

O efecto directo das novas directivas comunitarias sobre a contratación pública. Consecuencias prácticas da falta de transposición das directivas en España*

El efecto directo de las nuevas directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las directivas en España

The direct effect of the new UE directives on public procurement. Practical consequences of the failure to transpose directives by Spain

52 Regap

Regap



ESTUDIOS

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

Catedrático de Dereito Administrativo. Universidade de Zaragoza
Presidente do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (España)
gimenof@unizar.es

Recibido: 15/04/2016 | Aceptado: 29/06/2016

Resumo: Este traballo analiza a proposta de incorporación das directivas de contratación pública en España, así como as consecuencias da non transposición en prazo destas.

Palabras clave: Contratación pública, nova Lei de contratos do sector público en España, efecto directo das directivas de contratación pública.

Resumen: Este trabajo analiza la propuesta de incorporación de las directivas de contratación pública en España, así como las consecuencias de la no transposición en plazo de éstas.

Palabras clave: Contratación pública, nueva Ley de contratos del sector público en España, efecto directo de las directivas de contratación pública.

Abstract: This work analyzes the proposal of incorporation of the directives of public contracting in Spain as well as the consequences of the not transposition in term of the same thing.

Key words: Public Procurement, new law of contracts of the public sector in Spain, direct effect of the public procurement directive.

Sumario: 1 Introducción. Motivos da reforma. 2 A transposición das directivas europeas de contratación en España. Un proceso inacabado. 2.1 Principais contidos do novo texto da Lei de contratos do sector público. 2.2 Da tramitación do

* Este estudo enmárcase no proxecto de investigación concedido polo Ministerio de Economía e Competitividade titulado "La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos" DER2015-67102-C2-1-P, cuxo IP é o autor.

anteproxecto. A conclusión do expediente co ditame do Consello de Estado. 3 O efecto directo das directivas de contratación pública en ausencia de transposición en prazo e a súa incidencia no TRLCSP. 3.1 O significado da doutrina do efecto directo das directivas europeas. 3.2 O significado da doutrina do efecto directo das directivas europeas de contratación pública. 3.3 O efecto directo das directivas de contratación pública de 2014 e a súa incidencia na lexislación nacional. 3.4 Documentos prácticos de interese. 4 Conclusións. 5 Bibliografía.

1 Introducción. Motivos da reforma

A Unión Europea culminou un novo proceso de adaptación da normativa de contratación pública (con data de publicación no DOUE do 28 de marzo de 2014). Trátase das directivas de contratos públicos de cuarta xeración, que pretenden un escenario de contratación pública máis competitivo e ligado a políticas públicas concretas¹. Malia que as directivas de 2004 supuxeron un notable avance², constatouse a insuficiencia da súa regulación nun contexto de crise económica e de “redefinición” de políticas públicas, o que aconsellaba un novo paquete lexislativo, que debería ser ambicioso tanto nos seus principios como na concreta arquitectura xurídica que se propuxese para poder contribuír así á consecución dos obxectivos da estratexia Europa 2020³.

A revisión (que non mera actualización) das directivas sobre contratación pública inscríbese nun programa de conxunto cuxo obxectivo é unha modernización en profundidade do sistema público de contratación na Unión Europea para ser máis eficientes e deseñar políticas que permitan un maior crecemento nun contexto de globalización económica⁴, o que non significa unha liberalización “sen restricións” á política de contratación pública. Basta

- 1 Vide MORENO MOLINA, J. A., “La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos”, Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115-163; MORENO MOLINA, J. A., e DOMÍNGUEZ ALONSO, P., “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, Fernández Acevedo, R., Valcárcel Fernández, P., e Bello Condié, J. (coords.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; RAZQUIN, M. M., “Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, *Revista de Administración Pública*, n.º 196, 2015, pp. 97-13, e GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. De especial interese, xa que se apuntan as liñas estratéxicas da reforma, é o traballo de RUIZ DE CASTAÑEDA, A., e BERNAL BLAY, M. A., “La contratación pública y el derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23-42. Sobre os principios aplicables a esta materia, por todos, remitíome ao traballo de MORENO MOLINA, J. A., “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación”, *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, pp. 3429 e ss. do tomo II.
- 2 Desde o ano 2004, as directivas vixentes en materia de contratación pública son as directivas 2004/18/CE («sectores clásicos») e 2004/17/CE («sectores especiais»), ambas as dúas aprobadas o 31 de marzo de 2004, que coordinan, respectivamente, os procedementos de adjudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos, así como dos contratos dos sectores da auga, da enerxía, dos transportes e dos servizos postais (DOUE L 134, do 30 de abril de 2004).
- 3 Esta iniciativa de reforma da contratación pública enmárcase na Estratexia Europa 2020 para un crecemento intelixente, sustentable e integrador [COM(2010) 2020], así como as iniciativas emblemáticas de Europa 2020 «Unha Axenda Dixital para Europa» [COM(2010) 245], «Unión pola innovación» [COM(2010) 546], «Unha política industrial integrada para a era da globalización» [COM(2010) 614], «Enerxía 2020» [COM(2010) 639] e «Unha Europa que utilice eficazmente os recursos» [COM(2011) 21]. Aplica tamén a Acta do Mercado Único [COM(2011) 206], e en particular a súa duodécima medida clave: «Revisión e modernización do marco normativo dos contratos públicos». Sobre a transposición das anteriores directivas nos Estados membros, resulta de grande interese o libro colectivo coordinado por SÁNCHEZ MORÓN, M., *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- 4 O “Informe de avaliación: impacto e eficacia da lexislación comunitaria sobre contratación pública” (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recolle as opinións e recomendacións de máis de seiscientos profesionais sobre a efectividade das actuais directivas que rexen a contratación en organismos públicos. O informe destaca que as directivas sobre contratación pública fomentaron a apertura e a transparencia, provocando que a competencia se intensificase. Isto traducíuse nun aforro de custos ou investimento público adicional que se cuantifica en 20.000 millóns de euros, un cinco por cento dos 420.000 millóns de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. Tamén recolle o desexo unánime de recortar, axilizar e flexibilizar os trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para as pequenas e medianas empresas (pe-mes) que actualmente sofren completando a cantidade de exixencias administrativas a que obrigan os procesos de licitación. Esta análise serviu de punto de partida para a revisión das directrices que se acometeu a finais do pasado ano. Con ela preténdese manter unha política equilibrada que preste apoio á demanda de bens, servizos e obras que sexan respectuosas co medio ambiente, socialmente responsables e

lembrar o contido da Resolución do Parlamento Europeo, do 12 de maio de 2011, sobre a igualdade de acceso aos mercados do sector público na UE e en países terceiros, e sobre a revisión do marco xurídico da contratación pública, incluídas as concesións (publicada no DOUE do 7 de decembro de 2012), –insístese nos comentarios incluídos na súa Resolución do 18 de maio de 2010 sobre novos aspectos da política de contratación pública–, na que, aínda que se opón enerxicamente ás medidas proteccionistas no ámbito da contratación pública a escala mundial, cre firmemente no principio de reciprocidade e proporcionalidade no dito ámbito e, neste sentido, pídelles á Comisión que realice unha análise detallada das posibles vantaxes e problemas asociados coa imposición de restricións proporcionadas e específicas ao acceso a determinados sectores dos mercados de contratación pública da UE, unha avaliación de impacto que analice cando poden aplicarse, así como unha avaliación do fundamento xurídico que requiriría este instrumento, para aqueles socios comerciais que se benefician da apertura do mercado da UE pero que non demostraron intención ningunha de abrir os seus mercados ás empresas da UE, alentando á vez os socios da UE a que lles ofrezan ás empresas europeas condicións de reciprocidade e proporcionais no acceso ao mercado, antes de propor calquera outro novo texto no ámbito da contratación pública. Así mesmo, o Parlamento solicítalle á Comisión que avalíe os problemas asociados coas ofertas extraordinariamente baixas e que propoña solucións axeitadas; recoméndalles ás autoridades contratantes que faciliten información temperá e suficiente a outros licitadores en caso de ofertas anormalmente baixas, co fin de que poidan valorar se existen motivos para iniciar un procedemento de recurso; e considera urxente que a UE alcance unha maior coherencia entre a súa política comercial exterior común e a práctica existente nos Estados membros de aceptar ofertas excepcionalmente baixas de empresas cuxos países de orixe non son signatarios do Acordo de Contratación Pública (ACP), en prexuízo de empresas da Unión Europea e das normas laborais, sociais e ambientais dos Estados membros da Unión⁵.

Neste contexto, a aproximación ao alcance concreto desta reforma comunitaria obriga a unhas precisións previas que, malia seren coñecidas, merecen un comentario. A primeira, que o obxectivo principal desta normativa comunitaria é garantir a eficiencia dos fondos públicos. Para tal fin, a obriga de transparencia é un instrumento principal que debe garantir, en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade axeitada que permita abrir á competencia o mercado de servizos e controlar a imparcialidade dos procedementos de adjudicación (STXUE do 7 de decembro de 2000, ARGE). Este principio atopa a súa principal manifestación práctica, en primeiro lugar, a través dunha axeitada publicidade dos contratos adjudicables no *Diario Oficial da Unión Europea* (DOUE) das distintas ofertas de contratos públicos, presentando esta unha dobre faceta: a) como mecanismo de fiscalización da Administración, a publicidade constitúe unha magnífica axuda para o xogo limpo na vida administrativa e unha oportunidade de control á disposición dos administradores e

innovadores, ofrecéndolles ademais ás autoridades adjudicadoras uns procedementos máis sinxelos e flexibles e que garantan un acceso máis doado ás empresas, particularmente ás pemes.

- 5 Con data do 23 de marzo de 2013, a Comisión Europea presentou a proposta para a decisión do Consello relativa á conclusión formal do Protocolo que modifica o Acordo sobre Contratación Pública (ACP), o único acordo legalmente vinculante na OMC referido á contratación pública. Por outro lado, en relación coa modernización da política de contratación pública da UE, apoia a petición de que se clasifiquen por prioridades as cuestións tratadas no Libro Verde e, neste sentido, pídelles á Comisión que examine en primeiro lugar as cuestións da simplificación das normas, o acceso equilibrado aos mercados do sector público e a mellora do acceso das pemes, e que emprenda como un segundo paso a revisión da contratación pública e as concesións, co fin de obter a necesaria e completa participación, non só do Parlamento Europeo e os Estados membros, senón tamén dos cidadáns e das empresas. O 7 de marzo de 2014 publicouse no DOUE o Protocolo polo que se modifica o Acordo sobre Contratación Pública, feito en Marrakech o 15 de abril de 1994. En concreto, substitúe o preámbulo, os artigos I a XXIV e os apéndices do Acordo de 1994 polas disposicións establecidas no seu anexo.

dos candidatos contractuais; b) como medio de promoción da concorrència entre os axentes económicos implicados. Publicidade que debe xerar competencia ou concorrència empresarial, como lembra a STXUE do 15 de outubro de 2009 (Acoset), ao afirmar que os principios de igualdade de trato e de non discriminación por razón da nacionalidade implican en particular unha obriga de transparencia que permite que a autoridade pública concedente se asegure de que tales principios son respectados. A obriga de transparencia que recae sobre a dita autoridade consiste en garantir, en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade axeitada que permita abrir á competencia a concesión de servizos e controlar a imparcialidade dos procedementos de adxudicación (véxase en particular a STXUE do 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21). Ao respecto, é *leading case* a doutrina fixada pola STXUE do 16 de setembro de 2013 (Comisión contra o Reino de España), aplicable con carácter xeral a calquera procedemento de licitación pública:

«66 O principio de igualdade de trato entre licitadores, que non é máis que unha expresión específica do principio de igualdade de trato (véxase, neste sentido, a Sentenza do Tribunal de Xustiza do 13 de outubro de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 e 48, e a xurisprudencia alí citada; Sentenza do Tribunal Xeral do 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, non publicada na recompilación, apartado 72), e que pretende favorecer o desenvolvemento dunha competencia sa e efectiva entre as empresas que participan nunha licitación, impón que todos os licitadores dispoñan das mesmas oportunidades ao formularen os termos das súas ofertas, e implica, polo tanto, que estas estean sometidas ás mesmas condicións para todos os competidores (Sentenza do Tribunal de Xustiza do 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). Deste xeito, a entidade adxudicadora está obrigada a respectar, en cada fase do procedemento de licitación, o principio de igualdade de trato dos licitadores (Sentenza do Tribunal Xeral do 17 de decembro de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), e estes deben atoparse en igualdade de condicións tanto no momento en que preparan as súas ofertas como no momento en que estas se someten á avaliación da entidade adxudicadora (véxanse, neste sentido, as sentenzas do Tribunal de Xustiza do 16 de decembro de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, e do 17 de febreiro de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, non publicada na recompilación, apartado 39, e a xurisprudencia alí citada).

67 Por outra parte, o principio de igualdade de trato implica, en particular, unha obriga de transparencia para permitirlle á entidade adxudicadora garantir o seu respecto (véxanse as sentenzas Lombardini e Mantovani, citada no apartado 64 supra, apartado 38, e Comisión/Chipre, citada no apartado 66 supra, apartado 38, e a xurisprudencia alí citada). O principio de transparencia, que constitúe o corolario do principio de igualdade de trato, ten esencialmente por obxecto garantir que non exista risco de favoritismo e arbitrariedade por parte da entidade adxudicadora (sentenzas Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111) e controlar a imparcialidade dos procedementos de adxudicación (véxase a Sentenza Parking Brixen, citada no apartado 66 supra, apartado 49, e a xurisprudencia alí citada). Implica que todas as condicións e modalidades do procedemento de licitación estean formuladas de forma clara, precisa e inequívoca no anuncio de licitación ou no prego de condicións, co fin de que, por unha parte, todos os licitadores razoablemente informados e normalmente dilixentes poidan comprender o seu alcance exacto e interpretalos da mesma forma, e, por outra parte, a entidade adxudicadora poida comprobar que efectivamente as ofertas presentadas polos licitadores responden aos criterios aplicables ao contrato de que

se trata (Sentenza Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111). Por último, os principios de igualdade de trato e de transparencia constitúen a base das directivas referentes aos procedementos de adxudicación de contratos públicos. No deber que atinxe ás entidades adxudicadoras de garantir a observancia dos ditos principios reside a propia esencia destas directivas (véxase a Sentenza Michaniki, citada no apartado 66 supra, apartado 45, e a xurisprudencia alí citada)».

De aí a necesidade de evitar que mediante fraccionamento –que “alteran” o nivel de publicidade– se eludan os principios de publicidade e concorrencia⁶. E o mesmo cunha inadecuada tipificación da prestación, o que aconsella a extensión da aplicación dos códigos CPV⁷.

Non é cuestión de estenderse, pero convén insistir na “forza” destes principios comunitarios, que mudaron a práctica nacional da contratación pública e que teñen o seu fundamento nos tratados, como ben recorda o considerando primeiro da Directiva 24/2014.

Explicouno moi ben o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, na súa resolución 121/2012, do 23 de maio, na que literalmente di:

“Como xa se expuxo en anteriores resolucións deste tribunal, o interese xeral ou interese público foi durante décadas o principal elemento conformador dos principios que inspiraban a lexislación da contratación pública española. Non obstante, a influencia do dereito da Unión Europea produciu un cambio radical nesta circunstancia, pasando a situar como centro arredor do cal gravitan os principios que inspiran a dita lexislación os de libre concorrencia, non discriminación e transparencia”.

A segunda, que a contratación pública non pode ser considerada como un fin en si mesmo, senón que debe ser visualizada como unha potestade ou ferramenta xurídica ao servizo dos poderes públicos para o cumprimento efectivo dos seus fins ou as súas políticas públicas. É dicir, a contratación pode –e debe, diría– ser unha técnica que permitise conseguir obxectivos sociais, ambientais ou de investigación, na convicción de que estes comportan unha axeitada comprensión de como deben canalizarse os fondos públicos⁸.

Isto significa que, como se apuntou en anteriores traballos, os contratos públicos non constitúen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas ou de servizos nas condicións máis vantaxosas para o Estado, senón que, na actualidade, a través da contratación pública, os poderes públicos realizan unha política de intervención na vida económica, social e política do país, o que converte a contratación pública nun ámbito de actividade a través do cal poder orientar determinados comportamentos dos axentes económicos intervinientes: os que queiran acceder aos contratos públicos deberán cumprir necesariamente coas exigencias que determinen as entidades adxudicadoras⁹. Esta visión instrumental da contratación pública

6 Remítome á miña opinión en www.obcp.es de marzo de 2012: “Unidad de mercado y contratación pública: redefiniendo los perfiles de contratante”. Por outra parte, como lembra a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado no seu Informe 1/2009, do 25 de setembro, existe fraccionamento, aínda que se trate de varios obxectos independentes, se entre eles existe a necesaria unidade funcional ou operativa.

7 Por todos, RUIZ DE CASTAÑEDA, A. “La nomenclatura CPV en la contratación”, Ballesteros Arribas, S., Castela Rodríguez, J., Corral García, E., e Castro Abella, F. (coords.), *Administración Local. Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 203 e ss.

8 Remítome ao meu traballo “Compra pública estratéxica”, Pernas García, J. (coord.), *Contratación pública estratéxica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 45-80.

9 GIMENO FELIÚ, J. M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 15-21, e “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de*

condúcenos, como ben indica T. MEDINA, a falar da utilización da contratación pública co fin de orientar e afianzar comportamentos empresariais beneficiosos para o interese xeral sen que, necesariamente, estean conectados coa directa satisfacción funcional do contrato¹⁰. Así o declarou, por exemplo, o Acordo 80/2016 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, ao declarar que “... como criterio de adxudicación, non quebran as regras expostas, pois existe unha vinculación coa mellor calidade na prestación do servizo e non se distorsiona indebidamente a competencia ao asignar soamente unha puntuación de cinco puntos. É máis, garántese unha mellor eficiencia social que preserva as exixencias constitucionais de políticas sociais activas”.

A perspectiva instrumental da contratación pública aconsella que na fase de selección se exixa e valore o cumprimento da lexislación comunitaria de medio ambiente e de política social¹¹, pois o contrario supón abandonar unha ferramenta de consolidación de políticas públicas de grande alcance e fertilizar o campo a unha posible deslocalización do tecido empresarial cara a lexislacións que non recollen as devanditas políticas, xa que, obviamente, se traducen en custos económicos que resultarían dificilmente rendibles¹². Nesta cómpre lembrar que criterios relacionados coa protección do medio ambiente (ecoetiquetas, produtos reciclables, sistemas de depuración de verteduras, etc.) son admitidos como válidos pola Comunicación da Comisión do 28 de novembro de 2001. E iso porque gardan relación coa política ambiental prevista no artigo 2 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea e no artigo 45 da nosa Constitución. Moi especialmente –dentro do marco que posibilitan os acordos GATT– debe regularse un sistema que evite a deslocalización empresarial e que non penalice as empresas europeas nin as pemes. Outro tanto sucede cos criterios que integren aspectos sociais, admitidos cando estes comporten para o poder adxudicador unha vantaxe económica ligada ao produto ou servizo obxecto do contrato (Comunicación interpretativa da Comisión do 10 de novembro de 2001, e acordos 72 e 73/2016 do Tribunal de Contratos

Derecho, n.º 9, 2010, pp. 50-55. Tamén ORDOÑEZ SOLÍS, D., *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 162-182; MORENO MOLINA, J. A., “Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 83, 2009, pp. 37 e ss., e ORTEGA ÁLVAREZ, L., “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, *Revista Electrónica CEMCI*, n.º 3, 2009. Igualmente, nesta liña, pode citarse a: MELERO ALONSO, E., “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 1, 1999 (artigo asinado xunto a ESPÍN SÁEZ, M.); BLÁZQUEZ ROMÁN, J. A., e RAMÍREZ HORTELANO, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 42, 2005, p. 39; BERNAL BLAY, M. A., “El desarrollo de las políticas activas de empleo a través de los contratos públicos”, Pernás, J. (coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 163-166, e GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública”, *Revista Española Derecho Europeo*, n.º 56, 2015, pp. 13-42. Así o entendeu tamén a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón nos seus informes 17/2008, do 21 de xullo, e 1/2015, do 27 de marzo. E é que, como ben advertira MESTRE DELGADO, J., se constata na regulación da contratación pública a existencia dun interese público por empregar mecanismos de reforzo –ou fomento– para forzar os empresarios ao cumprimento de previsións –non necesariamente previstas co carácter de imposicións coactivas– previstas en normativas sectoriais, “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 291, 2003, p. 707.

10 MEDINA ARNAIZ, T., “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94.

11 Unha posición contraria á valoración na contratación de criterios relativos a outras políticas da Unión Europea –como cláusulas sociais ou ambientais– é sostida por ARROWSMITH, S., “The E. C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach”, *European Law Review*, vol. 21, n.º 1, 2002, pp. 11-13.

12 Como destaca VARA ARRIBAS, G., é posible unha contratación pública sustentable que combine axeitadamente criterios económicos con criterios sociais e ambientais. “Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Comunitario*, n.º 26, 2008, p. 128.

Públicos de Aragón e Resolución 16/2016, do Tribunal de Contratación Pública de Madrid)¹³, o que reflicte a idea de que a contratación pública é unha ferramenta para a efectividade das políticas públicas¹⁴.

Por outra banda, a contratación pública debe ser regulada desde a óptica da consecución efectiva e eficiente da prestación demandada. Isto exige atender con especial interese a fase de execución do contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva do fin derivado da prestación concreta que se demanda. Aquí radica o cumprimento dos fins públicos que debe prestar a Administración pública. Por iso, a normativa dos contratos debe ter unha “visión completa” de todas as fases do contrato (e as novas directivas fixan agora a súa atención nesta cuestión, regulando a modificación do contrato, a subcontratación ou a resolución).

O anteriormente exposto explica por que a reforma da lexislación sobre contratación pública constitúe unha das doce accións prioritarias inscritas na Acta do Mercado Único, adoptada en abril de 2011 (IP/11/469)¹⁵. En efecto, para todos os Estados membros, a eficacia do sistema público de pedidos pasou a ser unha prioridade, tendo en conta as limitacións orzamentarias actuais. Así pois, cómpre dispor de instrumentos flexibles e de uso sinxelo que lles permitan aos poderes públicos e aos seus provedores adjudicar contratos transparentes e competitivos o máis doadamente posible, para poder comprar coa mellor relación calidade/prezo (*value for money*)¹⁶.

13 Nun caso que a Comisión tivo que examinar, o poder adjudicador baseouse principalmente nos elementos seguintes para adjudicar un contrato á empresa local de transporte: a implantación da empresa na localidade tiña, por unha parte, repercusións fiscais e supuña, por outra, a creación de postos de traballo estables; ademais, a adquisición nese mesmo lugar dun importante volume de material e servizos por parte do provedor garantía unha serie de empregos locais. A Comisión considerou que os poderes adjudicadores non podían basearse neste tipo de criterios para avaliar as ofertas, dado que non permitían valorar unha vantaxe económica propia da prestación obxecto do contrato e que beneficiase o poder adjudicador. Esta primeira obxección viña motivada pola violación das normas sobre adjudicación contidas no artigo 36.1 da Directiva 92/50/CEE. Así mesmo, estes elementos levaran a discriminar os demais licitadores, xa que, ao comparar as ofertas, se lle deu preferencia ao único provedor establecido na localidade considerada. En consecuencia, infrinxírase o principio xeral de non discriminación entre provedores de servizos enunciado no artigo 3 da Directiva 92/50/CEE. A favor desta posibilidade tamén se posicionara en España o Consello de Estado no seu Ditame 4464/98, do 22 de decembro. Na doutrina, sen ánimo exhaustivo, poden citarse os seguintes traballos: BERNAL BLAY, M. A., “Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”, Gimeno Feliú, J. M. (ed.), *El Derecho de los contratos del sector público*, Monográficos de la Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º X, Zaragoza, 2008; MORENO MOLINA, J. A., e PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de contratos del sector público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 516 e ss.; VÉRNIA TRILLO, S., “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 20, 2002, pp. 429-454; MESTRE DELGADO, J. F., “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, cit., pp. 705-730; GOSÁLBEZ PEQUENO, H., “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, n.º 20, 2003, pp. 27-67; LÓPEZ TOLEDO, P., “Contratación pública y medio ambiente”, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 33, 2004, pp. 25 e ss.; MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L., “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 e ss.; GIMENO FELIÚ, J. M., “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 e ss.; VILLALBA PÉREZ, F., “La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de contratos del sector público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 74, 2009, pp. 49 e ss.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico”, *Instituto Andaluz de Administración Pública*, Sevilla, 2009; VÉLEZ TORO, J. A., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local”, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 10, 2002, pp. 32 e ss.; BLÁZQUEZ ROMÁN, J. A., e RAMÍREZ HORTELANO, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, cit., pp. 39 e ss.; GONZÁLEZ ALONSO, A., “La contratación pública ecológica”, *Justicia Administrativa*, n.º 47, 2010, pp. 31 e ss.; e MEDINA ARNAIZ, T., “Social Considerations in Spanish Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review*, vol. 20, n.º 2, 2011, pp. 56-79.

14 Vide MEDINA ARNAIZ, T., “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, cit., pp. 43-104.

15 Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións: *Cara a unha Acta do Mercado Único: Por unha economía social de mercado altamente competitiva*, do 27 de outubro de 2010, COM(2010) 608.

16 Baixo este concepto ponse de relevo a necesidade de que os bens que se adquiren a través dos contratos públicos sexan os adecuados para cubrir as necesidades públicas, pero tamén que o contratista estea capacitado para cumprir as condicións do contrato nos termos previstos. Vide, por todos, ARROWSMITH, S., LINARELLI, J., e WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, pp. 28-30.

Para iniciar o trámite da reforma, a Comisión publicou en xaneiro de 2011 un *Libro Verde sobre a modernización da política de contratación pública da UE*, co que puxo en marcha unha ampla consulta pública sobre os cambios lexislativos que poderían introducirse para facilitar e flexibilizar a adxudicación dos contratos. A consulta pública finalizou en abril de 2011, recibindo en total 623 respostas, procedentes dunha gran variedade de grupos de partes interesadas, como gobernos, empresas, asociacións industriais, personalidades do mundo académico, organizacións da sociedade civil (incluídos os sindicatos) e cidadáns particulares¹⁷.

Posteriormente, o Parlamento Europeo dita a Resolución do 25 de outubro de 2011, sobre a modernización da contratación pública [2011/2048 (INI)], mediante a que lle solicita á Comisión que:

a) Aclare o marco regulamentario relativo á contratación pública, en particular con respecto á fase de execución dos contratos (por exemplo, en relación coas «modificacións substanciais» dun contrato durante o seu período de vixencia, os cambios relacionados co contratista e a terminación dos contratos);

b) Lamenta que os licitadores contén unicamente con posibilidades limitadas de rectificar omisións nas súas ofertas; pídelles por iso á Comisión que dea detalles sobre que omisións poderían rectificar os licitadores, que axustes adicionais están permitidos e como garantir a transparencia e a igualdade de trato;

c) Pídelles á Comisión que aumente a sensibilización sobre a importancia de dividir os contratos en lotes, e que considere a aplicación do principio «cumprir ou explicar», que implica que as normas relativas a cuestións como a división en lotes deben respectarse ou, en caso de que non se respecten, explicarse;

d) Sinala que a loita contra a corrupción e o favoritismo é un dos obxectivos das directivas; subliña o feito de que os Estados membros afrontan diferentes retos neste aspecto e que cun enfoque europeo máis elaborado se corre o risco de debilitar os esforzos para racionalizar e simplificar as normas e de crear máis burocracia; sinala que os principios de transparencia e competencia son claves para loitar contra a corrupción; solicita un enfoque común sobre as medidas de «autocorrección» co fin de evitar a distorsión do mercado e asegurarlles certeza xurídica tanto aos operadores económicos como ás autoridades contratantes.

Tras os traballos previos de consultas e redacción do articulado, o DOUE do 5 de abril de 2012 publicaba os proxectos de novas directivas e iniciaba a súa tramitación¹⁸:

- Proposta de Directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais COM (2011) 895 final.

17 O maior número de respostas procedeu do Reino Unido, Alemaña e Francia. No libro *Observatorio de los contratos públicos 2010* (Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 459-516) recóllense as contribucións presentadas polo grupo de investigación español composto por Gimeno, J. M.; Moreno, J. A.; Gallego, I.; Bernal, M. A., e Medina, T.

18 De interese é o Dítame do Comité Económico e Social europeo sobre a «proposta de directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais», a «proposta de directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á contratación pública», e a «proposta de directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á adxudicación de contratos de concesión» (DOUE C 191, do 29 de xuño de 2012), e o Dítame do Comité das Rexións - Paquete en materia de contratación pública (2012/C 391/09), publicado no DOUE do 18 de decembro de 2012.

- Proposta de directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á contratación pública [Bruxelas, 20.12.2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD)].

- Proposta de directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á adxudicación de contratos de concesión [Bruxelas, 20.12.2011, COM (2011) 897 final 2011/0437 (COD)].

Tras o debate parlamentario, adoptáronse novos textos con importantes novidades, establecendo un prazo de transposición de dous anos. Son as directivas 23, 24 e 25 de 2014, do 26 de febreiro, respectivamente. Son as directivas “de cuarta xeración”, que veñen superar a lóxica “harmonizadora” das súas predecesoras e optan, como sinala G. A. BENACCHIO, por prescindir do establecemento de regras excesivamente ríxidas e invasivas en favor da promoción dos obxectivos de simplificación e eficiencia¹⁹. Son textos, polo demais, de maior “densidade” que as súas predecesoras e séguense observando parecidas deficiencias técnicas que complican a correcta adaptación das súas regras ás normas nacionais²⁰. Pero a pesar de todo, na miña opinión, supoñen un importante avance, pois deben permitir reformular o modelo teórico e práctico da lexislación de contratación²¹.

Pero, ademais, non pode descoñecerse a existencia dun dereito pretoriano que vertebra o sistema²². Nunha materia tan sensible e á vez tan cambiante, existe unha importante “fonte de dereito”, xa que a xurisprudencia do TXUE da Unión Europea conformou un sólido e coherente dereito pretoriano que serve de fonte interpretativa e que limita aquelas opcións que poidan contravir as regras da Unión Europea. De feito, son, na práctica, unha especie de codificación que dota de coherencia e seguridade xurídica o sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica nos ordenamentos nacionais). Así, os conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidade coa doutrina fixada polo TXUE²³, doutrina que debe ser coñecida e respectada polos distintos intérpretes ou aplicadores das regras da contratación pública, o que limita interpretacións ou prácticas nacionais que pretendan unha visión “local” das normas de contratos públicos²⁴. Existe, en consecuencia, unha “harmonización” a escala de doutrina TXUE que impide que se lamen os principios da contratación pública

19 Vide “Verso le Direttive di quarta generazione”, Benacchi, G. A., e Cozzio, M. (coord.), *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, 2012, p. 8.

20 Especialmente crítico, tamén co dereito da Unión Europea, se manifesta SANTAMARÍA PASTOR, J., “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 159, 2013, p. 35.

21 Remítome á miña monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, cit.

22 Vide GIMENO FELIÚ, J. M., “La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 172, 2015, pp. 81-122. Tamén GALLEGO CORCOLES, I., “Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, Almeida, M., e Martín, I. (dir.), *La nueva contratación pública. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 e 14 de novembro de 2014), pp. 111-116. En relación co impacto da xurisprudencia no proceso de creación das regras sobre contratación pública, vide COZZIO, M., “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013, pp. 89-116.

23 Vide CHINCHILLA MARÍN, C., “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las directivas”, Sánchez Morón, M. (dir.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79; e SÁNCHEZ MORÓN, M., “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, Sánchez Morón, M. (dir.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102.

24 Para coñecer como se realizou a transposición da normativa de contratación pública nos distintos Estados membros, é de especial interese a excelente monografía anteriormente citada, dirixida por SÁNCHEZ MORÓN, M., *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, cit.

e que exige unha interpretación funcional (e non formal)²⁵. Isto explica por que os órganos de control nacionais, en calidade de “xuíces comunitarios”, aplican esta doutrina²⁶.

2 A transposición das directivas europeas de contratación en España. Un proceso inacabado

O Consello de Ministros do 17 de abril de 2015 aprobou o Informe sobre os anteproxectos de modificación da lexislación de contratos públicos en España²⁷. O comunicado oficial informa de que con esta norma se pretende incorporar á lexislación española o paquete de directivas comunitarias de contratación pública e ten como obxectivos primordiais mellorar a transparencia e a competencia na contratación, así como axilizar os procedementos fomentando a utilización de medios telemáticos²⁸.

25 Como explica moi ben CHINCHILLA MARÍN, C. (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, cit., pp. 38-39), a interpretación do dereito comunitario dos contratos públicos debe respectar tres regras: a) débese realizar desde a lóxica do dereito comunitario e non desde os dereitos nacionais, b) a interpretación debe ter un alcance funcional/finalista e c) debe practicarse unha interpretación ampla do dereito comunitario cando se pretende determinar, en clave positiva, o ámbito de aplicación desta normativa e, pola contra, estrita, se se trata de “excluir” a súa aplicación.

26 Esta xurisprudencia é parámetro interpretativo dos dereitos nacionais, pero a súa influencia esténdese tamén ao corpo normativo. Destácao ben SÁNCHEZ MORÓN, M., “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, cit., p. 82.

27 O Estado español iniciou os trámites de transposición antes da aprobación definitiva das directivas, mediante a creación dun grupo de expertos (GELEC) que se constitúe en xaneiro de 2014, con dirección do director xeral de Patrimonio. Este grupo, tras un ano de traballo, presentou un primeiro documento definitivo en xaneiro de 2015, iniciándose a tramitación formal para a súa presentación como proxecto de lei.

28 Mediante disposición adicional, determínase o criterio de atribución competencial. Da lectura deste precepto –á marxe de que sexa constitucionalmente discutible o sistema de lista para determinar o básico en favor do Estado (a Lei 31/2007, do 30 de outubro, non segue polo demais este modelo)– puidese desprenderse a opinión da escasa marxe de manobra competencial das Comunidades Autónomas, visión de ningún xeito correcta, xa que esta Disposición TRLCSP exige unha interpretación desde a perspectiva dos marcos estatutarios vixentes (e non á inversa, xa que o Estatuto ten unha indiscutible función constitucional). O núcleo duro das normas que merecen o cualificativo do básico da contratación pública son as disposicións xerais, os elementos estruturais e os procedementos de selección e adjudicación de contratos (materias que, por certo, teñen directo fundamento comunitario). Tamén serán básicas as normas que regulan o réxime xurídico dos contratos cualificados como administrativos. Así, pola contra, non terán carácter de básico de ningún xeito as cuestións de organización administrativa e de xestión contractual (incluíndo as relativas á preparación do contrato ligadas a estas). Certamente, a partir da competencia estatal exclusiva sobre a lexislación básica de contratos, recoñéceselles ás Comunidades Autónomas a de ditar normas de desenvolvemento no espazo definido por aquelas (STC 68/1988, do 19 de abril) e a súa execución. Convén abordar o alcance desta competencia exclusiva do Estado sobre contratación e concesións administrativas. SANTAMARÍA, J. (*Comentarios a la Ley orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra*, MAP, Madrid, 1992, pp. 521-522) sinalou a heteroxeneidade do concepto de contratos administrativos, que inclúe materias con títulos competenciais diferentes. Os aspectos organizativos da contratación e clasificación dos contratistas corresponderían á competencia de organización administrativa. A regulación dos contratos de entes instrumentais privados é competencia referida á organización do sector público. Os aspectos procedementais respecto á elaboración de proxectos, selección de contratistas e recepción de obras terían como título competencial o dos procedementos administrativos. Só as normas substantivas contractuais para as Administracións públicas, como as relativas á capacidade para contratar, o prezo e a formalización e execución do contrato, estarían amparadas no apartado de contratos e concesións administrativas a que se refire o artigo 149.1.18 CE. O Tribunal Constitucional asimila o contido básico aos principios e garantías comunitarios, que implica para a Comunidade Autónoma o deber de adecuar a súa competencia a estes, ao traspor a normativa, fágao ou non o Estado por medio de leis de bases. Sobre todo, se temos en conta que as directivas son normas de resultado, como se desprende do seu propio contido e alcance normativo, fundamentadas nuns principios que, pola súa banda, debe asumir a lexislación básica estatal. Polo tanto, para os efectos do exercicio da competencia propia da Comunidade de Autónoma, a súa referencia substancial son os principios e obxectivos do dereito comunitario, que son, á súa vez, os principios da lexislación básica estatal.

Nada cuestiona esta interpretación a recente STC 56/2014, do 10 de abril, que resolve unha cuestión de inconstitucionalidade e que contén doutrina en materia de repartición de competencias entre Estado e CC. AA. sobre contratos administrativos, á vez que declara a nulidade da lei cántabra que exceptúa a prohibición de pagamento aprazado. Nesta sentenza afirmase que “no que concerne á repartición competencial entre o Estado e as Comunidades Autónomas, a materia «contratos administrativos» aparece diferenciada no artigo 149.1.18 CE, aínda que forme parte do amplo feixe de competencias recollidas no mesmo precepto constitucional, que teñen diverso alcance e natureza, e cuxa heteroxeneidade impide un tratamento unívoco (STC 61/1997, do 20 de marzo, FX 11). Rexida así a lexislación sobre contratos administrativos por un título competencial específico, esta circunstancia por sí soa impide aceptar a operación de subsunción noutros ámbitos competenciais que propón o Goberno de Cantabria. Segundo a doutrina deste Tribunal, recapitulada na STC 120/2012, do 4 de xuño, FX 5: «desde un principio, vimos mantendo que en materia de delimitación de competencias a regra de máis amplo alcance debe ceder ante a regra máis especial [SSTC 71/1982, do 30 de novembro, FX 6; 87/1985, do 16 de xullo, FX 8; 87/1989, do 11 de maio, FX 3 a); e 193/1998, do 1 de outubro, FX 1.]. Ou, o que é o mesmo, que o título específico ha de prevalecer sobre o xenérico [SSTC 48/1988, do 22 de marzo, FX 2; 49/1988, do 22 de marzo, FX

2.1 Principais contidos do novo texto da Lei de contratos do sector público

Cos textos preparados –agora anteproxecto²⁹– intentouse unha correcta transposición das directivas 23, 24 e 25 de 2014. No que debe ser a nova Lei de contratos do sector público, son 340 artigos e 35 disposicións adicionais. É certo que pode parecer un texto “continuista”

11; e 80/1988, do 28 de abril, FX 3), sen prexuízo de que igualmente afirmáramos que a este criterio non se lle pode atribuír un valor absoluto (STC 213/1988, do 11 de novembro, FX 3)”. Existe, pois, unha competencia compartida que exige o axeitado “equilibrio” de regulacións (serve de referencia a STC do 30 de abril de 2015, no recurso de inconstitucionalidade núm. 1884-2013, relativo á posibilidade de que o *Servizo Madrileño de Saúde poida adxudicar contratos para a xestión do servizo público de asistencia sanitaria especializada nos seis hospitais que se citan no precepto legal*). Igualmente, a STC 37/2015, do 19 de novembro de 2015, que declara inconstitucionais certos trámites formais da Lei 3/2011, de medidas de contratos públicos de Aragón, deixou clara a competencia autonómica nesta materia.

Iso non debe desincentivar o desenvolvemento competencial, pois a opción de non regular converte en exclusiva de facto a competencia do Estado, o que supón negar, en si mesmo, as propias capacidades da Comunidade Autónoma.

E, recollida a competencia nos estatutos, a Comunidade poderá legislar sobre contratación pública respectando, claro, o básico (*vide* SAN-MARTÍN MORA, A., “Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias”, *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*, Zaragoza, 2010, pp. 405-428; e GIMENO FELIÚ, J. M., “La Ley 3/2011, de medidas de contratos del sector público. Alcance de su contenido y valoración de sus propuestas”, *Actas XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Xustiza de Aragón, 2015, pp. 7-29), opción seguida, por exemplo, pola Comunidade Foral de Navarra mediante a Lei 6/2006, do 9 de xuño (a xustificación deste ámbito competencial pode verse no traballo de CRUZ ALLI ARANGUREN, J., “La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos”, *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Colección Pro Libertate, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2007, pp. 45-120).

29 O Consello de Ministros do 17 de abril de 2015 aprobou o Informe sobre os anteproxectos de modificación da lexislación de contratos públicos en España. O comunicado oficial é o seguinte: Informe sobre os anteproxectos de nova normativa para a contratación pública:

“Incorpórase á lexislación española o paquete de directivas comunitarias de contratación pública e ten como obxectivos primordiais mellorar a transparencia e a competencia na contratación, así como axilizar os procedementos fomentando a utilización de medios telemáticos.

O Consello de Ministros recibiu dous informes do ministro de Facenda e Administracións Públicas sobre os anteproxectos de lei de contratos do sector público e de contratos nos sectores específicos da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais. Os anteproxectos someteranse a diversos trámites e informes preceptivos antes da súa remisión polo Consello de Ministros ás Cortes Xerais.

Estes dous anteproxectos incorporan á lexislación española as tres directivas comunitarias sobre contratación pública que foron publicadas o mes de marzo de 2014, e algunhas das súas principais novidades son as seguintes:

- Introdúcese un novo procedemento de adxudicación denominado de “asociación para a innovación”, para aqueles casos en que resulte necesario realizar actividades de I+D en obras, servizos e produtos, para a súa posterior adquisición pola Administración. Os candidatos seleccionados realizarían as actividades de I+D requiridas e adxudicáraselle finalmente o contrato ao que ofrezca a mellor relación calidade-prezo.

- Ampliáse o ámbito subxectivo da lei que, en determinadas circunstancias e supostos, se aplicará a partidos políticos, organizacións sindicais e organizacións empresariais, cando o seu financiamento sexa maioritariamente público.

- Apóstase decididamente pola utilización de medios electrónicos, informáticos e telemáticos nos procedementos considerados na lei.

- Co obxectivo de reducir as cargas administrativas, xeneralízase o uso das chamadas «declaracións responsables», en que o empresario simplemente manifesta que cumpre os requisitos para acceder á licitación, sen necesidade de presentar documentación xustificativa ata o momento en que resulte adxudicatario do contrato.

- Para conseguir unha maior transparencia, restrínxese notablemente o denominado «procedemento negociado» (que non ten publicidade), eliminando o motivo da pequena contía do contrato dentro dos supostos que hoxe en día permiten a súa utilización. Non obstante, para non perder as vantaxes de axilidade que ten este procedemento, créase un novo, o procedemento aberto simplificado, en que a duración do proceso de contratación será moi breve (ao redor dun mes), pero que será totalmente transparente, con publicación obrigatoria en Internet.

- Foméntase e impúlsase a competencia a través de diversos mecanismos, tales como:

A introdución dun incentivo para que os contratos se dividan en lotes. Ata este momento, a normativa vixente exige que se motive e xustifique a existencia de diversos lotes nun contrato. A partir da nova lei, o principio será xustamente o contrario e deberase xustificar como excepcional o feito de que non existan lotes. Esta división en lotes favorece especialmente o acceso das pemes aos contratos públicos.

A restrición na utilización dos chamados «medios propios» (entidades creadas por unha Administración ou poder adxudicador para a realización de determinadas actividades sen someterse a un procedemento de contratación). Na nova lei aumentan as exigencias para garantir que a utilización destes medios propios está suficientemente xustificada e non é un modo de eludir a publicidade e concorrencia características da contratación pública.

- Incorpórase unha nova regulación, máis equilibrada, da regulación da responsabilidade patrimonial aplicable ás concesións. Na normativa actual, se hai unha resolución da concesión, sexa cal sexa a súa causa, a Administración debe aboarlle ao concesionario os investimentos que realizou. Coa nova normativa, se a resolución se produce por unha causa imputable ao contratista, como acontece nos casos de insolvencia ou concurso de acredores, a indemnización determínase polo valor de mercado da concesión. Este novo réxime incentivará que se produza un cálculo rigoroso dos investimentos necesarios en concesión e unha mellor xestión, dado que o concesionario, se a resolución lle é imputable, xa non terá garantida a recuperación do investimento.

- Para mellorar a gobernanza nesta materia, créase no seo da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado un Comité de Cooperación, no que participarán Comunidades Autónomas e entidades locais, que será un órgano de encontro, cooperación e unificación de criterio, así como de recompilación de información para elaborar o informe de supervisión que debe remitirse cada tres anos á Comisión Europea”.

Regap



ESTUDIOS

ou, en palabras de S. DEL SAZ en relación coa lei de 2007, “un mesmo traxe con distintas raias”³⁰. Non obstante, existen notables diferenzas que fan que este texto poida impulsar unha diferente “xestión práctica” da contratación pública. Intentarei, aínda de forma sucinta, dar conta das principais novidades que se incorporaron ao actual anteproxecto³¹:

a) Con relación á sistemática formal, decídese, como premisa previa, non facer unha lei *ex novo*, senón “partir da” estrutura TRLCSP de 2011. Existirán así dúas leis: a lei de contratos do sector público e a lei de contratación en sectores especiais, que virán substituír o TRLCSP e a Lei 31/2007, de contratación en sectores especiais. O articulado desta lei estruturouse nun título preliminar dedicado a recoller as disposicións xerais nesta materia e catro libros sucesivos, relativos á configuración xeral da contratación do sector público e os elementos estruturais dos contratos (libro I), a preparación dos contratos administrativos, a selección do contratista e a adxudicación destes contratos, así como os efectos, cumprimento e extinción destes contratos (libro II), os contratos doutros entes do sector público (libro III), e, por último, a organización administrativa para a xestión da contratación (libro IV). Unha das principais novidades é que se adopta unha uniformización do réxime xurídico na licitación, con independencia da natureza pública ou privada do poder adxudicador. Hai tamén novidades en simplificación que levan consigo descarga burocrática e maior axilidade en tramitación/adxudicación. Introdúcese a mención ao CPV co obxectivo de favorecer unha mellor tipificación contractual e unha maior transparencia.

b) Consérvase a redacción dos artigos 1 e 2, coa introdución do principio de integridade. É un sinal de que a lei pretende combater a problemática da corrupción. E non é unha mera cuestión formal, pois ademais do efecto didáctico da súa inclusión, refórzase a idea de que a integridade (a honradez) non é un simple principio ético, senón que ten efectos xurídicos³².

c) Dáse nova redacción ao artigo 3 para aclarar o concepto de poder adxudicador: o parágrafo 1 mantense para definir qué é sector público. O parágrafo 2 indica quen é o poder adxudicador, e utilízase o sistema de lista. No parágrafo 3 indícase quen é Administración pública. Suprímese a mención a que as entidades públicas empresariais non se comportan como Administración pública e acórdase que só as entidades de dereito público que sexan efectivamente de mercado serán non Administración pública para efectos desta lei. Unha novidade importante –en relación co que xa expuxemos– é que se inclúen partidos políticos e sindicatos e organizacións empresariais se hai financiamento público maioritario, sen dúbida un cambio de evidente interese, máxime no actual contexto de falta de transparencia da xestión política que cuestiona a propia lexitimidade das institucións administrativas³³.

30 DEL SAZ, S., “La nueva Ley de contratos del sector público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?”, *Revista de Administración Pública*, n.º 174, 2007.

31 Remítome ao meu traballo “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho «pretoriano». Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, no libro *Observatorio de los contratos públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 19-60.

32 Vide GIMENO FELIÚ, J. M., “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, *Las Directivas de Contratación Pública, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105.

33 Axústanse, igualmente, certas previsións relativas á Administración local, tanto en materia de organización, contías de contrato menor en función de poboación e de elementos de control. Sobre a incidencia da Directiva 2014/24 na Administración local, resulta de especial interese o traballo de BERNAL BLAY, M. A., “La contratación de las Entidades Locales en el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública”, *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, n.º 2, nova época, 2014.

d) En negocios excluídos decídese mellorar a sistemática con varios preceptos distintos que conteñan unha materia idéntica e un último “caixón de xastre”. En cuestión de convenios (introdúcese o termo de “cooperación”), substitúese “natureza” por contido e causa (preténdese evitar fraudes e favorecer o control, e que baixo subterfuxios formais se esconda unha relación que é un contrato público). Na letra d) cámbiase a mención de Administración pública pola de poder adjudicador. Así mesmo, dásele substantividade á compra precomercial.

e) Regúlase a cooperación vertical e horizontal. Óptase por utilizar as categorías e conceptos comunitarios, co fin de favorecer a predictibilidade. Así, non se fala de encomendas, senón de encargos, encargos que deben ser obxecto de publicidade co fin de garantir, mediante o control, a idoneidade de cada encarga. Os entes que teñan consideración de medios propios deben contar cos medios idóneos³⁴. En todo caso, cen por cento capital público. Son necesarios, ademais, outros requisitos: que a empresa teña o carácter de “medio propio”; que dispoña de medios suficientes para cumprir a encarga que se lle faga; que solicítase autorización do poder adjudicador de que dependa; que non teña participación dunha empresa privada, e que non poida realizar libremente no mercado máis dun 20 % da súa actividade.

f) Os contratos asinados no ámbito da defensa e seguridade seguirán rexéndose pola súa correspondente lei específica (Lei 24/2011, do 1 de agosto, de contratos do sector público nos ámbitos da defensa e da seguridade), nos supostos nela determinados. Delimitase no texto, así mesmo, a aplicabilidade desta lei ou da lei específica, segundo os distintos supostos posibles no caso de contratos referidos aos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais.

g) Na tipoloxía de contratos hai axuste de definicións de obras e servizos (concepto funcional de obras: que exista influencia, STXUE do 30 de outubro de 2009). Decídese que prazo destes últimos será común a todo poder adjudicador con excepcións xustificadas (investimentos, etc.). O prazo ordinario é de 5 anos (porque é o que referencia a Directiva concesións). Desaparece o tipo de contrato de colaboración público-privada, pero mantense a posibilidade de sociedade de economía mixta como fórmula de CPPI³⁵. Esta decisión está motivada pola experiencia práctica, preténdese evitar confusións ou incorrecto uso. En todo caso, a opción de realizar CPP (desde a perspectiva de SEC 2010) atópase na regulación de concesións. Incorpórase a definición de contrato de servizos conforme o dereito da Unión Europea. Así, inclúese o contrato de concesión de servizos, que se caracteriza pola existencia de risco (xa non hai contrato de xestión de servizos públicos: elimínanse as figuras do concerto e da xestión interesada). Adóptase o criterio do risco operacional como elemento para delimitar

34 Criterio defendido no Informe 65/07, do 29 de xaneiro de 2009, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado –«Consideración de medio propio dun concello e dos seus organismos autónomos dunha sociedade municipal e procedemento de encomenda de xestión»–, que engade aos requisitos mencionados o da idoneidade do ente para recibir e prestar a encarga, afirmando: “Haberá que engadir un último requisito, como é a idoneidade para executar a encomenda de xestión e, en tal sentido, debe dispor de persoal e medios materiais e técnicos necesarios para executar a encomenda”.

35 A favor desta eliminación de contrato CPP do artigo 11 TRLCSP pódese ver a opinión de MAGIDE HERRERO, M., “Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa”, Laguna Sanquircio, F. (coord.), *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, AESMIDE/Fundación Arecos, Madrid, 2012, pp. 68-69. Certamente, como ben sistematizou, nunha análise exhaustiva, son moitas as variables e complexidades deste tipo contractual “especificamente español”, e quizais por iso conveña a súa eliminación para uniformizar as categorías e os conceptos nun marco normativo europeo, máxime como indica HERNANDO RYDINGS, M., en contratos destas características, que aconsellan a maior certeza da estrutura xurídica e económica. *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012, pp. 534-541. Tamén FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., “El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 167, 2014, pp. 293-326.

a concesión do contrato³⁶. O prazo de concesións queda vinculado ao prazo necesario de retorno de investimentos.

Defínese contrato mixto con regra xeral de valor estimado da prestación. Aclárase que os contratos administrativos/privados son, en esencia, “réxime xurídico”.

h) Decídese reformar o tema da xurisdición superando a dualidade xurisdiccional. Todas as fases de preparación e adxudicación, á marxe do importe e da natureza do poder adxudicador, se rescindían en orde contencioso-administrativa³⁷. Existe agora coherencia coa solución adoptada polo actual artigo 2 b) LX de 1998, que establece a regra (que non debería ser alterada pola lexislación de contratos, como lexislación sectorial) de que todas as cuestións de preparación e adxudicación de calquera poder adxudicador se deben rescindir en sede contenciosa³⁸.

A opción de diferenciar pola consideración de contrato harmonizado ou non harmonizado que estableceu o artigo 21. 2 da Lei de contratos do sector público de 2007 separábase, pois, dunha interpretación uniforme que rescindiaba na orde contenciosa os contratos públicos de entes que non son Administración pública. Así, de forma “sorprenhente”, habilitaba a competencia da orde civil nos contratos non harmonizados dos poderes adxudicadores que non son Administración pública, o que viña “resucitar” a dualidade de xurisdición cos seus sabidos inconvenientes procesuais e de seguridade xurídica. A contía do contrato serve para fixar o órgano competente, sendo alleo á lóxica da natureza do suxeito ou do interese público como criterios delimitadores.

É –e debe ser– o criterio funcional de poder adxudicador e non formal de Administración pública o que determina ante que orde xurisdiccional se rescindía a competencia³⁹, máxime

36 Existen problemas derivados de SEC 2010: agora é transferencia de risco de demanda, ou risco de oferta, ou de ambos os dous (son, pois, distintos criterios de SEC 95). Sobre a incidencia do novo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010, pode consultarse o traballo de MACHO PÉREZ, A. B., e MARCO PEÑAS, E., “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, cit., pp. 437-474.

37 Non resulta posible unha solución formal ancorada na idea rixida do contrato administrativo, pois, como ben explicou MIR PUIGPELAT, O., o dereito administrativo defínese na actualidade non só sobre a base do elemento subxectivo –Administración pública–, senón tamén a partir da súa consideración como dereito exorbitante que se dirixe a conciliar o interese xeral e o particular. E resulta evidente tal condición en calquera contrato público (onde as regras e principios son públicos), tal como xa advertira, por certo, o Tribunal Supremo na coñecida Sentenza Hotel Andalucía Palace (n.º 2113/1965 do 4 de febreiro), onde o dato de que existen regras administrativas é o que decidiu a competencia a favor da orde contenciosa (nun contrato dunha empresa pública).

38 De feito, coa LCAP de 1995, xa a sala do civil se declarou incompetente en contratos de empresas públicas ao afirmar: “que «non cabe dúbida de que o contrato cuxas consecuencias xurídicas se presentan ante o Tribunal Civil é de natureza administrativa: así o revela o procedemento administrativo de licitación e de adxudicación da obra contratada, a previa determinación dos correspondentes pregos de condicións administrativas e técnicas, e, en fin, a propia tipoloxía do contrato, que non é senón das obras públicas, e celebrado por unha empresa pública municipal, como o é «Aguas del Puerto, Empresa Municipal, S.A.»». A tal respecto, é bo lembrar que o artigo 1.º da Lei 13/95 (RCL 1995, 1485, 1948) de contratos das Administracións públicas establece que os contratos que asinen as Administracións públicas se axustarán ás prescricións da citada lei, a cuxos efectos se entenderá por Administracións públicas tamén as entidades de dereito público con personalidade xurídica propia, vinculadas ou dependentes de calquera das Administracións públicas, sempre que fosen creadas para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil e cuxa actividade estea maioritariamente financiada polas Administracións públicas ou outras entidades de dereito público, ou ben cuxa xestión estea sometida a un control por parte destas últimas, ou cuxos órganos de administración, de dirección ou de vixilancia estean compostos por membros máis da metade dos cales sexan nomeados polas Administracións públicas e outras entidades de dereito público, notas estas que se dan de forma expresa na empresa pública expresada, dedicada á subministración de augas potables de El Puerto de Santa María, e cuxos cargos directivos son nomeados e os seus orzamentos aprobados polo Concello da dita cidade, debemos ratificar a resolución da Audiencia” (Sentenza n.º 776/2005 do 11 de outubro. RX 2005\857).

39 Explícase de forma excelente no traballo de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., e FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 237-277.

cando o artigo 2 LX vén admitindo a categoría dos actos “materialmente” administrativos. En definitiva, nunha actividade como a dos contratos públicos, tan sensible desde unha perspectiva económica, é necesario dotar a arquitectura xurídica do control da coherencia necesaria que garanta o máximo de seguridade xurídica e favoreza a predictibilidade. E, dado que resulta evidente que na fase de preparación e adxudicación de calquera contrato público (incluíndo as modificacións ilegais), sexa ou non realizado por unha Administración pública, hai un interese público relevante, debe corresponderlle á xurisdición contencioso-administrativa a súa fiscalización⁴⁰.

Desaparece a previsión á arbitrase para os contratos das Administracións públicas, para que sexa decisión de cada Administración pública.

i) No ámbito do recurso especial, mantense o modelo dos tribunais administrativos (cuxas vantaxes destacou o profesor SANTAMARÍA PASTOR, J.⁴¹). Este sistema de “xustiza administrativa especial” foi reforzado polo feito de que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea admitiu a trámite a cuestión prejudicial presentada polo Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público o 23 de xullo de 2014 (asunto C-203/14), o que presupón recoñecer que estes tribunais administrativos –con fundamento na Directiva 89/665 e a súa reforma pola Directiva 66/2007– teñen a cualificación de órganos xurisdicionais xa que teñen orixe legal, teñen carácter de permanentes, utilizan un procedemento contraditorio aplicando as normas xurídicas e son independentes (Sentenza do 17 de setembro de 1997, asunto C-54/96 Dorsch Consult), e así o declarou a Sentenza TXUE do 6 de outubro de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, que recoñece as notas exixidas para tal consideración –carácter contraditorio do procedemento, independencia, e carácter obrigatorio da súa xurisdición– e declara que os órganos de recursos contractuais de España son órgano xurisdiccional no sentido do artigo 267 TFUE.

Desde a perspectiva do procedemento, mellóranse os aspectos de invalidez e desaparece a cuestión de nulidade contractual, que se integra no recurso especial. O recurso especial configúrase con carácter obrigatorio. Establécese que é para importes harmonizados, pero deslegalízanse as contías. Así, as Comunidades Autónomas (como xa fixeron Navarra e Aragón) poderán rebaixar os límites (o que permite un maior control da Administración local e da institucional). Refórzase a planta baixo a previsión de que non existan tribunais locais⁴². A decisión da Comunidade Autónoma atrae a competencia do órgano concreto de recursos contractuais (a planta debe ser pechada e coherente, polo que non deben existir órganos de control de ámbito local).

Recoñécese unha lexitimación ampla conforme a doutrina dos tribunais administrativos (enténdese que inclúe doutrina do Tribunal Constitucional sobre a lexitimación de concelleiros, tal como recolle expresamente o Real decreto 814/2015, do 11 de setembro, polo que se

40 Por outra parte, desde a lóxica da arquitectura dos principios procesuais sobre os que se fixa a competencia, basicamente suxeitos e obxecto, con causa de interese público, resulta incompresible que o criterio contía poida determinar un cambio de orde xurisdiccional, posibilidade contraria ao bo funcionamento do Estado de Dereito e da necesaria seguridade xurídica, pois a dualidade xurisdiccional en asuntos da mesma materia e suxeitos quebra estes. Critican por iso, entre outros, a opción do artigo 21 TRLCSP os prof. GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, T. R. (*Curso Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 2013, p. 622).

41 Explicao de forma moi clara na súa monografía *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial, pp. 48-64.

42 Remítome ás consideracións do meu estudo “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva”, *Revista Derecho Público de Cataluña*, n.º 47, 2013.

aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (entrada en vigor o 25 de outubro de 2015)⁴³. Hai un novo sistema de impugnación de prazos dos pregos (que incorpora a doutrina da Audiencia Nacional). As comunicacións son electrónicas en todo caso. E esténdese o obxecto do recurso contra modificacións e encargos ilegais (o que supón que xa non é recurso precontractual)⁴⁴. Elévanse as multas por temeridade ou mala fe na interposición do recurso a 30.000 euros⁴⁵. Os diferentes órganos de recurso que sexan creados acordarán as fórmulas de coordinación e colaboración máis axeitadas para favorecer a coherencia dos seus pronunciamentos e para a unificación da súa doutrina en relación coas cuestións que sexan sometidas ao seu coñecemento. Os ditos órganos poderán ademais propor os axustes normativos e recomendacións que resulten pertinentes para un mellor funcionamento dos mecanismos de recurso previstos na normativa sobre contratos públicos (disposición adicional 24).

j) No relativo ás cuestións de solvencia, aclárase como condición de execución o que é a adscrición de medios como complemento necesario á solvencia que se exige. A clasificación empresarial mantense só en contratos de obras de máis de 500.000 euros. Importante novidade, desde a perspectiva de simplificación, é que se establece a declaración responsable como regra xeral en todo procedemento aberto. E regúlase o modelo de documento (o DOUE do día 6 de xaneiro de 2016, serie L 3, publica o Regulamento de Execución (UE) 2016/7 da Comisión do 5 de xaneiro de 2016 polo que se establece o formulario normalizado do documento europeo único de contratación). Hai un precepto (artigo 64) dedicado á loita

43 A lexitimación non pode ser un obstáculo para analizar a legalidade dun procedemento contractual, sempre que se acredite un interese directo e non unha mera expectativa. O recurso especial debe interpretarse desde a lóxica do artigo 24 CE, que lles confire a todas as persoas –persoas físicas ou persoas xurídicas– o dereito a acceder a un tribunal (ou órgano independente de control) para interesarse a protección dos seus dereitos e intereses lexítimos individuais ou colectivos, o que obriga a interpretar as normas procesuais que regulan a atribución de lexitimación de forma razoable, en sentido amplo e non restritivo, coa finalidade de outorgarlle tutela xudicial ao administrado e de garantir a fiscalización do cumprimento da legalidade por parte da Administración (SSTC 28/2005, do 14 de febreiro, e 139/2010, do 21 de decembro). En todo caso, debería avanzarse cara a unha lexitimación ampla, dado que a verdadeira finalidade do control debe ser garantir o dereito a unha boa administración –como recorda a Directiva 2007/66–. Sobre a lexitimación do concelleiro no recurso especial, a Sentenza do TSJ de Aragón 500/2015 lembrou que a doutrina do TC é directamente aplicable a este suposto, afirmando que *“os razoamentos, que fundamentan a lexitimación dos concelleiros para impugnar na vía contencioso-administrativa os acordos municipais en cuxa adopción non interveu, serven igualmente para avalar a súa lexitimación para interpor o recurso especial en materia de contratación previsto no artigo 40 TRLCSP, sen que o seu artigo 42, relativo á lexitimación, nos poida levar a outra conclusión, precisamente en atención ao interese lexítimo que posúen, nos termos establecidos pola doutrina constitucional e xurisprudencial referida, interese –e mesmo obrigación– distinto do interese abstracto na legalidade, de controlar o correcto funcionamento do Concello, como único medio, á súa vez, de conseguir a satisfacción das necesidades e aspiracións da comunidade veciñal que, como primeira competencia, lles asigna aos municipios o artigo 25.1 LBRL”*.

44 Sobre o carácter non precontractual do recurso especial, pode verse o meu traballo “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, Cano Campos, T., e Bilbao Alexiades, E. (coords.), *La contratación pública: problemas actuales*, Consello Consultivo de Madrid, Madrid, 2013, p. 99, pp. 83-140.

45 Como recorda a Audiencia Nacional (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) na súa Sentenza do 14 de maio de 2014. XUR 2014\157183, o artigo 47.5º TRLCSP outorga a posibilidade de imporlle unha multa ao recorrente cando aprecie temeridade ou mala fe na interposición do recurso. A finalidade desta facultade de impor unha multa non é outra que a de evitar que ese dereito ao recurso especial non se utilice de xeito abusivo co fin de dilatar o procedemento de contratación, tendo en conta que a mera interposición do recurso contra o acto de adjudicación suspende a tramitación do expediente de contratación ata que este sexa resolto (artigo 45 TRLCSP). Obviamente, a denominación de multa non implica que teña natureza sancionatoria, pois a súa finalidade é de protección do uso axeitado do sistema do recurso especial para conciliar axeitadamente os distintos intereses públicos. Tería o seu equivalente na previsión do artigo 247 da Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil, sobre respecto ás regras da boa fe procesual e multas polo seu incumprimento, onde se di que *“se algunha das partes actuou conculcando as regras da boa fe procesual, poderán imporlle, en peza separada, mediante acordo motivado, e respectando o principio de proporcionalidade, unha multa que poderá oscilar de cento oitenta a seis mil euros, sen que en ningún caso poida superar a terceira parte da contía do litixio. Para determinar a contía da multa, o tribunal deberá ter en conta as circunstancias do feito de que se trate, así como os prexuízos que ao procedemento ou á outra parte se lle tivesen podido causar”*. Así, é unha facultade de carácter procesual do tribunal administrativo decidir se concorren estas circunstancias de mala fe e/ou temeridade para impor a multa.

contra a corrupción e á prevención dos conflitos de intereses. Establécese un novo modelo de prohibición de contratar, que é o mesmo para calquera poder adxudicador, sexa ou non Administración pública. Esténdese o réxime de familia (a prohibición esténdese igualmente, en ambos os dous casos, aos cónxuxes, persoas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendentes e descendentes, así como a parentes en segundo grao por consanguinidade ou afinidade das persoas a que se refiren os parágrafos anteriores, cando se produza conflito de intereses) e axústase a prohibición ao “contrato”. Regúlase un novo sistema e procedemento de determinación das prohibicións de contratar (vinculado a cada contrato).

k) Revisanse, para os efectos da súa homoxeneización, as diversas expresións que se utilizaban no texto refundido anterior para referirse ao valor dos contratos, por exemplo “contía” ou “importe do contrato”, reconducíndose na maior parte dos casos ao concepto de “valor estimado” do contrato, que resulta ser o correcto. Este concepto queda perfectamente delimitado na nova lei, igual que o están o de “orçamento base de licitación” e o de “prezo do contrato”, evitándose, desta forma, calquera posible confusión entre eles.

l) En materia de procedementos, regúlase as consultas preliminares ao mercado (artigo 115) e introdúcese o procedemento aberto con tramitación simplificada (moi similar ao da Lei 3/2011 de Aragón). Os limiares para a súa utilización son os propios dos contratos non harmonizados en subministracións e servizos, e 2 millóns nos contratos de obras (salvo que o licitante sexa un poder adxudicador non Administración pública, caso en que lle estará permitido empregar calquera que sexa o importe do contrato).

En materia do procedemento negociado, no APLCSP hai unha novidosa regulación do procedemento negociado con máis detalle (artigos 164 a 169). Así, advírtese que existe obriga de negociar, delimitando a ponderación dos distintos aspectos a negociar (e a ausencia de negociación é causa de nulidade, como indicou o Acordo do TACPA 8/2015). Pero o máis destacado é que desaparece o suposto de procedemento negociado sen publicidade pola contía (coa evidente intención de evitar a opacidade e os supostos de corrupción), opción que se explica de forma expresa na exposición de motivos do APLCSP:

“Con independencia das normas chamadas a facilitar a loita contra a fraude e a corrupción, inclúense novas normas tendentes ao fomento da transparencia nos contratos. Así, debe mencionarse, entre outras cuestións, a introdución dunha novidade significativa: a supresión do suposto de aplicación do procedemento negociado sen publicidade por razón de contía.

Este procedemento, moi utilizado na práctica, resultaba moi áxil pero presentaba un déficit de transparencia, ao carecer de publicidade, correndo o risco de xerar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, créase na lei un novo procedemento de adxudicación, o denominado procedemento aberto simplificado, xa citado anteriormente ao aludir a procedementos de adxudicación, no cal o proceso de contratación está concibido para que a súa duración sexa moi breve e a tramitación moi sinxela, pero sen descoidar as necesarias publicidade e transparencia no contrato”⁴⁶.

46 Esta opción de eliminar a posibilidade de negociación pola contía foi implantada en Cataluña mediante o Decreto lei 3/2016, do 31 de maio, de medidas urxentes en materia de contratación pública (artigo 7). Este decreto lei ten por obxecto establecer medidas en relación coa aplicación de determinadas disposicións da Directiva 2014/23/UE, do Parlamento e do Consello, do 26 de febreiro, relativa á adxudicación de contratos de concesión, e a Directiva 2014/24/UE, do Parlamento e do Consello, do 26 de febreiro, sobre contratación pública, pola cal se derroga a Directiva 2004/18/CE.

Mantense a figura do contrato menor e as súas contías⁴⁷. Axústanse estas en función de municipios de menos 5.000 habitantes (como en Aragón). No ámbito da innovación e o desenvolvemento, coa idea de favorecer as empresas máis innovadoras, destaca especialmente a introdución do novo procedemento de asociación para a innovación. Axústase o diálogo competitivo ás novidades da directiva (reforma técnica).

m) Sobre os acordos marco, a nova normativa prevé que a posibilidade de adxudicar contratos con base nun acordo marco estará condicionada a que no prazo de trinta días desde a súa formalización se tivese remitido o correspondente anuncio desta á Oficina de Publicacións da Unión Europea, en caso de que se trate de contratos suxeitos a regulación harmonizada, e se tivese efectuado a súa publicación no perfil de contratante do órgano de contratación, e no *Boletín Oficial del Estado* no caso dos acordos marco formalizados na Administración xeral do Estado e as entidades vinculadas a esta que gocen da natureza de Administracións públicas.

Só poderán asinarse contratos baseados nun acordo marco entre as empresas e os órganos de contratación que fosen orixinariamente partes nel (agás o disposto no apartado 4 do artigo 225 en relación cos acordos marco asinados por centrais de contratación).

En todo caso, as empresas parte do acordo marco estarán obrigadas a manter no acordo marco os prezos con que concorren no mercado se estes mellorasen os da adxudicación do acordo marco, sempre que as condicións aplicables á prestación fosen similares.

n) Loxicamente, a proposta de normativa inclúe medidas a favor das pemes⁴⁸: nova regulación da división en lotes dos contratos. Así, invértese a regra xeral que se utilizaba ata agora, de maneira que só se non se divide hai que xustificalo. Regúlase a oferta integradora e pódese limitar o número de lotes. O acceso aos pregos e demais documentación complementaria debe ser por medios electrónicos a través do perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo e gratuíto, e que deberá poder efectuarse desde a data da publicación do anuncio de licitación ou, se é o caso, do envío da invitación aos candidatos seleccionados.

ñ) Precísanse os criterios de adxudicación, que deben cumprir os seguintes requisitos: a) En todo caso estarán vinculados ao obxecto do contrato. b) Deberán ser formulados de xeito obxectivo, con pleno respecto aos principios de igualdade, non discriminación, transparencia e proporcionalidade, e non lle conferirán ao órgano de contratación unha liberdade de decisión ilimitada. c) Deberán garantir a posibilidade de que as ofertas sexan avaliadas en condicións de competencia efectiva. Hai unha dobre distinción de criterios: criterios relacionados con custo (inclúese unha mellor relación custo-eficacia) e criterios cualitativos que permitan identificar a oferta que presenta a mellor relación calidade-prezo. Limitase o uso do criterio melloras: non poderá asignárselle unha valoración superior ao 2,5 %. Defínense como prestacións

Como consecuencia da Recomendación da Decisión do Consello da Unión Europea do 27 de xullo de 2016, pola que se formula unha advertencia a España para que adopte medidas dirixidas á redución do déficit, presentouse a proposición de Lei de medidas para promover a transparencia na contratación pública –Grupo Parlamentario Popular–, no Congreso, 21 de outubro de 2016.

47 Na miña opinión, non é unha decisión acertada, e debería, nesta liña de “redución de opacidade”, revisar a oportunidade do seu mantemento (ou, polo menos, as súas contías), que en moitas ocasións serve para fragmentar o obxecto do contrato.

48 Sobre a cuestión das pemes e a contratación pública, pode consultarse: GIMENO FELIÚ, J. M., “La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación pública y las pymes como estrategia de reactivación económica”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 59-84, e o estudo de BARRIO GARCÍA, G., “Contratación pública y pyme. Un comentario a la luz de la propuesta de directiva en materia de contratación pública”, Pernas García, J. J. (coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 133-160.

adicionais as que figuraban definidas no proxecto e no prego de prescricións técnicas, sen que aquelas poidan alterar a natureza das ditas prestacións.

En criterios de adjudicación inclúese, ademais, a definición e o cálculo do custo do ciclo de vida e das ofertas anormalmente baixas. Regúlanse criterios de desempate (criterios sociais). Recórdase a obriga de establecer a ponderación relativa atribuída a cada un dos criterios de valoración, que poderá expresarse fixando unha banda de valores cunha amplitude máxima axeitada. A elección das fórmulas terase que xustificar no expediente, e estas deberán permitir que en condicións normais puidese chegar a existir unha diferenza equivalente á ponderación correspondente ao respectivo criterio automático entre a mellor e a peor oferta.

Os órganos de contratación poderán exixir que os operadores económicos proporcionen un informe de probas dun organismo de avaliación da conformidade ou un certificado expedido por este último, como medio de proba do cumprimento das prescricións técnicas exixidas, ou dos criterios de adjudicación ou das condicións de execución do contrato. Detállase o réxime da confidencialidade das ofertas, e a notificación da adjudicación efectuarase por medios electrónicos.

o) Destaca a posibilidade de que, logo de previsión en pregos, o poder adjudicador comprobe o estrito cumprimento dos pagamentos que o contratista principal lle fai ao subcontratista, así como o réxime máis rigorista que respecto dos prazos de pagamento debe cumprir tanto a Administración como o contratista principal, co fin de evitar a lacra da morosidade que pesa sobre as Administracións públicas, cumprindo así o disposto dentro da Directiva 2011/7/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de febreiro de 2011, pola que se establecen medidas de loita contra a morosidade nas operacións comerciais.

p) O réxime de modificación do contrato, máis restritivo que o que establecen as novas directivas comunitarias (artigo 72 da directiva). Introdúcese o adverbio “só” e limitáanse as posibilidades. Non hai modificados de *minimis*. Regúlase a cesión do contrato co fin de evitar que se considere modificación contractual. Toda modificación ten que publicarse e deben notificarse os acordos de modificación (opción xa incorporada en Aragón e Navarra).

Non obstante, existe certa “disfunción”, por comparación co réxime actual en relación cos poderes adjudicadores que non son Administración pública (artigo 20 TRLCSP), pois “limitáse”, ao meu xuízo indebidamente, a aplicación do procedemento de modificación contractual só para os contratos de importe harmonizado. A previsión que se contén no artigo 26 do anteproxecto debería ser revisada para dotar o sistema da uniformidade pretendida, e evitar zonas de sombras vinculadas á natureza do ente e o importe do contrato. Esta decisión supón un claro “retroceso” na lóxica da rexeneración democrática e a prevención da corrupción. Por iso, debería ser obxecto de reconsideración, pois o que está en xogo é a eficiencia e o dereito a unha boa administración⁴⁹.

q) No réxime de contratos administrativos existen axustes técnicos (maior prazo de garantía nos contratos de obras), máis importantes en concesións: inclúese o concepto TIR. Limitáse, como xa se dixo, a RPA atendendo ao novo criterio SEC 2010 (o pagamento da concesión realizarase atendendo ao seu valor de mercado). Permítese pagamentos por dispoñibili-

49 Vide GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de los contratos del sector público”, *Observatorio de los contratos públicos 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 31-138.

dade⁵⁰. Interesa chamar a atención no dato de que a retribución terá a condición de tarifa, tanto nos casos de concesión de obras como de concesión de servizos (os nosos “servizos públicos”). Acóllese expresamente a tese defendida desde hai moito tempo polo profesor TORNOS MAS, J.⁵¹, o que obrigará a reformular certa xurisprudencia que, en servizos públicos, opta pola configuración de taxa⁵². E non é unha cuestión sen efectos prácticos, pois, como ben advirte TORNOS MAS, J., “a taxa supón recadación para un gasto público. Isto determinará que o servizo se converte nun gasto que pode computar para os efectos do déficit municipal. De acordo cos criterios EUROSTAT en relación co tratamento contable dos modelos concesionais, un cambio de modelo como o que se formula (unido a outros datos adicionais como o compromiso de reversión das instalacións á finalización do contrato) pode implicar que os compromisos de pagamento adquiridos polo Concello pola duración total do contrato se consoliden na súa contabilidade, para os efectos do cálculo do déficit e a débeda”. A opción do anteproxecto, por este motivo, é clara: a retribución da concesión ten natureza xurídica de tarifa (e non pode ser xa de opción pola entidade contratante)⁵³.

r) Ao regular o reequilibrio económico da concesión de obras e servizos, mantense a redacción actual sobre o *factum principis* (decisión da Administración pública concedente que incide de forma substancial en concesión) e non se incorpora como causa de reequilibrio o risco imprevisible⁵⁴.

Pódese ampliar un 15 por cento da súa duración inicial para restablecer o equilibrio económico do contrato. No ámbito dos sectores públicos autonómico e local, deberán remitirse ao Comité Técnico de Contas Nacionais todos os contratos de concesión de obras ou de concesión de servizos adxudicados nos seus respectivos ámbitos, cuxo valor estimado sexa

-
- 50 Existen problemas derivados de SEC 2010: agora é transferencia de risco de demanda, ou risco de oferta, ou de ambos os dous (son, pois, distintos criterios de SEC 95). Sobre a incidencia do novo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010, pode consultarse o traballo de MACHO PÉREZ, A. B., e MARCO PEÑAS, E., “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, cit., pp. 437-474.
- 51 “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 24, 2011, pp. 22-29.
- 52 Vide TORNOS MAS, J., no seu excelente artigo “Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (R151151068)”, *Revista Derecho Municipal*, lustel, 10 de marzo de 2016. A análise da evolución xurisprudencial e as consecuencias prácticas da distinta cualificación reforzan as conclusións que propón.
- 53 A opción de configurar a taxa suporía, de feito, a imposibilidade de impulsar concesións de servizos. Sirva de referencia o traballo de GARCÍA HERNÁNDEZ, J., “El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?”, *Revista Derecho Local*, n.º 38, 2016.
- 54 Esta decisión de “non cambiar” a regulación do *factum principis* non parece unha boa solución. Na miña opinión, deben englobar calquera decisión administrativa (ou lexislativa) que altere de forma imprevisible a axeitada repartición de riscos e permita non distorsionar indebidamente a taxa interna de rendibilidade. A concesión é explotada polo contratista a risco e ventura, de tal maneira que a repartición de riscos pactada non debe ser alterada nin modificada, o que non impide –máis ben o contrario– o reequilibrio financeiro, pois, como xa advertiu o Consello de Estado, a propósito do principio de risco e ventura, «o fundamento deste principio é tripto: en primeiro lugar, o principio de seguridade xurídica (Ditame número 50.293, do 5 de novembro de 1987); en segundo lugar, o principio de concorrencia e a necesidade de non desvirtuar as garantías presentes na adxudicación dos contratos das Administracións públicas (pois unha erosión do principio de risco e ventura podería facer ilusorias as garantías que na licitación se lles ofreceron a aqueles licitadores que non resultaron adxudicatarios), e en terceiro lugar, a protección dos intereses da facenda pública» (Ditame do 13 de marzo de 2003, Expediente 3.344/2002). Non recoñecer tal opción para o equilibrio do contrato levaría consigo importantes doses de inseguridade xurídica que condicionarían os investimentos nestes contratos. E en nada rompe o principio de igualdade ou eficiencia, pois permite dar seguridade para garantir a correcta execución do contrato e o seu plan financeiro con independencia de quen resulte adxudicatario. Igualmente debe regularse a cláusula de progreso e o seu concreto significado obrigacional, pois a propia evolución técnica pode conducir a tal desequilibrio que faga inviable a xestión da concesión, planificada nun ámbito da técnica distinta. Importa promover os avances tecnolóxicos a toda concesión, pero cando o investimento afecta á lóxica sobre a que se planificou o investimento debería axustarse a TIR. Por último, aínda que se entenda agora excluído, ben poderían regularse os efectos do risco imprevisible (o que evitaría a posterior “xudicialización”, coas incertezas que comporta). Vide GIMENO FELLÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. ¡El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos!*, cit., pp. 148-150.

igual ou superior a doce millóns de euros, ou cando no seu financiamento se prevexa calquera forma de axuda ou achega estatal, ou o outorgamento de préstamos ou anticipos.

s) Unha novidade moi importante é a regulación do libro III relativo aos contratos de poderes adjudicadores que non son Administración pública, así como do resto de entes do sector público que non teñan o carácter de poderes adjudicadores. Suprímese a obriga de aprobar instrucións de contratación, o que implica a uniformización das regras xurídicas (o cal é un claro avance en seguridade xurídica e efectiva transparencia).

t) En materia organizativa, destaca a previsión relativa á mesa de contratación, que se define como órgano de asistencia técnica especializada (o que supón que non pode ter compoñente político nas persoas que se designan, tal como advertira o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos no seu Acordo 45/2013, do 7 de agosto). Regúlanse os órganos de contratación das entidades locais (sen especiais novidades). Debe mencionarse a nova regulación da figura do perfil de contratante, máis exhaustiva que a anterior, que lle outorga un papel principal como instrumento de publicidade dos distintos actos e fases da tramitación dos contratos de cada entidade. Pero para os efectos de publicidade/transparencia, realizárase a publicidade no Portal de Contratación do Sector Público (ou autonómicos, interconectados). Os prazos iníciense no momento de publicación no PCSP. O boletín oficial non é xa obrigatorio e será gratuito.

Existe unha nova regulación do Rexistro de Contratos do Sector Público (que debe servir para mellorar non só en simplificación, senón tamén en transparencia), no que se inscribirán todos contratos adjudicados por entidades do sector público, sendo obrigatoria, para os ditos efectos, a comunicación de datos relativos a todos os contratos formalizados por importe igual ou superior a cinco mil euros.

u) Óptase pola extensión da regra de utilización de medios electrónicos, mesmo para as ofertas. En canto á presentación facturas, o contratista terá a obriga de presentar a factura que expedise polos servizos prestados ou bens entregados ante o correspondente rexistro administrativo para os efectos da súa remisión ao órgano administrativo ou unidade a quen corresponda a tramitación desta. Nos pregos de cláusulas administrativas para a preparación dos contratos que se aproben a partir da entrada en vigor desta disposición, incluírase a identificación do órgano administrativo con competencias en materia de contabilidade pública, así como a identificación do órgano de contratación e do destinatario, que deberán constar na factura correspondente.

v) Deséñase un novo sistema de gobernanza, do que deriva un novo rol da Xunta Consultiva de Contratación (créase un comité con representación das comunidades autónomas) por existencia do dereito da Unión Europea⁵⁵. Os poderes adjudicadores terán a obriga de transmitir o texto dos contratos realizados referidos de forma que este organismo poderá examinalos e valorar se existen prácticas incorrectas –ademais de permitirles aos interesados acceder a estes documentos, sempre que non resulten prexudicados intereses públicos ou privados lexítimos–, o que debe contribuír a reforzar a idea de integridade para previr supostos de corrupción e/ou clientelismo, que, á vez que erosionan a idea de obxectividade das Administracións públicas –que pode conducir a cuestionar a súa propia lexitimidade democrática–,

55 Cuestión na que insiste a citada Recomendación de Decisión do Consello da Unión Europea do 27 de xullo de 2016, pola que se formula unha advertencia a España para que adopte medidas dirixidas á redución do déficit.

levan consigo claras e evidentes ineficiencias dos fondos públicos. Esta regulación obrigará a modificar os regulamentos de funcionamento das xuntas consultivas autonómicas.

De todo o exposto, conséntase que a nova regulación que se contén no anteproxecto non é unha mera “maquillaxe”, e que incorpora importantes novidades (aínda que é certo que resulta unha lei moi extensa e con algúns problemas formais)⁵⁶.

“Renúnciase” á idea dun “código de contratos públicos”, con partes diferenciadas en función do obxecto: contratos públicos, concesións, contratos excluídos⁵⁷. Non obstante, a transposición recolle en parte esta visión “codificadora”, xa que presenta un texto de doada comprensión e aplicación práctica, compatible co dereito comunitario (con referencia expresa aos preceptos das directivas que se traspoñen en cada artigo da lei), o que pode dotar de seguridade xurídica e predictibilidade nun sector de tanta transcendencia económica e social. É de esperar que, tras o trámite de información pública, así como do debate parlamentario, se poida mellorar no substantivo e no técnico unha norma de tal significado para o correcto funcionamento das institucións públicas, así como para previr efectivamente o problema da corrupción, tan xeneralizada no ámbito dos contratos públicos⁵⁸. E interesaría unha transposición rápida, para evitar os problemas prácticos do efecto directo das directivas tras o vencemento do prazo do 18 de abril de 2016⁵⁹.

En canto á pretensión dun cambio de modelo na contratación pública máis eficiente e máis efectivo na prevención da corrupción, as medidas adoptadas parecen acertadas⁶⁰: inclúese

56 Incórpóranse moitas das propostas que xa realizamos con anterioridade (por todas, o meu relatorio “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, *Las nuevas directivas de contratación pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015).

57 Así o propuxen no meu traballo “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las peme como estrategia de reactivación económica”, cit., pp. 25-84.

58 Remítome ao meu traballo “Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos”, publicado en www.obcp.es (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.180/relcategoria.208/relmenu.3/chk.1b2c9f6d99eef44223c17ac60720747>). En extenso, o meu estudo “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, M. Villoria (dir.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 246-300, e o traballo de MEDINA ARNAIZ, T., “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 104.2, 2016, pp. 77-113.

59 Nese contexto, a Memoria do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de 2014 advirte a necesidade dunha coordinación dos distintos tribunais administrativos de recursos contractuais (ante xuíz comunitario), co obxectivo de aclarar que preceptos despregarán efecto directo, desprazando, desde a lóxica da primacía do dereito da Unión Europea, as previsións do TRLCSP que resulten contrarias.

60 A Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia publicou en febreiro de 2015 un documento de análise da contratación pública en España “PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia” (http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf). Nel recoñece unha serie de fortalezas e de oportunidades de actuación orientadas á consecución de maiores niveis de transparencia e competencia, e cifra en 47.000 millóns de euros a “ineficiencia” do modelo de contratación pública en España. Así mesmo, o *Informe do Tribunal de Contas núm. 935* (pp. 228 a 230) puxo de relevo unha serie de deficiencias ou anomalías, indicando que nalgúns contratos non se motivou axeitadamente a necesidade pública que os xustificaba (p. ex., cando se recorre a un contrato de consultoría, asistencia ou servizos sen concretar as razóns polas que non se pode asumir (con medios propios) ou ben o uso de criterios discriminatorios nos pregos (p. ex., a necesidade de contar con experiencia ou medios vinculados a unha Comunidade Autónoma). Tamén se advirte a falta de xustificación para utilizar a tramitación de urxencia ou de emerxencia ou o fraccionamento da contía do contrato usando o contrato menor, todo iso coa finalidade de eludir a publicidade e a concorrencia. Polo que respecta aos conflitos de intereses,ponse de manifesto que ese problema é especialmente relevante no ámbito local (p. 31). Igualmente, advírtese que se daba unha “falta de xustificación da concorrencia dos supostos legais que permiten a utilización de procedementos negociados sen publicidade, que implican a exclusión dos contratos así adjudicados dos principios de publicidade e libre concorrencia, a maior discrecionalidade na selección dos adjudicatarios e nos que, ademais, non adoitan obterse baixas apreciables, particularmente cando se invocou a existencia dunha imperiosa urxencia ou dun único empresario capacitado para a realización das correspondentes prestacións” (p. 230). Finalmente, fai referencia aos atrasos na execución dos contratos, especialmente os de obras, a deficiente constancia da conformidade tanto dos produtos subministrados en bens funxibles ou material sanitario (contrato de subministración) como dos contratos de consultoría, asistencia ou servizos. Neste último caso,ponse de manifesto a suba dos prezos en función das subas salariais, o que rompe co principio de risco e ventura e a revisión de prezos conforme as fórmulas predeterminadas (p. 230). Resulta tamén de interese a Comunicación da Comisión *Loita contra a corrupción na UE*, COM (2011)

expresamente con valor xurídico o principio de integridade, esténdese a aplicación a partidos políticos e sindicatos e organizacións profesionais, elimínanse prácticas que permitan a opacidade (regulación estrita dos convenios e das encargas a medios propios, eliminación da posibilidade de utilizar o procedemento negociado sen publicidade pola contía, publicidade e control dos modificados, eliminación das instrucións internas dos poderes adjudicadores que non son Administración pública, publicidade deseñada para ser transparente pondo en valor a Plataforma de Contratos do Sector Público, regulación dos conflitos de intereses e extensión das prohibicións de contratar por vínculos familiares, reforzo do recurso especial, profesionalización das mesas, etc.) e foméntase a simplificación.

2.2 Da tramitación do anteproxecto. A conclusión do expediente co Ditame do Consello de Estado

Tomada en consideración polo Consello de Ministros, comezou a tramitación “externa” deste. Tras un trámite de información pública (Resolución da Subsecretaría de Facenda e Administracións Públicas do 21 de abril de 2015), emitíronse os preceptivos informes: do Consello Xeral do Poder Xudicial do 11 de xuño de 2015; do Consello Económico e Social do 25 de xuño de 2015; do Tribunal de Contas do 6 de xullo de 2015; da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC) do 16 de xullo de 2015; da Federación Española de Municipios e Provincias (FEMP) do 12 de maio e 16 de xullo de 2015; e da Comisión Nacional de Administración Local (CNAL) do 13 de xullo de 2015.

Tras a revisión á vista das alegacións e informes, mediante o Ditame da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do 17 de setembro de 2015, favorable á aprobación da norma elaborada, aprobouse o texto do anteproxecto do 19 de outubro de 2015, que foi obxecto de remisión ao Consello de Estado (xunto cunha memoria da análise de impacto normativo e táboa de correspondencias entre a norma actualmente vixente e a elaborada), para dar por “pechados” os trámites administrativos.

E mediante Ditame do 10 de marzo de 2016, o Consello de Estado aprobou o ditame que se emite con carácter preceptivo de conformidade co establecido no artigo 21.2 da Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, que prevén que o pleno deste corpo consultivo debe ser consultado no caso de *“anteproxectos de leis que se deban ditar en execución, cumprimento ou desenvolvemento (...) do dereito comunitario europeo”*.

A emisión do ditame comporta a culminación do procedemento de elaboración da norma, a falta da súa aprobación como proxecto de lei e ulterior remisión ás Cortes Xerais para a súa tramitación. E como o Goberno se atopa en funcións tras a celebración das últimas eleccións xerais, de acordo co establecido no artigo 21.5 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, o Goberno en funcións non pode *“presentarlle proxectos de lei ao Congreso dos Deputados ou, se é o caso, ao Senado”*.

O Consello de Estado, nun estudo minucioso, advirte cuestións formais relativas á estrutura, e conclúe que *“En todo caso, o resultado final é que o anteproxecto presenta unha estrutura artificial e complexa cuxo manexo e comprensión resultan arduos para o avezado*

308 final, do 6 de xuño. En extenso, remítome ao meu traballo “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, cit.

nas materias de contratación pública e extraordinariamente difícil para quen non o está, en detrimento mesmo, en ocasións, da seguridade xurídica".

O texto sometido a consulta merece, en termos xerais, un xuízo favorable (advirte que ten unha estrutura complexa que fai o seu manexo arduo e moi difícil para o operador xurídico). Non obstante, fórmulanse unha serie de consideracións á regulación proxectada, que teñen distinto alcance e relevancia. Para os efectos do artigo 130.3 do seu regulamento orgánico, teñen carácter esencial as formuladas aos artigos 6.1, 15 e 17, 44.7, 50.1.b) último parágrafo, 51.3, 55.e), 119.2.b), 138.3, 161.1, 172,3 e 173, 162, 179, 26 e 316 en relación coa obriga establecida no artigo 199, 212 e 315.

As observacións deste extenso ditame concréntanse, como indica o propio Consello de Estado, en:

1.º A disciplina dos convenios interadministrativos resulta excesivamente ríxida e imposibilita a súa utilización como instrumento ordinario de colaboración entre as Administracións públicas.

2.º A configuración dos contratos de servizos e de concesión de servizos e a supresión do contrato de xestión de servizos públicos –quedando embebido no segundo dos citados– non asegura un réxime axeitado para garantir os principios de igualdade, universalidade e continuidade dos servizos públicos ou de interese xeral⁶¹.

3.º O mantemento –e extensión nalgúns casos– da regra de que os contratos se perfeccionan pola súa formalización e non polo mero consentimento non está xustificade no expediente e suscita dificultades que o anteproxecto non resolve de xeito satisfactorio⁶².

4.º O sistema de repartición de competencias xurisdiccionais prevista no artigo 27 do anteproxecto non soluciona as dificultades apreciadas na práctica desde 2007, sendo aconsellable a volta ao tradicional que lle encomenda á xurisdición contencioso-administrativa o coñecemento dos actos suxeitos ao dereito administrativo e á xurisdición civil o axuízamento dos suxeitos ao dereito privado⁶³.

5.º O recurso especial en materia de contratación debería ter carácter potestativo e estenderse aos contratos non suxeitos a regulación harmonizada en todo caso e como mínimo cando aqueles sexan formalizados por poderes adxudicadores, determinándose legalmente os contratos cuxos actos son impugnables a través deste instrumento⁶⁴.

61 Neste punto, o Consello de Estado vén asumir a tese defendida e argumentada por MARTÍNEZ ALONSO, J. L., nas súas alegacións presentadas e concretadas no seu traballo "Modificación de la Ley de contratos del sector público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 40, 2015. Tamén HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., propón readaptar a categoría do contrato de xestión de servizos públicos e manter o modelo de concertos ("La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos", cit., pp. 50-57).

62 Esta opción, que foi unha exigencia das institucións europeas coa finalidade de preservar o efecto útil do recurso especial, foi cuestionada na doutrina científica polo profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., "El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria «de recursos»", *Revista de Administración Pública*, n.º 185, 2011, pp. 323-343.

63 Explícase de forma excelente no traballo de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., e FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público", cit., pp. 237-277.

64 Tese defendida no meu estudo "Sistema de control de la contratación pública en España (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)", cit. Esta posición, como se indica neste traballo, é compartida por numerosa e especializada doutrina científica.

6.º O réxime singular de presentación do recurso especial –derrogando o sistema ordinario establecido na lexislación de procedemento administrativo– constitúe un obstáculo inxustificable e gravoso para os administrados⁶⁵.

7.º Cómpre perfilar determinados aspectos da regulación das consultas preliminares á contratación co fin de evitar situacións que distorsionen a igualdade e a competencia dos licitadores no proceso de selección do contratista.

8.º É preciso reforzar o sistema de garantías que aseguren o efectivo cumprimento das responsabilidades do contratista saínte nos casos de subrogación legal de traballadores.

9.º Resulta necesario completar a regulación relativa ao denominado diálogo competitivo.

10.º A extensión das prerrogativas recoñecidas a favor da Administración en relación cos contratos administrativos aos contratos privados, mesmo cando estean suxeitos a regulación harmonizada, carece de fundamento xurídico⁶⁶.

11.º Considérase conveniente introducir no anteproxecto unha previsión que fixe o prazo máximo de tramitación dos procedementos de resolución dos contratos nun ano.

12.º Resulta conveniente reconsiderar o sistema legal previsto de indemnización de danos causados a terceiros polos contratistas nos termos indicados no corpo do ditame.

13.º A regulación proxectada dos acordos marco debería ser completada.

14.º Deberíanse introducir no anteproxecto os mecanismos precisos para asegurar a corrección dos proxectos de obras elaborados e a efectividade dos labores de supervisión e articular un sistema de exixencia de responsabilidades e sancionador axeitado.

15.º Cómpre articular unha solución certa en relación co procedemento a seguir no caso das reclamacións por danos causados polos establecementos e facultativos médicos formuladas polos beneficiarios dos concertos sanitarios do mutualismo administrativo, evitando o seu deambular polas xurisdicións civil e contencioso-administrativa como ata a data.

Correspóndelle, pois, ao novo Goberno, á vista do ditaminado, “corrixir” o texto para a súa aprobación polo Consello de Ministros e posterior remisión ás Cortes Xerais para a súa tramitación como norma legal, cuestión que se presupón prioritaria unha vez que a Comisión Europea lles enviou carta de citación por incumprimento a 21 Estados membros, entre os que está España (xunto a España, figuran outros 20 Estados membros que incumpriron o prazo de transposición das directivas. A Comisión comezou a enviar as cartas de citación tanto a España como ao resto de países implicados. Entre eles están Austria, Bélxica, Bulgaria, Croacia, a República Checa, Chipre, Estonia, Irlanda, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, os Países Baixos, Polonia, Portugal, Romanía, Eslovenia, Finlandia e Suecia), e o advertido na Recomendación da Decisión do Conse-

65 Como ben explica o profesor BERMEJO VERA, J., resulta necesaria unha nova configuración dos sistemas de xustiza administrativa que poña a atención na efectividade do control administrativo, sen que poida minguarse a súa efectividade por mor de intereses da propia Administración (“La resolución extrajudicial de conflictos”, López Ramón, F. (coord.), *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015, pp. 149-212).

66 Tamén o Consello de Estado considera imprescindible revisar o contido do artigo 212 do texto sometido a consulta, de cara a adecualo á dita disposición europea (criterio defendido por MATILLA, J., e BERNAL BLAY, M. A.). Esta observación ten carácter esencial para os efectos do establecido no artigo 130.3 do Regulamento Orgánico do Consello de Estado.

llo da Unión Europea do 27 de xullo de 2016, que sinala que no noso país existe unha “falta de mecanismos de control a priori e a posteriori suficientes (que) obstaculiza a aplicación correcta e uniforme da lexislación en materia de contratación pública”, así como unha ausencia de transparencia efectiva dada a “baixa taxa de publicación dos anuncios de contratos”, o correlativo abuso do procedemento negociado sen publicación previa e as adjudicacións directas. Finalmente, denuncia que “a falta dun organismo independente encargado de garantir a eficacia e o cumprimento da lexislación en materia de contratación pública en todo o país obstaculiza a aplicación correcta das normas de contratación pública e pode xerar oportunidades para cometer irregularidades, o cal ten efectos negativos sobre a situación da facenda pública española”. Todo iso, entende o Consello da Unión Europea, fai que a nosa contratación pública sexa ineficiente, o cal ten efectos negativos sobre a situación da facenda pública española. E, nesta situación, o artigo 1.6 da Decisión do Consello dispón literalmente o seguinte: “España debe establecer un marco coherente que garanta a transparencia e a coordinación da política de contratación pública de todas as entidades e autoridades de contratación co fin de garantir a eficiencia económica e un alto nivel de competencia. O devandito marco debe incluír mecanismos de control a priori e a posteriori adecuados para a contratación pública co fin de garantir a eficiencia e o cumprimento da lexislación”.

3 O efecto directo das directivas de contratación pública en ausencia de transposición en prazo e a súa incidencia no TRLCSP

Expostas as principais novidades do anteproxecto, a situación política do momento evidenciou a imposibilidade do cumprimento dos prazos de transposición, pois os trámites lexislativos, aínda non iniciados, non son breves, cuestión non allea ao que pode suceder noutros países⁶⁷. Ante esa situación, o 19 de abril abriuse un novo escenario xurídico caracterizado polo efecto directo das directivas de contratación pública⁶⁸ e, se é o caso, un recurso por incumprimento⁶⁹.

67 Na doutrina italiana recente trátase tamén esta cuestión. Remítome aos traballos de VELTRI, G., “In house e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE (Consiglio di Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n.º 298 655; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n.º 2660)”, *Revista Urbanistica e Appalti*, n.º 6, 2015, pp. 655-676, e DIVERIO, D., “Qualche riflessione intorno all’efficacia della direttiva servizi negli ordinamenti degli stati membri e al suo rapporto con il TFUE”, *Revista Il Diritto del Commercio Internazionale*, n.º 4, 2015, pp. 983-1003.

68 Sobre esta cuestión versaba o meu relatório “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones”, *VI Seminario de Contratación Pública*, Formigal, setembro de 2015 (disponíble en www.obcp.es), así como a miña intervención no *Congreso Internacional sobre Contratación Pública*: “Los retos de la transposición al derecho español de la nueva Directiva europea 2014/24/UE y las principales novedades del derecho comparado sobre contratos públicos”, celebrado os días 21 e 22 de xaneiro de 2016. Tamén o meu traballo “El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 143, 2016, pp. 8-19. Ese número especial desta revista contén outras interesantes colaboracións sobre o efecto directo das directivas de contratación pública.

69 O Consello de Estado, no seu Ditame do 10 de marzo de 2016 en relación co anteproxecto de Lei de contratos do sector público, recorda, sobre esta cuestión, que, “O incumprimento do citado prazo pode comportar a incoación por parte da Unión Europea do correspondente procedemento sancionador. Agora ben, en virtude dunha práctica de uso, a Comisión non o fai cando se culminou o procedemento interno de elaboración da norma de incorporación, o que, no caso español, se considera producido ao emitir o seu ditame este corpo consultivo”. Ante este escenario, a Generalitat de Cataluña aprobou o Decreto lei 3/2016 sobre medidas urxentes en materia de contratación pública. A súa xustificación é a seguinte: “O obxectivo deste decreto lei é establecer medidas en relación coa aplicación de determinadas disposicións da Directiva 2014/23/UE, do Parlamento e do Consello, do 26 de febreiro, relativa á adjudicación de contratos de concesión, e a Directiva 2014/24/UE, do Parlamento e do Consello, do 26 de febreiro, sobre contratación pública, e pola cal se derroga a Directiva 2004/18/CE”, indícase no artigo 1 do documento publicado no catálogo en liña da Generalitat. Respecto ao ámbito de aplicación do decreto, especificase que afectará a contratos do sector público suxeitos e non suxeitos a regulación harmonizada que tramiten os poderes adjudicadores da Generalitat e os entes locais da Comunidade Autónoma.

3.1 O significado da doutrina do efecto directo das directivas europeas

De acordo co disposto no artigo 51 da Directiva de concesións, 90 da Directiva de contratos e 106 da Directiva de sectores excluídos, o prazo de transposición destas concluía o 18 de abril de 2016. O Estado español optou por realizar a transposición mediante a aprobación

dunha nova lei de contratos do sector público⁷⁰, cuxo anteproxecto foi sometido a informe do Consello de Estado, que o emitiu con data do 10 de marzo de 2016 (Ditame 1116/2015)⁷¹.

Por suposto, e desde a coherencia do modelo, o contido “harmonizado” que se propón nas directivas de 2014 debe servir de referencia tamén nos contratos non cubertos, sen que sexan posibles regulacións que comporten efectos contrarios ás regras e fins da contratación pública⁷². Isto significa que os principios comunitarios inherentes á contratación pública son de directa aplicación a calquera contrato, sexa ou “non harmonizado”, evitando que existan na práctica ámbitos da contratación pública exentos en función do seu limiar⁷³.

70 Esta forma de transposición comporta problemas tanto no cumprimento de prazos como de contido (remítome ao meu traballo “La incorporación del derecho comunitario al ordenamiento nacional”, cit., pp. 61–67). Interesa recordar a Recomendación da Comisión Europea, do 12 de xullo de 2004, relativa á transposición ao dereito nacional das directivas que afectan ao mercado interior (texto pertinente para os efectos do Espazo Económico Europeo), na que se advirte que, debido á falta de rigor na transposición das directivas relativas ao mercado interior por parte dos Estados membros, a Comisión lles recomenda que adopten mellores prácticas para unha transposición correcta e dentro dos prazos establecidos. Na liña da Recomendación da Comisión, convén apuntar solucións de técnica lexislativa. Se a transposición require un acto dos Estados membros, este acto debería ser un trámite con regulación específica que permitise unha rápida reacción e que o distinga dos trámites lexislativos ordinarios.

Unha opción, seguindo o modelo de dereito comparado, podería consistir en que a incorporación ao dereito nacional se fixese mediante acto ou resolución dun órgano especializado. Nesta liña, o profesor MARTÍN-RETORTILLO, L. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, cit., pp. 186–187, propuxo crear unha especie de Gabinete de Vixilancia que avise o Goberno e o Parlamento da existencia de sentenzas condenatorias –e entendo que do efecto directo das normas e de contravencións de normas estatais de dereito comunitario nas súas distintas variantes– que ben podería descansar no Ministerio de Xustiza ou no Consello de Estado. Esta última proposta é certamente suxestiva e abondaría cunha reforma da Lei Orgánica do Consello de Estado, encaixando coas funcións inherentes a este órgano constitucional. Tamén podería pensarse en atribuírselle esta función á Comisión Mixta para a Unión Europea, creada pola Lei 8/1994, do 19 de maio, dado que o obxectivo específico desta Comisión é participar nas propostas lexislativas da Comisión Europea e no seguimento do dereito comunitario por autoridades nacionais. Tamén podería optarse por adoptar medidas no plano de política lexislativa (como teñen noutros Estados: por exemplo, en Italia mediante lei anual de transposición de normas comunitarias, ou no Reino Unido mediante decisión do Goberno dando conta ao Parlamento), que obrigarían, iso si, a unha reforma constitucional. Outra opción (proposta de ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, cit., pp. 236–237) sería prever un procedemento específico de transposición das directivas que fose similar á técnica da delegación lexislativa recepticia contida nos artigos 82 a 86 da nosa Carta Magna, de tal maneira que unha directiva se considerase como unha lei de bases cun prazo para aprobar o correspondente real decreto lexislativo idéntico ao prazo de transposición da directiva, establecendo a plena eficacia desa “lei de bases comunitaria” –coincidente coa directiva–, en caso de vencerse o prazo de mandato. Desde esta perspectiva cumprírase sempre en prazo co dereito comunitario, sen necesidade de aplicar a doutrina do efecto directo.

71 O Consello de Estado, no citado Ditame n.º 1116/2015, do 10 de marzo de 2016, en relación co Anteproxecto de Lei de contratos do sector público, recorda, sobre esta cuestión, que “O incumprimento do citado prazo pode comportar a incoación por parte da Unión Europea do correspondente procedemento sancionador. Agora ben, en virtude dunha práctica de uso, a Comisión non o fai cando se culminou o procedemento interno de elaboración da norma de incorporación, o que, no caso español, se considera producido ao emitir o seu ditame este corpo consultivo”.

72 Non en van, a Comunicación interpretativa da Comisión sobre o dereito comunitario aplicable na adxudicación de contratos non cubertos ou só parcialmente cubertos polas directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, do 1 de agosto de 2006) insistía nesta interpretación, comunicación cuxa legalidade e conformidade co dereito europeo foi confirmada pola STXUE do 20 de maio de 2010, no asunto T-258/06, que resolveu o recurso de anulación contra a Comunicación por Alemaña, ao que se adheriron como partes coadxuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Baixos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda do Norte e o Parlamento Europeo.

73 Vide o traballo de MORENO MOLINA, J. A., “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, *Revista de Administración Pública*, n.º 178, 2009, pp. 175–213. Coa positivización desta categoría preténdese, en suma, modelar a aplicación das normas da directiva nos diferentes contratos do sector público, restrinxíndoa só aos casos exixidos pola dita norma e deseñando para os demais, como declara a exposición de motivos, un réxime para o que o lexislador nacional ten plena liberdade. É e que, como ben afirma BAÑO LEÓN, J. M., non cabe que un concepto da lexislación de contratos públicos se interprete dunha forma diferente cando o contrato está condicionado polas directivas comunitarias que cando non o está (“La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000, p. 13), opinión que comparte CARBONELL PORRAS, E., no seu traballo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la

3.2 O significado da doutrina do efecto directo das directivas europeas de contratación pública

Como é suficientemente coñecido, a directiva é un dos instrumentos xurídicos de que dispoñen as institucións europeas para aplicar as políticas europeas. Trátase dunha ferramenta que se emprega principalmente no marco das operacións de harmonización das lexislacións nacionais. O artigo 288 do Tratado de Funcionamento da UE enuncia que a directiva é obrigatoria. Igual que o regulamento e a decisión europeos, é vinculante para os Estados membros destinatarios e éo en todos os seus elementos; en consecuencia, non se pode aplicar de forma incompleta, selectiva ou parcial. Trátase, pois, dun acto xurídico que necesita de recepción formal nos distintos ordenamentos xurídicos nacionais. Isto significa que, tras a entrada en vigor da directiva, o seu contido forma parte xa do ordenamento xurídico (principio de aplicabilidade directa), pero que non despregará efectos directos ata a súa transposición formal ou vencemento do prazo de incorporación se as súas previsións son claras, precisas e incondicionadas).

En relación con este último aspecto, e para preservar a nota de primacía do ordenamento xurídico da Unión Europea⁷⁴, convén recordar que a directiva “despregará” un efecto directo vertical ao expirar o prazo de transposición, de tal forma que os particulares poden alegar o texto contra os Estados ante os tribunais sempre que as súas disposicións sexan incondicionais e suficientemente precisas⁷⁵, ou o que é o mesmo, cando non se lles outorga aos Estados membros ningunha marxe de apreciación (Sentenza TXUE do 12 de decembro de 1990, Kaefer e Procacci, asuntos acumulados C-100/89 e C-101/89).

Criterio, polo demais, xa consolidado pola xurisprudencia do TXUE cuxas sentenzas Been-tjes, do 20 de setembro de 1988, e Fratelli, do 22 de xuño de 1989 (relativas neste caso a contratos públicos), recoñecen o efecto directo por non transposición en prazo de direc-

actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

74 O carácter de primacía do dereito comunitario abordouse nos seguintes asuntos: Asunto 26/62: Van Gend & Loos (natureza xurídica do dereito comunitario, e dereitos e obrigas do individuo); Asunto 6/64: Costa/ENEL (natureza xurídica do dereito comunitario, aplicabilidade directa e primacía do dereito comunitario); Asunto 14/68: Walt Wilhelm u.a. (natureza xurídica do dereito comunitario e primacía do dereito comunitario); Asunto 106/77: Simmenthal (dereito comunitario, aplicabilidade directa e primacía), Asunto 826/79: Mireco (primacía do dereito comunitario); Asunto C-213/89: Factortame (aplicabilidade directa e primacía do dereito comunitario); Asunto C-6: Francovich, e 9/90: Bonifaci (eficacia do dereito comunitario e responsabilidade dos Estados membros por violacións do dereito comunitario, neste caso, non transposición dunha directiva); Asuntos C-13 e 113/91: Debus (conflito entre dereito comunitario e dereito nacional, aplicabilidade directa e primacía do dereito comunitario); Asunto C-393/92: Gemeente Almelo (primacía e validez uniforme do dereito comunitario); Asuntos C-46/93: Brasserie du Pêcheur, e C-48/93: Factortame (eficacia do dereito comunitario e responsabilidade xeral dos Estados membros por violacións do dereito comunitario); Asunto C-10/97-C-22/97: *IN.CO.GE '90 Srl*. (primacía do dereito comunitario); Asunto C-212/97: Centros Ltd. (medidas nacionais para evitar o aproveitamento abusivo do dereito comunitario).

75 O efecto directo do dereito europeo foi consagrado polo Tribunal de Xustiza na Sentenza Van Gend en Loos do 5 de febreiro de 1963. Nesta sentenza, o tribunal declara que o dereito europeo non só xera obrigas para os países da UE, senón tamén dereitos para os particulares. En consecuencia, os particulares poden alegar estes dereitos e invocar directamente normas europeas ante as xurisdicións nacionais e europeas. Polo tanto, non é necesario que o país da UE recolla a norma europea en cuestión no seu ordenamento xurídico interno, efecto directo que se recoñece así, entre outras, na STXUE, do 4 de decembro de 1974, Van Duyn, asunto 41/71. O TXUE recoñece de novo o efecto directo na súa Sentenza do 7 de outubro de 1968, Corveleyn c. Estado belga, Rec. 1968, p. 536. A partir da Sentenza Van Duyn, o TXUE insistirá en ocasións posteriores sobre a posibilidade de invocar ante os tribunais nacionais. Así, sentenzas do 26 de febreiro de 1975, Bonsignore, asunto 67/74; do 28 de outubro de 1975, Rutili, asunto 36/75; do 8 de abril de 1976, Royer, asunto 48/75; e do 27 de outubro de 1977, Bouchereau, asunto 30/77 (todas elas en relación coa mesma directiva 64/221/CE); sentenzas do 7 de xullo de 1976, Watson e Belmann, asunto 118/75; do 14 de xullo de 1977, Sagulo, asunto 8/77; e do 3 de xullo de 1980, Pieck, asunto 157/79 (estas con relación á directiva relativa á supresión de restricións ao desprazamento e estadia de traballadores nos Estados membros e das súas familias no interior da Comunidade). Neste mesmo sentido, maniféstase o TXCE en sentenzas do 22 de xuño de 1989, Fratelli Costanzo, asunto 103/88; e do 1 de xuño de 1999, Kortas, asunto C-319/97, doutrina aceptada polo noso Tribunal Supremo xa desde as STS do 15 de marzo de 1999 ou STS do 17 de xullo de 2003.

tivas comunitarias “en canto ás disposicións incondicionais e suficientemente precisas das directivas, sendo responsabilidade dos Estados membros o incumprimento deste deber de adaptación” (STXUE do 19 de novembro de 1991)⁷⁶.

A doutrina do TXUE é clara sobre esta cuestión. Así, xa desde a Sentenza do 5 de abril de 1979, Ratti, e a Sentenza do 19 de xaneiro de 1982, Ursula Becker contra Finanzant Munster-Innenstadt, resolveuse a aplicabilidade do efecto directo das directivas comunitarias. De feito, a Sentenza Ursula Becker formula unha cuestión de gran transcendencia, como é que as directivas comunitarias constitúen normas básicas do dereito comunitario europeo. A este respecto, a citada resolución do TXUE vén confirmar á súa vez unha xurisprudencia anterior, no sentido de que, “cando as disposicións dunha directiva son, desde o punto de vista do seu contido, incondicionais e precisas, tales disposicións poden ser invocadas polos particulares afectados a falta de medios de execución da mencionada directiva que debían ser adoptadas polo Estado destinatario da directiva nun prazo determinado”. En consecuencia, os particulares ven reforzada a súa esfera xurídica e o dereito comunitario logra que o seu efecto útil, é dicir, a súa funcionalidade, non se vexa desvirtuada por unha eventual inexecución das directivas comunitarias por un Estado membro⁷⁷.

Pero non se trata dunha cuestión dispositiva. A STXUE do 14 de xullo de 1994, Faccini Dori, xa declarou que *necesariamente se debe interpretar a lexislación estatal existente co referente da (incumplida) directiva comunitaria*, criterio asumido na STXUE do 2 de xuño de 2005, Koppensteiner GmbH, ao afirmar que, cando unha norma comunitaria establece previsións que *“son incondicionais e suficientemente precisas para conferir un dereito a favor dun particular que este pode invocar, se é o caso, fronte a unha entidade adxudicadora como BIG, nestas circunstancias, o órgano xurisdiccional competente debe deixar sen aplicar as normas nacionais que lle impiden cumprir a obriga que se desprende dos artigos 1, apartado 1, e 2, apartado 1, letra b), da Directiva 89/665”*⁷⁸.

Interesa recordar, de forma máis específica, a doutrina da STXUE do 24 de setembro de 1998, Walter Tögel contra Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, sobre a aplicación directa da Directiva 92/50/CEE:

76 Por todos, en relación con esta xurisprudencia do TXUE, poden consultarse: ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, pp. 267-275; MUÑOZ MACHADO, S., *El Estado, el derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 133-137; LEZERTUA RODRÍGUEZ, M., *La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias*, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 11, 1985, pp. 275 e ss.; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea”, *Revista de Administración Pública*, n.º 109, 1986, pp. 119 e ss.; e TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., “El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, *Revista de Administración Pública*, n.º 125, 1991, pp. 227 e ss. En concreto, para a contratación pública pódese consultar COLABIANCHI, A., “Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione”, *Giurisprudenza Civile*, vol. I, 1990, p. 8.

77 EDWARD, D. A. O. “Efecto directo y primacía del derecho comunitario. El problema especial de las directivas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 42, 1995, pp. 35-42. Por suposto, a obra de ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, cit.

78 E é que, como ben destaca o profesor MARTÍN-RETORTILLO, L., “calquera xuíz ten que aplicar inmediatamente e sen rodeos o dereito comunitario. Iso é todo, nada máis, pero nada menos”. (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, cit., p. 100). Como di, o dereito comunitario europeo penetra nos ordenamentos nacionais e esgaza e descualifica calquera opción interna que sexa incompatible a través da técnica da inaplicabilidade. Sobre a obriga de interpretación TRLCSP conforme o dereito comunitario, resulta de especial interese o estudo de MORENO MOLINA, J. A., “La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”, Gimeno Feliú, J. M. (ed.), *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º X, Zaragoza, 2008, pp. 49-87, recordando a importancia do principio de interpretación conforme as exixencias do dereito comunitario –con fundamento nas sentenzas do TXUE do 5 de outubro de 1994, Van Munster, C-165/91, apartado 34, e do 26 de setembro de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39–, ao tempo que resalta o papel que estas desempeñan cando aplican os múltiples conceptos xurídicos indeterminados existentes na LCSP.

“44. A este respecto, procede sinalar desde un primeiro momento que as disposicións do título I, relativas ao ámbito de aplicación material e persoal da directiva, e do título II, relativo aos procedementos aplicables aos contratos que teñan por obxecto servizos enumerados nos anexos I A e I B, son incondicionais e suficientemente precisas para seren invocadas ante un órgano xurisdiccional nacional.

45. En virtude dos artigos 8 a 10, que forman parte do título II, as entidades adjudicadoras están obrigadas, de xeito incondicional e preciso, a adjudicar os contratos públicos de servizos de conformidade con procedementos nacionais de segundo o disposto nos títulos III a VI en relación cos servizos que estean comprendidos total ou principalmente no anexo I A e conforme os artigos 14 a 16 en relación cos servizos que estean comprendidos total ou principalmente no anexo I B. O artigo 14 constitúe o título IV, mentres que o artigo 16 figura no título V”.

A xurisprudencia do TXUE entende que o carácter obrigatorio da directiva é o fundamento do efecto directo, e o dito carácter só existe respecto do Estado destinatario desta, polo que é unha norma que non pode crear, por si soa, obrigas a cargo dun particular nin pode alegarse contra el; trátase de “evitar que o Estado poida sacar partido do seu incumprimento do dereito da Unión”.

E para estes efectos, como ben advertiu a STXUE do 12 de decembro de 2013, Portgás (asunto C-425/12, en especial apartados 22 e seguintes), os poderes adjudicadores deben considerarse como “Estado”. E tamén os organismos, calquera que sexa a súa forma xurídica, aos que un acto da autoridade pública lles encomendou a prestación dun servizo de interese público baixo o control desta última e que dispoñen, para tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación coas normas aplicables nas relacións entre particulares⁷⁹, sempre que, como ben explicou a STXUE do 12 de decembro de 2013, Portgás, “o dito servizo de interese público se preste baixo o control dunha autoridade pública e que a citada empresa dispoña de facultades exorbitantes en comparación coas normas aplicables nas relacións entre particulares (véxase, neste sentido, a Sentenza Rieser Internationale Transporte, antes citada, apartados 25 a 27)”⁸⁰.

En consecuencia, os preceptos das directivas de contratación pública de 2014 que sexan claros, precisos e incondicionados despregarán efectos xurídicos de obrigada aplicación polos operadores xurídicos e, por iso, serán parámetro de control por parte dos órganos administrativos de recursos contractuais e a xurisdición contencioso-administrativa⁸¹. É necesaria, en palabras de ALONSO GARCÍA, R., unha interpretación da norma nacional conforme o

79 Sentenzas TXUE Foster e outros, apartado 20, do 14 de setembro de 2000, Collino e Chiappero, C-343/98, apartado 23; do 5 de febreiro de 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02, apartado 24; de 19 de abril de 2007, Farrell, C-356/05, apartado 40, e Sentenza do 24 de xaneiro de 2012, Domínguez, C-282/10.

80 En todo caso, como sinalou o avogado xeral nas súas conclusións do caso Portgás, o mero feito de que unha empresa privada concesionaria exclusiva dun servizo público forme parte das entidades a que se refire expresamente o ámbito de aplicación subxectivo da Directiva 93/38/CE non leva implícito que poidan invocarse contra esa empresa as disposicións desa directiva (efecto directo vertical). Haberá que acreditar que o Estado dispón sobre a mercantil dun control e unhas facultades exorbitantes (de acordo cunha definición funcional de empresa).

81 A STXUE do 16 de xuño de 1987 reitera o principio de que os Estados membros non poden invocar disposicións do seu propio ordenamento para limitar o alcance das disposicións e nocións comunitarias. Vide, por todos, TRAYTER, J. M., “El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, cit., pp. 188 e ss. Así, deriva, como recorda o profesor MUÑOZ MACHADO, S., dos imperativos propios do dereito comunitario: principios de primacía, e de aplicabilidade directa e uniforme deste (“La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los ordenamientos internos”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 7, 1991, pp. 9-38).

dereito europeo⁸². En todo caso, este efecto directo, segundo reiterada xurisprudencia, non permite que unha directiva poida crear, por si soa, obrigas a cargo dun particular e non pode, por conseguinte, ser invocada como tal contra a dita persoa ante un tribunal nacional⁸³.

Obviamente, o efecto directo aplícase nos supostos regulados pola directiva, o que limita o seu alcance aos importes harmonizados. Iso non impide, desde a coherencia do modelo, que o contido “harmonizado” que se propón nas directivas de 2014 poida servir de referencia tamén nos contratos non cubertos, sen que sexan posibles regulacións que comporten efectos contrarios ás regras e fins da contratación pública⁸⁴. Isto significa que os principios comunitarios inherentes á contratación pública son de directa aplicación a calquera contrato, sexa ou non “harmonizado”, evitando que existan na práctica ámbitos da contratación pública exentos en función do seu limiar⁸⁵. Así o recordou a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (Sala Quinta) do 16 de abril de 2015 no asunto C-278/14, que analiza a aplicabilidade a un contrato público de subministración de valor inferior aos limiares establecidos polas directivas de contratos públicos dos principios xerais establecidos pola xurisprudencia do TXUE, recordando que é necesario respecto dos principios xerais da contratación pública se o contrato presenta un interese transfronteirizo⁸⁶.

82 ALONSO GARCÍA, R., “La interpretación del derecho de los Estados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 28, 2008, pp. 385-410.

83 Sentenzas TXUE do 8 de outubro de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, apartado 9, do 14 de xullo de 1994, Faccini Dori, C-91/92, apartado 20, e Sentenza do 24 de xaneiro de 2012, Domínguez, C-282/10, apartado 37 e xurisprudencia alí citada.

84 Non en van, a Comunicación interpretativa da Comisión sobre o dereito comunitario aplicable na adxudicación de contratos non cubertos ou só parcialmente cubertos polas directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, do 1 de agosto de 2006) insistía nesta interpretación, comunicación cuxa legalidade e conformidade co dereito europeo foi confirmada pola STXUE do 20 de maio de 2010, no asunto T-258/06, que resolveu o recurso de anulación contra a Comunicación por Alemaña, ao que se adheriron como partes coadxuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Baixos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda do Norte e o Parlamento Europeo.

85 *Vide* o traballo de MORENO MOLINA, J. A., “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, *Revista de Administración Pública*, n.º 178, 2009, pp. 175-213. Coa positivización desta categoría preténdese, en suma, modelar a aplicación das normas da directiva nos diferentes contratos do sector público, restrinxíndoa só aos casos exixidos pola devandita norma e deseñando para os demais, como declara a exposición de motivos, un réxime para o que o lexislador nacional ten plena liberdade. E é que, como ben afirma J. M. BAÑO LEÓN, non cabe que un concepto da lexislación de contratos públicos se interprete dunha forma cando o contrato está condicionado polas directivas comunitarias que cando non o está (“La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000, p. 13), opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS no seu traballo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

86 A Comunicación interpretativa da Comisión do 1 de agosto de 2006, C 179/02 –cuxa legalidade e conformidade co dereito europeo foi confirmada pola STXUE do 20 de maio de 2010, no asunto T-258/06, que resolveu o recurso de anulación contra a Comunicación por Alemaña, ao que se adheriron como partes coadxuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Baixos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda do Norte e o Parlamento Europeo–, xa indicaba: “No caso dos contratos cuxa contía sexa inferior aos limiares de aplicación das directivas sobre contratación pública, deberase ter en conta que, conforme a xurisprudencia do TXCE, as persoas teñen dereito a unha protección xudicial efectiva dos dereitos que lles confire o ordenamento xurídico comunitario. (...) De conformidade coa xurisprudencia relativa á protección xudicial, os recursos dispoñibles non poderán ser menos eficaces que os aplicables a reclamacións similares fundadas no dereito nacional (principio de equivalencia), e, na práctica, non deberán imposibilitar ou dificultar excesivamente a obtención da protección xudicial (principio de eficacia)”. E non pode descoñecerse o feito de que o Tribunal Constitucional, en Sentenza do 30 de abril de 2015, no recurso de inconstitucionalidade núm. 1884-2013, ao analizar contratos non cubertos pola directiva de contratación pública, afirma de forma clara que iso non elimina a suxeición aos principios da contratación pública e utiliza no seu razoamento a citada comunicación interpretativa de 2006, concluíndo que: “*mesmo cando o contrato de xestión de servizos públicos non é un contrato harmonizado (artigo 13 TRLCSP), isto é, non está suxeito nin á Directiva 2004/18/CE nin á Directiva 2014/24/UE, que derroga a anterior e está aínda pendente de transposición, a encomenda por unha autoridade pública a un terceiro da prestación de actividades de servizos debe respectar o principio de igualdade de trato e as súas expresións específicas, que son a prohibición de discriminar en razón da nacionalidade, e os artigos 43 e 49 do Tratado CE sobre a liberdade de establecemento e a libre prestación de servizos, respectivamente. Isto significa que en contratos de importe non harmonizado deberán ter un réxime equivalente no nivel de eficacia, como advertiu a citada STXUE do 6 de outubro, Orizzonte Salute, C- 61/14.*”

3.3 O efecto directo das directivas de contratación pública de 2014 e a súa incidencia na lexislación nacional

Nunha primeira aproximación, pode afirmarse que os contidos das directivas de contratación pública, dado que ou están pretraspuestos ou son claros, precisos e incondicionados, terán efecto directo case na súa totalidade, sen prexuízo de que a prol da seguridade xurídica, que é desexable nunha materia tan sensible como a contratación pública, a transposición puidese efectuarse, se ben non a tempo, o antes posible⁸⁷. A existencia do Anteproxecto de Lei de contratos do sector público, con cita dos preceptos das directivas na regulación que se propón (que inclúe concordancias co que se di no actual TRLCSP) pode servirle de axuda ao xestor.

En todo caso, dun primeiro avance, pódese indicar que terán efecto directo as seguintes cuestións:

1) As definicións terán plenos efectos xurídicos, pois son, obviamente, incondicionadas. En todo caso, non supoñen unha gran novidade práctica, pois con carácter xeral atópanse nas directivas de 2004. Si que ten gran significado o feito de que o concepto de concesión de servizos sexa xa plenamente operativo, de tal xeito que se “despraza” a categoría do contrato de xestión de servizos públicos do noso TRLCSP (artigo 8). E, tamén, á posibilidade de CPPI, que, malia non figurar como opción na dita directiva, enténdese que forma parte do modelo de CPPI fixado na comunicación interpretativa da Comisión relativa á aplicación do dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións á colaboración público-privada institucionalizada (2008/C 91/02).

2) O ámbito de aplicación e a súa concreción –poder adjudicador e entidades adjudicadoras– terá efecto xurídico. Non obstante, trátase de conceptos moi “asimilados” na práctica e con importante doutrina do TXUE que se vén aplicando de forma uniforme e constante⁸⁸, e onde, por suposto, un medio propio, como tal, ten consideración de poder adjudicador⁸⁹. Tamén terán efecto as previsións sobre centrais de compras e técnicas de contratación conxunta.

87 Este carácter detallado xa é advertido pola citada Circular 3/2015 da Avogacía do Estado ao afirmar que a Directiva de contratación pública de 2014 “establece unha regulación moi detallada e pormenorizada que, por iso, fai realmente innecesaria a promulgación dunha norma de dereito nacional que desenvolva ou complete as previsións daquela co fin de posibilitar a súa aplicación efectiva”.

88 Sirva de exemplo o Informe 7/2015, do 12 de maio, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, sobre a natureza xurídica da Feira de Zaragoza, para os efectos da aplicación da normativa sobre contratación pública, ou o Acordo 104/2015, do Tribunal de Contratos Públicos de Aragón, en relación con MercaZaragoza

89 O Acordo 104/2015, do Tribunal de Contratos Públicos de Aragón, insiste nesta idea: “*Esta condición de medio propio conduce de xeito inexorable á súa condición de poder adjudicador. É iso non só desde unha interpretación teleolóxica –que por si mesma rexeita a posibilidade de que unha prestación que se debería someter ás regras dunha licitación pública, como consecuencia dunha encarga a un medio propio, poida quedar subtraída ás regras da contratación pública–, senón porque a previsión ten reflexo legal expreso no artigo 4.1.n) TRLCSP: «...os contratos que deban asinar as entidades que teñan a consideración de medio propio e servizo técnico para a realización das prestacións obxecto da encarga quedarán sometidos a esta lei, nos termos que sexan procedentes de acordo coa natureza da entidade que os asine e o tipo e contía destes, e, en todo caso, cando se trate de contratos de obras, servizos ou subministracións cuxas contías superen os límites establecidos na sección 2.ª do capítulo II deste título preliminar, as entidades de dereito privado deberán observar para a súa preparación e adjudicación as regras establecidas nos artigos 137.1 e 190».* Esta disposición disciplina o réxime de contratación con terceiros que deben aplicar os medios propios, e que, en definitiva, non é outro que o réxime previsto no TRLCSP para as Administracións públicas, ou ben para os poderes adjudicadores cando se trate de entidades de natureza privada, como é o caso das sociedades mercantís (de aí a referencia «á natureza da entidade»). Non é admisible, desde a previsión legal, a posibilidade de considerar que un medio propio se cualifique, para os efectos dos contratos que asine con terceiros, como unha entidade do sector público que non teña a consideración de poder adjudicador”. Esta argumentación foi tamén a utilizada polo órgano de recursos contractuais do País Vasco na súa Resolución 23/2015, do 24 de febreiro, en relación coa tramitación dun contrato de MERCA-BILBAO, onde se conclúe que esta entidade ten a condición de poder adjudicador, ao realizar funcións de interese xeral (aínda que poidan ser tamén de interese industrial ou mercantil) e que, sobre todo, a propia condición de medio propio aboca MERCABILBAO á condición de poder adjudicador.

3) Serán de directa aplicación igualmente as previsións en relación co cálculo do valor estimado da concesión.

4) A posibilidade de cooperación vertical (*in house providing*) deberá cumprir coas exixencias das directivas (artigos 12 e 17 da Directiva contratación e Directiva concesións respectivamente): a) que o poder adjudicador exerza sobre a persoa xurídica de que se trate un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos; b) que polo menos o 80 % das actividades desa persoa xurídica se leven a cabo para o poder adjudicador que a controla ou para outras persoas xurídicas controladas polo mesmo poder adjudicador; c) que non exista participación privada na persoa xurídica controlada. Control análogo que existirá non en función da porcentaxe de participación no capital social, senón no feito de que o ente instrumental careza efectivamente de autonomía desde o punto de vista decisorio respecto do ente que realiza a encarga, non existindo nestes casos verdadeira autonomía contractual. Sobre o significado práctico concreto, resultan de grande interese as reflexións contidas no Informe 3/2015, do 27 de xaneiro de 2015, da Avogacía do Estado.

5) A determinación do prazo das concesións deberá determinarse respectando as previsións do artigo 18 da directiva (que despraza toda a regulación española que contén previsións sobre prazos nos contratos de concesión de obras e de xestión de servizos públicos). Así, *“para as concesións que duran máis de cinco anos, a duración máxima da concesión non poderá exceder o tempo que se calcule razoable para que o concesionario recupere os investimentos realizados para a explotación das obras ou servizos, xunto cun rendemento sobre o capital investido, tendo en conta os investimentos necesarios para alcanzar os obxectivos contractuais específicos. Os investimentos que se teñan en conta para os efectos do cálculo incluírán tanto os investimentos iniciais como os realizados durante a vida da concesión”*. Este prazo explícase no considerando 52 da directiva do seguinte xeito: *“A duración dunha concesión debe limitarse para evitar o peche do mercado e a restrición da competencia. Ademais, as concesións de moi longa duración poden dar lugar ao peche do mercado, obstaculizando así a libre circulación de servizos e a liberdade de establecemento. Agora ben, tal duración pode estar xustificada se resulta indispensable para permitir que o concesionario recupere os investimentos previstos para a execución da concesión e obteña ademais un beneficio sobre o capital investido. Polo tanto, para as concesións de duración superior a cinco anos, a duración debe estar limitada ao período en que resulte razoablemente previsible que o concesionario poida recuperar os investimentos realizados para explotar as obras e servizos e mais un beneficio sobre o capital investido en condicións normais de explotación, tendo en conta os obxectivos contractuais específicos que asumira o concesionario co fin de satisfacer exixencias tales como a calidade ou o prezo para os usuarios. Esta previsión ha de ser válida no momento da adjudicación da concesión. Debe ser posible incluír os investimentos iniciais e posteriores considerados necesarios para a explotación da concesión, como gastos de infraestrutura, dereitos de propiedade intelectual, patentes, equipo, loxística, contratación, formación do persoal e gastos iniciais. A duración máxima da concesión debe estar indicada nos documentos relativos a esta, agás que a duración constitúa un criterio para a adjudicación do contrato. Os poderes e as entidades adjudicadores sempre deben poder adjudicar unha concesión por un período inferior ao necesario para recuperar os investimentos, sempre e cando a compensación correspondente non elimine o risco operacional”*.

6) Para a determinación das regras aplicables ao réxime dun contrato mixto de concesións, deberanse observar as previsións dos artigos 21 e 22 da Directiva concesións. Así, nas

Regap



ESTUDIOS

concesións cuxo obxecto sexan tanto obras como servizos, adxudicaranse conforme as disposicións aplicables ao tipo de concesión predominante no obxecto principal do contrato. Para os supostos de concesións mixtas que consistan en parte en servizos sociais e outros servizos específicos enumerados no anexo IV e en parte noutros servizos, o obxecto principal determinarase en función de cal dos valores estimados dos respectivos servizos é o máis alto.

7) A regulación dos servizos de investigación e desenvolvemento son preceptos de efecto directo, aínda que esta cuestión xa está incorporada á nosa lexislación, tras a transposición das directivas de 2004.

8) A obriga de incorporar as nomenclaturas nos contratos de concesión será inmediatamente eficaz en abril do 2016, o que afecta aos denominados contratos de xestión de servizos públicos en España, considerados non harmonizados ao non estaren cubertos pola Directiva 2004/18. Esta exigencia de CPV para toda concesión de obra ou de servizos debe ser respectada. E, como elemento de publicidade e transparencia, o seu incumprimento implicará a nulidade do procedemento.

9) Serán tamén directamente aplicables as previsións de confidencialidade, previsión que se vén aplicando xa en España e que non parece que poida producir distorsións. A STXUE do 14 de febreiro de 2008, VAREC, xa declarou que o órgano que coñeza dun recurso en materia de contratación deberá garantir axeitadamente a confidencialidade das propostas dos licitadores e o segredo da dita información. A xustificación é a seguinte:

"(...) é necesario que as entidades adxudicadoras non divulguen información relativa a procedementos de adxudicación de contratos públicos cuxo contido poida ser utilizado para falsear a competencia, xa sexa nun procedemento de adxudicación en curso ou en procedementos de adxudicación ulteriores. Ademais, tanto pola súa natureza como conforme o sistema da normativa comunitaria na materia, os procedementos de adxudicación de contratos públicos baséanse nunha relación de confianza entre as entidades adxudicadoras e os operadores económicos que participan neles. Estes deben poder comunicarlles a tales entidades adxudicadoras calquera información útil no marco do procedemento de adxudicación, sen medo a que estas lles comuniquen a terceiros datos cuxa divulgación poida prexudicar os ditos operadores.

37. Por tales razóns, o artigo 15, apartado 2, da Directiva 93/36 establece que as entidades adxudicadoras teñen a obriga de respectar o carácter confidencial de todas as informacións proporcionadas polos provedores".

A confidencialidade, polo tanto, exige adoptar medidas e interpretacións que preserven, de xeito útil, o seu contido, o que limita o dereito ao libre acceso a toda a documentación das ofertas dos licitadores competidores, pois, como advirte a Sentenza do Tribunal Xeral da Unión Europea (Sala Segunda), do 29 de xaneiro de 2013, Cosepuri Soc. Coop. p. A., contra a Autoridade Europea de Seguridade Alimentaria (EFSA), a materia de contratos públicos fundaméntase nunha competencia non falseada.

10) Interesa destacar a directa aplicabilidade das previsións relativas aos anuncios das licitacións e de adxudicación, que deberán axustarse aos modelos que contén a directiva, obriga de anunciar que se estende agora ás concesións de servizos (contratos de xestión de servizos públicos).

11) O acceso electrónico directo, completo, gratuito e sen restricións, por medios electrónicos, dos documentos relativos ás concesións será unha previsión con efecto directo. Así, PCAP e PTT deberán ser accesibles electronicamente en todo caso (sen que se poida obrigar a xustificar o interese da documentación ou a retirada, logo de pagamento, en determinadas oficinas).

12) A definición de conflito de interese, e as súas consecuencias, terá efecto directo. O concepto de conflito de intereses, tamén recollido de forma expresa no artigo 7.4 da Convención das Nacións Unidas contra a corrupción, realizada en Nova York o 31 de outubro de 2003 (Instrumento de Ratificación do Reino de España, do 9 de xuño de 2006, publicado no BOE do 19 de xullo de 2006)⁹⁰, comprenderá polo menos calquera situación en que os membros do persoal do poder adjudicador, ou dun provedor de servizos de contratación que actúe en nome do poder adjudicador, que participen no desenvolvemento do procedemento de contratación ou poidan influír no resultado dese procedemento, teñan, directa ou indirectamente, un interese financeiro, económico ou persoal que puidese parecer que compromete a súa imparcialidade e independencia no contexto do procedemento de contratación. Desta normativa infírense tres regras: a) Non se require que o conflito sexa «real» en canto que o interese particular inflúa *de facto* no desempeño da actividade pública, senón que poida ser percibido como comprometedor da obxectividade, a imparcialidade e a independencia requirida no procedemento de contratación; b) Non existe unha obriga absoluta dos poderes adjudicadores de excluír sistematicamente os licitadores en situación de conflito de intereses, dado que tal exclusión non se xustifica naqueles casos en que pode probarse que tal situación non tivo ningunha incidencia no seu comportamento no marco do procedemento de licitación e que non supón un risco real de que xurdan prácticas que poidan falsear a competencia entre os licitadores; e c) A exclusión dun licitador en situación de conflito de intereses resulta indispensable cando non se dispón dun remedio máis adecuado para evitar calquera vulneración dos principios de igualdade de trato entre os licitadores e de transparencia⁹¹.

13) Tamén terá efecto directo a previsión do artigo 36 da Directiva de concesións referida a requisitos técnicos ou funcionais, que exige que estes definan “as características requiridas dos traballos ou servizos que son obxecto da concesión. Figurarán nos documentos de concesión”. Trátase de fixar o máximo de transparencia para favorecer a competencia. E, para iso, a directiva advirte que non será posible rexeitar unha oferta baseándose en que as obras e os servizos ofrecidos non se axustan aos requisitos técnicos ou funcionais a que fixeron referencia, sempre que na súa oferta o licitador probe, por calquera medio axeitado, que as solucións que propón cumpren de forma equivalente os requisitos técnicos e funcionais.

14) A xustificación da solvencia dos licitadores realizarase mediante declaración responsable (deberán terse en conta as previsións contidas no Regulamento de Execución (UE) 2016/7 da Comisión do 5 de xaneiro de 2016 polo que se establece o formulario normalizado do documento europeo único de contratación), cuestión importante na práctica e que xa se utiliza como parámetro interpretativo, tal como advertimos con anterioridade. Isto significa

90 Así mesmo, o artigo 8 inclúe unha serie de exixencias xerais respecto dos códigos de conduta para funcionarios públicos desde a promoción da integridade, a honestidade e a responsabilidade, ademais de procurar “sistemas para exixirles aos funcionarios públicos que fagan declaracións ás autoridades competentes en relación, entre outras cousas, coas súas actividades externas e con empregos, investimentos, activos e agasallos ou beneficios importantes que poidan dar lugar a un conflito de intereses respecto das súas atribucións como funcionarios públicos” (artigo 8.5).

91 MEDINA ARNAIZ, T., “Los conflictos de intereses llegan a las directivas sobre contratación pública”, *Observatorio de los contratos públicos* 2013, 2014, pp. 271-302.

que a regulación do artigo 146 TRLCSP quedará desprazada no relativo ao carácter potestativo de tal posibilidade, que pasará a ser a regra xeral.

15) Os supostos de exclusión son, en varias das súas previsións, exemplo evidente de incondicionalidade e, por iso, terán efecto directo, o que implica unha alteración do sistema de prohibicións de contratar, de tal xeito que aquelas non contidas no noso TRLCSP deberán ser aplicadas. Un exemplo é a previsión do apartado 7 b) da Directiva de concesións, ao establecer como causa de exclusión *“se un conflito de intereses no sentido do artigo 35, parágrafo segundo, non se pode emendar con eficacia por ningunha outra medida menos intrusiva”*. Tamén terán efecto directo as previsións relativas a consultas preliminares do mercado e a previsión das medidas de *“clemencia”*.

16) Os prazos mínimos de presentación de ofertas son preceptos que teñen efecto directo. Así, a partir do 18 de abril de 2016 –sempre cumprindo coa exigencia de utilización de medios electrónicos– o prazo mínimo para a recepción das solicitudes para a concesión poderá ser de 30 días a partir da data de envío do anuncio de concesión. Non obstante, ao ser un prazo mínimo, e ser máis amplo o do TRLCSP, haberá que seguir a lei nacional. E o mesmo sucederá cando o procedemento se desenvolva en etapas sucesivas: o prazo mínimo para a recepción de ofertas iniciais será de 22 días a partir da data en que se envíe a convocatoria de ofertas.

17) En materia de procedementos, o artigo 31 da Directiva 2014/24 relativo ao procedemento de asociación para a innovación ten efecto directo (o que pode permitir despreñar xa unha estratexia efectiva para conseguir o fin de pasar da *“idea ao mercado”*). No procedemento negociado, nos importes harmonizados, tamén despreñan efecto directo as previsións das directivas, de tal forma que se amplía o seu ámbito de aplicación cando hai publicidade, e se limita se é sen publicidade, pois estamos ante un procedemento de excepción⁹², e que non son posibles interpretacións «xenerosas» deste, xa que se afecta ao principio de concorrencia e eficiencia⁹³. Pero non pode alcanzar a eliminación do suposto do procedemento negociado pola contía, por non ser un suposto cuberto pola directiva, e, por iso, non pode existir efecto directo⁹⁴. A exigencia de catálogos electrónicos terá tamén efecto directo.

A exigencia de informar sen demora das actuacións derivadas no procedemento de licitación será tamén de aplicación directa. Débese informar en todo caso os nomes dos licitadores seleccionados, as razóns polas que se desestimase a súa solicitude de participación ou a súa oferta, así como as razóns polas que, se é o caso, decidise non adxudicar un contrato que fora

92 Así, a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 14 de setembro de 2004, ao condenar a República Italiana pola utilización deste procedemento incorrectamente, insiste en que os supostos que o amparan deben ser interpretados restritivamente e que a carga da proba de que existen realmente as circunstancias excepcionais que xustifican a excepción incumbe a quen se queira beneficiar delas (véxanse, neste sentido, as sentenzas do 18 de maio de 1995, Comisión/Italia, apartado 23, e do 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemaña, apartado 13). O apartado 21 é esclarecedor ao lembrar que *“é certo que o obxectivo de garantir a continuidade das obras relativas a proxectos complexos e cuxa finalidade é a seguridade hidráulica dunha rexión é unha consideración técnica cuxa importancia debe recoñecerse. Non obstante, a mera afirmación do carácter complexo e delicado dun conxunto de obras non abonda para demostrar que só se lle pode encomendar a un mesmo empresario, en particular cando as obras se dividen en lotes cuxa realización debe prolongarse durante moitos anos”*.

93 Sobre o significado do principio de eficiencia na contratación, vide GIMENO FELLIÚ, J. M., “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, número monográfico da revista *Presupuesto y Gasto Público* sobre “calidad institucional, transparencia y buen gobierno”, n.º 82, 2016, pp. 137-158.

94 Este é o criterio da Recomendación 1/2016, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, do 20 de abril, relativa á utilización do procedemento negociado. Pola contra, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Cataluña, no Informe 1/2016, do 6 de abril, opina que a directiva alcanza este suposto e que queda desprazada.

anunciado ou reiniciar o procedemento. Esta previsión xa existe no noso TRLCSP –para facilitar a posibilidade de interpor o recurso especial– e non formula especiais problemas prácticos.

18) Os criterios de adxudicación (incluídas as variantes) tamén terán efecto directo⁹⁵. Así, estes deberán ser obxectivos, respectar os principios da contratación pública e garantir a avaliación das ofertas nunhas condicións de competencia efectiva tales que se poida determinar a vantaxe económica global para o poder adxudicador ou a entidade adxudicadora. Eses criterios estarán vinculados ao obxecto da concesión e non lle conferirán ao poder adxudicador ou á entidade adxudicadora unha liberdade de elección ilimitada. *Poderán incluír, entre outros, criterios ambientais, sociais ou relacionados coa innovación*. En todo caso, non son admisibles os criterios relativos ás capacidades da empresa (ou a súa experiencia⁹⁶). Estas previsións xa veñen sendo aplicadas en España e non deben presentar dificultades prácticas ao encaixar coa regulación contida no artigo 150 do TRLCSP.

19) As previsións sobre subcontratación son tamén de aplicación directa. As previsións relativas á posibilidade de que o poder adxudicador lle exixa ao licitador ou ao solicitante que mencione na oferta a parte do contrato ou a concesión que se propoña subcontratar a terceiros, así como os subcontratistas propostos (o que non prexulgará a cuestión da responsabilidade do concesionario principal), así como o caso dos contratos de obras e respecto dos servizos que deban prestarse *in situ* baixo a supervisión directa do poder ou entidade adxudicadores, tras a adxudicación da concesión e, como moi tarde, cando se inicie a execución desta, a existencia de contratista ou concesionario de comunicar o nome, os datos de contacto e os representantes legais dos subcontratistas que interveñan nas obras ou servizos en cuestión, sempre que se coñezan nese momento, así como a de notificar calquera modificación que sufra esta información durante o transcurso da concesión, e toda a información necesaria sobre os novos subcontratistas aos que asocie posteriormente á obra ou servizo en cuestión.

20) Grande efecto práctico derivará da aplicación directa do novo réxime de modificacións contractuais (artigo 72 e 43 respectivamente). O novo réxime parece ampliar as posibilidades de modificación (o que pode desprazar o réxime dos artigos 105 a 107 TRLCSP). En todo caso, a doutrina xa consolidada do TXUE non queda desprazada por esta nova regulación, pois, como advirte o considerando 107 da Directiva 2014/24, “*é preciso aclarar as condicións en que a modificación dun contrato durante a súa execución exige un novo procedemento de contratación, tendo en conta a xurisprudencia pertinente do Tribunal de Xustiza da Unión Europea*”⁹⁷. Así, esta doutrina segue sendo o parámetro de axuízamento de tal posibilidade (que non *ius variandi*) e que se limita aos casos estritamente necesarios para preservar o propio contrato sen alterar a súa causa ou contido substancial⁹⁸. Interesa

95 A STXUE do 16 de outubro de 2003 (Traunfellner) recorda que non é correcto admitir variantes se tal posibilidade non se previu e se motivou no prego ou anuncio de licitación. E unha variante non é o mesmo que o criterio “melloras”.

96 Así debe interpretarse a mención do apartado 67.2 b) da Directiva 2014/24, que o que intenta é valorar a maior calidade por aptitudes persoais en prestacións de contido “intelectual”, e que, polo tanto, non permite como tal a valoración da experiencia, que continúa sendo un criterio de solvencia.

97 Por todos, GIMENO FELIÚ, J. M., “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, cit., p. 99, pp. 83-140; GALLEGO CORCOLES, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Las directivas de contratación pública*, número monográfico especial *Observatorio de los contratos públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167, e VÁZQUEZ MATILLA, J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 65-89.

98 HOEPFFNER, H., afirma que a modificación non é un sinal dunha enfermidade do contrato, senón que é un elemento da súa vida, da súa propia supervivencia (“La modification des contrats de la commande publique a l’épreuve du droit communautaire”, *Revue française de droit administratif*, n.º 1, 2011, pp. 98-114).

destacar unha importante medida introducida pola Directiva sobre contratación pública, que establece a obriga de publicar as modificacións contractuais, como elemento de control, co fin de garantir o axeitado cumprimento e tramitación do previsto para tal efecto no prego (artigo 72.1, último inciso)⁹⁹, posibilidade xa recoñecida pola STXUE do 8 de maio de 2014. Asunto C-161/13. A finalidade desta exigencia (que en España xa se aplica en Aragón e Navarra) é xerar a transparencia adecuada sobre as causas e consecuencias dos modificados contractuais¹⁰⁰, así como posibilitar, se é o caso, unha eventual impugnación polos que estivesen lexitimados, se se acreditase que se incumpriron os límites legais a tal potestade de modificación, xerando un acto novo de adxudicación ilegal¹⁰¹. Para iso estarán especialmente lexitimados os licitadores non seleccionados¹⁰². Non en van, unha modificación ilegal é unha «nova adxudicación» (STXUE do 19 de xuño de 2008, Priesstext Nachrichtenagentur GMBH, cfr. apdo. 34) e, polo tanto, esa «nova adxudicación» forma parte do obxecto de recurso especial¹⁰³. E é que, na práctica, foi nesta fase onde proliferaron os problemas de corrupción e redes clientelares, pondo en dúbida o principio de integridade¹⁰⁴. O concepto

99 Así se prevé no artigo 19.2 da Lei 4/2011, do 31 de marzo de 2011, da boa administración e do bo goberno das Illas Baleares, e no artigo 10.3 da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e de boas prácticas na Administración pública galega. Tamén a Lei 3/2011, de contratos do sector público de Aragón, que ex artigo 12 bis exige a publicación de todo modificado –independentemente do seu importe– e a súa modificación aos licitadores. Resulta de interese o Informe 12/2012, do 23 de maio, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, sobre réxime de publicidade, notificación e formalización dos modificados contractuais en aplicación do artigo 12 bis da Lei 3/2011, do 24 de febreiro, de medidas en materia de contratos do sector público de Aragón. Vide BERNAL BLAY, M. A., “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 203-210.

100 Vide BELTRÁN GÓMEZ, A. I., “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es, 8 de outubro de 2012.

101 O Informe 12/2012, do 23 de maio, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, sobre o réxime de publicidade, notificación e formalización dos modificados contractuais, analiza o significado deste novo precepto e o seu fundamento na xurisprudencia do TXUE, concluíndo que «*II. Contra os actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cando se trate de modificacións previstas en contratos de valor considerado superior a 1.000.000 € para os contratos de obras, e de 100.000 € para os contratos de subministracións e servizos, ou recurso contencioso-administrativo (artigo 46 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa). No caso de modificacións non previstas, aplicarase o réxime ordinario de recursos*».

102 A posibilidade de recurso especial nun modificado poderá ser utilizada unicamente polos licitadores non adxudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer dos elementos que o fundamentan, oculta en si mesmo un novo acto de adxudicación, e non unha mera decisión de execución contractual, opción que se xustificaría no dato de que non hai liberdade para o *ius variandi* na medida en que está en xogo a necesidade de que o obxecto da contratación-prestación sexa recoñecible e non altere as regras iniciais de comparación de ofertas e, por iso, o principio de igualdade de trato. En consecuencia, o adxudicatario, pola súa propia condición, non poderá utilizar este recurso especial, pois para el a decisión de *ius variandi* da Administración é inherente ás propias regras do contrato suscrito. Así o declarou o Acordo 3/2013, do 16 de xaneiro de 2013, do TACPA: “*O que alega o recorrente é unha alteración das condicións do seu contrato, cuestión claramente allea ao fundamento e finalidade do recurso especial, mentres non hai un vicio procedemental en fase de adxudicación, senón, insistimos, unha controversia inter partes sobre a execución do contrato, que ten os seus propios mecanismos de resolución, que se concretan nunha tramitación especial con intervención do Consello Consultivo de Aragón (artigo 211.3 TRLCSP) e que conclúe cunha resolución inmediatamente executiva, que poderá ser impugnada conforme o sistema ordinario de recursos. Por iso, non ten ningún sentido estender, como pretende o recorrente, o recurso especial de contratación a esta fase de execución e a concreción da potestade de ius variandi. Este criterio é defendido por BANO LEÓN, J. M., “Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 148-151.*”

103 Como ben recordou MORENO MOLINA, J. A., o concepto de decisión para os efectos de recurso que se contempla nas directivas é un concepto amplo que non distingue entre a función do seu contido ou o momento da súa adopción (*La reforma de la Ley de contratos del sector público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, p. 101). Cómpre adoptar unha interpretación útil dos principios comunitarios e a súa implicación en calquera decisión que teña impacto sobre as regras do contrato.

104 Fronte á falta de coñecemento do modificado, que aboca xa en moitos casos a unha cuestión de nulidade ex artigo 37 TRLCSP, a publicidade deste pode facilitar a interposición do recurso especial sempre que non se formalizase o contrato. Da finalidade do recurso para facer fronte á corrupción, basta recordar agora a Comunicación da Comisión do 28 de maio de 2003, unha política global da UE contra a corrupción, COM (2003) 317 final. (Esta comunicación fai balance dos progresos da Unión Europea (UE) na loita contra a corrupción e indica as melloras necesarias para darlle un novo impulso. O obxectivo é reducir toda clase de corrupción, a todos os niveis, en todos os países e institucións da UE e mesmo noutras partes. O texto tamén pretende definir aqueles ámbitos en que a UE podería adoptar axeitadamente iniciativas contra a corrupción).

amplio de decisión imponse, optando, novamente, por criterios funcionais relacionados coa causa do contrato¹⁰⁵.

21) Tamén terán efecto directo as previsións sobre rescisión (Directiva de contratación pública) e resolución (Directiva de concesións). Moi especialmente ten interese a previsión do artigo 44 da Directiva de concesións, que establece uns límites á posibilidade de resolución anticipada por vontade da Administración, pois desnaturalízase a filosofía do réxime de contratación no ámbito das concesións, onde non ten cobertura, coa extensión ata agora utilizada, das prerrogativas públicas exorbitantes. Isto implica, como xa expliquei, que a resolución de concesións é un claro exemplo onde o efecto directo limitará a posibilidade de extinguir un contrato por rescate, pois parece establecer un número pechado de causas de resolución¹⁰⁶. O interese público –igual que sucede coa modificación contractual– xa non é título xurídico suficiente para exercer potestades sobre o contrato. Os eixes da regulación europea non son as prerrogativas públicas, senón preservar o dereito da competencia entre operadores e respectar o principio de seguridade xurídica que obriga a observar o pactado, máxime nun sector onde os investimentos do sector privado son tan necesarios. Non significa que non se poida rescatar se existe un claro interese público, pero o rescate, como tal, é xa expropiación forzosa e non privilexio contractual, e deberá substanciarse conforme as regras e principios desta potestade.

Ademais, a decisión de rescatar poderá ser controlada –como cuestión contractual– polos órganos de recursos contractuais competentes, pois, tras o 18 de abril de 2016, amplíase o ámbito do recurso especial a estas cuestións (deixa de ser un recurso precontractual). E, ao ser norma de contido procesual, aplicárase a regra vixente ao momento de ditar o acto (neste caso, de resolución)¹⁰⁷. Así, xunto á posibilidade de suspensión da decisión –o máis probable, desde a lóxica de funcionamento do recurso especial–, o tribunal administrativo poderá valorar se o rescate, como fórmula de resolución, resulta conforme ás novas exixencias da concesión.

A opción de rescate de concesións debe, en definitiva, reinterpretarse segundo o disposto pola Directiva de concesións de 2014 e os principios europeos de contratación pública (xunto co de confianza lexitima, que obriga, como regra xeral, a observar o pactado e o dereito a unha boa administración)¹⁰⁸. E, mentres non se produza a incorporación efectiva ao ordenamento nacional, deberá respectarse o efecto directo da directiva, como previsión clara e inequívoca.

22) Por último, son de efecto directo as previsións que reforman o ámbito de aplicación da Directiva “recursos”, que se estende agora ao contrato de concesión de servizos, o que

105 GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, *Observatorio de los contratos públicos 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 31-138.

106 *Vide* GIMENO FELIÚ, J. M., “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, *Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58/59, 2016, pp. 50-71.

107 A diferenza entre normas substantivas e procesuais respecto ao réxime transitorio da aplicabilidade das novas normas é, polo demais, clásica no noso ordenamento xurídico, como convincentemente razoa a recorrente, desde a transitoria cuarta do Código civil, seguindo coas transitorias da LEC e da LXCA. O Tribunal Supremo, en Sentenza do 7 de novembro de 2012 (recurso 1085/2011), admitiu a directa aplicación de normas procesuais en materia de contratación pública. Para iso parte da necesaria distinción entre normas substantivas e procesuais e afirma que a disposición transitoria da lei 15/2010 só se refire ás normas substantivas (“falta na lei unha transitoria reitora do réxime temporal do novo procedemento xurisdiccional”).

108 Sobre os efectos e requirimentos do principio de confianza lexitima, convén lembrar a xurisprudencia do TXUE: Sentenzas do Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea do 22 de marzo de 1961, *SNU/PAT contra a Alta Autoridade da Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro*, asuntos acumulados C-42/59 e C-49/59, e do 13 de xullo de 1965, *Lemmerz-Werke GmbH contra a Alta Autoridade da Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro*, asunto 111/63.

despraza a “arcaica” previsión do artigo 40 TRLCSP, que determina a competencia en función dos gastos de primeiro establecemento e o prazo. Será o valor estimado do contrato o criterio para determinar a competencia do recurso especial. Outra importante novidade práctica é a inclusión das concesións de servizos no ámbito do recurso especial, con efecto directo. Por suposto, a diferenza entre contrato de servizos e concesión de servizos, vinculada ao sistema de retribución con transferencia de risco operacional, permite diferenciar e determinar o contrato e a súa natureza concreta á marxe da denominación, tal como sucede co concerto, que vén ser un contrato de servizos¹⁰⁹. Esta tipificación debe aplicarse para todo contrato, con indiferenza do seu importe, sen prexuízo das especialidades de réxime xurídico que puidesen existir.

Así mesmo, en relación co recurso especial, interesa destacar, aínda que non se trata formalmente dunha cuestión estrita de efecto directo, a ampliación do obxecto do recurso especial. A previsión do artigo 46 da Directiva 2014/23, de concesións, que modifica á Directiva 89/665/CEE, ten especial incidencia na redacción do artigo 1 relativa ao obxecto do recurso:

«1. Esta directiva aplícase aos contratos a que se refire a Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello (35), salvo que tales contratos estean excluídos de conformidade cos artigos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 e 37 da dita directiva.

Esta directiva aplícase tamén ás concesións adxudicadas polos poderes adxudicadores mencionados na Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeo e do Consello (36), salvo que tales concesións se exclúan en virtude dos artigos 10, 11, 12, 17 e 25 da dita directiva.

Para os efectos desta directiva, enténdese por «contratos» os contratos públicos, os acordos marco, as concesións de obras públicas ou de servizos e os sistemas dinámicos de adquisición.

No relativo aos contratos comprendidos no ámbito de aplicación da Directiva 2014/24/UE ou da Directiva 2014/23/UE, os Estados membros tomarán as medidas necesarias para garantir que as decisións adoptadas polos poderes adxudicadores poidan ser recorridas de xeito eficaz e, en particular, o máis rapidamente posible, nas condicións establecidas nos artigos 2 a 2 septies desta directiva, cando esas decisións infrinxan o dereito da Unión en materia de contratación pública ou as normas nacionais de incorporación da dita normativa».

A nova redacción, en canto se refire aos contratos sometidos á regulación das novas directivas, implica unha ampliación do obxecto do recurso, pois da inicial limitación ás cuestións de licitación e adxudicación esténdese agora a todas as cuestións dos contratos, o que afecta claramente aos supostos relativos a modificacións contractuais, subcontratación e causas de

109 Cómpre lembrar que a STXUE do 27 de outubro de 2005, INSALUD, asunto C-158/03, no seu apartado 32 declara que o concerto non é unha modalidade de xestión de servizo público que encaixe co concepto concesional e que, en puridade, é un contrato de servizos cuberto polas directivas: “En segundo lugar, procede sinalar que, a diferenza do que sostén o Goberno español, este asunto ten por obxecto contratos públicos de servizos e non contratos de xestión de servizos cualificados de concesións. En efecto, como se puxo de manifesto na vista, a Administración española segue sendo responsable de calquera prexuízo causado por unha eventual irregularidade na prestación do servizo. Esta circunstancia, que implica a inexistencia de transmisión dos riscos relacionados coa prestación do servizo de que se trata, e o feito de que sexa a Administración sanitaria española quen retribúe o servizo avalan a citada conclusión”. Esta interpretación foi confirmada pola recente STXUE do 22 de outubro de 2015, de condena ao Reino de España, asunto C-552-13, en relación con servizos sanitarios en Bilbao, onde o Tribunal advirte que “en primeiro lugar, procede sinalar que, como se desprende da documentación remitida ao Tribunal de Xustiza, os dous contratos números 21/2011 e 50/2011 constitúen contratos públicos de servizos, no sentido do artigo 1, apartado 2, letras a) e d), da Directiva 2004/18, cuxos importes superan o limiar previsto no artigo 7 desta, e non concesións de servizos, no sentido do artigo 1, apartado 4, desa mesma directiva, na medida en que a remuneración do adxudicatario está plenamente garantida polo poder adxudicador, que asume tamén o risco económico”.

rescisión/resolución, nos termos regulados polas directivas¹¹⁰. Igualmente, e sobre a base da xurisprudencia do TXUE sobre cando existe un contrato, poderá ser obxecto de revisión un convenio ou unha encarga a medio propio se a pesar da súa denominación, por obxecto e causa, hai un contrato público e a súa adxudicación se considera ilegal¹¹¹.

Isto significa que o recurso especial deixa de ser un recurso precontractual, e que se debe considerar contractual¹¹².

Todas estas previsións obrigan á “relectura” do vixente TRLCSP, o cal deberá ser aplicado sen descoñecer as previsións directas da directiva, que serán parámetro de legalidade ordinaria a controlar polos tribunais administrativos e a xurisdición, xa que o coñecido –e incuestionable– principio de primacía do ordenamento da Unión Europea obriga a que a norma nacional non se aplique se contravén este, criterio confirmado por xurisprudencia constante do TXUE. Nunha materia tan sensible e á vez tan cambiante, existe, como xa se advertiu ao inicio deste traballo, unha importante “fonte de dereito”, xa que a xurisprudencia do TXUE da Unión Europea conformou un sólido e coherente dereito pretoriano, que serve de fonte interpretativa e que limita aquelas opcións que poidan contravir as regras da Unión Europea¹¹³, doutrina que debe ser coñecida e respectada polos distintos intérpretes ou aplicadores das regras da contratación pública, o que limita interpretacións ou prácticas nacionais que pretendan unha visión “local” das normas de contratos públicos¹¹⁴. Existe, en consecuencia, unha “harmonización” a escala de doutrina TXUE que impide que se lamen os principios da contratación pública e que exixe unha interpretación funcional (e non formal)¹¹⁵. Isto explica por que os órganos de control nacionais, en calidade de “xuíz comunitario”, aplican esta doutrina.

-
- 110 Criterio xa admitido pola STXUE do 8 de maio de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox*, asunto C-161/13, que analiza se existe ou non dereito a un prazo de impugnación ante supostos de modificacións contractuais; en concreto, a modificación da composición do grupo adxudicatario.
- 111 A STXUE do 18 de xaneiro de 2007, *Auroux*, asunto C-220/05, xa admitiu a interpretación sobre a técnica de convenio entre un concello e unha sociedade mixta para a realización dun centro de ocio, para declarar que este é un caso de contrato de obra, que debe ser obxecto de licitación (por iso, o convenio considérase unha contratación directa ilegal). A STXUE do 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller GmbH*, asunto C-451/08, subliña que o concepto de contrato público require unicamente que a súa execución leve consigo un beneficio económico directo para o poder adxudicador, pero sen que sexa necesario acreditar tamén a existencia dunha vantaxe económica para o contratista (apartados 48-53).
- 112 Sobre esta idea, remítome ao meu estudo (e ás súas conclusións) “Sistema de control de la contratación pública en España. (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)”, cit.
- 113 *Vide* GIMENO FELIÚ, J. M., “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, cit., pp. 81-122. Tamén GALLEGO CORCOLES, I., “Las relaciones «contractuales» entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, Almeida, M., e Martín, I. (dirs.), *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 e 14 de novembro de 2014), pp. 111-116. En relación co impacto da xurisprudencia no proceso de creación das regras sobre contratación pública, *vide* COZZIO, M., “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, cit., pp. 89-116. Máis recentemente, o libro colectivo, BENACHIO, A.; COZZIO, M., e TITOMANLIO, F. (dirs.), *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea, Tomo I*, Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici, Universidade de Trento, 2016.
- 114 Para coñecer como se realizou a transposición da normativa de contratación pública nos distintos Estados membros, é de especial interese a excelente monografía anteriormente citada, dirixida por SÁNCHEZ MORÓN, M., *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, cit., 2011.
- 115 Como explica moi ben CHINCHILLA MARÍN, C. (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las directivas”, cit., pp. 38-39), a interpretación do dereito comunitario dos contratos públicos debe respectar tres regras: a) débese realizar desde a lóxica do dereito comunitario e non desde os dereitos nacionais, b) a interpretación debe ter un alcance funcional/finalista, e c) debe practicarse unha interpretación ampla do dereito comunitario cando se pretende determinar, en clave positiva, o ámbito de aplicación desta normativa e, pola contra, estrita, se se trata de “excluir” a súa aplicación.

Loxicamente, o efecto directo aplicarase en contratos suxeitos a regulación harmonizada, aínda que, de conformidade coa doutrina TXUE e a Comunicación interpretativa da Comisión sobre o dereito comunitario aplicable na adxudicación de contratos non cubertos ou só parcialmente cubertos polas directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, do 1 de agosto de 2006)¹¹⁶, haberá que realizar unha interpretación equivalente¹¹⁷. O contido “harmonizado” que se propón nas directivas debe servir de referencia tamén nos contratos non cubertos, sen que sexan posibles regulacións que comporten efectos contrarios ás regras e fins da contratación pública¹¹⁸. E, na miña opinión, desde a lóxica do principio de integridade e do dereito a unha boa administración, debe aproveitarse a oportunidade para “repensar” como se utiliza o procedemento negociado sen publicidade pola contía (a súa aplicación revelouse como especialmente patolóxica e favorecedora de supostos de corrupción), ou das instrucións internas (pódese decidir aplicar as previsións TRLCSP)¹¹⁹.

En conclusión, hai que esperar pola nova Lei estatal de contratos do sector público, o que non impide o desenvolvemento de competencias autonómicas no seu ámbito competencial, como sucede, por exemplo, coas especialidades de simplificación e organización de certos contratos sanitarios e sociais (especialmente sensibles desde a óptica do terceiro sector)¹²⁰. E, mentres hai transposición efectiva, haberá que aplicar o efecto directo das directivas, que poderá ser utilizado polos distintos órganos xudiciais e os tribunais administrativos de recursos contractuais.

116 Comunicación cuxa legalidade e conformidade co dereito europeo foi confirmada pola STXUE do 20 de maio de 2010, no asunto T-258/06, que resolveu o recurso de anulación contra a comunicación por Alemaña, ao que se adheriron como partes coadxuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Baixos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda do Norte e o Parlamento Europeo.

117 No apartado 20 da Sentenza do 14 de xaneiro de 2016, Ostar celtnieks SIA (asunto C-234/14), o Tribunal de Xustiza recorda que “a interpretación das disposicións dun acto da Unión en situacións que non están comprendidas no ámbito de aplicación deste se xustifica cando o dereito nacional as fixo directamente e incondicionalmente aplicables a tales supostos, co fin de garantir un tratamento idéntico destas situacións e as comprendidas no ámbito de aplicación do acto mencionado (Sentenza *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, apartado 23 e *xurisprudencia citada*)”.

118 Así o defendín en anteriores traballos, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, cit., pp. 28-31.

119 Vide GIMENO FELIÚ, J. M., “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, Villoria, M., Gimeno, J. M., e Tejedor, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 246-300. Tamén o excelente traballo de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., *Contratación pública y transparencia*, La Ley, 2016, en especial, pp. 393-440; e as reflexións de GONZÁLEZ SANFIEL, A., “La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?”, Hernández, F. (dir.), *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 31-48.

120 Vide GIMENO FELIÚ, J. M., “Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 26, n.º 2, 2015, pp. 65-85. Tamén a miña opinión, “La solidaridad y la calidad son compatibles con la contratación pública”, *Blog Revista Catalana de Dret Públic*, 30 de maio de 2016. E é que o dereito europeo da contratación pública habilita que un contrato de prestacións persoais de carácter sanitario ou social se poida ver exceptuado das regras de concorrencia propias dun contrato típico de servizos ou produtos, e que se poida adxudicar a entidades do terceiro sector sen ánimo de lucro que colaboran, desde unha óptica de solidariedade, cos fins públicos, dado o marcado carácter estratéxico, desde a perspectiva da correcta prestación, desa colaboración. En todo caso, esta posibilidade, cos límites descritos, exige unha norma legal (dentro do marco competencial español, das comunidades autónomas) que prevea e regule esta posibilidade. Sen ese marco legal expreso deberanse aplicar as regras ordinarias da contratación pública, o que pode conducir a certos efectos “perversos”. Así, se a opción política é dunha sensibilidade social nestes sectores clave, tan vinculados en España ao desenvolvemento de prestación de importantes servizos ás persoas, nun ámbito de colaboración público-privada guiado polo principio de solidariedade e calidade, deberá regularse esta posibilidade. E non é necesario, obviamente, esperar a que o Estado o regule ou, por utilizar a expresión técnica, non é necesario esperar á súa transposición formal por parte do Estado. Nesta liña, o Consello de Goberno de Aragón aprobou o Decreto lei 1/2016, do 17 de maio, que permite concertar actividades coas entidades sen ánimo de lucro no sentido antes indicado, sempre e cando se cumpran uns requisitos. Un claro exemplo de vontade política de diferenciar o que é mercado de prestacións de calidade en atención ás persoas en ámbitos moi sensibles, e onde se pon a atención na complementariedade para conseguir optimizar a eficiencia no xeito de prestar servizos tan esenciais.

3.4 Documentos prácticos de interese

Para facilitar o labor dos xestores, os tribunais administrativos de recursos contractuais de España elaboraron un documento sobre o efecto directo das directivas de contratación pública en España (que se difundiu a través de www.obcp.es), pois esa situación, por motivos de seguridade xurídica, preocupaba os distintos tribunais administrativos encargados de resolver os recursos especiais en materia de contratos públicos. O obxecto do citado documento é analizar os efectos xurídicos da falta de transposición en prazo das directivas de contratación pública e, en particular, o seu posible efecto directo, tendo en conta o texto refundido da Lei de contratos do sector público actualmente vixente. Neste contexto, este traballo unicamente pretende servir como documento de análise e reflexión para facilitar a interpretación que da normativa aplicable a partir do 18 de abril de 2016 deberá realizar cada un dos tribunais administrativos de recursos contractuais no exercicio das súas funcións.

Igualmente, sobre o efecto directo, convén salientar a Resolución do 16 de marzo de 2016, da Dirección Xeral do Patrimonio do Estado, pola que se publica a Recomendación da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre o efecto directo das novas directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE núm. 66, do 17 de marzo de 2016). Nesta recomendación analízanse os antecedentes, o efecto directo nas directivas comunitarias e unha serie de instrucións que se dividen en dúas seccións. No documento desagregáanse as recomendacións por tipoloxía de contrato suxeito a regulación harmonizada e as aplicables a todos os contratos suxeitos a regulación harmonizada.

Así mesmo, analízase esta cuestión do efecto directo no Informe 17/2015, do 3 de decembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, relativo aos *"Efectos das directivas de contratación pública na regulación da Lei 3/2011, do 24 de febreiro, de medidas en materia de contratos do sector público de Aragón, tras a conclusión do prazo de transposición. Posibilidades de desenvolvemento"*¹²¹, e no Informe 1/2016, do 6 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Catalunya, relativa a *"Contidos da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública, que teñen que ser de aplicación directa a partir do día 18 de abril de 2016, data en que remata o prazo para a súa transposición. Breve referencia á aplicación directa da Directiva 2014/23/UE, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adxudicación de contratos de concesión"*.

121 Neste informe indícase que resultan de aplicación directa aqueles aspectos da regulación das directivas que sexan claros e concisos e non requiran acto ningún de concreción. Entre eles, poden incluírse en todo caso o concepto de poder adxudicador, as causas de elección do procedemento ou os criterios de participación, selección e adxudicación. Outro exemplo de regulación concisa e incondicionada é o relativo á división dos contratos en lotes (artigo 46), ou as normas sobre comunicacións electrónicas (artigo 22). En todo caso, as definicións producirán plenos efectos xurídicos, pois son, obviamente, incondicionadas. Nesta cuestión si que ten gran significado o feito de que o concepto de concesión de servizos sexa xa plenamente operativo. Serán igualmente de aplicación directa as previsións en relación co cálculo do valor estimado dos contratos, así como o prazo das concesións. A obriga de incorporar as nomenclaturas nos contratos de concesión será inmediatamente eficaz. O acceso electrónico, directo, completo, gratuíto e sen restricións aos documentos relativos ás concesións será unha previsión de efecto directo. Igualmente, a xustificación da solvencia dos licitadores mediante declaración responsable terá efecto directo (artigo 38). Por outro lado, existen algunhas previsións das directivas que positivizan a xurisprudencia europea sobre determinados conceptos, de modo que en moitos casos están xa traspostos á lexislación nacional, como consecuencia da incorporación paulatina deses criterios. É o caso, por exemplo, do concepto de medio propio, a cooperación horizontal, a regra da confidencialidade ou o concepto dos elementos básicos da concesión. Así sucede, por exemplo, cos artigos 13 a 18, que son fundamentalmente principios xerais, que poderíamos dicir que «foron xa traspostos». E quedan excluídos do efecto directo aqueles contidos das directivas que son susceptibles de transposición facultativa, é dicir, aqueles que os Estados membros poden incorporar, ou non. E iso porque estas normas carecen de incondicionalidade. Exemplos diso son as previsións dos artigos 32.1 (uso do procedemento negociado sen publicación previa); 46.3 (posibilidade de prever ofertas integradoras); ou 57.3 (posibilidade dos Estados membros de estableceren excepcións aos motivos de exclusión obrigatoria con carácter excepcional por razóns imperiosas de interese xeral, como a saúde pública ou a protección do medio ambiente).

Por último, convén indicar a Resolución do 6 de abril de 2016, da Dirección Xeral do Patrimonio do Estado, pola que se publica a Recomendación da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa sobre a utilización do Documento europeo único de contratación previsto na nova directiva de contratación pública. Esta recomendación ten por obxecto tanto facilitarles aos órganos de contratación a aplicación do artigo 59 da Directiva de contratación pública e do Regulamento (UE) n.º 2166/7 como axudarlles ás empresas interesadas a cumprir correctamente o formulario normalizado do DEUC segundo quedou este aprobado polo citado regulamento comunitario.

4 Conclusións

Son tempos de novos retos para a xestión da contratación pública, utilizada como principal ferramenta para a posta en marcha das necesarias políticas públicas, que aconsellan unha reflexión sobre a necesidade de abordar unha reforma das normas de contratación pública que permitan cumprir o obxectivo de maior eficiencia, visión estratéxica e integridade na adxudicación de contratos públicos.

Pero non será suficiente –como vimos insistindo en anteriores traballos– se non se asume o reto dunha axeitada e efectiva profesionalización da contratación pública¹²². A profesionalización que se propugna no ámbito da UE refírese, en primeiro lugar, á formación e preparación de todos os suxeitos implicados na contratación. Só así se pode conseguir unha nova actitude dos xestores que permita abandonar unha posición «pasiva» e lanzarse a actuar no mercado cunha visión das súas funcións que se afastan do burocrático e inclúen a planificación estratéxica e a xestión de proxectos e riscos (o que exige cambios na organización e perspectiva de actuación)¹²³.

É momento de revisar en profundidade o noso modelo xurídico e práctico (é unha oportunidade) pois, como xa advertira Albert Einstein, “*non podemos pretender que as cousas cambien se sempre facemos o mesmo*”.

5 Bibliografía

ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994.

ALONSO GARCÍA, R., “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 28, 2008.

ARROWSMITH, S., “The E. C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach”, *European Law Review*, vol. 21, n.º 1, 2002.

122 SANMARTÍN MORA, A., “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 408-409. Este traballo desenvolve as distintas posibilidades da “profesionalización” da contratación pública, que debe ser o eixe sobre o que construír un novo modelo estratéxico e eficiente, respectuoso co principio ético exigible a toda actuación administrativa.

123 GIMENO FELIÚ, J. M., “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, cit.

- ARROWSMITH, S.; LINARELLI, J., e WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000.
- BAÑO LEÓN, J. M., “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000.
- BAÑO LEÓN, J. M., “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013.
- BARRIO GARCÍA, G., “Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación pública”, Pernas García, J. J. (coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- BELTRÁN GÓMEZ, A. I., “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, www.obcp.es, 8 de octubre de 2012.
- BENACCHIO, G. A., “Verso le Direttive di quarta generazione”, Benacchi, G. A., y Cozzio, M. (coord.), *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, 2012.
- BENACHIO, A.; COZZIO, M., e TITOMANLIO F. (dirs.), *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea, Tomo I*, Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici, Universidad de Trento, 2016.
- BERMEJO VERA, J., “La resolución extrajudicial de conflictos”, López Ramón, F. (coord.), *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015.
- BERNAL BLAY, M. A., “Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, Gimeno Feliú, J. M. (ed.), *El Derecho de los contratos del sector público*, monográficos de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º X, Zaragoza, 2008.
- BERNAL BLAY, M. A., “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- BERNAL BLAY, M. A., “El desarrollo de las políticas activas de empleo a través de los contratos públicos”, Pernás, J. (coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- BERNAL BLAY, M. A., “La contratación de las Entidades Locales en el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública”, *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, n.º 2, nueva época, 2014.
- BLAZQUEZ ROMÁN, J. A., e RAMÍREZ HORTELANO, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 42, 2005.

REGAP



ESTUDIOS

- CARBONELL PORRAS, E., "El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?", *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003.
- CHINCHILLA MARÍN, C., "La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas", Sánchez Morón, M. (dir.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- COLABIANCHI, A., "Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione", *Giurisprudenza Civile*, 1990.
- COZZIO, M., "La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, Madrid, 2013.
- CRUZ ALLI ARAGUREN, J., "La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos", *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Colección Pro Libertate, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2007.
- DEL SAZ, S., "La nueva Ley de Contratos del Sector Público, ¿un nuevo traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, n.º 174, 2007.
- DIVERIO, D., "Qualche riflessione intorno all'efficacia della direttiva servizi negli ordinamenti degli stati membri e al suo rapporto con il TFUE", *Revista Il Diritto del Commercio Internazionale*, n.º 4, 2015.
- EDWARD, D. A. O., "Efecto directo y primacía del Derecho comunitario. El problema especial de las directivas", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 42, 1995.
- FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., "El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 167, 2014.
- GALLEGO CORCOLES, I., "Las relaciones «contractuales» entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública", Almeida, M., e Martín, I. (dirs.), *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014).
- GALLEGO CORCOLES, I., "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, T. R., *Curso Derecho Administrativo*, Vol. II, Civitas, Madrid, 2013.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, J., "El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?", *Revista Derecho Local*, n.º 38, 2016.

- GIMENO FELIÚ, J. M., "Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004.
- GIMENO FELIÚ, J. M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional", *Noticias UE*, n.º 267, 2007.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 9, 2010.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMEs como estrategia de reactivación económica", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva", *Revista Derecho Público de Cataluña*, n.º 47, 2013.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Compra pública estratégica", Pernas García, J. (coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable", Cano Campos, T., y Bilbao Alexiades, E. (coords.), *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, Madrid, 2013.
- GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)", *Revista Derecho y Salud*, vol. 26, n.º 2, 2015.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 172, 2015.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho «pretoriano». Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma", *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad", *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

REGAP



ESTUDIOS

- GIMENO FELIÚ, J. M., "La Ley 3/2011, de medidas de contratos del sector público. Alcance de su contenido y valoración de sus propuestas", *Actas XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Justicia de Aragón, 2015.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones", *VI Seminario de Contratación Pública*, Formigal, Septiembre de 2015 (disponible en www.obcp.es).
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)", *Observatorio de los Contratos Públicos*. Número monográfico especial (2016), Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad", Villoria, M., Gimeno, J. M., e Tejedor, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público", *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Los retos de la trasposición al Derecho español de la nueva Directiva europea 2014/24/UE y las principales novedades del Derecho comparado sobre contratos públicos", *Congreso Internacional sobre Contratación Pública*, Cuenca, 21 e 22 de xaneiro de 2016.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58/59, 2016.
- GONZÁLEZ ALONSO, A., "La contratación pública ecológica", *Justicia Administrativa*, n.º 47, 2010.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., "Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública", *Revista Española Derecho Europeo*, n.º 56, 2015.
- GONZÁLEZ SANFIEL, A., "La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?", Hernández, F. (dir.), *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., "¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?", *Justicia Administrativa*, n.º 20, 2003.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., "La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 60, 2016.

- HERNANDO RYDINGS, M., en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012.
- HOEPPFNER, H., "La modification des contrats de la commande publique a l'épreuve du droit communautaire", *Revue française de droit administratif*, n.º 1, 2011,
- ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, 2000.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea", *Revista de Administración Pública*, n.º 109, 1986.
- LEZERTUA RODRÍGUEZ, M., *La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias*, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 11, 1985.
- LÓPEZ TOLEDO, P., "Contratación pública y medio ambiente", *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 33, 2004.
- MACHO PÉREZ, A. B., e MARCO PEÑAS, E., "El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT", *Revista de Administración Pública*, n.º 194, 2014.
- MAGIDE HERRERO, M., "Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la Defensa", Laguna Sanquirico, F. (coord.), *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012.
- MARTÍN-RETORTILLO, L., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ ALONSO, J. L., "Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 40, 2015.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., *Contratación pública y transparencia*, La Ley, 2016.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria «de recursos»", *Revista de Administración Pública*, n.º 185, 2011.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L., "El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004.
- MEDINA, T., "Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea", Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- MEDINA ARNÁIZ, T., "Social Considerations in Spanish Public Procurement Law", *Public Procurement Law Review*, vol. 20, n.º 2, 2011.

regap



ESTUDIOS

- MELERO ALONSO, E., "El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 1, 1999.
- MESTRE DELGADO, J., "Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 291, 2003.
- MORENO MOLINA, J. A., "La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público", Gimeno Feliú, J. M. (ed.), *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º X, Zaragoza, 2008.
- MORENO MOLINA, J. A., "Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 83, 2009.
- MORENO MOLINA, J. A., "Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada", *Revista de Administración Pública*, n.º 178, 2009.
- MORENO MOLINA, J. A., *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011.
- MORENO MOLINA, J. A., "El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación", *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012.
- MORENO MOLINA, J. A., "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos", Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MORENO MOLINA, J. A., e DOMÍNGUEZ ALONSO, P., "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública", Fernández Acevedo, R., Valcárcel Fernández, P., y Bello Condide, J. (coords.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014.
- MORENO MOLINA, J. A., e PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007.
- MUÑOZ MACHADO, S., *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986.
- MUÑOZ MACHADO, S., "La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los ordenamientos internos", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 7, 1991.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., "El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local", *Revista Electrónica CEMCI*, n.º 3, 2009.

- RAZQUIN, M. M., "Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España", *Revista de Administración Pública*, n.º 196, 2015.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico", *Instituto Andaluz de Administración Pública*, Sevilla, 2009.
- RUIZ DE CASTAÑEDA, A., "La nomenclatura CPV en la contratación", Ballesteros Arribas, S.; Castelao Rodríguez, J.; Corral García, E., e Castro Abella, F. (coords.), *Administración Local. Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley, Madrid, 2011.
- RUIZ DE CASTAÑEDA, A., e BERNAL BLAY, M. A., "La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes", Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., "La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación", Sánchez Morón, M. (dir.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- SANMARTÍN MORA, A., "Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias", *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*, Zaragoza, 2010.
- SANMARTÍN MORA, A., "La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012.
- SANTAMARÍA, J., *Comentarios a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra*, MAP, Madrid 1992.
- SANTAMARÍA PASTOR, J., "La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 159, 2013.
- SANTAMARÍA PASTOR, J., *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- TORNOS MAS, J., "La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 24, 2011.
- TORNOS MAS, J., "Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (RIJ1151068)", *Revista Derecho Municipal*, Iustel, 10 de marzo de 2016.

Regap



ESTUDIOS

- TORNOS MAS, J., "La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales", *Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58/59, 2016.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., "El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación", *Revista de Administración Pública*, n.º 125, 1991.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., e FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativa para el control jurisdiccional de la contratación del sector público", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- VARA ARRIBAS, G., "Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública", *Revista Española de Derecho Comunitario*, n.º 26, 2008.
- VÁZQUEZ MATILLA, J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- VÉLEZ TORO, J. A., "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local", *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 10, 2002.
- VELTRI, G., "In house e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE (Consiglio di Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n.º 298 655; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n.º 2660)", *Revista Urbanistica e appalti*, n.º 6, 2015.
- VÈRNIA TRILLO, S., "La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 20, 2002.
- VILLALBA PÉREZ, F., "La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 74, 2009.

Luces e sombras na argumentación da xurisprudencia do TEDH sobre o artigo 9 do convenio*

Luces y sombras en la argumentación de la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 9 del convenio

Lights and shadows in the case-law of the ECtHR on Article 9 of the European Convention on Human

52 Regap

MARÍA JOSÉ ROCA FERNÁNDEZ

Catedrática de Dereito Eclesiástico

Facultade de Dereito - Universidade Complutense de Madrid (España)
mjroca@der.ucm.es

Recibido: 26/04/2016 | Aceptado: 29/06/2016

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Debe considerarse como “cosa interpretada”, en relación co artigo 9 do Convenio, que os traballadores poden manifestar a súa relixión ou crenzas no ámbito laboral, e que a existencia dun contrato de traballo libremente asumido non supón a renuncia ao exercicio deste dereito fundamental no ámbito laboral en todos os casos. Cando prevalecerá o interese do empresario e cando o do traballador dependerá do xuízo de proporcionalidade en cada caso. Considéranse equivalentes o xuízo de proporcionalidade e a acomodación razoable, na medida en que os resultados prácticos son similares. En ambos os dous casos, dáse unha distinción entre ámbito público (é dicir, cando o causante da restrición dun dereito fundamental é un poder público) e ámbito privado (cando a eventual limitación dun dereito fundamental procede dun terceiro).

Palabras clave: principio de proporcionalidade, acomodación razoable, liberdade relixiosa no ámbito laboral.

Resumen: Debe considerarse como “cosa interpretada”, en relación con el artículo 9 del Convenio, que los trabajadores pueden manifestar su religión o creencias en el ámbito laboral, y que la existencia de un contrato de trabajo libremente asumido no supone la renuncia al ejercicio de este derecho fundamental en el ámbito laboral en todos los casos. Cuando prevalecerá el interés del empresario y cuando el del trabajador dependerá del juicio de proporcionalidad en cada caso. Se consideran equivalentes el juicio de proporcionalidad y el acomodamiento razonable, en la medida en que los resultados prácticos son similares. En ambos casos, se da una distinción entre ámbito público (es decir, cuando el causante de la restricción de un derecho fundamental es un poder público) y ámbito privado (cuando la eventual limitación de un derecho fundamental procede de un tercero).

Palabras clave: principio de proporcionalidad, acomodamiento razonable, libertad religiosa en el ámbito laboral.

Abstract: It is regarded as jurisprudential doctrine in relation to art. 9 of the Convention, workers can manifest his religion or belief in the workplace. The employment contract freely assumed does not waive the exercise of this

* Este traballo publicouse, con pequenas variacións, en ELÓSEGUI ITXASO, M., (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Giménez Abad - Marcial Pons, Zaragoza, 2015, pp. 187-205...

fundamental right in the workplace in all cases. When it prevails the interest of the employer and when of the worker depends on the judgment of proportionality in each case. The judgment of proportionality and reasonable accommodation are considered equivalent, because the practical results are similar. In both cases it is necessary to distinguish between public domain (when the cause of the restriction of a fundamental right is a public authority) and private sphere (when possible limitation of a fundamental right is from a third party).

Key words: judgment of proportionality, reasonable accommodation, religious freedom in the workplace and in civil service.

Sumario: 1 Introducción. 2 O principio de proporcionalidade ¿é separable da marxe de apreciación? 3 A acomodación razoable ¿é a única solución correcta na resolución de conflitos de dereitos fundamentais? 3.1 A acomodación razoable non exime o xuíz do cumprimento dos criterios interpretativos da lei dentro do seu propio ordenamento. 3.2 A acomodación razoable e a marxe de discrecionalidade dos Estados. 4 A optimización dentro do xuízo de proporcionalidade ou da acomodación razoable. 5 Consideracións finais. 6 Bibliografía.

1 Introducción

O principio de proporcionalidade vén sendo aplicado pola xurisprudencia do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos desde o ano 1967¹, como é sabido. A *Optimierungsthese* é unha achega orixinal do profesor Alexy que foi seguida por unha nutrida corrente doutrinal debido á importancia que este principio adquire dentro da súa teoría da optimización, xunto con outros conceptos como o “criterio do peso” ou o da “concordancia práctica”.

Neste traballo expóñense, por unha parte, algunhas preguntas e reflexións acerca do principio de proporcionalidade e a marxe de apreciación na xurisprudencia do TEDH sobre o artigo 9 do Convenio (apartado 2) e, por outra, a concreta resolución práctica aplicando o concepto de “acomodación razoable” na argumentación da sentenza do TEDH no caso *Eweida*², que, como é sabido, é un concepto decantado e aplicado pola xurisprudencia anglosaxona³ (apartado 3), para rematar cunhas consideracións acerca da optimización dentro do xuízo de proporcionalidade ou da acomodación razoable (apartado 4) e unha síntese final (apartado 5).

2 O principio de proporcionalidade ¿é separable da marxe de apreciación?

A chamada “marxe de apreciación”⁴ está en estreita relación co principio de proporcionalidade⁵. O primeiro ten como fin garantirlles aos Estados un ámbito de discrecionalidade na aplicación dos niveis de protección que regula o Convenio⁶, sempre e cando se respecte

1 A primeira sentenza do TEDH que aplica o xuízo de proporcionalidade é do 9 de febreiro de 1967, sobre o caso lingüístico belga. MARTÍN SÁNCHEZ, I., “Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 35, 2014, p. 14.

2 “La libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los pilares de una ‘sociedad democrática’ dentro del sentido de la Convención” (*Eweida and others v. United Kingdom*, 15 January, 2013, ECtHR Fourth Section, § 79).

3 ELÓSEGUI, M., *El concepto jurisprudencial de adaptación razonable*, Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

4 Desde o número monográfico da revista *Human Rights Law Journal*, vol. 19, n.º 1, 30 de abril de 1998, sobre *The doctrine of the margin of appreciation doctrine under the European Convention on Human Rights: its legitimacy in theory and application in practice*, publicouse abundante bibliografía sobre este concepto xurídico indeterminado.

5 MARTÍN SÁNCHEZ, I., “Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit. p. 13.

6 GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 96. Unha extensa recensión a esta obra pode verse en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Teoría y realidad*

un estándar mínimo. O segundo xustifícase para evitar calquera inxerencia dos Estados no exercicio dos dereitos que supoña un límite inxustificable ou non estritamente necesario⁷. O xuízo de proporcionalidade⁸ considérase que é o último paso no proceso de decisión do TEDH. Así mesmo, “a doutrina da marxe de apreciación é inmanente á lóxica da subsidiariedade”⁹. É dicir, tanto a subsidiariedade como a marxe de apreciación supoñen unha garantía¹⁰ para a soberanía dos Estados.

Como anota MARTÍN SÁNCHEZ, “Do exame dos factores relevantes no xuízo de proporcionalidade –entre outros, a natureza do dereito en cuestión, o fin perseguido pola medida restritiva e a existencia dun consenso na práctica dos Estados membros– poderá deducirse a relación existente entre o principio de proporcionalidade e a marxe de apreciación. En todo caso, canto máis intenso sexa o nivel de proporcionalidade, máis restrinxida será a marxe de apreciación permitida ás autoridades nacionais”¹¹. Na medida en que a aplicación do principio de proporcionalidade vén garantir a autonomía individual, supón necesariamente unha restrición da marxe de apreciación dos Estados. Canto máis importante sexa considerado un dereito nunha sociedade democrática, tanto menor será a marxe de apreciación¹² que se lle recoñece ao Estado.

A marxe de apreciación é “un límite estrutural” á aplicación do principio de proporcionalidade¹³ “que permite non entrar a revisar en certos casos a interferencia no dereito se o fin da restrición é lexítimo, e a medida e a regulación son necesarias a ollos das autoridades nacionais e todo iso non resulta irrazoable á Corte. A marxe pode pois esgrimirse, ben por instancia de parte ou de oficio, para reducir o alcance do control europeo en proveito da decisión das autoridades nacionais, un principio de subsidiariedade que se manifesta nesa marxe e é unha das súas consecuencias, pero cuxos contidos son máis amplos”¹⁴. Os

constitucional, n.º 28, 2011, pp. 662-670.

- 7 MARTÍN SÁNCHEZ, I., “Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit. p. 13, seguindo a LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 178.
- 8 No noso dereito, segue sendo de grande utilidade a consulta de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- 9 GARCÍA ROCA, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007, p. 121.
- 10 GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Alcance de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo supranacional nacional”, Gutiérrez Gutiérrez, I., e Presno, M. A. (dirs.), *La inclusión de los otros: símbolos e espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, p. 12.
- 11 MARTÍN SÁNCHEZ, I., “Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit. pp. 14-15. No mesmo sentido, TANZARELLA, P., “Il margine di apprezzamento”, Cartabia, M. (dir.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, 2007, p. 159.
- 12 Con referencia ao Tribunal de Xustiza, vide DÍAZ CREGO, M., “El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales”, García Roca, F. J., e Fernández-Sánchez, P. A. (dir.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2009, pp. 55-77. Con referencia ao Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, TANZARELLA, P., “Il margine di apprezzamento”, cit., pp. 164-169.
- 13 G. PUPPINK, no contexto do dereito garantido no artigo 9, escribiu que “non hai razón, pois, para revisar o principio da lexítima facultade que ten o Estado de respectar as diferenzas, ou de facer diferenzas de trato entre relixións e crenzas segundo as súas respectivas achegas á cultura nacional”. (“O caso Lautsi contra Italia”, *Ius Canonicum*, vol. 52, n.º 104, 2012, p. 691). Sobre esta sentenza, pode verse o estudo de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Estudios sobre libertad religiosa*, Ed. Reus, Madrid, 2011, pp. 236 e ss.
- 14 GARCÍA ROCA, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, cit., p. 121. FIEDLER, W., “Staat und Religion. Zweiter Beratungsgegenstand”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutscher Staatsrechtler*, 2000, pp. 217-218.

Estados partes teñen certa marxe de discrecionalidade na aplicación e no cumprimento das obrigas impostas polo Convenio e na ponderación de intereses complexos¹⁵.

Respecto das restricións de dereitos, os límites impostos polo Convenio non se poden aplicar máis que coa finalidade con que foron previstos (artigo 18)¹⁶. A limitación dos dereitos compételles, en principio, aos Estados membros mediante as súas propias leis, porque os cidadáns depositaron neles a lexitimidade democrática. A marxe de apreciación nacional entraña tanto certa discrecionalidade dos Estados como unha regra de decisión ou de autolimitación. O Tribunal Europeo pode non axuizar o asunto e ratificar a decisión nacional se a solución adoptada ten a razoable aparencia do bo dereito: a Corte, en tales casos, non pode substituír o Estado demandado cos seus propios puntos de vista¹⁷. En opinión de GARCÍA ROCA: “O Convenio Europeo non é un texto refundido que reclame a adopción das mesmas decisións por parte de todos os Estados membros; antes ben, supón singularizar uns estándares mínimos comúns. O nivel de protección dos dereitos e as diversas fórmulas ou variantes posibles para concretalos distan aínda de ser homoxéneos en nacións con tradicións xurídicas e culturais tan diversas. Pero ninguén se limita ben a si mesmo se non se asentou unha división de poderes, tampouco os tribunais”¹⁸.

Da evolución xurisprudencial e dos estudos doutrinais cabe concluír que alí onde haxa unha marxe de apreciación recoñecida ao Estado, non debe o TEDH entrar a axuizar a proporcionalidade da medida. Esta marxe de apreciación nacional constitúe unha medida de recoñecemento das competencias do lexislador¹⁹ e, polo tanto, unha garantía do principio de separación de poderes. Se a acomodación razoable é equivalente á proporcionalidade²⁰, habería que dicir que, onde hai marxe de apreciación nacional, non cabe que o TEDH substitúa a decisión do xuíz *ad hoc* pola súa recorrendo a unha acomodación razoable. Na medida en que a doutrina acerca da marxe de apreciación está pouco elaborada, hai que concluír de xeito necesario que o ámbito de aplicación do principio de proporcionalidade tampouco é nítido, xa que unha e outro son conceptos interdependentes entre si.

15 TANZARELLA, P., “Il margine di apprezzamento”, cit., p. 152. GARCÍA ROCA, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, cit., p. 124. En cambio, a Corte Interamericana de Dereitos non emprega nas súas decisións esa marxe de apreciación nacional en favor dos Estados, cfr.: GARCÍA ROCA, J., *Prólogo a De Vergottini, G., Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Trad. P. J. Tenorio Sánchez, Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 21.

16 Referido ao dereito de liberdade relixiosa, MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 2, 2003. TORRES GUTIÉRREZ, A., “La libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH)”, García Roca, F. J., e Santolaya Machetti, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2009, pp. 567-589.

17 GARCÍA ROCA, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, cit., p. 124. TANZARELLA, P., “Il margine di apprezzamento”, cit., p. 152.

18 GARCÍA ROCA, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, cit., p. 125.

19 No caso de España, convén recordar que os dereitos fundamentais deben desenvolverse por lei orgánica (artigo 81,1 da CE).

20 ELÓSEGUI ITXASO, M., “El principio de proporcionalidad en Robert Alexy y los acomodamientos razonables en la sentencia Eweida contra Reino Unido del TEDH”, Elósegui Itxaso, M. (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Giménez Abad - Marcial Pons, Zaragoza, 2015.

3 A acomodación razoable ¿é a única solución correcta na resolución de conflitos de dereitos fundamentais?

3.1 A acomodación razoable non exime o xuízo do cumprimento dos criterios interpretativos da lei dentro do seu propio ordenamento

A práctica xurídica das acomodacións razoables foi adoptada primeiro pola lexislación e pola xurisprudencia estadounidense²¹; máis tarde, introduciuse en Canadá por vía xurisprudencial. Segundo esta práctica, as acomodacións razoables exixen que “a persoa que invoque unha crenza ou un precepto relixioso deba demostrar, primeiro, a súa existencia. Iso implica que se lle impoña ao demandante un criterio obxectivo. Ademais, a esta verificación obxectiva da existencia do precepto invocado debería engadirse outra, subxectiva, da sinceridade de quen se acolle a el. Non obstante, comprobouse que os tribunais canadenses, a semellanza dos dos Estados Unidos, sempre evitaron formular unha definición obxectiva da relixión ou pronunciarse en relación coa natureza das crenzas invocadas. Polo tanto, tenden a darlle máis importancia ao criterio subxectivo da sinceridade dos que desexan obter unha acomodación”²². Á prevalencia do elemento subxectivo sobre o obxectivo nas acomodacións, hai que engadir que conducen a resultados diversos segundo se trate de limitacións provenientes de autoridades públicas²³ ou de individuos privados²⁴.

María Elósegui sostén que a acomodación razoable e o xuízo de proporcionalidade son similares²⁵. Paréceme que así é. E precisamente por iso, na miña opinión, talvez non teña tan importantes consecuencias que o TEDH argumente mediante a proporcionalidade ou mediante a acomodación. Agora ben, se se afirma que coa referencia á acomodación a Corte Europea vai máis alá da habitual aplicación da proporcionalidade, ao pretender incluír un mandato de optimización no xuízo de proporcionalidade –como se expón na doutrina do profesor Alexy–, estimo que hai que ser máis cautelosos. Dentro dos límites deste traballo non é posible entrar nunha discusión da teoría de Alexy. Isto xa o fixo a propia doutrina alemá²⁶. Comparto os argumentos dos que consideran que a interpretación da Constitu-

21 Foi recollida por lei en 1971 a través dunha emenda do título VII do Civil Rights de 1964. Sobre a súa orixe e evolución, *vide*: ELÓSEGUI, M., “El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXX, 2014, pp. 75 e ss.

22 WOEHLING, J., “La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable, y la obligación de neutralidad religiosa del Estado en el Derecho canadiense”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 33, 2006, pp. 13-14.

23 J. WOEHLING, “Cando se trata de condutas ou manifestacións cuxa iniciativa foi tomada polas autoridades públicas, deben someterse ao principio de neutralidade relixiosa do Estado e ao respecto do dereito ao libre exercicio negativo dos individuos, é dicir, ao seu dereito de non sufrir ningunha presión ou coerción á conformidade relixiosa, así como a obriga do Estado de non facer discriminacións relixiosas, directas ou indirectas. Esta liberdade relixiosa negativa dos individuos interpretouse de forma máis ben estrita por parte dos tribunais canadenses, aínda que en xeral as condutas ou as manifestacións relixiosas en que as autoridades públicas poderían tomar a iniciativa están prohibidas, ou polo menos estreitamente circunscritas, na medida, precisamente, en que se consideran susceptibles de exercer unha presión inaceptable sobre os individuos e ser discriminatorias, tamén, ao privilexiar determinadas relixións” (“La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable, y la obligación de neutralidad religiosa del Estado en el derecho canadiense”, *cit.*, p. 19).

24 J. WOEHLING, “cando se trata de condutas ou manifestacións por iniciativa dos individuos, dependen do dereito ao libre exercicio positivo, é dicir, do seu dereito a manifestar as súas conviccións relixiosas a través de prácticas e do seu dereito a non sufrir discriminacións relixiosas directas ou indirectas por ese motivo” (“La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable, y la obligación de neutralidad religiosa del Estado en el derecho canadiense”, *cit.*, p. 19).

25 Cfr. nota 20.

26 HAIN, K. E., *Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1999, pp. 114-130. Unha exposición crítica da teoría de Alexy pode verse en POSCHER, R., “Teoría de un fantasma: la búsqueda infructuosa de la teoría de los

ción para resolver os conflitos entre dereitos fundamentais está sometida ás mesmas regras metodolóxicas que obrigan o xuíz na aplicación de toda a Constitución²⁷. Sen esquecer que en España o artigo 10.2 da Constitución impón unha norma de interpretación dos dereitos fundamentais: “interpretaranse de conformidade coa Declaración Universal de Dereitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas materias ratificados por España”.

A recepción do concepto de “acomodación razoable” por parte do TEDH faise mediante o recurso á xurisprudencia estranxeira. Hai que ter en conta que a invocación á xurisprudencia da Corte Suprema Norteamericana (que non é a primeira vez que se fai²⁸), mesmo gozando de boa acollida na doutrina²⁹, require unha maior reflexión en canto ás consecuencias a que pode conducir. A fundamentación en xurisprudencia estranxeira por parte do TEDH non sempre supuxo a acollida no seu conxunto da sentenza americana en que se apoia a resolución da europea. Por iso, resulta necesaria unha reflexión metodolóxica que, mesmo estando aberta ao diálogo entre tribunais³⁰, estableza algúns criterios que impidan que esta *jurisdictional cross fertilization* poida converterse no recurso a criterios subxectivos polos xuíces en detrimento de regras obxectivas e previsibles.

Certamente, a referencia á xurisprudencia doutros altos tribunais que non están na mesma orde xurisdiccional do tribunal que emite unha determinada decisión é un fenómeno que non se reduce ao TEDH. Tamén os tribunais supremos ou constitucionais americanos³¹ recoñecen a relevancia de fontes estranxeiras nas súas sentenzas³². Entre os casos máis relevantes que coñecemos cabe citar: *Atkins v. Virginia* (2002)³³; neste caso, a Corte decidiu non aplicar a pena de morte atendendo a que na Comunidade mundial ningún dereito dos pobos civilizados aplica a pena de morte cando o delincente ten un atraso mental. No caso *Lawrence v. Texas* (2003)³⁴, a resolución (que rexeita a criminalización da actividade sexual consentida entre adultos) fundaméntase nas decisións do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos ao respecto³⁵.

principios por su objeto”, Elósegui Itxaso, M. (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Giménez Abad - Marcial Pons, Zaragoza, 2015.

27 STARCK, C., “Maximen der Verfassungsauslegung”, Isensee, J., e Kirchhof, P. (dirs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XI. Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl.*, C. F. Müller, Berlin, 2014, § 271, Nr. 34, pon de manifesto que non cabe unha elección libre do método interpretativo da Constitución.

28 Así, por exemplo, no asunto *Vergos contra Grecia*, Sentenza (Sección 1.ª) do 24 de xuño (TEDH 2004/44), o tribunal trae a colación a xurisprudencia do Tribunal Supremo dos Estados Unidos sobre as normas aparentemente neutrais e a liberdade relixiosa. Cita, en concreto, as seguintes sentenzas: *División laboral. Departamento de recursos humanos contra Smith* 494 U.S. 872 (1990); *Estados Unidos contra Lee*, 455 U.S. 252 (1982); *Braunfeld contra Brown*, 366 U.S. 599 (1961).

29 RODRÍGUEZ BLANCO, M., “La protección de los lugares de culto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Derecho y Religión*, n.º 9, 2014, pp. 85-100.

30 DE VERGOTTINI, G., *Más allá del diálogo entre tribunales*, Civitas, Madrid, 2011, parécenos que o título desta monografía é moi significativo. Cfr. tamén: GARCÍA ROCA, J., “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30, 2012, pp. 183 e ss.

31 Así, por exemplo, o Tribunal Constitucional do Perú para a resolución dun caso relativo á apostasía fundamentou a súa resolución na xurisprudencia do Tribunal Supremo español. A referencia da sentenza é: EXP. n.º 00928-2011-PA/TC, accesible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00928-2011-AA.html> Consulta do 3 de maio de 2015.

32 Na doutrina alemá, analiza a tendencia cara á internacionalización na interpretación do dereito de liberdade relixiosa, FIEDLER, W., “Staat und Religion. Zweiter Beratungsgegenstand”, cit., pp. 200-206.

33 536 U.S. 304 (2002).

34 539 U.S. 558 (2003).

35 FINE, T.M., “American Courts and Foreign Law: The new Debate”, *31 DAJW Newsletter*, n.º 107, 2006, pp. 107-113.

Convén recoñecer os efectos positivos que este fenómeno (*jurisdictional cross fertilization*) supuxo para as garantías dos dereitos fundamentais e admitir que talvez sexa non xa inevitable, senón mesmo desexable. Non obstante, iso non obsta para anotar a conveniencia de arbitrar algún criterio metodolóxico que impida a utilización da doutrina xurisprudencial doutros tribunais “á carta”. A arbitrariedade no método conduciría inevitablemente a que as decisións do TEDH perdesen aceptación.

3.2 A acomodación razoable e a marxe de discrecionalidade dos Estados

A acomodación razoable supón que, se o dereito en cuestión (neste caso o de liberdade relixiosa) entra en conflito con normas legislativas ou regulamentarias neutras (é dicir, cuxo obxecto –ou cuxos efectos– non é promover ou prohibir unha crenza ou unha práctica relixiosa), as autoridades públicas vense obrigadas a proporcionar acomodación ou adaptación, agás cando a acomodación ou a adaptación en cuestión implicase unha carga excesiva.

O resultado práctico das acomodacións en Canadá³⁶ é o seguinte. Por unha parte, a aplicación da neutralidade do Estado produciu en Ontario o resultado de excluír as relixións maioritarias do espazo público (o Tribunal de Apelación de Ontario prohibiu a oración e o ensino confesional cristián). Por outra, ao proporcionar acomodacións ás relixións minoritarias nas escolas, autorízaseles para levar os seus propios símbolos relixiosos (por exemplo: *kirpan* ou *hijab*). Así, os que, despois de teren solicitado a abolición das prácticas maioritarias (mesmo cando tiñan a posibilidade de ausentarse) invocando a liberdade negativa, e o principio de neutralidade, apelan despois á súa liberdade positiva para obter a autorización das súas propias prácticas. Todo iso é lexítimo e posible, e mesmo quizais conveniente para a mellor integración e inclusión social das minorías, pero na miña opinión non é competencia dos xuíces, senón dos que en cada orde teñan representación democrática (o lexislador estatal ou autonómico, o municipio, o consello escolar, etc.), segundo a decisión de que se trate.

Na xustificación mesma da acomodación razoable –a inclusión das minorías³⁷– contense un lexítimo principio de política, que lle corresponde decidir ao lexislador ou ao executivo, poderes que son resultado das eleccións democráticas. Aos xuíces, en cambio, correspóndelles a aplicación da lei e do dereito. A posibilidade de exencións ou dispensas, ou dunha interpretación equitativa ou analóxica das normas xerais é sempre posible de acordo coas regras longamente elaboradas pola metodoloxía xurídica. As súas regras ofrecen máis seguridade xurídica que conceptos abstractos e creativos, sobre todo na medida en que sexan situados por enriba e á marxe das regras interpretativas. O perigo é aínda maior se se considera que o xuíz, cando dita unha sentenza, adopta a única solución correcta.

36 GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., “Simbología y prácticas religiosas en los espacios públicos en Canadá”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 24, 2010.

37 J. WOEHLING, “A política de acomodación ten o obxectivo principal de favorecer a inclusión das minorías e dos inmigrantes na sociedade de acollida, sobre todo permitíndolles subtraerse das normas que impliquen unha discriminación directa ou indirecta para eles. A política da acomodación e do pluralismo baséase en que o recoñecemento da diferenza e as adaptacións consentidas á minoría facilitarán, a medio e a longo prazo, a súa integración harmoniosa na sociedade, mesmo se, a curto prazo, esas políticas poden ter o efecto de subliñar, mesmo de esaxerar, determinadas características e comportamentos particulares deses grupos” (“La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable, y la obligación de neutralidad religiosa del Estado en el derecho canadiense”, cit., p. 22).

4 A optimización dentro do xuízo de proporcionalidade ou da acomodación razoable

Segundo a fundamentación da tese da optimización de Alexy, un trazo que leva consigo de modo inherente a natureza dos principios é que conteñen un mandato de optimización³⁸. A particularidade dos principios consistiría en que teñen a propiedade de posuír carácter normativo. Esta propiedade demóstrase na medida en que os principios obrigan, prohiben ou permiten algo, que se pode cumprir dun xeito máis ou menos intenso³⁹. Os conflitos entre dereitos fundamentais son radicalmente distintos das antinomías ou contradicións normativas clásicas, a xuízo de Alexy. Este deber de alcanzar na resolución dos conflitos entre dereitos fundamentais a solución óptima supón, loxicamente, que só hai unha solución correcta⁴⁰, e que esa solución está xa implícita na proclamación dos dereitos fundamentais e na axeitada valoración dos feitos.

Esta suxestiva elaboración teórica, que subtrae os dereitos fundamentais das regras de interpretación que imperan no resto do ordenamento xurídico, non está exenta de riscos. Se se acepta a tese do mandato de optimización, córrese o risco de subtraer á competencia do lexislador unha marxe de decisión no desenvolvemento dos dereitos. Ao meu xuízo, no dereito español a tese da optimización dos dereitos fundamentais atopa unha dificultade engadida ás que atopa no dereito alemán, xa que este non conta coa categoría das leis orgánicas. Na nosa Constitución, como é sabido, os dereitos fundamentais deben desenvolverse mediante lei orgánica (artigo 81.1). Esa remisión da Constitución ao ulterior desenvolvemento mediante lei orgánica, e á reserva de lei (artigo 53,1⁴¹), supón unha toma de postura en canto a que non todas as facultades que o exercicio de cada dereito fundamental leva consigo están xa implícitas na propia Constitución. Se cada dereito fundamental debера ser optimizado polo xuíz en caso de conflito, ¿onde quedaría (ou para que sería necesaria) a competencia do lexislador para desenvolver mediante lei a regulación do seu exercicio (respectando sempre o seu núcleo esencial)?

Resulta difícil considerar que a xurisprudencia do TEDH asumiu a tese da optimización mediante o recurso á acomodación razoable que se fai na sentenza do caso Eweida. Como se recordou no apartado 2, o tribunal mantivo a necesidade de recoñecerlles aos Estados unha marxe de apreciación⁴². Pero mesmo cando os Estados non gocen desa marxe de apreciación, e a Corte Europea aplique o principio de proporcionalidade, iso non presupón que haxa unha única solución correcta (a óptima) na resolución dun conflito, e menos aínda que esa única

38 En lugar de mandatos de optimización, poderíamos falar tamén dun “deber ser ideal”, ou de ideal, simplemente.

39 ALEXY, R., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. M., 1995, p. 202. Coñecemos que o propio Alexy, en diálogo cos seus críticos, revisou algúns aspectos da súa teoría. Para coñecer con máis detalle ese diálogo, remitimos dentro desta obra ao relatorio de Poscher.

40 HERBST, T., “Die These der einzig richtigen Entscheidung. Überlegungen zu ihrer Überzeugungskraft insbesondere in den Theorien Ronald Dworkin und Jürgen Habermas”, *Juristen Zeitung*, 2012, pp. 891 e ss.

41 Artigo 53,1 da CE: “Os dereitos e liberdades recoñecidos no capítulo segundo deste título vinculan todos os poderes públicos. Só por lei, que en todo caso deberá respectar o seu contido esencial, poderá regularse o exercicio de tales dereitos e liberdades, que se tutelarán de acordo co previsto no artigo 161, 1, a)”.

42 Como tarde, desde a decisión *Handyside v. U.K.*, de 7-XII-1976, vide: FIEDLER, W., “Staat und Religion. Zweiter Beratungsgegenstand”, cit., p. 217.

solución correcta sexa obxectiva⁴³. Convén recordar que para que o contido dun dereito deixe de estar dentro da marxe de apreciación nacional e pase a integrar o ámbito sometido ao principio de proporcionalidade por parte da Corte, é decisivo o consenso dos Estados⁴⁴. Na miña opinión, un mandato de optimización de carácter imperativo e derivado da natureza de “principios” que se lle atribúe aos dereitos fundamentais dificilmente podería depender do consenso entre os Estados.

O papel do xuíz, o seu coñecemento e entendemento previo do texto, xunto co do lexislador, é de gran relevancia para o dereito. Pero o círculo hermenéutico non está exento de regras que tratan de obxectivar a decisión do xuíz, e restrinxir ao máximo, dentro do posible, que se introduzan na decisión valoracións subxectivas. A xurisprudencia está vinculada á lei e ao dereito, segundo a Lei fundamental (“an Gesetz und Recht gebunden”, artigo 20 Abs. 3 GG), e tamén segundo a Constitución española (o artigo 117.1 declara que os xuíces e maxistrados están sometidos unicamente ao imperio da lei). Na interpretación das leis, a xurisprudencia non debe extralimitar as súas competencias en detrimento do lexislador. Iso suporía, eventualmente, unha quebra do principio de separación de poderes⁴⁵, mesmo cando se lle recoñeza á xurisprudencia o carácter de fonte de dereito⁴⁶. En boa medida, o avance da metodoloxía xurídica foi posible, ou tivo como meta, a redución ao mínimo do ámbito de discrecionalidade da Administración pública, e evitar a utilización de criterios subxectivos por parte do xuíz. En cambio, agora parece abrirse camiño a tendencia contraria. A expresión máis extrema desta tendencia sería o chamado “activismo xudicial”⁴⁷. Tanto o activismo xudicial como a tese da optimización outórganlles un protagonismo aos xuíces que vai máis alá das competencias que a Constitución lle atribúe ao poder xudicial.

En atención á interdependencia entre principio de proporcionalidade e a marxe de apreciación, deberá considerarse que onde hai unha marxe de apreciación dos Estados non poderán aplicarse acomodacións razoables. Se estamos dentro do ámbito de protección do Convenio, por verse afectado o artigo 9, deberá aplicarse o principio de proporcionalidade. Se en aplicación deste principio se considera útil o recurso á xurisprudencia estranxeira das acomodacións razoables, o TEDH poderá facelo, sempre que sexa posible integrala dentro dos instrumentos procesuais, os conceptos interpretativos e as regras metodolóxicas que son propias da súa xurisdición. Son estas as que lles permiten ás partes facer previsible a súa decisión e garanten a seguridade xurídica.

43 T. HERBST sostén o carácter subxectivo da “única decisión correcta”, no sentido de que o xuíz debe sempre argumentar “como se existise esa única solución correcta”; así entendida, a tese da única solución correcta parécenos admisible. Agora ben, convén ponderar que toda decisión que integre elementos subxectivos xa non é única porque, se o xuíz fose outro, tería integrado outros elementos subxectivos e, polo tanto, a decisión correcta sería outra (“Die These der einzig richtigen Entscheidung. Überlegungen zu ihrer Überzeugungskraft insbesondere in den Theorien Ronald Dworkin und Jürgen Habermas”, cit., pp. 891 e ss.).

44 TANZARELLA, P., “Il margine di apprezzamento”, cit., pp. 169-175. G. PUPPINK, sinalou que en materia do dereito garantido no artigo 9 só hai consenso en canto á diferenciación das ordes política e relixiosa, non sobre a separación entre un e outro (“El caso Lautsi contra Italia”, cit., p. 699).

45 GARCÍA ROCA, F. J., “Del principio de la división de poderes”, Morodo Leoncio, R., e de Vega García, P. (coord.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Universidade Complutense. Facultade de Dereito, Madrid, vol. 2, 2001, pp. 1087-1128.

46 RÜTHERS, B., “Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?”, *Juristen Zeitung*, 2002, pp. 365 e ss.

47 PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 5, 2001, pp. 201-228.

5 Consideracións finais

Polo que se refire á sentenza no caso *Eweida c. Reino Unido*, estimo que quizais deba considerarse como “cosa interpretada”⁴⁸, en relación co artigo 9 do Convenio, que –en principio– os traballadores poden manifestar a súa relixión ou crenzas no ámbito laboral, e que a existencia dun contrato de traballo libremente asumido non supón a renuncia ao exercicio deste dereito fundamental no ámbito laboral en todos os casos. Cándo prevalecerá o interese do empresario e cándo o do traballador dependerá do xuízo de proporcionalidade en cada caso. Esta quizais sexa a achega máis importante do caso, que deixa abertas outras cuestións (por exemplo: que se entende por manifestación de fe, ou en que medida os Estados poden seguir aducindo ou non a regra da situación específica)⁴⁹. Adhírome á opinión que considera equivalentes o xuízo de proporcionalidade e a acomodación razoable, na medida en que os resultados prácticos son similares. En ambos os dous casos (acomodación e proporcionalidade) dáse unha distinción entre ámbito público (é dicir, cando o causante da restrición dun dereito fundamental é un poder público) e ámbito privado (cando a eventual limitación dun dereito fundamental procede dun terceiro).

No atinente ás formulacións teóricas expostas polo profesor Alexy e desenvolvidas pola doutrina que o segue, resulta admirable o seu elevado nivel de abstracción. Por iso, son doadamente aplicables a outros ordenamentos xurídicos distintos daquel en que xurdiron (o dereito alemán), para aplicarse á interpretación dos dereitos fundamentais proclamados no ámbito doutro Estado ou dunha xurisdición supranacional, como a do TEDH. Agora ben, ese atractivo non debe inducir a perder de vista os perigos que encerra esta teoría. Soster que nos conflitos sobre dereitos fundamentais existe unha única solución correcta (a que se siga da optimización) conduce a outorgarlles un excesivo poder aos xuíces en detrimento do lexislador. Convén recordar que o lexislador ten a lexitimación democrática derivada directamente dos cidadáns e o poder xudicial tena só de xeito indirecto, precisamente en virtude do seu respecto debido á lei. Ademais, no sistema europeo, onde non existe –como no anglosaxón– a vinculación ao precedente, unha determinada decisión xudicial non lles ofrece aos xustizables a garantía dun pronunciamento ulterior no mesmo sentido. Por iso, a relevancia decisiva que a tese da optimización lles atribúe aos xuíces sen o contrapeso do lexislador, e sen vinculación ao precedente, podería pór en risco a seguridade xurídica, ao facer as decisións xudiciais pouco previsibles. A teoría alexiana non chega a ser o bálsamo de Ferabrás⁵⁰, que, como se sabe, permitía curar todas as feridas.

48 A. QUERALT JIMÉNEZ, “El efecto de cosa interpretada que deriva de las sentencias del TEDH alcanza así tanto a los intérpretes internos del CEDH como a los aplicadores de catálogos constitucionales de derechos fundamentales” (“Los usos del canon europeo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007, p. 445).

49 HALL, H., e GARCÍA OLIVA, J., “Simbología religiosa en el ámbito laboral. A propósito del caso Chaplín y sus implicaciones en el derecho británico”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 32, 2013, p. 13. Véxase tamén, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., “Objeción de conciencia al tratamiento psicológico de homosexuales”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 32, 2013. PÉREZ-MADRID, F., “Objeción de conciencia y uniones civiles entre personas del mismo sexo: comentarios acerca del caso *Ladele c. Reino Unido*”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 32, 2013.

50 “Bálsamo de Ferabrás, que con só unha gota se aforrasen tempo e medicinas. Que redoma e que bálsamo é ese?, dixo Sancho Panza. Dun bálsamo, respondeu Don Quixote, de quen teño a receita na memoria, co cal non hai que terlle temor á morte, nin hai que pensar morrer de ferida ningunha; e así, cando eu o faga e cho dea, non tes máis que facer senón que cando vires que nalgunha batalla me partiron polo medio do corpo, como moitas veces adoita acontecer, bonitamente a parte do corpo que tiver caído no chan, e con moita sutileza, antes que o sangue se xee, porala sobre a outra metade que quedar na cadeira, advertindo de encaixalo igualmente e ao xusto. Logo darasme a beber só dous grolos do bálsamo que dixen, e verasme quedar máis san que unha mazá” (*Don Quixote*, capítulo X).

6 Bibliografía

- ALEXY, R.; *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. M., 1995.
- DÍAZ CREGO, M.; “El margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referida a los derechos fundamentales”, García Roca, F. J., e Fernández-Sánchez, P. A. (dir.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2009.
- ELÓSEGUI, M.; *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ELÓSEGUI, M.; “El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXX, 2014.
- ELÓSEGUI ITXASO, M. (coord.); *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Giménez Abad - Marcial Pons, Zaragoza, 2015.
- ELÓSEGUI ITXASO, M.; “El principio de proporcionalidad en Robert Alexy y los acomodamientos razonables en la sentencia Eweida contra Reino Unido del TEDH”, Elósegui Itxaso, M. (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Giménez Abad - Marcial Pons, Zaragoza, 2015.
- FIEDLER, W.; “Staat und Religion. Zweiter Beratungsgegenstand”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 2000.
- FINE, T. M., “American Courts and Foreign Law: The new Debate”, *31 DAJV Newsletter*, n. 107, 2006.
- GARCÍA ROCA, F. J.; “Del principio de la división de poderes”, Morodo Leoncio, R., e de Vega García, P. (coord.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, vol. 2, 2001.
- GARCÍA ROCA, J.; *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor, 2010.
- GARCÍA ROCA, J.; “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007.
- GARCÍA ROCA, J., *Prólogo a De Vergottini, G.; Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Trad. P. J. Tenorio Sánchez, Cizur Menor, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2010.

regap



ESTUDIOS

- GARCÍA ROCA, J.; "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales en la Construcción de un orden público europeo", *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30, 2012.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A.; "Simbología y prácticas religiosas en los espacios públicos en Canadá", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 24, 2010.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A.; "Objeción de conciencia al tratamiento psicológico de homosexuales", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 32, 2013.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., "Recensión" a García Roca, J.; *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor, 2010, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 28, 2011.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.; "Alcance de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo supranacional nacional", Gutiérrez Gutiérrez, I., e Presno, M. A. (dirs.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012.
- HAIN, K. E., *Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1999.
- HALL, H., y GARCÍA OLIVA, J.; "Simbología religiosa en el ámbito laboral. A propósito del caso Chaplin y sus implicaciones en el derecho británico", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 32, 2013.
- HERBST, T., "Die These der einzig richtigen Entscheidung. Überlegungen zu ihrer Überzeugungskraft insbesondere in den Theorien Ronald Dworkin und Jürgen Habermas", *Juristen Zeitung*, 2012.
- LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- MARTÍN SÁNCHEZ, I., "Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n.º 35, 2014.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J.; "Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 2, 2003.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.; *Estudios sobre libertad religiosa*, Ed. Reus, Madrid, 2011.
- PÉREZ-MADRID, F.; "Objeción de conciencia y uniones civiles entre personas del mismo sexo: comentarios acerca del caso Ladele c. Reino Unido", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 32, 2013.
- POSCHER, R.; "Teoría de un fantasma: la búsqueda infructuosa de la teoría de los principios por su objeto", Elósegui Itxaso, M. (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de*

los derechos fundamentale: homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario, Giménez Abad - Marcial Pons, Zaragoza, 2015.

PRIETO SANCHÍS, L.; "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 5, 2001.

PUPPINK, G.; "El caso Lautsi contra Italia", *Ius Canonicum*, vol. 52, n.º 104, 2012.

QUERALT JIMÉNEZ, A.; "Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales", *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007.

RODRÍGUEZ BLANCO, M.; "La protección de los lugares de culto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Derecho y religión*, n.º 9, 2014.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.; *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

RÜTHERS, B.; "Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?", *Juristen Zeitung*, 2002.

STARCK, C.; "Maximen der Verfassungsauslegung", Isensee, J. y Kirchhof, P. (dirs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XI. Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl.*, C. F. Müller, Berlin, 2014.

TANZARELLA, P.; "Il margine di apprezzamento", Cartabia, M. (dir.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, 2007.

TORRES GUTIÉRREZ, A.; "La libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH)", García Roca, F. J., e Santolaya Machetti, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, Madrid, 2009.

DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre tribunales*, Civitas, Madrid, 2011.

WOEHLING, J.; "La libertad de religión, el derecho al acomodamiento razonable, y la obligación de neutralidad religiosa del Estado en el derecho canadiense", *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 33, 2006. Accesible en file:///C:/Documents%20and%20Settings/user/Mis%20documentos/Downloads/200611woehrling_es.pdf (Consulta do 19-03-2014).



A invalidez das licenzas urbanísticas non sempre dá lugar á demolición das obras: a propósito da reforma do artigo 108 da LXCA

La invalidez de las licencias urbanísticas no siempre da lugar a la demolición de las obras: a propósito de la reforma del artículo 108 de la LJCA

The invalidation of an urban planning license does not always lead to the demolition of construction: on the subject of the article's 108 LJCA reformation

52 Regap

IGNACIO CALATAYUD PRATS

Doutor en Dereito. Profesor de Dereito Administrativo
CUNEF, Centro adscrito á Universidade Complutense de Madrid (España)
icrats@cunef.edu

Recibido: 05/06/2016 | Aceptado: 29/06/2016

Resumo: O artigo analiza as consecuencias da invalidez dos actos administrativos e conclúe que non sempre que un acto é inválido van desaparecer as consecuencias nadas ao amparo del. Analízase a viabilidade de manter a construción ilegal realizada ao abeiro dunha licenza declarada inválida por sentenza en virtude da concorrencia de principios xurídicos (dereito á vivenda, protección do dominio público, evitar a destrución da riqueza) que obrigan á súa conservación. Analízase o artigo 108.3 LXCA, que introduce un suposto singular en que o lexislador considerou preciso suspender a demolición de construcións ilegais declaradas por sentenza como consecuencia da presenza dun terceiro adquirente de boa fe.

Palabras clave: invalidez, ineficacia, nulidade, licenza de obra, construción ilegal, demolición, execución de sentenza, imposibilidade de execución, terceiro adquirente de boa fe.

Resumen: El artículo analiza las consecuencias de la invalidez de los actos administrativos y concluye que no siempre que un acto es inválido van a desaparecer las consecuencias nacidas al amparo de él. Se analiza la viabilidad de mantener la construcción ilegal realizada al amparo de una licencia declarada inválida por sentencia en virtud de la concurrencia de principios jurídicos (derecho a la vivienda, protección del dominio público, evitar la destrucción de la riqueza) que obligan a su conservación. Se analiza el artículo 108.3 LJCA, que introduce un supuesto singular en el que el legislador ha considerado preciso suspender la demolición de construcciones ilegales declaradas por sentencia como consecuencia de la presencia de un tercer adquirente de buena fe.

Palabras clave: invalidez, ineficacia, nulidad, licencia de obra, construcción ilegal, demolición, ejecución de sentencia, imposibilidad de ejecución, tercer adquirente de buena fe.

Abstract: The article analyzes the consequences of the invalidity of administrative acts and concludes that when an act is invalid not always will disappear the consequences born under the protection of the act. Discusses the feasibility of maintaining illegal construction carried out under a license declared invalid by the judgment as a result of the

Regap



ESTUDIOS

application of legal principles (for example: right to housing, protection of the public domain, avoid the destruction of wealth). It study the article 108.3 LJCA which introduces a unique course in which the legislator has considered necessary to suspend the demolition of illegal buildings declared by judgment as a result of the presence of a third purchaser in good faith.

Key words: invalidity, inefficiency, construction permit, illegal construction, demolition, impossibility of execution of judicial decision, third purchaser in good faith.

Sumario: 1 A invalidez e a ineficacia dos actos administrativos. Formulación. 2 Invalidez formal e demolición. 3 Nulidade, anulabilidade e demolición. 4 Invalidez material e mantemento da obra declarada ilegal. 4.1 Fase procesual do xuízo de ineficacia. 5 A potestade de modular a execución dunha sentenza. 5.1 A inexecución de sentenzas desde 1888 ata 1998. 5.2 A inexecución de sentenzas a partir da Lei do solo de 1975 e da Lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1998. 6 Licenzas inválidas, terceiros adquirentes de boa fe e demolición. A propósito da reforma do artigo 108 da LXCA. 6.1 A orixe do problema e a xurisprudencia do Tribunal Supremo en relación cos terceiros adquirentes de boa fe. 6.2 Análise do apartado 3 do artigo 108 da LXCA. 7 Conclusións. 8 Bibliografía.

1 A invalidez e a ineficacia dos actos administrativos. Formulación

Este artigo ten como obxectivo analizar, desde un punto de vista crítico, que consecuencias e efectos implica a declaración de invalidez dun acto administrativo por parte dun órgano xurisdiccional e, en concreto, as consecuencias que leva consigo a declaración de invalidez mediante sentenza dunha licenza urbanística.

Imos, polo tanto, analizar e cuestionar a concepción que existe no noso ordenamento xurídico administrativo acerca de dúas institucións intimamente ligadas entre si, como son a invalidez e a ineficacia do acto administrativo, desmitificando aquela expresión que indica que os efectos dos actos declarados inválidos deben ser eliminados do ordenamento xurídico.

En concreto, imos contrapor a invalidez e a ineficacia, imos comprobar como o feito de que un determinado acto administrativo sexa declarado inválido, no noso caso unha licenza, non vai dar lugar, como se dunha regra automática se tratase, á eliminación dos efectos que o dito acto xerou desde o momento en que foi ditado ata o momento en que se declarou inválido. Sen dúbida ningunha, o brocardo que afirma que *quod nullum est nullum effectum producit*, e que significa, nin máis nin menos, que o acto nulo non pode producir efectos ou algún tipo de consecuencias xurídicas, debe matizarse¹.

Precisamente, o ordenamento xurídico e a práctica procesual demostran que a eliminación dos efectos xurídicos dos actos administrativos declarados inválidos non depende da súa conformidade ou non a dereito, senón que o mantemento dos seus efectos pode ser unha exigencia do propio ordenamento xurídico administrativo en atención ao cumprimento ben dunha norma, ben de principios xurídicos concretos².

1 Tal como expresa J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “a nulidade de pleno dereito como categoría dogmática (igual que sucede co fenómeno xeral da ineficacia dos actos xurídicos) foi e é un tema polémico de perenne actualidade, que obsesionou a doutrina de todos os tempos polas dificultades construtivas que ofrece (...) Unha análise elemental da nulidade de pleno dereito no noso ordenamento permite constatar a existencia dun espectacular divorcio entre a teoría e a praxe da categoría” (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudos Administrativos, Madrid, 2.ª ed., 1975, p. 26).

2 Debemos, ademais, sinalar que non nos estamos a referir e non imos centrar o noso estudo na eficacia dos actos administrativos que presentan vicios de nulidade ou anulabilidade antes de que se produza a declaración de invalidez polo órgano correspondente, e que é consecuencia do principio de presunción de validez do acto administrativo e da autotutela declarativa e executiva da Administración, senón que nos imos centrar na eficacia e no mantemento dos efectos dos actos declarados inválidos. Non obstante, debemos xa adiantar que, sen dúbida ningunha, o feito de que un acto declarado inválido poida manter os seus efectos ou, o que é o mesmo, que non se eliminen os efectos xerados por un acto inválido a pesar de que este fose declarado inválido ten, precisamente, a súa orixe na presunción de

A necesidade de adecuar as institucións da invalidez e da ineficacia do acto administrativo e de levar a cabo un estudo dos efectos que produce a declaración de invalidez dun acto administrativo e o que sucede cos efectos e as consecuencias xeradas por un acto administrativo declarado inválido é unha reivindicación que parte da doutrina está a exixir ante a insatisfacción e os desaxustes que a teoría da invalidez e da ineficacia do acto administrativo xera na práctica procesual.

En efecto, son diversos os autores que reclaman unha análise e unha revisión das categorías e dos trazos que definen e identifican a estas e, en concreto, das consecuencias que a declaración de invalidez dun acto administrativo xera³.

En principio, a validez fai referencia á acomodación ou á ausencia de contradición entre unha norma ou un acto e outras existentes no ordenamento xurídico. Un ordenamento xurídico, un sistema normativo, non pode tolerar que se diten actos administrativos contrarios ás leis. A validez representa, así, o respecto xeral ou total ás regras do sistema.

A declaración institucional de invalidez dun acto administrativo debe ter, pois, unha serie de consecuencias ou efectos: o efecto destrutivo, que consiste na eliminación dos efectos xurídicos do acto, e o efecto reconstrutivo, que consiste en obrigar a reconstruír a situación xurídica anterior á producida polo acto anulado.

Así as cousas, declarada institucionalmente a invalidez do acto, este debe eliminarse do ordenamento xurídico e, con el, todos os efectos que aquel presumiblemente tivese xerado, dando lugar ao restablecemento xurídico da situación anterior ao ditado do acto, isto é, débese restaurar a orde vixente anterior ao acto (*in integrum restituito*)⁴.

Do exposto dedúcese que, en principio, no ámbito urbanístico unha das consecuencias que xera a invalidez da licenza cando esta se outorgue contrariando as determinacións e condicións urbanísticas do dereito de propiedade fixado nas leis e nos plans urbanísticos vai ser a reintegración da orde transgredida, co fin de facer desaparecer do mundo real e xurídico os actos ilegalmente producidos e de repor as cousas á situación e ao estado anterior á transgresión, en definitiva, a demolición.

validez e nas prerrogativas de autotutela declarativa e executiva da Administración, de tal xeito que, se os ditos principios e prerrogativas non existisen, o ordenamento xurídico non establecería que os efectos dun acto declarado inválido se mantivesen.

- 3 Así, para J. A. SANTAMARÍA PASTOR, pioneiro na denuncia do desaxuste entre teoría da invalidez do acto e a práctica procesual, "Á nulidade atribuíronselle –e aínda se lle atribúen– virtudes e efectos que nunca posuíron nin produciron de modo pleno, baseándose nunha bela construción tan lóxica como artificiosa. Como teremos ocasión de demostrar, a actuación *ipso iure* da nulidade, a súa imprescritibilidade, a acción popular e a eficacia *ex tunc* ou *ex nunc* foron conceptos máis ideais que reais, auténticas pretensións míticas que lastraron irredutiblemente toda posibilidade de construción sensata" (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., p. 47). Do mesmo xeito, T. CANO CAMPOS, considera que "A invalidez dos actos xurídicos constitúe un dos conceptos xurídicos que máis resistencia ofreceu a un tratamento dogmático satisfactorio e axeitado. A súa importancia levou a doutrina a ocuparse del de forma reiterada, pero os resultados obtidos, lonxe de acadaren un razoable grao de consenso na doutrina, non lograron evitar que siga sendo un dos temas máis confusos e problemáticos da dogmática xurídica. Iso é especialmente claro no ámbito do dereito administrativo, onde a teoría da invalidez dos actos administrativos non conseguiu alcanzar unha configuración técnica adecuada que explique a verdadeira esencia do fenómeno, o seu efectivo funcionamento na realidade xurídica e as auténticas consecuencias que del derivan, de modo que se eviten as importantes revisións e críticas de que o tema é obxecto de forma recorrente por parte da doutrina (...) A pesar de que nos últimos anos se avanzou considerablemente na clarificación deste preocupante panorama, a teoría da invalidez dos actos administrativos aínda non logrou desprenderse de moitos deses lastres nin alcanzar uns resultados razoablemente aceptables (...) Á invalidez, en fin, séguenselle atribuíndo uns efectos ou consecuencias que a práctica xurídica, e ata o propio dereito positivo, se encargan de desmentir diariamente" ("La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 8, 2005, pp. 1-2).
- 4 Unha obra indispensable á hora de analizar a invalidez e a ineficacia e, en consecuencia, a posibilidade de que se manteñan os efectos e as situacións xurídicas nadas de actos declarados inválidos é o libro de LETELIER WARTENBERG, R., *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, Civitas, Madrid, 2011.

Non obstante, en numerosos casos a eficacia sancionadora do ordenamento, a súa capacidade de reacción contra os actos inválidos choca co peso morto da realidade. En moitos supostos, a pesar de que o acto é declarado inválido, os efectos que produciu non se eliminan. E non se trata pois dunha falta de actuación da invalidez, senón da resistencia positiva dos feitos a seren eliminados e da necesaria protección de certas situacións nadas ao abeiro do acto inválido que son por si merecedoras de non seren eliminadas⁵.

Para determinar se deben ou non suprimirse os efectos ou as situacións xurídicas nadas ao abeiro dun acto posteriormente declarado ilegal, cómpre realizar un xuízo dinámico que teña en conta as circunstancias acaecidas entre o momento en que nace o acto administrativo e o momento en que se realiza a declaración de invalidez por sentenza. Non basta e non nos serve para comprender o fenómeno que pretendemos analizar con levar a cabo, como se adoita realizar, un xuízo estático sobre a invalidez do acto, isto é, un xuízo abstracto no que unicamente se teña en conta a análise comparativa de adecuación entre o acto e o ordenamento xurídico sen ter en conta que desde que nace ese acto ata que, moito tempo despois, un órgano xurisdiccional coñece definitivamente sobre a súa validez, o acto produciu efectos ou modificou a realidade.

A decisión de eliminar os efectos ou situacións xurídicas emanadas dun acto administrativo non depende ou non pode levarse a cabo a través dun mero xuízo de invalidez no que se contraste a adecuación do acto co ordenamento xurídico; pola contra, á hora de considerar se procede ou non eliminar os efectos do acto administrativo inválido, débense ter en conta toda outra serie de circunstancias tales como o tipo ou clase de acto declarado inválido, o tipo de vicio, a gravidade do vicio, a actuación das partes na xeración do vicio, a materia sobre a que versa o acto administrativo, etc.⁶

Desta forma, do mesmo xeito que non existe unha correlación automática entre validez e eficacia, non existe unha correlación automática entre invalidez e ineficacia. A eficacia e, sobre todo, a ineficacia constitúen unha realidade ou institución autónoma que non sempre é consecuencia da declaración de invalidez dun acto, aínda que a dita declaración de invalidez é un requisito ou presuposto que se ten que dar para que proceda a ineficacia, aínda que non o único⁷.

5 Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., p. 164.

6 Dada a claridade con que o expresa J. A. SANTAMARÍA PASTOR, transcribimos o seguinte parágrafo: “O método de análise dun determinado fenómeno xurídico debe tomar como puntos iniciais de aproximación os elementos primarios que constitúen a esencia global do dito fenómeno. Polo que á nulidade se refire (como logo examinaremos con máis detalle), os elementos en cuestión son, fundamentalmente, catro: en primeiro lugar, a norma, como mandato estatal que impón coactivamente unha estrutura típica, un modelo ideal para cada clase de actos; en segundo lugar, o acto, na súa realidade individualizada de axuste ou desaxuste co esquema previsto pola norma; en terceiro lugar, o xuíz, entendida esta expresión no sentido amplo de órgano que aplica o dereito e a quen en concreto lle compete a función de axuizar e pronunciar a adecuación ou inadecuación do acto con respecto á norma; e, por último, a esfera dos efectos, na súa dobre vertente de: 1) efectos que produce o acto –ou que debería producir– en ausencia dun pronunciamiento sobre a súa adecuación á norma, e 2) efectos que producirá o acto tras o pronunciamiento xudicial aludido. A mesma pluralidade de elementos que constitúen a estrutura da situación xurídica de nulidade indica a posible diversidade de métodos de construción, segundo se tome como *leit motiv* un ou outro deles, ben considerado individualmente, ben en combinacións máis ou menos complexas” (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., p. 61).

7 Tal como expresa J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “O acto estruturalmente regular (válido) non sempre é eficaz: un negocio pode ser plenamente ineficaz, como o demostran os seguintes exemplos: (...) E, viceversa, o acto inválido non é necesariamente ineficaz; a irregularidade estrutural non obsta para que o acto produza, no entanto, efectos, como acontece nos seguintes casos: (...) supostos de actos nulos que, non obstante, producen determinados efectos imposto *ex lege* (matrimonio putativo...). Segunda, e fundamental, leva á formulación dun conxunto de proposicións irrealis que desconectan palmariamente a construción teórica da realidade xurídica. Non pode esquecerse que a cualificación da validez, – isto é, do axuste estrutural entre acto e norma – se produce nun plano ideal, puramente teórico, mentres que a cualificación de eficacia ou de ineficacia só pode derivar dos feitos. Abreviadamente, esta conclusión podería resumirse nas seguintes

Do exposto dedúcese que os órganos xurisdiccionais, cando analizan a validez dun acto administrativo, unicamente deben realizar un xuízo estático, abstracto e comparativo entre o acto e o ordenamento xurídico; pola contra, cando levan a cabo o xuízo de ineficacia, deben realizar un xuízo dinámico que teña en conta as circunstancias que concorreron ao ditar o acto e durante a vida deste.

Neste sentido, a obriga ou a posibilidade de manter os efectos do acto declarado inválido pode ser realizada polo ordenamento xurídico ben directamente mediante unha norma xurídica que, de xeito expreso, estableza e lle impoña ao xuíz a obriga de respectar os efectos que o acto produciu con anterioridade ao momento da súa supresión, ben mediante a atribución ao órgano xurisdiccional da posibilidade de aplicar, de forma discrecional, unha serie de principios xurídicos⁸.

En materia urbanística, para determinar a posible supresión dos efectos dunha licenza declarada inválida por sentenza, será necesario ter en conta o tipo de vicio, se é formal ou material, a gravidade da transgresión, a conduta das partes na xeración da transgresión e as circunstancias que poden concorrer desde que esta se xerou ata que se dita unha sentenza que declara a invalidez.

2 Invalidez formal e demolición

Como sabemos, o contido do dereito de propiedade urbana vén definido, delimitado e configurado pola lei e os plans urbanísticos; a lei e os plans definen cal é en cada caso a extensión do dereito de propiedade ao precisar o seu contido en función do destino concreto deste.

Deste modo, a posibilidade de edificar, construír ou non nun determinado solo e qué se pode edificar ou construír veñen definidos con precisión nos plans urbanísticos.

Agora ben, a construción de edificios e a realización das obras que neles se executen precisan con carácter previo da preceptiva licenza. A licenza urbanística, e en concreto a licenza de obras, é unha técnica que, xustamente, permite á Administración controlar de xeito preven-

proposicións: a) A invalidez é unha cualificación puramente teórica derivada da constatación dun desaxuste entre a estrutura real do acto e a estrutura tipo normativa; a ineficacia, en sentido estrito, é un dato exclusivamente empírico, derivado da comprobación de que, de feito, o acto en cuestión non produciu efectos, con independencia da orixe desta circunstancia; b) Non existe, pois, unha correlación automática, ontoloxicamente necesaria entre validez e eficacia, dun lado, e entre invalidez e ineficacia, doutro. A eficacia ou ineficacia dun acto constitúe, en principio, unha realidade autónoma que pode ou non ser consecuencia dun status de validez ou invalidez. Falar de ineficacia como a cualificación de non produción de efectos no plano teórico supón, ademais dunha *contradictio in terminis*, unha confusión do tendencial co real (...)” (*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., pp. 155-160).

8 Tal como manifesta R. LETELIER WARTENBERG, “en diversos casos, a regulación da relación entre o XVI e o XVC non se establece só a través dunha regulamentación expresa, como sucedía nos casos anteriormente examinados, senón que a dita regulación é deseñada mediante a incorporación dunha serie de principios xurídicos cuxos contidos lle dan forma a esa regulación. (...) Os tribunais usan unha variada gama de principios como forma de limitar os efectos que levaría consigo adoptar unha regulación de nulidade radical. Estes principios, da mesma forma que as regras de anulabilidade ou de derogación, veñen definir a extensión do ámbito de supresión do XVC delimitando do mesmo xeito o ámbito de respecto ou consideración ao XVI. Así as cousas, tanto a supresión como a reversión dos efectos estrutúranse sobre a base da regulación de nulidade radical, mentres que a corrección deses efectos totais se levaría a cabo mediante a aplicación do respectivo principio xurídico. É entón a síntese entre as normas de nulidade e estes principios en xogo a que vén deseñar a específica regulación desta colisión entre xuízos de validez (...) O caso do principio de seguridade xurídica, por exemplo, representa un caso de aplicación desta proposición. Mentres un caso concreto, unha lei ou un acto administrativo omitiron algún requisito de validez, a sanción para tal omisión pode consistir na nulidade total daquela norma coa completa reversión dos efectos que a norma produce. Non obstante, (...) o xuíz pode, no momento de decidir a nulidade e conseguinte supresión da norma xurídica, recoñecer a aplicación ao caso dun principio como o de seguridade xurídica, cuxo efecto non é outro que o de deixar indemnes os efectos do XVI, limitándose, desta forma, a reversión a un momento definido polo tribunal en canto aplicación do mesmo principio” (*Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, cit., pp. 312-313).

tivo o cumprimento das exixencias previstas nas normas e o cumprimento do planeamento por parte do propietario. A obtención de licenza require a tramitación dun procedemento⁹.

Pois ben, a licenza outorgada pode ser inválida ben por cuestións formais, isto é, porque foi ditada por órgano non competente ou porque non se respectou o procedemento administrativo (ausencia dalgún informe), ou ben pode ser inválida por razóns materiais, isto é, porque a obra é contraria á ordenación urbanística, ou, o que é o mesmo, porque se permitiu a realización dunha obra ou construción á que non ten dereito o propietario.

Pois ben, como indicamos, as consecuencias da invalidez da licenza van variar substancialmente se o vicio que esta xerou é formal ou, pola contra material.

En efecto, o feito de que a licenza sexa contraria ao ordenamento xurídico por un incumprimento das normas que rexen a competencia ou o procedemento de outorgamento destas non significa que a obra executada sexa contraria aos plans urbanísticos indo máis alá do seu dereito de propiedade. Deste xeito, é posible que a obra realizada conforme a licenza declarada inválida por motivos formais se axuste e adapte ao planeamento, non sendo posible, polo tanto, que a consecuencia xurídica da invalidez sexa a demolición, e iso porque a obra é materialmente correcta. Deste modo, a invalidez dunha licenza por un vicio formal non vai ter como consecuencia a demolición da obra executada, senón a obriga de que se tramite un novo procedemento¹⁰.

Nestes casos, a sentenza que declara a invalidez por un vicio formal débese entender correctamente executada cando se tramite o procedemento legalmente establecido para o seu outorgamento, independentemente do resultado. Polo tanto, unha vez declarada a invalidez de licenza como consecuencia de existencia de defecto formal, a execución da sentenza cúmprese coa tramitación do procedemento ou a corrección do trámite que deu lugar á nulidade, resolución do procedemento que pode dar lugar a que ou ben se conceda a licenza ou ben se denegue. Esta nova resolución é un acto administrativo e non un acto de execución de sentenza, razón pola cal calquera controversia sobre este (en concreto se é ou non conforme materialmente co planeamento urbanístico) requirirá o inicio dun novo proceso, non sendo, en consecuencia, susceptible de incidente de execución.

Do exposto dedúcese que a invalidez dunha licenza por razóns formais non vai dar lugar e non vai ter como consecuencia xurídica a demolición da obra construída; unicamente cando a obra, e en consecuencia a licenza, sexa contraria materialmente ás determinacións urbanísticas será posible a demolición e, como veremos, non sempre.

9 Con carácter xeral, o procedemento para a obtención dunha licenza de obras iníciase mediante solicitude do interesado, á que, con carácter xeral, as distintas leis das Comunidades Autónomas exixen que se acompañe dunha memoria indicativa da finalidade e uso das obras proxectadas, acreditando o aproveitamento preexistente e xustificando a adecuación á ordenación urbanística vixente. Un proxecto suscrito por un técnico competente cos planos e prescricións necesarias para controlar a adecuación á normativa. Unha vez presentada a solicitude coa documentación necesaria, son trámites da instrución do procedemento: a) a comunicación ás Administracións afectadas para que emitan informe sobre aspectos da súa competencia; b) a emisión do informe ou informes técnicos que teñen como obxectivo o exame da adecuación do proxecto á legalidade urbanística, normas de edificación e construción, así como á redución do impacto ambiental e conservación enerxética; c) a emisión dun informe xurídico que analice a legalidade de obra; d) os restantes trámites necesarios ou convenientes por razón da localización ou natureza dos actos ou operacións ou efectos.

10 Un exemplo do exposto constitúeo a Sentenza do 2 de xullo de 1998, do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) RX 1998\5737.

3 Nulidade, anulabilidade e demolición

Tal como expuxemos á hora de considerar se procede ou non a eliminación dos efectos do acto administrativo inválido, débense ter en conta circunstancias tales como o tipo ou clase de acto declarado inválido, o tipo de vicio ou a gravidade do vicio (nulidade ou anulabilidade).

Neste sentido, podería pensarse que a demolición como consecuencia da declaración de invalidez dunha licenza vai depender de que nos atopemos ante un suposto de nulidade de pleno dereito ou de anulabilidade da licenza¹¹. Sen dúbida ningunha, a gravidade do incumprimento material puidese, e quizais debese, ser unha razón que xustifique unha modulación das consecuencias da invalidez; non obstante, e aínda que puidese parecer o contrario, debemos indicar que no noso ordenamento xurídico o feito de que nos atopemos ante un suposto de nulidade de pleno dereito ou de anulabilidade non vai variar as consecuencias da invalidez¹².

Non é posible, polo tanto, distinguir a nulidade e a anulabilidade en canto aos efectos *ex tunc* ou *ex nunc* da declaración de invalidez realizada¹³.

Neste sentido, se a declaración de invalidez dunha licenza urbanística por incorrer en vicio de anulabilidade tivese efectos *ex nunc*, isto é, que só se deben eliminar os efectos xerados a partir da declaración de invalidez, as obras realizadas e executadas en virtude desas licenzas deberíanse manter, e iso porque, de ser certo que a declaración de nulidade só produce efectos a partir da sentenza, os efectos anteriores da licenza, e polo tanto a obra, serían lexítimos.

-
- 11 Como sabemos, e se reitera como se dun manra se tratase, os trazos ou elementos que definen a nulidade absoluta ou de pleno dereito son que, dada a gravidade do vicio e o carácter estrutural deste, calquera interesado pode invocala ou facer valer ante un tribunal, que é apreciable de oficio polo xuíz, que a acción de nulidade non prescribe, que non é susceptible de validación ou confirmación, que a sentenza que estima a nulidade é meramente declarativa ao operar a nulidade de pleno dereito *ipso iure*, tendo como única finalidade a sentenza facer desaparecer a posible aparencia de regularidade do negocio e, finalmente, a declaración de nulidade produce efectos *ex tunc* ao non poder xerar o negocio nulo de pleno dereito efectos xurídicos. Pola contra, e en contraposición á nulidade de pleno dereito, indícase que a anulabilidade, dado que é unha acción que ten como finalidade protexer unha parte, só pode ser exercitada pola parte designada na norma que establece a nulidade; que ten un prazo para o seu exercicio; que o acto é susceptible de validación por confirmación pola parte que sufriu a causa de nulidade; que ata que se declare a nulidade por sentenza o acto é inicialmente válido e eficaz e que, en consecuencia, a sentenza que declare a dita nulidade ten carácter constitutivo, razón pola cal se indica que a declaración de nulidade ten efectos *ex nunc*, isto é, só a partir da declaración de nulidade. Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo IV, Lustel, Madrid, 2011, pp. 173-178.
- 12 Considera que a gravidade dos vicios deberan modular a consecuencia xurídica da demolición I. PEMÁN GAVÍN, cando indica que: “cabería limitar o carácter obrigatorio da demolición aos supostos en que existe un sólido fundamento ou ben xurídico protexido. Tivemos a ocasión de comprobar que tales supostos se circunscriben, por razóns históricas, á protección do dominio público, podéndose engadir outros supostos en que a protección non se cingue á legalidade obxectiva, senón que inclúe a protección física das persoas, tales como a construción en zonas de risco” (“La demolición en la disciplina urbanística: una mirada retrospectiva”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 187, 2001, p. 45).
- 13 Tal como indica T. CANO CAMPOS, “Outra das diferenzas tradicionais é a eficacia *ex tunc* da declaración de nulidade, fronte aos efectos *ex nunc* da anulabilidade. As consecuencias da nulidade de pleno dereito (a tradicional, pero errónea, eliminación do acto ou a súa ineficacia) produciríanse desde o momento en que este se ditou, mentres que se o acto é só anulable (regra xeral no dereito administrativo) tales consecuencias só se producirían desde o momento en que se aprecia e declara o vicio do acto. Recentemente sostívose, non obstante, que no caso da anulabilidade cómpre distinguir entre actos cuxa eficacia se esgota nunha soa aplicación (pagamento dunha multa), caso en que a eficacia da anulabilidade será *ex tunc* (a contía da multa debe ser devolta), e actos cuxa eficacia se estende no tempo, caso en que a eficacia da anulación tamén será *ex tunc*, salvo que algún principio, como o de protección da confianza, deba ser tido en conta e determine a eficacia *ex nunc* da anulabilidade. Esta diferenza, que moitos autores cualifican con razón de mito, carece de todo fundamento. Débese, novamente, a un entendemento erróneo das consecuencias da invalidez. Carece de fundamento, porque non se entende moi ben por que un acto que é contrario ao ordenamento desde o momento en que se dita é tratado desde ese momento e ata que se declara tal contradiciedade como se se axustase a dereito. O lóxico, e o que o principio de legalidade exige, é que se considere inválido desde o momento en que infrinxe o ordenamento e que desde ese mesmo momento se produzan as consecuencias da súa invalidez” (“La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias”, cit., pp. 48-49).

Regap



ESTUDIOS

Nada máis lonxe da realidade, no noso ordenamento xurídico, se a obra é materialmente contraria ao planeamento urbanístico, e polo tanto a licenza inválida, a consecuencia xurídica desa invalidez é a mesma tanto en supostos de nulidade como de anulabilidade: o restablecemento da legalidade. Polo tanto, as institucións da nulidade e da anulabilidade ningunha incidencia teñen en canto ao posible mantemento das obras materialmente ilegais amparadas nunha licenza declarada inválida por sentenza¹⁴.

A invalidez (xa sexa por nulidade de pleno dereito ou anulabilidade) representa a declaración institucional de invalidez dun acto administrativo.

Pois ben, a dita declaración de invalidez ten, con carácter xeral, unha serie de consecuencias ou efectos: o efecto destrutivo, que consiste na eliminación dos efectos xurídicos do acto, e o efecto reconstructivo, que consiste en obrigar a reconstruír a situación xurídica anterior á producida polo acto anulado¹⁵. O carácter retroactivo ou os efectos *ex tunc* da nulidade e a anulabilidade é unha consecuencia lóxica da invalidez: “*Determinado que un acto xurídico non posúe validez dentro do sistema, resulta natural que non deba recoñecerse naquel acto virtude ningunha durante todo o tempo da súa vixencia para producir efectos recoñecibles*”¹⁶.

En consecuencia, e en principio, declarada a invalidez de licenza por razóns materiais, xa sexa por nulidade ou anulabilidade, quedan sen soporte xurídico as obras e construcións amparadas e que tiveron causa do acto declarado inválido¹⁷.

Así as cousas, de acordo coa nosa normativa, declarada institucionalmente a invalidez de licenza, esta debe eliminarse do ordenamento xurídico e, con ela, todos os efectos que aquela presumiblemente tivese xerado, dando lugar ao restablecemento xurídico da situación anterior ao ditado do acto, isto é, débese restaurar a orde vixente anterior ao acto (*in integrum restitutio*), salvo que unha norma expresamente ou un principio xurídico así o indiquen ou exixan¹⁸.

14 A única diferenza entre nulidade e anulabilidade ímola atopar nos prazos para o exercicio da impugnación. Pero, unha vez impugnada, a gravidade dos vicios non vai variar as consecuencias da invalidez.

15 Tal como indica o Código civil no seu artigo 1303 cando regula a anulabilidade: “Declarada a nulidade dunha obriga, os contratantes deben restituirse reciprocamente as cousas que tivesen sido materia do contrato, cos seus froitos, e o prezo cos xuros, salvo o que se dispón nos artigos seguintes”.

16 Cfr. LETELIER WARTENBERG, R., *Nulidade e restablecemento en procesos contra normas*, cit., p. 97.

17 En similares termos aos aquí sinalados expresouse M. BELADIEZ ROJO, cando de forma clara e contundente indicou que: “a retroactividade ou irretroactividade da sentenza ou resolución en que se declare a invalidez dun acto xurídico explícase normalmente como unha consecuencia da nulidade ou da anulabilidade. Segundo a tese convencional, a nulidade absoluta tería efectos *ex tunc*, e a anulabilidade, *ex nunc* (...) Como se acaba de ver, o único que diferencia a nulidade de pleno dereito da anulabilidade é outorgar maiores ou menores facilidades para exercer a acción impugnatoria, pero, unha vez que esta se exerceu, o resultado práctico pretendido é o mesmo nun ou outro caso: declarar formalmente a invalidez do acto para privalo, así, da súa eficacia. O camiño procesual que se perseguira para obter esa declaración é xa indiferente; tivo a súa importancia no momento de exercer a acción impugnatoria, pero xa non a ten unha vez que esa acción prosperou e se conseguiu declarar formalmente a invalidez (...) de aí que en principio, e sen prexuízo das moitas excepcións que na práctica poidan existir, a resolución que declare a invalidez dun acto xurídico (xa se cualifique como nulo ou anulable) debería ter efectos retroactivos. Esta é a consecuencia que con carácter xeral exixiría o principio de legalidade, pois doutro modo estaríanse a conservar os efectos dun acto contrario a dereito, afirmación que non impide recoñecer –tal como se adiantou– que a concorrencia de determinadas circunstancias poida en ocasións exixir a excepción a esta regra. Pero, fóra destes excepcionais supostos en que os principios xurídicos poidan exixir limitar os efectos da declaración de invalidez, a ineficacia do acto débese referir tanto aos efectos pasados como futuros, pois son actos que nunca tiveron valor para o dereito” (*Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 62).

18 Son absolutamente acertadas as palabras de T. CANO CAMPOS cando afirma: “Pois ben, como cabe xa imaxinar, o principio (en sentido estrito e de tipo substancial, derivado do de legalidade da actuación administrativa) que prescribe que non se protexa xuridicamente o interese ao mantemento da situación creada por un acto inválido, tutelando, pola contra, quen pretenda a remoción da dita situación, non opera no baleiro, senón que forma parte dun sistema xurídico composto por unha estrutura de principios (substantivos e institucionais) cos cales pode entrar en conflito e ser derrotado. O método para resolver ese conflito é a *ponderación*, e a súa regra constitutiva é a seguinte: “canto maior sexa o grao de satisfacción ou de afectación dun principio, tanto maior ten que ser a importancia da satisfacción doutro”.

4 Invalidez material e mantemento da obra declarada ilegal

A presunción de validez das licenzas, que permite a construción das obras mesmo cando estas contraveñan materialmente o ordenamento xurídico¹⁹, unida ao considerable tempo que transcorre desde que se interpón o primeiro recurso administrativo ata a última sentenza que declara a licenza inválida, dá lugar a que se produza a transformación de realidade mediante a execución da obra ou construción materialmente ilegal²⁰.

En principio, con carácter xeral, declarada mediante sentenza a invalidez dunha licenza por motivos substantivos, esta debe eliminarse do ordenamento xurídico e, con ela, todos os efectos que aquela xerese, no noso caso a obra ou a construción, dando lugar ao restablecemento xurídico da situación anterior ao ditado da licenza, isto é, débese restaurar a orde vixente anterior ao acto, o que leva consigo, en principio, a demolición.

En efecto, a demolición do construído é a consecuencia imposta legalmente no caso de anulación dunha licenza concedida con infracción da normativa urbanística.

Tal como indica a xurisprudencia, a resolución da sentenza que declara inválida a licenza implica necesariamente unha inicial actividade xurídica transformadora dos pronunciamentos xurídicos anulados, así como unha conseguinte actividade material transformadora da realidade sobre a que recaeron os pronunciamentos xurídicos de referencia²¹. Unha sentenza deste tipo supón, pois, suprimir do ámbito xurídico o título que a licenza implicaba e, por outra parte, eliminar do ámbito material o indebidamente construído ao abeiro dun título que deveu nulo²².

Como consecuencia desa ponderación (que consta de tres fases: identificación dos principios que entran en conflito, atribución de peso ou valor a cada un deles e decisión de prevalencia conforme a referida regra), eses outros principios poden ter un maior peso e, por conseguinte, acabar prevalecendo no caso concreto sobre o principio de non tutela da situación creada polo acto inválido. Isto serve para explicar de forma máis convincente, entendo, determinadas institucións (como a validación de determinados actos ou a existencia de prazos para recorrer contra os actos inválidos) e determinados supostos en que os actos inválidos se manteñen e mesmo seguen producindo os seus efectos" ("La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias", cit., pp. 35-37).

- 19 Tal como indica M. REBOLLO PUIG, "A presunción de validez é a calidade dos actos administrativos en virtude dos cales existe deber de actuar e decidir partindo da premisa de que os actos administrativos son válidos mentres non se declare a súa nulidade ou sexan anulados. O deber nace, polo tanto, do ordenamento xurídico (do artigo 57.1 LAP no noso caso), non do acto, non de cada acto: a existencia dun acto administrativo non é máis que o suposto de feito para que opere esa norma imperativa. Se a invalidez consiste na negación da forza xurídica como reacción ante a súa ilegalidade, a presunción que estudamos significa que non cabe negar esa forza xurídica nin prescindir dela mentres o acto non sexa declarado nulo ou non sexa anulado" ou, engadimos nós, non se suspenda como medida cautelar ("La presunción de validez", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 128, 2005, p. 5).
- 20 Sen dúbida ningunha, ten razón L. MÍGUEZ MACHO, cando constata que: "O alcance xeral da autotutela administrativa ten profundas consecuencias para a tutela xudicial fronte ás actuacións da Administración suxeitas ao dereito administrativo. Implica que esa tutela chega a posteriori, cando a Administración alterou de xeito unilateral as situacións xurídicas, grazas á presunción de validez de que se benefician os actos administrativos, e cando pode ter modificado tamén a realidade fáctica, posto que aqueles son inmediatamente executivos. En definitiva, non só se produce un desprazamento xeneralizado da carga de accionar o administrado, senón que o proceso se desenvolve mentres a actuación administrativa impugnada está a producir todos os seus efectos e transformando a realidade, mesmo de xeito irreversible". ("Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 38, 2015, p. 9).
- 21 Tal como indica R. FERNÁNDEZ VALVERDE, "A amplitude en que se expresa o texto legal permite deducir, con absoluta claridade, que o contido da execución da sentenza ten unha dobre perspectiva, xa que, dunha parte, o tribunal e a Administración deben levar a cabo unha determinada actividade xurídica, transformadora ou eliminadora dos mandatos xurídicos á anulación da cal se procedeu xurisdiccionalmente; e, doutra parte e como consecuencia de tal actividade, en determinadas ocasións, será –ademais– preciso, con carácter complementario, levar a cabo unha actividade de índole material, e que xorde como consecuencia do anterior pronunciamento de nulidade e da conseguinte actividade xurídica complementaria. No ámbito urbanístico que nos ocupa, o exemplo é ben visible: á declaración xurídica de nulidade dunha licenza séguelle, como complemento material, o derrubamento do indebidamente construído con fundamento na licenza anulada" ("Urbanismo y ejecución de sentencias", Sánchez Lamelas (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 83).
- 22 Cfr. a Sentenza do 29 de abril de 2009 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) RX 2009\5143.

Regap



ESTUDIOS

Agora ben, tal como analizamos na primeira epígrafe deste artigo, mentres que o xuízo de validez da licenza é un xuízo estático que ten como obxectivo analizar e realizar, moitos anos despois de ditarse a licenza, un simple contraste entre a licenza e o planeamento no momento en que se deu a licenza sen ter en conta as circunstancias acaecidas desde que se dita a licenza ata que, reiteramos, moitos anos despois se dita a sentenza, con todo o xuízo de ineficacia é un xuízo dinámico que ten como obxectivo decidir á vista das circunstancias acaecidas durante a vida do acto e en atención a outros principios xurídicos dignos de protección, se deben perdurar todos ou algúns dos efectos da licenza inválida, isto é, a obra ou substituír a demolición por outro tipo de consecuencia xurídica.

Precisamente, a posibilidade de manter a obra ou a construción materialmente ilegal realizada en virtude dunha licenza inválida pola concorrencia de circunstancias que obriguen ao seu mantemento é unha decisión que compete ben ao lexislador ben aos órganos xurisdiccionais mediante a aplicación de principios xurídicos tales como o principio de boa fe dos adquirentes, o principio de proporcionalidade e o principio de intanxibilidade da obra pública²³.

En definitiva, aínda que, en principio, a demolición do ilegalmente construído é a consecuencia xurídica natural e primaria dunha sentenza que declara inválida unha licenza de construción, non obstante a existencia de determinadas circunstancias dignas de amparo xurídico poden e deben dar lugar ao mantemento da obra²⁴.

4.1 Fase procesual do xuízo de ineficacia

Unha cuestión que cómpre resolver estriba en determinar en que momento procesual se debe levar a cabo o xuízo de ineficacia.

Desde o noso punto de vista, no proceso contencioso urbanístico, aínda que sería posible levar a cabo o xuízo de ineficacia conxuntamente co de validez de forma que sexa na propia sentenza na que se estableza a substitución dos efectos ou a modulación das consecuencias xurídicas da invalidez, o cal redundaría na economía procesual²⁵, consideramos que, dado que

23 Facemos nosas as palabras de T. CANO CAMPOS, cando acertadamente indica: “Esquécese moi a miúdo que o ordenamento xurídico se tutela e actúa dos modos máis variados, e que tales modos son precisamente aqueles que se consideran como máis axeitados ás exixencias propias de cada situación concreta, formada por un feixe de principios, bens e intereses que poden entrar en colisión. O propio dereito positivo demostra que ás veces o mellor xeito de tutelar a orde xurídica é precisamente mediante o mantemento da situación creada, aínda que esta derive dun acto ilícito. A iso responden institutos como o da prescrición, a caducidade, os prazos preclusivos no proceso, etc.; e aí reside, como sinalara SAVIGNY, o verdadeiro fundamento da protección posesoria” (“La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias”, cit., p. 20).

24 No mesmo sentido pronúnciase T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cando indica que “A demolición do indebidamente construído, que é o desenlace natural ao que conduce a execución dunha sentenza anulatoria dunha licenza de construción ou dun proxecto de urbanización é algo moi duro, certamente, pero é obvio que se pode facer e que nalgúns casos se fai, como o é tamén que en determinadas circunstancias ese desenlace pode ser lexítimamente eludido” (“Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n.º 29, 2013).

25 Este é o parecer de S. DEL SAZ CORDERO, cando considera que “se interpretaron as facultades do xuíz no recurso contencioso-administrativo, cuxa estimación, de acordo co establecido nos artigos 71.1.a) e 31.1 LXCA, debe levar consigo a declaración da súa non conformidade a dereito e, se é o caso, a anulación total ou parcial da disposición ou acto contra o que se recorre. A expresión «se é o caso», que xa figuraba na Lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1956, común para actos e disposicións xerais, permite chegar á concepción ata agora exposta: a anulación é a consecuencia necesaria da constatación da ilegalidade invalidante non emendada, ou insusceptible de emenda, en que tería incorrido o acto ou disposición obxecto de recurso. Pero tamén pode ser interpretada noutro sentido: o xuíz pode optar por outras solucións que non pasen necesariamente pola anulación da norma ou do acto impugnado, valorando non a situación da que se partía *ab initio*, senón da que existe no momento de pór a sentenza. Mesmo no caso de que se tivese solicitado o restablecemento do dereito ou interese, valorando en fase de sentenza, e non posteriormente en execución, a necesidade de substituír a anulación pola compensación económica do dereito vulnerado. Isto é o que convén repensar” [“¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de la ilegalidad de una disposición general o un acto administrativo?: la

o xuízo de eficacia necesariamente debe preceder ao de validez, pois a invalidez é condición necesaria previa da ineficacia, o momento procesual oportuno é na execución da sentenza mediante un incidente de execución no que se ventilen de forma plena e contraditoria as cuestións relativas aos efectos da declaración de invalidez da sentenza.

O noso lexislador decidiu que o momento adecuado para levar a cabo o xuízo de ineficacia é na fase de execución da sentenza, pois durante o plenario débese levar a cabo o xuízo de validez, co fin de constatar que, no momento en que outorgou a licenza á obra permitida, esta era contraria á lei ou ao planeamento urbanístico; unha vez que se declara que a licenza é contraria materialmente ao ordenamento xurídico, o seguinte paso é determinar se se eliminan os efectos da licenza, é dicir, se se procede á demolición ou se pola contra se modulan ou substitúen por outras consecuencias xurídicas.

Entendemos que a razón pola cal a posibilidade de manter a obra ou a construción materialmente ilegal se incardina na fase de execución da sentenza se debe a que a consecuencia xurídica mandatada polo ordenamento xurídico en virtude de invalidez é, precisamente, a demolición. Polo tanto, unha vez realizado o xuízo de invalidez e a súa consecuencia natural, que é a demolición, deberase proceder á súa execución; non obstante, xa en execución de sentenza, poderase analizar e ponderar se, en virtude da concorrencia doutros intereses e principios, se pode modular ou substituír a execución.

Agora ben, se pola contra o ordenamento xurídico, isto é, o lexislador, decidise, polos motivos que considerase, que a consecuencia xurídica dunha licenza materialmente contraria ao planeamento non é a demolición senón outra, como por exemplo o mantemento da obra pero coa obriga de indemnización, neste caso na sentenza deberíase declarar a invalidez da licenza e a súa consecuencia xurídica, que sería o mantemento da obra pero coa obriga de indemnización.

Por este motivo, indicamos que a decisión de en que momento procesual e en atención a que circunstancias concretas se pode manter a obra materialmente ilegal é unha decisión que lle compete, en principio, ao lexislador.

5 Apotestade de modular a execución dunha sentenza

5.1 A inexecución de sentenzas desde 1888 ata 1998

A posibilidade de manter a obra ou a construción materialmente ilegal realizada ao abeiro dunha licenza inválida en virtude da concorrencia de circunstancias que obriguen ao seu mantemento ou, o que é o mesmo, a posibilidade de non executar ou modular a execución da consecuencia imposta legalmente no caso de anulación dunha licenza, é dicir, a demolición, é unha posibilidade que, lonxe de ser excepcional, se recoñece e se recoñeceu desde os inicios da xurisdición contencioso-administrativa²⁶. O dito recoñecemento normativo ao

anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, 2014 (Exemplar dedicado a: Homenaxe a Demetrio Loperena e Ramón Martín Mateo, pp. 1142-1143)].

26 Unha análise exhaustiva da evolución da execución das sentenzas no contencioso-administrativo realízaa BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “A evolución histórico-normativa da execución de sentenzas contencioso-administrativas (1845-1956)”, *Documentación Administrativa*, n.º 209, 1987, pp. 199-220. Sen dúbida ningunha, coincidimos co autor cando indica a necesidade de realizar unha análise histórica dunha institución para poder comprender e emprender un exame crítico do estado actual desta.

longo da historia non é senón a constatación de que o mantemento da obra ilegal é en numerosas ocasións a mellor forma de tutelar o ordenamento xurídico e de ponderar os intereses en conflito.

En efecto, a Lei do 13 de setembro de 1888 de Santamaría de Paredes, a cal creou por primeira vez en España unha verdadeira xurisdición contencioso-administrativa, estableceu a posibilidade de que a Administración acordase a suspensión ou o aprazamento do cumprimento dunha sentenza, fundándose en motivos de interese público. En concreto, o artigo 84 da lei indicaba que, cando por razóns de interese público, a Administración estimase necesaria e acordase a suspensión do cumprimento da sentenza, llo faría saber ao tribunal, comunicándolle a resolución e os seus motivos, e o tribunal, nese caso, declararíaa a indemnización que correspondese ao particular polo aprazamento²⁷.

Posteriormente, polo Real decreto do 22 de xuño de 1894 (ditado por virtude da habilitación contida no artigo 30 da Lei de orzamentos do 30 de xuño de 1892), refórmase o artigo 84 da Lei Santamaría Paredes²⁸ e introdúcese a posibilidade non só de suspender a execución da resolución da sentenza, senón de declarar a inexecución desta ben por razóns de interese público ou ben por se ter feito imposible material ou legalmente o cumprimento do mandado²⁹.

En concreto, a nova redacción do artigo 84, no seu parágrafo 4, dispuña que:

“Comunicadas as sentenzas do Tribunal do Contencioso ao ministerio que corresponda, este examinará, nos casos dubidosos, se por razóns de interese público debe suspenderse temporalmente a execución daquelas, ou se polas propias razóns de interese público ou por se ter feito imposible material ou legalmente o cumprimento do mandado fose necesario acordar a non execución das sentenzas”.

Como se pode comprobar, o precepto realizaba xa daquela unha diferenza entre, dun lado, inexecución de sentenzas por razóns de interese público e, doutro, inexecución de sentenzas por imposibilidade material ou legal³⁰.

27 O artigo 84 da Lei do 13 de setembro de 1888 de Santamaría de Paredes establecía que: “O ministro ou a autoridade administrativa a quen lle corresponda deberá xustificar o recibo da sentenza no termo de tres días, e dar no dun mes conta do seu cumprimento. Cando por razóns de interese público a Administración estimase necesaria e acordase a suspensión do cumprimento da sentenza, farallo saber ao tribunal, comunicándolle a resolución e os seus motivos, e o tribunal declarará a indemnización que lle corresponda ao particular polo aprazamento. En todo caso de suspensión, o Goberno dará conta ás Cortes, dentro do primeiro mes de estar abertas ou constituídas, da suspensión e dos seus fundamentos”.

28 Unha análise das razóns do cambio normativo pode verse en GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 2008, pp. 209-215.

29 En concreto, seguindo a R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, e tal como se desprende da exposición do proxecto elaborado pola Comisión encargada da reforma da Lei 1988, a Comisión definiu o que debía entenderse por imposibilidade material e legal. Así, existía imposibilidade material cando a cousa ou dereito a que se refería a sentenza deixase de existir; do mesmo xeito, existía imposibilidade legal cando se promulgaba unha lei que prohibía ou impedía a execución do mandado (*La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 213).

30 A diferenza entre inexecución de sentenzas por razóns de interese público e, doutro, inexecución de sentenzas por imposibilidade material ou legal era substantiva, e iso porque mentres que na primeira a sentenza se podía executar pero, se por motivos de interese xeral non se cumpría o mandatado nela, levaba consigo indemnización, pola contra, a inexecución por imposibilidade material ou legal supuña a imposibilidade de cumprimento por causas alleas a unha vontade política discrecional e por iso non levaba consigo indemnización. Así, de conformidade cos parágrafos 7 e 8 do artigo 84: “Cando non haxa posibilidade de cumprir a sentenza, o goberno declararao así, en resolución motivada de que dará conta ás Cortes no primeiro mes de estaren estas abertas ou constituídas. O mesmo se fará cando, podendo cumprirse a sentenza, estime o goberno, por razóns de interese público, que non debe levar a efecto a súa execución. Neste caso, o ministro a quen lle correspondía deberá someter ás Cortes, dentro dos dous meses seguintes ao día en que lles dea conta do seu acordo, e logo de audiencia do Consello de Estado en pleno, un proxecto de lei que determine a indemnización que deba concederse en equivalencia do dereito declarado pola sentenza ou o xeito de atender noutra forma á eficacia do resolto por esta”.

Posteriormente, mediante a Lei Maura do 5 de abril de 1904, prodúcese unha nova modificación da Lei 1988 que introduce cambios importantes na inexecución das sentenzas. Así, no novo artigo 84 redúcense os motivos de interese xeral en virtude dos cales a Administración podía acordar a suspensión ou non execución dunha sentenza establecendo unha lista de motivos taxados. En concreto, o Consello de Ministros só podía acordar, «con carácter extraordinario», a suspensión total ou parcial ou inexecución, igualmente total ou parcial, da sentenza, fundándose nunha das catro causas enunciadas na lei: 1) Perigo de trastorno grave de orde pública. 2) Temor fundado de guerra con outras potencias, se tivese que cumprirse a sentenza. 3) Quebranto da integridade do territorio nacional. 4) Detrimento grave da facenda pública, en ambos os dous casos con indemnización. Do mesmo xeito e polo que respecta á imposibilidade legal e material, indicábase que non se podía declarar inexecutable unha sentenza por causas de imposibilidade material ou legal de executala pero que se o caso se presentaba, na execución da sentenza se determinaríaa a forma de remover as dificultades que se presentasen e, en caso de que fosen irreductibles, se fixaría a indemnización correspondente.

Pois ben, en liñas xerais o contido regulatorio da execución de sentenzas da Lei Maura trasládase á Lei do 27 de decembro de 1956, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, establecéndose a posibilidade de inexecución por motivos taxados e fixándose unha regulación parca da inexecución por imposibilidade material e legal³¹.

Agora ben, en materia urbanística, foi a Lei do 12 de maio de 1956 sobre réxime do solo e ordenación urbana a que estableceu un suposto xenérico de inexecución de sentenza cando razóns de interese xeral avogasen polo mantemento da obra ou construción.

31 En concreto, a regulación da suspensión de inexecución por interese público e inexecución por imposibilidade legal realizábase nos artigos 105 a 107 da lei. En concreto e conforme estes:

“Artigo 105.

1. O órgano ao cal lle corresponda xustificará a recepción da sentenza no prazo de dez días, e no de dous meses contados desde que reciba aquela adoptará necesariamente unha destas tres resolucións:

- a. Execución da resolución, tomando á vez as medidas necesarias ao efecto.*
- b. Suspensión do cumprimento total ou parcial da resolución polo prazo que se marque.*
- c. Inexecución en absoluto, total ou parcial, da mesma resolución.*

2. A suspensión ou inexecución a que se refiren os dous últimos casos do parágrafo anterior só poderá ser decretada polo Consello de Ministros, con carácter extraordinario, fundándose nalgunha das causas seguintes:

- 1. Perigo de trastorno grave da orde pública.*
- 2. Temor fundado de guerra con outra potencia, se tivese que cumprirse a sentenza.*
- 3. Quebranto na integridade do territorio nacional.*
- 4. Detrimento grave da facenda pública.*

3. Non poderá acordarse a inexecución ou suspensión fundándose na causa 4) cando a resolución condenase a Administración ao pagamento de cantidade, pero en tal suposto, se estimase que o cumprimento da sentenza, nos seus propios termos, lle produciría trastorno grave á facenda pública, poderá o Consello de Ministros, logo de ditame do Consello de Estado, fixar a modalidade de pagamento que dea cumprimento á resolución na forma que sexa menos gravosa para o tesouro público, o que porá en coñecemento do tribunal por medio da Avogacía do Estado para que, oídas as partes, resolva en definitiva sobre o xeito de executar a sentenza.

4. Se o cumprimento da resolución implicase fraccionamento ou aprazamento, levará consigo a obriga de aboar o xuro de mora ao tipo legal.

5. Non poderán suspenderse nin deixarse de executarse as sentenzas confirmatorias de actos ou disposicións da Administración, salvo as dítadas sobre recursos interpostos por esta contra os seus actos declarados lesivos.

6. Se dentro do prazo de dous meses a que se refire o parágrafo 2 non se adoptase ningunha das medidas nel consignadas, sen prexuízo da responsabilidade a que isto dea lugar, executarase a sentenza na forma e termo que na resolución se consignen, baixo a persoal e directa responsabilidade dos axentes da Administración.

Artigo 107.

Non poderá suspenderse nin declararse inexecutable unha sentenza por causas de imposibilidade material ou legal de executala, e se este caso se presentase, será sometido pola Administración, por medio do Avogado do Estado, ao tribunal respectivo, dentro do referido prazo de dous meses, co fin de que, con audiencia das partes, se acorde a forma de levar a efecto a resolución”.

En concreto, o artigo 228 da lei establecía que:

“ 1. Se en virtude de sentenza se tivese que desistir da construción ou destruír algunha obra de urbanización, o xulgado ou tribunal ao que lle competa executar a resolución comunicarllo á Comisión Provincial de Urbanismo para que no prazo de dous meses lle notifique ao órgano xurisdiccional se, por motivos de interese público, se impón seguir ou conservar a obra, e se non o fixese, entenderase que nada obsta á execución.

2. Se dispuxese a prosecución ou conservación da obra, o xulgado ou tribunal fixará a indemnización que o condenado deba aboarlle ao prexudicado, na forma disposta polos artigos novecentos vinte e catro e seguintes da Lei de axuízamento civil ou noventa e dous da Lei do contencioso-administrativo, segundo a resolución tivese sido ditada pola xurisdición ordinaria ou a contencioso-administrativa”.

Pois ben, un estudo xurisprudencial dos supostos en que, unha vez declarada a invalidez dunha licenza urbanística, da que, consecuentemente derivaba a demolición dunha determinada obra, e nos cales, acto seguido, se invoca e aplica o artigo 228 para xustificar a necesidade de conservar esta en contra do decidido inicialmente polo tribunal revela que a toma desta decisión se baseou nas seguintes circunstancias: a adquisición por terceiros de boa fe; a necesidade de garantir a vivenda; a necesidade de garantir un servizo público; a necesidade de evitar destrución de riqueza; e o principio de proporcionalidade³².

Da normativa exposta evidénciase que a posibilidade de manter a obra ou a construción materialmente ilegal realizada ao abeiro dunha licenza inválida en virtude da concorrencia de circunstancias que obriguen ao seu mantemento foi algo absolutamente natural no noso ordenamento xurídico.

Do mesmo xeito, é fundamental manifestar que o feito de que o lexislador estableza a posibilidade de modular ou non executar unha sentenza por razóns de interese público foi validado polo Tribunal Constitucional precisamente mediante a análise do artigo 228 da Lei do 12 de maio de 1956 sobre réxime do solo e ordenación urbana.

Así, tal como declara a Sentenza do TC núm. 67/1984, do 7 de xuño (RTC 1984\67)³³:

“A partir destes momentos de xuízo, a determinación de se as resolucións impugnadas vulneran o artigo 24.1 da Constitución exige efectuar as seguintes consideracións:

A) O dereito á tutela xudicial efectiva non alcanza a cubrir as diferentes modalidades que pode revestir a execución da sentenza, pois –como dixo xa a sentenza do Tribunal 58/1983, de xuño, fundamento xurídico 2, Boletín oficial del Estado do 15 de xullo (RTC 1983\58)– tan

32 Cfr. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, cit., pp. 233 e ss.

33 No mesmo sentido pronúnciase a Sentenza do TC 109/1984, do 26 de novembro de 1984, cando indica: “C) O dereito á tutela xudicial non alcanza a cubrir as diferentes modalidades que pode revestir a execución da sentenza, pois –como xa dixo a Sentenza do Tribunal 58/1983, do 29 de xuño, *Boletín Oficial del Estado* do 15 de xullo, fundamento xurídico 2– tan constitucional é unha execución en que se cumpre o principio de identidade total entre o executado e o estatuído na resolución como unha execución en que, por razóns atendibles, a condena é substituída polo seu equivalente pecuniario ou por outro tipo de prestación. D) De acordo co anterior, o lexislador pode establecer, sen afectar ao contido esencial do dereito, os supostos en que pode non aplicarse o principio de identidade e substituírse por unha indemnización. E, nesta liña de razoamento, pode afirmarse, con carácter xeral, que a aplicación do artigo 228 da Lei do solo, como medida procedente para a execución da sentenza, non é oposta ao dereito fundamental do artigo 24.1 da Constitución, máxime tendo en conta que o dereito á execución da sentenza na forma establecida nas leis é un dereito que afecta a cantos foron parte no preito (Sentenza 67/1984, do 7 de xuño, *Boletín Oficial del Estado* do 11 de xullo, fundamento xurídico 4)”.

constitucional é unha execución en que se cumpre o principio da identidade total entre o executado e o estatuído na resolución como unha execución en que, por razóns atendibles, a condena é substituída polo seu equivalente pecuniario ou por outro tipo de prestación.

B) De acordo co anterior, o lexislador pode establecer, sen afectar ao contido esencial do dereito, os supostos en que pode non aplicarse o principio de identidade e substituírse por unha indemnización.

C) Nesta liña de razoamento, pode afirmarse, con carácter xeral, que a aplicación do artigo 228 da Lei do solo como medida procedente para a execución da sentenza non é oposta ao dereito fundamental do artigo 24.1 da Constitución, máxime tendo en conta que o dereito á execución da sentenza na forma establecida pola lei é un dereito que afecta a cantos foron parte no preito”.

5.2 A inexecución de sentenzas a partir da Lei do solo de 1975 e da Lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1998

Tras a derogación da Lei do 12 de maio de 1956 sobre réxime do solo e, polo tanto, a supresión do artigo 228 por parte da Lei 19/1975, do 2 de maio, de reforma da Lei sobre réxime do solo, e coa aprobación da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa –que, como a súa predecesora, non recolle ningunha norma que permita levar a cabo un xuízo de ineficacia, en execución de sentenza, por motivos de interese público³⁴–, suprimíase a existencia dunha norma que habilite a valorar e ponderar manter a obra ou a construción materialmente ilegal realizada ao abeiro dunha licenza inválida en virtude da concorrencia de circunstancias e principios que obriguen ao seu mantemento.

Non obstante, malia a ausencia dunha norma que habilítase, por razóns de interese público, os órganos xurisdicionais a modular ou ponderar executar e levar a efecto a consecuencia xurídica implícita na declaración de invalidez dunha licenza por motivos substantivos, isto é, a demolición, a xurisprudencia levada pola inercia da normativa e a xurisprudencia anterior ao cambio legal e conscientes da necesidade de aplicar e modular os efectos da invalidez das licenzas e, en consecuencia, manter as obras cando as circunstancias e principios xurídicos concretos o exixisen comezaron a protexer os intereses públicos que deran lugar á aplicación do artigo 228 da Lei do solo de 1956 a través da imposibilidade de execución³⁵.

Así, por exemplo, a pesar da dificultade de incardinar en supostos de imposibilidade material a presenza de terceiros adquirentes de boa fe³⁶, do principio de proporcionalidade³⁷ e de

34 En concreto, a LXCA suprime a posibilidade de inexecutar as sentenzas por razóns taxadas de interese público, pero establece, polas mesmas causas, no artigo 105 a posibilidade de expropiar os dereitos recoñecidos na sentenza. Agora ben, as causas de expropiación son tan extravagantes que na práctica esa posibilidade é inexistente.

35 Tal como expresa R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, “A protección que se viña realizando de determinados intereses públicos a través do artigo 228 da Lei do solo de 1956 mantívose, non xa en aplicación do dito precepto, que non era posible, senón reconducíndoa á imposibilidade de execución” (*La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 247).

36 Cfr. o Auto do 30 de xaneiro de 1996 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), RX 1996\690; Sentenza do 24 maio de 2007 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), RX 2007\8358.

37 Cfr. a Sentenza do Tribunal Supremo do 27 de xullo de 2001.

intanxibilidade da obra pública³⁸, a xurisprudencia acudiu a eles co fin de evitar a demolición en supostos que circunstancias e principios xurídicos aconsellaban que non se producise.

Non obstante, nos últimos anos, o Tribunal Supremo, debido ao urbanismo salvaxe e á inexecución xeneralizada das sentenzas urbanísticas e ao mantemento da gran maioría de construcións ilegais, xa fose pola inactividade da propia Administración á hora de executar ou pola súa legalización posterior mediante cambios no planeamento urbanístico, reaccionou de forma contundente adoptando unha interpretación moi restritiva das excepcións de imposibilidade material e legal de execución destas sentenzas³⁹.

Polo tanto, no momento actual, a posición xurisprudencial maioritaria é que, declarada a invalidez da licenza por razóns substantivas, procede a demolición, non sendo posible a declaración de imposibilidade legal ou material de execución, mesmo afectando a demolición a partes da edificación que si son legais⁴⁰ e, en consecuencia, sendo desproporcional a demolición, incluso tratándose de obras públicas⁴¹ e mesmo existindo de terceiros boa fe⁴².

Fronte á dita xurisprudencia, absolutamente restritiva na interpretación dos artigos que regulan a imposibilidade de execución legal e material e que ten como consecuencia o feito de que determinadas obras e construcións se teñan que demoler incluso existindo circunstancias e principios que puidesen avalar, mediante a súa ponderación, o mantemento da obra, alzouse parte da doutrina reclamando ben unha interpretación máis flexible da normativa

38 Cfr. as sentenzas do Tribunal Supremo do 4 de marzo de 2000 e 27 de xaneiro de 2001.

39 Cfr. REVUELTA PÉREZ, I., e NARBÓN LAÍNEZ, E. J., "Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 720, 2010, p. 1597. Igualmente, ALONSO IBÁÑEZ, M. R., "La imposibilidad de ejecución de sentencias de demolición de edificaciones: medidas legales", Estepa Montero, M. (coord.), Soriano García, J. E. (dir.), *Por el derecho y la libertad, libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, vol. 1, 2014 (Garantías constitucionais e xudiciais do cidadán), p. 988. Do mesmo xeito, GEIS CARRERAS, G., "Problemas específicos y últimos avances jurisprudenciales en materia de ejecución de sentencias urbanísticas", *Revista de Urbanismo y Edificación*, n.º 21, 2010, pp. 129-153.

40 Expoñente da restrición é a STS do 12 de maio de 2006 na que se indica: "aínda que a sentenza de cuxa execución se trate ordenase tan só o derrubamento dunha parte da edificación –por ser esa parte e non o todo a que contravén as normas xurídicas infrinxidas pola licenza ao abeiro da cal se levantou–, iso non impide que en execución de sentenza poida optarse por unha solución que impoña o derrubamento total e permita, tras el, levantar a nova construción xa acomodada na súa totalidade a esas normas. Ao contrario, (1) se o derrubamento total é a solución tecnicamente necesaria ou tecnicamente máis conveniente para restablecer a legalidade urbanística que a sentenza ordena, por non ser posible ou non ser aconsellable o mero derrubamento parcial, e (2) se o derrubamento total non leva consigo unha carga de todo punto desproporcionada, ben en comparación co beneficio inherente ao dereito que a sentenza tutela, ben por comparación entre o ilegalmente construído e o que se acomoda á legalidade, esa solución –a do derrubamento total– non supón contradicir os termos da resolución que se executa, nin a necesidade ou conveniencia técnica dela obriga a apreciar a concorrencia dunha causa de imposibilidade material de executar a dita resolución. É así porque o derrubamento total non é entón máis que a canle técnica necesaria ou conveniente para dar estricto e cabal cumprimento ao que a sentenza ordena; como tal canle técnica, que ademais non comporte unha carga desproporcionada, a imposición do derrubamento total nin altera a *ratio decidendi* da sentenza, nin a resolución desta, nin incorpora unha solución que poida entenderse non querida polo ordenamento xurídico. É así tamén porque unha conclusión distinta á que afirmamos alentaría as condutas fraudulentas e entorpecería a finalidade última de que os actos de edificación e uso do solo se acomoden á legalidade urbanística. E é así, en fin, porque a conclusión distinta favorecería sen razón bastante a posición do infractor e menoscabaría sen xustificación o dereito á tutela xudicial efectiva, que demanda como regra xeral unha execución *in natura* e que non tolera –ou non debe tolerar por non existir unha razón atendible– que nunha situación caracterizada polas circunstancias indicadas en (1) e (2) poida optarse por unha execución por equivalencia.

41 Cfr. a Sentenza do Tribunal Supremo do 16 de maio de 2014, en que se indica que: "ningunha razón existe para excluír da demolición unha obra cuxa licenza foi xurisdicionalmente declarada ilegal polo feito de que o uso asignado á dita edificación ilegal sexa albergar un arquivo, museo ou biblioteca de titularidade estatal, xa que a protección conferida a estes pola citada Lei de Patrimonio Histórico Español presupón que a construción ou edificación, que loxicamente é previa ou anterior ao seu uso, sexa conforme ao ordenamento xurídico, de maneira que non é sustentable, como opinan os recorrentes, que, unha vez que se instase o uso protexido (arquivo, museo ou biblioteca), o edificio resulta legalizado e, por iso, a demolición consecuenta á execución da sentenza que declarou ilegal a licenza de obra se teña que substituír por unha indemnización en favor de quen exerceu a acción tendente á protección da legalidade urbanística".

42 Cfr. entre moitas outras a Sentenza do 6 de febreiro de 2007 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) e, igualmente, a Sentenza do 26 de setembro de 2006 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). RX 2006\6665.

de execución contencioso-administrativa en virtude da existencia de valores constitucionais que permiten a súa modulación⁴³, ben a introdución de preceptos que introduzan, igual que o antigo artigo 228 da Lei do solo de 1956, unha cláusula xeral que lle permita ao órgano xurisdiccional a valoración e aplicación das circunstancias concorrentes⁴⁴.

Así, para GONZÁLEZ PÉREZ, dado que existen circunstancias que poden dar lugar a que se cuestione a vixencia da eficacia executiva da sentenza, isto é, circunstancias acaecidas con posterioridade ao momento temporal en que se dita o acto e que poden avogar e xustificar o mantemento da situación de feito creada polo acto inválido, non estaría de máis que, á parte de establecer normas específicas en canto sexa posible, se inclúa no capítulo dedicado á regulación da execución das sentenzas unha fórmula xeral análoga á que a LRPC contén sobre os límites da revisión no seu artigo 106, referida aos límites da execución e previndo a indemnización en forma análoga a como se regula nos supostos de imposibilidade material ou legal de execución⁴⁵.

O feito de que na actualidade non exista unha norma que de forma xeral permita, á hora de decidir se se debe demoler unha obra por ser ilegal a licenza que a amparou, atender ás circunstancias acaecidas desde que se dita o acto ata que este é declarado inválido e ponderar a posible existencia de principios, moitos deles constitucionalizados, como o dereito a gozar dunha vivenda digna, evitar a destrución de riqueza ou a protección do dominio público, está a xerar situacións claramente inxustas como a demolición de obras públicas, a demolición de vivendas adquiridas por terceiros de boa fe, ou a demolición de obras que xeran emprego e riqueza.

Sen dúbida ningunha, a aplicación ríxida e automática dun esquema tópico de consecuencias e efectos, isto é, invalidez e demolición que non admita matizacións ou derogacións parciais pola entrada en xogo doutros principios xurídicos dá lugar a un sistema que non permite a busca da solución xusta, na tarefa de administrar a xustiza.

Desde o noso punto de vista, polo tanto, é absolutamente necesario que se aprobe unha norma que, con carácter xeral e por razóns de interese público, lles permita aos órganos xurisdiccionais, por petición das partes, realizar, unha vez que o acto foi declarado inválido, no noso caso, unha

43 Esta é a proposta de R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, para quen ata que se aprobe unha norma que permita protexer os bens e valores constitucionais fronte á incidencia que sobre eles puidese derivar da execución dunha sentenza, *a imposibilidade legal de execución debe ser interpretada de conformidade coa Constitución, de tal modo que se poderá entender que estamos en presenza dunha imposibilidade legal de executar unha sentenza non só cando a actuación que deba realizar a Administración en cumprimento da sentenza sexa contraria a unha lei ou a un regulamento ou, eventualmente, a un costume ou a un principio xeral do dereito, senón tamén cando vulnere un determinado ben ou valor constitucional cuxa protección, no dito caso concreto, e de acordo co correspondente xuízo de proporcionalidade, deba primar fronte ao dereito á execución de sentenza*. Para o autor, a imposibilidade legal de execución adquire así unha nova dimensión porque xa non é unha técnica destinada a protexer só o principio de legalidade, senón tamén calquera outro ben ou valor constitucionalmente protexido fronte á execución dunha sentenza firme que incida sobre eles (*La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, cit., p. 295).

44 Sempre claro e contundente exprésase T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cando avoga por recuperar, corrixíndoo, o vello artigo 228 da Lei do solo de 1956 de forma que o xuízo ou o tribunal da execución puidese dirixirse á Administración para que manifestase se, por razóns de interese público debidamente xustificadas, considera procedente seguir ou conservar as obras, dando traslado ás partes para a manifestación correspondente e, á vista de todo iso, o xuízo ou o tribunal resolvería finalmente o que considerase oportuno. Con iso, prosegue o autor, aforrariamos o espectáculo vergonzoso dunhas sentenzas moi rigorosas que, non obstante, quedan nunha sorte de limbo, pois nin se executan, nin se pode declarar formalmente que a súa execución é legalmente imposible porque non se dan os requisitos que a xurisprudencia dominante considera imprescindibles para formular a dita declaración ("Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español", cit.).

45 Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La eficacia de la sentencia", García Pérez, M. (coord.), *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Servizo de Publicacións da Universidade da Coruña, A Coruña, 1998, p. 133.

vez que a licenza foi inválida por ser materialmente ilegal a obra, un xuízo de ineficacia que teña como obxectivo decidir á vista das circunstancias acaecidas durante a vida do acto e en atención a outros principios xurídicos dignos de protección, se deben permanecer todos ou algúns dos efectos da licenza inválida, isto é, se debe substituír a demolición por outro tipo de consecuencia xurídica⁴⁶.

Pois ben, é precisamente neste contexto de ausencia normativa dunha cláusula xeral que permita ponderar o interese público na execución de sentenzas evitando situacións socialmente inxustas, de interpretación restritiva por parte da xurisprudencia do Tribunal Supremo dos supostos de imposibilidade legal ou material e de necesidade de establecer normas que lle permitan ao órgano xurisdiccional realizar un xuízo de ineficacia tendo en conta as circunstancias acaecidas desde que nace o acto ata que este é declarado nulo, ponderando os efectos da nulidade con outros principios xurídicos dignos de protección, nos que se inscardina a reforma do artigo 108 da LXCA e a suspensión ou condicionamento da execución de sentenza que declara a invalidez dunha licenza e a conseguinte demolición en supostos adquirentes terceiros de boa fe.

6 Licenzas inválidas, terceiros adquirentes de boa fe e demolición. A propósito da reforma do artigo 108 da LXCA

6.1 A orixe do problema e a xurisprudencia do Tribunal Supremo en relación cos terceiros adquirentes de boa fe

Naqueles supostos en que unha sentenza declarou a invalidez dunha licenza por ter amparado unha obra materialmente ilegal coa consecuencia da súa demolición, os adquirentes das ditas construcións aduciron, co fin de evitar a demolición, que a adquisición desa construción se realizou logo de consulta co rexistro da propiedade, rexistro en que non constaba anotación preventiva de demanda acerca da ilegalidade da licenza e da obra, razón pola cal consideran que se atopan amparados pola fe pública rexistral dos artigos 34 e 32 da LH⁴⁷ e razón pola cal instan un incidente de execución de sentenza por imposibilidade de execución.

Sen dúbida ningunha, a incidencia que o dereito ten sobre o dereito de propiedade e as transformacións materiais e xurídicas que a execución urbanística xera na propiedade obrigan, por razóns de seguridade xurídica e do tráfico inmobiliario, a coordinar os actos administrativos urbanísticos co Rexistro da Propiedade e a garantir a constancia das actuacións urbanísticas que teñen ou poden ter eficacia real no Rexistro da Propiedade.

46 Neste sentido, cómpre indicar, co fin de evitar suspiciadas, que o control do xuízo de ineficacia vai recaer non na Administración, como sucedía en relación co antigo artigo 228, en que era a Administración a que con discrecionalidade decidía os supostos en que existía un interese público na inexecución, senón, por petición das partes, no órgano xurisdiccional, o cal posúe o monopolio da potestade de executar as sentenzas.

47 Neste sentido, tal como manifesta V. GUILARTE GUTIÉRREZ, “O principio de fe pública, na súa formulación máis sinxela, supón a seguridade da propiedade inscrita que deste xeito, á marxe doutras vantaxes, non vai poder ser reivindicada con éxito por un terceiro que a teña adquirido conforme as regras de dereito común –en España o título e o modo– nin pode ser gravada con cargas de orixe negocial que non puidese coñecer o adquirente. Na súa formulación extrema, cara á que creo que debe tenderse, supón que mesmo as cargas legais deben ter acceso ao rexistro para poder ser opoñibles: a complexidade dos nosos sistemas xurídicos fai que, en definitiva, principios clásicos co constituído polo aforismo *neminem licet ignorare ius* deban reconducirse para evitar o que SAVATIER cualificou como angustia do dereito, pois, sen dúbida, o coñecemento de cales sexan as crípticas limitacións legais que afectan á propiedade inscrita, especialmente no ámbito urbanístico, resulta enormemente complexo, o que, a prol da seguridade xurídica, propicia que deba tenderse ao seu reflexo rexistral” (*La legalidad urbanística, demolición y terceros de buena fe*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 33).

Neste sentido, o Real decreto 1.093/1997, do 4 de xullo, polo que se aproban as normas complementarias ao Regulamento para a execución da Lei hipotecaria sobre inscrición no Rexistro da Propiedade de actos de natureza urbanística, regula a inscrición da obra nova, para o cal é necesaria a achega da licenza⁴⁸, así como a anotación preventiva de demanda contra as licenzas urbanísticas⁴⁹.

Entenden os propietarios, apoiados por un importante sector da doutrina, que nos casos en que non conste inscrita a interposición de recurso contencioso-administrativo, debería, en principio, poder oporse a tutela rexistral e iso na medida en que un acto administrativo como é a licenza, inscrito no Rexistro da Propiedade, acreditou a adecuación da edificación ao ordenamento urbanístico e o cumprimento dos deberes e cargas urbanísticas sen que, por outro lado, se lle advertise o adquirente, podendo telo feito, que a dita licenza foi impugnada⁵⁰.

Pois ben, para o Tribunal Supremo, non obstante, o artigo 34 da LH e a ausencia de inscrición da anotación preventiva non evita a demolición e non protexe os terceiros adquirentes en supostos de invalidez da licenza que amparou a obra ilegal e iso porque considera que o artigo 34 da Lei hipotecaria “protexe o dereito real, que subsiste aínda que despois se anule ou resolva o do outorgante ou transmitente, pero non protexe a subsistencia da cousa obxecto do dereito cando esta, a cousa, ha de desaparecer por impolo así o ordenamento xurídico”⁵¹.

Do mesmo xeito consideran que, dado que a licenza urbanística é unha autorización real, “fronte aos deberes derivados do incumprimento da legalidade urbanística, non cabe aducir a condición de terceiro adquirente de boa fe amparado polo acceso do seu dereito de dominio ao Rexistro da Propiedade, posto que, conforme o principio de subrogación dos

48 O artigo 45 do Real decreto 1.093/1997, que regula a inscrición de obras novas, establece que: “*Os edificios ou melloras destes que por acceso se incorporan ao terreo, cando se executen conforme a ordenación urbanística aplicable, serán inscristibles no Rexistro da Propiedade en virtude dos títulos previstos pola lexislación hipotecaria. Para tal efecto, deberá constar neles, polo menos, o número de plantas, a superficie de parcela ocupada, o total dos metros cadrados edificadas, e, se no proxecto aprobado se especifica, o número de vivendas, apartamentos, estudos, despachos, oficinas ou calquera outro elemento que sexa susceptible de aproveitamento independente*”. Do mesmo xeito, o artigo 46 apartado 1, que fixa os requisitos para a inscrición do título, establece que: “*Para inscribir os títulos comprendidos no artigo anterior, será necesario o cumprimento dos seguintes requisitos: 1. Que se acredite a obtención da licenza que corresponda, salvo que legalmente non fose exixible (...)*”.

49 O artigo 67 do Real decreto 1.093/1997, que regula a anotación preventiva por interposición de recurso contencioso-administrativo, indica que: “*O que promovese recurso contencioso-administrativo contra os actos da Administración pública que teñan por obxecto a aprobación definitiva dos plans de ordenación, dos seus instrumentos de execución ou de licenzas poderá solicitar, co escrito de interposición ou despois, se existise xustificación suficiente, que se tome anotación preventiva sobre predios concretos e determinados que resulten afectados polo acto impugnado, ofrecendo indemnización polos prexuízos que puidesen seguirse en caso de ser desestimado o recurso, de tal forma que a falta da caución que, se é o caso, exixa o tribunal para evitarlle danos ao titular do predio ou dereito anotado impedirá a práctica da anotación*”. Igualmente, o artigo 68 indica: “*A solicitude da anotación, acompañada de certificación rexistral de dominio e cargas, substanciarase polos trámites establecidos na Lei da xurisdición contencioso-administrativa. Será requisito para a práctica do asento ter oído, en todo caso, o titular rexistral do predio e os que segundo a certificación sexan titulares de dereitos e cargas que consten neste, así como a prestación da caución a que se refire o artigo anterior*”.

O problema ou a razón pola cal non se inscriben esas anotacións preventivas cando existe unha demanda fronte á licenza é que a dita anotación é voluntaria e, ademais, exíxese unha caución, o cal dá lugar á falta de interese para a súa inscrición, o que prexudica que os terceiros poidan ter coñecemento.

50 REVUELTA PÉREZ, I., e NARBÓN LAÍNEZ, E. J., “Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias”, cit., p. 1613.

51 Cfr. a Sentenza do 6 de febreiro de 2007 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) FX 5.º En termos similares pronúnciase a Resolución da Dirección Xeral do Rexistro e o Notariado do 2 de xuño de 2006 ao indicar que: “*Na propiedade urbana, de acordo co principio de subrogación real, as limitacións do dominio afectan con transcendencia real a todo adquirente posterior, e se ben é certo que parece atentar contra o principio de publicidade e seguridade do tráfico, non o é menos que aquel se atopa resgardado pola lei, de modo que as limitacións derivadas do urbanismo de ningún xeito poden ser catalogadas como as antigas cargas ocultas, pois este principio da subrogación real dáse respecto a toda transmisión de bens afectados por algunha función administrativa e estas limitacións foron configuradas pola máis moderna corrente civilística caracterizada como *obligatio propter rem*, que afectan ao propietario do terreo polo mero feito de selo, sen que o actor poida pretender ampararse na literalidade do artigo 34 da Lei hipotecaria*”.

sucesivos adquirentes no cumprimento dos deberes impostos polo ordenamento urbanístico, a demolición do indebidamente construído non só pesa sobre quen realizou a edificación ilegal, senón sobre os sucesivos titulares desta, sen prexuízo da responsabilidade en que aquel tivese podido incorrer polos danos e perdas causados a estes”⁵².

Para o Tribunal Supremo, a protección xurídica dos terceiros adquirentes móvese por outras canles, “como poden ser as conducentes a resolver os contratos polos que adquiriron, ou a obter do responsable ou responsables da infracción urbanística, ou do incumplidor dos deberes que son propios dos ditos contratos, o resarcimento dos prexuízos irrogados pola execución” e iso sen que se “supedite a demolición ordenada, rotundamente ordenada, a unha previa ou simultánea declaración de responsabilidade dos causantes do dano e do correlativo dereito dos prexudicados a seren indemnizados”, pois “esa responsabilidade e ese correlativo dereito non foron obxecto de axuizamento naquelas sentenzas, de sorte que nada sobre unha e outro pode decidirse na fase ou proceso da súa execución”⁵³.

Fronte á xurisprudencia que nega a posibilidade de que a existencia dun terceiro de boa fe do artigo 34 da LH, que confiou no Rexistro da Propiedade, poida evitar a demolición e incardinarse nun suposto de imposibilidade de execución, e ante a ausencia dun precepto que, con carácter xeral, permita a suspensión ou inexecución de sentenzas por razóns de interese público, os lexisladores, primeiro autonómicos e, posteriormente, estatal, presionados, sen dúbida ningunha pola Unión Europea⁵⁴ e polas asociacións de afectados⁵⁵, víronse obrigados a ditar normas que salvagarden os intereses dignos de protección destes terceiros⁵⁶.

52 Cfr. a Sentenza do 26 de setembro de 2006 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), FX 2.ª RX 2006\6665.

53 Cfr. a Sentenza do 6 de febreiro de 2007 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) FX 5.ª

54 A Comisión de Peticións do Parlamento Europeo aprobou en febreiro de 2009 o chamado Informe Auken, que foi ratificado por Resolución do Parlamento Europeo de marzo de 2009. Neste informe realízanse importantes críticas a España, xa que non protexe da demolición os adquirentes de boa fe que viron anuladas as licenzas. No informe exprésase: Considerando que moitos miles de cidadáns europeos, en diferentes circunstancias, adquiriron propiedades en España de boa fe, actuando conxuntamente con avogados locais, urbanistas e arquitectos, só para descubrir máis adiante que foron vítimas de abusos urbanísticos cometidos por autoridades locais pouco escrupulosas e que, en consecuencia, as súas propiedades se enfrontan á demolición porque se descubriu que foron edificadas ilegalmente e, polo tanto, non teñen valor e non poden venderse. E ante este panorama insta a España, tal como se deduce dos apartados 7 e 16 “a que establezan mecanismos xudiciais e administrativos operativos, que impliquen os Valedores do Pobo rexionais, os cales son competentes para proporcionar medios que permitan acelerar o acceso á xustiza e a indemnización ás vítimas de abusos urbanísticos en virtude das disposicións da lexislación en vigor”; opinando que as persoas que adquirisen de boa fe unha propiedade en España e se atopasen con que foi declarada ilegal deben ter dereito a obter unha indemnización axeitada a través dos órganos xurisdiccionais españois.

55 As lexítimas presións exercidas polas asociacións de afectados despréndense do debate parlamentario que deu lugar ao apartado 3 do artigo 108 da LXCA. Así, na intervención do senador Rodríguez Esquerdo en defensa da emenda introducida polo Grupo Parlamentario Socialista e que deu lugar á introdución do apartado 3 do artigo 108 da LXCA, exprésase que: “Por último, quero facer referencia brevemente a unha emenda que esta mañá se *transou* sobre os adquirentes de boa fe. Creo que estes viñan necesitando, despois da modificación do Código penal e da Lei hipotecaria, unha redacción máis xusta ou máis real do que eles pretendían. A emenda desta mañá é algo que as asociacións de afectados asumiron, creo que con bo criterio. Por fin, parece que esas pretensións foron recollidas por todos, asumidas por todos, e a eles, aos afectados, déuselles unha cumprida resposta ao que viñan demandando anos atrás. Polo tanto, creo que nese aspecto temos que estar satisfeitos”.

56 As razóns que xustifican a nova regulación son expresadas por F. GONZÁLEZ BOTIJA e M. A. RUIZ LÓPEZ, cando indican que: “(...) son os cidadáns afectados os maiores prexudicados por esta situación. Moitos propietarios de edificacións irregulares, que actuaron de boa fe ao adquirir unha vivenda, na crenza de que cumprían con todos os requisitos legais, viron demolida a súa vivenda nos últimos anos, ou, canto menos, que se atopa nunha situación xurídica, económica e social moi delicada. Estes cidadáns foron vítimas da irresponsabilidade dos poderes públicos, que non foron dilixentes á hora de outorgar licenzas, inspeccionar e controlar irregularidades e, en definitiva, de adoptar normas urbanísticas ou rexistras adecuadas para evitar estes problemas. E é que moitos concellos concederon licenzas para vivendas despois declaradas ilegais, desentendéndose logo das familias afectadas por un problema que eles mesmos xeraran (...) Esta medida incardínase dentro dunha política tendente a pór freo a este delicado problema a todos os niveis, pónolle fin, así, a unha gravísima inxustiza. A modificación vén motivada pola necesidade de incluír unha mellora técnica a prol de fomentar a seguridade xurídica e o tráfico xurídico (...) Coa reforma tratouse de buscar unha harmonía entre os intereses públicos e privados: o primeiro en que se restableza a legalidade (a medida non está pensada para calquera caso) e o segundo en que se repare o dano causado por esta antes de que se produza a demolición, o cal non debe supor en ningún caso un dano ao interese xeral” (“La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe

Así, a disposición derradeira terceira da Lei 7/2015, do 21 de xullo, pola que se modifica a Lei orgánica do poder xudicial, modifica a Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, engade un novo apartado 3 ao artigo 108 da LXCA coa seguinte redacción:

“3. O xuíz ou tribunal, nos casos en que, ademais de declarar contraria á normativa a construción dun inmovible, ordene motivadamente a súa demolición e a reposición ao seu estado orixinario da realidade física alterada, exixirá, como condición previa á demolición, e salvo que unha situación de perigo inminente o impidise, a prestación de garantías suficientes para responder do pagamento das indemnizacións debidas a terceiros de boa fe”.

Cabe indicar que o feito de que o novo texto do artigo 108 non estivese incluído no proxecto de lei presentado ás Cortes, senón que fose introducido na fase final do procedemento lexislativo, en concreto nas emendas do senado, xerou non só que non houbera unha discusión seria e rigorosa sobre el que permita unha posterior interpretación, senón que ademais propiciou unha deficiente técnica lexislativa na redacción, o cal vai xerar importantes dúbidas na súa interpretación e dificultades na súa aplicación.

6.2 Análise do apartado 3 do artigo 108 da LXCA

O apartado 3 do artigo 108 supón a introdución dun suposto singular en que o lexislador considerou preciso suspender e demorar a demolición de construcións ilegais declaradas por sentenza como consecuencia da presenza dun terceiro adquirente de boa fe.

Non obstante, debemos indicar que o precepto presenta importantes deficiencias e lagoas que van dificultar unha interpretación homoxénea e que van xerar litixiosidade⁵⁷.

A primeira idea que se desprende do artigo é que nos atopamos ante un suposto de suspensión da execución e non de inexecución. En concreto, a demolición atópase supeditada á prestación de garantías suficientes para responder do pagamento das indemnizacións debidas a terceiros de boa fe.

Deste xeito, mentres non se presten as garantías suficientes para responder do pagamento das indemnizacións debidas a terceiros de boa fe, non será posible a demolición acordada na sentenza, co que se non se presten as garantías que cubran todos os danos causados (como por exemplo a quebra do promotor) non será posible a execución, que deste modo será inexecutable.

A segunda idea que parece desprenderse do precepto é que a declaración de invalidez por ser materialmente contraria á normativa a construción do inmovible que habilitou e amparou unha licenza non leva consigo de forma implícita e automática como consecuencia xurídica a demolición, senón que, pola contra, é necesario que a sentenza que declara a invalidez declare, igualmente, de forma expresa e motivada, as razóns polas cales procede a demolición e a reposición ao seu estado orixinario da realidade física alterada.

a propósito del nuevo artículo 108.3 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, n.º 35, 2015, p. 23-45).

⁵⁷ Resulta sumamente interesante, pois detecta con claridade algúns dos problemas que formula o novo apartado do artigo 108, a crítica que realiza ao precepto CHAVES, J. R., no seu blog <https://delajusticia.com/2015/10/05/ejecucion-de-sentencias-de-demolicion-tras-el-novedoso-articulo-108-3-ljca/>

En efecto, tal como di o precepto, para que se poida demoler, é preciso, en primeiro lugar, declarar contraria á normativa a construción dun inmovible e, en segundo, lugar, a sentenza debe ordenar motivadamente a súa demolición e a reposición ao seu estado orixinario da realidade física alterada. Deste xeito, se a sentenza unicamente acorda a invalidez das licenzas sen facer consideración expresa e motivada á demolición, parece que non se poderá proceder a esta.

Polo tanto, o artigo parece contrariar a doutrina xurisprudencial do Tribunal Supremo que indica que a demolición do construído é *“a consecuencia imposta legalmente no caso de anulación dunha licenza concedida con infracción da normativa urbanística”*⁵⁸ e que *“... tratándose de obras realizadas ao abeiro dunha licenza que contravén normas urbanísticas, a anulación desta comporta a obriga de demolición daquelas, de sorte que nin a sentenza que acorda esta, aínda que non tivese sido pedida, é incongruente, nin se supera o sentido do título executivo cando se ordena tal demolición na fase de execución malia que o título só contivese explicitamente o pronunciamento anulatorio da licenza”*⁵⁹. E iso, *“con independencia de que a citada demolición tivese sido solicitada, ou non, no suplico da demanda, e tivese sido, ou non, expresamente declarada na resolución da sentenza ditada”*⁶⁰.

A terceira idea que se desprende do artigo é que dá por feito que en caso de que exista un adquirente terceiro de boa fe, existe un dano e a indemnización é debida, o que xera de forma obrigatoria a suspensión da demolición ata que se presente unha garantía. Igualmente, a norma indica a obriga de prestar unha garantía; non obstante, non indica quen debe prestala.

A cuestión controvertida, desde o noso punto de vista, é que non sempre que se invalida unha licenza vai xurdir responsabilidade patrimonial, é dicir, non existe nin en dereito civil unha relación automática entre irregularidade urbanística, nulidade do contrato de compravenda e indemnización, nin en dereito administrativo unha correlación entre nulidade de licenza e responsabilidade patrimonial da Administración⁶¹.

Neste sentido, dado que non sempre que se declara inválida unha licenza, vai xurdir o deber de indemnizar o terceiro de boa fe, xa sexa pola Administración, xa sexa polo promotor (que máis ben ten que restituír o prezo pagado), cando o apartado terceiro do artigo 108 da LXCA establece que o xuíz *“exixirá, como condición previa á demolición, a prestación de garantías suficientes para responder do pagamento das indemnizacións debidas a terceiros de boa fe”*, está a querer dicir, ao noso xuízo, que será necesario que nun novo proceso se determine se hai ou non obriga de indemnizar e a súa contía.

58 SSTS do 7 de febreiro de 2000 e 15 de outubro de 2001, entre moitas outras.

59 STS do 7 de xuño de 2005.

60 STS do 9 de febreiro de 2009.

61 Así, e polo que respecta á posible responsabilidade patrimonial da Administración e, en concreto, do Concello, que é quen outorga a licenza materialmente inválida, debemos indicar que non sempre que emitise unha licenza declarada inválida vai responder dos danos causados, e iso porque, tal como se desprende do artigo 48 d) do Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do solo e rehabilitación urbana, a anulación dos títulos administrativos habilitantes de obras e actividades en ningún caso dará lugar a indemnización se existe dolo, culpa ou negligencia graves imputables ao prexudicado. Igualmente, existindo tan só culpa leve, e non sendo, polo tanto, de aplicación a *exceptio doli*, iso non determina que non se aplique a concorrencia de culpas, o que vai dar lugar a unha redución da indemnización. É máis, en numerosas ocasións, mesmo cando a licenza fose declarada inválida, unha interpretación razoable da norma por parte da Administración deu lugar a que os órganos xurisdiccionais exclúan a responsabilidade desta e a conseguinte indemnización.

Polo tanto, para que se suspenda a execución, vai ser necesario que o terceiro, de boa fe, unha vez declarada a invalidez da licenza e a obriga de demoler, accione os procedementos administrativos e/ou os procedementos civís fronte á Administración ou ao promotor exixindo a responsabilidade destes e, unha vez iniciados, comunicarlle tal circunstancia ao tribunal co fin de que suspenda o procedemento.

Non obstante, o precepto parece establecer a obriga do xuíz da execución, con carácter previo ao inicio dese novo proceso que se ten que iniciar para determinar a existencia ou non de responsabilidade e a súa contía, de ditar unha especie de orde cautelar no incidente de execución na cal se determine con carácter provisional a contía a que estime que ascende a indemnización e a persoa responsable dela (deste xeito, o incidente convértese nunha especie de proceso sumario que xulga provisionalmente a cuestión pero que non produce efectos de cousa xulgada)⁶².

A cuarta idea que mostra a dificultade aplicativa do novo apartado terceiro do artigo 108 estriba en determinar o concepto de “terceiro de boa fe”. En efecto, cabe formularse se cando se fai referencia ao terceiro de boa fe este debe ser un terceiro cualificado do artigo 34 da LH ou, pola contra, un simple terceiro de boa fe.

Desde o noso punto de vista, a razón que permite modular e suspender a demolición é precisamente salvagardar e protexer aquel terceiro que confiou na seguridade xurídica que brinda o Rexistro da Propiedade, comprobando que a obra nova da edificación adquirida estaba inscrita e que non constaba ningunha anotación preventiva de embargo, e que, malia a confianza que o dito rexistro outorga, non obstante, con posterioridade vese privado da propiedade adquirida como consecuencia dunha sentenza que declara a demolición. Deste modo, entendemos que o único terceiro que se pode beneficiar do artigo é o terceiro do artigo 34 da LH.

Pola contra, quen adquire un inmovible cuxa licenza non está inscrita e, a pesar da súa non inscrición, o adquire, está a asumir o risco de que a licenza se atope impugnada, razón pola cal, aínda sendo un terceiro de boa fe, non debe ser protexido.

A quinta idea fai referencia aos procesos aos cales é de aplicación o artigo 108 da LXCA, isto é, se este se pode aplicar ás execucións xa iniciadas ou, pola contra, só resulta aplicable aos procedementos de execución que se inicien con posterioridade á entrada en vigor da norma.

62 Este problema tamén o formula CHAVES, J. R., no seu blog <https://delajusticia.com/2015/10/05/ejecucion-de-sentencias-de-demolicion-tras-el-novedoso-articulo-108-3-ljca/>, cando se cuestiona se “cando se fala de indemnizacións debidas non alude a “*posibles*” indemnizacións senón a indemnizacións «*debidas*», isto é, líquidas ou determinadas. Nesta tesitura, ou ben se acomete un incidente ante o xuíz (ou consta o recoñecemento da indemnización pola Administración) para concretar, no seu defecto, o alcance das indemnizacións, ou, simplemente, para os efectos deste precepto, debe entenderse o xuíz habilitado para exixir unha garantía “concertada” ou “a ollo”. Este é o “burato negro” da novidade lexislativa: ¿como sabe o xuíz quen é o responsable das indemnizacións e en que medida –promotor, Administración, terceiro revendedor, etc.–?; se tivo lugar un expediente de responsabilidade patrimonial ou o exercicio de accións civís entre os implicados, unha vez ultimados, poderá o xuíz contencioso ter criterio ao respecto; pero o normal será que teña que tramitarse un mínimo incidente para forxarse polo menos unha idea orientativa de quen e ata canto é responsable. Non obstante, con todas as cautelas, inclinárame por exixirlle unha fianza ou garantía á Administración “a prezo concertado” (logo de informe pericial de valoración) porque, mírese como se mire, xa sexa por pasividade, xa sexa por conviencia co construtor ou xa sexa por “sostela e non emendala”, era quen tiña a obriga de garantir a legalidade urbanística e quen na maioría dos casos sería quen deba indemnizar o terceiro de boa fe. Así e todo, non esquezamos que o xuíz contencioso debe primeiro dirixir a súa mirada ao titular da vivenda para confirmar se é “terceiro de boa fe” e, unha vez convencido, dirixir a súa mirada para determinar quen o enganou ou sorprendeu na súa boa fe, ou sexa, cara a outros particulares (promotor, mediador, etc.) e cara á Administración. Nada doado”.

Partindo do réxime transitorio que, con carácter xeral, establecen as leis procesuais en relación cos procedementos de execución e en virtude dos cales a lei procesual que entre en vigor se lles aplicará a todos aqueles procedementos de execución que, mesmo iniciados con anterioridade, se atopen abertos e non finalizados por non teren sido totalmente executados, podemos afirmar que o artigo 108 da LXCA se vai aplicar a todos aqueles procesos en que se declarou que a licenza é inválida por ser materialmente ilegal a construción que amparou pero nos cales aínda non se procedera á demolición.

Neste sentido, a disposición transitoria cuarta da LXCA indica que *“a execución das sentenzas firmes ditadas despois da entrada en vigor desta lei se levará a cabo segundo o disposto nela. As ditadas con anterioridade das que non constase en autos a súa total execución executaranse no pendente conforme esta”*.

Igualmente, a disposición transitoria sexta da LAC establece que *“os procesos de execución xa iniciados ao entrar en vigor esta lei se rexerán polo disposto nela para as actuacións executivas que aínda poidan realizarse ou modificarse ata a completa satisfacción do executante”*.

En definitiva, se non houbo demolición e a execución non está pechada, é de aplicación o artigo 108 da LXCA e, polo tanto, a suspensión do procedemento.

7 Conclusións

Primeira. A decisión de eliminar os efectos ou situacións xurídicas emanadas dun acto administrativo non depende ou non pode levarse a cabo a través dun mero xuízo de invalidez en que se contraste a adecuación do acto co ordenamento xurídico; pola contra, á hora de considerar se procede ou non eliminar os efectos do acto administrativo inválido débese ter en conta toda outra serie de circunstancias tales como o tipo ou clase de acto declarado inválido, o tipo de vicio, a gravidade do vicio, a actuación das partes na xeración do vicio, a materia sobre a que versa o acto administrativo, etc.

Desta forma, do mesmo xeito que non existe unha correlación automática entre validez e eficacia, non existe unha correlación automática entre invalidez e ineficacia. A eficacia e, sobre todo, a ineficacia constitúen unha realidade ou institución autónoma que non sempre é consecuencia da declaración de invalidez dun acto, aínda que a dita declaración de invalidez é un requisito ou presuposto que se ha de dar para que proceda a ineficacia, aínda que non o único.

Desta forma, mentres que o xuízo de validez da licenza é un xuízo estático que ten como obxectivo analizar e realizar, moitos anos despois de ditarse a licenza, un simple contraste entre a licenza e o planeamento no momento en que se deu a licenza sen ter en conta as circunstancias acaecidas desde que se dita a licenza ata que, reiteramos, moitos anos despois se dita a sentenza; non obstante, o xuízo de ineficacia é un xuízo dinámico que ten como obxectivo decidir, á vista das circunstancias acaecidas durante a vida do acto e en atención a outros principios xurídicos dignos de protección, se deben subsistir todos ou algúns dos efectos da licenza inválida, isto é, a obra ou substituír a demolición por outro tipo de consecuencia xurídica.

Segunda. A posibilidade de manter a obra ou a construción materialmente ilegal realizada ao abeiro dunha licenza inválida en virtude da concorrencia de circunstancias que obriguen ao seu mantemento ou, o que é o mesmo, a posibilidade de non executar ou modular a execución da consecuencia imposta legalmente no caso de anulación dunha licenza, é dicir, a demolición, é unha posibilidade que, lonxe de ser excepcional, se recoñece e se recoñeceu desde os inicios da xurisdición contencioso-administrativa. O dito recoñecemento normativo ao longo da historia non é senón a constatación de que o mantemento da obra ilegal é en numerosas ocasións a mellor forma de tutelar o ordenamento xurídico e de ponderar os intereses en conflito.

Terceira. O feito de que na actualidade non exista unha norma que de forma xeral permita, á hora de decidir se se debe demoler unha obra por ser ilegal a licenza que a amparou, atender ás circunstancias acaecidas desde que se dita o acto ata que este é declarado inválido e ponderar a posible existencia de principios, moitos deles constitucionalizados, como o dereito a gozar dunha vivenda digna, evitar a destrución de riqueza ou a protección do dominio público, está a xerar situacións claramente inxustas, como a demolición de obras públicas, a demolición de vivendas adquiridas por terceiros de boa fe, ou a demolición de obras que xeran emprego e riqueza.

Desde o noso punto de vista, polo tanto, é absolutamente necesario que se aprobe unha norma que, con carácter xeral e por razóns de interese público, lles permita aos órganos xurisdicionais, a petición das partes, realizar, unha vez que o acto foi declarado inválido, no noso caso, unha vez que a licenza foi inválida por ser materialmente ilegal a obra, un xuízo de ineficacia que teña como obxectivo decidir, á vista das circunstancias acaecidas durante a vida do acto e en atención a outros principios xurídicos dignos de protección, se deben subsistir todos ou algúns dos efectos da licenza inválida, isto é, se debe substituír a demolición por outro tipo de consecuencia xurídica.

Cuarta. É precisamente neste contexto de ausencia normativa dunha cláusula xeral que permita ponderar o interese público na execución de sentenzas evitando situacións socialmente inxustas, de interpretación restritiva por parte da xurisprudencia do Tribunal Supremo dos supostos de imposibilidade legal ou material e de necesidade de establecer normas que lle permitan ao órgano xurisdicional realizar un xuízo de ineficacia tendo en conta as circunstancias acaecidas desde que nace o acto ata que este é declarado nulo ponderando os efectos da nulidade con outros principios xurídicos dignos de protección, nos cales se incardina a reforma do artigo 108 da LXCA e a suspensión ou condicionamento da execución de sentenza que declara a invalidez dunha licenza e a conseguinte demolición en supostos adquirentes terceiros de boa fe.

Quinta. O apartado 3 do artigo 108 supón a introdución dun suposto singular en que o legislador considerou preciso suspender e demorar a demolición de construcións ilegais declaradas por sentenza como consecuencia da presenza dun terceiro adquirente de boa fe.

Non obstante, debemos indicar que o precepto presenta importantes deficiencias e lagoas que van dificultar unha interpretación homoxénea e que vai xerar litixiosidade.

8 Bibliografía

- ALONSO IBÁÑEZ, M. R., “La imposibilidad de ejecución de sentencias de demolición de edificaciones: medidas legales”, Estepa Montero, M. (coord.), Soriano García, J. E. (dir.), *Por el derecho y la libertad libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, vol. 1, 2014.
- BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “La evolución histórico-normativa de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas (1845-1956)”, *Documentación Administrativa*, n.º 209, 1987.
- CANO CAMPOS, T., “La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 8, 2005.
- CHAVES, J. R., en su blog <https://delajusticia.com/2015/10/05/ejecucion-de-sentencias-de-demolicion-tras-el-novedoso-articulo-108-3-ljca/>. (10 a 15 de maio de 2015).
- DEL SAZ CORDERO, S., “¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de la ilegalidad de una disposición general o un acto administrativo?: la anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, 2014.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, n.º 29, 2013.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R., “Urbanismo y ejecución de sentencias”, Sánchez Lamelas (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- GEIS CARRERAS, G., “Problemas específicos y últimos avances jurisprudenciales en materia de ejecución de sentencias urbanísticas”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, n.º 21, 2010.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo*, Civitas, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., e RUIZ LÓPEZ, MIGUEL Á., “La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe (a propósito del nuevo artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, n.º 35, 2015.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La eficacia de la Sentencia”, García Pérez, M. (coord.), *Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Servizo de Publicacións da Universidade da Coruña, A Coruña, 1998.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La legalidad urbanística, demolición y terceros de buena fe*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- LETELIER WARTENBERG, R., *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, Civitas, Madrid, 2011.

MÍGUEZ MACHO, L., "Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 38, 2015.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo IV, Iustel, Madrid, 2011.

PEMÁN GAVÍN, I., "La demolición en la disciplina urbanística: una mirada retrospectiva", *Revista de derecho urbanístico y medioambiente*, n.º 187, 2001.

REBOLLO PUIG, M., "La presunción de validez", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 128, 2005.

REVUELTA PÉREZ, I., e NARBÓN LAÍNEZ, E. J., "Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 720, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 2ª ed., 1975.

Regap



ESTUDIOS

A actividade das Comunidades Autónomas no exterior e os seus fundamentos xurídicos. En particular o caso de Galicia

La actividad de las Comunidades Autónomas en el exterior y sus fundamentos jurídicos.

En particular el caso de Galicia

The abroad activity of the Autonomous Communities and their legal foundations.

Particularly the case of Galicia

52
Regap

JUAN JOSÉ GALLEGO FOUZ

Letrado do Consello Consultivo de Galicia

Letrado da Xunta de Galicia (España)

juangf9@gmail.com

Recibido: 20/05/2016 | Aceptado: 29/06/2016

Regap



ESTUDIOS

Resumo: O recoñecemento da capacidade de actuación exterior das Comunidades Autónomas tivo un longo proceso evolutivo desde que a Constitución española de 1978 proclamase a competencia exclusiva do Estado nas relacións internacionais. Nesta evolución, a Conferencia para Asuntos Relacionados coa Unión Europea representou un importante papel no establecemento do actual sistema de participación das Comunidades Autónomas, pero foi sobre todo o Tribunal Constitucional o que, salvando as rixideces que de entrada parecía impor o texto constitucional, foi delimitando os ámbitos competenciais do Estado e das Comunidades Autónomas nesta materia e con iso ampliou progresivamente o campo de actuación autonómica, tanto no seo da Unión Europea como, máis limitadamente, na esfera internacional. No momento actual é de significar a nova perspectiva que se abre coa aprobación da Lei da acción e do servizo exterior do Estado e da Lei de tratados e outros acordos internacionais, ao declarar formalmente as Comunidades Autónomas como suxeitos da acción exterior do Estado e tamén ao delimitar o campo de actuación autonómico neste ámbito, achegando, por conseguinte, a seguridade xurídica de que se carecía. No caso concreto de Galicia, malia non haber previsión ningunha ao respecto por parte do Estatuto de autonomía, iso non impediu que a Comunidade Autónoma desenvolvese unha importante actividade exterior, que recentemente obtivo apoio formal a través do decreto polo que se regula a acción exterior da Comunidade Autónoma, completando así o marco xurídico regulador.

Palabras clave: acción exterior, relacións internacionais, sistema de distribución de competencias, principio de autonomía institucional e procedemental, principio de cooperación, Comunidades Autónomas e Unión Europea, tratados internacionais.

Resumen: El reconocimiento de la capacidad de actuación exterior de las Comunidades Autónomas ha tenido un largo proceso evolutivo desde que la Constitución Española de 1978 proclamase la competencia exclusiva del Estado en las relaciones internacionales. En esta evolución, la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea ha representado un importante papel en el establecimiento del actual sistema de participación de las Comunidades Autónomas, pero ha sido sobre todo el Tribunal Constitucional el que, salvando las rigideces que de entrada parecía imponer el texto constitucional, fue delimitando los ámbitos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas en esta materia y con ello amplió progresivamente el campo de actuación autonómica, tanto en el seno de la

Unión Europea como, máis limitadamente, en la esfera internacional. En el momento actual es de significar la nueva perspectiva que se abre con la aprobación de la Ley de la acción y del servicio exterior del Estado y de la Ley de tratados y otros acuerdos internacionales, al declarar formalmente a las Comunidades Autónomas como sujetos de la acción exterior del Estado y también al haber delimitado el campo de actuación autonómico en este ámbito, aportando, por consiguiente, la seguridad jurídica de la que se carecía. En el caso concreto de Galicia, pese a la falta de previsión alguna al respecto por parte del Estatuto de Autonomía, ello no ha impedido que la Comunidad Autónoma haya desarrollado una importante actividad exterior, que recientemente ha obtenido apoyo formal a través del decreto por el que se regula la acción exterior de la Comunidad Autónoma, completando así el marco jurídico regulador.

Palabras clave: acción exterior, relaciones internacionales, sistema de distribución de competencias, principio de autonomía institucional y procedimental, principio de cooperación, Comunidades Autónomas y Unión Europea, tratados internacionales.

Abstract: The recognition of the capacity for external action of the autonomous regions has had a long evolutionary process since the Spanish Constitution of 1978 proclaimed the exclusive jurisdiction of the State in international relations. In this evolution, the Conference on Issues Related to the European Union has played an important role in establishing the current system of participation of the Autonomous Communities, but has been mostly the Constitutional Court which, saving the rigidities input seemed to impose the Constitution was demarcating the areas of authority of the State and the Autonomous Communities in this area and thus gradually expanded the scope of regional action both within the EU and, more narrowly, in the international sphere. At the present time it is to signify the new perspective that opens with the approval of the Law of Action and the Foreign Service of State and Law of Treaties and Other International Agreements to formally declare the Autonomous Communities as subjects of Action Exterior of the state and also having defined the field of autonomous action in external action, contributing therefore legal security that was lacking. In the specific case of Galicia, despite the lack of any provision in this regard by the Statute of Autonomy, this has not prevented the Autonomous Community has developed an important international activity, which has recently obtained formal support through Decree that the external action of the Autonomous Community is regulated, thus completing the regulatory legal framework.

Key words: External action, international relations, distribution of powers system, principle of institutional and procedural autonomy, principle of cooperation, autonomous regions and European Union, international treaties.

Sumario: 1 Introducción. 2 A actuación das Comunidades Autónomas no seo das institucións europeas. 2.1 Introducción. 2.2 Participación das Comunidades Autónomas na conformación do dereito e das políticas comunitarias. Os seus fundamentos xurídicos. 2.3 O actual modelo de participación das Comunidades Autónomas e o seu proceso evolutivo. 2.4 Os estatutos de autonomía. 2.5 O Estatuto de autonomía de Galicia. 2.6 O modelo galego do Decreto 178/2015, do 26 de novembro, polo que se regula a acción exterior. 3 A capacidade de compromiso internacional das Comunidades Autónomas: tratados e acordos internacionais. 3.1 As previsións da Constitución. 3.2 O Convenio marco europeo sobre a cooperación transfronteiriza: os tratados de Bayona e Valencia. 3.3 A Lei 25/2014, do 27 de novembro, de tratados e outros acordos internacionais. 4 Bibliografía.

1 Introducción

O debate sobre a participación das Comunidades Autónomas (CC. AA.) en asuntos europeos e, en xeral, na esfera internacional ocupou a atención dos especialistas desde hai xa bastantes anos e aínda é actualmente un dos aspectos máis importantes e á vez máis polémicos do desenvolvemento autonómico en España.

A Constitución española (CE) establece que as relacións internacionais son competencia exclusiva do Estado, o que, en principio, podería levar a pensar que ás Comunidades Autónomas lles está vedada calquera actuación exterior. Non obstante, como veremos, a cuestión ofrece máis xogo do que en principio poida dar a entender o enunciado do texto constitucional.

Así, na actualidade as Comunidades Autónomas manteñen actividade exterior en distintos ámbitos que, desde unha perspectiva territorial, podemos resumir en dous fundamentais: o europeo e o internacional.

No ámbito estritamente europeo, a actividade das Comunidades Autónomas desenvólvese fundamentalmente en relación coa Unión Europea (UE) e está dirixida a obter unha maior influencia institucional e protagonismo no deseño e desenvolvemento das diferentes políticas comunitarias afectantes ás rexións.

No ámbito internacional, as actividades das Comunidades Autónomas están centradas maiormente na súa promoción económica, cultural e turística, e no apoio ás políticas de cooperación ao desenvolvemento. No caso de Galicia, hai que engadir a estas actuacións as que desenvolve en relación coas comunidades galegas asentadas fóra de Galicia, que teñen especial relevancia.

Pois ben, como pode verse, o tema resulta o suficientemente amplo como para non o poder tratar aquí coa extensión que require e por iso ímolo centrar nos aspectos máis relevantes. Naturalmente, hai que dicir tamén que esta materia pode ser tratada desde múltiples perspectivas, aínda que aquí destacaremos os seus aspectos máis propiamente xurídicos.

2 A actuación das Comunidades Autónomas no seo das institucións europeas

2.1 Delimitación

Referirémonos en primeiro lugar á participación das Comunidades Autónomas no proceso de toma de decisións da UE, ou, máis propiamente, á súa contribución na formación da vontade do Estado ante a Unión, que non é máis que o chamado proceso ou fase ascendente de toma de decisións que afectan á institución europea.

Deixamos así fóra as distintas fórmulas para levar a cabo a execución das políticas comunitarias e, particularmente, do dereito comunitario derivado, en canto actuación dos Estados, ben normativa, ben meramente executiva, dirixida á transposición de directivas comunitarias e a desenvolver o establecido polos regulamentos ou actos comunitarios cun efecto directo.

En definitiva, descartamos aquí o que habitualmente se coñece como proceso ou fase descendente, que aínda que é unha vertente que ten tanta ou máis relevancia que a de formación da vontade, o certo é que ao longo do tempo foi máis profusamente tratada polos autores e é asemade unha faceta do dereito comunitario que na práctica presenta menos aspectos controvertidos, xa que está máis acoutada por apelación directa ao dereito comparado e á xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE).

Abonde dicir aquí que na execución do dereito comunitario son as regras internas de delimitación competencial as que, en todo caso, teñen que servir á resolución dos eventuais conflitos de competencias xurdidos entre o Estado e as Comunidades Autónomas neste ámbito (entre outras, sentenzas do Tribunal Constitucional (STC) 252/1988, do 20 de decembro de 1988, ou 208/1999, do 11 de novembro de 1999). Dito doutro modo, o dereito comunitario non altera, en absoluto, a repartición de competencias entre a Administración do Estado e as Comunidades Autónomas establecida pola CE, por moito que o propio Tribunal Constitucional (TC) lle recoñeza ao Estado central poderes de control e vixilancia sobre as competencias neste ámbito exercidas polas Comunidades Autónomas (STC 80/1993, do 8

Regap



ESTUDIOS

de marzo de 1993), por ser quen, en última instancia, deba responder ante a UE do cumprimento das obrigas comunitarias e, ademais, quen deba tamén suplir a eventual inacción das Comunidades Autónomas no exercicio das súas propias competencias.

Por outra banda, consideraremos aquí tamén, aínda que sexa de xeito breve, outras eventuais canles de participación das Comunidades Autónomas na fase de decisión dos órganos comunitarios, malia que neste caso se trata de vías cuxa definición e articulación lle corresponde á propia UE a través do dereito orixinario e derivado, e cuxo exemplo máis significativo é o Comité das Rexións no ámbito da política rexional comunitaria.

Tamén hai que referirse á presenza das Comunidades Autónomas ante as institucións europeas a través das oficinas de representación, xa que, aínda que as actividades que desenvolven teñen en ocasións un carácter marcadamente informal –na medida de que non son propiamente legacións diplomáticas– representan non obstante un importante papel de información e intermediación ante a Administración da UE.

2.2 Participación das Comunidades Autónomas na conformación do dereito e das políticas comunitarias. Os seus fundamentos xurídicos

De partida hai que dicir que as posibles vías de participación das CC. AA. nos procesos de decisión comunitarios deben ser analizadas dentro dos límites que establece o dereito interno, polo que cómpre recorrer, xa que logo, ao sistema de distribución de competencias entre o Estado e as CC. AA. regulado pola CE. Iso é predicable non só no caso do noso país, senón que tamén o é en relación con calquera outro ordenamento xurídico dos países que forman parte da UE. E é que neste punto o dereito europeo mantén unha posición de absoluta neutralidade e respecto.

Tal posición atopa asentado no chamado “principio de autonomía institucional e procedemental” que, aínda que non é un principio normativo *stricto sensu*, pois non está recollido nos tratados, ten a súa orixe, primeiro, en diversos pronunciamentos do Tribunal de Xustiza Europeo (o primeiro deles a STXUE do 7 de xaneiro de 2004), e con base nestes é elaborado posteriormente pola doutrina científica. Este principio, resumidamente, vén establecer que a determinación dos órganos aos que dentro de cada Estado lles corresponde o exercicio dos poderes atribuídos polos tratados, ou mesmo a determinación das obrigas que en virtude destas normas lles incumben, depende unicamente do sistema constitucional de cada Estado.

E este criterio que se impón primariamente pola inexistencia de normativa comunitaria propia sobre a materia xustifícase despois no feito de que, aínda que o requisito inicial para participar no proceso de decisión comunitario vén marcado pola propia UE –que exige que quen interveña para trasladar a vontade do Estado o sexa na súa condición de representante deste–, o certo é que, en última instancia, a decisión sobre quen debe ser ese representante correspóndelle adoptala ao ordenamento xurídico propio de cada país membro, ao que, eventualmente, no noso caso, correspondería tamén articular as canles da participación das Comunidades Autónomas neste proceso. En definitiva, dalgún xeito apélase ao principio de autoorganización dos Estados, consecuencia á súa vez do principio de soberanía, de non inxerencia, que se vén aplicando tamén no ámbito do dereito internacional, aínda que tal principio non é absoluto pois precisa compatibilizarse co de supremacía do dereito comunitario, eixe principal sobre o que xira o dereito da Unión.

Partindo de tales presupostos, vexamos agora como se formula a actuación das Comunidades Autónomas no exterior e en particular ante as institucións comunitarias.

Vaia por diante a este respecto que a xustificación non é unicamente xurídica. En efecto, cando se produciu a integración do noso país na UE (entón Comunidades Europeas), as Comunidades Autónomas xa asumiran, con carácter exclusivo ou compartido co Estado, boa parte das competencias das que hoxe gozan, de modo que a adhesión irrompeu neste sistema e en boa medida veu supor unha ruptura do equilibrio constitucional existente ata o momento, pois alterou a distribución de moitas das competencias autonómicas do título VIII da CE. E esa alteración produciuse en tal grao que mesmo se chegou a especular sobre a posible inconstitucionalidade da integración mesma. E é que, recórdese, o artigo 95 do texto constitucional no seu parágrafo primeiro refire que «*A celebración dun tratado internacional que conteña estipulacións contrarias á Constitución exixirá a previa revisión constitucional*».

Pois ben, desde o mesmo momento da adhesión de España á Comunidade Europea e en virtude do mecanismo establecido polo artigo 93 da CE (“... poderase autorizar a celebración de tratados polos que se lle atribúa a unha organización ou institución internacional o exercicio de competencias derivadas da Constitución”), atribúenselle a aquela o exercicio de competencias de titularidade non só do Estado –unha competencia tan relevante como a planificación xeral da actividade económica víase implicada– senón tamén de titularidade autonómica, de modo que as Comunidades Autónomas viron como, de pronto –pois do efecto non se era totalmente consciente con anterioridade– quedaban privadas, en favor da UE, de competencias que xa tiñan interiorizadas como propias.

Sucedía ademais, e iso era un motivo máis para formular o agravio, que o Estado, malia a cesión de competencias que tamén realizara, recuperaba non obstante, por outra vía, concretamente a través dos procedementos negociadores no seo da UE, ámbitos de decisión que implicaban as competencias ata entón de titularidade autonómica. As Comunidades Autónomas por iso exixían restablecer o equilibrio constitucional quebrado a través de fórmulas compensatorias.

Noutro plano ben distinto, pódese dicir que existen suficientes bases xurídicas que permiten xustificar a participación das Comunidades Autónomas nos procesos de toma de decisións. E é que, sendo as circunstancias descritas no plano político o suficientemente razoables como para xustificar a presenza das CC. AA., non o serían en cambio se o que se pretende é fundamentar esta sobre bases sólidas e permanentes, a salvo polo tanto dos vaivéns de vontades políticas.

E a norma que fundamentalmente hai que ter en conta a este respecto é a do artigo 149.1.3.^ª da CE, xa que a do artigo 93 do propio texto constitucional que, como se sabe, é a que posibilitou o proceso de integración europea, apenas ten relevancia para os efectos que nos ocupan.

O artigo 149.1.3.^ª declara que “as relacións internacionais” son competencia exclusiva do Estado. Así de taxativa se mostra a norma constitucional, aínda que esta atribución resulta en principio coherente pensando en que a capacidade para as relacións internacionais se ligou tradicionalmente á noción de soberanía que se lles atribúe unicamente aos Estados independentes e da que, polo tanto, carecen as entidades territoriais que, se é o caso, conforman un Estado complexo como o noso.

Agora ben, as cousas, a nivel conceptual, parecen estar o suficientemente claras como para poder afirmar que cando, en xeral, se alude ás “relacións internacionais” se está a concernir un ámbito distinto daquel que acolle á UE, que posúe unha configuración xurídica diferente á que tradicionalmente conforma as relacións entre Estados no ámbito internacional. E iso é porque, cando da UE se trata, estamos ante o que habitualmente se coñece como unha “organización supranacional”. O propio TC declarou para estes efectos que cando España actúa no ámbito da UE está a facelo nunha estrutura xurídica moi distinta á tradicional das relacións internacionais, pois o proceso de integración europea veu crear unha orde xurídica, a comunitaria, que para o conxunto dos Estados compoñentes da UE pode considerarse a certos efectos como “interna” (STC 165/1994, do 26 de maio de 1994).

E partindo das anteriores consideracións, cabe preguntarse se a CE, fóra da previsión do artigo 93, realmente se chegou a formular nalgún momento o panorama resultante da integración ou, se formulándoo, o deixou a expensas de que esta se producise no futuro. Parece, en tese razoable, que o lexislador se inclinaria por pospor toda regulación sobre as relacións coa UE supeditándoa a unha posterior reforma do texto constitucional cando o momento se producise.

Non obstante, unha boa parte da doutrina non o entende así e inclínase, en cambio, por considerar que o constituínte se decantou por unha visión un tanto simplista ou simplificadora das relacións internacionais, comprendendo neste termo toda actividade exterior do Estado, fóra da actividade estritamente interna. É posible pensar, á vista de como transcorreu a discusión parlamentaria do texto neste punto, que o constituínte deliberadamente non quixo entrar a afondar nunha materia certamente conflictiva e complexa, cando xa de por si o era o propio fenómeno autonómico en xeral.

Sexa dun ou doutro xeito, o certo é que, de acordo coa liña apuntada, a CE no seu artigo 149.1.3.^a estaría a incluír dentro do termo “relacións internacionais” as relacións coa UE sen prever por iso ningunha norma competencial específica dirixida a regular a participación das Comunidades Autónomas nos asuntos relacionados coa UE.

Cómpre dicir que a CE neste punto foi obxecto de críticas, tanto pola súa brevidade como por non ser en absoluto consecuente coa estrutura do Estado composto ou complexo que ela mesma institúe no título VIII. E mesmo compartindo o razoable da crítica, o certo é que nos anos en que se redactou e viu a luz o texto constitucional, o horizonte da integración era aínda incerto. Se a iso unimos o tempo histórico que se vivía, coa necesidade de asentar os piares esenciais do novo Estado, comprendense mellor as indubidables carencias da CE neste punto. Certo é que ademais o paso do tempo foi encaixando cada cousa no seu sitio, tarefa á que contribuíu de xeito decisivo a xurisprudencia do TC.

Pois ben, descartado o recurso ao artigo 150.2 da CE (opción esta que se barallou para propiciar a participación autonómica nos asuntos europeos e que, como é sabido, posibilita que o Estado, mediante lei orgánica, transfira ou delegue nas Comunidades Autónomas facultades correspondentes a materias de titularidade estatal que sexan susceptibles de transferencia ou delegación), é en principio, o artigo 149.1.3.^a da Constitución o único precepto competencial que se pode relacionar directamente coa materia que aquí tratamos e sobre o que, xa que logo, debe xirar a análise que nos propomos.

Pois ben, unha primeira lectura deste artigo dá pé inmediatamente a considerar que ás Comunidades Autónomas lles está vedada calquera actuación neste ámbito, pois estas non son, como vimos, nin suxeitos de dereito internacional, nin poden tampouco en consecuencia establecer relacións internacionais.

Se xunto a iso valoramos que mesmo o artigo 93 do propio texto constitucional lles atribúe ás Cortes Xerais ou ao Goberno, en exclusiva, a garantía de cumprimento dos tratados e resolucións internacionais, comprenderase a dificultade inicial para articular canles de participación das Comunidades Autónomas.

E é que a exclusividade da competencia estatal sobre relacións internacionais aplicada no sentido máis restritivo e na denominada fase ascendente ou de toma de decisións implicaría xa non só a atribución ao Estado da representación de España ante a Unión Europea –o cal pode resultar razoable–, senón tamén que a definición da posición española nos órganos decisorios da Unión lle correspondería tamén en exclusiva ao Goberno da nación, o cal xa non resulta coherente, estando en moitos casos en xogo decisións que afectan a ámbitos competenciais exclusivos das Comunidades Autónomas.

Así as cousas, non obstante, a propia evolución do sistema constitucional foi dando paso, tanto na xurisprudencia como na doutrina, a unha interpretación máis aberta do precepto constitucional, descartando polo tanto aquela que tende a asimilar as relacións internacionais con calquera actividade exterior do Estado.

Nesta liña, trataríase entón de afondar nesta cuestión máis alá do teor literal do artigo 149, para analizar, á vista de que as Comunidades Autónomas posúen competencias derivadas dos artigos 148 e 149 da CE afectadas pola integración europea, se resulta factible articular esas competencias no marco do proceso de toma de decisións comunitario e de se todo iso se pode compatibilizar coa titularidade estatal exclusiva que establece o artigo 149.1.3.^a sobre as relacións internacionais.

En definitiva, aínda partindo da convicción de que o protagonismo do Estado nesta materia é incuestionable e que a este, polo tanto, lle corresponde dirixir en exclusiva toda a actividade do noso país no seo da UE, en virtude do principio de unidade de acción, tratábase de buscar o punto de equilibrio que permitise, non obstante, a competencia estatal, recoñecer ás Comunidades Autónomas, cando, como dicimos, estean en xogo competencias exclusivas destas, un dereito a participar xunto aos representantes do Estado na formación das decisións ante os diferentes órganos comunitarios.

Hai que dicir que o propio TC, malia os seus pronunciamentos iniciais, seguiu posteriormente unha liña de maior apertura fronte ás rixideces do texto constitucional, postulando a aplicación do principio de cooperación entre o Estado e as Comunidades, ata chegar, mesmo, a admitir como fundamento constitucional desa participación as regras internas de delimitación competencial, aínda que reservando, iso si, en todo caso para o Estado o que denomina “responsabilidade ou resposta última” en materia de relacións internacionais.

O tribunal, aínda que en referencia á fase descendente ou de execución do dereito comunitario, marcou unha liña moi clara no establecemento de límites á competencia estatal, da que tamén cabe extraer consecuencias en relación coa fase de toma de decisións, cando sinalou que “o Estado non pode ampararse por principio na súa competencia exclusiva sobre



as relacións internacionais para estender o seu ámbito competencial a toda actividade que constitúa desenvolvemento, execución ou aplicación dos convenios e tratados internacionais e, en particular, do dereito derivado europeo. Se así fose, dada a progresiva ampliación da esfera material de intervención da Comunidade Europea, debería producirse un baleirado notable da área de competencia que a Constitución e os Estatutos lles atribúen ás Comunidades Autónomas “... (STC 236/1991, do 12 de decembro).

Pois ben, todo iso lévanos a considerar que hoxe xa non resulta posible referenciar a participación das Comunidades Autónomas nas institucións comunitarias nun único título competencial, o do artigo 149.1.3.ª da CE. A eventual afectación de competencias autonómicas exclusivas cando se trata de fixar a posición do Estado ante as institucións comunitarias leva inescusablemente a tomar en consideración as ditas competencias, compatibilizándoas en todo caso coa que lle corresponde ao Estado nas relacións internacionais. E é que están aquí en xogo principios constitucionais de necesaria observancia, como é o de “autonomía das nacionalidades e rexións” do artigo 2 da CE.

Ademais, existe hoxe coincidencia unánime na doutrina científica sobre que as relacións internacionais ás que se refire o artigo 149.1.3.ª da CE están referidas exclusivamente ao chamado “núcleo duro” ou núcleo esencial da actividade exterior do Estado (o *treaty making power*), constituído, entre outras, pola dirección da política exterior, a capacidade de celebrar tratados e a responsabilidade asumida polo Estado no ámbito internacional, e que hai, non obstante, fóra deste núcleo un campo de acción exterior susceptible de intervención autonómica a través do exercicio das propias competencias (competencia *ratione materiae*) que non invade o ámbito de competencia estatal.

Así pois, a conclusión que cabe extraer de todo iso á hora de abordar a cuestión que nos ocupa é que o artigo 149.1.3.ª non posúe o monopolio en canto referente único na determinación das competencias que poidan corresponder tanto ao Estado como ás Comunidades Autónomas nos procesos de decisión comunitarios, cando se trata de fixar a posición española. Deberemos deste modo ampliar a perspectiva de análise, conxugando, en cada caso, o citado artigo co artigo 2 e cos tipos competenciais que na materia discutida poidan corresponder á Comunidade Autónoma de que se trate. Dado que o nivel competencial non é o mesmo para todas as Comunidades Autónomas, deberá facerse, polo tanto, unha análise pormenorizada de cada situación sen que caiba por iso establecer regras xerais.

Vista no xeito que acaba de ser exposta, non cabe máis que apelar nestes casos a principios esenciais da presenza exterior, como son os de cooperación e unidade de acción entre o Goberno do Estado e as Comunidades Autónomas, de tal forma que estas non só deberían ser oídas preceptiva e previamente polo Estado cando se trate de fixar por este posicións ante os distintos órganos da UE, en materias que lles afecten en razón, ben das competencias que teñen atribuídas ou ben pola simple afectación dos seus intereses, senón que, ademais, a súa posición debería ser tomada en consideración para determinar a posición que debe defender o Estado nas institucións comunitarias.

Agora ben, é importante sinalar que a posición da Comunidade ou Comunidades Autónomas afectadas non vincula en ningún caso o Estado, que pode libremente acollela ou non, por moito que, en caso de descoñecer a posición autonómica, deba motivar a súa decisión. Así o sinala expresamente a STC sobre o Estatuto de Cataluña, do 28 de xuño de 2010, cando di, en referencia a este particular, que “en tales casos, aínda que esa posición resulte definida

como determinante, o Goberno do Estado pode non libremente acollela, aínda que debe motivar entón ante a Comisión Bilateral Generalitat-Estado o non acollemento da posición do Goberno da Generalitat". Aquí entendemos que a motivación non pode limitarse a razóns meramente formais, senón que debería basearse en altas razóns ou intereses do Estado. Pénsese ao respecto que as situacións que poden darse nestes casos son moi variadas, desde que o eventual conflito se formule entre o Goberno do Estado e unha Comunidade Autónoma, ou mesmo pode darse o suposto de que na actuación negociadora aparezan contrapostos os intereses de varias Comunidades Autónomas entre si.

Así pois, para os efectos do aquí tratado e como medio de articular a participación das Comunidades Autónomas ante as instancias europeas, habería que distinguir, con base nos fundamentos competenciais ata agora expostos, dúas facetas ou fases diferenciadas. Por un lado, a de formación interna da vontade ou posición a adoptar ante calquera tipo de decisión que haxa que tomar ante as diferentes instancias europeas, ben sexa lexislativa ou doutro tipo e, por outro lado, a de expresión da vontade mesma, que implica o compromiso do Estado en obrigarse (*ius contrahendi*) e, polo tanto, tamén a responsabilidade deste en caso de incumprimento. Desta forma, mentres esta última lle compete en exclusiva ao Estado –único posuidor da soberanía, como viamos–, a primeira é perfectamente compartible entre o Estado e as Comunidades Autónomas, con base esencial nos principios de autonomía, cooperación e unidade de acción.

E aínda que, como vimos, a CE non se formulou no seu momento que a integración podía afectar ao sistema de distribución territorial de competencias do título VIII, o certo é que si se produciu materialmente esta afectación e, ante esta realidade, fíxose necesario buscar fórmulas que eviten a patente contradición que se produce entre o artigo 2 e o 149.1.3.^a da CE cando están en xogo competencias autonómicas exclusivas ou intereses que derivan delas.

Outro aspecto a determinar sería o de cales poidan ser na práctica esas formas de participación, cuestión esta da que, en función da realidade actual, nos ocuparemos máis adiante.

Por último, deberemos referirnos ao dereito das Comunidades Autónomas a seren informadas polo Estado sobre os asuntos da UE que lles concirnen máis directamente, en función ben da competencia que poidan posuír sobre unha determinada materia ou ben, en termos máis xerais, cando poida resultar do seu interese.

E a este respecto cómpre dicir que, chegados ao punto en que, como vimos, é posible articular con base xurídica canles de participación das Comunidades Autónomas nos procesos de decisión comunitarios, o dereito a obter información neste ámbito por parte das Comunidades Autónomas require pouca máis explicación, como non sexa dicir que este dereito se presenta como unha premisa indispensable para poder exercer o dereito de participación con mínimas garantías de acerto.

En efecto, a subministración de información do Estado ás Comunidades Autónomas vén realizándose en maior ou menor medida desde a integración de modo habitual por diversas canles, pero, fundamentalmente, como logo veremos, a través da Consellaría para Asuntos Autonómicos da Representación Permanente de España ante a UE, creada por acordo da Conferencia para asuntos relacionados coa UE, do 9 de decembro de 2004.

REGAP



ESTUDIOS

Tamén é importante neste sentido, o labor que levan a cabo as oficinas de “representación” das Comunidades Autónomas en Bruxelas, establecidas desde xa pouco despois da adhesión baixo diferentes fórmulas xurídicas, fundacións, entes públicos, sociedades, etc., e que foron formalmente consagradas a partir da STC 165/1994, ao considerar que “... a natureza e importancia das actividades das institucións comunitarias sobre o exercicio das competencias das Comunidades Autónomas conducen a apreciar que, en forma natural, deberá existir un labor de seguimento e información por parte das Comunidades Autónomas”.

As ditas oficinas obtiveron tamén pouco máis tarde recoñecemento na Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado cando, ao regular a organización desta no exterior, no artigo 36.7 estableceu que, “en cumprimento das funcións que ten encomendadas e tendo en conta os obxectivos e intereses da política exterior de España, a Administración xeral do Estado no exterior colaborará con todas as institucións e organismos españois que actúen no exterior e, en especial, coas oficinas das Comunidades Autónomas”.

Estas oficinas son un elemento importante no proceso que posibilita a participación das Comunidades Autónomas ante as instancias europeas, pois, pola súa especialización e localización, entre outras funcións, permiten aos diferentes gobernos rexionais entrar en contacto con representantes das institucións europeas, crear mecanismos de apoio para as propostas que as rexións presentan ante estas e establecer redes de información para o Goberno autonómico correspondente, e que así este poida establecer a súa estratexia de actuación ante as diferentes políticas que lle afectan.

Desta forma as oficinas das Comunidades Autónomas, tras as reticencias iniciais, aparecen en determinado momento como un feito xeneralizado e plenamente consolidado no noso modelo actual, aínda que hai que significar que nestes últimos anos a crise económica fixo estragos tamén neste ámbito, debido á necesidade de reducir gasto público, e iso levou algunhas Comunidades Autónomas a pechar as súas oficinas para integrar a función que realizaban dentro da Representación Permanente de España ante a UE.

2.3 O actual modelo de participación das Comunidades Autónomas e o seu proceso evolutivo

O actual modelo de participación das Comunidades Autónomas nos asuntos relacionados coa UE inspírase esencialmente en dous principios aos que xa fixemos referencia, o de colaboración e o de unidade de acción. O primeiro deles supón a posta en común de intereses baixo a premisa da lealdade institucional e o segundo implica ante todo coordinación na acción exterior para que esta sexa integrada e xa que logo resulte eficaz.

Pódese dicir, de xeito xeral, que o modelo de participación español non difire esencialmente daquel de que están dotados os Estados da UE que teñen unha estrutura territorial complexa ou descentralizados. Máis alá desta afirmación, os límites deste traballo non nos permiten afondar máis nos modelos a comparar, materia esta da que, por outra parte, se ocupou con certa extensión a literatura científica.

Se, como xa dixéramos, a dirección da acción exterior lle corresponde ao Estado, a ninguén debe estrañar, polo tanto, que a competencia para definir o modelo de participación e en

xeral, da acción exterior do Estado, corresponda tamén a este, en virtude do establecido nos artigos 149.1.3 e 149.1.18 da CE (bases do réxime xurídico das Administracións públicas), e máis particularmente con base no establecido na Lei 2/2014, do 25 de marzo, da acción e do servizo exterior do Estado.

Concretamente, sobre este particular, a STC 31/2010, do 28 de xuño, sobre o Estatuto de autonomía de Cataluña, declara que "(...) é ao Estado ao que, no exercicio da competencia reservada no artigo 149.1.3, lle corresponde determinar os supostos concretos, termos, formas e condicións das participacións indicadas no precepto estatutario, participacións que ademais non poden privar o Estado das súas exclusivas facultades de decisión neste ámbito".

E claro reflexo desa sentenza é a propia Lei 2/2014 citada, a que marca como obxecto no seu artigo 1 "regular a acción exterior do Estado, enumerar os seus principios reitores, identificar os suxeitos e ámbitos desta, establecer os instrumentos para a súa planificación, seguimento e coordinación e ordenar o servizo exterior do Estado (...)".

Polo que en particular se refire á participación das Comunidades Autónomas, dá conta no seu preámbulo de que a CE creou o marco xurídico necesario para o recoñecemento a diversos suxeitos, entre eles as Comunidades Autónomas a través dos seus estatutos de autonomía, de competencias en materia de acción exterior, tanto no ámbito da UE como no da acción exterior en sentido propio. Así, coherentemente con tal declaración, recoñece no seu artigo 5 as Comunidades Autónomas como suxeitos activos da acción exterior do Estado e, así mesmo, recoñécelles a capacidade para levar a cabo actividades no exterior, que en todo caso deberán adecuar estas ás directrices, fins e obxectivos da política exterior fixados polo Goberno.

Pois ben, tendo en conta o longo proceso evolutivo que levou ao actual modelo de participación, debemos reparar na transcendencia deste explícito recoñecemento que ademais se produce nun dobre ámbito de actuación, o da UE, e o máis amplo da acción exterior. Condénsanse así nesta declaración as liñas esenciais que foran marcadas polo TC en diferentes sentenzas. Deberemos volver referirnos a esta norma nas páxinas que seguen.

E é que, efectivamente, o actual modelo de participación das Comunidades Autónomas foise fraguando, non sen esforzo, ao longo do tempo, e concretamente desde o ano 1988 ata os nosos días, mediante a acción concertada entre o Estado e as Comunidades Autónomas, no seo da Conferencia Sectorial para Asuntos Relacionados coas Comunidades Europeas (CAR-CE), hoxe denominada Conferencia para Asuntos Relacionados coa Unión Europea (CARUE), que é un órgano que reúne representantes do Estado e das Comunidades Autónomas para discutir e convir sobre os temas relacionados coa UE.

Así os primeiros acordos producíronse en novembro de 1990, plasmados a través de dous documentos asinados polo Estado con cada unha das Comunidades Autónomas –con excepción do País Vasco, que finalmente non os subscribiu– e que tiñan por obxecto dúas materias específicas. O primeiro era sobre axudas públicas e concretamente prevía un procedemento coordinado entre o Estado e as Comunidades Autónomas para a comunicación desas axudas á Comisión Europea. O segundo referíase aos procedementos precontenciosos na Comisión Europea e os asuntos relacionados co Tribunal de Xustiza da UE, establecendo, igual que no anterior acordo, canles de comunicación á Comisión e ao Tribunal de Xustiza con ocasión

de procedementos, recursos ou calquera conflito xurídico formulado por estes órganos en relación coas Comunidades Autónomas.

Pouco despois destes acordos, o 29 de outubro de 1993, chegouse a un novo acordo polo que se decidía institucionalizar a Conferencia, que compuñan o ministro para as Administracións Públicas, que a presidía, e representantes por cada unha das Comunidades Autónomas con rango de conselleiros.

Por outra banda, o ámbito temático da conferencia estaba integrado por tres bloques de materias. Por un lado, a información ás Comunidades Autónomas e a discusión en común sobre o desenvolvemento do proceso de construción europea, e por outra, o tratamento e resolución de cuestións de alcance xeral, tales como a técnica normativa para incorporar o dereito comunitario ao dereito interno. Finalmente, establecía un esquema de participación das Comunidades Autónomas nas institucións europeas.

Pasamos así ao ano 1994, en que a Conferencia adoptou o “Acordo sobre participación interna das Comunidades Autónomas nos asuntos comunitarios europeos a través das conferencias sectoriais”. Este acordo foi definitivo para que as Comunidades Autónomas comezasen a tomar papel activo na formación da vontade estatal. En todo caso, convén precisar que o acordo se refería soamente a unha dimensión interna e, polo tanto, indirecta de participación das Comunidades Autónomas; é dicir, a través das distintas conferencias sectoriais, pero, aínda así, isto xa representaba un paso moi importante neste proceso.

En 1996 produciuse un acordo da Conferencia sobre a creación dun posto de conselleiro para asuntos autonómicos na Representación Permanente de España ante a UE en Bruxelas con competencia exclusiva para relacionarse coas oficinas das Comunidades Autónomas en Bruxelas e para a canalización da información ás Comunidades Autónomas.

En 1997 publícase a norma pola que se institucionaliza a Conferencia; é concretamente a Lei 2/1997, do 13 de marzo. Esta norma reproducía practicamente o esquema da Conferencia que viñera funcionando ata entón. A experiencia adquirida neste tempo xustificaba a elevación do rango formal da normativa ata entón en vigor.

En novembro deste mesmo ano, a CARUE adopta o seu primeiro acordo sobre participación das Comunidade Autónoma nos comités da Comisión Europea, ao integrar un representante autonómico, actuando en nome de todas as Comunidades Autónomas, na delegación española que participaba nas reunións dos comités de asistencia á Comisión. Por primeira vez, entón, posibilitábase formalmente a participación das Comunidades Autónomas nas institucións comunitarias.

O 9 de decembro de 2004 é cando se dá un paso definitivo de cara ás aspiracións das Comunidades Autónomas, pois a Conferencia adopta o acordo que posibilita definitivamente a estas a participación nas reunións, esta vez do Consello de Ministros da UE. Esta participación prodúcese naquelas reunións que afectan especialmente ás competencias das Comunidades Autónomas, sinaladamente: agricultura e pesca; medio ambiente; emprego, política social, sanidade e consumo; e educación, xuventude e cultura.

O sistema de representación autonómica consistía na incorporación á delegación española dun membro, con rango de conselleiro, que representaba todas as CC. AA. nos asuntos que

afectasen ás súas competencias. Era elixido polo pleno de cada unha das dez conferencias sectoriais concernida polos asuntos a tratar, por un período de seis meses.

O representante autonómico designado asumía así a concertación coa Administración xeral do Estado, co compromiso de pór á disposición do resto de CC. AA. a documentación completa sobre o asunto de que se tratase. Así mesmo, debía mantelas regularmente informadas sobre as negociacións e, finalmente, debía consensuar unha posición común nas negociacións co resto de CC. AA. afectadas. O representante autonómico interviña co devandito mandato nas reunións en calidade de membro de pleno dereito da delegación española.

Nesa mesma data do 9 de decembro de 2004, a CARUE adopta outro acordo relevante sobre a Consellaría para Asuntos Autonómicos na REPER, á que incorpora dous conselleiros autonómicos designados por consenso pola propia CARUE.

Despois destes dous transcendentos acordos, a representación autonómica no Consello de Ministros, sinteticamente expresada, faise efectiva nos diferentes niveis de traballo do Consello da UE. Así, ao Comité de Representantes Permanentes (COREPER) asisten os conselleiros para Asuntos Autonómicos na REPER. Nos grupos de traballo do Consello interveñen ou ben conselleiros para Asuntos Autonómicos na REPER ou ben persoal técnico designado polas CC. AA. que exerza nese momento a representación. Finalmente, no Consello intervén un membro do Consello de Goberno designado pola Comunidade Autónoma que posúe a representación

Na reunión da CARUE do 12 de decembro de 2006 acordouse unha Guía de boas prácticas, que establece un sistema de transmisión de información ás CC. AA., delimita os criterios utilizados para a designación do representante autonómico nos Consellos de Ministros e regula a coordinación entre as CC. AA., e entre estas e o Goberno de España.

En definitiva, como se pode apreciar, a Conferencia creada en 1988 tivo ao longo do tempo e ata os nosos días un papel decisivo no deseño do marco de participación das Comunidades Autónomas no proceso decisional ante a UE.

Hai que facer referencia por último, noutro plano, ao mecanismo de alerta temperá e ao acceso ao Tribunal de Xustiza. En canto ao primeiro, foi creado polo artigo 12 do Tratado da UE, coñecido como Tratado de Lisboa, de colaboración entre os Parlamentos Nacionais e o Parlamento Europeo. A razón que xustificou a creación deste mecanismo foi o feito de que o proceso de integración europea produciu a transferencia de competencias nacionais á UE, e iso fixo que o papel dos parlamentos nacionais se reducise sensiblemente. Constatado isto, o Tratado de Lisboa deu un paso adiante conferíndolles novas funcións aos parlamentos dos estados membros e reforzando tamén o Parlamento Europeo. Agora así, os parlamentos nacionais, dentro dos que naturalmente se inclúen os das Comunidades Autónomas son informados dos proxectos de actos lexislativos da UE e ademais encárgaselles velar polo cumprimento do principio de subsidiariedade mediante o sistema de alerta temperá. Tamén participan nos procedementos de revisión dos tratados e nos mecanismos de avaliación de certas políticas da UE.

Por outra banda, en referencia ao segundo aspecto, a capacidade procesual das rexións ante o Tribunal de Xustiza, hai que dicir de entrada que o sistema existente actualmente presenta para estas moitas dificultades. Así, mesmo inicialmente o tribunal nas súas sentenzas puña

regap



ESTUDIOS

en igual condición as rexións e os particulares cando se trataba de interpor un recurso e, polo tanto, só podían acudir ao tribunal para os efectos de recorrer contra aqueles actos normativos de que fosen destinatarios ou que lles afectasen directamente, negándolles polo tanto calquera status especial. O Tratado de Lisboa supuxo un pequeno avance xa que alixeira os requisitos de admisibilidade dos recursos, aínda que, en definitiva, as Comunidades Autónomas seguen dependendo do Estado para acceder ao Tribunal de Xustiza. Os termos en que as Comunidades Autónomas, a través dos servizos xurídicos do Estado, poden acudir ao tribunal están fixados nos acordos alcanzados no seo da CARCE; o primeiro foi no ano 1990, posteriormente derogado polo de 1997, do 11 de decembro.

O acordo regula aqueles supostos de recurso de anulación en que unha Comunidade Autónoma desexa que unha disposición ou acto adoptado por unha institución comunitaria sexa impugnada polo Estado, por entender que se atopa viciada de ilegalidade e afecta ás súas competencias ou intereses. Tamén abrangue aquel outros supostos en que unha Comunidade Autónoma está interesada na interposición dun recurso de inacción porque a falta de actuación dunha institución comunitaria lle cause algún prexuízo, ou mesmo aqueles supostos en que se considere oportuno solicitar do Tribunal de Xustiza un ditame sobre a compatibilidade co Tratado CE dun acordo previsto pola UE.

A decisión acerca de se finalmente se interpón ou non o recurso está regulada no acordo a través dun procedemento en que interveñen as demais Comunidades Autónomas e o propio Estado.

Hai que deixar tamén aquí sinalada a posibilidade introducida polo Tratado polo que se establece unha Constitución para Europa do ano 2004 (TCE), de que as rexións en determinados supostos poidan presentar ante o Tribunal de Xustiza un recurso de anulación. Non obstante, hai que matizar que esta é unha vía indirecta xa que iso se debe formular no seo do Comité das Rexións e por cuestións que afecten propiamente a este órgano.

Como dicíamos ao comezo, existen outras eventuais canles de participación das Comunidades Autónomas na fase de decisión dos órganos comunitarios, en que estas nestes casos participan sen a intermediación ou colaboración do Estado, pola súa propia condición de entes rexionais. Como exemplo máis significativo, citabamos o Comité das Rexións, ao que nos imos referir brevemente agora.

Este Comité foi creado polo artigo 13.4 do Tratado da UE (TUE) ou Tratado de Maastricht, a partir da entrada en vigor deste en 1994 como organismo de carácter consultivo integrado por representantes dos poderes rexionais e locais de Europa, que na súa condición de tal participa na fase de formación da vontade comunitaria, en xeral, e do dereito comunitario derivado, en particular.

O Comité actúa emitindo ditames sobre as propostas que lle son presentadas tanto pola Comisión como polo Consello e deben facelo con carácter preceptivo en cuestións de significado interese, como a política rexional, o medio ambiente, a educación ou o transporte. Pola súa banda, o Comité pode emitir ditames por propia iniciativa e presentalos á Comisión, ao Consello ou ao Parlamento.

O número de membros de cada Estado fíxase fundamentalmente en función da súa poboación. A España neste momento correspóndenlle 21 representantes no Comité, sobre un

total de 344 membros. Os membros son cargos municipais ou rexionais electos, que son nomeados por catro anos polos Gobernos da UE, aínda que actúan con total independencia destes.

Convén tamén referirse aquí, aínda que sexa moi brevemente, á presenza das Comunidades Autónomas no seo de diferentes organizacións europeas de corte rexional que tiveron historicamente un gran peso no actual posicionamento das rexións na política europea, como son: o CPLR do Consello de Europa, ARE, ARFE, CRPM, CEDRE. Certo é que todas estas organizacións perderon, en parte, a súa noutroira posición relevante, sobre todo a partir da creación do Comité das Rexións.

2.4 Os estatutos de autonomía

Da mesma forma que a CE –coa integración nun horizonte relativamente próximo– era en extremo parca na súa regulación da cuestión europea –e naturalmente sen previsión ningunha no relativo a unha futura participación das CC. AA.–, a regulación que os textos estatutarios de primeira xeración, algúns aínda hoxe en vigor, fixeron desta cuestión foi máis ben escasa por non dicir nula, como viamos que sucedeu co Estatuto galego.

Así, pódese observar que tan só nos estatutos do País Vasco, de Canarias, de Aragón e de Murcia atopamos diferentes mencións, pero máis que á cuestión europea, estaban referidas aos convenios e tratados internacionais a asinar polo Estado.

Tratábase en todo caso de regulacións parciais e dispares, circunstancia esta última que presentaba non poucos problemas ante a carencia entón dunha regulación xeral de carácter estatal, cun mínimo regulador común, permitíndolles ás Comunidades Autónomas recoller determinadas particularidades afectantes ao seu territorio.

En calquera caso, os estatutos de nova xeración regulan, agora si de xeito detallado, aínda que non en todos os casos coa mesma extensión, as relacións das Comunidades Autónomas coas institucións da UE, recollendo determinadas facultades, cando resulten afectadas as súas competencias ou intereses, e, no que resulta máis significativo, recompilando e incorporando aos seus respectivos textos a ampla experiencia resultante da ordenación do sistema levada cabo no seo da CARUE desde a súa creación.

De xeito moi simplificado, os aspectos regulados polos estatutos de nova xeración pódense agrupar en cinco fundamentais:

- O dereito a recibir información dos convenios e tratados internacionais que poidan afectar a materias do seu interese específico.
- A participación na fase de formación da posición negociadora do Estado español ante a Unión Europea.
- A participación nas delegacións españolas ante as institucións europeas e en especial ante o Consello de Ministros.

Regap



ESTUDIOS

- A posibilidade de dirixir ao Estado as observacións e propostas en relación con iniciativas, proxectos normativos e decisións en tramitación na Unión Europea, así como o dereito a ser informada de tales proxectos.
- O desenvolvemento e execución do dereito da UE.

2.5 O Estatuto de autonomía de Galicia

O Estatuto de autonomía de Galicia non realiza ningunha previsión nin pronunciamento sobre as cuestións atinentes á UE. Acontece que, a diferenza dos estatutos de nova xeración que, como logo veremos, si conteñen previsións ao respecto, o de Galicia de 1981 non foi reformado desde que se aprobou. E é que, se como viamos a CE contén evidentes déficits na súa regulación da cuestión europea, comprenderase que o Estatuto galego, aprobado tan só tres anos despois desta, dificilmente podería aventurarse a facer previsións en tal sentido.

Por iso cabe formularse se ten relevancia xurídica o baleiro estatutario nesta materia. Sobre o particular pódese dicir que, se interpretásemos no sentido máis estrito as cláusulas competenciais previstas na CE, particularmente a do artigo 149.3 cando establece que “Todo o non asumido polos estatutos é da competencia do Estado”, e en ausencia de toda regulación da materia, deberíamos descartar calquera competencia neste ámbito por parte da nosa Comunidade Autónoma e, consecuentemente, a competencia pasaría inevitablemente ao Estado por aplicación da dita cláusula residual.

Non obstante, esta posibilidade, como doadamente se comprenderá, debe descartarse radicalmente. Pero é que, ademais, existen fundadas razóns de orde xurídica para negala.

Por un lado, porque non se pode falar, con propiedade, dunha competencia referida á “participación nos asuntos europeos” ou calquera outra que con distinta denominación se refira a este ámbito de actuación. O artigo 149.1.3 da CE foi obxecto de crítica pola doutrina científica por considerar as relacións internacionais como unha materia competencial, o mesmo que as restantes trinta e dúas que se relacionan no texto do artigo, e non propiamente como un ámbito de actuación, que é realmente o que en puridade correspondería.

Por outro lado, enlazado co anterior, ao seren as relacións internacionais unha facultade implícita na competencia material de que se trate, é dicir, por ser en certos casos a acción exterior unha actividade que se precisa para exercer competencias correspondentes a diferentes materias de titularidade autonómica, a súa asunción por parte do Estado, por aplicación da cláusula residual citada, implicaría unha limitación no exercicio de competencias autonómicas no exterior, constitucionalmente inviable.

Deste xeito, podemos concluír que non resulta a día de hoxe indispensable xuridicamente que os estatutos de autonomía consideren a regulación da cuestión europea para que as Comunidades Autónomas poidan ter unha participación efectiva nos procesos de decisión europeos. Polo tanto, aínda que conveniente, resulta ata certo punto irrelevante que estes aspectos non fosen recollidos no Estatuto de autonomía de Galicia. En todo caso, hai que deixar constancia de que a falta de regulación estatutaria sobre a cuestión

non impediu que na práctica a nosa Comunidade Autónoma desenvolvese unha intensa actividade neste eido.

2.6 O modelo galego do Decreto 178/2015, do 26 de novembro, polo que se regula a acción exterior

O conxunto de todas esas actividades ten hoxe fiel reflexo, a nivel organizativo e funcional, no recente Decreto 178/2015, do 26 de novembro, polo que se regula a acción exterior da Comunidade Autónoma de Galicia, englobando, por un lado, a participación de Galicia nas instancias europeas, no seu dobre plano interno (conformación da vontade co Estado) e o europeo, e, por outro, aquelas relacións alleas ao ámbito que comprende a UE, é dicir, as relacións denominadas propiamente internacionais. Neste apartado deberemos referirnos unicamente ás actuacións desenvolvidas no seo da UE.

O decreto, no seu conxunto e dadas as limitacións que neste campo a regulación constitucional impón, vén habilitado pola normativa estatal na materia, as leis 2/2014, do 25 de marzo, da acción e do servizo exterior do Estado, xa referida; e a 25/2014, do 27 de novembro, de tratados e outros acordos internacionais.

Na súa regulación da acción exterior de Galicia na UE, considera, como dicíamos, dous planos de actuación. Por un lado, no plano interno, correspondente á colaboración co Estado na formación da posición española ante a UE, o decreto regula a presenza de Galicia na Conferencia para asuntos relacionados coa UE, nas conferencias sectoriais e no Grupo de Traballo de Asuntos Europeos e Acción Exterior.

Por outro lado, no plano europeo, a norma considera a presenza no Consello da UE, nos seus grupos de traballo, nos comités da Comisión Europea, no Comité das Rexións, no Comité Económico e Social Europeo, e no Tribunal de Xustiza da UE.

Nesta regulación, o decreto toma como referencia toda a produción xurisprudencial do TC existente na materia e, ademais, recolle nas súas liñas esenciais o modelo sobre participación das Comunidades Autónomas en asuntos europeos deseñado no seo da CARUE, ao que xa fixemos referencia anteriormente. Por outra banda, tamén prevé os mecanismos organizativos de actuación dentro da Administración da Comunidade Autónoma, tanto os xerais como os sectoriais, coordinados todos eles a través do Consello de Acción Exterior de Galicia.

Considera tamén o decreto a regulación da Fundación Galicia Europa como entidade instrumental do sector público autonómico galego para exercer a representación autonómica galega ante as institucións e órganos da UE. En particular, encoméndaselle prestar apoio aos distintos departamentos e entidades da Xunta de Galicia, así como ás restantes administracións públicas e organismos e corporacións galegas, no exercicio da súa participación nos asuntos da UE. En definitiva, pois, o seu papel non difire no esencial do que levan a cabo outras oficinas ou delegacións das Comunidades Autónomas en Bruxelas.

Regap



ESTUDIOS

3 A capacidade de compromiso internacional das Comunidades Autónomas: tratados e acordos internacionais

3.1 As previsións da Constitución

É o outro ámbito importante da acción exterior das Comunidades Autónomas, e respecto del cómpre dicir de entrada que a regulación constitucional ofrece unha marxe interpretativa máis reducida que a da participación nos asuntos europeos, aínda que xira sobre presupostos case idénticos: a exclusividade estatal das relacións internacionais do artigo 149.1.3.^a da CE, por un lado, que inclúe o *ius contrahendi* estreitamente vinculado á sinatura de tratados internacionais entre Estados soberanos, e a autonomía recoñecida pola propia CE no seu artigo 137, por outro, que daría pé a considerar certos dereitos por parte das Comunidades Autónomas cando estean en xogo competencias propias sobre o sector de actividade que se pretende sexa obxecto dos ditos tratados.

Vemos tamén como non só o citado artigo 149.1.3, senón tamén os artigos 93 e 94.1 da CE, ao referirse a tratados cuxa celebración lle compete ao Estado e no seu nome ao Goberno da Nación, non se fai mención ningunha ás Comunidades Autónomas e todo iso permite completar a interpretación do artigo 149.1.3.^a para concluír que esta é unha materia en principio reservada con exclusividade ao Estado.

Por outra banda, os estatutos de autonomía, mesmo os de nova xeración, limítanse a facultar as CC.AA. para solicitar do Estado a negociación de tratados que poidan afectar a competencias ou intereses da Comunidade Autónoma ou recoñécenlles o dereito a recibir información acerca da negociación relativa a eses tratados.

O Estatuto de autonomía de Galicia establece que a Comunidade Autónoma «poderá solicitar do Goberno que celebre e presente, se é o caso, ás Cortes Xerais, para a súa autorización os tratados ou convenios que permitan o establecemento de relacións culturais cos Estados con que manteña particulares vínculos culturais ou lingüísticos» (artigo 35.3), precepto este cuxa localización sistemática dentro da regulación dos convenios e acordos de cooperación entre a Comunidade Autónoma de Galicia e as demais Comunidades Autónomas (artigos 35.1 e 2) resulta expresiva da escasa marxe de actuación da Comunidade Autónoma.

Certo é que, malia todo iso, como logo veremos, tanto a necesidade, que se impoñía, como a máis recente lexislación estatal ditada en desenvolvemento da Constitución, abriron e clarificaron significativamente o panorama, ofrecendo, agora si, reais posibilidades de actuación ás Comunidades Autónomas neste ámbito.

Pero, de entrada, imos analizar o discorrer da xurisprudencia constitucional que nos permitirá comprender mellor a realidade actual.

En efecto, nunha fase inicial o TC pechou as portas, de xeito firme e taxativo, á posibilidade de concertación internacional por parte das CC. AA. Diso é mostra paradigmática a Sentenza 137/85, do 20 de xullo, referida a un denominado «Comunicado de colaboración» subscrito o 2 de novembro de 1984 entre o conselleiro de Ordenación do Territorio e Medio Ambiente da Xunta de Galicia e a Dirección Xeral do Medio Ambiente do Goberno do Reino de Dinamarca. O dito documento, polo que se coñece, era en realidade unha mera declaración

de principios non vinculante e cuxos únicos efectos se circunscibían a que determinada empresa contratada pola Administración galega para a elaboración dun estudo ambiental, debía, en virtude dos termos contractuais subscritos, solicitar a colaboración técnica de diversos organismos da Administración danesa, polo que se ve, reputados coñecedores da materia obxecto do estudo.

Pois ben, ante o que parecía non ir máis alá dunha simple declaración de boas intencións, o tribunal entendeu que o documento invadía o título competencial reservado en exclusiva ao Estado. A sentenza na súa parte dispositiva expresaba: “Alcanzada, en virtude do exposto, a conclusión de que só ao Estado lle é viable concertar pactos internacionais sobre toda sorte de materias (non importa agora con que límites, senón que basta con afirmar a existencia no noso dereito dun único suxeito dotado de *ius contrahendi* na esfera das relacións internacionais), está claro que o acto impugnado neste proceso (...), en canto reflicte a existencia dun acordo ou compromiso recíproco de ambas as dúas partes, implica o exercicio pola Xunta de Galicia dunha competencia da que constitucional e estatutariamente carece. Pouco importa aquí que o acordo citado comprometa ou non a responsabilidade internacional do Estado. O importante é que a súa mera existencia revela que a Comunidade Autónoma de Galicia, actuando en nome propio e á marxe de toda actuación do Estado, realizou un acto ilexítimo desde unha perspectiva interna, constitucional, posto que o *ius contrahendi* pertence no noso dereito exclusivamente ao Estado”.

Certo é, todo hai que dicilo, que a sentenza tivo un voto particular que apuntaba xa nunha liña que se debería consagrar posteriormente, entre outras e como máis relevante, coa Sentenza 165/94, do 26 de maio. En primeiro lugar, ao recoñecer que as Comunidades Autónomas asumiran un conxunto de funcións públicas, exclusivas ou compartidas co Estado, que supoñen un ámbito material propio de actuación e que para desenvolver esas funcións unha Comunidade Autónoma pode precisar realizar determinadas actividades, “non xa fóra do seu territorio, senón mesmo fóra dos límites territoriais de España”,

O tribunal, despois de declarar excluídas das competencias autonómicas as “relacións internacionais”, aclaraba que estas, “en canto materia xurídica, non se identifican de ningún xeito co contido máis amplo que posúe a dita expresión en sentido sociolóxico, nin con calquera actividade exterior. Nin tampouco, obvio é, coa política exterior en canto acción política do Goberno”. Sinalaba neste sentido tamén que “a dimensión externa dun asunto non pode servir para realizar unha interpretación expansiva do artigo 149.1.3 CE que viña subsumir na competencia estatal toda medida dotada de certa incidencia exterior, por remota que sexa, xa que, se así fose, se produciría unha reordenación da propia orde constitucional de distribución de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas...”.

Agora ben, xunto a esta delimitación que lles ofrecía ás CC. AA. certa marxe de manobra na realización de actividades exteriores, a propia sentenza, cun sentido marcadamente restritivo, sinalaba tamén que “as relacións internacionais obxecto da reserva contida no artigo 149.1.3 CE son relacións entre suxeitos internacionais e rexidas polo dereito internacional. E iso exclúe necesariamente que os entes territoriais dotados de autonomía política, por non seren suxeitos internacionais, poidan participar nas relacións internacionais e, conseguintemente, concertar tratados con Estados soberanos e organizacións internacionais gobernamentais”.

O TC tamén delimitou o contido da competencia estatal, do «*ius contrahendi*», referíndoo ás actuacións que as CC. AA. non poderían realizar por seren intrínsecas a este, como as

Regap



ESTUDIOS

que orixinen obrigas inmediatas e actuais fronte a poderes públicos estranxeiros, incidan na política exterior do Estado, ou aqueloutras que xeren responsabilidade deste fronte a Estados estranxeiros ou organizacións inter ou supranacionais. O Tribunal limitaba ademais a actividade exterior das CC. AA. a aquelas que fosen necesarias, ou polo menos convenientes, para o exercicio das súas competencias.

A STC 80/1993, do 8 de marzo, matizara tamén os poderes dos órganos centrais do Estado nesta materia no sentido de que eses poderes –particularmente os referidos ao control e vixilancia para o aseguramento da execución dos tratados e acordos que se prevén no artigo 93 da CE– “o que non poden é afectarse á competencia mesma que constitucionalmente deban desenvolver e exercer as Comunidades Autónomas, desprazándoa ou substituíndoa anticipadamente polo exercicio de poder, que, nese caso, non serán xa de control e vixilancia”.

Polo tanto, como vemos, a xurisprudencia deste tempo, malia non dar aínda un paso definitivo, presenta xa significativos aspectos na evolución positiva que debería ter posteriormente esta materia e, o máis importante, o que achega a distinción entre as actividades conformantes da política exterior daquelas que teñen certa “proxección exterior”.

De todos os xeitos, a xurisprudencia constitucional, coas matizacións apuntadas, resultaba neste campo reiterada e clara no sentido de declarar que o título competencial contido no artigo 149.1.3.^a da CE non lles permitía ás Comunidades Autónomas subscribir acordos ou convenios con países soberanos, e iso con independencia da competencia que a Comunidade Autónoma posuise sobre o sector material de actividade que se pretendía que fose obxecto dos acordos, competencia esta que, aínda que non resultaba indiferente, cando se trataba de reclamar determinado protagonismo nas fases de preparación e execución dos acordos, si o era para os efectos do denominado *ius contrahendi*.

Así pois, tan só ao Estado, segundo unha doutrina que como dicimos resulta uniforme, lle corresponde o chamado *treaty-making power* nas relacións internacionais, e nestes termos corrobóranse distintas sentenzas do Tribunal Constitucional, por todas a 137/1989, do 20 de xullo, cando sinala que “na perspectiva de *Constitutione lata* existe unanimidade doutrinal en afirmar a exclusiva titularidade estatal da competencia para obrigarse por medio de convenios ou tratados internacionais. A nosa Constitución non contén excepción ningunha ao respecto en beneficio das CC. AA., nin en función de tales ou cales materias, aínda que, como é claro, tampouco impide que a cooperación entre o Estado e as CC. AA. se proxecte tamén neste ámbito, mediante estruturas axeitadas, para as que tanto a propia Constitución (artigo 150.2) como o dereito comparado (tratados-marco, etcétera) ofrecen amplas posibilidades”.

E tal conclusión, como sinala a citada sentenza, non só se deducía do artigo 149.1.3.^a do texto constitucional, illadamente considerado, senón que atopaba así mesmo acomodo noutros preceptos da CE (artigos 93 e 94.1), nos antecedentes da elaboración desta e na interpretación efectuada a propósito polo lexislador dos estatutos de autonomía.

En definitiva, aínda que a STC 165/1994 permite a posibilidade de que as CC. AA. realicen actividades con proxección exterior, sempre topan coa barreira do *ius contrahendi*, que en todo caso segue pertencendo ao Estado, aínda que este se circunscribe exclusivamente ao *ius ad tractatum*. E a xurisprudencia posterior a esta transcendente sentenza non produciu grandes novidades neste panorama.

Deste modo, cabía unicamente a posibilidade de que, en virtude de fórmulas de colaboración co Estado, as Comunidades Autónomas puidesen solicitar do Estado a realización de convenios ou acordos. Por outra parte, ademais, en función da competencia *ratione materiae* que aquelas posúen, deberían en todo caso recibir información sobre os termos da negociación realizada polo Estado, sen descartar a posibilidade de formar parte da delegación española negociadora dos acordos.

O que sen dúbida resultaba máis claro era a participación das Comunidades Autónomas no proceso para levar a cabo a execución dos acordos, cuxo fundamento xurídico non difería do xa sinalado para o suposto de participación das Comunidades Autónomas nos procesos decisorios da UE.

3.2 O Convenio marco europeo sobre a cooperación transfronteiriza: os tratados de Bayona e Valencia

O Convenio marco europeo de cooperación transfronteiriza entre comunidades ou autoridades territoriais, do 21 de maio de 1980, ratificado por España o 10 de xullo de 1990, permitiu certa marxe de actuación para as Comunidades Autónomas nesta materia, establecendo un marco xurídico singular respecto ao ata agora sinalado.

Ese convenio estableceuse co obxectivo de promover a cooperación transfronteiriza entre “comunidades ou autoridades territoriais”, dentro do que recolle tanto “toda acción concertada tendente a reforzar e a desenvolver as relacións de veciñanza”, como, así mesmo, “a conclusión dos acordos e dos pactos convenientes para tal fin”. O Convenio suxeita as actuacións que deste modo se leven a cabo ás competencias das comunidades ou autoridades territoriais conforme fosen definidas no dereito interno.

O preámbulo do texto delimita, con carácter simplemente enunciativo, o ámbito material sobre o que poden versar os acordos referíndoo ao desenvolvemento rexional, urbano e rural, á protección do medio ambiente, ao avance das infraestruturas e dos servizos ofrecidos aos cidadáns e á axuda mutua en caso de sinistro. En definitiva, dados os amplos termos en que se presentaba o convenio, non existían dificultades á hora de incluír nel calquera materia competencia da respectiva Comunidade Autónoma como posible obxecto dos acordos, que poderían ser asinados, directamente, por esta independentemente das accións de tutela que se puidesen requirir por parte do Estado.

Tamén hai que citar neste *iter* o Tratado hispano-francés de desenvolvemento do anterior, do 10 de marzo de 1995, coñecido como Tratado de Bayona, que permitía a celebración de convenios e acordos entre entidades territoriais de ambos os dous países.

Maior interese para nós presenta o tratado que en outubro de 2002 asinaron España e Portugal sobre a cooperación transfronteiriza entre entidades e instancias territoriais, coñecido como “Tratado de Valencia”, e que entrou en vigor en xaneiro de 2004. Este tratado viña representar para as rexións españolas lindeiras con Portugal parecida cobertura á que para as rexións fronteirizas con Francia representou o Tratado de Bayona en 1997.

Con este tratado supérase definitivamente, no que á cooperación de Galicia co Norte de Portugal especificamente se refire, a etapa dos acordos asinados sen valor xurídico ningún,



pois a través deste texto os acordos ao seu amparo asinados polos organismos de cooperación transfronteiriza rexional dispoñen dun marco xurídico claro do que poden derivar obrigas mutuas. Ademais, a posibilidade de crear organismos de cooperación non reduce agora a actividade destes ao ámbito dos estudos ou a planificación, etc., como acontecía anteriormente, senón que, pola contra, a amplía para posibilitar a posta en marcha de organismos con personalidade xurídica que poden mesmo executar obras públicas ou xestionar en común equipamentos ou servizos públicos.

3.3 A Lei 25/2014, do 27 de novembro, de tratados e outros acordos internacionais

Se a Lei 2/2014, do 25 de marzo, supuxo un paso moi importante polo recoñecemento explícito que fai das Comunidades Autónomas como suxeitos da acción exterior do Estado, pódese dicir que esta Lei 25/2014, do 27 de novembro, supuxo un paso de xigante na materia que vimos tratando, pois, aínda que como vimos, o TC xa abrira as portas ao feito de que as Comunidades Autónomas, no exercicio das súas propias competencias, puidesen desenvolver limitadamente certa actividade exterior, o tribunal non podía ir máis alá do seu papel de intérprete supremo da CE, suplindo o papel que lle corresponde ao lexislador. Faltaba por parte deste un recoñecemento formal explícito do que viña sendo xa unha realidade. A nivel normativo, o Real decreto 1317/1997, do 1 de agosto, fixera unha tímida incursión nesta materia, pero facíao ao abeiro do xa citado Convenio marco europeo de cooperación transfronteiriza e, polo tanto, o seu ámbito era limitado.

Pois ben, partindo da Convención de Viena sobre o dereito dos tratados, de 23 de maio de 1969 (“o Tratado dos tratados”) e a Convención de Viena sobre o dereito dos tratados entre Estados e organizacións internacionais ou entre organizacións internacionais, do 21 de marzo de 1986, xustifica a súa regulación baseándose en diversas causas. Por un lado, constata que no noso ordenamento xurídico, a única norma específica reguladora dos tratados fora o Decreto 801/1972, do 24 de marzo, sobre ordenación da actividade da Administración do Estado en materia de tratados internacionais, que co paso do tempo quedara obsoleto, tanto polo desenvolvemento experimentado polo dereito internacional como polos profundos cambios políticos e constitucionais vividos por España desde 1972. Por outro lado, considera que a práctica en materia convencional se foi facendo cada vez máis complexa, o que deu orixe na esfera internacional a novas formas de acordos.

Tamén finalmente pon de relevo –e isto é realmente o que aquí interesa– que a estrutura territorial do Estado que xorde a partir da Constitución significou o recoñecemento ás Comunidades Autónomas, a través dos seus respectivos estatutos de autonomía, de relevantes competencias en materia de acción exterior e, aínda que o texto da lei sinala a competencia exclusiva do Estado do artigo 149.1 da CE, que inclúe a capacidade de celebrar tratados internacionais, considera que, non obstante, as CC. AA. teñen competencia para despregar certas actividades de acción exterior entre as que cabe, por exemplo, a celebración de acordos internacionais non normativos. Tamén dispoñen de competencia para asinar acordos internacionais administrativos, en concreción ou execución dun tratado, e gozan, ademais, de competencias noutros aspectos da acción exterior.

En efecto, a lei distingue distintas categorías convencionais no ámbito do dereito internacional, diferenciando entre tratados e outros tipos de acordos internacionais. A figura do

tratado identifícaa co chamado “núcleo duro”, ao que xa nos referimos, e particularmente co *ius ad tractatum*, competencia polo tanto exclusiva do Estado, e que define no seu artigo 2, en termos case idénticos aos contidos na Convención de Viena de 1969, como “acordo celebrado por escrito entre España e outro ou outros suxeitos de dereito internacional, e rexido polo dereito internacional, xa conste nun instrumento único ou en dous ou máis instrumentos conexas e calquera que sexa a súa denominación”.

Pola súa banda, as outras dúas modalidades serían susceptibles de ser subscritas polas Comunidades Autónomas, concretamente os acordos internacionais administrativos e os acordos internacionais non normativos.

Son así varias as vías que a lei abre ás CC. AA. en relación coas diferentes categorías de acordos que acabamos de referir, pero a máis relevante refírese á participación destas na celebración de tratados internacionais

En efecto, en primeiro lugar, neste ámbito a lei prevé que as CC. AA. poidan instar do Goberno a apertura de negociacións para a súa celebración, sempre que teñan por obxecto materias da súa competencia ou interese específico, ou que afecten de xeito especial ao seu respectivo ámbito territorial. Sobre esta petición o Goberno debe resolver motivadamente.

Esta facultade xa se previra en varios estatutos de autonomía e, entre eles, como xa vimos, no Estatuto galego, aínda que limitada a aqueles Estados cos que Galicia mantén particulares vínculos culturais ou lingüísticos, marxe que, como vemos agora, se amplía considerablemente en virtude da nova lei. Os estatutos de autonomía de nova xeración (artigo 240.3 EA Andalucía e 196.3 EA Cataluña) contemplan, como dicimos, esta posibilidade, aínda que circunscrita ás materias competencia da Comunidade Autónoma que agora se amplía aos supostos de materias de interese específico da Comunidade ou de afectación especial ao seu ámbito territorial.

Por outra banda, o Goberno debe remitirles ás CC. AA. información sobre a negociación daqueles tratados internacionais –enténdese que negociados polo Estado– que teñan por ámbito materias da súa competencia ou interese específico ou que afecten de xeito especial ao seu respectivo ámbito territorial. Nestes casos as CC. AA. poden remitir as observacións que consideren convenientes sobre a negociación e o Goberno deberá decidir sobre estas motivadamente.

Aquí, o mesmo que no caso anterior, os Estatutos de Autonomía máis recentes consideran esta posibilidade pero de xeito máis limitado, é dicir, cando se vexan afectadas competencias autonómicas exclusivas que agora a lei amplía a outros supostos, xa citados, de materias de interese específico da Comunidade ou de afectación especial ao seu ámbito territorial.

Así mesmo, a lei posibilita que as CC. AA. poidan solicitarlle ao Goberno formar parte da delegación española que negocie un tratado internacional que teña por obxecto materias da súa competencia ou interese específico ou por afectar de xeito especial ao seu respectivo ámbito territorial. A solicitude deberá ser respondida de xeito motivado polo Goberno.

Novamente sucede tamén aquí, igual que nos dous anteriores supostos, que a lei é máis xenerosa que os estatutos á hora de considerar os supostos nos que as Comunidades Au-



tónomas poden formar parte das delegacións negociadoras, limitada na maioría dos textos autonómicos recentes a materias de competencia da Comunidade.

A lei de forma novidosa considera unha segunda modalidade que posibilita que as CC. AA. poidan asinar acordos internacionais administrativos, non constitutivos de tratado, en execución e concreción dun tratado internacional cando teñan por ámbito materias propias da súa exclusiva competencia e con suxeición ao que dispoña o propio tratado internacional. En todo caso, esta posibilidade está condicionada a que estea previsto no propio tratado. Trátase pois dunha competencia autonómica *ratione materiae* nos mesmos termos xa expresados en páxinas anteriores.

Exíxese nestes casos que os proxectos de acordos internacionais administrativos sexan remitidos ao Goberno antes da súa sinatura para informe xurídico da Asesoría Xurídica Internacional sobre a súa natureza, procedemento e sobre a forma máis axeitada de que sexan instrumentados de acordo co dereito internacional.

Os acordos internacionais non normativos, a terceira categoría de acordos que regula a lei, son identificados na práctica cos Memorandos de Entendemento ou coa sigla MOU (*Memoranda of Understanding*), que materializan ou instrumentan a asunción de compromisos políticos. Esta modalidade identifícase como un acordo de carácter internacional non constitutivo de tratado nin de acordo internacional administrativo que é asinado polo Estado, as Comunidades Autónomas e calquera outros suxeitos de dereito público con competencia para iso, que contén declaracións de intencións ou establece compromisos de actuación de contido político, técnico ou loxístico, e non constitúe fonte de obrigas internacionais nin se rexe polo dereito internacional.

Trátase neste caso de acordos de orde técnica ou política e en todo caso non xurídicos e que, polo tanto e a diferenza das outras modalidades, non constitúen fonte de obrigas internacionais nin polo tanto se rexen polo dereito internacional. Como a modalidade anterior, con carácter previo á súa formalización, deben ser remitidos ao Goberno para o seu informe xurídico.

En definitiva e a xeito de conclusión deste apartado, debe destacarse a transcendencia da Lei 25/2014, do 27 de novembro, e iso por diferentes motivos. Despois de case corenta anos de vixencia da CE, o artigo 149.1.3.^a e outros artigos referentes á materia de tratados internacionais seguían sen desenvolverse cando, por outra parte, o Decreto 801/72 quedara claramente obsoleto. No que toca ao papel das CC. AA., ese baleiro fora suplido en certa medida tanto pola CARUE como, sobre todo, por unha valiosa xurisprudencia do Tribunal Constitucional, quen, a pesar de non poder excederse no seu labor, ata o punto de exercer de lexislador positivo, impropio da súa función, lle cabe non obstante o acerto de ter sabido definir determinadas liñas competenciais que tanto o Estado como as CC. AA. non debían superar. En definitiva, faltaba por concretar de xeito preciso o que no ámbito internacional en cada caso os suxeitos públicos intervinientes podían e non podían facer.

Ese labor fíxoo con maior ou menor acerto a lei e nese sentido, como antes dicíamos, dáse un paso de xigante nesta materia ao manter o difícil equilibrio entre o papel do Estado e o das Comunidades Autónomas e ao delimitar claramente o ámbito de actuación destas na acción exterior referida á materia convencional.

Por outra banda, xunto coa Lei 2/2014, do 25 de marzo, da acción e do servizo exterior do Estado, conforma un conxunto uniforme e integrador que proporciona ante todo seguridade xurídica nunha materia que ata agora se movía no plano xurídico cuns parámetros basicamente especulativos. No caso concreto de Galicia, o Decreto 178/2015, do 26 de novembro, veu completar ese marco xurídico, contribuíndo en boa medida a eses obxectivos con grande acerto, dado que, entre outros aspectos, concreta os mecanismos internos para instrumentar as diversas formas de acordos das distintas institucións públicas galegas no exterior.

Tamén a lei achega do lado positivo que reconduce toda unha variada gama de acordos nos máis diversos ámbitos unicamente a tres modalidades convencionais, co cal vén clarificar e simplificar de xeito significativo o panorama e, por outra parte, tamén dá un paso máis alá mesmo que a propia xurisprudencia constitucional ampliando os supostos en que poden intervir as Comunidades Autónomas.

4 Bibliografía

ALDECOA LUZÁRRAGA, F., e MARIÑO MENÉNDEZ, F. M.; *La acción exterior y comunitaria de los länder, regiones, cantones y comunidades autónomas*, Gobierno Vasco, Instituto Vasco de Administración Pública, 1994.

ARGULLOL I MURGADAS, E.; "Ámbitos materiales en los que aplicar la participación de las comunidades autónomas en el Consejo de Ministros Europeo", Galofré Crespi, J. (coord.), *Informe Pi i Sunyer sobre el desarrollo autonómico y la incorporación de los principios de la Unión Europea*, 2003.

ARZOZ SANTISTEBAN, X.; "La autonomía Institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad", *Revista de Administración Pública*, n.º 191, 2013.

ARIAS MARTÍNEZ, M. A.; "Comunidades Autónomas y relaciones internacionales. Un estudio de Jurisprudencia constitucional", *Autonomies: Revista catalana de derecho público*, n.º 21, 1996.

BELTRÁN GARCÍA, S.; *Los acuerdos exteriores de las Comunidades Autónomas españolas: marco jurídico actual y perspectivas de futuro*, Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2001.

BELTRÁN GARCÍA, S.; *La aplicación de los acuerdos que regulan la participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de la Unión Europea* (variaciones o desvarios sobre un mismo tema), n.º 22, 2010.

BUSTOS GISBERT, R.; *Relaciones internacionales y comunidades autónomas*. Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

CASTELLÀ I ANDREU, J. M.; "Las comunidades autónomas en Bruselas: la dimensión externa de la participación autonómica en la Unión Europea", *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n.º 6, 2008.

Regap



ESTUDIOS

- CORRAL SUÁREZ, M., e HERRERO DE LA FUENTE, A.; "La adhesión de España a la Comunidad Europea, factor desencadenante de la acción exterior de las Comunidades Autónomas", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 29, 2015.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.; *La acción exterior de las Comunidades Autónomas: desarrollos recientes*, Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 1996, 1997.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.; *La acción exterior de las comunidades autónomas: balance de una práctica consolidada*, Dilex, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2001.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.; "Acción exterior y Comunidades Autónomas. Una reflexión constitucional", *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 16, 1993.
- FUENTE CABERO, I., "La participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 7, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; "La participación de las Comunidades Autónomas en la formación de las decisiones comunitarias", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, n.º 33, 1991.
- GOBERNO VASCO, INSTITUTO VASCO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, "La participación de las comunidades autónomas en los consejos de ministros de la Unión Europea", *Jornada celebrada en el Palacio Artaza*, 2 de xullo de 1998.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M. I.; *Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea. Condicionantes, evolución y perspectivas de futuro*, Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autonòmics, 2013.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. J.; "La participación de las comunidades autónomas en la Unión Europea", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 294-295, 2004.
- ORTIZ VAAMONDE, S.; "El Tribunal Constitucional ante el Derecho comunitario", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 61, 2001.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.; "Comunidades Autónomas y Unión Europea: hacia una mejora de la participación directa de las Comunidades Autónomas en el proceso decisorio comunitario", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ano 9, n.º 22, 2005.
- MUÑOZ MACHADO, S.; "La ordenación de las relaciones del Estado y las Comunidades Autónomas con la Comunidad Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 5, n.º 14, 1985.
- PÉREZ TREMPES, P. (coord.), ROIG MOLÉS, E., e CABELLOS ESPIÉRREZ, M. Á.; *La participación europea y la acción exterior de la Comunidades Autónomas*, Marcial Pons, 1998.
- PUEYO LOSA, J. A., "Sobre las deficiencias en la regulación de la acción exterior de las comunidades autónomas y su participación en los asuntos de la Unión Europea", *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, n.º extra 1, 2013.

TEROL BECERRA, M. J.; *Reformas estatutarias y proyección exterior de las comunidades autónomas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.

SALINAS ALCEGA, S.; "La relación directa de las Comunidades Autónomas con la Unión Europea: Las oficinas autonómicas en Bruselas", *Anuario jurídico de La Rioja*, n.º 14, 2009.

Regap



ESTUDIOS

A nova regulación xurídica do fenómeno metropolitano europeo en Italia

La nuova regolazione giuridica del fenomeno metropolitano europeo in Italia

A new local authority for Italian urban territories



ELISABETTA TATÌ

Borsista presso l'Università degli Studi Roma Tre (Italia)
eli.tati@stud.uniroma3.it

Recibido: 05/04/2016 | Aceptado: 29/06/2016

Regap



ESTUDOS

Resumo: Este artigo afronta o tema da reforma dos entes locais no ordenamento xurídico italiano con especial atención ás cidades metropolitanas. En primeiro lugar, trata de abordar as claves do fenómeno metropolitano en Europa e os intentos por parte de Italia de adaptarse aos retos urbanos da Europa 2020. En segundo lugar, analízase o peculiar enfoque adoptado por Italia nas reformas, que combina unha intervención institucional cun proxecto máis amplo de modificación da Constitución. Por último, afrontáanse brevemente algúns aspectos da Lei Delrio, como a definición de Cidade metropolitana, as funcións, a delimitación territorial e a forma de Goberno. Dedicáse un capítulo á parte á natureza do Estatuto do ente local metropolitano e á implementación efectiva da reforma. Nas conclusións, abórdanse algúns puntos de comparación co sistema español e expóñense os últimos comentarios sobre o futuro da reforma institucional en Italia.

Palabras clave: cidade metropolitana, entes locais, Italia reformas, desenvolvemento urbano, Europa.

Riassunto: La presente nota affronta il tema della riforma degli enti locali nell'ordinamento giuridico italiano sotto lo specifico aspetto delle città metropolitane. Viene, in primo luogo, ricostruita la rilevanza del fenomeno metropolitano in Europa e i tentativi dell'Italia nell'adattarsi alle sfide urbane per l'Europa 2020. In un secondo momento, si mette in luce la peculiare strada italiana delle riforme, la quale combina un intervento istituzionale con un più ampio progetto di modifica costituzionale. Infine, si affrontano brevemente alcuni aspetti della Legge Delrio, dalla definizione di Città metropolitana, alle funzioni, alla perimetrazione e alla forma di Governo. Un capitolo a parte è dedicato alla natura dello Statuto dell'ente locale metropolitano e all'implementazione effettiva della riforma. Nelle conclusioni emergono alcuni profili di comparazione con il sistema spagnolo e ultimi commenti sul futuro della riforma istituzionale in Italia.

Parole chiave: città metropolitana, enti locali, Italia riforme, sviluppo urbano, Europa.

Abstract: The article deals with the new Italian local authority, "Città metropolitana", introduced by the 2014 Reform. In the first place, the article tries to highlight the relevance of the metropolitan phenomenon in Europe. In the second place, the article shows the links between the 2014 Local authorities reform and the ongoing Constitutional reform in Italy. In the third place, it si deepen the structure of the new metropolitan authority: definition, administrative

functions, territorial extension, governing bodies and city statute. Finally, the conclusion is about, on one side, the comparison with the Spanish juridical system and, on the other side, with the future of the local authorities reform in Italy.

Key words: città metropolitana, local authorities, reforms, urban development, Europe.

Sommario: 1 Introduzione. 1.1 L'Italia, i programmi di sviluppo urbano e il coordinamento con la riforma istituzionale. 1.2 La normativa sulla Città metropolitana prima del 2014. 1.3 Il doppio binario della Legge Delrio e della Riforma costituzionale. Implicazioni per le città metropolitane. 2 Il concetto di area metropolitana e le sue definizioni. 2.1 Il concetto di area metropolitana in ambito *extra* giuridico. 2.2 Considerazioni conclusive in merito alla definizione di Città metropolitana. 3 La legge delrio. 3.1 Le funzioni. 3.2 La perimetrazione. 3.3 Organi, forma di governo ed elezioni. 4 Lo statuto. 5 Implementazione della riforma. 6 Conclusioni. 7 Bibliografia.

1 Introduzione

Più di due terzi della popolazione europea vive oggi nelle aree urbane, precisamente il 68 per cento¹, così che l'Europa si presenta tra i continenti più urbanizzati al mondo. A questa centralità delle aree urbane si affianca l'ulteriore consapevolezza che i confini amministrativi delle "città" non corrispondono più alle sole realtà fisiche, sociali, economiche, culturali e ambientali dello sviluppo urbano ed emerge la necessità di definire nuovi modelli di *governance* che siano, quindi, più flessibili. Ciò che ha portato a maturare l'esigenza di nuovi modelli di gestione è il pericolo in cui sta cadendo oggi il modello di sviluppo urbano europeo che appare non più sostenibile a causa, ad esempio, di cambiamenti demografici ingenti², della mancanza di una fase costante di crescita economica in quasi tutta l' "eurozona", che colpisce soprattutto le città non capitali europee che non vantano un passato di attestati poli industriali³, a causa ancora dell'espansione urbana incontrollata⁴, con la diffusione di insediamenti a bassa densità di popolazione da cui derivano servizi pubblici più costosi e difficili da garantire.

Le aree urbane rappresentano, quindi, indubbie opportunità di sviluppo ma allo stesso tempo sono attrattive di fenomeni negativi da arginare. Alcune città europee si trovano nella condizione di accentrare i problemi e di non veder sviluppate le opportunità per cui, direttrici di intervento si possono individuare, innanzitutto, nell'adozione di nuovi modelli di *governance*, in secondo luogo nell'attenzione non per i soli confini amministrativi ma agli effetti dell' economia *glocal* e, infine, nella definizione puntuale delle aree metropolitane

1 Censis, *Rileggere il territorio per dare identità e governo all'area vasta. Il governo delle aree metropolitane in Europa*, Roma, 2014, p. 2: "circa il 68% della popolazione dell'Unione Europea risiede attualmente in regioni metropolitane dove si genera più dei due terzi del Pil europeo".

2 SCHLAPPA, H. e NEIL, W., *City of tomorrow, Action Today: from crisis to choice re-imagining the future in Shrinking cities*, Thematic report, 2013: "Between 1950 and 2009, the European urban population grew by 90%. While European urbanisation is increasing, according to the recent report by URBACT the population of 40% of European cities is shrinking especially in Germany, Central and Eastern Europe and in remote regions".

3 Urbact III, *European program for sustainable urban development*, European Regional Development fund 2014-2020, European Territorial Cooperation, 04/07/2014: "Capacity gaps are particularly severe among small and medium sized authorities across Europe and especially in the Southern less developed regions and outside the capital cities. There is a need to increase the capacity for action planning and implementation of practitioners, city managers, elected people, other stakeholders involved in local support groups", p. 15.

4 JOHANNES, H. (a cura di), *Città del futuro. Sfide, idee, anticipazioni*, Commissione europea, Politiche regionali, 2011, p. 10: "uno degli ostacoli per uno sviluppo territoriale armonioso dell'Europa, identificato nell'Agenda territoriale 2020, è l'espansione urbana incontrollata, ovvero la velocità con cui i terreni vengono occupati dal diffondersi di insediamenti a bassa densità. Nell'ambito della politica di coesione sono già state sviluppate strategie per il riciclo dei terreni. Queste possono svolgere un ruolo chiave in futuro al pari di altre strategie ambientali come la creazione di cinture e/o corridoi verdi e la promozione di città sempre più verdi, attente alle esigenze delle famiglie sia degli anziani e che dispongano di servizi e spazi pubblici per tutti, migliorando nel contempo la gestione dell'energia, delle risorse e dei flussi nelle città (metabolismo urbano, riciclaggio, soluzioni energetiche locali)".

per l'implementazione concreta, e quindi con risvolti economici, sia dei servizi pubblici alla cittadinanza e sia degli obiettivi dell'Europa2020.

Agire su questi tre assi presuppone una solida base di conoscenze, proprio per avere una visione del futuro comprensiva di ogni aspetto e condivisa sulle potenzialità di sviluppo. A partecipare al processo di rigenerazione urbana sono chiamati non soltanto gli esperti ma anche tutte le parti interessate, compresi i cittadini⁵, perché proprio con la condivisione delle strategie è possibile mobilitare tutte le risorse, soprattutto endogene, a disposizione⁶.

Per rafforzare queste conoscenze, l'Unione europea si è attivata negli ultimi anni pubblicando una serie di documenti chiave per lo sviluppo urbano come la Carta di Lipsia (2007), la Dichiarazione di Toledo (2010) e l'Agenda territoriale 2020 (2011).

Da questi elaborati emerge l'attenzione particolare per i quartieri sfavoriti nel contesto cittadino e nel contesto territoriale più ampio ma, soprattutto, emerge l'importanza data alla persona (capitale sociale) perché, se trascurata a solo vantaggio della dimensione territoriale, si rischia di disincentivare lo sviluppo autonomo delle comunità locali. Territorio e inclusione sociale sono, quindi, due obiettivi che necessitano di strategie parallele.

L'Agenda territoriale 2020 evidenzia, in particolare, la necessità di un'integrazione territoriale nelle regioni funzionali transfrontaliere e transnazionali, nonché l'importanza di migliorare la connettività territoriale e la cooperazione tra le città europee. Già il trattato di Lisbona (art. 5) aveva rafforzato il principio di sussidiarietà, ma la strategia Europa2020 non si preoccupa della sola sostituzione di un livello di *governance* superiore con uno inferiore ma, anche, della creazione di relazioni nuove tra livelli diversi come, ad esempio, tra quello europeo e quelli locali. Si tratta della *governance* multilivello, secondo la quale spetta a tutti i livelli di governo sfruttare le potenzialità delle città e degli agglomerati urbani a beneficio dei cittadini europei⁷.

Regap



ESTUDOS

1.1 L'Italia, i programmi di sviluppo urbano e il coordinamento con la riforma istituzionale

In Italia, il "Programma operativo nazionale Città metropolitane 2014-2020" (PON METRO) si inserisce nel quadro dell' "Agenda urbana nazionale" e "Sviluppo urbano sostenibile" delineati nell' Accordo di partenariato sulla programmazione 2014-2020 (AP). L'individuazione delle sfide territoriali con cui il Programma intende confrontarsi è avvenuta attraverso un percorso di confronto partenariale che ha visto la partecipazione dei Sindaci, dell'Associazione dei Comuni Italiani (ANCI), delle Regioni interessate e delle Amministrazioni centrali competenti per materia.

5 Urbact III, cit., p. 6: "The European Territorial Cooperation Programme URBACT III will contribute to the Europe 2020 goal by providing a mechanism for stakeholders involved to develop and implement better policies and actions for smart, inclusive and sustainable urban policy in cities".

6 PERULLI, P. (a cura di), *Nord*, Giuffè, Milano, 2012, p. 25: "La città per progetti significa che questa rappresentazione si definisce nell'interazione che nella città si realizza, in un percorso basato sull'idea di progetto[...]. Questo è il tema della pianificazione strategica[...]. E' sostanzialmente la città che riesce a diventare una struttura riflessiva e autoriflessiva [...] un tentativo di democrazia deliberativa, in cui le persone che normalmente non partecipano alle decisioni pubbliche, oppure che subiscono le decisioni della democrazia di tipo rappresentativo, possono invece essere partecipi di tentativi e di esperimenti da parte della città di darsi orizzonti che riguardano una capacità di progettare. [...] Dobbiamo ripensare al progetto in una chiave diversa, di auto sostegno[...] quella che l'economista dello sviluppo Dani Rodrik (2004) chiama "self-discovery", la scoperta da parte degli imprenditori che certi beni e tecnologie, già ben affermati sui mercati mondiali, possono essere adattati e prodotti localmente a costi competitivi".

7 JOHANNES, H., (a cura di), *Città del futuro. Sfide, idee, anticipazioni*, cit., p. 11.

Il PON METRO adotta una logica sperimentale, intervenendo in modo complementare ai Programmi operativi regionali, proprio per sostenere specifiche e determinate azioni prioritarie ma, allo stesso tempo, comporre una strategia nazionale unificante, in particolare verso i Comuni capoluoghi delle 14 Città metropolitane individuate (10 delle Regioni a Statuto ordinario e 4 delle Regioni a Statuto speciale)⁸.

Le tematiche e gli indirizzi che connotano la nuova Agenda urbana europea si declinano in relazione alla presenza di alcuni elementi caratterizzanti il modello di sviluppo territoriale ovvero, da una parte, il carattere policentrico storicamente consolidato del territorio nazionale che fa sì che città di significative dimensioni (metropolitane) risultino distribuite nella maggior parte dei contesti regionali, instaurando sovente relazioni di complementarità con altri sistemi sub-regionali che sono stati da più parti indicati come elementi distintivi del modello di sviluppo italiano e, dall'altra, le dinamiche di sviluppo di tali agglomerazioni metropolitane rimangono condizionate dalla presenza di divari regionali particolarmente pronunciati, il più consolidato dei quali risiede nello scarto per le dinamiche di sviluppo permanente tra le regioni meridionali e quelle del centro-nord⁹.

La differenziazione regionale si delinea, anche, secondo l'esito dei processi insediativi che, nel loro evolversi storico ed in relazione al perimetro dei confini amministrativi, definiscono configurazioni metropolitane diverse sul piano urbano e funzionale; infatti, accanto ai casi in cui il comune centrale si fa portavoce delle istanze metropolitane in merito alla popolazione, ai servizi e alle infrastrutture (come ad esempio Roma) si collocano, invece, le conurbazioni urbane dove il raggio di influenza funzionale della città centrale si estende alla dimensione interprovinciale, regionale o addirittura interregionale (come ad esempio Milano e Napoli)¹⁰.

Al di là dei tecnicismi è, innanzitutto, possibile individuare le sfide di ordine generale che il Piano operativo è stato chiamato ad affrontare, distinguibili in sfide istituzionali e sfide territoriali. Sostenere i diversi Comuni capoluogo nell'affrontare simultaneamente la questione metropolitana nei suoi caratteri comuni e negli elementi di differenziazione interna sul territorio nazionale rappresenta certamente una delle maggiori sfide di carattere metodologico e strategico del Programma.

Il carattere innovativo del PON METRO risiede, anche, nel configurarsi quale processo programmatico interattivo, fondato sulla cooperazione di una molteplicità di attori e sulla attivazione di meccanismi di *governance* in grado di assicurare coerenza interna ed integrazione nelle diverse fasi di costruzione e implementazione progettuale. In tutte le sue delineazioni, quindi, il PON METRO, inserito nell'ambito dell'Agenda urbana nazionale, sembra ricalcare i punti affrontati dall'Agenda urbana europea, pur rimanendo concentrato solo su quattro asset prioritari; per l'attenzione alle altre emergenze urbane di cui l'UE si fa portavoce bisognerà aspettare la conclusione delle riforme sulla pubblica amministrazione attualmente

8 DOMORENOK, E., "Le sfide della politica di coesione europea: la governance multilivello e l'efficacia finanziaria nella gestione dei fondi strutturali in Italia", *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2014, p. 566.

9 PON METRO, Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica, Documento di programma 22 luglio 2014, pp. 8-9, 18-19; PERULLI, P. (a cura di), *Nord*, cit., p. 42: "Secondo la tesi di Cafagna (1999), il dualismo Nord-Sud è originario, radicale e genetico e non una creazione dello stato nazionale. Il divario territoriale originario tra Nord e Sud viene declinato in più ambiti: aspetti ambientali, sociali, politici, economici, strutturali.

10 *Ibidem*, p. 87. Il progetto evidenzia come la Città di Milano sia proiettata, in un continuum urbano, verso la Città di Torino e contemporaneamente verso l'area urbana che caratterizza la Regione Veneto.

in corso (legge delega 7 agosto 2015, n.124, “Delega per le riforme della pubblica amministrazione”, c.d. Legge Madia) nonché la messa a punto di specifici programmi nazionali.

Alla luce di questa situazione, appare di grande rilevanza il processo di ridisegno istituzionale avviato a livello nazionale, il quale prevede il rilancio della dimensione metropolitana come scala preferenziale per la pianificazione e la gestione di servizi cruciali per lo sviluppo delle maggiori aree urbane. Il dibattito ha ripreso vigore nel 2013 per mezzo di un disegno di legge su proposta del Ministro degli affari regionali denominato “*Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di comuni*”, il quale viene convertito nella legge n. 56 il 7 aprile 2014 (Legge Delrio) e che introduce sostanziali innovazioni, in particolare, nel processo di costituzione delle città metropolitane. La legge prevede, infatti, una definizione puntuale dei tempi e delle procedure per la costituzione degli organi di governo delle città metropolitane, con misure destinate a facilitare il processo costitutivo limitando i poteri di veto che hanno ostacolato l’attivazione dei governi metropolitani in passato.

1.2 La normativa sulla Città metropolitana prima del 2014

Ben prima della riforma del 2014, si parla in Italia di Città metropolitana. Con la legge 8 giugno 1990 n. 142, “*Ordinamento delle autonomie locali*”, per la prima volta si prevede in Italia l’istituzione dell’ente in esame e se ne stabilisce il procedimento costitutivo e le regole organizzative. Cause di fallimento del progetto antecedente la riforma costituzionale del 2001, oltre la citata ritrosia dei comuni a costituirsi in forma associata, sono state l’affidamento del compito di delimitare le aree e di istituire quelle metropolitane alle regioni, “riservando allo Stato un improbabile funzione sostitutiva” con una delega di ventiquattro mesi e, soprattutto, la mancanza di garanzia costituzionale che sarebbe stata introdotta di lì a pochi anni. Successivamente, il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, “*Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali*” (c.d. Tuel), si limita a replicare le disposizioni contenute nella legge n. 142/1990 senza innovare la materia in modo significativo. Rileva, però, il recepimento, con gli artt. 22 ss del Tuel, delle disposizioni contenute nella legge n. 56/1999 in merito alle modifiche del percorso per pervenire all’istituzione della Città metropolitana, con maggiore coinvolgimento di comuni e province. Con la riforma costituzionale del 2001, l’istituto della Città metropolitana entra in Costituzione mediante la sua previsione all’art. 114 e viene affiancato agli altri enti (comuni e province), alle regioni e allo Stato. In seguito alla riforma, con l’ art. 2 della legge 5 giugno 2003, n.131, “*Disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*” (Legge La Loggia), il governo viene delegato ad emanare decreti legislativi per l’individuazione delle funzioni fondamentali di cui alla lett. p), co. 2, art. 117 della Costituzione, essenziali per il funzionamento di Comuni, Province e Città metropolitane nonché per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento. Alla previsione non è però seguita nessuna emanazione di decreti legislativi, così che le funzioni degli enti locali sono rimaste prive di una definizione puntuale. Per la Città metropolitana sono, così, stati “anni di silenzio”, fino alla legge 5 maggio 2009, n.42, “*Legge delega di attuazione del federalismo fiscale*”, che all’articolo 23, anche se in via provvisoria e transitoria, stabilisce un percorso procedimentale per la costituzione delle città metropolitane nelle regioni a statuto ordinario. Il Governo Monti nel 2012, al fine di superare le resistenze fino ad allora incontrate nell’istituzione delle città metropolitane, approva un decreto-legge in controtendenza sia con l’impostazione del Tuel, sia con quella della Legge delega sul federalismo fiscale, entrambe

regap



ESTUDOS

caratterizzate da un' iniziativa bottom-up. L'articolo 18 del decreto legge 6 giugno 2012, n. 95, "Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini", ha provveduto, infatti, ad istituire direttamente la Città metropolitana quale ente intermedio alternativo alla Provincia, senza prevedere un coinvolgimento degli enti locali nell'iniziativa. In tal caso, il Governo ha ritenuto che la permanente non attuazione delle disposizioni in materia costituisse presupposto legittimo al fine di adottare un atto normativo d'urgenza. L'attuazione del d.l. n. 95/2012 è stata ostacolata da una serie di ricorsi presso la Corte Costituzionale, che sono culminati con la sentenza 3 luglio 2013 n. 220, con cui è stata proclamata l'illegittimità della normativa in materia di riorganizzazione, soppressione e riordino delle province e, di riflesso, anche dell'articolo 18: dunque, l'applicazione delle disposizioni in materia di Città metropolitana è stata arrestata. Ad un anno dalla sentenza della Corte costituzionale n. 220/2013, lo spettro dell'incostituzionalità colpisce anche la Legge Delrio, la quale si fa oggetto di tre ricorsi, 13 giugno 2014, n. 42, 43 e 44, da parte della Regione Veneto, Campania e Puglia. La Corte Costituzionale si è pronunciata, in data 26 marzo 2015, con la sentenza n. 50, che ha dichiarato inammissibili e prive di fondatezza le questioni di legittimità presentate¹¹.

Nonostante l'ultimo iter legislativo si sia concluso con successo, rimangono perplessità per la vaghezza e i ritardi nella declinazione ed implementazione della strategia a livello nazionale e regionale¹². Tra le principali critiche, il rischio di non cogliere la nuova programmazione come occasione di intervento sulle città metropolitane attraverso una politica sinergica e coerente ma, al contrario, disperdersi, come è avvenuto nella trascorsa programmazione, in rivoli di intervento scollegati tra loro.

1.3 Il doppio binario della Legge Delrio e della Riforma costituzionale. Implicazioni per le città metropolitane

Nella discussione parlamentare si è imposto, durante il 2013 e in parte nel 2014, il tanto atteso intervento di semplificazione del sistema delle autonomie territoriali, che si è combinato in due rami tra loro complementari, ovvero, quello iniziato con il disegno di legge (d.d.l.) governativo AC n.1542 e il d.d.l. cost. AC n.1543 poi sostituito dall'attuale riforma costituzionale.

Il primo, passato in lettura al Senato (AS n. 1212) e convertito in legge il 7 aprile 2014 (già definita Legge Delrio), è rivolto al conseguimento di tre finalità, l'ultima delle quali a carattere transitorio, ovvero: regolare e dare effettività alle Città metropolitane, disciplinare le unioni di Comuni e "svuotare" le funzioni delle Province, nell'eventualità della loro espulsione definitiva dalla Carta costituzionale¹³. La sommatoria di questi tre obiettivi conferisce al d.d.l.

11 Per informazioni relative alla storia normativa ante 2001 si veda VANDELLI, L., "Le aree metropolitane", *Istituzioni di federalismo*, n. 2, 2000, pp. 237 e ss; più aggiornato si veda DEODATO, C., "Le città metropolitane: storia, ordinamento, prospettive", *Federalismi*, n. 19, 2012; Per un più recente commento che ripercorra le tappe fondamentali della storia normativa si veda VESPERINI, G., "La legge Delrio: il riordino del governo locale", *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8-9, 2014; per uno studio completo si veda il volume MINGIARELLI, A., in PERULLI, G. (a cura di), *La città metropolitana*, Giappichelli, Torino, 2014; Sulla recente sentenza della Corte costituzionale si vedano i commenti in rivista STERPA, A., GRANDI, F., FABRIZZI, F. e DE DONNO, M., "Corte Costituzionale, Sentenza n. 50 del 2015: scheda di lettura", *Federalismi*, n. 7, 2015; FURNO, E., "Il nuovo governo dell'area vasta: Province e Città metropolitane alla luce della c.d. legge Delrio nelle more della riforma costituzionale degli enti locali", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitana*, n. 1, 2015.

12 Rapporto Istat 2015.

13 FABRIZZI F. e SALERNO, G.M., (a cura di) *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Jovene, Napoli, 2014, p. 16.

una natura ibrida in quanto, i primi due, rappresentano formazioni a regime mentre, il terzo, si configura quale transitorio, così come previsto *apertis verbis* dalla *Relazione* introduttiva al disegno di legge stesso.

Il secondo, un d.d.l. costituzionale, si occupa, per quanto di interesse di questa trattazione, più propriamente della soppressione delle Province, prevedendo l'abolizione di qualsiasi riferimento ad esse all'interno del Titolo V della Costituzione e aggiungendo, all'articolo 114 della Costituzione, un comma con il quale si attribuisce ad una legge statale il compito di definire il territorio, le funzioni, le modalità di finanziamento e l'ordinamento delle città metropolitane qualificate come "Enti di governo delle aree metropolitane". Questo progetto è rimasto in sede di discussione ma in modo innovativo vede le città metropolitane, e non solo le province, declassate dal rango di "Ente costitutivo della Repubblica". Insomma, sembra che in origine per il riformatore le punte di diamante della riforma debbano essere regioni e comuni, mentre le città conservano garanzia costituzionale, pur se ad un livello più basso, come figure soggettive cui è demandata la funzione di governo per speciali aree¹⁴.

Il d.d.l. cost. (AS 1429-AC 2613), assegnato alla 1° Commissione permanente (Affari Costituzionali) in sede referente l'8 aprile 2014, segna una deviazione rispetto al precedente progetto costituzionale, pur se molti studiosi sono concordi nell'affermare che questo non sia stato il frutto di un disegno preciso dell'agenda istituzionale del Governo ma, piuttosto, di un modo di agire poco coordinato. Il disegno di legge costituzionale è passato dalla proposta del governo (AS 1429), al testo proposto dalla Commissione in Senato (AS 1429-A), al testo approvato dal Senato e passato alla Camera (AC 2613) a quello proposto in commissione (AC 2613-A) il 13 dicembre 2014 e approvato dalla Camera dei deputati il 10 Marzo 2015. Trasmesso nuovamente al Senato (AS 2613-B) è stato approvato in data 13 ottobre. Si ricorda che, successivamente, il medesimo testo è stato approvato, senza modifiche, dalla Camera l'11 gennaio e dal Senato il 13 gennaio 2016. La riforma si prepara, ora, ad essere sottoposta al voto referendario ex art. 138 Cost.

Dei quindici articoli attualmente componenti il Titolo V, Parte II della Costituzione, "*Le regioni, le province e i comuni*", nove vengono toccati dal progetto di riforma, con cambiamenti rilevanti soprattutto agli articoli 114 e 117.

L'art. 114, innanzitutto, prevede l'eliminazione di ogni riferimento alla "Provincia", con la parola espunta dal testo costituzionale, così come accade in tutti gli altri articoli in cui è nominata attualmente (artt. 118, 119 e 120 della Costituzione). Il testo rimane invariato rispetto alla proposta iniziale del Governo, con coerenza rispetto all'idea di intervenire sul sistema degli enti locali eliminando la forma di governo intermedia dagli enti a garanzia costituzionale, se non per le Città metropolitane, e legittimando così l'impostazione della Legge Delrio.

La struttura che il legislatore sembra dare al nuovo art. 117 è, anche qui, rivoluzionaria proprio nel suo mantenere il riparto delle competenze tra le sole "esclusive" dello Stato, che vengono però ampliate, e "residuali" delle Regioni, eliminando invece le materie concorrenti di cui al vigente co. 3.

¹⁴ PORTALURI, P.L., "Osservazioni sulle città metropolitane nell'attuale prospettiva di riforma", *Federalismi*, n. 1, 2014, p. 9.

L'art. 117 co. 2 (così come verrà modificato se la riforma sarà approvata), inerente le competenze esclusive dello Stato, va analizzato rispetto al suo *incipit* e, in un secondo momento, rispetto alla puntuale elencazione delle materie. Nell' *incipit*, il d.l.l. cost. proposto dal Governo parla inizialmente della legislazione esclusiva in "materie e funzioni" (così come nel possibile nuovo co. 3 e co. 4 dello stesso articolo 117 Cost.) mentre l' (AS 1429-A) ha preferito eliminare il riferimento alle funzioni e mantenere il riferimento alle sole competenze, per evitare confusione con quelle che più propriamente vengono definite come "funzioni amministrative" e a cui si riferisce l' art. 1 co. 2 della Legge Delrio (si veda *infra*). L' elenco delle materie è stato, invece, modificato e integrato con l'aggiunta delle *lett. t), u), v), z)*¹⁵.

L'originario art. 117 co. 4 (nuovo co. 3 nel d.l.l cost.) viene invece modificato in più punti e più volte durante l'iter parlamentare. Nel testo proposto dal Governo, si fa ancora riferimento alla distinzione tra competenza esclusiva e residuale, secondo l'impostazione dell'originario testo dell'art. 117 e si prevede che le regioni abbiano competenza in tutte le materie e funzioni che non siano esclusive dello Stato nonché in quelle "di seguito" specificate (si veda *infra*); l' (AS 1429-A) esclude dal testo l' aggettivo "esclusivo", procedendo prima all'elencazione delle materie specifiche¹⁶ di competenza della Regione e, solo in coda, aggiungendo il riferimento ad una competenza residuale delle regioni¹⁷.

Si prevede, poi, l'inserimento di un nuovo co. 4, con cui si stabilisce che la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva, quando lo richieda l'unità giuridica ed economica della Repubblica, nonché quando lo "*renda necessario la realizzazione di programmi o riforme economico-sociali di interesse nazionale*"; quest'ultima disposizione è stata così modificata dall' (AS 1429-A), giustificando l' intervento dello Stato non solo a tutela dell'unità ma, anche, dell' "*interesse nazionale*".

Infine, il Governo chiarisce, al co. 6, che la potestà regolamentare non spetta solo allo Stato nelle materie esclusive, potendo poi delegare le regioni, quanto piuttosto spetta "*allo Stato e alle Regioni secondo le rispettive competenze legislative*". È fatta salva la facoltà dello Stato di delegare alle regioni l'esercizio di tale potestà nelle materie di competenza legislativa esclusiva; per quanto riguarda la potestà degli enti locali, essa rimane invariata, se non per l'eliminazione della Provincia dal testo e per l'inserimento, *in extremis*, della perifrasi "*nel rispetto della legge statale e regionale*".

15 Camera dei Deputati, *Superamento del bicameralismo paritario e revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, Ddl Cost. A.C. 2613-D e abb. Testo a fronte tra gli articoli della Costituzione, il disegno di legge del Governo e le modifiche apportate nel corso dell'esame parlamentare n. 216/11, 4 febbraio 2016*, in Servizio Studi, Dipartimento ed istituzioni, *st_istituzioni@camera.it* (ultimo accesso al 15 maggio 2016)

16 Molte di queste materie sembrano ricalcare le funzioni di Area Vasta di cui all'art. 1 co. 2 Legge Delrio: pianificazione del territorio regionale e mobilità al suo interno, di dotazione infrastrutturale, di programmazione e organizzazione dei servizi sanitari e sociali, di promozione dello sviluppo economico locale e organizzazione in ambito regionale dei servizi alle imprese; salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche, in materia di servizi scolastici, di istruzione e formazione professionale, di promozione del diritto allo studio, anche universitario; in materia di disciplina, per quanto di interesse regionale, delle attività culturali, della promozione dei beni ambientali, culturali e paesaggistici, di valorizzazione e organizzazione regionale del turismo, di regolazione, sulla base di apposite intese concluse in ambito regionale, delle relazioni finanziarie tra gli enti territoriali della Regione per il rispetto degli obiettivi programmatici regionali e locali di finanza pubblica.

17 Il co. 4 è stato ulteriormente modificato in aula con l'aggiunta delle materia "*Rappresentanza in Parlamento delle minoranze linguistiche*", lasciato della Legge Delrio che ha dedicato spazio a questa materia, con la conseguenza che molti aspetti sono stati discussi anche in Conferenza unificata e alcune funzioni inseriti nel DPCM come competenze statali (settembre 2014); infine l' AC 2613-A ha espunto dal testo le parole "*in Parlamento*" così che in capo alla competenza delle regioni rimane la materia della "*rappresentanza delle competenze linguistiche*", ambito più generale che la sola rappresentanza in Parlamento, ma che comunque la ingloba.

Altre interessanti modifiche di cui all'art. 117 co. 4 (in futuro il co. 3), che meritano di essere evidenziate separatamente, si rinviengono nell'elenco delle materie di competenza regionale riferite "alla pianificazione e alla dotazione infrastrutturale del territorio regionale e alla mobilità al suo interno, all'organizzazione in ambito regionale dei servizi alle imprese, dei servizi sociali e sanitari e, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche, dei servizi scolastici, nonché all'istruzione e formazione professionale". Molte di queste materie corrispondono alle aree tematiche in cui gli enti locali esercitano le loro funzioni amministrative e, soprattutto, in cui la Città metropolitana trova il suo campo di azione: il trasporto e la mobilità, le infrastrutture strategiche e lo sviluppo del territorio, nonché i servizi sociali¹⁸. Il testo della Delrio sembrerebbe, secondo alcuni, coordinato con il nuovo testo della Costituzione, proprio attraverso questa più puntuale elencazione delle competenze legislative delle regioni, le quali vedono delineato in modo più preciso il loro ambito di intervento. D'altra parte, non è chiaro se la precisazione di queste materie in capo alla Regione assecondi l'impostazione che vede il nuovo ordinamento degli enti locali incentrato maggiormente su regioni e comuni o se, questa nuova impostazione delle materie, sia rivolta a risolvere i conflitti di competenza tra Stato e Regione. In entrambi questi ultimi due casi, altra parte della dottrina non rintraccia nella riforma costituzionale lo spazio che la Legge Delrio ha creato per le città metropolitane (ipotesi di non coordinamento)¹⁹.

Infine, riguardo la legittimità dell'intervento statale nel regolare la Città metropolitana, quest'ultima sembrerebbe essere garantita dalla modifica all' art. 117 co. 2 lett. p) della Costituzione, in particolare sulla competenza esclusiva dello Stato in materia di "ordinamento", che si va ad aggiungere alle materie di "organi di governo, legislazione elettorale e funzioni fondamentali".

Della riforma costituzionale rileva, inoltre, per la determinazione della forma di Stato in riferimento al ruolo delle regioni e delle autonomie locali (e quindi anche della Città metropolitana), le modifiche che interverranno sul nuovo Senato. Proprio su questo aspetto si interroga in questi ultimi tempi la dottrina²⁰.

2 Il concetto di area metropolitana e le sue definizioni

La Legge Delrio, pur intervenendo in merito a numerosi aspetti pratici nell'istituzione del nuovo ente, non ha provveduto a risolvere il problema della definizione giuridica per la Città metropolitana che rimane, ancora oggi, interessata da una pluralità di concettualizzazioni.

Contrariamente agli altri enti enumerati all'art. 114 della Costituzione, di cui si conosce l'origine, la definizione e l'estensione territoriale, della Città metropolitana si ignora quasi tutto, in quanto essa non radica le proprie origini in tradizioni storiche ma è piuttosto il "prodotto artificiale di scelte di ingegneria amministrativa ed urbanistica"²¹.

18 Attinenti anche all'elenco delle materie esclusive di competenza statale, vedi le lett. n), p), s), u) e z) co. 2 art. 117.

19 BALBONI, E., "La città metropolitana tra Regioni e comuni interni: luci ed ombre, aporie ed opportunità", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitana*, n.1, 2014, p. 5; DE MARCO, E., "Il regime costituzionale delle autonomie locali tra processi di trasformazione e prospettive di riforma", *Rivista associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 2, 2015 p. 40.

20 D'ANATENA, A., "Relazione conclusiva. Luci ed ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi", Pesole, L. e Volpi, M. (a cura di), *Il contenzioso Stato-Regioni nella giurisprudenza costituzionale e l'avvenire delle regioni*, Jovene, Napoli, 2015, p. 171; si veda anche FALCON, G., "Editoriale. La riforma costituzionale nello specchio del regionalismo", *Le Regioni*, n. 1, 2015, pp. 3 e ss.; per un giudizio critico CECCHETTI, M., "Le "facce nascoste" della riforma costituzionale del regionalismo", *Federalismi*, n. 23, 2015, p. 7.

21 BARTOLE, S., "L'ordinamento regionale", Bartole, S., Bin, R., Falcon, G., Tosi, R. (a cura di), *Diritto regionale. Dopo le Riforme*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 6.

Se un'origine le si vuole trovare, questa è nel concetto di "metropoli" di derivazione socio-urbanistica e, soprattutto, economista; se i comuni, infatti, nascono sulla base di spinte autonomistiche dei centri abitati, le metropoli sono realtà individuate sulla base di studi socio economici e mancano completamente della spinta identitaria, sono cioè unità territoriali all'origine "senza coscienza". Dal punto di vista prettamente giuridico ci si chiede se il legislatore possieda un'idea chiara di cosa desidera istituire o, in altre parole, se conosca ciò che sta regolando²².

Fino all'approvazione della Legge Delrio, e con molta probabilità anche dopo, gli interventi del legislatore hanno agito senza avere un chiaro criterio con riguardo alla definizione. I disegni di legge in materia, dal 1990 sino ad oggi, si sono sempre limitati a fornire due sole indicazioni relativamente alla definizione di Città metropolitana, ovvero, che essa è "l'ente di governo del territorio metropolitano" (in origine delle aree metropolitane) e che essa è ispirata ad "esperienze straniere"²³.

Innanzitutto, non è chiaro a cosa si riferisca la locuzione "territorio metropolitano", definizione oltremodo tautologica, in quanto, se la Città metropolitana è l'ente di governo del territorio metropolitano e il territorio metropolitano è quello governato dalla Città metropolitana questo significa che la Città metropolitana è l'ente di governo del territorio governato dalla Città metropolitana. Quanto al riferimento alle esperienze straniere, anch'esso risulta poco utile in vista di una definizione. Le città metropolitane italiane, come oggi si sono affermate nell'ordinamento, non esistono, infatti, in nessuna altra parte del mondo ma rappresentano un *unicum* nel contesto europeo, tanto che risulta difficile definirle per via assimilativa²⁴.

Oltre alla mancanza di un criterio, il legislatore italiano, soprattutto dopo la riforma del Titolo V, ha dimostrato di non tenere in debito conto, per la sua incidenza sulla Costituzione, l'importanza di una riforma volta ad attuare le città metropolitane. La loro istituzione riveste, infatti, un triplice interesse costituzionale in quanto attua, per la prima volta, l'art. 114 della Costituzione nella sua interezza²⁵, conferma le città metropolitane come enti locali autonomi²⁶ e, infine, risulta fondamentale per il terzo comma dell'art. 114 della Costituzione, poiché è la Città metropolitana di Roma che potrebbe rivestire il ruolo di Capitale della Repubblica, pur se il testo di riforma costituzionale ora in discussione non riporta alcune indicazioni a tal proposito²⁷.

22 SERGES, G., "Alla ricerca di una definizione giuridica di Città metropolitana. Dalla Metropolitan culture dei primi del '900 alla riforma Delrio", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitana*, n. 1, 2014, p. 3.

23 *Ibidem*, p. 7; da ultimo si veda, a titolo di esempio, la relazione introduttiva al d.d.l. cost. n. AC 1543, dove il Presidente del Consiglio (allora Enrico Letta), ha presentato le Città Metropolitane come "una moderna soluzione per il governo delle aree metropolitane, così come avviene anche nell'ambito dell'esperienza di altri Paesi europei".

24 VALLAR, Ch., "Le métropole: l'institutionnalisation d'un aire urbanine à l'échelle européenne", Carles J., Guignard D. e Regourd S. (a cura di), *Réformes et mutations des collectivités territoriales*, Parigi, 2012, pp. 255 e ss.; Censis, "Rileggere il territorio per dare identità e governo all'area vasta. Il governo delle aree metropolitane in Europa", cit., p. 4.

25 Asseconda, cioè, il cambiamento dal puro sistema degli enti locali basati sul criterio della ripartizione territoriale a favore di quello della territorialità funzionale.

26 Non mere ripartizioni del territorio dello Stato ma parti costitutive della Repubblica.

27 La particolarità della Città metropolitana di Roma che ingloba al suo interno il comune speciale previsto dalla Costituzione: Roma capitale, come regolato ex l.n. 42/2009. Per approfondimento si veda TRAMONTANO, A., "La legge Delrio e la Città metropolitana di Roma", Sterpa A., (a cura di), *Il nuovo governo di area vasta*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 21 e ss., e in particolare i co. 101, 102, 103, art. 1 della Legge Delrio così come analizzati a pp. 222 e ss.; più recente il volume LUCARELLI, L., FABRIZI, F. e MONE, D., *Gli Statuti delle Città metropolitane*, Jovene, Napoli, 2015.

Oggi la Legge Delrio sembra aver sollevato un altro ostacolo alla definizione giuridica dell'ente di area vasta, in relazione al tentativo di abolire le province, come si accennava nel paragrafo precedente. Il dibattito politico in materia ha legato indissolubilmente i due processi così che il Legislatore non è riuscito a rendere chiara la finalità ultima della riforma, con conseguenze sulla "definizione" *strictu sensu* di Città metropolitana. Attraverso questa aporia si è, cioè, lasciato aperto il dibattito sulla riforma costituzionale degli enti locali così che non è chiaro quale sarà il ruolo delle città metropolitane, se cioè esse saranno mere sostitute delle province schiacciate tra comuni e regioni o, piuttosto, possiederanno un pregnante ruolo di enti per l'area vasta, pur se ad investitura indiretta. Proprio alla base di questo fraintendimento, come alcuni in dottrina hanno argomentato, vi è la ragione della mancanza della definizione normativa del concetto di Area metropolitana e della definizione giuridica di Città metropolitana tanto che, quest'ultima, è stata raffigurata a volte come strumento infallibile di contenimento della spesa degli enti locali²⁸, a volte come strumento di attuazione del cosiddetto federalismo fiscale²⁹ e, altre ancora, come espressione di identità culturale locale³⁰.

In realtà, la Città Metropolitana non dovrebbe essere niente di tutto ciò ma, piuttosto e semplicemente, un ente locale che insiste su porzioni territoriali connotate da fattori di integrazione funzionale, urbanistica e sociale ma amministrativamente suddivisa in modo non efficiente³¹. Va detto, cioè, che si tratta di un'area non coincidente con quella delle Province, visto che quest'ultima non risponde ad un mero criterio di integrazione funzionale. Inoltre, in quanto espressione di una situazione venutasi a creare "di fatto", l'area metropolitana non è presente su tutto il territorio e i suoi confini possono non solo essere più ristretti rispetto a quelli della Provincia ma, anche, avere un'estensione interprovinciale³². In sostanza può essere configurato come "ente locale funzionale" in contrapposizione ai tradizionali "enti locali territoriali"³³.

Alcuni autori suggeriscono di definire la Città Metropolitana come un "ente locale funzionale e autonomo, costituzionalmente garantito, "potenzialmente" necessario ma a costituzione eventuale, di governo metropolitano, che ha competenza all'esercizio unitario delle funzioni

28 D.L. 95/2012, Governo Monti.

29 Legge Delega n. 42/ 2009 di attuazione del Federalismo fiscale.

30 Per ciascuna delle tre considerazioni si veda MISTRE, M., *La città metropolitana. Una confusa riforma italiana*, La Gru, Vicenza, 2013; SALERNO, G.M., "Sulla soppressione-sostituzione delle province in corrispondenza dell'istituzione delle città metropolitane: profili applicativi e dubbi di costituzionalità", *Federalismi*, n. 1, 2014; BENVENUTI, L., "Città e territori nell'età della crisi", *Istituzioni di federalismo*, n. 4, 2012; per ulteriore approfondimento si veda CAMAGNI, R., *Città metropolitane? No, solo province indebolite*, www.lavoce.info, 2014 (ultimo accesso 15 maggio 2016).

31 SERGES, G., "Alla ricerca di una definizione giuridica di Città metropolitana. Dalla Metropolitan culture dei primi del '900 alla riforma Delrio", cit., p. 35.

32 Per approfondire la distinzione tra ragioni giuridiche ed extragiuridiche al fenomeno metropolitano in Italia si veda PATRONI GRIFFI, F., "La città metropolitana nel disegno generale del riordino del territorio", Relazione al Convegno *Le città metropolitane. Ripensare i tipi di Stato e l'organizzazione politico-amministrativa del territorio. Esperienze italo-francesi a confronto*, 6 ottobre 2014, Università di Napoli "Federico II", p. 4; per la distinzione tra "fatto" giuridico – istituzionale e quello socio – economico; si veda anche il commento di DI TORITTO CARAVITA, B., "Città metropolitana ed area vasta: peculiarità ed esigenze del territorio italiano", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitana*, n. 3, 2014, p. 4.

33 DI TORITTO CARAVITA, B., "Città metropolitana ed area vasta: peculiarità ed esigenze del territorio italiano", cit., p. 4: "*Basta invero uno sguardo alla carta geografica per capire che in almeno tre casi sarebbe opportuno poter prendere in considerazione l'ipotesi che la Città metropolitana venga costituita facendo entrare anche Province diverse: questo è il caso di Milano, nella cui Città metropolitana ben potrebbero rientrare la provincia di Monza e Brianza; di Firenze, nella cui Città metropolitana ben potrebbero rientrare le province di Pistoia e Prato; di Bari, nella cui Città metropolitana ben potrebbero rientrare la Provincia di BAT.*" In realtà, le città coincidenti quasi perfettamente con la Provincia sono Napoli, Genova e forse Venezia; in molti altri casi la Provincia è più vasta dell'area metropolitana come per Bologna, Torino e Reggio Calabria.

amministrative sulla propria Area Metropolitana e costituisce, congiuntamente agli altri enti autonomi, la Repubblica italiana"; è chiaro dunque che "essa risponde a criteri di funzionalità territoriale ed ha vocazione a sostituirsi ai Comuni dell'area metropolitana nel privilegio funzionale relativo ai rapporti sussidiari tra gli Enti Locali"³⁴.

Il merito di questa definizione risiede nell' essere conforme alla riforma del Titolo V della Costituzione (2001), in quanto asseconda sia la tendenza alla funzionalità sia l'idea degli "enti costitutivi della Repubblica" secondo l'art. 114 della Costituzione³⁵. Altri elementi positivi che si ritiene siano contenuti in questa definizione sono il riferimento alla garanzia costituzionale e a concetti economici importanti, quali quello delle economie di scala, attraverso l' espressione "esercizio unitario", e quello di Area metropolitana concepita come una realtà di integrazione sociale, culturale e funzionale venutasi a creare di fatto su porzioni territoriali divise.

E', questa, una definizione che slega la Città metropolitana dal destino delle province e che lascia il problema del nuovo assetto del territorio al dibattito tra comuni e regioni; la definizione proposta, che tiene conto della natura economica e sociologica del fenomeno metropolitano, è caratterizzata da un forte senso di praticità e aiuta a non fare, dei nuovi enti costituiti, dei meri gusci vuoti. E' una definizione che, cioè, evidenzia non solo cosa siano le città metropolitane, ma anche il perché siano necessarie³⁶.

2.1 Il concetto di area metropolitana in ambito *extra* giuridico

A questo livello della discussione, potrebbe senz'altro essere di aiuto una più ampia disamina su cosa si intenda per "Area metropolitana", anche in ambito *extra* giuridico.

Secondo alcuni autori, nonostante sia impossibile ricondurre l' Area metropolitana ad una nozione unitaria, si può individuare un nucleo essenziale caratterizzato da una città centrale (o metropoli) che nel suo processo di espansione ha assorbito o tende ad assorbire i nuclei abitati situati nelle sue immediate vicinanze, pur appartenenti ad una diversa circoscrizione amministrativa, e da una serie più o meno numerosa, compatta e popolosa di centri minori circconvicini, da villaggi alla città vera e propria, con i quali si sia determinata una certa continuità urbana e una stabile rete di rapporti quotidiani economici e sociali. In tale ottica, la continuità non deve essere intesa in senso stretto ma come prevalenza, nella maggior parte della zona, del carattere urbano su quello rurale e delle attività secondarie e terziarie su quelle primarie³⁷.

Altri autori hanno, invece, proposto delle definizioni più astratte di Area metropolitana, comunque tra loro alternative, in modo che ciascuna potesse applicarsi alle differenti realtà. Una delle definizioni più utilizzate risiede nella distinzione tra "area vasta" e "area ristretta": l' idea di "area ristretta" comprende soltanto la conurbazione, vale a dire il comune capoluogo di

34 SERGES, G., "Alla ricerca di una definizione giuridica di Città metropolitana. Dalla Metropolitan culture dei primi del '900 alla riforma Delrio", cit., p. 78.

35 Ne prevede infatti una costituzione "eventuale" legata all' idea di "funzione amministrativa" che supera l'impostazione tradizionale della divisione amministrativa del territorio come pura e semplice ripartizione territoriale.

36 SERGES, G., "Alla ricerca di una definizione giuridica di Città metropolitana. Dalla Metropolitan culture dei primi del '900 alla riforma Delrio", cit., pp. 75 e ss.

37 AQUARONE, A, *Grandi città e aree metropolitane in Italia*, Zanichelli, Bologna, 1961, pp. 6-7.

provincia e i centri urbani collegati ad esso con soluzione di continuità nel costruito, mentre la nozione di “area vasta” comprende anche porzioni di aree rurali unite al conglomerato urbano da rapporti anche di natura istituzionale e normativa³⁸; questa distinzione sembra coincidere, in qualche misura, con quella tra “area metropolitana” e “metropoli”, secondo la quale solo la prima ammette al suo interno zone diverse da quelle esclusivamente urbane, mentre la seconda è solo una zona urbana molto estesa. Per la maggior parte delle città metropolitane elencate dalla Legge Delrio, i concetti di “metropoli” e “area metropolitana” parrebbero, invece, coincidere³⁹.

Ancora, una diversa ricostruzione si fonda sull’idea che le aree vaste siano individuate e descritte secondo tre modelli generali, quello del *continuum* urbano, quello del sistema delle parti irrelate e quello basato sulle grandi aree di influenza. Il primo, considera la “città fisica” e il fenomeno metropolitano come espansione della città oltre la storica delimitazione, amministrativa o della comunità; il secondo, consiste nella interrelazione tra popolazione e funzioni, ammettendo il policentrismo⁴⁰ e il terzo è piuttosto incentrato sulle regioni metropolitane e sulle aree di influenza⁴¹.

Infine, alcuni autori si spingono a definire le aree metropolitane distinguendo tra il comune centrale (*core*) e una o più corone (*rings*). Sarebbero pertanto identificabili quattro modelli di Città metropolitana in relazione al grado di integrazione fra centro e corone. Il primo modello è quello delle “aree metropolitane ristrette”, in cui l’integrazione decresce rapidamente al crescere della distanza (Bari, Bologna, Cagliari e Catania); il secondo modello è quello delle “aree metropolitane allargate”, in cui l’integrazione diminuisce lentamente al crescere della distanza (Firenze, Genova, Messina, Palermo, Roma, Torino); il terzo modello concerne le “aree metropolitane integrate”, in cui l’integrazione cresce con la distanza, a causa della presenza di poli secondari (Venezia e Reggio Calabria); infine il modello delle “aree metropolitane estese”, in cui l’integrazione resta costante al crescere della distanza, poiché il *ring* corrisponde all’intera Provincia (Milano, Napoli, Trieste)⁴².

Insomma, da questa disamina emergono due differenti concettualizzazioni di Area metropolitana: una meramente “formale”, che riconosce l’area in funzione della Città metropolitana, e l’altra “sostanziale” che, al contrario, definisce autonomamente l’area metropolitana e che, solo in un secondo momento, riconosce la Città Metropolitana in funzione dell’Area.

38 CASACCHIA, O. e REYNAUD, C., “L’individuazione delle aree metropolitane: lo stato dell’arte”, *La statistica per le aree metropolitane e sulle aree metropolitane: proposta per un sistema informativo integrato. Rapporto di indagine della Commissione per la Garanzia dell’informazione statistica in seno alla Presidenza del Consiglio dei Ministri*, www.palazzozechigi.it/, 2006, su www.palazzozechigi.it/Presidenza/statistica/attivita/06.02_aree_metro_rev.pdf (ultimo accesso 30 giugno 2015), p. 30.

39 Distinzione operata in un parere richiesto dalla Germania dal Comitato economico e sociale europeo (2003), *Avis sur les aires métropolitaines européennes: implications socio-économiques pour l’avenir de l’Europe*, in *Journal officiel de l’Union européenne* (fr), 2007/C 168/02, p. 1, n. 2. Tale distinzione non ha tuttavia molto senso in quei paesi come Francia, Spagna o Italia che si caratterizzano per una forte tradizione comunale e nei quali, fatte salve le capitali per le quali si prevede uno statuto differenziato, i territori metropolitani sarebbero sempre, secondo la definizione sopra data, delle aree vaste/metropolitane; più precisamente si tratterebbe di aree metropolitane senza metropoli, in quanto non esistono comuni o agglomerazioni così grandi da poter essere considerate metropoli, come invece succede in altri paesi, innanzitutto Usa o Inghilterra.

40 European metropolitan network institute, *A Strategic Knowledge and Research Agenda on Polycentric Metropolitan Areas*, EMI, ERDF, 2014

41 BENVENUTI, L., “Riflessioni in tema di Città metropolitana”, *Federalismi*, n. 5, 2013.

42 TORTORELLA, W. e ALLULLI, M., *Città metropolitane. La lunga attesa*, Marsilio, Venezia, 2014. Si veda anche Rapporto Citalia, 2009, per la sezione Città Mobili.

2.2 Considerazioni conclusive in merito alla definizione di Città metropolitana

Tornando al dato normativo, il legislatore della Legge Delrio sembra, secondo parte della dottrina, non aver dato sufficiente peso alla seconda di questa due concettualizzazione così che l' art. 1 co. 2 della Legge Delrio non opera nessun chiarimento in merito a cosa sia la Città metropolitana, se non definendola come "ente territoriale di area vasta", di cui però manca una definizione sostanziale, non sufficientemente ricavabile dal successivo riferimento alle funzioni esercitate⁴³.

Secondo altri autori, invece, la Legge Delrio ha operato una scelta in merito, proponendo un modello di Città metropolitana con una sua precisa definizione e corrispondente a determinate caratteristiche, alcune delle quali espressamente delineate dall' art. 1 co. 2 e, altre, ricavabili dall'interpretazione dell'intera legge; sembra, così, che il nuovo ente sia definito attraverso le sue caratteristiche, che i suoi attributi siano, cioè, quelli "di fatto" richiesti ad un livello di governo per la gestione delle città metropolitane⁴⁴.

Rimangono punti di dubbio il puro riferimento alle città metropolitane come ad "enti territoriali", secondo l' idea tradizionale per cui il territorio è elemento costitutivo, l'ente è stanziato in una parte di territorio dello Stato e gli ordinamenti territoriali sono le configurazioni giuridiche che assumono i poteri locali⁴⁵, e quello all' "area vasta"⁴⁶, volta ad indicare una dimensione intermedia, aprioristicamente non delimitabile⁴⁷, la quale normalmente avrebbe carattere sovra comunale ma che, nulla toglie, possa raggiungere anche dimensione regionali⁴⁸.

Secondo quanto stabilito dalla Legge Delrio, i nuovi enti potrebbero apparire a vocazione generale, con un legame con il territorio e la comunità di riferimento tale da renderli enti

43 SERGES, G., "Alla ricerca di una definizione giuridica di Città metropolitana. Dalla Metropolitan culture dei primi del '900 alla riforma Delrio", cit., p. 84.

44 PIPERATA, G., "Art. 1 co. 2", Sterpa A. (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Jovene, Napoli, 2014, p. 56.

45 GIANNINI, M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 174.

46 CARLONI, E., "Art. 1 co. 3", Sterpa A. (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Jovene, Napoli, 2014, p. 72, "Il concetto di area vasta acquista dunque una valenza ordinamentale; la legge non fornisce una descrizione di questo concetto, che si può desumere in via interpretativa, ad esempio si propone di far riferimento al recente rapporto Censis, per il quale si tratta di una questione non unicamente dimensionale, ma relativa ad una pluralità di altri fattori e tra questi, spiccano le identità sociali che i territori esprimono, le relazioni socio economiche che si dispiegano al loro interno, le modalità con cui i territori concretamente funzionano e la domanda di rappresentanza istituzionale che esprimono. Per quanto ricca e stimolante, si tratta di una definizione con evidenti profili di indeterminazione, che peraltro si attagliano diversamente rispetto al fenomeno metropolitano [...] esaminando l' elenco delle funzioni affidate alla cura degli enti di area vasta, comprese le province, appare evidente come il concetto vada inteso in termini flessibili, variabili in ragione del contesto e dei collegamenti esistenti, o necessari, tra i comuni che insistono nell'area, e quindi tra i territori comunali ed i loro cittadini".

47 Alcuni autori affermano che sarebbe stata più consona una definizione di "Provincia metropolitana"; si veda SALERNO, G. e FABRIZZI, F., *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Jovene, Napoli, 2014, p. 39.

48 Ibidem, cit., p. 39; per una disamina più completa si veda VANDELLI, L., *Il sistema delle autonomie locali*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 105. Nel dibattito legislativo erano schierati da una parte i "difensori di delimitazioni vaste (sostanzialmente coincidenti con la Provincia)" e dall'altra i "sostenitori di aree ristrette (il comune capoluogo e la prima cintura)". Entrambi gli schemi hanno pregi e difetti. In sintesi, hanno sempre spinto per circoscrizioni più ridotte tutti i rappresentanti di corpi intermedi che temono un eccesso di egemonia da parte di queste nuove figure come pure i fautori di realtà più ridotte ma capaci di coesione effettiva e quindi di sviluppare politiche incisive di governo del territorio relativo. Al contrario, milita in favore di un'estensione maggiore l'argomento storico, cioè del fallimento più che ventennale dei modelli incentrati sul c.d. ritaglio delle aree da considerare per la perimetrazione delle Città. Certo, la prima definizione di Città metropolitana è rintracciabile nella sentenza della Corte costituzionale, 26 giugno 2007 n. 238, nella quale si afferma come essa corrisponda all'ente locale di area vasta, "tanto che nel territorio in cui si crea la Città metropolitana, questa succede alla Provincia" (in particolare il punto 7 Cons. in diritto). Nella sentenza la Corte considera legittimo l'art. 9 della legge del Friuli Venezia Giulia 9 gennaio 2006, n. 1, impugnata dal Governo per violazione del principio dell'autonomia degli enti locali. La Corte ribadisce la legittimità della norma regionale, che attribuisce la "funzione di pianificazione di area vasta" alle città metropolitane, peraltro in conformità con quanto previsto dall'art. 23 del Tuel. Si veda anche anche FURNO, E., "Il nuovo governo dell'area vasta: Province e Città metropolitane alla luce della c.d. legge Delrio nelle more della riforma costituzionale degli enti locali", cit., p. 4.

che non perseguono solo interessi settoriali⁴⁹. Anche se non si può dire con certezza verso quale modello si muoveranno le città metropolitana nei prossimi anni, le soluzioni istituzionali o strutturali non vanno giudicate in modo negativo, in quanto, un ente di questo tipo è in grado di rispondere meglio alle esigenze aggregate del territorio e impedisce la sovrapposizione di più livelli di governo, ma è necessario specificare che tutto ciò non permette alle città metropolitane di darsi in maniera incondizionata qualsiasi fine o potere di intervento.

Altre due caratteristiche rintracciabili nella Legge Delrio permettono di arricchire la possibile definizione di Città metropolitana, ovvero l'essere ente locale ad appartenenza necessaria per altri enti locali, in quanto essa assorbe i comuni e li rappresenta ma, soprattutto, l'essere ente a configurazione differenziale per l'importanza che è assegnata allo Statuto, inteso come fonte chiamata a definire aspetti decisivi per la qualificazione, la struttura e il funzionamento della Città metropolitana. Ambedue i caratteri saranno approfonditi nelle pagine che seguono, tenendo a mente le difficoltà fino ad ora delineate in merito alla definizione di "Città metropolitana"; sono state proposte infatti tre definizioni valide, quella ufficiale della Legge Delrio, quella che vede la Città metropolitana come ente necessario ma a costituzione eventuale, più un'ulteriore definizione che si inserisce nell'attuale dibattito sulla riforma costituzionale ovvero l'idea di Città metropolitana come Provincia metropolitana. Queste diverse correnti di pensiero trattano in modo diverso i temi delle funzioni, degli organi e delle elezioni. A mente va, quindi, tenuta la difficile definizione dell'Area vasta la quale incide immancabilmente sul tema della "perimetrazione" dei nuovi enti.

3 La legge Delrio

3.1 Le funzioni

Le funzioni attribuite alle città metropolitane sono, ai sensi dell'art. 1 co. 44 Legge Delrio, quelle fondamentali delle province (*indirette*), quelle attribuite alle città metropolitane nel processo di riordino delle funzioni delle province⁵⁰ di cui ai commi da 85 a 87 (*derivate*), le ulteriori funzioni attribuite dallo Stato o dalle regioni ai sensi del co. 46 (*ulteriori*), nonché l'elenco di seguito riportato (*dirette*)⁵¹ in cui rientra, innanzitutto, la predisposizione del piano strategico del territorio metropolitano di carattere triennale, che costituisce atto di indirizzo per i comuni e le unioni di comuni del territorio, anche in relazione a funzioni delegate o attribuite dalle regioni (*lett. a*). La delimitazione di questa funzione rimarca la natura di indirizzo dell'ente, attraverso l'utilizzo dell'aggettivo "*triennale*" e dell'inciso sul rispetto per le "*leggi regionali nelle materie di loro competenza*"⁵².

49 Simile distinzione si può fare parlando di dialettica tra soluzioni strutturali o rigide secondo lo schema "un territorio e un governo" e le soluzioni funzionali o flessibili, le quali si caratterizzano per l'incidenza sulla diversa distribuzione delle funzioni tra i livelli di governo esistenti, mantenendo tuttavia inalterati i livelli ed il territorio che di conseguenza assume carattere metropolitano solo di fatto. Si veda SALERNO, G. e FABRIZZI, F., *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, cit., p. 40.

50 Sulle funzioni delle Province, ANCI e UPI, *L'attuazione della legge n. 56/2014: il riordino delle funzioni delle province e delle città metropolitane e l'accordo in conferenza unificata*, 3 luglio 2014.

51 PORTALURI, P.L. in SALERNO, G. e FABRIZZI, F., *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, cit., p. 42; vedi anche ANCI e UPI, *L'attuazione della legge n. 56/2014: il riordino delle funzioni delle province e delle città metropolitane e l'accordo in conferenza unificata*, 2014, p. 4.

52 PORTALURI, P.L. in SALERNO, G. e FABRIZZI, F., *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, cit., p. 43; per maggiori dettagli si veda CANGELLI, F., *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Giappichelli, Torino, 2012.

In secondo luogo, la pianificazione territoriale generale (*lett. b*)⁵³. Sono comprese in tale pianificazione anche “*le strutture di comunicazione, le reti di servizi e delle infrastrutture appartenenti alla comunità metropolitana, anche fissando vincoli e obiettivi all’attività e all’esercizio delle funzioni dei Comuni ricompresi nell’area*”, così che non si qualifica come funzione di pianificazione territoriale di coordinamento (che già spetta alla provincia), ma come funzione di pianificazione conforme alla struttura urbanistica del territorio, giustificando l’intervento verso i comuni. La Città metropolitana non deve solo programmare ma anche emanare atti di natura prescrittiva in merito alla dislocazione delle reti, porti, aeroporti, discariche e smaltimento rifiuti. Lo schema suggerito è quello di piani strutturali in capo alle città metropolitane e piani di dettaglio in capo ai comuni⁵⁴.

In terzo luogo, viene aggiunta la funzione per la strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano (*lett c*). A tale riguardo, il Senato ha previsto che la Città metropolitana possa, previa intesa con i comuni interessati, predisporre documenti di gara, svolgere la funzione di stazione appaltante, monitorare i contratti di servizio ed organizzare concorsi e procedure selettive⁵⁵.

Ulteriore funzione è, poi, quella in tema di mobilità e viabilità, anche assicurando la compatibilità e la coerenza della pianificazione urbanistica comunale nell’ambito metropolitano (*lett. d*)⁵⁶.

Segue la promozione e coordinamento dello sviluppo economico e sociale (*lett. e*), la quale rimane una funzione che “*autorizza l’esercizio di tutti quei compiti (innominati e sprovvisti di regolazione amministrativa) funzionali alla crescita economica del territorio ed alla coesione sociale, e non contestualmente assegnati alla responsabilità di altre autorità*”, così come veniva previsto già nell’art. 18 del d.l. 95/2012, poi dichiarato incostituzionale con la sentenza Corte Costituzionale n. 220/2013⁵⁷.

Infine, la promozione e il coordinamento dei sistemi di informatizzazione e di digitalizzazione in ambito metropolitano (*lett f*), funzione specificatamente prevista ma che potrebbe rientrare, a ben ragione, nella lettera c).

Queste funzioni (dalla *lett. a*) alla *f*) rafforzano la visione del ruolo della Città metropolitana come di ente per il governo integrato delle grandi conurbazioni urbane, sia dal punto di vista della pianificazione strategica, sia dal punto di vista della regolazione dei servizi pubblici e delle infrastrutture strategiche locali⁵⁸.

53 Per approfondire si veda CERULLI IRELLI, V., “Le relazioni tra Città metropolitane e Comuni”, *Astrid*, 2014.

54 PIPERATA G., “Art. 1 co. 44-46”, Sterpa A. (a cura di), *Il nuovo governo dell’area vasta*, Jovene, Napoli, 2014, p. 141.

55 PORTALURI, P.L. in SALERNO G. e FABRIZZI F., *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, cit., p. 46.

56 Per maggiore approfondimento si veda DEODATO, C., “Le città metropolitane: storia, ordinamento, prospettive”, cit., p. 33; URBANI, P., “Le funzioni di pianificazione della città metropolitana”, *Astrid*, 2012.

57 DEODATO, C., “Le città metropolitane: storia, ordinamento, prospettive”, cit., p. 34; PORTALURI, P.L., in SALERNO G. e FABRIZZI F., *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, cit., p. 47: “Si tratta [...] della funzione che marca in modo evidente la Città metropolitana come ente a carattere squisitamente politico.”

58 Le funzioni di cui al co. 44 possono essere anche classificate come funzioni di indirizzo (*lett a*), di pianificazione (*lett. b*), di coordinamento (*lett. c, d ed e*) e di supporto (*lett. c*), PIPERATA, G., in Sterpa A. (a cura di), *Il nuovo governo dell’area vasta*, cit., p. 140.

L'elemento realmente differenziale della disciplina che la Legge Delrio offre, rispetto alle province, risiede nell'ampiezza degli ambiti funzionali individuati per le città metropolitane come funzioni fondamentali⁵⁹. Quest'ultime non sono, infatti, comparabili con le corrispondenti funzioni svolte tradizionalmente dalle province, in quanto riflettono una dimensione di interessi e di interrelazioni con le tematiche dell'area molto penetranti, che devono rispondere a bisogni ed obiettivi pubblici diversi⁶⁰. Detto in altro modo, il complesso delle funzioni attribuite a tale ente tende a realizzare un modello "super locale", in cui viene ripensato il rapporto tra funzioni di programmazione e funzioni di gestione (ovvero tra funzioni di *governance* e quelle di *government*) con la conseguenza che lo Stato si trova a dialogare con soggetti dotati di incisivi poteri di pianificazione strategica, sganciati dai vincoli regionali e incidenti sulla capacità decisionale dei comuni⁶¹. La riforma costituzionale prossimamente sottoposta a consultazione popolare diviene, perciò, necessaria proprio al fine di regolare il nuovo riparto di funzioni. Al momento attuale, queste sono attribuite alle Città metropolitane con una legge statale che, in modo non troppo chiaro, riassegna materie e funzioni amministrative fino ad oggi svolte dalle regioni⁶².

3.2 La perimetrazione

Altro tema delicato, che si lega alla questione della rappresentanza della collettività locale, riguarda la "perimetrazione". L'art. 1 co. 6 della Legge Delrio afferma, invero, che "il territorio della città metropolitana coincide con quello della provincia omonima", ferma restando l'iniziativa dei comuni limitrofi che si adeguano al procedimento ordinario⁶³.

La dimensione del territorio regolato è relevantissima sia sotto il piano economico-aziendale che sotto quello giuridico. Rispetto al primo punto di vista, dalla dimensione dipendono sia l'efficacia che l'efficienza delle funzioni attribuite, in quanto occorre tenere in considerazione sia la presenza di economie di scale sia l'effettivo perseguimento delle finalità istituzionali generali⁶⁴. Per quanto riguarda il secondo punto di vista, quello politico – giuridico, il problema della "perimetrazione" è connesso con il rischio che un Comune, non parte della Città metropolitana, rimanga escluso da un servizio fondamentale⁶⁵.

Ancora dal punto di vista giuridico, la disciplina prevista dall'art. 1 co. 6 della Legge Delrio pone due diversi problemi di costituzionalità⁶⁶. Il primo, riguarda il procedimento di adesione

59 Ibidem, p. 139.

60 ANCI e UPI, *L'attuazione della legge n. 56/2014: il riordino delle funzioni delle province e delle città metropolitane e l'accordo in conferenza unificata*, cit., p. 4.

61 Per approfondimenti sulla *governance* metropolitana si veda PINTO, F., "La città metropolitana in Francia e in Italia o delle convergenze parallele. Perché mi piace il sistema italiano", *Relazione al Convegno "Le città metropolitane. Ripensare i tipi di Stato e l'organizzazione politico-amministrativa del territorio. Esperienze italo-francesi a confronto"*, Università di Napoli "Federico II", Napoli, 2014.

62 LUCARELLI, A., "Le città metropolitane. Tipi di stato e trasformazioni territoriali", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitane*, n. 3, 2014, pp. 5 e ss.; sulla complessità del processo di trasferimento di funzione e sulla tecnica di trasferimento di funzioni amministrative fondamentali e/o proprie a carattere prevalentemente programmatico, definita come "titolo abilitativo trasversale", di sostanziale ridimensionamento della potestà legislativa regionale si veda GAMBINO, S., "Autonomie territoriali e riforme", *Federalismi*, n. 5, 2009, p. 65.

63 L'art. 1 co. 6 l.n. 56/2014 richiama l'art. 133 Cost.

64 BROSIO, G. e PIPERATA, S., *Governo e Finanza locale*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 25 e ss.

65 MONE, D., "Città metropolitane, Area, procedure, organizzazione del potere, distribuzione delle funzioni", *Federalismi*, n. 8, 2014, p. 8; SALLERNO, G.M., "Sulla soppressione-sostituzione delle province in corrispondenza dell'istituzione delle città metropolitane: profili applicativi e dubbi di costituzionalità", cit. p. 19.

66 VESPERINI, G., "La legge Delrio: il riordino del governo locale", cit., p. 787.

alla Città metropolitana di comuni appartenenti a province diverse da quella “omonima” previsto allo stesso co. 6, nella parte in cui viene richiamato l’art. 133 Costituzione; il secondo, di carattere più generale, riguarda la legittimità costituzionale della fonte con la quale si perimetrano i territori metropolitani e si istituiscono le città metropolitane. Tale critica alla legittimità costituzionale promossa da alcune regioni è risultata senza fondamento con la sentenza Corte cost. n. 50/2015. Residuali perplessità dovrebbero risolversi con l’approvazione della riforma costituzionale ora in discussione, nella quale, all’ art. 117, co. 2 *lett p)* della Costituzione (competenza esclusiva dello Stato), verrà aggiunta una nuova materia alla famosa ripartizione tra “organi di governo, legislazione elettorale e funzioni fondamentali” ovvero, *in primis*, la materia “ordinamento”⁶⁷.

3.3 Organi, forma di governo ed elezioni

Organi della città sono il Sindaco e il Consiglio, che insieme svolgono funzioni di amministrazione attiva ma in cui l’organo assembleare ha maggiore rilievo, e la Conferenza⁶⁸ che perde, però, la funzione di approvare il bilancio in favore del Consiglio rispetto all’iniziale proposta legislativa del Governo.

Dalla lettura della legge emergono due ipotesi diverse di forma di governo.

Innanzitutto, quella prevista direttamente dal testo, che delinea un tipo di modello neo-parlamentare in cui il Sindaco metropolitano è, di diritto, il Sindaco del Comune capoluogo⁶⁹ e dove il Consiglio è eletto dai sindaci e dai consiglieri comunali⁷⁰. Secondo questa ipotesi il meccanismo di elezione è fondato su un voto ponderato per ciascun elettore che consente di assegnare a tutti i “cittadini metropolitani” un voto uguale, anche se attraverso un’elezione indiretta⁷¹. Non c’è rischio elevato che il contrasto fra indirizzi politici differenti di Sindaco e Consiglio blocchi la governabilità dell’ente in quanto il Consiglio è tra i due l’organo più forte. Ora, la diminuzione di funzioni in capo al sindaco porta ad una forma di governo assembleare che pure presenta delle problematiche in riferimento alla governabilità. A questo riguardo si risponde prevedendo che il sindaco possa usufruire di alcuni strumenti suppletivi come la facoltà di essere lui a sottoporre al Consiglio gli atti da approvare e adottare o la previsione che sia il sindaco a proporre gli schemi di bilancio⁷² o, ancora, che il Sindaco possa nominare un vicesindaco e propri delegati fra i consiglieri metropolitani. In caso l’ “ingovernabilità” si presenti come problema evidente, si potrebbe pensare di ricorrere ad una forma di coinvolgimento del Consiglio nel momento di assegnazione delle deleghe da parte del Sindaco e nella gestione successiva a tale rapporto con l’utilizzo di pareri obbligatori ma non vincolanti⁷³.

67 Così ricorda PATRONI GRIFFI, F., “La città metropolitana nel disegno generale del riordino del territorio” cit., p. 6.

68 L.n. 56/2014, art. 1 co. 20-42.

69 L.n. 56/2014, art. 1 co. 8-19 - 40-41.

70 L.n. 56/2014, art. 1 co. 25; sono eleggibili a consiglieri metropolitani i sindaci e i consiglieri comunali.

71 MONE, D., “Città metropolitane, Area, procedure, organizzazione del potere, distribuzione delle funzioni”, cit., p. 22.

72 L.n. 56/2014, art. 1 co.8.

73 In sostanza istituti di sfiducia individuale, anche plurima, che garantisca l’iniziativa a predeterminate minoranze, contestualmente sottoponendo la mozione al Consiglio e da disciplinare con lo Statuto il quale potrebbe porsi anche come Statuto delle minoranze; si veda MONE, D., “Città metropolitane, Area, procedure, organizzazione del potere, distribuzione delle funzioni”, cit., p. 29; per approfondimento in volume si veda anche CHIMENTI, C., “Il ruolo delle assemblee elettive nella forma di governo”, Siclari, M. (a cura di), *La costituzione della Repubblica italiana nel testo vigente*, ARACNE, 2012.

La legge stessa si presta poi ad un'altra ipotesi di governo, di stampo presidenziale: l'art. 1 co. 22 prevede, infatti, che un ulteriore "[...] sistema elettorale che sarà determinato con legge statale", potrà essere adottato dallo Statuto, riferendosi al modello dell'elezione diretta proposto originariamente dal Governo. Si prospetta un modello in cui il Sindaco è eletto direttamente ma non ha funzioni di indirizzo. Se le funzioni del sindaco non fossero ridotte, si profilerebbe una ripetizione della forma di governo provinciale e questo è, senz'altro, poco auspicabile in quanto la città metropolitana è un ente diverso per finalità e funzioni. Questo secondo modello, inoltre, dovrebbe attendere la modifica della legge elettorale nazionale e la riconfigurazione in zone omogenee⁷⁴.

4 Lo statuto

Il tema dello "Statuto" è fondamentale all'interno della Legge Delrio in quanto lo stesso atto statutario è chiamato, innanzitutto, a stabilire le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente, comprese le attribuzioni e le competenze degli organi⁷⁵ e, in secondo luogo, a provvedere alla regolazione delle modalità e degli strumenti di coordinamento dell'azione complessiva di governo del territorio metropolitano, alla disciplina dei rapporti tra i comuni e la città metropolitana per l'organizzazione e l'esercizio delle funzioni metropolitane e comunali⁷⁶, alla costituzione di zone omogenee, per specifiche funzioni e con organismi di coordinamento con la città metropolitana⁷⁷ e, infine, alle modalità per istituire accordi con i comuni non compresi nella città metropolitana⁷⁸. Lo Statuto può, inoltre, prevedere un sistema di elezione del sindaco e del consiglio diverso da quello previsto dalla Legge⁷⁹.

Bisogna tener conto del fatto che il rapporto tra legge e Statuto "*non opera soltanto in termini di gerarchia, ma anche e soprattutto in termini di competenza, o di gerarchia limitatamente ai principi; del pari, lo Statuto si deve qualificare non più come disciplina di attuazione, ma di integrazione ed adattamento dell'autonomia locale ai principi inderogabili fissati dalla legge*"⁸⁰. Lo Statuto diventa una nuova fonte del diritto (nel sistema delle fonti, atto di normazione secondaria) per l'ordinamento della Città metropolitana, espressione dell'autonomia di un Ente locale ma subordinata alla legge ordinaria⁸¹. La

74 MONE, D., "Città metropolitane, Area, procedure, organizzazione del potere, distribuzione delle funzioni", cit., p. 30. Attualmente solo le città metropolitane di Roma, Milano e Napoli hanno previsto nello Statuto l'elezione diretta di Sindaco e Consiglio. Le città metropolitane di Bologna e Bari lasciano aperta l'alternativa a future modifiche statutarie dopo un periodo di osservazione rispettivamente di 24 e 15 mesi.

75 Art. 1 co.10 L.n. 56/2014.

76 Art. 1 co.11 lett c) L.n. 56/2014: "*Prevedendo anche forme di organizzazione in comune, eventualmente differenziate per aree territoriali. Mediante convenzione, i comuni possono avvalersi di strutture della città metropolitana e possono delegare l'esercizio di funzioni alla città metropolitana e viceversa; il Senato ha esteso la disciplina dei rapporti, delle convenzioni e delle deleghe alle unioni di comuni.*"

77 Art. 1 co.11 lett d) L.n. 56/2014: "*a tal fine è necessaria la proposta o comunque l'intesa con la regione, il cui dissenso può essere superato con decisione della conferenza metropolitana, adottata a maggioranza di due terzi dei componenti*".

78 Art. 1 co.11 L.n. 56/2014.

79 Art. 1 co.22 L.n. 56/2014.

80 TESSARO, T. e LUCCA, M., "Art 1, co. 14-16, 21-22,25-39", Sterpa, A. (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Jovene, Napoli, 2014, p. 120.

81 Vedi Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 191: "*Circa la natura dello Statuto, si ritiene esatta la qualificazione di esso come fonte sub primaria, per evidenziarne la diretta legittimazione costituzionale ed il suo potere di derogare anche a determinate norme primarie*"; per approfondire si veda il manuale STADERNINI, G., CARETTI, P. e MILAZZO, P., *Diritto degli enti locali*, Cedam, Padova, 2014, p. 77: la funzione normativa esercitata da tale nuova fonte, soprattutto in base al Titolo V Cost. ora vigente, è equiparata a quella statale e regionale in una nuova gerarchia delle fonti che delimita i rapporti in termini di competenza e non di subordinazione.

potestà della Città metropolitana nelle funzioni amministrative risulta definita nel quadro complessivo della legge ma, mentre le funzioni legislative ruotano attorno a Stato e regioni, l'art. 118 della Costituzione, nel suo intento di definire il principio di sussidiarietà, assegna agli enti locali le funzioni amministrative come determinate fattispecie o istituti a competenza riservata⁸².

Stando alla formulazione vigente della Costituzione, il procedimento di approvazione (e relative modifiche) prevede la proposta del consiglio e l'approvazione della conferenza con i voti che rappresentino almeno un terzo dei comuni e la maggioranza delle popolazione residente⁸³.

Due critiche devono essere, però, rivolte al procedimento previsto: in primo luogo, in ordine alla non sufficiente collaborazione tra organi di governo nell'adempiere alle richieste della Legge Delrio sullo Statuto⁸⁴ e, in secondo luogo, in ordine alla non garantita rappresentanza dei comuni annessi alla Città metropolitana rispetto all'adozione della proposta di Statuto da parte della conferenza metropolitana.

La previsione di un *quorum* fissato ad almeno un terzo dei componenti della Conferenza⁸⁵ (ma rappresentante la maggioranza della popolazione complessivamente residente) appare in contrasto con le previsioni del Tuel il quale, con riguardo all'approvazione degli statuti comunali e provinciali di cui all'art.6 co. 4, prevede che questi debbano essere deliberati con il voto *"favorevole dei due terzi dei consiglieri assegnati"* e che, qualora tale maggioranza non sia raggiunta, è necessario reiterare le operazioni di voto sino ad ottenere per due volte l'assenso consecutivo con maggioranza assoluta dei consiglieri assegnati; la stessa composizione dei consigli metropolitani si giudica *"non in grado di rappresentare al meglio tutta la complessità metropolitana"*⁸⁶, soprattutto a seguito dell'abrogazione dell'art. 1 co. 13 della Legge Delrio, ad opera della manovra estiva 2014⁸⁷.

Interessante è notare come il decreto legge n. 95/2012 preveda un procedimento di approvazione dello Statuto differente, basato cioè su due fasi, una prima con l'assenso su un atto provvisorio elaborato e deliberato dalla conferenza metropolitana, mentre la seconda inerente l'approvazione definitiva del progetto di Statuto da parte del consiglio metropolitano, in questo modo coinvolgendo direttamente gli enti locali, in quanto la conferenza sarebbe composta dai sindaci dei comuni e dal presidente della provincia interessata⁸⁸. La Legge Delrio, fino all'abrogazione del co. 13 art. 1 Legge Delrio ad opera del D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito con modificazione dalla l. 23 giugno 2014, n. 89, si è posta in linea

82 TESSARO, T. e LUCCA, M., "Art 1, co. 14-16, 21-22, 25-39", cit., p. 121.

83 Art. 1 co. 9 Legge Delrio.

84 PALOMBELLI, G., "Autonomie locali: che fare? Dopo l'approvazione della legge «Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni»", *Astrid*, 2014, p. 5. Ovvero le tempistiche eccessivamente stringenti, per cui le elezioni del consiglio metropolitano si sono dovute concludere in tempi molto rapidi ma comunque non sufficienti per permettere una discussione sullo Statuto capace di affrontare seriamente la possibilità di prevedere un tipo di governo ad elezione diretta.

85 Art. 1 Co. 9 legge Delrio: *"La conferenza metropolitana adotta o respinge lo statuto e le sue modifiche proposti dal consiglio metropolitano con i voti che rappresentino almeno un terzo dei comuni compresi nella città metropolitana e la maggioranza della popolazione complessivamente residente."*

86 BARRERA, P., "Città metropolitane, nuove Province e piccoli Comuni: una buona legge che sollecita un cambiamento culturale", *Astrid*, 2014.

87 Art. 19, co. 1, lett a del decreto legge 24 aprile 2014 n. 66, convertito dalla legge 23 giugno 2014 n. 89

88 Art. 18 co. 3 bis e co. 9, D.L. n. 95/2012.

di continuità con il precedente progetto, legittimando un processo nel quale avrebbero dovuto interagire, nella prima fase di definizione dello Statuto, il consiglio metropolitano e una conferenza creata *ad hoc* su impulso del sindaco e composta da numero di componenti pari a quanto previsto, dal comma 20, per il consiglio metropolitano, ed eletta in conformità alle disposizioni di cui ai commi da 25 a 39⁸⁹.

In conclusione, l'obiettivo della Legge Delrio è quello di garantire funzionalità alla Città metropolitana attraverso una carta di regole interne capace di derogare alle disposizioni di legge che non contengono principi fondamentali; l'obbligatorietà di adottare lo Statuto indica la volontà di garantire autonomia alla Città metropolitana nel contesto dell'ordinamento degli enti locali, così che essa possa assumere un'identità territoriale con regole e diritti tipici.

Per i nuovi enti di area vasta, la scrittura dello Statuto costituisce, o avrebbe dovuto costituire, un momento cruciale per compiere scelte di fondo che non sono soltanto di architettura istituzionale ma attengono, invece, al modo in cui si pensa di organizzare l'interdipendenza dei territori, la specializzazione funzionale e l'integrazione degli stessi. In essi devono essere previsti strumenti e meccanismi di governo dei processi non solo istituzionali ma anche urbanistici, economici e sociali, così da assecondare l'esigenza di flessibilità del territorio⁹⁰.

5 Implementazione della riforma

In questo scenario, le dieci città metropolitane previste dalla Legge Delrio cominciano il loro *iter* istitutivo⁹¹. Già l'Accordo di partenariato del 9 dicembre 2013, presentato dall'Italia in Commissione europea in vista della creazione di quello che sarebbe poi diventato il Piano operativo nazionale (PON) METRO 2014-2020, afferma che le aree urbane sono da intendersi non con esclusivo riferimento al territorio del "comune capoluogo" ma anche alla costituzione di *partnership* e progetti di scala *inter-comunale*. A dicembre 2015 tutti i Piani operativi regionali (POR) FESR 2014-2020 sono stati definitivamente adottati e sono ormai operativi, contenendo specifiche disposizioni per lo sviluppo urbano.

A seguito dell'approvazione della Legge Delrio si indicano, innanzitutto, le elezioni per nominare il consiglio metropolitano, per le quali la Legge prevede un termine fissato al 30 settembre 2014, poi posticipato al 12 ottobre 2014. Tutte le città metropolitane⁹²

89 DI LASCIO, F., "Art. 1, co.9-11, 13, 17", Sterpa, A. (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Jovene, Napoli, 2014, p. 115; LEARDINI, F., "Sistemi di costituzione degli organi della città metropolitana e quorum funzionali", Perulli, G. (a cura di), *La città metropolitana*, cit., pp. 33 e ss.

90 LANZETTA, M.C., "Sulla riorganizzazione dei poteri pubblici sui territori", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitane*, n. 3, 2014, p. 1; più recentemente LUCARELLI, A., FABRIZI, F. e MONE, D., *Gli Statuti delle Città metropolitane*, cit.

91 Con la Legge Delrio, e considerando gli altri comuni capoluogo delle regioni a Statuto speciale interessati da una possibile riforma, viene, di fatto, coinvolta una popolazione di circa 9 milioni di abitanti, pari al 15,7 per cento della popolazione italiana. L'istituzione delle dieci città metropolitane interessate dalla Riforma Delrio coinvolge circa 1.009 comuni, pari al 12,5 per cento delle amministrazioni comunali totali: Roma Capitale, Milano, Napoli, Venezia, Firenze, Bologna, Torino, Bari, Reggio Calabria, Genova.

92 PIPERATA, G., "Art. 1 co 44-46", cit., pp. 62 e ss. Tranne la commissariata Reggio Calabria. Si tratta di una deroga che riguarda non tanto le procedure quanto le tempistiche. Infatti l'avvio delle procedure di attivazione sono state spostate in avanti rispetto a quanto previsto in generale per tutte le altre città metropolitane. Pertanto, la città metropolitana di Reggio Calabria sarà costituita solo alla scadenza naturale degli organi della provincia o comunque entro trenta giorni dalla scadenza o scioglimento anticipato dei medesimi organi. In ogni caso, l'ente metropolitano non potrà entrare in funzione prima del rinnovo degli organi del comune di Reggio Calabria (2017). Anche la Città di Venezia ha visto rimandate le elezioni, poi svoltesi nell'agosto 2015, e l'approvazione dello Statuto è avvenuta il 20 gennaio 2016 entrando in vigore dal 22 febbraio 2016.

procedono alle elezioni tra il 28 settembre e il 12 ottobre 2014. Anche le città metropolitane di Cagliari, Catania, Messina e Palermo, pur se non contemplate dalla Legge Delrio in quanto appartenenti alle regioni a Statuto speciale, istituiscono l'ente ed eleggono un Consiglio metropolitano.

Successivamente, si approva lo Statuto dell'ente con termine 31 dicembre 2014; non tutte le città hanno rispettato questa *deadline*, in particolare Torino, che ha posticipato l'approvazione nel mese di febbraio 2015, Napoli, dove lo Statuto è stato approvato il 12 giugno 2015, e Venezia, dove le elezioni si sono svolte il 9 agosto 2015 e lo Statuto è stato adottato il 20 gennaio 2016.

Se alla data del 1 gennaio 2015, effettivo passaggio dalla Provincia alla Città metropolitana, non viene approvato lo Statuto, si attua quello della Provincia, riferendo le disposizioni relative al presidente della provincia e alla giunta provinciale al sindaco metropolitano e quelle relative al consiglio provinciale al consiglio metropolitano (caso di Venezia e Reggio Calabria)⁹³. In caso di mancata approvazione dello Statuto entro il termine di proroga, il 30 giugno 2015, è il Governo che eredita il potere sostitutivo di adottarlo, così come è previsto dalla c.d. "Legge la Loggia"⁹⁴.

Dal 1° gennaio 2015 le province corrispondenti al territorio delle città metropolitane vengono da queste sostituite, concludendosi così la fase transitoria per la costituzione dei nuovi enti e l'avvio di quella operativa e a regime⁹⁵.

6 Conclusioni

A livello comunitario, si è tentato di rispondere al fenomeno metropolitano portando avanti progetti per la creazione di metropoli su scala europea e sarebbe importante studiare, *in primis*, come questi progetti siano stati recepiti dai vari Paesi membri⁹⁶. L'ente Città metropolitana non presenta caratteristiche unitarie nemmeno se si considerano Paesi tra loro confinanti e appartenenti tutti alla medesima area culturale (come l'Italia e la Spagna), nonché tutti ad un'organizzazione particolarmente attenta allo sviluppo regionale quale l'Unione europea. In sintesi, la disciplina giuridica delle città metropolitane è una variabile dipendente, il cui valore deriva da una pluralità di fattori⁹⁷. La riforma degli enti locali si è delineata, in Italia, sulla costruzione della nuova base giuridica per le città metropolitane, optando così per forme istituzionalizzate. La Spagna, diversamente dal caso italiano, ha dimostrato di non avere fiducia nelle forme strutturate e, pur intraprendendo la strada dell'incentivazione all'esercizio associato, lo ha fatto in maniera indiretta, senza insistere sulla creazione di specifici enti⁹⁸. In altre parole, il caso spagnolo, più che quello italiano, sembra confermare la tendenza, che

93 Art. 1 co.16 L.n. 56/2014.

94 Art. 8 L.n. 131/2003.

95 www.affariregionali.it/comunicazione/dossier/attuazione-legge-delrio/ (ultimo accesso il 15 maggio 2016) e www.anci.it/index.cfm?layout=dettaglio&IdDett=46790 (ultimo accesso il 15 maggio 2016)

96 SERGES, G., "Alla ricerca di una definizione giuridica di Città metropolitana. Dalla Metropolitan culture dei primi del '900 alla riforma Delrio", cit., p. 8.

97 CARRER, M. e ROSSI, S., *Città metropolitane in Europa*, IFEL (Istituto per la Finanza e l'Economia Locale), Fondazione Anci, Roma, 2014, p. 99.

98 ALMEIDA CERREDA, M., TUBERTINI, C., COSTA GONÇALVES, P. (diretto da), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias españolas, italiana y portuguesa*, Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 37; TOSCANO GIL, F., "Las Áreas metropolitanas en el derecho español: modelos vigentes e incidencia de las crisis económicas", *Istituzioni del federalismo*, n. 2, 2015, p. 413.

emerge anche a livello comparato, a far prevalere il caso concreto sul diritto adeguando le strutture già esistenti ai bisogni del territorio. In particolare, la questione metropolitana è, e rimane, un fenomeno con chiari connotati economici che non può, dunque, essere forzato entro confini disegnati sulla carta.

Autorevole dottrina italiana critica, nell'ultimo anno, la risposta dell'ordinamento italiano a mezzo della Legge Delrio. Tale legge accomuna, infatti, città con esperienze e dimensioni molto diverse tra loro senza curarsi della funzionalità e adeguatezza del caso concreto (si veda il caso della perimetrazione). Sotto questo punto di vista ci si chiede, quindi, se non sarebbe stato più consono un modo di agire maggiormente mirato e strumentale al fenomeno metropolitano (si veda il caso delle funzioni), come avvenuto per la figura del consorzio spagnolo, piuttosto che la creazione di un soggetto *ad hoc*, quale la Città metropolitana italiana⁹⁹.

Al contrario, la Spagna, anch'essa interessata da intense riforme sul sistema degli enti locali, preferisce intervenire su soggetti già esistenti, come la Provincia stessa, la quale si confronta oggi con un nuovo schema di funzioni in base alla *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)*¹⁰⁰. Queste previsioni assecondano esigenze di parsimonia giuridica ed evitano di immettere nuovi soggetti nell'ordinamento. E' il caso dei consorzi andalusi e di quelle catalani nonché l'evoluzione di questi ultimi in Area metropolitana (il Caso di Barcellona), rimanendo, ovviamente, anche casi di insuccesso nella regolazione delle grandi aree urbane, come il caso del País Vasco e quello della CA della Galizia¹⁰¹.

Nel caso italiano, inoltre, bisogna tenere conto che l'Implementazione efficace della Legge Delrio in materia di città metropolitane dipende anche dall' *iter* di riforma costituzionale, sia per quanto riguarda il sistema provinciale sia per il destino del decentramento.

Secondo l'impianto che il nuovo Titolo V sta assumendo, il quale sembra confermare il modello "strutturale" della legge Delrio in alternativa a quello "funzionale", la Città metropolitana si posiziona nel mezzo tra due livelli di governo locale residuali, ovvero quello territorialmente "maggiore", la Regione, e quello, sempre territorialmente "minore", il Comune¹⁰².

Le modifiche all'art. 118 non si sono rivelate fino ad ora così sostanziali, di modo che il Comune mantiene, dalla conferma del Titolo V, un sostegno ideologico rilevante. Il co. 1 dell'art. 118

99 Per una comparazione si veda ALMEIDA CERREDA, M., TUBERTINI, C., COSTA GONÇALVES, P. (diretto da), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias españolas, italiana y portuguesa*, cit., p. 380; ancora, con uno spirito critico DE MARTIN, G., "Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici", *Istituzione del federalismo*, n. 1, 2014; parla di approccio "declamatorio", BALBONI, E., "La legge Delrio e la città metropolitana di Milano; Milano città metropolitana cooperativa e relazionale", Sterpa A. (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Jovene, Napoli, 2014, p. 13.

100 Queste previsioni incidono anche sulla figura del consorzio. Si prevede che in caso di dissesto finanziario debbano essere inglobati ad un ente locale o in caso dissolti e che, in caso di nuova creazione, debbano ricorrere condizioni specifiche molto vincolanti. Il regime *básico* oggi aggiornato dalla LRSAL viene ulteriormente completato dalle previsioni della Ley 15/2014 di razionalizzazione del Settore Pubblico (LRSP), con le quali si offrono, agli art. 12, 13, 14 e 15, rimedi rapidi alla dissoluzione dei consorzi. Nonostante l'intervento sulla LRJPAC (legge n. 30/1992), subiscono modifiche anche l'art. 57 e le disposizioni transitorie n. 9 e 12 della LBRL.

101 RETORTILLO, R.G., "Las provincias", Almeida Cerredá, M., Tubertini, C. e Costa Gonçalves P. (a cura di), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias españolas, italiana y portuguesa*, Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 176; NAVARRO GÓMEZ, C., "La delimitación y el gobierno del fenómeno metropolitano en España", *Anuario de derecho municipal*, n. 2, 2008.

102 BALBONI, E., "La città metropolitana tra Regioni e comuni interni: luci ed ombre, aporie ed opportunità", cit., p. 3: "Attraverso la scelta funzionale, rispetto a quella strutturale, che risulta oggi invece quella privilegiata, si sarebbero potute trovare, con più flessibilità, le soluzioni comparto per comparto, caso per caso, dei problemi urbani-metropolitani, ed appoggiandosi molto su Agenzie *ad hoc*, sul modello nordamericano."; DE MARCO, E., "Il regime costituzionale delle autonomie locali tra processi di trasformazione e prospettive di riforma", cit., n. 2, pp. 33 e ss.

Cost. rimani, infatti, invariato¹⁰³ e il Comune si presenta sempre come base dell'intero edificio pubblico, tanto da non essere né facile né scontato giustificare, volta per volta, le esigenze superiori ed imprescindibili di esercizio unitario delle funzioni amministrative. Sembra che la Città metropolitana dovrà conquistarsi, con duro combattimento, quelle posizioni sul terreno dell'esercizio delle funzioni che intende dominare, sia verso il basso che verso l'alto, soprattutto nei confronti della Regione, contro cui dovrà difendersi dall'invadenza sul piano delle competenze, sempre che il loro ruolo non sia immancabilmente destinato ad esaurirsi ad opera della riforma costituzionale¹⁰⁴. Sarebbe auspicabile che la Città metropolitana uscisse dalla riforma costituzionale con la capacità di interloquire con le altre due istituzioni di riferimento, magari grazie ad una investitura diretta dei suoi rappresentanti che non finisca, allo stesso tempo, per appesantire la flessibilità dell'ente. Potrebbe farlo, inoltre, agendo per "politiche pubbliche" e non per competenze separate e conflittuali o anche grazie al metodo di azione negoziale e relazionale, attraverso il confronto paritario volto alla risoluzione dei problemi¹⁰⁵.

L'idea contenuta nella Legge Delrio sulla *governance* metropolitana di un ente di secondo livello in cui prevale la dimensione amministrativa e gestionale, più che la dimensione politica normalmente frutto dell'investitura diretta degli organi e da cui, comunque, non si potrà prescindere del tutto, dovrebbe imporre un ripensamento ed una riorganizzazione del ruolo delle regioni ed, in senso più ampio, un ripensamento della forma di Stato che sia diversa da quella che oggi traspare dal testo costituzionale; l'attuale riforma non sembra smentire con chiarezza il modello "regionalista" del 2001 e non sviluppa quello, parallelo, del pluralismo locale, nonostante il riferimento esplicito alle "forme associative tra comuni" di cui all' art. 117, co. 2, lett. p) della Costituzione¹⁰⁶.

Proprio in questo confronto le Città metropolitane potrebbero giocare un ruolo di raccordo sui territori che lo necessitano e potrebbero "rappresentare il punto di equilibrio tra dimensione regionale e dimensione locale, con effetti diretti sull'azione dello Stato, [...] con il comune capoluogo di provincia base-vertice e volano della potenzialità dei singoli comuni, legati tra loro da reti funzionali e territoriali"¹⁰⁷.

Come emerso, la dottrina non è unitari né sulla natura della città metropolitana né sul futuro della riforma costituzionale. Occorre attendere la conclusione dell'iter ex art. 138 Cost. e il referendum popolare ma, in entrambi i due possibili scenari (approvazione o non), il futuro

103 Nella forma: "Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza".

104 Si rimanda, cioè, al futuro Regolamento del Senato la scelta di come organizzazione i lavori di questo organo costituzionale ovvero se mantenere i gruppi parlamentari (*cleavage* politico) oppure articolare effettivamente su base territoriale il "nuovo" ramo del Parlamento (*cleavage* territoriale). Solo in questa seconda ipotesi, le Regioni ricupererebbero il ruolo che gli è stato sottratto con le modifiche di cui al Titolo V. Si vedano, per il dibattito recente: FUSARO, C., "Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali", *Le Regioni*, n. 1, 2015; DE SANTIS, V., "La doppia investitura dei senatori consiglieri e le difficoltà di rappresentare «al centro» le istituzioni territoriali. Considerazioni sull'emendamento all'art. 2, co. 5 del d.d.l. cost. n. 1429-B", *www.forumcostituzionale.it*, 24 novembre 2015 (ultimo accesso 15 maggio 2016); LUPO, N., "Sulla riforma del bicameralismo in Italia: un'opinione a favore (con qualche osservazione a margine)", *Parlamenti, politiche pubbliche e forme di governo*, Cedam, Padova, 2016; LUPO, N., "La (ancora) incerta natura del nuovo Senato: prevarrà il *cleavage* politico, territoriale o istituzionale?", *Federalismi*, n. 1, 2016, pp. 1-19. Per indicare un recente volume STERPA, A., *Il pendolo e la livella. Il Federalismo all'italiana e le riforme*, Jovene, Napoli, 2015.

105 BALBONI, E., "La legge Delrio e la città metropolitana di Milano: Milano città metropolitana cooperativa e relazionale", cit., pp. 13-9.

106 DEL GAIZO, D., "Riforme costituzionali e riorganizzazione territoriale", *Federalismi*, n. 15, 2014, p. 5.

107 LUCARELLI, A., "La città metropolitana. Ripensare la forma di stato ed il ruolo di regioni ed enti locali: il modello a piramide rovesciata", *Federalismi*, n. 13, 2014, p. 4.

dell'ente metropolitano dipenderà dai giochi di forza che si verranno a creare tra i diversi livelli di governo¹⁰⁸ nonché dalle risorse che le verranno messe a disposizione¹⁰⁹.

7 Bibliografia

ALMEIDA CERREDA, M., TUBERTINI, C., COSTA GONÇALVES, P. (diretto da), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias españolas, italiana y portuguesa*, Civitas, Cizur Menor, 2015.

AQUARONE, A, *Grandi città e aree metropolitane in Italia*, Zanichelli, Bologna, 1961.

AUBY, J. B., *Droit de la ville*, Lexis Nexis, Parigi, 2013.

BALBONI, E., "La legge Delrio e la città metropolitana di Milano; Milano città metropolitana cooperativa e relazionale", Sterpa A. (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Jovene, Napoli, 2014.

BALBONI, E., "Aggiornamento Città Metropolitana di Milano", *Federalismi, Osservatorio Città Metropolitane*, n. 3, 2014.

BALBONI, E., "L' approvazione dello Statuto della Città metropolitana di Milano", *Federalismi, Osservatorio Città Metropolitane*, n. 1, 2015.

BALBONI, E., "La città metropolitana tra Regioni e comuni interni: luci ed ombre, aporie ed opportunità", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitana*, n. 1, 2014.

BALBONI, G., "La devolution in Inghilterra: Londra, i Sindaci, le Regioni", *Istituzioni del Federalismo*, n. 4, 2005.

BARRERA, P., "Art. 1 co. 104-115 Legge Delrio", Sterpa A., (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Napoli, 2014.

BARRERA, P., "Città metropolitane, nuove Province e piccoli Comuni: una buona legge che sollecita un cambiamento culturale", *Astrid*, 2014.

BARTOLE, S., "L'ordinamento regionale", Bartole, S., Bin, R., Falcon, G., Tosi, R. (a cura di), *Diritto regionale. Dopo le Riforme*, Il Mulino, Bologna, 2006.

BELLOMO, G., "Politica di coesione europea e fondi SIE nella programmazione 2014-2020: un'altra occasione mancata per l' Italia?", *Istituzioni del federalismo*, n. 3, 2014.

BENVENUTI, L., "Riflessioni in tema di Città metropolitana", *Federalismi*, n. 5, 2013.

BENVENUTI, L., "Città e territori nell'età della crisi", *Istituzioni di federalismo*, n. 4, 2012.

108 DEL GAIZO, D., "Riforme costituzionali e riorganizzazione territoriale", cit., p. 5; BARRERA, P., "Art. 1 co. 104-115 Legge Delrio", Sterpa, A., (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Napoli, 2014, p. 261; MATTARELLA, B.G., "La riforma del Titolo V: bilancio e prospettive", *Giornale di Diritto amministrativo*, n. 5, 2015, p. 731.

109 La legge di stabilità per il 2016 interviene sulla questione ai commi 753, 754 e 947. Si veda FIORENTINO, L., "L'attuazione della riforma delle province e l'acquisto di beni e servizi", *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2, 2016, p. 183.

- BOGGERO, G., "Il diritto all'elezione diretta negli Enti locali tra Carta europea dell'autonomia locale e la convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo la c.d. legge Delrio", *Istituzioni del Federalismo*, n. 6-7, 2014.
- BROSIO, G. e PIPERATA, S., *Governo e Finanza locale*, Giappichelli, Torino, 2009.
- CAMAGNI, R., *Città metropolitane? No, solo province indebolite*, www.lavoce.info, 2014.
- CANGELLI, F., *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Giappichelli, Torino, 2012.
- CARLONI, E., "Art. 1 co. 3", Sterpa A. (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Jovene, Napoli, 2014.
- CARRER, M. e ROSSI, S., *Città metropolitane in Europa*, IFEL (Istituto per la Finanza e l'Economia Locale), Fondazione Anci, Roma, 2014.
- CASACCHIA, O. e REYNAUD, C., "L'individuazione delle aree metropolitane: lo stato dell'arte", *La statistica per le aree metropolitane e sulle aree metropolitane: proposta per un sistema informativo integrato. Rapporto di indagine della Commissione per la Garanzia dell'informazione statistica in seno alla Presidenza del Consiglio dei Ministri*, www.palazzochigi.it/, 2006.
- CASULA, M., "Politiche regionali di incentivazione all'esercizio associato di funzioni e servizi a confronto: i casi di Veneto ed Emilia Romagna", *Istituzioni del federalismo*, n. 3, 2014.
- CECCHETTI, M., "Sui più evidenti profili di possibile illegittimità costituzionale del d.d.l. AS n. 1212 (Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di Comuni)", *Federalismi*, n. 3, 2014.
- CECCHETTI, M., "Le "facce nascoste" della riforma costituzionale del regionalismo", *Federalismi*, n. 23, 2015.
- CERULLI IRELLI, V., "Le relazioni tra Città metropolitane e Comuni", *Astrid*, 2014.
- CHIMENTI, C., "Il ruolo delle assemblee elettive nella forma di governo", Siclari, M. (a cura di), *La costituzione della Repubblica italiana nel testo vigente*, ARACNE, 2012.
- D'ANATENA, A., "Relazione conclusiva. Luci ed ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi", Pesole, L. e Volpi, M. (a cura di), *Il contenzioso Stato-Regioni nella giurisprudenza costituzionale e l'avvenire delle regioni*, Jovene, Napoli, 2015.
- DE MARCO, E., "Il regime costituzionale delle autonomie locali tra processi di trasformazione e prospettive di riforma", *Rivista associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 2, 2015.
- DE MARTIN, G., "Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici", *Istituzione del federalismo*, n. 1, 2014.
- DEL GAIZO, D., "Riforme costituzionali e riorganizzazione territoriale", *Federalismi*, n. 15, 2014.

- DEMATTEIS, G., (a cura di), *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, Marsilio, Venezia, 2011.
- DENTE, B., "Convivere con la governance multilivello: istruzioni per l'uso", *Rete città strategiche* (contributo degli esperti), 2012.
- DEODATO, C., "Le città metropolitane: storia, ordinamento, prospettive", *Federalismi*, n. 19, 2012.
- DE SANTIS, V., "La doppia investitura dei senatori consiglieri e le difficoltà di rappresentare «al centro» le istituzioni territoriali. Considerazioni sull'emendamento all'art. 2, co. 5 del d.d.l cost. n. 1429-B", *www.forumcostituzionale.it*, 24 novembre 2015 (ultimo accesso 15 maggio 2016).
- DI LASCIO, F., "Art. 1, co.9-11, 13, 17", Sterpa, A. (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Jovene, Napoli, 2014.
- DI TORITTO CARAVITA, B., "Città metropolitana ed area vasta: peculiarità ed esigenze del territorio italiano", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitana*, n. 3, 2014.
- DOMORENOK, E., "Le sfide della politica di coesione europea: la governance multilivello e l'efficacia finanziaria nella gestione dei fondi strutturali in Italia", *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2014.
- FABRIZZI F. e SALERNO, G.M., (a cura di) *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Jovene, Napoli, 2014.
- FALCON, G., "Editoriale. La riforma costituzionale nello specchio del regionalismo", *Le Regioni*, n. 1, 2015.
- FANTINI GIACCHETTI, M., "Le città metropolitane nella nuova legge di delegazione sul c.d. federalismo fiscale", *www.treccani.it*, 2010.
- FIORENTINO, L., "L'attuazione della riforma delle province e l'acquisto di beni e servizi", *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2, 2016.
- FRIEDMANN, G. e WOLFF, G., "World city formation: an agenda for research and action", *International Journal of Urban and Regional Research*, n. 6, 1982.
- FROSINI, J., "«Local Government» in Inghilterra e Galles: esperienze e prospettive", *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 2000.
- FURNO, E., "Il nuovo governo dell'area vasta: Province e Città metropolitane alla luce della c.d. legge Delrio nelle more della riforma costituzionale degli enti locali", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitana*, n. 1, 2015.
- FUSARO, C., "Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali", *Le Regioni*, n. 1, 2015.
- GAMBINO, S., "Autonomie territoriali e riforme", *Federalismi*, n. 5, 2009.
- GIANNINI, M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1981.

Regap



ESTUDIOS

- GIGLIONI, F., "La riforma del governo di area vasta tre eterogenesi dei fini e aspettative autonomistiche", *Federalismi*, n. 1, 2014.
- GIUFFRÈ, F., "I liberi consorzi comunali e la dubbia legittimità costituzionale dell'art. 15 dello Statuto siciliano a Costituzione invariata", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitane*, n. 1, 2014.
- LANZETTA, M.C., "Sulla riorganizzazione dei poteri pubblici sui territori", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitane*, n. 3, 2014.
- LOMBARDI, P., *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2012.
- LUCARELLI, A., "La città metropolitana. Ripensare la forma di stato ed il ruolo di regioni ed enti locali: il modello a piramide rovesciata", *Federalismi*, n. 13, 2014.
- LUCARELLI, A., "Le città metropolitane. Tipi di stato e trasformazioni territoriali", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitane*, n. 3, 2014.
- LUCARELLI, A., "La sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2015. Considerazioni in merito all' istituzione delle città metropolitane", *Federalismi*, n. 8, 2015.
- LUCARELLI, A., FABRIZI, F. e MONE, D., *Gli Statuti delle Città metropolitane*, Jovene, Napoli, 2015.
- LUPO, N., "Sulla riforma del bicameralismo in Italia: un'opinione a favore (con qualche osservazione a margine)", *Parlamenti, politiche pubbliche e forme di governo*, Cedam, Padova, 2016.
- LUPO, N., "La (ancora) incerta natura del nuovo Senato: prevarrà il cleavage politico, territoriale o istituzionale?", *Federalismi*, n. 1, 2016.
- MATTARELLA, B.G., "La riforma del Titolo V: bilancio e prospettive", *Giornale di Diritto amministrativo*, n. 5, 2015.
- MISTRI, M., *La città metropolitana. Una confusa riforma italiana*, La Gru, Vicenza, 2013.
- MONCERI, F., "Spunti di riflessione sull' indefettibilità del principio di democrazia partecipativa nella definizione delle circoscrizioni territoriali provinciali", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitana*, n. 1, 2014.
- MONE, D., "Città metropolitane, Area, procedure, organizzazione del potere, distribuzione delle funzioni", *Federalismi*, n. 8, 2014.
- MONE, D., "Città metropolitane. Spunti per una lettura del principio autonomistico come strumento di affermazione dei diritti fondamentali della persona", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitane*, n. 3, 2014.
- NAVARRO GÓMEZ, C., "La delimitación y el gobierno del fenómeno metropolitano en España", *Anuario de derecho municipal*, n. 2, 2008.

- NERI, S., "Rassegna sullo stato d'attuazione della Legge 7 aprile 2015, n. 56 recante «Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni»", *Federalismi*, n. 11, 2015.
- ONIDA, V., "Parere sui profili di legittimità costituzionale art. 17 d.l. 95/2012, convertito in l.n. 135/2012, in tema di riordino delle province e delle loro funzioni", *Federalismi*, n. 17, 2012.
- PALOMBELLI, G., "Autonomie locali: che fare? Dopo l'approvazione della legge «Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni»", *Astrid*, 2014.
- PATRONI GRIFFI, A., "Città metropolitana: per un nuovo governo del territorio", www.confronticostituzionali.eu, 2014.
- PATRONI GRIFFI, A., "La città metropolitana nel disegno generale del riordino del territorio", *Relazione al Convegno "Le città metropolitane. Ripensare i tipi di Stato e l'organizzazione politico-amministrativa del territorio. Esperienze italo-francesi a confronto"*, Università di Napoli "Federico II", Napoli, 2014.
- PERULLI, G. (a cura di), *La città metropolitana*, Giappichelli, Torino, 2014.
- PERULLI, P. (a cura di), *Nord*, Giuffrè, Milano, 2012.
- PIPERATA, G., "Art. 1 co. 2", Sterpa, A. (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Jovene, Napoli, 2014.
- PIPERATA G., "Art. 1 co. 44-46", Sterpa A. (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Jovene, Napoli, 2014.
- PINTO, F., "La città metropolitana in Francia e in Italia o delle convergenze parallele. Perché mi piace il sistema italiano", *Relazione al Convegno "Le città metropolitane. Ripensare i tipi di Stato e l'organizzazione politico-amministrativa del territorio. Esperienze italo-francesi a confronto"*, Università di Napoli "Federico II", Napoli, 2014.
- PIOGGIA, A. e VANDELLI, L. (a cura di), *La repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, 2009.
- PIZZETTI, F., "Le città metropolitane per lo sviluppo strategico del territorio: tra livello locale e livello sovranazionale", *Federalismi*, n. 12, 2015.
- PIZZETTI, F., "Una grande riforma. Riflessioni su Città metropolitane, Province, Unioni di comuni: le linee principali del ddl Delrio", *Astrid*, 2014.
- POGGI, A., "Il problematico contesto istituzionale e costituzionale in cui si colloca la legge 56/2014 (legge Delrio) in relazione alle diverse competenze legislative Stato-Regioni sull'attribuzione di funzioni amministrative e sulla definizione delle forme di esercizio «obbligato» delle stesse", www.confronticostituzionali.eu, 2014.
- PORTALURI, P.L., "Osservazioni sulle città metropolitane nell'attuale prospettiva di riforma", *Federalismi*, n. 1, 2014.

Regap



ESTUDIOS

- PORTILLO NAVARRO, J. e ESTRADA, V.M., *Crisis económica y entidades locales*, Madrid, 2012.
- RETORTILLO, R.G., "Las provincias", Almeida Cerredá, M., Tubertini, C. e Costa Gonçalves P. (a cura di), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias españolas, italiana y portuguesa*, Civitas, Cizur Menor, 2015.
- ROLLA, G., "Le prime riunioni del Consiglio metropolitano di Genova", *Federalismi, Osservatorio Città Metropolitane*, n. 3, 2014.
- ROTELLI, E., "Le aree metropolitane in Italia. Una questione istituzionale insoluta", Martinotti, G. (a cura di), *La dimensione metropolitana*, Bologna, 1999.
- ROTELLI, E., "Contro il non governo dell'area metropolitana", *Regioni e Governo locale*, n. 3, 1983.
- SALERNO, G. e FABRIZZI, F., *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Jovene, Napoli, 2014.
- SALERNO, G.M., "Sulla soppressione-sostituzione delle province in corrispondenza dell'istituzione delle città metropolitane: profili applicativi e dubbi di costituzionalità", *Federalismi*, n. 1, 2014.
- SCHLAPPA, H. e NEIL, W., *City of tomorrow, Action Today: from crisis to choice re-imagining the future in Shrinking cities*, Thematic report, 2013.
- SCOTT, A.J. (a cura di), *Global city-Regions: trends, theory, policy*, Oxford, 2001.
- SERGES, G., "Alla ricerca di una definizione giuridica di Città metropolitana. Dalla Metropolitan culture dei primi del '900 alla riforma Delrio", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitana*, n. 1, 2014.
- STADERNINI, G., *Diritto degli enti locali*, Cedam, Padova, 2003.
- STAIANO, S., "Lo specchio francese. Possibilità e insidie comparative nella riforma costituzionale italiana", Lucarelli, A. e Verpeaux, M., (a cura di), *Atti del convegno italo-francese Autonomie territoriali in trasformazione: quale futuro?*, *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 2, 2013
- STAIANO, S., "Tecniche normative e qualità della formazione: il caso della città metropolitana", *Federalismi, Osservatorio Città metropolitana*, n. 3, 2014.
- STERPA, A. (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Jovene, Napoli, 2014.
- STERPA, A., "Un giudizio in movimento: la Corte costituzionale tra attuazione dell'oggetto e variazione del parametro del giudizio", *Federalismi*, n. 8, 2015.
- STERPA, A., *Il pendolo e la livella. Il Federalismo all'italiana e le riforme*, Jovene, Napoli, 2015.
- STERPA, A., GRANDI, F., FABRIZZI, F. e DE DONNO, M., "Corte Costituzionale, Sentenza n. 50 del 2015: scheda di lettura", *Federalismi*, n. 7, 2015.

TESSARO, T. e LUCCA, M., "Art 1, co. 14-16, 21-22,25-39", Sterpa, A. (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta*, Jovene, Napoli, 2014.

TORTORELLA, W. e ALLULLI, M., *Città metropolitane. La lunga attesa*, Marsilio, Venezia, 2014.

TOSCANO GIL, F., *El área metropolitana en el ordinamento jurídico español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2011.

TOSCANO GIL, F., *Los consorcios metropolitanos*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2011.

TOSCANO GIL, F., *Fenómeno metropolitano y sus soluciones jurídicas*, Iustel, Madrid, 2010

TOSCANO GIL, F., "Las Áreas metropolitanas en el derecho español: modelos vigentes e incidencia de las crisis económicas", *Istituzioni del federalismo*, n. 2, 2015.

TRAMONTANO, A., "La legge Delrio e la Città metropolitana di Roma", Sterpa A., (a cura di), *Il nuovo governo di area vasta*, Jovene, Napoli, 2014.

URBANI, P., "Il ruolo delle istituzioni nel governo dei processi metropolitani: le grandi città come problema nazionale e non locali", *Astrid*, 2007.

URBANI, P., "Le funzioni di pianificazione della città metropolitana", *Astrid*, 2013.

VALLAR, Ch., "Le métropole: l' institutionnalisation d'un aire urbanine à l' échelle européenne", Carles J., Guignard D. e Regourd S. (a cura di), *Rèformes et mutations des collectivités territoriales*, Parigi, 2012.

VANDELLI, L., "Le aree metropolitane", *Istituzioni di federalismo*, n. 2, 2000.

VANDELLI, L., "La provincia italiana nel cambiamento: sulla legittimità di forme di elezione indiretta", *Astrid*, 2012.

VANDELLI, L., *Il sistema delle autonomie locali*, Il Mulino, Bologna, 2013.

VANDELLI, L., *Città metropolitana*, Roma, 2014.

VESPERINI, G., "La legge Delrio: il riordino del governo locale", *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8-9, 2014.

STUDI E RICERCHE

"A Strategic Knowledge and Research Agenda on Polycentric Metropolitan Areas", *European metropolitan network institute*, EMI, ERDF, gennaio 2014.

"Avis sur les aires métropolitaines européennes: implications socio-économiques pour l'avenir de l' Europe", *Journal officiel de l' Union européenne* (fr), Comité économique et social européen, 2007/C 168/02.

"Beyond boundaries, Functional urban areas matter", *EuroCity*, luglio 2011.

"Città del futuro. Sfide, idee, anticipazioni", *Commissione europea, Politiche regionali*, ottobre 2011.

Regap



ESTUDIOS

- “Città metropolitana, Legge 56/2014, elezioni: scadenze e adempimenti”, ANCI e UPI, agosto 2014.
- “Competitive Cities in the Global Economy”, *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Territorial review*, 2006.
- “L’attuazione della legge n. 56/2014: il riordino delle funzioni delle province e delle città metropolitane e l’accordo in conferenza unificata”, ANCI e UPI, luglio 2014.
- “La nuova geografia comunale. Dalle città metropolitane alle fusioni di comuni”, *Centro documentazione e studi comuni italiani, Quaderni di Analisi ANCI-IFEL*, n. 5, 2014.
- “La riforma delle Province e delle Città metropolitane. L’attuazione della Legge 56/2014, i tavoli di lavoro, le scadenze, gli accordi”, UPI, maggio 2014.
- “La riforma delle Province e delle città metropolitane”, UPI, luglio 2014.
- “Le città metropolitane”, CITTALIA, rapporto aprile 2013.
- “Rapporto Urbes”, ANCI e ISTAT, aprile 2015.
- “Rileggere il territorio per dare identità e governo all’area vasta. Il governo delle aree metropolitane in Europa”, Censis, Roma, 2014.

Regap

Notas

2

Organización administrativa e principio de igualdade retributiva

Organización administrativa y principio de igualdad retributiva

Administrative organization and principle of equal pay

52 Regap

FELIO JOSÉ BAUZÁ MARTORELL

Universidade das Illas Baleares (España)

fbauza@fbauzaabogados.es

Recibido: 29/02/2016 | Aceptado: 29/06/2016

Regap



NOTAS

Resumo: A legalidade orzamentaria non impide que se dean situacións en que dous funcionarios que ocupan postos de distinto nivel realicen exactamente as mesmas funcións e, non obstante, perciban diferente retribución. Os tribunais de xustiza acuñaron o principio de igualdade retributiva, de construción xurisprudencial, que –con fundamento na Constitución– informa, interpreta e ata corrixe a legalidade orzamentaria para recoñecer o dereito do empregado público a percibir as retribucións polas funcións que desenvolve independentemente da súa categoría e nivel do posto que ocupa.

Palabras clave: legalidade orzamentaria, igualdade retributiva, repartición indiscriminada de asuntos.

Resumen: La legalidad presupuestaria no impide que se den situaciones en las que dos funcionarios que ocupan puestos de distinto nivel realicen exactamente las mismas funciones y, sin embargo, perciban diferente retribución. Los tribunales de justicia han acuñado el principio de igualdad retributiva, de construcción jurisprudencial, que –con fundamento en la Constitución– informa, interpreta y hasta corrige la legalidad presupuestaria para reconocer el derecho del empleado público a percibir las retribuciones por las funciones que lleva a cabo independientemente de su categoría y nivel del puesto que ocupa.

Palabras clave: legalidad presupuestaria, igualdad retributiva, reparto indiscriminado de asuntos.

Abstract: The budget law does not preclude situations where two staff positions at different levels, perform exactly the same functions and yet receive different pay.

The Courts have coined the principle of equal pay, of jurisprudential construction, which, with reports based on the Constitution, plays and even corrects the budget law to recognize the right of public employees to receive remuneration for the functions performed independently in its class and level of the position held.

Key words: budgetary legality, equal pay, indiscriminate allocation of cases.

Sumario: 1 Introducción. 2 Un dereito limitado pola legalidade orzamentaria. 3 Non discriminación e igualdade retributiva. 3.1 Formulación. 3.2 Principio de igualdade retributiva. 3.2.1 Concepto e requisitos. 3.2.2 Repartición indiscrimi-

nada de asuntos. 3.2.3 Igualdade retributiva vs. legalidade orzamentaria. 3.2.4 Carga da proba. 4 Efectos. 5 Valoración xeral e recomendacións *de lege ferenda*. 6 Bibliografía.

1 Introducción

Sen dúbida, a retribución de calquera traballador é obxecto de reivindicación continua. No emprego público esta situación tórnase máis complexa coa legalidade orzamentaria e os instrumentos de ordenación da función pública, dado que os sistemas de incentivos para premiar a quen máis esforzo e empeño dedica son practicamente inexistentes.

O agravio comparativo dáse no seo dunha mesma administración –na que non se poden entender as diferenzas entre complementos específicos para un cargo similar en función da pertenza a un departamento ou outro da mesma administración– como tamén se dá entre administracións, de maneira que empregados pertencentes a corpos de funcionarios equivalentes perciben distintos emolumentos en función de que sexan membros dunha ou doutra entidade.

O sistema de posto de traballo leva consigo unha distorsión cara á *patrimonialización* do posto que se ocupa¹, sendo ás veces moi difícil, se non é pola boa vontade do empregado público, conseguir que se atendan puntas de actividade². Nesa *apropiación* do posto de traballo ten moito que ver o dato da inamobilidade, así como a imposibilidade de que funcionen os sistemas de incentivos (en moitos casos a produtividade converteuse nun complemento fixo e periódico).

2 Un dereito limitado pola legalidade orzamentaria

Nun negocio xurídico sinalagmático de intercambio de obra ou servizo por remuneración ou prezo, a retribución non só constitúe unha contraprestación dunha das dúas partes, senón que é un elemento esencial dese negocio xurídico (artigo 1261.2 CC).

No ámbito profesional, xa sexa laboral ou estatutario, a remuneración é un dereito irrenunciable do traballador ou empregado público, que se atopa suxeito a intervención administrativa: o salario mínimo no primeiro caso³ e a legalidade orzamentaria no segundo⁴.

Centrándonos xa no emprego público, o artigo 21 do Real decreto lexislativo 5/2015, do 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto básico do emprego público (en diante EBEP), é taxativo á hora de advertir que as contías das retribucións básicas e o incremento das contías globais das retribucións complementarias dos funcionarios, así como o incremento da masa salarial do persoal laboral, deberán reflectirse para cada exercicio

1 FUENTETAJA PASTOR, J. A., “Politización e patrimonialización en la función pública”, Rodríguez-Campos González, S., e Fernández Farreres, G. (coords.), *El empleo público en tiempo de reformas*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

2 Sobre a xénese do actual sistema retributivo da función pública, vide CRESPO MONTES, L. F., “La reforma legal de la función pública española de los años sesenta”, *Revista de Administración Pública*, n.º 149, 1999, pp. 384 e ss.

3 O artigo 27.1 do Estatuto dos traballadores, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2015, do 23 de outubro, obriga o Goberno a fixar, logo de consulta con organizacións sindicais e asociacións empresariais máis representativas, anualmente, o salario mínimo interprofesional, tendo en conta (a) o índice de prezos ao consumo, (b) a produtividade media nacional alcanzada; (c) o incremento da participación do traballo na renda nacional; e (d) a conxuntura económica xeral. Ademais diso, outra garantía que pesa sobre o salario mínimo é o seu carácter inembargable.

4 Sobre a intervención administrativa no sistema retributivo da función pública, vide BARRACHINA JUAN, E., *La función pública. Parte especial II*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 3-6.

orxamentario na correspondente lei de orxamentos, ao tempo que prohibe que se poidan acordar incrementos retributivos que globalmente supoñan un incremento da masa salarial superior aos límites fixados anualmente na Lei de orxamentos xerais do Estado para o persoal⁵.

Certamente, sobre as retribucións dos empregados públicos pesa o límite da legalidade orxamentaria, extremo que impide un principio dispositivo sobre este elemento da relación xurídica estatutaria.

Así, o artigo 19.5 da Lei 48/2015, de orxamentos xerais do Estado para 2016, fixa as contías a percibir en concepto de soldo e trienios para os funcionarios do artigo 76 EBEP, relativo aos grupos de clasificación profesional dos funcionarios de carreira. Pola súa banda, o artigo 23.1.c da Lei 48/2015 fixa o importe dos complementos de destino, remitindo as relacións de postos de traballo para o importe do complemento específico⁶. Por último, o artigo 46 L XO establece a limitación dos compromisos de gasto, impedindo que se poidan adquirir compromisos de gasto nin obrigas por contía superior ao importe dos créditos autorizados nos estados de gastos, sendo nulos de pleno dereito os actos administrativos e as disposicións xerais con rango inferior a lei que incumpran esta limitación.

En consecuencia, pode apreciarse como a retribución resulta indispoñible para ningunha das partes da relación estatutaria (Administración e empregado), atopándose limitada pola lei, xa sexa de forma directa (soldo, trienios e complemento de destino) ou de xeito indirecto (complemento específico).

Este principio de legalidade orxamentaria limita os dereitos retributivos dos empregados públicos ata tal punto que mesmo a negociación colectiva se atopa relativizada por canto unha lei de orxamentos pode deixar sen efecto un incremento retributivo previsto nun pacto ou acordo⁷.

Por último, non podemos deixar de significar que a retribución dos empregados públicos está chamada a ser xusta, axeitada ao seu traballo e digna, características que, de acordo co que vimos dicindo, se atopan no seo da política lexislativa e a dispoñibilidade orxamentaria.

5 O artigo 19.2 da Lei 48/2015, do 29 de outubro, de orxamentos xerais do Estado para o ano 2016, con carácter básico, prohibe que no ano 2016 as retribucións do persoal ao servizo do sector público poidan experimentar un incremento superior ao 1 por cento respecto ás viventes en 31 de decembro de 2015, en termos de homoxeneidade para os dous períodos da comparación, tanto polo que respecta a efectivos de persoal como á súa antigüidade

6 Para o EBEP, a RPT constitúe un instrumento de ordenación da función pública, de sorte que o artigo 74 determina que as Administracións públicas estruturarán e súa organización a través de relacións de postos de traballo ou outros instrumentos organizativos similares que comprenderán, polo menos, a denominación dos postos, os grupos de clasificación profesional, os corpos ou escalas, se é o caso, a que estean adscritos, os sistemas de provisión e as retribucións complementarias. Os ditos instrumentos deben ser públicos.

7 Referímonos á polémica suscitada en relación co Acordo Administración-Sindicatos do 15 de setembro de 1994 para o período 1995-1997 sobre condicións de traballo na función pública (aprobado por Acordo do Consello de Ministros do día seguinte). As previsións de incrementos salariais foron deixadas sen efecto pola Lei 12/1996, do 30 de decembro, de orxamentos xerais do Estado, logo de anuncio polo ministro de Administracións Públicas en sesión da Mesa Xeral de Negociación do 19 de setembro de 1996. A Audiencia Nacional, en Sentenza do 23 de xaneiro de 2001, anulou a conxelación salarial por ser contraria ao artigo 35 da Lei 7/1990, do 19 de xullo, sobre negociación colectiva e participación na determinación das condicións de traballo dos empregados públicos, aínda que esta sentenza foi recorrida ante o Tribunal Supremo pola Avogacía do Estado, estimando o recurso e anulando a Sentenza da Audiencia Nacional. A Sentenza da Sala Terceira do Tribunal Supremo, Sección 7.ª, do 21 de marzo de 2003 (rec. 739/1996) senta a doutrina da limitación da autonomía negocial, xustificada “polo papel real que representa o orzamento como instrumento básico de protección do interese xeral do Estado e como principio director da política xeral que xustifica, ao abeiro do artigo 40.1 da Constitución”. Esta polémica é analizada con detalle en CRESPO MONTES, L. F., *Mitos e ritos da Administración española*, INAP, Madrid, 2003, pp. 366-370. Sobre a limitación da negociación colectiva dos empregados públicos, vide ROQUETA BUJ, R., *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007. ALFONSO MELLADO, C. L., *Los derechos colectivos de los empleados públicos en el Estatuto Básico*, Bomarzo, Albacete, 2008. SOLANA PÉREZ, A., *La negociación colectiva de las retribuciones de los funcionarios de la Administración local: posibilidades y límites*, Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 2009.

3 Non discriminación e igualdade retributiva

3.1 Formulación

A legalidade orzamentaria, como límite ás retribucións dos empregados públicos, non impide que se dean situacións en que dous funcionarios que ocupan postos de distinto nivel realicen as mesmas funcións e, non obstante, perciban diferente retribución como consecuencia da ocupación de postos de traballo con distintos complementos de destino e específico.

Esta situación é particularmente frecuente na Axencia Estatal de Administración Tributaria, que, cun cadro de persoal de vinte e oito mil membros e unha conxelación de procesos de provisión de postos de traballo nos últimos anos, se organiza en unidades con efectivos de distinto corpo e nivel de titulación, que realizan idénticas funcións, con repartición de traballo indiscriminado por parte do superior xerárquico⁸, como igualmente se presentou esta cuestión das diferenzas retributivas na Inspección de Traballo⁹ ou nos controladores laborais¹⁰, sen prexuízo doutros casos de funcionarios de Administración xeral¹¹.

Os tribunais de xustiza –especialmente as salas do Contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza de Cataluña e Baleares, ademais da Sala Terceira do Tribunal Supremo– véñense pronunciando sobre esta cuestión, acuñando o principio de igualdade retributiva, de construción xurisprudencial, que –con fundamento na Constitución– informa, interpreta e ata corrixe a legalidade orzamentaria.

3.2 Principio de igualdade retributiva

3.2.1 Concepto e requisitos

Con base na cláusula xeral non discriminatoria do artigo 14 CE, a xurisprudencia ampárase no principio constitucional de igualdade do artigo 23.2 CE para entender que a igualdade de funcións lle corresponde unha igualdade de retribucións. Dito doutro xeito, cando se acredita que un e outro empregado realizan os mesmos labores, con independencia do nivel que lles corresponde, os principios de igualdade, mérito e capacidade exigen recoñecer o dereito a percibir as mesmas retribucións complementarias (SSTS do 8 de marzo de 2005 [rec. 1066/2001], do 22 de setembro de 2003 [rec. 140/1998], e do 3 de outubro de 2001 [rec. 633/1998]).

Os efectos prácticos, como a continuación se verá, consisten en que o funcionario que ocupa un posto da RPT de inferior nivel ten dereito a cobrar a diferenza retributiva con respecto do funcionario de maior titulación que realiza o mesmo traballo que o seu compañeiro. De pouco serve a argumentación da Avogacía do Estado en todos estes casos de que o sistema

8 *Vide* as sentenzas do Tribunal Supremo do 8 de marzo de 2005, do 22 de setembro de 2003 e do 3 de outubro de 2001, entre outras, relativas ás diferenzas retributivas dos subinspectores de Facenda adscritos ao grupo A e ao grupo B.

9 *Vide* as sentenzas do Tribunal Supremo do 9 de xuño de 2006, do 30 de xuño de 2004, do 9 de febreiro de 2004 e do 21 de xullo de 2003, entre outras.

10 *Vide* as sentenzas do Tribunal Supremo do 20 de novembro de 2006 e do 19 de xullo de 2006, entre outras.

11 *Vide* a Sentenza do Tribunal Supremo do 15 de outubro de 2008, relativa a funcionarios do Departamento de Estradas de Castela e León Oriental.

de emprego público en España descansa na ocupación dun posto de traballo, e que non poden percibirse retribucións distintas que as propias do posto que se ocupa (Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña 818/2011, do 30 de xuño de 2011 [rec. 1511/2008]).

Dous son os requisitos que exixen os tribunais de xustiza para aplicar este principio: en primeiro lugar, que as funcións que realizan ambos os dous empregados sexan idénticas, non sendo suficiente que sexan similares; en segundo termo, que tales funcións se realicen non por propia iniciativa do empregado público, senón por indicación dun superior xerárquico¹².

Neste sentido, é reveladora a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza das Illas Baleares 543/2015, do 29 de setembro de 2015 (relator Ortuño Rodríguez) (rec. 419/2014), que no seu FD cuarto recolle a doutrina xurisprudencial sobre esta materia nos seguintes termos:

(...) parécenos necesario recordar que a xurisprudencia acepta que o principio de igualdade opera para os efectos das retribucións dos funcionarios públicos, pero sempre que, primeiro, se parta de que as funcións desenvolvidas sexan idénticas ás daquel outro funcionario que se toma como punto ou termo de comparación; e, segundo, que esas funcións se leven a cabo con suxeición á norma, é dicir, de acordo en último extremo coas instrucións e encomendas recibidas do superior correspondente.

Non é suficiente, pois, por exemplo, que un e outro funcionario interveñan conxunta ou sucesivamente nos mesmos expedientes individualizados xa que, de por si, pode supor que o fan en atención á maior ou menor complexidade dun ou outro trámite concreto dese expediente individualizado.

Pola contra, a repartición indiscriminada de expedientes individualizados e a súa tramitación completa por cada funcionario é síntoma claro de que nesa repartición non se considera a maior ou menor complexidade dos trámites.

Pero, en todo caso, se se proba que as funcións son idénticas, é dicir, se as funcións non son meramente similares e se desenvolven por suxeición a disposicións normativas ou encomendas do superior correspondente, en definitiva, o principio constitucional de igualdade determina que as retribucións se iguallen.

A identidade de traballo, isto é, a igualdade de funcións, ten que supor xa que logo a igualación de retribucións, e iso independentemente de que se ocupe formalmente un posto de traballo de nivel inferior (...).

3.2.2 Repartición indiscriminada de asuntos

A obxectividade constitúe un elemento de primeira orde na Administración, e por extensión no emprego público, que só pode ceder ante razóns xustificadas¹³. A repartición indiscriminada dos asuntos entre funcionarios de distinto nivel revélase como un factor clave no principio

12 Para a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Baleares 665/2011, do 27 de setembro de 2011 (rec. 793/2008), neste acto de encomenda de funcións non se exige un nomeamento ou investidura formal, senón que é suficiente con que o desempeño fose autorizado, consentido ou ordenado por vía de feito por un superior, isto é, que existan actos concluíntes do mesmo significado que o nomeamento ou encomenda.

13 GUILLÉN CARAMÉS, J. e FUENTETAJA PASTOR, J. A., "El principio de objetividad en la función pública (un análisis desde la jurisprudencia)", *Documentación Administrativa*, n.º 289, 2011, pp. 151-182.

de igualdade retributiva. Para os tribunais de xustiza, o feito de que o superior xerárquico encomende sen criterio ningún os expedientes constitúe a evidencia de que a Administración non discrimina tales asuntos en función da súa maior ou menor complexidade e que, en consecuencia, o tratamento que ofrece a estes é o da identidade.

No recurso de casación en interese da Lei 51/2007, o Tribunal Supremo (Sala Terceira, Sección 7.ª) dita a Sentenza do 17 de decembro de 2009, que exerce especial fincapé nesta cuestión:

(...) Este criterio é coherente coa doutrina xurisprudencial desta sala a propósito das retribucións complementarias, pois a sentenza conta a que se recorre considerou acreditado, tras valorar as probas incorporadas á causa, que os funcionarios, malia teren eses diferentes niveis e percibiren distintos complementos retributivos, realizaban exactamente as mesmas funcións e cometidos e asumían as mesmas responsabilidades, sen que existise ningunha instrución, circular, nota, orde ou similar que establecese criterios de diferenciación, en canto ás funcións ou en canto a calquera dos outros aspectos do desempeño do posto de Inspección, derivada do distinto nivel de complemento de destino e se as funcións que desempeñaban os funcionarios eran as mesmas, a diferenza de tratamento retributivo entre os postos de traballo en función do distinto nivel carecía de xustificación obxectiva e razoable, pois non é obxectivo nin razoable diferenciar a través do nivel profesional e do complemento específico uns postos de traballo que teñen exactamente o mesmo contido (...).

A xurisprudencia, por razóns obvias, si admite que dous funcionarios poidan cobrar emolumentos distintos en función da súa igualmente distinta dispoñibilidade, habilidade ou experiencia, aínda que para iso exige a existencia de instrucións que regulen a distribución de asuntos de forma obxectiva e atendendo ao distinto nivel do posto de traballo. En consecuencia, resulta imprescindible un labor de valoración e ponderación da complexidade dos asuntos e da responsabilidade ou habilidade dos empregados públicos.

En definitiva, os tribunais de xustiza fan descansar os dereitos retributivos non tanto sobre unha cuestión estática de pertenza do funcionario ao corpo e ocupación dun posto de traballo da RPT, senón máis ben sobre o exercicio das funcións concretas que desempeña. Así, a Sentenza do Tribunal Supremo, Sala Terceira, Sección 7.ª, do 21 de xuño de 2011 (rec. 2488/2009), afirma que:

(...) resultaría contradictorio que a Administración lle recoñecese a un funcionario capacidade ou actitude suficiente para o desempeño provisional dun determinado posto de traballo e, simultaneamente, lle negase os dereitos económicos vinculados a ese mesmo posto, podendo chegar, mesmo, a producir un resultado de difícil xustificación desde a perspectiva do principio de igualdade ao xerar unha situación de diferenza retributiva a pesar de que o labor funcional estivese referido a idénticas actividade e funcións (...).

No mesmo sentido, a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Baleares 724/2011 (rec. 321/2008) admite preponderancia da situación real sobre a formal:

(...) mentres a organización do traballo entre os funcionarios nas dependencias e oficinas (...) só atenda ao grupo ou categoría de modo que a súa repartición se efectúe con abstracción dos niveis correspondentes aos respectivos postos de traballo, os funcionarios que soporten a dita carga de traballo, distribuída igualitariamente, terán dereito a percibir a diferenza entre os

complementos de destino e específico correspondentes aos niveis 22 e 18 (segundo se trate do Grupo C ou D) e a percibida en atención ao nivel atribuído ao seu posto de traballo (...).

3.2.3 Igualdade retributiva vs. legalidade orzamentaria

Ao recoñecer a igualdade retributiva, os tribunais de xustiza non son alleos á legalidade orzamentaria, senón que a admiten en toda a súa extensión, aínda que contrapoñen ambas as dúas institucións xurídicas e resolven en favor do interese máis digno de protección.

Para a xurisprudencia, retribuír de xeito diferente a dous funcionarios que realizan as mesmas funcións é sinxelamente un acto ilegal. Así, a Sentenza do Tribunal Supremo citada do 17 de decembro de 2009 –con cita das Sentenzas da mesma Sala Terceira do 16 de febreiro de 2004 (rec. 8688/98) e 28 de xuño de 2004 (rec. 3266/99)– insiste en que non é obxectivo nin razoable diferenciar a través dos complementos de destino e específico uns postos de traballo que teñen o mesmo labor, e recorda:

(...) destacouse que a consideración que merece ese trato desigual inxustificado non pode reducirse a unha mera irregularidade administrativa compatible coas exixencias do artigo 23.2 da Constitución nas sentenzas do 9 de xuño de 2006 (casación 267/01), 19 de xullo de 2006 (casación 5096/2000) e 20 de novembro de 2006 (casación 4408/01) (...).

Non resulta unha fundamentación válida para os tribunais de xustiza que as asignacións orzamentarias se atopen recollidas nas leis de orzamentos e nas relacións de postos de traballo, extremo que faría inviable unha revisión da retribución por encontrarse fixada directa ou indirectamente por lei. En cambio, o Tribunal Supremo recordou que a natureza estatutaria da relación dos funcionarios coas Administracións públicas non pode lexitimar actuacións ilegais, como sucede no caso de que unha relación de postos de traballo de funcionarios asigne niveis ou complementos específicos que non se correspondan coas funcións ou tarefas efectivamente realizadas (Sentenza do TSX de Illas Baleares citada 543/2015).

Os tribunais de xustiza consideran a potestade autoorganizativa da Administración, referíndose á aprobación de relacións de postos de traballo como instrumento de ordenación da función pública¹⁴. Non obstante, esta potestade non pode ser contraria á vinculación positiva á legalidade (artigo 103 da CE), que non só comprende a orzamentaria, senón tamén o principio constitucional de igualdade. Así, pode citarse a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña 162/2014, do 27 de febreiro de 2014 (rec. 226/2012), segundo a cal (FD cuarto):

(...) Como dixemos noutras ocasións, non poden articularse criterios de legalidade orzamentaria cando a Administración non se axusta na distribución do traballo á RPT vixente, que debe axustarse a criterios de legalidade. Do mesmo modo, ten a potestade de autoorganización, pero debe exercela de acordo cos intereses xerais e con pleno sometemento a criterios de eficacia e á lei e o dereito (artigo 103 da CE) (...).

Curiosamente, esta sentenza vai máis alá nas súas formulacións para introducir un principio de interpretación extensiva en favor do funcionario responsable e dilixente. Referíndose ao

14 SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Tecnos, 6ª edición, Madrid, 2011.

incumprimento das funcións asignadas a cada empregado público na relación de postos de traballo, esta sentenza sinala que:

(...) a omisión ou o incumprimento destes límites non pode prexudicar aqueles funcionarios que asumen unha maior carga de traballo, responsabilidade, etc., da que lles corresponde por razón do nivel ao posto de traballo do que son titulares, pois nese caso estase a vulnerar o principio de igualdade (...).

3.2.4 Carga da proba

Ao funcionario que reclama as diferenzas retributivas correspóndelle a carga da proba (artigo 60 LX en relación co artigo 217.2 LACiv). E a proba debe versar sobre os dous requisitos exixidos para a apreciación do principio de igualdade retributiva, é dicir, que as funcións do reclamante son idénticas á doutros funcionarios de maior nivel; e que a repartición dos asuntos polo superior xerárquico é indiscriminada ou, o que é o mesmo, que non se atende á maior ou menor complexidade para a súa asignación a un ou outro empregado público.

4 Efectos

4.1 Recoñecemento de diferenzas retributivas ao empregado público

O efecto fundamental da aplicación do principio de igualdade retributiva consiste no recoñecemento ao funcionario reclamante a percibir a diferenza polos conceptos retributivos de complementos de destino, complemento específico e complemento de produtividade en relación co funcionario de superior nivel cuxas funcións fosen idénticas e mais os xuros xerados desde a data da reclamación.

Para os tribunais de xustiza, *“a diferenza de tratamento retributivo entre os postos de traballo en función do distinto nivel carece de xustificación obxectiva e razoable, pois non é obxectivo nin razoable diferenciar a través do nivel profesional e do complemento específico uns postos de traballo que teñen exactamente o mesmo contido”* (SSTS do 28 de xuño de 2004 (rec. 3266/1999) e 16 de febreiro de 2004 (rec. 8688/1998).

O ámbito temporal destas diferenzas retributivas vén determinado polo límite xeral da prescrición de catro anos (artigo 66.b da LXT), contado retroactivamente a partir da data en que se solicitou individualmente o aboamento das retribucións.

Pola súa banda, a devindicación de xuros só se pode producir a partir do momento en que as cantidades son reclamadas (artigo 1.100 do CC).

4.2 Enriquecemento inxusto da Administración

Non pode deixar de mencionarse que a alternativa ao recoñecemento do principio de igualdade retributiva, isto é, o mantemento da situación en que un funcionario de inferior nivel realiza funcións dun nivel superior, significa un enriquecemento inxusto da Administración, que obtén uns maiores resultados a un menor custo.

En efecto, o principio de igualdade retributiva constrúese xurisprudencialmente en evitación do enriquecemento inxusto da Administración (ao que se refire expresamente a Sentenza citada do TSX de Baleares 665/2011, do 27 de setembro de 2011), pois, sen respectar a distinción de tarefas asignadas na relación de postos de traballo a cada efectivo que cobre ese concreto e determinado posto de traballo, resulta evidente que a Administración se beneficia da ruptura do equilibrio entre responsabilidade e retribución, debéndose traer a colación a teoría da *negotiorum gestio*¹⁵.

5 Valoración xeral e recomendacións *de lege ferenda*

Unha situación en que se xeneralice a reclamación de diferenzas retributivas por traballos efectuados de maior categoría que o nivel desempeñado é indicativa de que o funcionamento da Administración non se adapta doadamente á visión estática dunha relación de postos de traballo.

Neste punto constátase unha disfunción na organización da función pública, que debe ser obxecto de inmediata corrección. A xeneralización da igualdade retributiva tampouco constitúe solución ningunha; levado a un extremo este principio, corre o perigo de traducirse nunha equiparación retributiva nos importes superiores dos empregados públicos prescindindo da súa formación e experiencia, que son claves para organizar o emprego público.

De lege lata o sistema retributivo obedece a un criterio cartesiano: ao funcionario retribúeselle polo que é (soldo base e trienios), polo nivel alcanzado dentro do seu grupo de titulación (complemento de destino) e pola especial dificultade do posto que ocupa (complemento específico). Non obstante, na práctica este esquema distorsiónase por varias fronteas: unha delas é que a determinación do complemento específico non responde a unha fundamentación concreta; a segunda é a situación de abuso ao destinar a un funcionario tarefas de superior categoría, entre outras cousas porque a rixidez da organización administrativa non permite contar con efectivos máis idóneos.

Xunto aos problemas de organización dos cadros de persoal e relacións de postos de traballo, tampouco podemos eludir a responsabilidade, de maneira que a encomenda destas funcións superiores igualmente obriga o funcionario a asumir o risco de levar a cabo actuacións para as que non acreditou formación.

Nunha política de contención do gasto público¹⁶, a Administración trata de aforrar recursos orzamentarios ao non convocar procesos de provisión de postos de traballo, e debéndose render á evidencia de xuntar nunhas mesmas unidades (coa conseguinte identidade de funcións) empregados de diferente grupo de titulación.

Tampouco é cuestión de demonizar as unidades compostas por efectivos de diferente nivel, senón que o problema radica en atribuírlles a todas as mesmas funcións sen discriminación ningunha. Este *modus operandi* é indicativo de que a realidade da organización administrativa corre á marxe da asignación de funcións que opera a relación de postos de traballo, que

15 REBOLLO PUIG, M., "Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el derecho administrativo", *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 12, 2006, pp. 7-37.

16 BAUZÁ MARTORELL, F. J., "Contención del gasto público y tasa de reposición de efectivo en la Administración local", *Revista de Estudios de la Administración Local*, n.º 289, 2002, pp. 225-240.

acaba por converterse nun elemento puramente instrumental para a ocupación dun posto, aínda que perde toda a súa relevancia a partir dese instante.

A única forma de evitar esta situación consiste en alongar a vida útil da RPT e tela presente no funcionamento ordinario da Administración, ao tempo que establecer protocolos de actuación que discriminen os asuntos valorando a súa maior ou menor dificultade, así como a aptitude dos distintos efectivos que compoñen unha mesma unidade administrativa, todo iso co referente da RPT e a posibilidade de ir adaptándoa ás necesidades que se vaian presentando nun órgano administrativo¹⁷. Mentres ambas as dúas actuacións non se leven a cabo, os tribunais irán estendendo unha igualdade retributiva cuxa xeneralización pode conducir ao colapso da organización administrativa.

6 Bibliografía

- ALFONSO MELLADO, C. L.; *Los derechos colectivos de los empleados públicos en el Estatuto Básico*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- BARRACHINA JUAN, E.; *La función pública. Parte especial II*, PPU, Barcelona, 1991.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J.; "Contención del gasto público y tasa de reposición de efectivo en la Administración local", *Revista de Estudios de la Administración Local*, n. 289, 2002.
- CRESPO MONTES, L. F.; "La reforma legal de la función pública española de los años sesenta", *Revista de Administración Pública*, n. 149, 1999.
- CRESPO MONTES, L. F.; *Mitos y ritos de la Administración española*, INAP, Madrid, 2003.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A.; "Politización y patrimonialización en la función pública", Rodríguez-Campos González, S. e Fernández Farreres, G. (coords.), *El empleo público en tiempo de reformas*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- GUILLÉN CARAMÉS, J., e FUENTETAJA PASTOR, J. A.; "El principio de objetividad en la función pública (un análisis desde la jurisprudencia)", *Documentación Administrativa*, n. 289, 2011.
- REBOLLO PUIG, M.; "Enriquecimiento injusto y *nemo auditur* en el derecho administrativo", *Cuadernos de Derecho Local*, n. 12, 2006.
- ROQUETA BUJ, R.; *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.; *Derecho de la función pública*, Tecnos, 6ª edición, Madrid, 2011.
- SOLANA PÉREZ, A.; *La negociación colectiva de las retribuciones de los funcionarios de la Administración local: posibilidades y límites*, Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 2009.

17 Non en van o Informe da Comisión de Expertos sobre o Estatuto básico do emprego público de abril de 2005 (INAP) suxire unha necesaria flexibilidade na configuración da RPT, especialmente na determinación das funcións do posto de traballo, para facer compatible a claridade das responsabilidades individuais coas necesidades de adaptación da organización a un ámbito cambiante de exixencias (epígrafe 34, p. 83).

Principais novidades na regulación do ITPAXD en Galicia para 2016

Principales novedades en la regulación del ITPAJD en Galicia para 2016

Main innovations in the regulation of the ITPAJD in Galicia for 2016

52 Regap

MARÍA BEGOÑA VILLAYERDE GÓMEZ

Profesora contratada doutora en excedencia

Área de Dereito Financeiro e Tributario

Universidade de Santiago de Compostela

Conselleira do Consello de Contas de Galicia (España)

mariajegona.villaverde@usc.es

Recibido: 07/06/2016 | Aceptado: 29/06/2016

Regap



NOTAS

Resumo: Neste traballo abórdase un exame dos cambios introducidos na normativa autonómica galega do ITPAXD. Tales modificacións gardan relación cun deseño máis global das políticas sobre o solo que se están a levar a cabo nesta Comunidade Autónoma, na cal o potencial desenvolvemento económico do medio rural adquire un papel protagonista. Requírese, pois, coñecer estas novas deducións no ITPAXD, o seu alcance e condicións, para poder valorar se poden cumprir a finalidade para a que foron creadas. Tamén se realizará unha referencia a outras novidades legais e xurisprudenciais de interese, relativas á valoración de bens; en particular, á regulación da taxación pericial contradictoria e á posibilidade de regular por unha norma autonómica os medios de comprobación de valores.

Palabras clave: imposto sobre transmisións patrimoniais, imposto sobre actos xurídicos documentados, transmisión, agrupación, solo rústico, dedución, bonificación, explotacións agrarias de carácter prioritario, Banco de Terras, vivenda habitual, medios de comprobación de valores, taxación pericial contradictoria.

Resumen: En este trabajo se aborda un examen de los cambios introducidos en la normativa autonómica gallega del ITPAJD. Tales modificaciones guardan relación con un diseño más global de las políticas sobre el suelo que se están llevando a cabo en esta Comunidad Autónoma, en la que el potencial desarrollo económico del medio rural adquiere un papel protagonista. Se requiere, pues, conocer estas nuevas deducciones en el ITPAJD, su alcance y condiciones, para poder valorar si pueden cumplir la finalidad para la que han sido creadas. También se realizará una referencia a otras novedades legales y jurisprudenciales de interés, relativas a la valoración de bienes; en particular, a la regulación de la tasación pericial contradictoria y a la posibilidad de regular por una norma autonómica los medios de comprobación de valores.

Palabras clave: impuesto sobre transmisiones patrimoniales, impuesto sobre actos jurídicos documentados, transmisión, agrupación, suelo rústico, deducción, bonificación, explotaciones agrarias de carácter prioritario, Banco de Tierras, vivienda habitual, medios de comprobación de valores, tasación pericial contradictoria.

Abstract: This paper is focused on the changes introduced in the Galician regional regulation of ITPAJD (our Spanish tax on capital transfers and documented legal acts). Such modifications are linked to a more global design of policies

on the land that are taking place in Galicia, where the potential economic development of rural areas plays a main role. It is needed, so, to know these new deductions in the ITPAJD, its scope and conditions to be able to value if they can fulfill the purpose for which they have been created. We will also analyze other new legislation and relevant case law relative to the valuation of goods; with particular attention to the regulation of the counter-valuations by appraisal experts and to the possibility of means of goods verification being regulated by regional laws.

Key words: Tax on capital transfers, tax on documented legal transactions, transmission, grouping, rustic land, deduction, rebate, priority agricultural holdings, Land Bank, primary residence, test values, counter-valuations by appraisal experts.

Sumario: 1 Introducción. 2 Modificacións na regulación do ITPAXD con incidencia no medio rural. 2.1 Novos beneficios fiscais no ITPO dirixidos ao medio rural. 2.1.1 Dedución “aplicable ás transmisións de solo rústico”. 2.1.2 Dedución aplicable ás transmisións de explotacións agrarias de carácter prioritario. 2.1.3 Dedución aplicable aos terreos integrantes do Banco de Terras. 2.2 Novos beneficios fiscais no IAXD dirixidos ao medio rural. En especial, a dedución para a agrupación do solo rústico. 3 Adquisición de vivenda habitual: compatibilidade de beneficios fiscais. 4 Outros cambios de interese arredor da valoración dos bens e dereitos. 4.1 Taxación pericial contraditoria. Cambios procedementais. 4.2 Medios de comprobación: anulación da norma autonómica pola STC 33/2016. 5 Un apuntamento final. Referencia á tributación no IRPF. 6 Bibliografía.

1 Introducción

A Lei 13/2015, do 24 de decembro, de Galicia, de medidas fiscais e administrativas, introduciu algunhas novidades na regulación do imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados (en diante ITPAXD), modificando para estes efectos o Decreto legislativo 1/2011, do 28 de xullo, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais da Comunidade Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos polo Estado (en diante Decreto legislativo 1/2011)¹.

Malia que os cambios non son moi significativos, practicamente a totalidade destes obedecen a unha liña directriz clara; isto é, a reforma enmárcase nunha política determinada que pretende, en palabras do lexislador galego na exposición de motivos da norma comentada, axudar ao desenvolvemento do medio rural galego. Esta afirmación inicial obríganos a facer un breve recordatorio sobre dúas materias: dunha parte, as competencias normativas da Comunidade Autónoma de Galicia respecto do ITPAXD e doutra, as medidas adoptadas previamente para a protección e fomento do medio rural e os sectores económicos vinculados a este.

En primeiro lugar, cabe recordar, como é sabido, que a Lei 22/2009, do 18 de decembro, pola que se regula o sistema de financiamento das Comunidades Autónomas de réxime común e cidades con estatuto de autonomía e se modifican determinadas normas tributarias, establece no seu artigo 49 o alcance das competencias normativas no imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados, limitándoas ao establecemento de tipos de gravame en determinados feitos impositivos do imposto sobre transmisións patrimoniais onerosas (ITPO) e aos documentos notariais na modalidade actos xurídicos documentados (IAXD). Tamén se lles permite ás Comunidades Autónomas introducir deducións e bonificacións na cota destes dous impostos, sempre que afecten só a actos e documentos nos que se poida regular sobre o tipo de gravame². Polo tanto, o ámbito de

1 Lembremos que a norma legal estatal reguladora deste imposto se contén no Real decreto legislativo 1/1993, do 24 de setembro, polo que se aproba o Texto refundido da Lei do imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados (TRITPAXD).

2 As ditas competencias foron asumidas por Galicia na Lei 17/2010, do 16 de xullo, do réxime de cesión de tributos do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia e de fixación do alcance e condicións desa cesión.

competencias normativas atribuídas ás CC. AA. en ambos os dous impostos³ é bastante limitado na práctica e non afecta a todas as operacións que se definen nos seus complexos feitos impositivos.

Tamén é certo que desta regulación cabe entender que o lexislador estatal ve “con bos ollos” que as Comunidades Autónomas adopten determinados beneficios fiscais a favor de negocios xurídicos que recaian sobre bens e dereitos cuxa transmisión poida entenderse axeitado que sexan favorecidas fiscalmente, ben establecendo tipos de gravame reducidos, ben fixando algún tipo de dedución ou bonificación na cota tributaria. Desde este punto de vista, convértense nun instrumento de política fiscal, fomentando determinados sectores, ao abaratar a transmisión de bens e dereitos ou outras operacións gravadas neste imposto, como no caso da transmisión da vivenda habitual ou a obtención de préstamos vinculados á adquisición de vivenda ou outros bens determinados⁴.

Nesta orde de cousas ten encaixe a segunda cuestión a que faciamos referencia, como é a situación desta modificación lexislativa do Decreto lexislativo 1/2011 no contexto dunha determinada política do Goberno autonómico galego, que pretende dotar o medio rural dun corpo xurídico completo e coherente, e que completa normas estatais como a Lei 19/1995, do 4 de xullo, de modernización das explotacións agrarias, coa finalidade de atender de xeito máis específico ás peculiaridades do mundo rural galego⁵.

En efecto, recentemente Galicia aprobaba a Lei 4/2015, do 17 de xuño, de mellora da estrutura territorial agraria de Galicia, no marco da competencia plena que en materia de desenvolvemento rural ten asumida a Comunidade Autónoma⁶. Esta norma, como se declara na súa exposición de motivos, debe poñerse en relación con outras disposicións como a Lei 6/2011, do 13 de outubro, de mobilidade de terras, ou a Lei 7/2012, de montes de Galicia, e o Decreto 19/2011, do 10 de febreiro, que aproba definitivamente as directrices de ordenación do territorio en Galicia. Tamén debe terse presente a posteriormente aprobada Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia, norma que loxicamente contén referencias ao solo rústico, co obxectivo, segundo a súa exposición de motivos, de potenciar os usos económicos deste tipo de solo⁷.

Así pois, desenvólvese todo este conxunto de normas cunha idea directriz: lograr a mellora da calidade de vida no medio rural e contribuír ao espazo agrario e os seus sistemas produtivos, considerando que, entre outras accións, debe reducirse a fragmentación da propiedade e mellorar as condicións de desenvolvemento sustentable de actividades agrícolas, gandeiras e forestais requiríndose unha integración e coordinación territorial desas actuacións, ademais

3 Recordemos que non se cederon competencias no caso do imposto sobre operacións societarias regulado na mesma norma estatal.

4 A admisión dos fins extrafiscais dos tributos está perfectamente asentada na xurisprudencia constitucional e na doutrina tributaria.

5 Entendemos que debe tomarse o termo “mundo rural” nun sentido moi amplo, posto que o desenvolvemento rural debe vincularse tanto ao territorio rural como aos seus habitantes, máis alá dunhas determinadas actividades económicas. *Vide* ao respecto ENCISO YZAGUIRRE, V., e ROCHE LÓPEZ, C., “Fiscalidad y desarrollo rural en España. Los beneficios fiscales en el mundo rural español”, *Revista de Economía Política, Social y Cooperativa*, n.º 55, 2006, en especial pp. 93-97.

6 Norma que vén substituír á Lei 10/1985, do 14 de agosto, de concentración parcelaria para Galicia, e a Lei 12/2001, do 10 de setembro, que a modificaba parcialmente.

7 Como se indica na citada exposición de motivos: “Outra das novidades desta lei respecto ao réxime do solo é a regulación que se introduce do solo rústico. O lexislador pon en valor o solo rústico, potenciando os usos económicos deste solo, dentro do máximo respecto á preservación dos valores que lle son propios, nunha aposta decidida pola explotación e xestión sustentable dos recursos naturais”.



da identificación e actuacións sobre as zonas de actividade agraria preferente e actuacións coordinadas en materia de xestión de terras⁸.

Das medidas contidas nas distintas normas autonómicas citadas queremos destacar dous aspectos en particular, pola súa incidencia na posterior reforma fiscal.

Dunha parte, introdúcese como innovadora a chamada “reestruturación parcelaria”, en substitución da anterior regulación da “concentración parcelaria”. Enténdese que a nova modalidade non só pretende unificar as “microparcelsas” existentes no rural galego en propiedades de maior tamaño, senón tamén lograr predios uniformes ou varios ben diferenciados, co obxectivo de favorecer a súa rendibilidade. Isto é, búscase a mellora da estrutura territorial das explotacións e non só reducir o minifundismo.

Doutra parte, introdúcese o chamado “plan de ordenación de predios de especial vocación agraria”, medida que completa á anterior, dado que, segundo a exposición de motivos da Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia, este plan se dirixe á “auténtica ordenación dos usos agrarios, de maneira que se mellore a súa viabilidade técnica, económica e social”, de tal forma que “o resultado da reestruturación supoña non só unha mellora dimensional das explotacións”.

Deste xeito, as medidas fiscais que comentaremos a continuación responden a esta liña común trazada polas normas ditadas en materia de ordenación territorial e medio rural, coa finalidade de evitar que o custo fiscal poida limitar as transmisións de inmobles no dito contorno rural e desta forma contribuír a:

- Agrupar as propiedades excesivamente fragmentadas no rural galego, atendendo a criterios de rendibilidade económica.
- Fomentar o uso empresarial –entendemos agrícola ou gandeiro, e tamén forestal– desas propiedades, o que contribúe a un impulso económico da Comunidade Autónoma e dos territorios afectados, dotando de terras produtivas agricultores e gandeiros que as demandan.
- Unha mellor protección do medio ambiente, posto que, entre outros fins, a norma vincula o uso empresarial dos inmobles á diminución dos incendios forestais e á mellora paisaxística xa que se reducirían os terreos abandonados e incultos.

Debe sinalarse ademais que, previamente á anteriormente citada Lei 4/2015, do 17 de xuño, de mellora da estrutura territorial agraria de Galicia, procedeu a modificar a normativa galega do imposto sobre sucesións e doazóns, establecendo reducións na base imponible destes impostos do 99% sobre o valor das explotacións agrarias e elementos afectos transmitidos *mortis causa* ou *inter vivos* a título gratuito, cumprindo as condicións establecidas no novo texto do artigo 8. cinco do Decreto legislativo 1/2011.

Tamén na mesma norma se eleva a dedución en cota do 95 ao 100% tanto en ITPO como en IAXD no caso da transmisión da propiedade ou cesión temporal de terreos integrantes do Banco de Terras de Galicia, nas condicións establecidas no texto legal⁹.

8 Creando mecanismos que permitan a agrupación e xestión conxunta de terras ou a reforma das estruturas, ou mellorando os existentes, como o Banco de Terras ou o monte veciñal en man común para a constitución de mancomunidades.

9 Dáselle nova redacción ao artigo 16.tres do Decreto legislativo 1/2011.

Deste xeito conséguese, ademais, harmonizar o tratamento fiscal das transmisións lucrativas e onerosas sen que exista un mellor trato en atención ao tipo de operación que orixina a adquisición da propiedade no medio rural.

2 Modificacións na regulación do ITPAXD con incidencia no medio rural

Moi brevemente, cabe recordar que baixo a denominación máis común de “imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados” se atopan en realidade tres impostos diferentes, tres impostos que ademais conteñen varios feitos impositivos cada un deles¹⁰. Tendo en conta que o imposto sobre operacións societarias non afecta á transmisión de bens de natureza rústica, e que, ademais as Comunidades Autónomas carecen de competencias normativas respecto a este imposto, dos distintos impostos comprendidos no TR interézanos neste momento os dous seguintes:

- Transmisións patrimoniais onerosas, que grava desprazamentos patrimoniais a título oneroso e os actos asimilados a aqueles, que non resulten gravados polo imposto sobre o valor engadido.
- Actos xurídicos documentados, que grava a forma documental das sinaladas adquisicións de bens e dereitos, cando se formalizan en documento determinado, sexa notarial, mercantil ou administrativo.

No caso de Galicia, ambas as dúas modalidades impositivas foron obxecto de modificación legislativa con efectos do 1 de xaneiro de 2016, coa case exclusiva finalidade de incentivar a transmisión do solo rústico ou das explotacións agrarias prioritarias, no sentido que se sinalará seguidamente.

2.1 Novos beneficios fiscais no ITPO dirixidos ao medio rural

En efecto, a Lei 13/2015, do 24 de decembro, de Galicia, de medidas fiscais e administrativas introduce novas deducións para o caso de transmisión de bens inmobles de natureza rústica, que veñen completar o elenco de deducións que xa existían na normativa galega reguladora dos impostos cedidos.

Debe terse en conta que o tipo de gravame xeral establecido no ITPO en Galicia se fixa nun 10% para o caso de transmisión de bens inmobles ou a constitución e cesión de dereitos reais que recaian sobre estes, agás os dereitos reais de garantía (artigo 14 do Decreto legislativo 1/2011). Sen dúbida, unha cifra que pode chegar a ser importante á hora de planificar operacións de transmisión de bens inmobles, calquera que sexa a súa natureza; débida tributaria esta que, recordemos, deberá ser satisfeita polo adquirente dos bens ou dereitos gravados.

Con carácter xeral, a regulación autonómica galega introduce no ITPO algúns supostos de tipos de gravame reducidos para determinados casos, en que en moitas ocasións se incorpora un determinado elemento subxectivo. Noutras ocasións, non obstante, opta por introducir beneficios

¹⁰ Sobre estes impostos, *vide* MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L.; VILLARÍN LAGOS, M., e DE PABLO VARONA, C., *Comentarios al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Civitas, Madrid, 2008.

fiscais dirixidos á redución da cota tributaria mediante deducións ou bonificacións da débeda resultante da realización do feito impositivo gravado, chegando en ocasións á total supresión da obriga do pagamento efectivo do imposto. No caso das deducións vinculadas ao rural galego, é esta a solución elixida, coas características e condicións que se describen a continuación.

2.1.1 Dedución “aplicable ás transmisións de solo rústico”

En primeiro lugar, polo que agora nos interesa, o apartado sete do artigo 16 engade unha nova dedución “aplicable ás transmisións *inter vivos* de solo rústico”. É, sen dúbida, a máis xeral das deducións establecidas en relación co medio rural, dado que se dirixe a todo o solo rústico, sen sinalar ningunha outra condición, e abrangue todas “as súas transmisións”. Deste modo, o deseño desta dedución non pode ser en aparencia máis sinxelo:

- Obxectivamente, fíxase a favor das transmisións do solo rústico, de tal maneira que é suficiente delimitar os conceptos de “transmisión” e “solo rústico” para establecer o seu ámbito obxectivo; a norma establece unha única limitación, relativa á existencia dunha construción no sinalado solo rústico.

Ademais, a transmisión debe ser realizada *inter vivos* e a título oneroso; aínda que se omiten estes caracteres na súa redacción, son este tipo de operacións as únicas sobre as que recae este ITPO; agora ben, debe recordarse, como xa se sinalou, que a regulación fiscal das transmisións lucrativas, calquera que sexa a súa causa, xa fora mellorada a través da disposición derradeira segunda da Lei 4/2015 ao establecerse unha redución na base impositiva.

- Subxectivamente, non se sinala ningunha condición para ser beneficiaria da dedución. Recordemos que este imposto, a pesar da súa denominación, debe ser satisfeito polo adquirente do ben ou dereito gravado.

- Non se exige ningunha condición formal¹¹ ou temporal para a aplicación do beneficio fiscal.

- Finalmente, a cuantificación desta dedución en cota non presenta tampouco dificultade ningunha, xa que acada o 100% da cota tributaria resultante da aplicación das regras de cuantificación do ITPO. Ou o que é o mesmo, na práctica supón que non existe obriga ningunha de ingresar cantidade ningunha en concepto deste imposto no caso de que o transmitido sexa un inmovible rústico, aínda que deberá autoliquidarse o imposto.

Así as cousas, só é necesario precisar a que se está a referir a norma cos termos que delimitan obxectivamente esta dedución en cota, isto é, transmisión e solo rústico.

En primeiro lugar, respecto do solo rústico, o Decreto lexislativo 1/2011 remite á Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, para establecer o concepto de solo rústico para estes efectos. Non obstante, esta norma

11 Como pequeno matiz de índole xeral, téñase presente que moitas das reducións e dos beneficios fiscais establecidos na normativa galega son de carácter rogado, polo que debe procederse á súa solicitude para que sexan de efectiva aplicación; malia que o Decreto lexislativo 1/2011 establece esta condición no artigo 23.un.1 para aqueles beneficios fiscais que exigen o posterior cumprimento dalgunha condición, o mesmo artigo 23.1. *in fine* sinala que a ausencia de solicitude do beneficio fiscal dentro do prazo regulamentario de declaración ou a súa non aplicación na autoliquidación se entenderá como unha renuncia á súa aplicación, o que fai conveniente a súa solicitude na autoliquidación. Tamén é certo que os tribunais de xustiza suavizaron a interpretación deste requisito en numerosas ocasións.

foi derogada recentemente¹², de modo que desde a entrada en vigor da Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia, a remisión debe entenderse realizada ao texto desta última, cuxo artigo 31.1 dispón que:

“Terán a condición de solo rústico:

- a) Os terreos sometidos a algún réxime de especial protección, de conformidade coa lexislación sectorial de protección do dominio público marítimo-terrestre, hidráulico ou de infraestruturas, ou coa lexislación sectorial de protección dos valores agrícolas, gandeiros, forestais, paisaxísticos, ambientais, naturais ou culturais.
- b) Os ameazados por riscos naturais ou tecnolóxicos, incompatibles coa súa urbanización, tales como inundación, erosión, afundimento, incendio, contaminación ou calquera outro tipo de catástrofes, ou que perturben o medio ambiente ou a seguridade e a saúde.
- c) Os terreos que o plan xeral ou os instrumentos de ordenación do territorio non consideren axeitados para o desenvolvemento urbanístico, en consideración aos principios de utilización racional dos recursos naturais ou de desenvolvemento sustentable”.

Como xa se anticipou na enumeración xeral de requisitos de aplicación desta dedución en cota, a única excepción que se realiza en canto ao ámbito da aplicación da dedución é que, de existir unha construción sobre o solo rústico, o beneficio fiscal non se estenderá á “parte da cota que se corresponda co valor na base liquidable da dita construción e do solo sobre o que se asenta”. Esta exclusión pode entenderse coherente coa finalidade para a que se aproba a dedución, aínda que é certo, na nosa opinión, que tampouco debería entenderse que existe unha gran dificultade desde o punto de vista teleolóxico da norma para considerar incluídas as construcións cando estas formen parte dunha explotación empresarial particularmente vinculada á actividade económica do medio rural¹³. En calquera caso, á vista da opción elixida, requírese determinar cando se considera que existe unha construción.

Na medida en que o Decreto legislativo 1/2011 non aclara o que é unha construción para estes efectos nin tampouco o TRITPAXD define o dito termo no ámbito de aplicación dos impostos que regula, debe terse en conta o disposto no artigo 3.1 do TRITPAXD con carácter xeral. Isto é, este artigo indica que “para a cualificación xurídica dos bens suxeitos ao imposto por razón da súa distinta natureza, destino, uso ou aplicación, se observará ao que, respecto ao particular, dispón o Código civil ou, no seu defecto, o dereito administrativo”. Malia que o mesmo artigo 3, no seu parágrafo segundo, menciona as construcións co obxecto de equiparar as de carácter transportable a bens inmobles¹⁴, esa aclaración non resulta útil para delimitar inicialmente o concepto de construción no ámbito desta dedución autonómica.

Doutra parte, atendendo á remisión ao dereito civil ou administrativo, a Lei galega do solo á que se remite o Decreto legislativo 1/2011 para establecer o que é solo rústico non define

12 Téñase en conta que cesou na súa vixencia o 19 de marzo de 2016, de maneira que desde o 1 de xaneiro de 2016 ata esa data a delimitación do concepto solo rústico si debe realizarse acudindo á Lei 9/2002, do 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia.

13 De modo similar, por outra parte, ao que acontece na Lei 19/1995, do 4 de xullo, de modernización das explotacións agrarias.

14 Artigo 3.2. do TRITPAXD: “Consideraranse bens inmobles, para os efectos do imposto, as instalacións de calquera clase establecidas con carácter permanente, aínda que pola forma da súa construción sexan transportables, e mesmo cando o terreo sobre o que se encontren situadas non pertenza ao seu dono”.

qué se entende por construción, a pesar de que no seu artigo 35.1 enumera un amplo número de usos e actividades admisibles en solo rústico, entre as que se atopan algunhas en que aparece o termo “construción”. Así, recóllense as seguintes:

- Letra g) Construcións e instalacións agrícolas en xeral, tales como as destinadas ao apoio das explotacións hortícolas, almacéns agrícolas, talleres, garaxes, parques de maquinaria agrícola, viveiros e invernadoiros.

- Letra h) Construcións e instalacións destinadas ao apoio da gandaría extensiva e intensiva, granxas, currais domésticos e establecementos en que se aloxen, manteñan ou críen animais, e instalacións apícolas.

- Letra i) Construcións e instalacións forestais destinadas á xestión forestal e as de apoio á explotación forestal, así como as de defensa forestal, talleres, garaxes e parques de maquinaria forestal.

- Letra j) Construcións e instalacións destinadas a establecementos de acuicultura.

- Letra n) Construcións destinadas a usos residenciais vinculados á explotación agrícola ou gandeira.

- Letra ñ) Construcións de natureza artesanal ou de reducida dimensión que alberguen actividades complementarias de primeira transformación, almacenamento e envasado de produtos do sector primario, sempre que garden relación directa coa natureza, extensión e destino do predio ou explotación do recurso natural.

- Letra o) Construcións e rehabilitacións destinadas ao turismo que sexan potenciadoras do medio onde se sitúen.

- Letra p) Construcións e instalacións para equipamentos e dotacións públicos ou privados.

Ademais, noutras letras do mesmo artigo 35.1 faise mención doutros usos e actividades que necesitan de instalacións para ser levadas a cabo, como as relativas ás actividades mineiras (letra k); as vinculadas a estradas e estacións de servizo (letra l), así como as instalacións e infraestruturas hidráulicas, de telecomunicacións, produción e transporte de enerxía, gas, abastecemento de auga, saneamento e xestión e tratamento de residuos, sempre que non impliquen a urbanización ou transformación urbanística dos terreos polos que discorren (letra m).

A falta dunha delimitación máis precisa nesta norma, non resulta sinxelo establecer a amplitude do termo construción para os efectos de excluír a aplicación da dedución en cota á construción e ao solo rústico en que se asentan as construcións.

Á vista de todo iso, entendemos que a delimitación deste termo na normativa do Catastro Inmobiliario pode servir para identificar o seu significado no Decreto lexislativo 1/2011. Así, o artigo 7.4 do Real decreto lexislativo 1/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Catastro Inmobiliario, sinala que, para os efectos catastrais, terán a consideración de construcións:

a) Os edificios, calquera que sexan os materiais de que estean construídos e o uso a que se destinen, sempre que se atopen unidos permanentemente ao solo e con independencia de

que se alcen sobre a súa superficie ou se achen enclavados no subsolo e de que poidan ser transportados ou desmontados.

b) As instalacións industriais, comerciais, deportivas, de recreo, agrícolas, gandeiras, forestais e piscícolas de auga doce, considerándose como tales, entre outras, os diques, tanques, cargadoiros, peiraos, pantaláns e invernadoiros, e excluíndose en todo caso a maquinaria e os utensilios.

c) As obras de urbanización e de mellora, tales como as explanacións, e as que se realicen para o uso dos espazos descubertos, como son os recintos destinados a mercados, os depósitos ao aire libre, os campos para a práctica do deporte, os estacionamentos e os espazos anexos ou accesorios aos edificios e instalacións.

Ao mesmo tempo, o artigo 7.4 TRLCI aclara que “Non terán a consideración de construcións aquelas obras de urbanización ou mellora que regulamentariamente se determinen, sen prexuízo de que o seu valor deba incorporarse ao do ben inmovible como parte inherente ao valor do solo, nin os alpendres ou pendellos de pequena entidade”.

Por iso, na nosa opinión, o solo rústico sobre o que se sitúe calquera das construcións como as instalacións que se equiparan a construcións na normativa catastral non pode beneficiarse da dedución en cota que se establece para o caso da transmisión de solo rústico. En tales casos, quedarán efectivamente suxeitas a gravame a parte proporcional do valor do solo sobre o que se asentan e a construción mesma. Do mesmo modo, ao noso modo de ver, si resultarán beneficiados pola dedución en cota o que a norma catastral cualifica de “alpendres ou pendellos de pequena entidade” que se asentan en solo rústico, ao non poderen ser considerados construcións.

Un segundo elemento que require de delimitación para os efectos de aplicar a dedución prevista no artigo 16.sete do Decreto lexislativo 1/2011 é qué debe entenderse por “transmisión” no marco desta. Neste sentido, cabe recordar que a lei reguladora do ITPO, que é a que define normativamente o feito imponible do imposto en todo o territorio nacional, non define o termo transmisión, senón que fai mención de varios feitos imponderables para os efectos da súa aplicación, entre os cales se separan o que doutrinalmente se definiu como transmisións por natureza e transmisións por asimilación.

Así pois, dunha parte, o artigo 7.1 do TRITPAXD indica que son transmisións patrimoniais suxeitas:

A) As transmisións onerosas por actos *inter vivos* de toda clase de bens e dereitos que integren o patrimonio das persoas físicas ou xurídicas.

B) A constitución de dereitos reais, préstamos, fianzas, arrendamentos, pensións e concesións administrativas, salvo cando estas últimas teñan por obxecto a cesión do dereito a utilizar infraestruturas ferroviarias ou inmovibles ou instalacións en portos e en aeroportos.

Liquidarase como constitución de dereitos a ampliación posterior do seu contido que implique para o seu titular un incremento patrimonial, a cal servirá de base para a exixencia do tributo.

Pola súa banda, o parágrafo 2 do mesmo artigo 7 TRLITPAXD sinala unha lista de actos e negocios xurídicos que se considerarán transmisións patrimoniais para os efectos de liquidación e pagamento do imposto:

- As adxudicacións en pagamento e para pagamento de débedas, así como as adxudicacións expresas en pagamento de asunción de débedas.

- Os excesos de adxudicación declarados¹⁵ e os derivados de sucesións por causa de morte cando o valor comprobado do adxudicado a un dos herdeiros ou legatarios exceda do 50 por 100 do valor que lles correspondería en virtude do seu título, agás no suposto de que os valores declarados sexan iguais ou superiores aos que resultarían da aplicación das regras do imposto sobre o patrimonio.

- Os expedientes de dominio, as actas de notoriedade, as actas complementarias de documentos públicos a que se refire o título VI da Lei hipotecaria e as certificacións expedidas para os efectos do artigo 206 da mesma lei¹⁶.

- Os recoñecementos de dominio en favor de persoa determinada¹⁷.

Todas estas operacións son equiparadas por mandato legal a transmisións patrimoniais onerosas para os efectos de aplicación da “liquidación e pagamento” do ITPO, o que debe interpretarse como que a asimilación se realiza a todos os elementos normativos sinalados para liquidar e pagar este imposto nos supostos de transmisións patrimoniais por natureza.

Deste xeito, na medida en que o lexislador galego non identificou un elenco determinado de negocios ou actos aos que se aplicaríase esta dedución en cota –como o fai noutros apartados do mesmo artigo 16 do Decreto lexislativo 1/2011–, entendemos aceptable a interpretación de que este beneficio fiscal resulta de aplicación a todos os supostos en que se produza unha transmisión patrimonial onerosa, sexa por natureza, sexa por asimilación¹⁸, de acordo coa definición do feito impositivo no artigo 7 do TRLITPAXD.

Sendo certo que só as operacións comprendidas na primeira letra do artigo 7.1 poden considerarse transmisións en sentido estrito¹⁹, iso suporía que só os actos *inter vivos* onerosos máis comúns para a transmisión de bens e dereitos se beneficiarían desta dedución establecida polo lexislador galego respecto dos terreos rústicos.

15 Precisa este artigo 7.2 que se exclúen “os que xurdan de dar cumprimento ao disposto nos artigos 821, 829, 1.056 (segundo) e 1.062 (primeiro) do Código civil e disposicións de dereito foral, baseadas no mesmo fundamento”.

16 Neste caso, “a menos que se acredite satisfacer o imposto ou a exención ou non suxeición pola transmisión, cuxo título se supla con eles e polos mesmos bens que sexan obxecto duns ou outras, agás en canto á prescrición cuxo prazo se computará desde a data do expediente, acta ou certificación”.

17 Igual que no caso anterior, “a menos que se acredite ter satisfeito o imposto ou a exención ou non suxeición pola transmisión, cuxo título se supla con eles e polos mesmos bens que sexan obxecto duns ou outras, salvo en canto á prescrición cuxo prazo se computará desde a data do expediente, acta ou certificación”.

18 *Vide* en sentido favorable a unha interpretación extensiva, CALVO VÉRGEZ, autor que afirma que: “aínda que unha interpretación literal do precepto podería levar a considerar que nos atopamos ante unha equiparación limitada para os efectos da liquidación e pagamento do imposto, parece lóxico considerar que a cualificación realizada polo precepto deses actos e negocios xurídicos o é para todos os efectos do imposto. Por outra parte, cal é a razón de ser desta asimilación? Desde o noso punto de vista, non todos os supostos de equiparación legalmente contemplados responden á mesma teleoloxía. Así, mentres nalgúns supostos a asimilación parece xustificarse pola propia natureza do acto (caso por exemplo dos contratos de parzaría e subarrendamento, considerados como arrendamentos), noutros a consideración como transmisión patrimonial onerosa responde máis ben á finalidade de asegurar o pagamento do tributo (supostos de recoñecemento de dominio a favor de persoa determinada). Todo iso sen esquecer que, con carácter xeral, na práctica totalidade dos supostos de asimilación o que se pretende non é senón evitar operacións en fraude de lei”. En CALVO VÉRGEZ, J., “Delimitación de la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas en el ITPyAJD: algunas consideraciones”, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 127, 2005, dispoñible en www.westlaw.es

19 Engadindo a letra b) deste a constitución e a ampliación do contido de dereitos reais, préstamos, fianzas, pensións, arrendamentos e concesións administrativas realizados por particulares.

Aínda tendo en conta esta posibilidade, inclinámonos pola primeira interpretación, xa que resulta máis coherente coa redacción dada ao conxunto das deducións en cota establecidas no artigo 16 do Decreto legislativo 1/2011, onde se identificaron concretos actos ou operacións cando o lexislador galego o entendeu necesario.

Deste modo, non só se beneficiarán desta dedución en cota as transmisións onerosas derivadas dos tradicionais negocios xurídicos de transmisión da propiedade como a compravenda, permuta ou cesión de dereitos, senón que debe incluír outros negocios como a constitución de dereitos reais ou arrendamentos, así como os excesos de adjudicación que queden sometidos ao ITPO e que afecten a terreos de natureza rústica, por exemplo. Estamos a pensar en situacións de propiedades desmembradas, nas que a transmisión do usufruto dun ben rústico se pode beneficiar desta dedución. Entendemos que, sendo a finalidade da norma o fomento das economías agrarias e o logro da súa maior eficiencia, non presenta dificultade ningunha entender incluídos estes supostos no ámbito de aplicación deste beneficio fiscal.

2.1.2 Dedución aplicable ás transmisións de explotacións agrarias de carácter prioritario

Seguidamente, o apartado oito do artigo 16 establece unha nova dedución autonómica, aplicable ás transmisións de explotacións agrarias de carácter prioritario, orientada a completar os beneficios fiscais establecidos na normativa estatal. En concreto, é a Lei 19/1995, do 4 de xullo, de modernización das explotacións agrarias, a que prevé unha serie de beneficios fiscais²⁰ para os seguintes supostos:

1. A transmisión onerosa *inter vivos* do pleno dominio ou do usufruto vitalicio dunha explotación agraria na súa integridade, en favor ou polo titular doutra explotación que sexa prioritaria ou que alcance esta consideración como consecuencia da adquisición. O artigo 9.1 desta Lei 19/1995 sinala unha redución do 90 por 100 da base imponible do ITPO²¹.
2. En caso de que a transmisión da explotación agraria descrita no artigo 9.1 se realice de forma parcial, aplicarase unha redución do 75 por 100 na base imponible dos impostos que graven a transmisión²², tal como dispón o artigo 11 da Lei 19/1995.
3. Se a mesma transmisión da explotación agraria ou parte desta se realiza a favor dun agricultor xove ou un asalariado agrario para a súa primeira instalación nunha explotación

20 Para un exame de todas elas, *vide* VARONA ALABERN, J. E., “Los incentivos fiscales de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias”, *Quincena fiscal*, n.º 19, 1996, pp. 11 e ss.

21 Artigo 9.1. A transmisión ou adquisición por calquera título, oneroso ou lucrativo, *inter vivos* ou *mortis causa*, do pleno dominio ou do usufruto vitalicio dunha explotación agraria na súa integridade, en favor ou polo titular doutra explotación que sexa prioritaria ou que alcance esta consideración como consecuencia da adquisición, gozará dunha redución do 90 por 100 da base imponible do imposto que grave a transmisión ou adquisición da explotación ou dos seus elementos integrantes, sempre que, como consecuencia da dita transmisión, non se altere a condición de prioritaria da explotación do adquirente. A transmisión da explotación deberá realizarse en escritura pública. A redución elevarase ao 100 por 100 en caso de continuación da explotación polo cónxuxe supérstite. Para os efectos indicados no parágrafo anterior, entenderase que hai transmisión dunha explotación agraria na súa integridade, mesmo cando se exclúa a vivenda. 2. Para que se proceda á devandita redución, farase constar na escritura pública de adquisición, e no Rexistro da Propiedade, se os predios transmitidos estivesen inscritos neste, que se os predios adquiridos fosen alleados, arrendados ou cedidos durante o prazo dos cinco anos seguintes, deberá xustificarse previamente o pagamento do imposto correspondente, ou da parte deste, que se deixase de ingresar como consecuencia da redución practicada e os xuros de mora, excepción feita dos supostos de forza maior.

22 Artigo 11. Transmisión parcial de explotacións e de predios rústicos. Na transmisión ou adquisición por calquera título, oneroso ou lucrativo, *inter vivos* ou *mortis causa*, do pleno dominio ou do usufruto vitalicio dun terreo rústico ou de parte dunha explotación agraria, en favor dun titular de explotación prioritaria que non perda ou que alcance esta condición como consecuencia da adquisición, aplicarase unha redución do 75 por 100 na base imponible dos impostos que graven a transmisión ou adquisición. Para a aplicación do beneficio deberá realizarse a transmisión en escritura pública, e será de aplicación o establecido no apartado 2 do artigo 9.

prioritaria, establécese a exención total do imposto que grave a transmisión²³, segundo o disposto no artigo 20.1 da Lei 19/1995.

4. Finalmente, incrementáanse en dez puntos porcentuais as reducións previstas nos casos 1 e 2 (artigos 9 e 11) se o adquirente é, ademais, un agricultor xove ou un asalariado agrario e a transmisión ou adquisición se realiza durante os cinco anos seguintes á súa primeira instalación²⁴ (artigo 20.2).

Así pois, a norma galega mellora os beneficios fiscais previstos na norma estatal ao dispor que as “reducións” se completasen cunha “dedución na cota polo importe necesario para que o dito beneficio fiscal alcance o 100% do valor do ben obxecto de redución”. Deste modo, alcánzase tamén no caso das explotacións agrarias prioritarias a eliminación total do pagamento do imposto respecto das transmisións descritas nos artigos 9, 11 e 20.2 da Lei 19/1995, do 4 de xullo, de modernización das explotacións agrarias²⁵.

Para coñecer as condicións en que resulta de aplicación a nova dedución, cómpre, pois, acudir á norma estatal, na cal se definen os supostos que se van beneficiar das reducións agora incrementadas. Deste xeito, debe entenderse que o beneficio fiscal se aplica á transmisión dunha explotación agraria, definida como “o conxunto de bens e dereitos organizados empresarialmente polo seu titular no exercicio da actividade agraria, primordialmente con fins de mercado, e que constitúe en si mesma unha unidade técnico-económica” (artigo 2.2 da Lei 19/1995); sendo o titular da explotación “a persoa física, xa sexa en réxime de titularidade única, xa sexa en réxime de titularidade compartida inscrita no rexistro correspondente, ou a persoa xurídica que exerce a actividade agraria organizando os bens e dereitos integrantes da explotación con criterios empresariais e asumindo os riscos e responsabilidades civil, social e fiscal que poidan derivar da xestión da explotación” (artigo 2.4), podendo considerarse agricultor xove a persoa que tendo cumprido os dezoito anos non cumprise corenta anos e exerza ou pretenda exercer a actividade agraria (artigo 2.7).

Así mesmo, sinálase que entenderá por explotación prioritaria a explotación agraria familiar e a asociativa que reúnan, segundo os casos, os requisitos establecidos polos artigos 4 a 6 da mesma Lei 19/1995 (artigo 3), aclarándose que se entende producida unha transmisión íntegra da dita explotación agraria tamén no caso de que se exclúa a vivenda (artigo 9.1 *in fine* Lei 19/1995). Finalmente, de acordo co artigo 17 da mesma norma estatal, equipárase a unha primeira instalación aqueles supostos en que os titulares dunha explotación agraria alcancen unha maior implicación na actividade agraria preexistente, ben por converterse en titular dunha explotación prioritaria na que non superaba a marxe neta o 20 por 100 da renda de referencia, ou a súa dedicación de tempo de traballo e de renda unitaria supere

23 1. A transmisión ou adquisición por calquera título, oneroso ou lucrativo, *inter vivos* ou *mortis causa*, do pleno dominio ou do usufruto vitalicio dunha explotación agraria ou de parte desta ou dun predio rústico, en favor dun agricultor xove ou un asalariado agrario para a súa primeira instalación nunha explotación prioritaria, estará exenta do imposto que grave a transmisión ou adquisición de que se trate.

24 2. As reducións na base imponible establecidas nos artigos 9 e 11 incrementaranse en dez puntos porcentuais, en cada caso, se o adquirente é, ademais, un agricultor xove ou un asalariado agrario e a transmisión ou adquisición se realiza durante os cinco anos seguintes á súa primeira instalación.

25 Téñase en conta que o artigo 20.1 da Lei 19/1995 xa supuña a exención total do pagamento do imposto e que no caso do artigo 20.2 só ten efectos se a transmisión de empresa agrícola se produce de modo parcial.

os mínimos establecidos nesta lei para os titulares de explotacións prioritarias, alcanzando esta consideración en calidade de agricultor a título principal²⁶.

2.1.3 Dedución aplicable aos terreos integrantes do Banco de Terras

A Lei 13/2015, do 24 de decembro, de medidas fiscais e administrativas, modifica o texto do artigo 16.3 do Decreto legislativo 1/2011, do 28 de xullo, coa única finalidade de adaptar a dedución en cota xa existente, na liña dos dous supostos descritos nos apartados anteriores, conseguindo a eliminación total do imposto tamén nos casos de transmisións en propiedade ou a cesión temporal de terreos integrantes do Banco de Terras de Galicia. Deste xeito, a novidade límitase á adecuación do novo texto da dedución en cota, que foi incrementada do 95% ao 100%, pola disposición derradeira segunda. tres da Lei 4/2015, do 17 de xuño, de mellora da estrutura territorial agraria de Galicia.

En todo caso, cabe sinalar as seguintes condicións para que sexa de aplicación esta dedución en cota:

- Debe tratarse dunha transmisión da propiedade mediante poxa pública ou adxudicación directa, realizada de conformidade cos artigos 15 a 17 da Lei 6/2011, do 13 de outubro, de mobilidade de terras, ou unha cesión temporal dos terreos, cos requisitos dos artigos 18 a 22 da mesma norma.

Os restantes negocios xurídicos que afecten aos terreos non se beneficiarán da dedución en cota.

- Os terreos transmitidos deben estar integrados no Banco de Terras de Galicia. O seu ámbito defínese no artigo 5 da Lei 6/2011, do 13 de outubro, de mobilidade de terras.

- Debe manterse o destino agrario do terreo²⁷ durante un período mínimo de cinco anos.

Engádesse que, de incumprirse estes requisitos, deberá aboarse a contía deixada de ingresar pola aplicación desta dedución en cota²⁸.

De acordo co artigo 16.3.1 *in fine* do Decreto legislativo 1/2011, “este beneficio fiscal será incompatible con calquera outro que poida ser aplicable a esas adxudicacións ou á encarga de mediación”.

2.2 Novos beneficios fiscais no IAXD dirixidos ao medio rural. En especial, a dedución para a agrupación do solo rústico

En relación co IAXD, o lexislador galego mellorou unha dedución xa existente e incluíu un novo beneficio fiscal para o caso de que os distintos negocios ou operacións vinculados ao medio rural resulten gravados polo imposto sobre actos xurídicos documentados en atención ao soporte documental en que fosen realizados.

26 De acordo co artigo 17.3.3, cando un agricultor xove sexa cotitular dunha explotación agraria, abondará que reúna persoalmente os requisitos que se lle exigen ao titular das explotacións prioritarias para que aquela alcance tal consideración.

27 Quedan excluídos os supostos de expropiación para a construción de infraestruturas públicas ou para a edificación de instalacións ou construcións asociadas á explotación agraria.

28 De acordo con este parágrafo terceiro do artigo 16.tres, en caso de incumprimento desa condición, a persoa beneficiaria deberá ingresar o importe do beneficio gozado e os xuros de mora mediante a presentación dunha autoliquidación complementaria, no prazo de trinta días hábiles desde o incumprimento da condición.

Previamente, debe recordarse que no ámbito de AXD, a Comunidade Autónoma galega só dispón de competencias normativas para regular gravame gradual sobre actos xurídicos documentados, documentos notariais.

A primeira medida que cabe mencionar é a adaptación normativa da dedución na cota de AXD, cando se trate de transmisións en propiedade ou a cesión temporal de terreos integrantes do Banco de Terras de Galicia. O mesmo que nos supostos precedentes, prodúcese na disposición derradeira segunda. tres da Lei 4/2015, do 17 de xuño, de mellora da estrutura territorial agraria de Galicia, unha elevación da dedución preexistente do 95% ao 100% da cota que hai que ingresar, manténdose o resto de requisitos para a aplicación do beneficio fiscal, requisitos xa comentados en relación coa mesma dedución no ITPO, coa que se regula conxuntamente.

Támén se establece unha nova vantaxe fiscal para o caso de que se leve a cabo unha “agrupación de predios que conteña solo rústico”, de alcance idéntico ás precedentes, ao repetirse novamente a dedución en cota do 100% da cantidade que hai que ingresar, medida que ocupa o número nove do artigo 17 do Decreto lexislativo 1/2011.

Támén resulta reiterativo o ámbito obxectivo a que se refire esta nova regulación, en relación co contido do xa comentado artigo 16.sete relativo ás transmisións onerosas de solo rústico. En efecto, ambas as dúas deducións fan referencia ao mesmo concepto de solo rústico, definido agora na Lei 2/2016, e exclúen da aplicación do beneficio fiscal as construcións existentes sobre o propio solo rústico²⁹, debendo tamén atribuírle o mesmo significado obtido da normativa catastral polo que optamos no caso da dedución no suposto das transmisións.

No caso de AXD, os negocios e actos xurídicos que poden beneficiarse desta dedución son os relativos á agrupación de predios que conteñan solo rústico. Coñecido xa o que se entende por solo rústico, procede delimitar o concepto de agrupación para estes efectos.

Cando se produce unha agrupación, o que ten lugar é unha operación pola que dous ou máis predios inscritos se unen de maneira que pasan a formar un só, extinguíndose todos os predios orixinais. Pode destacarse, ademais, que de acordo co artigo 45.2.º do Regulamento hipotecario, é posible agrupar predios que non sexan lindeiros, debendo describirse “(...) individualmente as parcelas que os constitúan e, coa maior precisión posible, as características da agrupación ou causas que dean lugar a ela”; se pertencen a distintos propietarios, será necesario formar un condