía de la voluntad¹⁷.

Si una rama del derecho o una operación jurídica es suficientemente próxima al centro responderá al principio de legalidad, si lo es a la periferia responderá al principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, si la rama o negocio se encuentra en un punto medio, suficientemente lejano tanto del centro como de las periferias, el principio se vuelve ecléctico, confuso y requiere ser tratado con herramientas más sofisticadas.

Este ámbito de confusión puede ser resuelto mediante la idea de *gobernanza*¹⁸.

Entendemos por *gobernanza*, también conocida como *gobierno relacional*, la interacción entre distintos niveles de gobierno, sobre todo cuando se producen grandes cesiones competenciales hacia arriba (por ejemplo, la integración en la Unión Europea) y hacia abajo (la descentralización territorial). También, y muy especialmente, la forma de interacción de las administraciones públicas con el mercado y las organizaciones privadas o de la denominada sociedad civil (empresas, patronales, sindicatos y otras), que no obedecen a una subordinación jerárquica, sino a una integración en red, en lo que se ha denominado *redes de interacción público-privado-civil* a lo largo del eje local/global¹⁹.

16 “(...) Esto, siempre que la respectiva necesidad a satisfacer reúna determinadas características, es decir, se presentan las razones de interés público o interés general, y esta cuestión se antoja de repente más de carácter político que jurídico, por lo que su establecimiento está condicionado a determinadas circunstancias vigentes en un periodo determinado y que en cualquier momento, pudieran cambiar así, lo que antes era una actividad privada, hoy no lo es, y lo que se considera hoy como servicio público en el futuro no lo 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 “(...) El cambio de un modelo intervencionista por otro de mercado explica, sin duda, la racionalidad de las transformaciones fundamentales de la administración pública, de su actividad y del ordenamiento jurídico administrativo. Fue la marca dominante de la conducción política nacional y se afianzó desde la década de los ochenta, en la que se inició y posteriormente arraigó con mayor profundidad, redefiniendo el quehacer del Estado en la economía y, en consecuencia, las funciones de la administración, su estructura y, paralelamente, el ordenamiento jurídico 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) Conclusiones

La cada vez mayor complejidad a la que se enfrentan las relaciones jurídicas, causa de procesos complejos como la globalización, la emergencia de medios de comunicación sofisticados, así como nuevos derechos subjetivos, supera las herramientas tradicionales de clasificación del derecho entre público y privado propias de la modernidad.

La nueva realidad, en muchos casos inédita, denominada por algunos sociólogos y filósofos como *posmodernidad*, reclama nuevas herramientas en la comprensión y ejercicio del derecho, específicamente en el entendido de que los principios aplicables difieren en lo que se refiere al tipo de relación jurídica que regulan.

Las herramientas para comprender la realidad social en la que intervienen un número cada vez mayor de factores requieren incluir mayores elementos: a una realidad compleja se le exige un pensamiento complejo.

En el caso específico de la distinción entre derecho público y derecho privado la clasificación de carácter estrictamente formal es insuficiente para explicar la frontera que existe entre estos dos ámbitos. Se requieren además de lo formal elementos de carácter material. Una propuesta es la inclusión de elementos provenientes de la teoría política bajo la 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 y DIANA, Nicolás, *La deconstrucción del Derecho Administrativo*, Novum, México, 2012.
- iv. BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, decimoprimer 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.

regap



ESTUDIOS Y NOTAS

- ix. LÓPEZ OLVERA Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la Administración Pública*, Novum, México, 2014.
- x. PRATS CATALÁ, Joan, *A los principios 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 de la 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, Unibayacá, 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.

Legislación

- i. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- ii. Código Civil Federal
- iii. Código de Comercio
- iv. Ley Federal de Procedimiento Administrativo
- v. Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo
- vi. Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas
- vii. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público
- viii. Ley Federal de Competencia Económica
- ix. Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión
- x. Ley Federal del Trabajo
- xi. Ley 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 administrativa. Elemento sustancial de la reserva de la información en materia de seguridad pública

The test of damage and the administrative transparency. Substantial element of the reserve of the information on the subject of public safety

Regap



ESTUDIOS Y NOTAS

DR. GUILLERMO A. TENORIO CUETO

Secretario académico del posgrado en Derecho de la Universidad Panamericana (México)

Catedrático de Derecho a la Información

Teoría Política en la Escuela de Comunicación y en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana

Autor de diversos libros y artículos especializados en materia de libertades 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. Introducción. 1. Seguridad nacional y seguridad pública. 2. Transparencia y procedimientos de contratación pública en materia de seguridad. 2.1 Licitación pública. 2.2 Adjudicación directa 3. La prueba de daño. 3.1 Marco conceptual sobre "daño" en materia de transparencia y acceso a la información. 3.2 Daño presente. 3.3 Daño probable. 3.4 Daño específico. 4. Breve referencia al modelo español. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía. 7. Otras fuentes.*

0 A manera de breve introducción

El presente trabajo tiene como finalidad recorrer los caminos de la transparencia administrativa a partir de la contratación pública y de las excepciones a ese principio. Sabemos que la transparencia, dentro del marco de las libertades informativas, perfecciona el sistema democrático dotando de información al ciudadano de un adecuado ejercicio en lo público.

En ese sentido propongo este tema asumiendo de inicio que como sucede con otros derechos y obligaciones derivados de los estándares internacionales de las libertades informativas no debemos movernos por absolutos siendo que dichos derechos admiten excepciones. Ese es el caso de la seguridad pública y de la seguridad nacional.

Estas excepciones no suponen la arbitrariedad o la discrecionalidad de la autoridad, sino que suponen un ejercicio adecuado de la responsabilidad del Estado al momento de contratar. Para efecto de las negativas de la información proponemos un sistema fundamentado en la llamada "prueba de daño", donde el Estado pueda materializar una adecuada fundamentación y motivación respecto a las negativas de la información.

El estudio se focaliza en el ordenamiento jurídico mexicano pero es exportable a cualquier realidad jurídica que haya incorporado un sistema de transparencia administrativa o un derecho de acceso a la información. La llamada "prueba de daño" no es privativa del caso de México y puede ayudar mucho en la construcción de un sistema no discrecional de acceso a la información pública.

De igual manera el estudio trata de situarse en el marco jurídico internacional de protección a los derechos humanos para la justificación de la llamada "prueba de daño" con lo cual, desde nuestro particular punto de vista, hace más asequible la radicación de la misma en sedes nacionales. Se ha tomado el caso del sistema interamericano de derechos humanos el cual participa activamente en materia de libertades informativas con el sistema europeo.

1 Seguridad nacional y seguridad pública

Es imperante señalar que una política de transparencia acompañada de la necesaria creación del derecho de acceso a la información pública no supone un ejercicio absoluto, es decir,

que este tipo de políticas y de derechos tienen algunas limitaciones las cuales deben estar establecidas adecuadamente en el marco constitucional así como en la legislación secundaria.

En materia de libertades informativas hablamos del test tripartito establecido por el estándar internacional de derechos humanos donde se refiere que estas limitaciones deben estar claramente previstas por la legislación y las mismas deben ser claras y precisas para establecerse como un límite al ejercicio del derecho cuidando preponderantemente las ambigüedades o las inexactitudes.

En ese sentido el marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión que publica la relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de derechos humanos, establece que:

“Según ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el artículo 13.2 de la Convención Americana exige el cumplimiento de las siguientes tres condiciones básicas para que una limitación al derecho a la libertad de expresión sea admisible: (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr”¹.

Cobra especial sentido señalar que estas limitaciones a la libertad de expresión engloban a todo el sistema de las libertades informativas incluido el derecho de acceso a la información y por consiguiente la política de transparencia. Como sabemos, para el sistema interamericano el derecho de acceso a la información forma parte integral de la libertad de expresión a través de una de sus facultades que es la libertad de investigar, pues a partir de la misma el particular potencia un derecho fundamental fuertemente arraigado a la consagrada libertad.

Dichas limitaciones constituirán un marco jurídico claro, preciso y sobre todo orientado al logro de objetivos imperiosos y con finalidades claramente establecidas. En ese sentido entender a estas limitaciones como una carta abierta para el legislador o para la administración sería un absurdo. Ellas constituyen para la política de transparencia un papel protagónico siempre y cuando se establezcan bajo los estándares adecuados.

Una de las más típicas limitaciones de la política de transparencia y del derecho de acceso a la información tiene que ver con la seguridad nacional y la seguridad pública. En ese sentido por ejemplo la Ley de acceso a la información pública gubernamental y de protección de datos personales de México establece como información reservada lo siguiente

Artículo 13. Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda:

- I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;

Como podemos observar aún y cuando el concepto se encuentra referido en la ley sería complejo que ya en la práctica pudiéramos dejar al arbitrio de cualquier funcionario público

¹ Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, Relatoría especial para la libertad de expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2010, p. 24.

la posibilidad de interpretar los conceptos de seguridad nacional y de seguridad pública pues a lo mejor desde su perspectiva mucha de la información que él maneja pudiera concebirse como información reservada por motivos de seguridad nacional o seguridad pública.

Sabemos que el concepto de seguridad nacional y el de seguridad pública suponen aspectos distintos, por tal motivo abordaremos en las líneas siguientes una aproximación al concepto de seguridad nacional y posteriormente lo distinguiremos del de seguridad pública. Para cada uno de ellos abordaremos cómo la política de transparencia impacta en dichos conceptos y cómo el derecho de acceso a la información puede encontrar resquicios para su acción.

Refiere Ernesto Villanueva que la seguridad nacional es uno de estos conceptos de los que suelen denominarse “conceptos jurídicos indeterminados”, es decir, que tienen diversas significaciones² y que por ello puede prestarse a confusiones. A pesar de ello y en consecuencia de lo referido en líneas anteriores sobre la claridad y la precisión de la ley en cuanto a las limitaciones en torno a las libertades informativas, es preciso referir que el Estado debe darse a la tarea de generar definiciones que nos permitan establecer qué debemos entender por seguridad nacional y cómo la misma se puede ver amenazada por la revelación de determinada información.

En el caso mexicano ya veíamos que la ley de acceso a la información nos refiere que la información se puede clasificar como reservada cuando comprometa la seguridad nacional. En ese sentido no define el concepto y mucho menos pretende hacerlo. Lo cierto es que el Estado Mexicano genera a través de la Ley de Seguridad Nacional una serie de amenazas que si bien es cierto no inciden directamente en la construcción de un concepto sí permiten aproximarnos a entender qué tipo de actos pueden constituir una amenaza a dicho concepto.

En ese sentido la referida Ley de seguridad nacional refiere en su artículo 5 las amenazas a la misma, entendiendo por ellas:

- I. Actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de los Estados Unidos Mexicanos dentro del territorio nacional;
- II. Actos de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado Mexicano;
- III. Actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada;
- IV. Actos tendentes a quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- V. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada;
- VI. Actos en contra de la seguridad de la aviación;
- VII. Actos que atenten en contra del personal diplomático;

2 VILLANUEVA, “Derecho de acceso...” *op. cit.* p. LXXI.

- VIII. Todo acto tendente a consumir el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva;
- IX. Actos ilícitos en contra de la navegación marítima;
- X. Todo acto de financiamiento de acciones y organizaciones terroristas;
- XI. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia, y
- XII. Actos tendentes a destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos.

De igual manera, la referida Ley de seguridad nacional en su artículo 51 nos permite aproximarnos a la misma a partir del derecho de acceso a la información y refiere que, además de las amenazas ya descritas con anterioridad, se considerará información reservada la siguiente:

- I. Aquella cuya aplicación implique la revelación de normas, procedimientos, métodos, fuentes, especificaciones técnicas, tecnología o equipos útiles, a la generación de inteligencia para la seguridad nacional, sin importar la naturaleza o el origen de los documentos que la consignent, o;
- II. Aquella cuya revelación pueda ser utilizada para actualizar o potenciar una amenaza.

Como referíamos con anterioridad, si bien es cierto la ley no nos dota de una definición sobre el concepto sí nos aproxima a una serie de actos (amenazas) e información, que constituyen una amenaza a la seguridad nacional. En ese sentido el Instituto Federal de Acceso a la Información y Datos Personales elaboró los lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la administración pública federal, tratando de proponer una serie de variables en las cuales el servidor público pudiera establecer una primera aproximación a la seguridad nacional.

En ese sentido dichos lineamientos refieren en el artículo 18 que:

“La información se clasificará como reservada en los términos de la fracción I del artículo 13 de la Ley, cuando se comprometa la seguridad nacional, esto es, cuando la difusión de la información ponga en riesgo acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional”³.

Bajo esta óptica observamos cuatro variables que alertan al funcionario sobre la posible vulneración a la seguridad nacional en el revelado de información, ellos son a) la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, b) la gobernabilidad democrática, c) la defensa exterior y d) la seguridad interior de la Federación;

³ Lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la administración pública federal; Al respecto y ya de manera sistemática se puede consultar el Marco Teórico Metodológico del Instituto de Acceso a la Información y Datos Personales del año 2003.



Cada una de estas variables representa una amenaza, daño o vulneración a la seguridad nacional en diversos aspectos. En ese sentido la primera de ellas que es la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, puede ser vulnerada a través de dos acciones, ellas son:

- a) Menoscabar o lesionar la capacidad de defensa del territorio nacional, entendiendo como tal el establecido en el artículo 42 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por otros estados o sujetos de derecho internacional, o
- b) Quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁴.

Sobre el particular el Marco teórico metodológico del IFAI refiere como posibles ejemplos de documentos que pudieran encuadrarse en estos supuestos los siguientes:

- a) Documentos con información sobre el despliegue táctico y operativo de las fuerzas armadas en el territorio nacional.
- b) Documentos con información sobre operaciones militares y navales.
- c) Documentos con información que genere una expectativa de derecho sobre el territorio nacional para un sujeto de derecho internacional⁵.

A este respecto me parece oportuno agregar que la revelación de documentos deberá incluir a las adquisiciones, compras, enajenaciones o contrataciones que el Estado realice en materia de seguridad nacional como por ejemplo:

- a) Documentos con información acerca de la contratación de equipo destinado a operaciones militares o de seguridad nacional con finalidad de defensa.
- b) Documentos con información de los proveedores de equipo destinado a operaciones militares o de seguridad nacional con finalidad de defensa.
- c) Documentos con información acerca de la construcción de inmuebles destinados a la resguarda de la seguridad nacional.
- d) Documentos con información acerca de proveedores de insumos de inmuebles destinados a la resguarda de la seguridad nacional.

La segunda de las variables que mencionan los lineamientos sobre seguridad nacional es la Estabilidad Institucional la cual supone una serie de acciones que:

“ponen en riesgo las acciones destinadas a proteger la estabilidad de las instituciones de la Federación cuando la difusión de la información pueda afectar la integridad física de las máximas autoridades de los tres Poderes de la Unión y de los órganos con autonomía constitucional, que en el caso del Poder Ejecutivo Federal son el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, los Secretarios de Estado y el Procurador General de la República”⁶.

4 *Idem.*

5 *Idem.*

6 *Idem.*

En este caso el Marco teórico metodológico del IFAI refiere como ejemplos los siguientes casos:

- a) La revelación de datos personales o detalles sobre las actividades privadas de las máximas autoridades de los poderes de la Unión y sus familiares.
- b) Información sobre determinadas rutas de transportación de las autoridades; información personal sobre quienes integran su escolta o equipo de seguridad⁷.

La tercera de las variables que contemplan los Lineamientos a los que nos hemos venido haciendo referencia es la que tiene que ver con la gobernabilidad democrática. En ese sentido se establece que se vulnera la seguridad nacional a través de esta variable cuando la información pueda:

- a) Impedir el derecho a votar y a ser votado, o
- b) Obstaculizar la celebración de elecciones federales⁸.

Es claro que para esta variable, el objeto de protección está ceñido a los asuntos electorales pues para efectos de la consolidación democrática y la estabilidad de las mismas instituciones democráticas es fundamental que no se vulneren los principios rectores de ésta. En ese sentido se refieren como ejemplos de vulneración a la seguridad nacional los siguientes:

- a) La revelación de información que pueda impedir la expedición de credenciales de elector o que permita falsificarlas
- b) La información que permita acceder al sistema informático de contabilización de votos con el propósito de alterar los resultados electorales⁹.

Las dos últimas variables propuestas por los lineamientos tienen que ver con la defensa exterior e interior de la Federación. En ese sentido entendemos que se pone en riesgo la defensa exterior cuando:

“la difusión de la información pueda obstaculizar o bloquear las acciones de prevención o defensa que lleva a cabo el Estado Mexicano frente a otros estados o sujetos de derecho internacional”.

A este respecto, se considera como un buen ejemplo de información a proteger la siguiente:

- a) Información táctica o estratégica sobre las instalaciones, proyectos y acciones militares o navales relacionadas con el Plan DN-1 de Defensa y la Armada¹⁰.

Como ya referíamos, la última de las variables es la relativa a la defensa interior la cual se pondrá en riesgo cuando, derivado de la difusión de la información, se pueda:

- a) Obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada;

7 *Idem.*

8 *Idem.*

9 *Idem.*

10 *Idem.*

- b) Obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia;
- c) Menoscabar o dificultar las estrategias o acciones contra la delincuencia organizada;
- d) Menoscabar o dificultar las estrategias para combatir la comisión de los delitos contra la seguridad de la Nación, previstos en el Código Penal Federal;
- e) Destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico a que se refieren los párrafos cuarto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- f) Destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos de agua potable, vías generales de comunicación o servicios de emergencia, o
- g) Obstaculizar o bloquear acciones tendientes a prevenir o combatir epidemias o enfermedades exóticas en el país según lo dispuesto por el artículo 73 fracción XVI.2.a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sobre este particular se refieren como ejemplos los siguientes:

- a) Información sobre instalaciones de dependencias con atribuciones de seguridad interior.
- b) Información sobre testigos e informantes de actividades del crimen organizado que estén al servicio del Estado Mexicano.
- c) Información sobre las rutas de transportación de narcóticos y los operativos en ellas.
- d) Planes para desarticular grupos dedicados al narcotráfico, al robo de vehículos, lavado de dinero, contrabando de bienes o al tráfico de personas.
- e) Información sobre la operación de infraestructura de telecomunicaciones, la energía, los transportes, los sistemas de agua potable y los servicios de emergencia, excluyendo la relacionada con los costos y gastos de operación corrientes, de adquisición o de mantenimiento.
- f) Información detallada sobre operativos encubiertos o sorpresivos de erradicación y de interceptación (terrestre, aérea y anfibia) antinarcóticos y/o el combate al crimen organizado.

Estas cuatro variables que nos plantean los lineamientos no deben significar una carta abierta para el gobernante donde pretenda eludir el principio de máxima publicidad, por el contrario y en consecuencia de los estándares internacionales se constituyen como auténticas situaciones excepcionales pues se proponen como aspectos que permiten preservar la estabilidad e integridad tanto de la nación como de las instituciones que la protegen.

En prácticamente todas las potestades delegadas del Estado, encontraremos información que colinde con estas variables y por ello desde la construcción del sistema se establecen una serie de mecanismos de transparencia que buscarán no colindar con ellas. En ese sentido, las llamadas "obligaciones de transparencia" constituyen el régimen principal y general de todas las instituciones públicas delegadas que componen al Estado.

Las variables que hemos venido refiriendo, constituyen el régimen excepcional en materia de seguridad nacional y deben adecuarse y corresponderse a la regla general del principio de máxima publicidad en tanto sea posible. Sabemos que ello puede inclusive manifestarse al momento de la clasificación de la información cuando sólo alguna parte, alguna página o algún párrafo es el que contiene información reservada, siendo en ese momento la parte que quedará clasificada como reservada mientras que, todo el resto del documento, deberá ser entregado en la llamada “versión pública”.

En las páginas posteriores hablaremos de cómo estas vulneraciones a la seguridad nacional deberán plasmarse a partir de un elemento conceptual muy importante que es la llamada prueba de daño, en donde podremos proponer una elaboración adecuada de cómo consolidar este régimen de excepción sin la vulneración al principio de máxima publicidad.

El segundo de los conceptos que tomamos a partir del artículo 13 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información pública y protección de datos personales, es el referido a la seguridad pública.

Por seguridad pública, en términos del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debemos entender a aquella función del Estado que comprende la prevención de los delitos, la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas. Esta función a cargo de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios estará orientada por diversos principios los cuales son: legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos¹¹.

Sabemos también que la seguridad pública se distingue de la seguridad nacional a partir de su objeto. En ese sentido entendemos que la aquella tiene como centro de protección los bienes jurídicos de toda persona que vive dentro del Estado¹². En ese sentido la distinción se encuentra justamente ahí, pues la seguridad nacional tiene un objeto de estudio más ambicioso que es el Estado y sus instituciones.

En ese sentido Jorge Fernández Ruiz nos refiere que el concepto de seguridad pública:

“...constituye una expresión polisémica y anfibológica, dados sus diversos significados y variadas interpretaciones pues es lo mismo un derecho de los integrantes de la población del Estado que una actividad obligatoria del Estado, cuya realización garantizará dicho derecho, sentido este último en el que existe confusión en el orden jurídico mexicano porque pese a que se trata de una función pública, erróneamente se le considera también un servicio público...”¹³.

Por su parte Augusto Sánchez Sandoval refiere que:

“La seguridad pública cumple la función conservadora del orden social, con base en un orden jurídico que controle al poder y norme sus relaciones con los ciudadanos y de estos entre sí. Es decir, la existencia y permanencia de un orden público y de un orden privado como condición necesaria para la vida social. Así la seguridad pública se

11 Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

12 En ese sentido el Marco Metodológico del IFAI del año 2003 se refiere que se considerará vulnerada la seguridad pública cuando la información revelada ponga en peligro la integridad de las personas así como el orden público

13 Cfr. FERNANDEZ RUIZ, Jorge, “*Seguridad pública Municipal*”, FUNDAP, México, 2003.

constituye en la manifestación de la acción gubernamental, ejercida para salvaguardar la integridad, intereses y bienes de las personas, y de las entidades públicas y privadas”¹⁴.

Como podemos apreciar la seguridad pública engloba en sí mismo a la seguridad ciudadana y al orden público, esto debido al sistema mixto que nuestro país ha asumido. En ese sentido Ignacio Carrillo refiere que esta idea mixta es debida a que nuestro sistema “junto con las instancias policiales públicas concurren las de seguridad privada, que son complementarias y auxiliares de las primeras y que no pueden en forma alguna entenderse sustitutivas, por lo que prevalecerá en materia de seguridad privada respecto de la seguridad pública”¹⁵.

Al igual que sucede con la seguridad nacional, la seguridad pública es abordada por los lineamientos de clasificación generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal a través de dos variables.

En ese sentido dichos lineamientos en su artículo 19 refieren que se comprometerá la seguridad pública “cuando la difusión de la información ponga en peligro la integridad y los derechos de las personas, así como el orden público”¹⁶.

La primera variable será la integridad y derechos de las personas. Dicha variable se actualizará cuando la información otorgada permita:

- a) Menoscar la capacidad de las autoridades de seguridad pública para preservar y resguardar la vida o la salud de las personas;
- b) Afectar el ejercicio de los derechos de las personas, o
- c) Menoscar o dificultar las estrategias para combatir las acciones delictivas distintas de la delincuencia organizada.

En ese sentido el ya citado Marco teórico metodológico del IFAI nos refiere como posibles ejemplos al otorgar información sobre:

- a) Investigaciones sobre bandas del crimen organizado.
- b) Acciones futuras para controlar la actividad delincuencia en una zona geográfica determinada.
- c) Información sobre auxilio a personas amenazadas por algún peligro o que hayan sido víctimas de algún delito.

La segunda de las variables que se consideran en materia de seguridad pública es el orden público el cual podrá ponerse en peligro cuando:

- a) Entorpecer los sistemas de coordinación interinstitucional en materia de seguridad pública;
- b) Menoscar o dificultar las estrategias contra la evasión de reos;

14 Cfr. SANCHEZ SANDOVAL, Augusto, “*Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional*”, INACIPE, México, 2000, p. 83

15 Cfr. CARRILLO PRIETO, Ignacio, “*Policía y estado democrático de derecho*”, PORRUA, México, 2004, p. 13.

16 “Lineamientos...”, *op. cit.* p. 19.

- c) Menoscabar o limitar la capacidad de las autoridades para evitar la comisión de delitos, o
- d) Menoscabar o limitar la capacidad de las autoridades encaminadas a disuadir o prevenir disturbios sociales que pudieran desembocar en bloqueo de vías generales de comunicación o manifestaciones violentas.

Al respecto de los ejemplos de la información que pudiera poner en peligro al orden público serían:

- a) Información obtenida por intercambio de las diferentes dependencias dedicadas a la seguridad pública del país y que esté por producir la captura de integrantes de grupos delictivos.
- b) Información sobre los códigos de encriptación de la Red Nacional de Telecomunicaciones y sus frecuencias exclusivas para seguridad pública.
- c) Información sobre el Centro Nacional de Información y Telecomunicaciones (CNIT) o C\$-Nacional, el que alberga al sistema nacional de información y al Centro de control, Comando, Comunicación y Cómputo de la Red IRIS, permitiendo el intercambio de información de las bases de datos de manera segura¹⁷.

Como podemos apreciar, el marco referencial para establecer el tipo de información que se encuentra susceptible de ser clasificada con motivo de seguridad pública o seguridad nacional, queda claramente definida no sólo por los supuestos previstos por la legislación de la materia sino también por las normas explicativas y documentos de trabajo que el órgano garante ha establecido para la materia.

Una vez que hemos establecido un marco conceptual referencial de la política de transparencia y acceso a la información y luego de haber abordado dos de los supuestos de clasificación de la información que más comúnmente se presentan, ya sea en la discusión académica o ya sea en la labor ordinaria del servicio público, pasemos a un siguiente apartado donde veremos como estas causas de clasificación pueden presentarse en el día a día del flujo informativo a través de la celebración de contratos públicos.

2 Transparencia y procedimientos de contratación pública en materia de seguridad

Para efectos de este apartado hemos decidido establecer una primera diferenciación entre los procedimientos licitatorios y los procedimientos de adjudicación directa refiriendo en cada uno de ellos los efectos de la transparencia de cara a los aspectos de revelación de información en materia de seguridad.

2.1 Licitación pública

El primero de los procedimientos de los que hablaremos será la licitación pública como instrumento de la administración para contratar bienes y servicios.

¹⁷ Marco teórico... *op. cit.* p. 56.

Señala Manuel Lucero que la licitación:

- a) Es un procedimiento, dado que se compone de una serie de actos regulados por las normas administrativas.
- b) Tiene como finalidad seleccionar a la persona, física o jurídica, con la cual habrá de celebrar un contrato determinado la administración pública.
- c) Selecciona quien ha ofrecido las condiciones más ventajosas para la administración pública¹⁸.

Por su parte Carlos Delpiazzo, refiere que es:

“...un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración, condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a unas determinadas bases, llamadas pliegos de condiciones, formulen propuestas de las cuales la Administración selecciona la más ventajosa, y todo el procedimiento se inspira para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad y cumplimiento estricto al pliego”¹⁹.

En ese sentido, refiere Luis José Béjar, existen diversos principios que irradian a este procedimiento como son la publicidad, la concurrencia, la igualdad, la transparencia y la oposición²⁰, todos ellos destinados al pertinente desarrollo del procedimiento que no sólo tiene como finalidad la contratación del bien o servicio determinado sino también que la Administración y en último caso el Estado, demuestre la optimización de recursos en la contratación de los referidos insumos.

Para el caso que nos ocupa nos centraremos en dos de los principios referidos, por un lado en el principio de publicidad y por otro en el principio de transparencia.

El principio de publicidad de este tipo de procedimientos encuentra su asiento conceptual vinculado a la tarea primigenia del estado democrático. Queda claro que uno de los elementos matrices de este tipo de Estados es la publicidad de sus actos, entendida ésta como la capacidad comunicativa que tiene el Estado de nutrir el espacio público²¹, es decir que mediante el principio de publicidad los actos del Estados son susceptibles no sólo de conocimiento sino de crítica racional que permite una adecuada valoración de la toma de decisiones²².

El proceso licitatorio se encuentra impregnado de dicha publicidad pues el objeto del mismo será que sea conocido para la posible participación de quien desee participar, así como que las propuestas recibidas por la Administración Pública sean conocidas por todos para evaluar que la elección que se ha hecho para una determinada adquisición de un bien o servicio obedece a la lógica de optimización de recursos y mejora en la calidad del bien o servicio de que se trate.

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 y ss.

21 Cfr. TENORIO CUETO, Guillermo, “*Derecho a la información*”, Porrúa, México, 2009, p. 26.

22 *Idem*.

Este principio de publicidad orilla a la administración pública a ello: a elegir adecuadamente en la mayor ventaja para ella. Esta publicidad deberá ser concretada a través de la difusión de la convocatoria, bases, procedimiento y en general toda la información que la misma ley indique y colma el carácter publicitario que la rodea. No perdamos de vista que el principio de publicidad orienta esta difusión teniendo dos finalidades claramente definidas que son por un lado la capacidad de conocimiento del ciudadano respecto a la elección que llevará a cabo la administración pública y por otro la legitimidad misma del procedimiento de cara a los concursantes.

Hay autores como Juan Carlos Cassagne que fusionan este principio de publicidad con el de transparencia²³, aunque para efectos de este trabajo seguiremos la distinción a efectos de mostrar un carácter diferenciador entre uno y otro.

La licitación pública también está impregnada del principio de transparencia, es decir que no sólo se colma de una publicidad que permite a los concursantes participar en ella y observar que el procedimiento se colme adecuadamente sino que permite al ciudadano entender la lógica del Estado en cuanto a la canalización y optimización de los recursos que se emplean para la sustanciación del procedimiento así como la contratación de bienes y servicios.

El proceso licitatorio se vuelve transparente y susceptible de acceso a la información a partir de la naturaleza propia del mismo procedimiento. Es importante recalcar que, como ya hemos dicho, tampoco el principio de transparencia se manifestará como un absoluto en estos procedimientos, por el contrario encontrará limitaciones a la difusión de la información que emane de él. Estas limitaciones correrán la suerte de la política de transparencia prevista en la ley. En ese sentido se podrá clasificar información derivada de un proceso licitatorio cuando dicha información vulnere los supuestos de la ley que hablan de información reservada o bien cuando existan datos que puedan ser considerados como confidenciales. En uno y otro caso la administración pública deberá o bien clasificar la información como reservada, o generar una versión pública suprimiendo los datos comprometedores.

Lo relevante del principio de transparencia en los procedimientos licitatorios es no perder de vista que lo que existe como fundamento de este principio es que la información ahí contenida es un asunto de interés público²⁴ por lo que es medular hacer vivir el principio de máxima publicidad ello sin detrimento de la adecuada vivencia de las excepciones planteadas.

La transparencia se manifestará en este tipo de procedimientos a través de la divulgación de los contenidos esenciales del procedimiento, del monto de lo asignado, de los participantes, de la sustanciación del procedimiento, de las irregularidades del mismo, de la asignación del contrato así de cómo los términos del mismo en tanto no se vulnere las excepciones referidas.

Como podemos apreciar el procedimiento licitatorio debe permitir, por su naturaleza propia la publicidad y la transparencia permitiendo llevar al límite el principio de máxima publicidad pero sobre todo destacando el interés público de la asignación de recursos de la administración pública pudiendo con ello tener un mejor control en el destino de los recursos públicos.

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", TEPIJ, Temas Selectos de derecho electoral, núm. 28, México, 2012, p. 18.

2.2 Adjudicación directa

El segundo de los procedimientos que vamos a tratar es el de la adjudicación directa como un segundo mecanismo donde la Administración puede adquirir bienes o servicios.

Refiere Jorge Fernández Ruiz que:

“Se entiende por contratación directa o adjudicación directa de un contrato administrativo, la designación de un cocontratante por parte de la administración pública sin mediar una licitación pública o privada de la que se deduzca de manera directa el cocontratante específico”²⁵.

Por su parte Carlos Delpiazzo al referirse a este tipo de contrataciones nos refiere que ellas también son:

“una manifestación del sistema de restricción, porque está regulada y prefigurada como un mecanismo excepcional; sólo puede verificarse en determinadas hipótesis, que son las que prevé expresamente la ley”²⁶.

Como podemos apreciar la contratación o adjudicación directa de un contrato para la adquisición de bienes o servicios constituye en principio un régimen excepcional del sistema de contratación pública, siendo este sistema uno de los más controlados por parte del mismo Estado²⁷.

Es evidente que este tipo de contratación genera cierto conflicto y tensión entre las diversas posturas respecto al mismo. Es claro que hay quienes apoyan este tipo de contratos aduciendo que se pueden “celebrar con oportunidad, obviarse trámites burocráticos engorrosos que impiden la adopción de decisiones rápidas, oportunas y eficaces”²⁸.

Por el contrario existen detractores a este tipo de contrataciones pues se argumenta “no sólo la corrupción propiciada por el amplio margen de discrecionalidad del servidor público facultado para adjudicarlo sino el encarecimiento del precio derivado de la ausencia de concurrencia y por ende de competencia entre potenciales oferentes”²⁹.

Lo anterior sirve para evidenciar que el tema de la adjudicación directa resulta polémico incluso dentro de los mismos especialistas de la contratación administrativa y resulta todavía más complejo cuando se analiza desde la óptica de una política de transparencia y acceso a la información.

Hemos venido señalando que el derecho de acceso a la información y la política de transparencia no constituyen derechos absolutos para el ciudadano, ni obligaciones absolutas para el Estado y hemos referenciado que al menos los estándares internacionales en materia de libertades informativas nos refieren un claro “test tripartito”³⁰ para establecer estas limitaciones.

25 Cfr. FERNANDEZ RUIZ, *op. cit.* p. 209.

26 Cfr. DELPIAZZO, *op. cit.* p. 84.

27 Cfr. RUIZ GARCÍA, Laura, “*Contratos Administrativos*”, FLORES EDITOR Y DISTRIBUIDOR, México, 2010, p. 186.

28 Cfr. FERNANDEZ RUIZ, *op. cit.* p. 209.

29 *Idem*.

30 Marco Jurídico Interamericano... *op. cit.* p. 24.

Este llamado “*Test Tripartito*” reconoce que en materia de libertades informativas existen limitaciones y las mismas deben:

- a) Establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa.
- b) Estar orientadas al logro de objetivos legítimos
- c) Ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden³¹.

Para el caso que nos ocupa hemos venido entendiendo que estas limitaciones al derecho de acceso a la información y a la política de transparencia sigue la misma suerte de este llamado *test* no sólo en función del estándar internacional sino de la adopción del mismo a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³² a través de la resolución de algunos casos en la materia.

Todo lo anterior es relevante para el punto de partida de nuestro análisis sobre el tema de la adjudicación directa. Es claro que en materia de transparencia y acceso a la información las limitaciones a los mismos conceptos deberán estar claramente establecidos en la ley, orientadas al logro de objetivos legítimos y ser necesarias para el logro de objetivos imperiosos que se buscan.

Cuando impregnamos del principio de transparencia a la adjudicación directa, ésta no supone un ejercicio arbitrario de la administración pues en principio deberá incluir todos y cada uno de los principios de la contratación pública y sólo por excepción deberá suprimir el principio de transparencia y acceso a la información en virtud de la naturaleza de la misma.

En ese sentido la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público prevé en su normativa las causas en las cuales la administración pública debe generar la contratación a través de la adjudicación directa y en materia de seguridad hace hincapié en que dicha adjudicación ni siquiera debe ser susceptible a algún comité de adquisición en función de la protección de la información que en ese supuesto podría comprometer la misma seguridad.

Ahora bien inclusive en este supuesto podría pensarse que el margen de discrecionalidad es total para el funcionario y que en aras de dicha discrecionalidad podría comprometer recursos públicos sin tener mayor grado de responsabilidad o bien sin apegarse en nada a los principios democráticos del Estado de Derecho. Esto es incorrecto en función de lo siguiente.

Como hemos venido refiriendo en los apartados anteriores, la política de transparencia y acceso a la información se rigen bajo el principio de máxima publicidad, incluida la información que suele clasificarse como reservada. Esto significa que aún y cuando establezcamos un periodo de reserva no significa que la información nunca podrá ser pública o del dominio pública por el contrario significa que la información en cuestión ingresa a una especie de “limbo publicitario” donde permanecerá el tiempo de reserva.

31 *Idem.*

32 Desde el año 2009 la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha recibido y adoptado los estándares internacionales en materia de libertad de expresión como es el famoso caso La jornada vs Letras Libres. Amparo Directo 28/2010 que conoció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Algunos autores refieren que:

“Como se ha venido sosteniendo esta reserva es una mera excepción del principio de máxima publicidad. La reserva no es consecuencia de un margen de arbitrariedad, ni tampoco significa solapar la discrecionalidad. Tampoco implica un reducto de arbitrariedad donde el funcionario se refugia para encubrir su actuar. La razón de la fundamentación y de la motivación para la reserva de la información supone aniquilar esas prácticas nocivas para el ejercicio democrático de la transparencia. El servidor público está obligado a referir el perjuicio que la revelación de la información supondrá para la comunidad o la supervivencia del Estado. Esta información que se reserva nada tiene que ver con los *arcana imperii* de la antigüedad, por el contrario la reserva de información impacta sobre cuestiones públicas y su condición de reservada no supone una creciente condición de poder respecto al que desconoce la información”³³.

Las adquisiciones directas en materia de seguridad pública o nacional no suponen una inhabilitación de la política de transparencia, por el contrario perfeccionan el sistema proponiendo una serie de valores comunitarios que deben ser protegidos antes de la revelación de la información. Dicha información sólo espera un tiempo mayor para poder ser difundida.

Como sabemos el régimen de la adjudicación directa, en términos del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe ser considerado como un régimen excepcional en toda la administración insistiendo en que tampoco supone un régimen arbitrario tratándose de la materia de seguridad en función del objeto y naturaleza misma de la información a resguardar.

Para el caso que nos ocupa es relevante señalar que el funcionario público que se mueve por los temas de clasificación de la información por motivos de seguridad nacional o seguridad pública, no sólo se apoya en la legislación sino que debe realizar un auténtico estudio que respalde su actuar para poderse encuadrar en los supuestos normativos. Este estudio normalmente establece el daño que presente, probable y específico que puede causarse por la revelación de la información.

Sólo como corolario del presente apartado valdría la pena volver a insistir en que tanto la licitación pública como la adjudicación directa en materia de seguridad nacional o seguridad pública no se evaden de la política de transparencia. El funcionario público y los órganos garantes deben trabajar concienzudamente en permitir al ciudadano la información cuando ésta sea oportuna y pertinente, guardar racionalidad en el gasto y generar documentos sustentados y razonables en donde se explique claramente la causa de la reserva de la información.

A esta explicación se le denominará “prueba de daño” de la cual nos ocuparemos en el siguiente apartado.

33 Cfr. TENORIO, *op. cit.* p. 66.

3 La prueba de daño

3.1 Marco conceptual sobre “daño” en materia de transparencia y acceso a la información

El concepto daño lo podemos rastrear desde el derecho romano en donde “*Damnum*” significaba “la pérdida que sufre un propietario por detrimento de una cosa que le pertenece”³⁴. Por su parte la Real Academia Española de la Lengua refiere este concepto como: “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”.

Este concepto de daño ha permeado la cultura de transparencia y acceso a la información de diferentes maneras en las políticas de la materia en todos los países que poseen normativa reguladora del tema. Para efectos de nuestro apartado el concepto de daño estará vinculado al menoscabo, detrimento, y perjuicio que se puede causar a la cosa pública por la revelación de una información que debe ser reservada.

Lo anterior nos lleva a proponer si la información en manos del Estado que por esencia debe ser pública puede ser susceptible de causar daño al mismo Estado. La respuesta es afirmativa y debería ampliarse a entender que la revelación de la información no sólo puede en algunas ocasiones causar daño al Estado o al gobierno en turno, sino también la revelación de la información puede causar un daño a particulares.

El daño a causar deberemos analizarlo desde las dos perspectivas de la clasificación de la información. Por un lado respecto a la información reservada y por otro respecto a la información confidencial.

Es evidente que respecto a esta segunda la prueba de daño es claramente definida y circunscrita a la protección de un valor determinado que es la protección de los derechos de la personalidad, en concreto la vida privada a través de datos o datos sensibles que son de exclusivo manejo del individuo del que emanan³⁵.

En ese sentido la revelación de los datos personales cobran una capital importancia e identificación en el manejo de la información. El daño causado por el otorgamiento de ella es evidente y concreto. De cualquier manera la legislación en materia de transparencia en el caso mexicano establece una serie de instrucciones en materia de protección de datos en posesión de los sujetos obligados que les faculta y les obliga en materia de la información considerada como confidencial.

El segundo de los supuestos es el daño que se causa en el caso de la información reservada. A diferencia de lo ocurrido en el caso de la información confidencial, los bienes jurídicos protegidos no son tan fácilmente identificables. Si bien es cierto que hablamos de un daño al Estado, éste es difícil de construir aún y cuando se apele a los conceptos de seguridad que es donde radicaremos el análisis.

34 D'ORS, Álvaro, “*Derecho privado romano*”, EUNSA, Navarra, 1983, p. 426.

35 Ya la Ley de Acceso a la Información Pública Gubernamental en su artículo 3 refiere que los datos personales son: “Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable”.

El daño en materia de información reservada y en concreto la prueba de que se causará algún daño por la revelación de la información, ni siquiera es materia de la misma ley. En ese sentido Sergio López-Ayllón y Alejandro Posadas refieren que “aunque la ley no establece explícitamente una prueba de daño, esta se deriva implícitamente del lenguaje del artículo 13”³⁶ de la legislación y de su exposición de motivos en donde al referirse a la información reservada se hace referencia al elemento de daño³⁷.

En ese sentido, el reglamento de la ley, en su artículo 27, ya establece una obligación de establecer y referir, al momento de clasificar la información, la consideración de daño que causaría la difusión de la información. Al respecto refiere dicho artículo:

Artículo 27. Al clasificar expedientes y documentos como reservados o confidenciales, los titulares de las unidades administrativas deberán tomar en consideración el daño que causaría su difusión a los intereses tutelados en los artículos 13, 14 y 18 de la Ley.

Como podemos apreciar, la clasificación de expedientes no es una tarea arbitraria del funcionario público, por el contrario el mismo reglamento le impone una serie de obligaciones y una de ellas es el establecer en la clasificación la consideración de daño que ocasionaría la revelación de la información.

De igual manera los lineamientos de clasificación generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en su artículo 8º refieren el tema de la prueba de daño y obligan en el servidor público al momento de clasificar la información a establecer lo siguiente:

Octavo. Al clasificar la información con fundamento en alguna de las fracciones establecidas en el artículo 13 de la Ley, no será suficiente que el contenido de la misma esté directamente relacionado con las materias que se protegen en dicho artículo, sino que deberá también considerarse la existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información causaría un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos tutelados por dicho precepto.

De la lectura de este artículo se desprenden varios elementos a considerar. El primero de ellos la existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información causaría un daño y posteriormente el mismo artículo refiere si dicha revelación causaría un daño con diversas características a saber: presente, probable y específico.

Es claro que el espíritu de la política de transparencia es irradiar el principio de máxima publicidad y con ello inclusive en los casos de excepción generar un dique a la arbitrariedad de la opacidad. En ese sentido quien clasifique la información deberá, clara y objetivamente, detectar el daño que puede generar la difusión de la información.

36 Cfr. LÓPEZ 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, enero-junio de 2007, IJ-UNAM, México, 2007, p. 31.

37 *Idem*.

3.2 Daño presente

Como hemos venido mencionando la objetividad en la detección del daño deberá venir acompañada de la materialización del impacto de la información. Así pues se tendrá que especificar de qué manera la revelación de la información afecta directa y actualmente a la seguridad pública o seguridad nacional.

Por daño presente deberemos entender ese menoscabo, detrimento o perjuicio que la revelación de la información causa por el simple hecho de ser revelada. Es decir que no supone una especulación teórica acerca del daño, por el contrario, quien clasifica la información de inmediato sabe que la misma actualiza y genera una situación de alarma respecto a su difusión.

El daño presente deberá redactarse en esa clave asumiendo de inmediato la vinculación objetiva con los supuestos normativos estableciendo un marco general del daño sobre la información a revelar. Esta descripción deberá contener al menos lo siguiente:

- a) Valoración objetiva del daño en relación con el supuesto normativo.
- b) Impacto del acto que genera la información, en la seguridad.
- c) Impacto de la revelación de la información en la operatividad de la seguridad.

3.3 Daño probable

A diferencia del daño presente, el llamado daño probable incide directamente en la suposición, no especulativa sino deductiva, de un menoscabo o detrimento a la seguridad pública o seguridad nacional alertando, quien clasifica la información de la “cascada” de problemas con sus respectivas consecuencias que suscitaría la revelación de la información.

Por daño probable debemos entender esa aproximación futura a partir de los elementos que la realidad me está indicando. El daño probable se vincula con una actividad prudencial del funcionario que le permite observar las consecuencias seguras deducidas del estudio de la actualidad y observar los efectos negativos de la revelación de la información.

A diferencia de lo que sucede con el daño presente, el daño probable deberá redactarse en signo de alerta y versará fundamentalmente sobre consecuencias y efectos. En ese sentido dicho daño deberá redactarse conteniendo al menos lo siguiente:

- a) Valoración objetiva del daño en relación con el supuesto normativo.
- b) Efectos que causará la revelación de la información en materia de seguridad.
- c) Impacto consecencial de la revelación de la información.
- d) Disminución de la seguridad en función del acto que genera la clasificación de la información.

3.4 Daño específico

La última de las características que presenta el tratamiento del daño es la que versa sobre el daño específico. Ya vimos en las dos anteriores como se habla de una especie de daño general, otra de daño futuro y nos faltaría una tercera sobre el daño concreto para cerrar el marco objetivo en la generación del daño.

En consecuencia de ello se establece la idea de daño específico el cual significa no sólo establecer un marco general y unas consecuencias a futuro sino que significa el establecimiento de la institución concreta donde recaerá el daño. Con ello quien clasifica la información deberá detallar en donde del Estado específicamente, se genera el daño.

A diferencia de los dos anteriores, el daño específico deberá redactarse teniendo como objetivo esa concreción en cuanto institución que deba ser protegida por la seguridad pública o nacional o el aspecto societario que busque protegerse. Este tipo de daño deberá redactarse teniendo en consideración lo siguiente:

- a) Valoración objetiva del daño en relación con el supuesto normativo.
- b) El órgano del Estado, dependencia del gobierno o entidad social que busca protegerse.
- c) Persona o personas a las cuales se puede causar daño (no se busca establecer los nombres, se busca entender que con la revelación de la información ciertos servidores públicos por poner un ejemplo, se encontrarían en situación de vulnerabilidad).
- d) Las funciones del gobierno que podrían verse afectadas o disminuidas.

Como podemos apreciar la prueba de daño no supone un ejercicio arbitrario en materia de seguridad, sino que por el contrario queda sujeta a un régimen de motivación exhaustiva para probar la gravedad de la revelación de la información.

4 Breve referencia al modelo español

A partir de la Ley 19/2013 publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el martes 10 de diciembre del 2013, la Administración pública española se encuentra sometida a un marco jurídico que regula la transparencia administrativa y el derecho de acceso a la información. Ello no supone que el sistema español fuera opaco y discrecional por el contrario existían ya diversas normas en su ordenamiento que conminaban a un tipo de transparencia.

La ley publicada en realidad tendría un triple alcance, así lo refiere su Preámbulo:

“...incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública,... reconocer y garantizar el acceso a la información,...y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos”³⁸.

En ese sentido y al igual que en otras latitudes donde se incorporan mecanismos de transparencia y acceso a la información existe como idea principal que la transparencia sea el

38 BOE del martes 10 de diciembre de 2013, p. 97923.

eje fundamental de toda acción política³⁹ Así, se incorporan a la ley de manera inmediata tanto los sujetos obligados por la misma, es decir las autoridades públicas sujetas a esta legislación, así como las llamadas obligaciones de transparencia que condicionan el actuar de aquellas autoridades.

Como sucede con cualquier ordenamiento que tenga por objeto la regulación de la transparencia y el derecho de acceso a la información, la legislación española también observa el tema no de manera absoluta sino con limitaciones. En ese sentido y toda vez que el presente trabajo tiene como objetivo puntualizar sobre el ejercicio de la prueba de daño en materia de seguridad pública y seguridad nacional, es imperante decir que la legislación establece limitantes a dicho ejercicio.

Así pues la legislación española enumera doce limitaciones al ejercicio del derecho de acceso en su artículo 14. En estas limitaciones y como sucede con este tipo de legislaciones encontramos los casos de la seguridad pública y la seguridad nacional. De inmediato encontramos en el apartado 2 de dicho artículo la precisión sobre la aplicación de límites al referir la ley que *“... la aplicación de límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”*⁴⁰.

La pregunta que brota de inmediato en la lectura de dicho numeral es saber hasta donde la aplicación de límites abre la puerta al Estado para que su debida justificación camine por el cauce adecuado de una auténtica política de transparencia o bien, por el contrario, es un pretexto para abrir la puerta al ámbito discrecional.

Ello cobra sentido en función de que la misma ley no explicita cual deberá ser el camino por el cual el funcionario que tenga que dar la negativa de información pueda transitar. ¿Se limitará a una mera justificación vaga?, ¿a qué se refiere la ley con proporcionada a su objeto y finalidad? En realidad la ley, como sucede en otros países asume la postura de límites pero no clarifica la forma de la justificación. ¿Será suficiente una simple mención de protección a la sociedad? O ¿será suficiente referir que la información daña la seguridad nacional?

Ahí cobra especial interés esta noción de “prueba de daño”. Ella, será un elemento de capital importancia para la construcción argumentativa del funcionario público para justificar la decisión de reservar la información, es decir, de no darla a conocer por alguna de las causas previstas en la ley.

Como se ha referido a lo largo del trabajo, el funcionario español que niegue la información deberá de justificar a partir de un daño que notoriamente se muestra de manera probable, de manera específica o de manera presente. Ello no sólo le dará un mejor desarrollo a la política de transparencia sino que legitimará de manera significativa la respuesta de la administración que niega el acceso a la información.

39 *Idem.*

40 *Idem.*

5 Conclusiones

Un sistema de transparencia y acceso a la información no debe propiciar un sistema de discrecionalidad para la administración pública por el contrario, en el marco de la ley, debe auspiciar un marco en donde se promueva el acceso a la información procurando el sano equilibrio entre lo público y lo reservado

La seguridad pública y la seguridad nacional se presentan como dos excepciones al principio de transparencia administrativa. Estas excepciones, que promueven reservar la información con el ánimo de vincularlas a valores colectivos de mayor calado no significan para el sistema un acto de discrecionalidad, por el contrario, las negativas de información al ciudadano respecto a estas excepciones, deberán estar claramente fundadas y motivadas.

En materia de contratación pública estas excepciones, a partir del principio de la prueba de daño que todo funcionario del Estado deberá proponer, potencian la adecuada vivencia de la política de transparencia y legitiman la respuesta negativa de acceso a la información a la ciudadanía.

La excepcionalidad no supone un ejercicio de discrecionalidad ni arbitrariedad, por el contrario estas excepciones permiten al Estado un adecuado funcionamiento en aras de la protección del interés general, pero en materia de transparencia y acceso a la información es necesario fijar que estas excepciones deberán justificar su naturaleza a partir del daño causado a la sociedad a algún tercero.

6 Bibliografía

ARELLANO GAUULT, David y 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.
- FERNANDEZ RUIZ, Jorge, "Seguridad pública Municipal", FUNDAP, México, 2003.
- FERRIZ SANCHEZ, 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*, año 1, núm. 2, (enero-junio, 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*, enero-junio de 2007, IJ-UNAM, México, 2007.
- LUCERO, Manuel, "La licitación pública", 2ª ed. México, Porrúa, 2002.
- y 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. al, "Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información", IJ-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, septiembre-diciembre, 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 Otras fuentes

1. Acuerdo general de la comisión de transparencia, acceso a la información pública gubernamental y protección de datos personales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del 9 de julio de 2008 relativo a los órganos y procedimientos para tutelar en el ámbito de éste tribunal los derechos de acceso a la información, a la privacidad y a la protección de datos personales garantizados en el artículo 6º. Constitucional.
2. Convención Americana sobre los derechos humanos.
3. Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal
4. Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental.
5. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, Relatoría especial para la libertad de expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2010, p. 24.
6. Lineamientos generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la administración pública federal. Al respecto y ya de manera sistemática se puede consultar el Marco Teórico Metodológico del Instituto de Acceso a la Información y Datos Personales del año 2003.

Regap

Comentarios y 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

48
Regap

PATRICIA MURIAS GIL

Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)
patriciamuriasgil@gmail.com

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ

Secretario General de la CALRE
Universidade de Santiago de Compostela (Galicia, España)
secretaria.oficialia@parlamentodegalicia.es

Recibido: 20/02/2015 | Aceptado: 22/04/2015

Índice: I. Introducción. II. Composición de la Cámara, bajas y altas de diputados. III. Reuniones de los órganos de la Cámara. Calendario de actividades. IV. Debate de política general. V. Procedimientos de naturaleza normativa. VI. Procedimientos de control, impulso e información. VII. Declaraciones institucionales. VIII. Procedimientos de control económico y presupuestario. IX. Procedimientos relativos a otras instituciones y órganos. X. Procedimientos de designación y propuestas de nombramiento. XI. Solicitud de creación de comisiones de investigación. XII. Acuerdos interpretativos del Reglamento del Parlamento. XIII. Informes y comparecencias en cumplimiento de otras normas. XIV. Solicitudes de información al amparo del artículo 9 del Reglamento

I Introducción

Una aproximación divulgativa a la actividad de la cámara puede apoyarse en un comentario explicativo de las distintas categorías de procedimientos sustanciados en el Parlamento de Galicia. Para eso puede acudir a la consulta de los recientes manuales que sobre la materia hemos publicado¹ pero el género de la crónica parlamentaria posibilita también la aclaración de los distintos tipos de iniciativas que diputados, grupos parlamentarios y sujetos gubernamentales traen a la cámara.

1 Manual de Actuación del Parlamentario. Editorial El Derecho. Grupo Francis Lefebvre. Madrid. 2011.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Igual que en el anterior período de sesiones, la actividad parlamentaria de este período de sesiones se vio complementada con la importancia que supuso asumir la presidencia de la CALRE por parte de la Presidencia del Parlamento de Galicia².

En el Plenario de la CALRE que tuvo lugar en Santiago de Compostela los días 6, 7 y 8 de noviembre, la presidenta expuso un resumen de las actividades realizadas durante su presidencia asumida en enero de 2014, y destacó os hitos fundamentales alcanzados durante su presidencia, que podemos resumir del siguiente modo:

- Refuerzo notable de la colaboración con las instituciones europeas, aumentado de modo significativo su visibilidad dentro de la realidad regional europea. Singular manifestación de este logro foi la inmediata colaboración con el Comité de las Regiones, con fructíferas reuniones con el presidente de la Comisión Europea y los restantes presidentes de las asociaciones regionales a nivel comunitario.
- Refuerzo del principio de subsidiariedad, celebrando diversas reuniones de trabajo para la promoción de la participación de los parlamentos regionales en el proceso ascendente de formación del derecho de la Unión Europea. En este orden de cosas, tanto el trabajo en red llevado a cabo, como el meritorio esfuerzo del grupo de trabajo liderado por el presidente Rafael Cattaneo, sirvieron para mantener en primera línea de atención el ejercicio de las competencias legislativas de nuestros parlamentos.
- Las tareas de la CALRE en 2014 discurrieron también muy próximas a otro importante organismo de la democracia regional europea: el Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa, compartiendo interesantísimas sesiones de trabajo con ellos, de las que nacen posibles grupos de trabajo conjuntos en materias en las que la colaboración con el Consejo de Europa van a resultar de gran utilidad para todas nuestras regiones.
- La interacción con otros sujetos más allá del ámbito estrictamente comunitario, manteniendo reuniones conjuntas con representantes de Naciones Unidas para fortalecer ámbitos tan propios de la cultura parlamentaria como el fortalecimiento de los derechos fundamentales; con la NCSL norteamericana, a la que por primera vez asistió una delegación de la CALRE participando de modo activo en sus sesiones políticas públicas educativas y de energía; y también a través del nuevo Fórum Mundial de Consejeros promovido por el Foro Comunitario Global de autoridades locales de Taiwán en el que participaron también nuestros amigos japoneses y norteamericanos.
- Refuerzo de la credibilidad de la CALRE no sólo cara fuera, como ha quedado constatado por la continua actividad, sino también por una mayor participación de los parlamentos miembros en las actividades y grupos de trabajo creados, convirtiéndose esta asociación en un instrumento útil y necesario de su acción exterior, sirviendo en definitiva para asentar los logros de mejora de la calidad de vida de nuestros ciudadanos y de consolidación del proceso de construcción de la identidad europea.

2 Codes Calatrava define la diplomacia parlamentaria del siguiente modo: “La diplomacia parlamentaria se configura de esta manera como un excelente complemento a la diplomacia clásica ejercida por el Poder Ejecutivo. Está caracterizada por su flexibilidad, su menor rigor formal, su carácter representativo (ya que en las delegaciones parlamentarias se incluyen parlamentarios de todas o casi todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria) y, como veremos, su permanencia a través de determinadas asambleas parlamentarias internacionales”. Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, octubre 2014.

La presidenta del Parlamento traspasó el pasado día 13 de enero de 2015 al titular del Consejo Regional de Lombardía (Italia) Raffaele Cattaneo, la Presidencia de la Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales Europeas (CALRE) con el reto de continuar trabajando para reforzar a influencia de los 74 parlamentos regionales integrados en esta organización.

Pilar Rojo señaló que la propia Comisión Europea reconoció en el inicio del mandato de 2014 que “la jerarquización de prioridades políticas como base de una Unión mejor y con objetivos más claros sólo puede funcionar si procede de una asociación entre las instituciones europeas y los estados miembros”.

En el traspaso formal de la Presidencia de la CALRE, celebrado en la sede del Consejo Regional de Lombardía, en Milán, se puso de manifiesto que la organización que aglutina a los parlamentos regionales europeos constituye, a juicio de Rojo Noguera, “un elemento clave para dotar a Europa de legitimidad democrática³, ya que representa el nivel de gobierno más próximo a los ciudadanos”.

II Composición de la Cámara, bajas y altas de diputados

Comenzó este período de sesiones con dos nuevos diputados, pues D^a M^a Dolores Faraldo Botana y D. Agustín Hernández Fernández de Rojas fueron sustituidos por D. Ramón Santos Pérez y D. Jacobo Moreira Ferro respectivamente. Ambos pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular; la primera perteneciente a la circunscripción electoral de A Coruña y el segundo a Pontevedra.

III Reuniones de los órganos de la Cámara. Calendario de actividades

La ordenación del trabajo parlamentario y el calendario de actividades para este período se aprobó en la Mesa-Xunta de Portavoces, el 2 de septiembre de 2014.

El resumen estadístico de este período es el siguiente:

ÓRGANO	Núm. reuniones
MESA	26
XUNTA DE PORTAVOCES	12
PRESIDENTES/AS DE COMISIÓN	4
PLENO	11
DIPUTACIÓN PERMANENTE	2

3 Torres Muro recuerda el carácter de la democracia y su vinculación a la realidad parlamentaria del siguiente modo: “Ésta se encuentra indisolublemente unida, en las sociedades algo complejas, a la existencia de unas Cámaras representativas. No pueden pretender las mismas, desde luego, un monopolio de la representación. Es claro que pueden resultar muy útiles, para cubrir sus deficiencias, otros mecanismos que lleguen donde el Parlamento no puede llegar, pero cuando se elimina el mismo estamos hablando de algo que, con toda seguridad, no es una democracia”. Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley, Madrid, octubre 2014.



ÓRGANO		Núm. reuniones
COMISIONES	Comisión 1ª. Institucional, de Administración General, Justicia e Interior	9
	Comisión 2ª. Ordenación Territorial, Obras Públicas, Medio Ambiente y Servicios	9
	Comisión 3ª. Economía, Hacienda y Presupuestos	30
	Comisión 4ª. Educación y Cultura	10
	Comisión 5ª. Sanidad, Política Social y Empleo	13
	Comisión 6ª. Industria, Energía, Comercio y Turismo	9
	Comisión 7ª. Agricultura, Alimentación, Ganadería y Montes	9
	Comisión 8ª. Pesca y Marisqueo	9
	Comisión del Reglamento	0
	Comisión del Estatuto de los Diputados	0
	Comisión de Peticiones	0
	Comisión de Control de la CRTVG	5
	Comisión para las Relaciones con el Consejo de Contas	1
	Comisión de Asuntos Europeos	2
	Comisión de estudio sobre la seguridad viaria en Galicia	2
	Comisión no permanente para el seguimiento de las políticas relativas a la discapacidad	3
	Comisión no permanente para la igualdad y para los derechos de las mujeres	4

IV Debate de política general

Con fecha 12 de septiembre, y dando cumplimiento al artículo 48 de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, reguladora de la Xunta y de su Presidencia, la Xunta de Galicia remitió una comunicación al Parlamento de Galicia solicitando la comparecencia del Presidente de la Xunta para informar y debatir respecto de la situación política de la Comunidad Autónoma de Galicia⁴.

La Mesa del Parlamento calificó y admitió a trámite dicha solicitud en su reunión de 16 de septiembre de 2014 y se publicó este acuerdo en el BOPG núm. 342, fasc. 1º, de fecha 17/09/2014. Posteriormente, en la reunión de la Mesa-Xunta de Portavoces de 30 de septiembre se acordó celebrar sesión plenaria para el debate anual de política general el martes día 7 de octubre de 2014, para continuar el jueves día 9 de octubre.

Comenzó la sesión plenaria con la comparecencia del presidente de la Xunta el día 7 de octubre a las 10.00 horas exponiendo la situación política de la Comunidad. Luego de la intervención del señor presidente de la Xunta se levantó la sesión a las 11.47 horas, retomándose a las 16.00 horas con la intervención de los grupos parlamentarios por un tiempo asignado a cada uno de treinta y cinco minutos según acuerdo de la Xunta de Portavoces del día 30 de septiembre. Respondió el presidente de la Xunta, luego de una pequeña suspensión de la sesión durante trece minutos. Luego de ésta se produjo la ronda de réplica de los grupos

4 Raquel Marañoñ conceptúa el "Debate sobre el estado de la región" del siguiente modo: "Con paralelismo a lo que existe en el gobierno nacional, el Debate sobre el Estado de la Región es una fecha política central en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma. Sitúa al parlamento autonómico en el momento de su celebración en la centralidad de la vida política y es una fecha esperada que sirve no sólo para hacer balance sino también para posibles anuncios de interés general. Si es una cita clave para el Presidente del ejecutivo autonómico no lo es menos para la oposición que tiene una excelente ocasión para exponer de manera anticipada aspectos de su programa de gobierno y contraponer su visión política con el Presidente del ejecutivo". Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañoñ Gómez. Editorial La ley. Madrid, octubre 2014.

parlamentarios por un tiempo de diez minutos cada una y, por último, la contrarréplica del señor Núñez Feijóo. Se suspendió la sesión a las nueve y cincuenta y dos minutos de la noche, no sin antes informar a la presidenta sobre el plazo de las propuestas de resolución subsiguientes al debate, que fue a las 10.30 horas del día siguiente, miércoles 8 de octubre, así como de la siguiente sesión plenaria el jueves día 9 de octubre a las 11.00 horas.

El miércoles 8 de octubre, los grupos parlamentarios fueron presentando las propuestas de resolución que no podían exceder de 40 por cada uno, y que debían referirse a grandes líneas de política general, no locales, de enunciación simple y sin dar lugar a votación separada dentro de cada propuesta. La Mesa calificó estas propuestas en la reunión del mismo día 8 de octubre a las 12.00 horas y luego de esto ordenó la distribución a los grupos parlamentarios de todas las propuestas admitidas para su conocimiento y estudio. El plazo establecido para la presentación por parte de los grupos de las propuestas admitidas y petición de agrupación o votación separada terminó a las 22.30 horas de ese mismo día también.

El día 9 de octubre, jueves, se reinició la sesión a las 11.00 horas para el debate y votación de las propuestas de resolución. Los grupos parlamentarios tuvieron un tiempo de veinte minutos cada uno para la presentación y defensa global de sus propuestas de resolución, y otros diez minutos cada uno para el posicionamiento de cada uno respecto de las propuestas de los demás grupos. Por último, se procedió a la votación de las propuestas de resolución admitidas y a la votación de las agrupadas para votar separadamente cada grupo parlamentario. Resultaron aprobadas 56 propuestas de resolución. Se levantó la sesión a las 14.32 horas.

El contenido de este debate está reflejado en los Diarios de Sesiones núms. 80 y 81, y las propuestas de resolución se pueden consultar en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia núm. 355, de 13 de octubre de 2014.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

V Procedimientos de naturaleza normativa

PROCEDIMIENTOS LEGISLATIVOS - IX LEGISLATURA — Segundo período de sesiones de 2014 —			
LEYES aprobadas		7	
Proyectos de lei			Proposiciones de ley de iniciativa legislativa popular
Presentados	4		Procedentes da anterior legislatura
Aprobados	4		Presentadas
Retirados	—		Aprobadas
En tramitación	2		Rechazadas
			En tramitación
Proposiciones de ley			Proposiciones de ley ante el Congreso
Presentadas	4		Presentadas
Aprobadas	2		Aprobadas
Rechazadas	3		Rechazadas
Retiradas	1		En tramitación
En tramitación	8		

Durante este primer período ordinario, se presentaron 4 proyectos de ley⁵

1. Proyecto de ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2015.
 2. Proyecto de ley de medidas fiscales y administrativas.
 3. Proyecto de ley de calidad de los servicios públicos y de la buena administración.
 4. Proyecto de ley de mejora de la estructura territorial agraria de Galicia.
- Los cuatro fueron aprobados y por lo tanto convertidos en ley; son los siguientes:
1. Ley 7/2014, de 26 de septiembre, de archivos y documentos de Galicia.
 2. Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de accesibilidad.
 3. Ley 11/2014, de 19 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2015.
 4. Ley 12/2014, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.
- Se encuentran al final del período de sesiones dos proyectos de ley en trámite:
1. Proyecto de ley de calidad de los servicios públicos y de la buena administración.
 2. Proyecto de ley de mejora de la estructura territorial agraria de Galicia.

Se presentaron, también en este primer período, 4 proposiciones de ley⁶

1. Proposición de ley, a iniciativa del G.P. del Bloque Nacionalista Galego, de publicidad institucional de Galicia.
2. Proposición de ley, a iniciativa del G.P. de la Alternativa Galega de Esquerda, de publicidad institucional galega.
3. Proposición de ley, a iniciativa del G.P. del Bloque Nacionalista Galego, de modificación de la Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias, para la introducción del concepto de pobreza energética y medidas para su erradicación.

5 Codes Calatrava delimita de este modo los proyectos de ley: “La iniciativa legislativa gubernamental puede versar sobre cualquier materia y es, además, desde un punto de vista cuantitativo, la más importante a lo largo de la Legislatura. La inmensa mayoría de las leyes que se aprueban en España proviene de proyectos de ley. En Derecho Comparado es habitual distinguir igualmente entre las iniciativas legislativas gubernamentales y no gubernamentales, reservándose igualmente una nomenclatura específica para las iniciativas provenientes del Gobierno (bill en Inglaterra, project de loi en Francia o disegni di legge en Italia)”. Diccionario de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, octubre 2014.

6 El letrado de las Cortes Codes Calatrava delimita las iniciativas legislativas de este modo: “La clasificación más utilizada en Derecho Comparado para distinguir los tipos de iniciativas legislativas es la que distingue entre la iniciativa gubernamental y la extra-gubernamental. Esta distinción está extendida y es aceptada hasta el punto de que se utilizan denominaciones distintas para hacer referencia a las iniciativas de uno u otro tipo, ya que las iniciativas legislativas procedentes del Gobierno se denominan bill en Inglaterra, project de loi en Francia o disegni di legge en Italia, mientras que en esos mismos países, para las iniciativas legislativas procedentes de un órgano ajeno al Gobierno, se utilizan las denominaciones private member bill, proposition de loi o proposta di legge, respectivamente”. Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, octubre 2014.

4. Proposición de ley, a iniciativa del G.P. del Bloque Nacionalista Galego, por la que se crea y regula una prestación económica de carácter periódico para las mujeres que sufren violencia de género.
- Y se aprobaron dos: la primera proveniente del anterior período ordinario, y la segunda de principio de la actual legislatura:
 1. Ley 8/2014, de 26 de septiembre, de reforma de la Ley 1/1993, de 18 de abril, de protección de animales domésticos y salvajes en cautividad.
 2. Ley 9/2014, de 30 de octubre, de reforma de la ley 1/1988, de 19 de enero, de iniciativa legislativa popular⁷ ante el Parlamento de Galicia.
 - No se tomaron en consideración las siguientes:
 1. Proposición de ley, a iniciativa del G.P. Alternativa Galega de Esquerda, de modificación de la Ley 3/2008, de 23 de mayo, de ordenación de la minería de Galicia.
 2. Proposición de ley, a iniciativa del G.P. Alternativa Galega de Esquerda, de modificación de la Ley de ordenación de la minería de Galicia, relativa a la prohibición del uso de tecnologías mineras a base de cianuro en Galicia y a la constitución de garantías suficientes frente a las indemnizaciones por daños.
 3. Proposición de ley, a iniciativa del G.P. del Bloque Nacionalista Galego, gallega de fomento de la corresponsabilidad.
 - Y una proposición de ley fue retirada antes de la toma en consideración:
 1. Proposición de ley a iniciativa del G.P. Mixto, de derogación de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.
 - Por lo tanto, se encuentran en este momento en trámite las siguientes:
 1. Proposición de ley, a iniciativa del G.P. Popular de Galicia, de reforma de la Ley 8/1985, de 13 de agosto, de elecciones al Parlamento de Galicia, y el Reglamento⁸ del Parlamento de Galicia.

7 Según Codes Calatrava en su pedagógica aproximación a estas iniciativas: “La iniciativa legislativa parlamentaria supone la posibilidad de que sean las propias Cámaras las que presenten una propuesta de texto legislativo. En el parlamentarismo clásico se atribuía la iniciativa legislativa a los parlamentarios individualmente considerados, sin embargo, en los Parlamentos contemporáneos, entendidos como órganos representativos nacionales a través de los partidos políticos, lo habitual es que la iniciativa legislativa se otorgue a un conjunto de parlamentarios o directamente a un Grupo Parlamentario. En los Estados con un Parlamento bicameral suele reconocerse iniciativa legislativa a ambas Cámaras, sea en igualdad de condiciones (como en Italia o Bélgica), o introduciendo determinadas limitaciones a la iniciativa legislativa de la Cámara Alta (como sucede en Inglaterra). Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley, Madrid, octubre 2014.

8 Manuel Delgado-Iribarren García-Campero recuerda el sentido histórico de los Reglamentos parlamentarios: “El Reglamento parlamentario es la norma que aprueba autónomamente una Cámara legislativa con el objeto de regular su organización y funcionamiento. Su consideración como máxima expresión de la autonomía parlamentaria se forjó desde los orígenes del constitucionalismo, si bien se articuló sobre la base de diferentes fundamentos: como el privilegio colectivo frente a las prerrogativas de la Corona en el Derecho inglés; como expresión del poder constituyente defendido por Sieyès y Mirabeau en la Revolución Francesa; o como expresión del principio de separación de poderes en la Constitución norteamericana”. Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley, Madrid, octubre 2014.



2. Proposición de ley a iniciativa del G.P. Alternativa Galega de Esquerda, de modificación de la Ley 1/1988, de 19 de enero, de iniciativa legislativa popular ante el Parlamento de Galicia.
3. Proposición de ley a iniciativa del G.P. Alternativa Galega de Esquerda, de reforma de la Ley de elecciones al Parlamento de Galicia.
4. Proposición de ley, a iniciativa del G.P. de los Socialistas de Galicia de derechos y garantías de la dignidad de los enfermos terminales.
5. Proposición de ley a iniciativa del G.P. del Bloque Nacionalista Galego, de publicidad institucional de Galicia.
6. Proposición de ley a iniciativa del G.P. de la Alternativa Galega de Esquerda, de publicidad institucional gallega.
7. Proposición de ley a iniciativa del G.P. del Bloque Nacionalista Galego, de modificación de la Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias, para la introducción del concepto de pobreza energética y medidas para su erradicación.
8. Proposición de ley a iniciativa del G.P. del Bloque Nacionalista Galego, por la que se crea y regula una prestación económica de carácter periódico para las mujeres que sufren violencia de género.

En cuanto a las proposiciones de ley de iniciativa legislativa popular, se presentó una nueva:

1. Proposición de ley de iniciativa legislativa popular sobre el derecho al conocimiento y a la contemplación de la obra de Castelao por el pueblo gallego.
- Fue aprobada una, que inició su trámite en la anterior legislatura con la denominación de Proposición de ley de iniciativa legislativa popular para garantizar la prestación de las especialidades de Hemodinámica, Radioterapia y Medicina Nuclear en igualdad de condiciones para toda la ciudadanía gallega con independencia de su lugar de residencia en Galicia, y que se aprobó con la denominación que se indica a continuación:
 1. Ley 13/2014, de 22 de diciembre, por la que se modifica la ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias
 - Por lo tanto, se encuentran en trámite las siguientes:
 1. Proposición de ley de iniciativa legislativa popular de medidas para restituir los derechos laborales, profesionales y retributivos del profesorado y mejora de la calidad de la enseñanza en Galicia.
 2. Proposición de ley de iniciativa legislativa popular, sobre el derecho al conocimiento y a la contemplación de la obra de Castelao por el pueblo gallego.

Y, por último, el balance de las Proposiciones de ley ante el Congreso es el siguiente, se presentaron 3:

1. Proposición de Ley ante el Congreso de los Diputados, por la que se aprueba el concierto económico de Galicia.
 2. Proposición de Ley ante el Congreso de los Diputados, de reforma de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, relativa a la tributación de las pensiones públicas percibidas por personas emigrantes retornadas de Estados con los que existe convenio sobre doble imposición.
 3. Proposición de Ley ante el Congreso de los Diputados, de transferencia de la titularidad y competencias de la AP-9 a la Xunta de Galicia.
- No fueron tomadas en consideración tres:
1. Proposición de ley ante el Congreso de los Diputados, a iniciativa del G.P. del Bloque Nacionalista Galego, relativa a la modificación del artículo 82 de la Ley orgánica de régimen electoral⁹.
 2. Proposición de ley ante el Congreso de los Diputados, a iniciativa del Bloque Nacionalista Galego, de reforma de la ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, relativa a la tributación de las pensiones públicas percibidas por personas emigrantes retornadas de Estados con los que existe convenio sobre doble imposición.
 3. Proposición de ley ante el Congreso de los Diputados, a iniciativa del G.P. del Bloque Nacionalista Galego, orgánica de transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de salvamento marítimo y lucha contra la contaminación marina.
- Se encuentran en trámite las siguientes:
1. Proposición de ley ante el Congreso de los Diputados, a iniciativa del Bloque Nacionalista Galego, por la que se aprueba el concierto económico de Galicia.
 2. Proposición de ley ante el Congreso de los Diputados, a iniciativa del G.P. del Bloque Nacionalista Galego, de transferencia de la titularidad y competencias de la AP-9 a la Xunta de Galicia.

⁹ Manuel Delgado-Iribarren García-Campero define así la ley electoral: “aquella norma legislativa por la que se rige un proceso electoral”. Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, octubre 2014.

VI Procedimientos de control, impulso e información

Procedimientos de control e impulso

Durante el segundo período de sesiones de 2014 se presentaron 528 proposiciones no de ley¹⁰ en pleno; fueron rechazadas 38, aprobadas con modificaciones 5, aprobadas sin modificaciones 11, y ninguna retirada.

En Comisión se presentaron 578 proposiciones no de ley, de las que fueron rechazadas 247, aprobadas con modificaciones 10 y aprobadas sin modificaciones 25, y retiradas 3.

En cuanto a las mociones, fueron presentadas 24, de las que se rechazaron 22, se aprobaron sin modificaciones 1.

Procedimientos de información

El control de los grupos parlamentarios sobre el Ejecutivo a través de las solicitudes de comparecencia, interpelaciones y preguntas, se refleja en este período en el siguiente cuadro:

Solicitudes de comparecencia	
En Pleno	
Presentadas	69
Tramitadas	17
Retiradas	0
En Comisión	
Presentadas	41
Tramitadas	11
Retiradas	3

Interpelaciones	
Presentadas	274
Tramitadas	24
Retiradas	0

Preguntas	
Orales en Pleno dirigidas a los miembros de la Xunta	
Presentadas	597
Tramitadas	43
Retiradas	0
Aplazadas	0
Orales en Pleno urgentes	
Presentadas	41
Tramitadas	23
Orales en Pleno dirigidas al Presidente de la Xunta	
Presentadas	25
Tramitadas	25
Aplazadas	
Retiradas	
Orales en Comisión	
Presentadas	972
Tramitadas	252
Aplazadas	22
Retiradas	5
Con respuesta escrita	
Presentadas	615
Tramitadas	1.256
Retiradas	0

10 Rosa Ripollés las conceptúa así: "Las Proposiciones no de ley, comúnmente conocidas en el Congreso de los Diputados por el acrónimo "PNLs" son actos parlamentarios que participan de la doble condición de instrumentos de control e impulso político y, a este fin, su objetivo radica en conseguir una resolución de un órgano parlamentario – sea el Pleno o una Comisión de la Cámara–, esto es el posicionamiento parlamentario respecto de una propuesta concreta. Algún autor como Fernández Fontecha y Torres sostiene que vinculan al Gobierno en el ámbito de sus competencias; si bien la carencia de sanción en el ordenamiento parlamentario por incumplimiento de la Resolución disminuye la eficacia jurídica de este instituto, que queda circunscrito a la eficacia política". Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley. Madrid, octubre 2014.

VII Declaraciones institucionales¹¹

Como ya apuntamos en anteriores crónicas, las declaraciones institucionales son acuerdos no previstos en el Reglamento del Parlamento de Galicia pero que se adoptan por unanimidad de todos los grupos políticos. En este período se aprobaron las siguientes:

- Declaración institucional sobre el reconocimiento del Estado de Palestina. Pleno día 25/11/2014, DS núm. 87, BOPG núm. 382, 28/11/2014.
- Declaración institucional sobre el arte de pesca de la sardina. Pleno día 25/11/2014. DS núm. 87 y en el BOPG núm. 382, 28/11/2014.

VIII Procedimientos de control económico y presupuestario

Dentro de esta clase de procedimientos podemos citar:

Cuenta general

- Cuenta general de la Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente al ejercicio 2013. BOPG núm. 369, fasc. 1º, 06/11/2014.

regap



Informes de fiscalización

- Informes de fiscalización correspondientes al Plan de Trabajo del año 2013 (ejercicio económico de 2013). BOPG núm. 372, fasc. 2º, 12/12/2014.

Informes sobre el estado de ejecución del presupuesto¹²

- Estado de ejecución presupuestaria del segundo trimestre 2014. BOPG núm. 349, fasc. 1º, 01/10/2014.

11 Esteban Greciet las define de esta forma: “Se trata de un texto sin valor normativo, similar a una proposición no de ley, una moción o una resolución, que expresa la opinión unánime de una Cámara parlamentaria sobre un determinado asunto de relevancia política. La particularidad de las declaraciones institucionales reside en que, normalmente, no suscitan debate político alguno y son aprobadas por unanimidad de la Cámara, precisamente por reflejar la opinión y el sentir común de los parlamentarios y la coincidencia de sus posiciones y de las de los Grupos a los que pertenecen en torno a un tema de gravedad política o que es percibido por todos como de gran importancia. Las condenas de los atentados terroristas, los pronunciamientos sobre asuntos internacionales relacionados con los derechos humanos o con el medio ambiente, las efemérides institucionales más sobresalientes, las conmemoraciones de días contra las más variadas formas de violencia y/o discriminación y cuestiones afines o análogas a éstas suelen ser el objeto de estas declaraciones”. Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley, Madrid, octubre 2014.

12 El letrado de las Cortes de Aragón José Tudela Aranda recuerda que: “Es lugar común entender que la función presupuestaria o financiera es cronológicamente la primera de las funciones parlamentarias. En su acepción más estricta es la función relativa a la determinación de los gastos e ingresos del Estado. Precisamente, el origen del Parlamento se encontraría íntimamente vinculado a la necesidad de controlar esos ingresos y gastos. La Constitución respondería a este viejo principio, primero estableciendo en el artículo 66.2 que corresponde a las Cortes Generales aprobar los Presupuestos Generales del Estado y reiterando posteriormente esta afirmación cuando en el artículo 134.1 distingue entre aquello que en relación con los Presupuestos correspondería a las Cortes Generales, en concreto su examen, enmienda y aprobación y aquello que correspondería al Gobierno, su elaboración. Inmediatamente, habrá que señalar que de entre todas las funciones parlamentarias es seguramente a la presupuestaria a la que con mayor plenitud alcanza la lucidez de Manzella, al predicar un relativismo procedimental que provoque que, más allá de las expresiones formales, se atienda al objeto para determinar qué hace un Parlamento”. Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley, Madrid, octubre 2014.

- Estado de ejecución presupuestaria del primer trimestre 2014. BOPG núm. 307, 25/06/2014.

Modificaciones presupuestarias

- Modificaciones del mes de junio de 2014. BOPG núm. 317, fasc. 2º, 16/07/2014.
- Modificaciones del mes de julio de 2014. BOPG núm. 335, fasc. 2º, 05/09/2014.
- Modificaciones del mes de agosto de 2014. BOPG núm. 346, fasc. 1º, 24/09/2014.
- Modificaciones del mes de septiembre de 2014. BOPG núm. 361, fasc. 3º, 24/10/2014.
- Modificaciones del mes de octubre de 2014. BOPG núm. 376, fasc. 2º, 20/11/2014.
- Modificaciones del mes de noviembre de 2014. BOPG núm. 392, fasc. 1º, 17/12/2014.

Información sobre la situación de las operaciones de crédito y préstamos vigentes del IGAPE

- Información sobre concesión de préstamos del IGAPE en el 2º trimestre del año 2014. BOPG núm. 335, fasc. 2º, 05/09/2014.
- Información sobre los avales del IGAPE en el 2º trimestre del año 2014. BOPG núm. 335, fasc. 2º, 05/09/2014.
- Información sobre los avales del IGAPE en el 3º trimestre del año 2014. BOPG núm. 389, fasc. 1º, 11/12/2014.
- Información sobre concesión de préstamos del IGAPE en el 3er trimestre del año 2014. BOPG núm. 389, fasc. 1º, 11/12/2014.

Informes sobre la disposición del fondo de contingencia

- Informe sobre la disposición del fondo de contingencia correspondiente al 3er trimestre de 2014. Publicación BOPG núm. 365, fasc. 1º, 30/10/2014.

Plan económico-financiero específico vigente

- Plan económico financiero específico vigente de consellerías, organismos autónomos y sociedades públicas a 30 de junio de 2014. BOPG núm. 325, 12/08/2014.

Fijación del límite máximo de gasto no financiero del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Galicia

- Fijación del límite máximo de gasto no financiero del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2015. BOPG núm. 323, 08/08/2014. Debate en Pleno 04/08/2014 – DS núm. 75. BOPG núm. 323, 08/08/2014.

IX Procedimientos relativos a otras instituciones y órganos

Consello de Contas

- Memoria correspondiente al Plan de Trabajo del año 2013. BOPG núm. 372, fasc. 2º, 12/11/2014.

Unión Europea¹³

- Consulta sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consello por lo que se modifican las Directivas 2008/98/CE sobre los residuos, 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases, 1999/31/CE relativa a los vertidos de residuos, 2000/53/CE relativa a los vehículos al final de su vida útil, 2006/31/CE relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores y 2013/19/UE sobre residuos de aparatos eléctricos y 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 por la Presidencia – Mesa del Parlamento 01/08/2014

Toma conocimiento y cierre del expediente – Mesa del Parlamento 26/08/2014

- Consulta sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consello por lo que se modifica el Reglamento (CE) nº 184/2005, relativo a las estadísticas comunitarias sobre balanza de pagos, comercio internacional de servicios e inversiones extranjeras directas, por lo que se refiere a la atribución a la Comisión de Competencias Delegadas y de Ejecución para adoptar determinadas medidas (Texto pertinente para efectos de EEE) [COM(2014) 379 final] [2014/0194 (COD)].

Dación en contra por la Presidencia – Mesa del Parlamento 01/08/2014

Toma conocimiento y cierre del expediente – Mesa del Parlamento 26/09/2014

- Consulta sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consello por la que se facilita el intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad viaria (texto pertinente para efectos del EEE) [COM(2014)476FINAL] [2014/0218(COD)].

Publicación – BOPG núm. 329, 26/08/2014

Toma conocimiento y cierre del expediente – Mesa del 16/09/2014

- Consulta sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consello relativo a la fabricación, a la comercialización y al uso de piensos medicamentosos y por el que se deroga la Directiva 90/167/CEE del

¹³ Sobre la naturaleza de estos procedimientos puede consultarse nuestro libro *Manual Parlamentario. Guía para os deputados e deputadas do Parlamento de Galicia*. Parlamento de Galicia. 2011.

Consello (Texto pertinente para efectos del EEE) [COM(2014) 556 final] [2014/0255 (COD)] [COM(2014) 556 final Anexos].

Publicación – BOPG núm. 342, 17/09-2014

Toma conocimiento y cierre del expediente – Mesa del 30/09/2014

- Consulta sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consello sobre requisitos relativos a límites de emisiones y homologaciones de tipo para motores de combustión interna que se instalen en máquinas móviles no de carretera (texto pertinente para efectos del 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 conocimiento y cierre del expediente – Mesa del 14/10/2014

- Consulta sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consello sobre la creación de una agencia de la Unión Europea para la formación en funciones coercitivas (CEPOL) y por el que se deroga y sustituye la Decisión 2005/681/JAI del Consello (texto pertinente para efectos del EEE) [COM(2014) 465 final/2] [2014/0217 (COD)].

Publicación – BOPG núm. 350, fasc. 2º, 02/10/2014

Toma conocimiento y cierre del expediente – Mesa del 14/10/2014

- Consulta sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consello que modifica el Reglamento (CE) nº 726/2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Axencia Europea (texto pertinente para efectos del EEE) [COM(2014) 557 final] [2014/0256 (COD)].

Publicación – BOPG núm. 350, fasc. 2º, 02/10/2014

Toma conocimiento y cierre del expediente – Mesa del 14/10/2014

- Consulta sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consello sobre los medicamentos veterinarios (texto pertinente para efectos del 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 conocimiento y cierre del expediente – Mesa del 14/10/2014

- Consulta sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta del Consello relativa al régimen del impuesto del “arbitrio insular” en las regiones 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 conocimiento y cierre del expediente – Mesa del 18/11/2014

- Consulta sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta del reglamento del Parlamento Europeo y del Consello por la que se derogan determinados actos en el espacio de libertad, seguridad y justicia [COM(2014) 713 final] [2014/0337 (COD)].

Publicación – BOPG núm. 387, 05/12/2014

Toma conocimiento y cierre del expediente – Mesa del 16-12-14

- Consulta sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta del reglamento del Parlamento Europeo y del Consello por el que se derogan determinados actos en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal [COM(2014) 715 final] [2014/0339 (COD)].

Toma conocimiento y cierre del expediente – Mesa del 16/12/2014

- Consulta sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta de decisión del Parlamento Europeo y del Consello por la que se derogan determinados actos en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal [COM(2013) 714 final] [2014/338 (COD)].

Publicación – BOPG núm. 387, 05/12/2014

Toma conocimiento y cierre del expediente – Mesa del 16/12/2014

- Consulta sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consello sobre los índices de precios de consumo armonizados y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 2494/1995 (Texto pertinente a efectos del EEE) [COM(2014) 724 final] [2014/0346 (COD)] [COM(2014) 724 final Anexo].

Publicación – BOPG núm. 392, fasc. 2º, 17/12/2014

Comité de las Regiones

- Consulta a la Red de seguimiento de la subsidiariedad sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en la Propuesta de la directiva del Parlamento Europeo y del Consello por el que se modifican las directivas 2008/98/CE sobre los residuos, 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases, 1999/31/CE relativa al vertido de residuos, 2000/53/CE relativa a los vehículos al final de su vida útil, 2006/31/CE relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores y 2013/19/UE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos [COM(2014) 397 final].

Publicación – BOPG núm. 320, 30/7/2014

Conocimiento de la Resolución de la Presidencia – Mesa 01/08/2014

Cierre del expediente – Mesa 26/08/2014

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

X Procedimientos de designación y propuestas de nombramiento

Representantes del Padroado da Fundación Galega Obra Social

- Designación de cuatro miembros del Padroado da Fundación Galicia Obra Social.
- Comunicación de vacantes – Registro de entrada núm. 24752, 03/07/2014
- Conocimiento y traslado a los portavoces – Mesa 09/07/2014
- Solicitud de inicio del procedimiento de designación, a iniciativa del GG.PP. Popular de Galicia, de los Socialistas de Galicia y de Alternativa Galega de Esquerda – Registro de entrada núm. 25486, 31/07/2014
- Acuerdo de inicio del procedimiento – Mesa 01/08/2014
- Conocimiento de los candidatos designados por los grupos – Mesa 04/08/2014

XI Solicitud de creación de comisiones de investigación¹⁴

- Solicitud de creación de una Comisión de investigación, a iniciativa de los GG.PP. Alternativa Galega de Esquerda y del Bloque Nacionalista Galego, sobre las causas del accidente ferroviario de Santiago el pasado 24 de julio, así como sobre las condiciones de seguridad en la red ferroviaria de alta velocidad en Galicia.
- Solicitud de creación de una Comisión de Investigación, a iniciativa de los GG.PP. del Bloque Nacionalista Galego y Alternativa Galega de Esquerda, sobre el presunto fraude o estafa de subvenciones y malversación de fondos públicos en la organización de cursos de formación sufragados por la Xunta de Galicia.

XII Acuerdos interpretativos del Reglamento del Parlamento

Normas reguladoras del procedimiento para la aprobación de los mandatos marco referidos a los objetivos generales de la función de servicio público que debe cumplir la Corporación Radio y Televisión de Galicia, S.A. (Corporación RTVG) al amparo de lo establecido en la Ley 9/2011, de 9 de noviembre, de los medios públicos de comunicación audiovisual de Galicia¹⁵. BOPG núm. 376, fasc. 1º, 20/11/2014.

14 El letrado de las Cortes de Aragón José Tudela Aranda recuerda que: “Históricamente, la encuesta parlamentaria es una expresión de la función de control. La encuesta se refiere a la capacidad de la institución parlamentaria para requerir información sobre una materia o, dando un paso más, investigar hasta formarse una opinión y extraer unas conclusiones sobre un determinado asunto. En la actualidad, se identifica con la Comisión de investigación, excepto en Alemania, donde se distingue entre ambas, existiendo comisiones de investigaciones y comisiones de encuesta. En el Reglamento del Bundestag, la diferencia es que éstas segundas tienen un carácter básicamente informativo. También es posible entender que la encuesta es una manifestación superior del control que abarca tanto la investigación, como el estudio e información. En el vigente Derecho parlamentario, el término encuesta está desapareciendo. En este sentido, es posible ver una reminiscencia histórica en su utilización”. Diccionario de Términos de Derecho Parlamentario. Coordinadoras Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañón Gómez. Editorial La ley, Madrid, octubre 2014.

15 De interés para esta cuestión es nuestro trabajo: “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

XIII Informes y comparecencias en cumplimiento de otras normas

- Informe de seguimiento del Programa estadístico anual 2013.
Presentación del informe – BOPG núm. 330, 27/08/2014
- Memoria de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Galicia del año 2013.
Presentación de la Memoria – BOPG núm. 393, 18/12/2014
Comparecencia – Comisión 1ª, 30/12/2014
- Informe anual sobre racionalización del gasto en la prestación farmacéutica de la Comunidad autónoma de Galicia.
Presentación del informe – Registro de entrada núm. 29728, 04/11/2014
Toma conocimiento y traslado a los portavoces de los grupos – Mesa 10/11/2014

XIV Solicitudes de información al amparo del artículo 9 del Reglamento (1 de julio al 31 de diciembre de 2014)

Grupos parlamentarios	Presentadas	En tramitación	Contestadas
G.P. Popular de Galicia	5	4	1
G.P. de los Socialistas de Galicia	341	282	59
G.P. de la Alternativa Galega de Esquerda	29	23	6
G.P. del Bloque Nacionalista Galego	21	13	8
G.P. Mixto	0	0	0
Totales	396	322	74

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Xurisprudencia
contencioso-administrativa
**Jurisprudencia
contencioso-administrativa**
Contentious-administrative
jurisprudence

48
Regap

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Magistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

Recibido: 09/03/2015 | Aceptado: 22/04/2015

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Índice: I. Administración local II. Derechos fundamentales III. Medioambiente IV. Personal V. Responsabilidad patrimonial VI. Sanidad VII. Sanciones administrativas VIII. Tributos. IX. Universidades X. Urbanismo y ordenación del territorio

I Administración local

- 1 Policía local. Inaplicación del límite de edad de 35 años para el acceso al cuerpo de la policía municipal por vulnerar la Directiva comunitaria que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la educación. Efecto directo y primacía del derecho comunitario sobre la normativa interna

El Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG), S^a de lo Cont.-Ad., Sección 1^a, en su Sentencia del 26 de noviembre de 2014 (Rec. 252/2014, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) anuló el límite de edad máximo de 35 años establecido por el Concello de Baiona en las bases para la provisión de plazas de policía local, aplicando la nueva doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia del 13 de noviembre de 2014 (asunto C-416/13) sobre un supuesto similar acontecido en Oviedo. El Tribunal europeo consideró que tal restricción de edad, exigida en una ley autonómica, vulnera la Directiva

2000/78/CE del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, sobre Establecimiento de un Marco General para la Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación. El TSXG concluyó en esta sentencia que lo mismo sucede con el artículo 33.2 de la Ley gallega 4/2007, del 12 de abril, de coordinación de policías locales ("*en todo caso, para el ingreso en la categoría de policía se requerirá no tener cumplidos los 36 años*"), por lo que en aplicación de los principios de primacía y efecto directo del derecho comunitario no debe aplicarse dicha Ley autonómica. Incidió al respecto el 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 Diputaciones provinciales. Principio de autonomía financiera. Obligación de financiar los servicios sociales en los municipios de menos de 20.000 habitantes

En la Sentencia del TSXG (Sección 1ª) del 21 de enero de 2015 (Rec. 281/2012, ponente: Ilmo. Sr. Chaves García) se desestima el recurso interpuesto por la Diputación Provincial de Lugo contra el Decreto 99/2012, del 16 de marzo de la Consellería de Trabajo e Benestar por el que se regulan los servicios sociales comunitarios y su financiación (DOG núm. 63, del 30 de marzo). En la sentencia se rechazan, en primer término, los argumentos impugnables de carácter formal. Concluye que por la naturaleza del reglamento recurrido y su incidencia en todas las entidades locales de Galicia no resultaba preceptivo concederle antes de su aprobación un trámite de audiencia individualizado a cada Diputación, bastando el realizado con la FEGAMP. Rechaza también los argumentos de fondo (desplazamiento indebido a las diputaciones de la obligación de la Xunta de financiar los servicios sociales en municipios de menos de 20.000 habitantes // vulneraciones de los principios de autonomía provincial y reserva de ley). Incide el 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 gallegas, lo que no impide que dicha previsión reglamentaria se explicitie 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

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 puestos de trabajo. Requisitos del personal eventual. Imposibilidad de atribución de puestos de dirección al personal del grupo “C”. Indebida asignación al personal laboral de funciones reservadas a los funcionarios. Exceso de puestos con sistema de provisión por libre designación

El TSXG, Sección 1ª, en la Sentencia del 2 de julio de 2014 (Rec. 289/2012, ponente: Ilmo. Sr. Díaz Casales) anuló, en una parte significativa, la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) del Concello de Ourense. En primer lugar porque le asignó funciones de dirección a puestos del grupo “C”. En segundo, porque atribuyó sin justificación a personal eventual puestos como el de “director del museo municipal”, “técnico de comunicación”, “chófer del Alcalde”, “secretario de la Alcaldía”, “técnico asesor municipal”, etc. En tercero por permitir la cobertura por personal laboral de puestos reservados a funcionarios, como los de administrativos, jefes de negociado, etc. Y, por último, por establecer injustificadamente el sistema de libre designación para proveer 18 puestos de trabajo (alguacil de la Alcaldía, jefes de servicio, etc.). En lo referente al personal eventual insistió el Tribunal en esta sentencia 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 a la contratista del servicio de recogida de los residuos sólidos urbanos del coste de contratación de emergencia a TRAGSA para la recogida de la basura en la vía pública durante una huelga

Con motivo de una huelga de los trabajadores del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos, el Concello de Santiago de Compostela contrató de emergencia a TRAGSA para

que retirase la basura das vías urbanas durante tres días. Posteriormente le repercutió a la contratista los 112.000 euros cobrados por TRAGSA. El TSXG (Sección 2ª) en la Sentencia del 24 de julio de 2014 (Rec. 4126/2014, relatora: Ilma. Sra. Recio González) confirmó la validez de dicho acto, con las siguientes consideraciones:

«(...) 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 Ley de la memoria histórica. No requiere eliminar monumentos erigidos en el régimen anterior de los que se retiró la simbología franquista

En la Sentencia del TSXG del 5 de febrero de 2015 (Sección 2ª, relatora: Ilma. Sra. Recio González. Incluye voto particular) se confirmó la desestimación por el Concello de Vigo de la solicitud de una asociación de defensa de la memoria histórica, de demolición de un "monumento a los caídos" construido en la dictadura franquista ("Cruz do Castro"). Se motivó la sentencia en las siguientes consideraciones:

«(...) 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

REGAP



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 Derechos fundamentales

Derechos de reunión y manifestación. Concentración ciclista. Imposición por la Subdelegación del Gobierno de restricciones desproporcionadas e injustificadas

En la Sentencia del TSXG del 3 de octubre de 2014 (Sección 1ª, Rec. 286/2014, ponente: Ilmo. Sr. López González) se explica con detalle la extensión y límites de los derechos fundamentales de reunión y manifestación, concluyéndose con la anulación de las restricciones impuestas por un Subdelegado del Gobierno al recorrido de una marcha ciclista. Se afirma en la sentencia lo siguiente:

«(...) 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 que

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 Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa

El Tribunal Supremo (S^a 3^a, Sección 3^a), en su Sentencia del 23 de septiembre de 2014 (Rec. 582/2012, ponente: Excmo. Sr. Trillo Torres) estimó en parte un recurso formulado contra el Real decreto 1332/2012, del 14 de septiembre, por el que se aprobó el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa. Tras rechazar los argumentos impugnables dirigidos frente a la totalidad del Plan y contra varios de sus preceptos, finalmente anula en parte el artículo 36 del Real decreto, en los siguientes términos:

«(...) 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”.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 Estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos

La Audiencia Nacional (S^a de lo Cont.-Ad.), en su Sentencia del 4 de diciembre de 2014 (Rec. 407/2009, relatora: Ilma. Sra. García García Blanco) estimó en parte el recurso interpuesto por la Xunta de Galicia contra la resolución conjunta de la Secretaría General de Energía y de la Secretaría General del Mar, del 16 de abril de 2009 aprobatoria del estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos (BOE del 08/05/2009). La sentencia anula la resolución impugnada «*exclusivamente en todo lo especificado en el mismo que concierna, aún con carácter orientativo, a las aguas interiores del litoral gallego*», con el siguiente 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 Personal

1 Concurso de traslados de personal funcionario docente (enseñanza secundaria). Valoración de los servicios prestados como funcionarios interinos

La Sentencia del TSXG (Sección 1ª), del 17 de diciembre de 2014 (Rec. 397/2014, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) desestimó el recurso formulado contra la Orden del 16 de octubre de 2013 de la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria, por la que se convocó concurso de traslados entre personal funcionario docente de los cuerpos de catedráticos y profesores de enseñanza secundaria, escuelas oficiales de idiomas y otros, en lo referente a la valoración de los servicios prestados como funcionarios interinos. Concluyó el Tribunal que resultaba obligada la valoración de dichos méritos por imperativo de lo dispuesto en el derecho comunitario (Directiva 1999/70/CE del Consejo, del 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada), así como en el Estatuto Básico del Empleado Público. Se afirma en la sentencia 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 periodo 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

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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. Ciertamente 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 Oposiciones al Cuerpo Administrativo de la Xunta de Galicia. Requisitos de las pruebas tipo “test”. Reserva de plazas para discapacitados

El Tribunal Supremo (5ª 3ª, Sección 7ª), en la Sentencia del 16 de febrero de 2015 (RC 3521/2015, relatora: Excma. Sra. Pico Lorenzo) confirmó otra del TSXG desestimatoria del recurso interpuesto contra determinadas resoluciones de un procedimiento de selección de personal para el Cuerpo Administrativo de la Xunta de Galicia (Grupo C).

Sobre las pruebas “tipo test” señaló el 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 la reserva de plazas para discapacitados añadió 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 concurren 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».

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

3 Personal funcionario. Discriminación retributiva por ejercicio efectivo de funciones de superior categoría a los del nivel de complemento de destino del propio puesto de trabajo. Vulneración del principio de igualdad

Un funcionario del “Servicio Público de Empleo” estatal (letrado, con complemento de destino de nivel 23), solicitó la equiparación de su puesto —con efecto retroactivo desde la fecha de toma de posesión— con los de nivel 24, dada la absoluta identidad de las funciones que desarrollan todos los letrados del mismo servicio. La Sentencia del TSXG (Sección 1ª) del 17 de septiembre de 2014 (Rec. 222/2013, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) estimó íntegramente el recurso, con el siguiente 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 Responsabilidad patrimonial

1 Responsabilidad patrimonial por actos de ordenación del territorio. Indemnización por perjuicios causados a empresa de acuicultura con la revisión del Plan Sectorial de Parques de Tecnología Alimentaria

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sª 3ª, Sección 6ª) del 20 de febrero de 2015 (RC 4427/2012, relatora: Excma. Sra. Huerta Garicano) desestimó los recursos de casación interpuestos contra la del TSXG que condenó a la Administración autonómica a abonarle a una empresa de acuicultura una indemnización de 689.000 euros por los perjuicios causados

como consecuencia de la revisión del Plan Sectorial de Parques de Tecnología Alimentaria, aprobada por Acuerdo del Consello de Goberno de la Xunta de Galicia del 28 de agosto de 2008 (Plan Galego de Acuicultura). Revisión que le impidió ejecutar una piscifactoría en Rinlo (Ribadeo).

En primer lugar rechazó la pretensión de indemnización de la reclamante por lucro cesante y una parte del daño emergente, con las siguientes consideraciones:

«(...) 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 Galego de Acuicultura de 2008 (que substituyó 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 Rede 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) RD Ley 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 indemnizen 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

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

podía iniciarse sino con el desplazamiento de la Planta a 280 m de la costa, lo que hizo inviable el negocio».

En segundo lugar, desestimó el recurso de la 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 Responsabilidad de la Administración sanitaria. Doctrina de la “pérdida de oportunidad”

La Sentencia del TSXG (Sección 3ª) del 18 de febrero de 2015 (Rec. 7109/2014, relatora: Ilma. Sra. Fernández Conde) revocó la de instancia apelada y condenó a la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia a abonar una indemnización de 50.000 euros por la “pérdida de oportunidad” sufrida por un paciente al ser remitido por el SERGAS con excesivo retraso al especialista en neurología **que** le detectó un tumor cerebral. Se afirma en la sentencia 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 de ser indemnizada».

VI Sanidad

1 Asistencia sanitaria concertada. Orden que fija las tarifas máximas y la revisión de los precios de los conciertos. Disposición de carácter general. Defecto de procedimiento: omisión de informe preceptivo de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Sanidad

La Sentencia del TSXG (Sección 1ª) del 3 de octubre de 2014 (Rec. 107/2011, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) anuló la Orden de la Consellería de Sanidad del 4 de noviembre de 2010, por la que se fijaron las tarifas máximas aplicables a la asistencia sanitaria concertada por el Servizo Galego de Saúde y se revisaron los precios de los conciertos vigentes.

Concluyó la sentencia, en primer lugar, que la orden en cuestión tenía naturaleza de disposición de carácter general, análoga a la reglamentaria, por las siguientes consideraciones:

«(...) 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».

Y, en segundo lugar, que se aprobó omitiéndose un trámite preceptivo y esencial (informe de la Secretaría General **Técnica** de la Consellería). Vicio substancial determinante de su nulidad:

«(...) 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-

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 exige 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 Gestión Clínica del Servizo Galego de Saúde

La Sentencia del TSXG (Sección 1ª) del 4 de febrero de 2015 (Rec. 122/2014, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) estimó en parte el recurso interpuesto por varios sindicatos médicos contra el Decreto 36/2014, del 20 de marzo, por el que se regulan las áreas de gestión clínica del Servizo Galego de Saúde. Rechazó los argumentos impugnables de tipo formal (omisión de dictamen del Consello Consultivo de Galicia, de memoria económico-financiera, y de negociación colectiva). También los de fondo referidos por ejemplo a la infracción de los principios de confidencialidad y protección de datos. Pero estimó el motivo dirigido frente al establecimiento de la libre designación como forma de provisión del puesto de director del área de gestión clínica, con la siguiente 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 (...). IIII

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 funcional, 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 Sanciones administrativas

Infracción de la normativa de protección de los consumidores. Venta de entradas en un macro-concierto superando el aforo máximo permisible. Caducidad del expediente. Proporcionalidad de la sanción

En la interesante Sentencia del TSXG (Sección 1ª) del 16 de julio de 2014 (Rec. 667/2011, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) se supervisa la sanción de 2.400.000 euros que la Consellería de Economía e Industria le impuso a la empresa organizadora del macro-concierto de Bruce Springteen celebrado en el Monte do Gozo en agosto de 2009, por vender un exceso de entradas muy por encima del aforo máximo del recinto, abrir tarde las puertas generando avalanchas y aglomeraciones, etc.

La sentencia rechaza el argumento impugnable referido a la caducidad del expediente sancionador. Considera aplicable en estos procedimientos el plazo de resolución establecido en el artículo 18.3 del Real decreto 1945/1983, del 22 de junio (un año desde la notificación de la propuesta de resolución). Norma reglamentaria que elevó su rango al de ley en virtud de la disposición final 3ª del Real decreto legislativo 1/2007, del 16 de noviembre (Texto Refundido de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios).

En segundo lugar, considera acreditados los hechos infractores imputados a la recurrente en la sanción impugnada. Pero estima en parte el recurso por considerar que su importe final resultó excesivo, infringiendo el principio de proporcionalidad, rebajando así la sanción a 700.000 euros. Concretamente se señala en la sentencia 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 quintuplo 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 quintuplo 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

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 Sujeción de las contratistas para la gestión indirecta de servicios públicos al impuesto de transmisiones patrimoniales

El TSXG (Sección 4ª), en la Sentencia del 19 de noviembre de 2014 (Rec. 15132/2014, ponente: Ilmo. Sr. Fernández Leiceaga), concluyó que la entidad mercantil adjudicataria de un contrato del Concello de A Coruña para la prestación del servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes debe pagar el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, 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 xerar 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 concluir 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

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 numantamente 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 de la realidad física de las fincas sobre la registrada. El Catastro no puede resolver conflictos de propiedad.

En la Sentencia del TSXG del 16 de julio de 2014 (Rec. 15458/2011, relatora: Ilma. Sra. Rivera Frade) se insiste en la prevalencia de la realidad física de las fincas (superficie, lindes, etc.) sobre la inscrita en los registros oficiales, así como en la obligación del Catastro de dar preeminencia a dicha realidad física. Dice así en la sentencia 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, el 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 xurisdicción civil, e que o labor xudicial limitase 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 de la tasa municipal por el servicio de recogida de basura. Anulación por falta de justificación

En la Sentencia del TSXG (Sección 4ª) del 26 de noviembre de 2014 (Rec. 15047/2014) se anuló la modificación de una ordenanza municipal reguladora de la tasa por el servicio de recogida de basura, por no haberse justificado el incremento del tributo realizado en la misma. Se efectúan en la sentencia las siguientes consideraciones:

«(...) 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

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 Elecciones a rector de universidad

Varios profesores de la Universidad de Vigo impugnaron, por la vía especial de protección de los derechos fundamentales, el modelo de papeleta de votación establecido para las elecciones del cargo de Rector, al considerar que se debió incluir la opción de voto en contra del único candidato presentado. El TSXG (Sección 1ª) en la Sentencia del 17 de septiembre de 2014 (Rec. 250/2014, ponente: Ilmo. Sr. Chaves García) confirmó la no admisión del recurso, tras concluir 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».

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

2 Reclamación de complemento específico por actividad investigadora (sexenio). Estimación por silencio administrativo positivo

En la Sentencia del TSXG (Sección 1ª) del 22 de octubre de 2014 (Rec. 248/2014, ponente: Ilmo. Sr. López González) se estimó el recurso promovido por una profesora contra la denegación del reconocimiento específico por la actividad investigadora correspondiente al sexenio 2005-2010. Consideró el Tribunal gallego que en esta materia rige el principio del silencio administrativo positivo, y que la resolución denegatoria fue notificada después de la estimación presunta de la solicitud, en los siguientes términos:

«(...) 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 y ordenación del territorio

1 Plan de Ordenación del Litoral de Galicia

El TSXG (Sección 2ª), en 38 Sentencias dictadas en los días 29 de mayo, 5 y 12 de junio de 2014, desestimó todos los recursos interpuestos contra el "Plan de Ordenación do Litoral de Galicia" aprobado por Decreto de la Xunta de Galicia 20/2011, del 10 de febrero. Incidió el 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 Régimen del silencio administrativo en la aprobación de los Planes Generales de Ordenación Municipal

En la Sentencia del 5 de diciembre de 2014 (RC 3738/2012, ponente: Excmo. Sr. Tolosa Tribiño) el Tribunal Supremo (Sª 3ª, Sección 5ª) reitera el criterio jurisprudencial sobre el régimen del silencio administrativo aplicable al procedimiento de aprobación de los planes urbanísticos, en los siguientes términos:

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

«(...) 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 atribuirle, 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)».

No obstante, en esta sentencia el Tribunal Supremo matiza su criterio sobre la aplicación del silencio en la aprobación de los planes generales, en términos restrictivos. Concluye que en el concreto caso examinado no se produjo la aprobación presunta del PXOM porque el expediente remitido a la Xunta de Galicia tras la aprobación provisional por el Pleno del Concello no estaba completo y resultaba además necesario modificar varias determinaciones sustanciales. Añade así la sentencia 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 del planeamiento general. Estudio económico-financiero. Vulneración de los límites de la potestad discrecional de planeamiento: ordenación irracional. Imposibilidad de reclasificar suelo rústico protegido en urbanizable

El TSXG (Sección 2ª), en su Sentencia del 12 de febrero de 2015 (Rec. 4586/2010, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) anuló en parte el Plan Xeral de Ordenación Municipal de Valga de 2010.

En primer lugar consideró que el “Estudio Económico-Financeiro” del Plan era correcto pese al informe desfavorable del interventor municipal por no contar con un compromiso expreso de cofinanciación de su ejecución por las Administraciones supramunicipales:

«(...) 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 la clasificación de un sector de suelo urbanizable industrial, por las siguientes razones:

«(...) 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 m2 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

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

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 Licencias urbanísticas. Plazo para impugnarlas. Abuso de derecho del recurrente por dejar transcurrir un lapso prolongado de tiempo para recurrirla desde que tuvo conocimiento de su otorgamiento

En la interesante Sentencia del TSXG (Sección 2ª) del 19 de junio de 2014 (Rec. 4556/2013, relatora: Ilma. Sra. Recio González) se confirmó la inadmisión del recurso interpuesto contra la licencia de obras de un edificio de viviendas por haberse interpuesto extemporáneamente. El Tribunal alcanzó esa conclusión tras la acreditación en el litigio de que la demandante tuvo conocimiento de la licencia (por el “cartel de obra” del edificio) con más de un año de antelación a la fecha de impugnación. Incidió 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 concedores se les aplica el plazo de dos meses del artículo 46 de la LRJCA para impugnar el acto administrativo».

5 Disciplina. Ámbito competencial de la Axencia de Protección da Legalidade Urbanística en los supuestos de modificación de la clasificación del suelo

El TSXG (Sección 2ª), en la Sentencia del 16 de octubre de 2014 (Rec. 4248/2014) aclaró las dudas que presenta la ejecución de las órdenes de derribo emitidas por la Axencia de Protección da Legalidade Urbanística (APLU) por infracciones cometidas en suelo rústico, cuando tras la revisión del planeamiento general se reclasifica dicho suelo en urbano o de núcleo rural, en el sentido siguiente:

«(...) 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».

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS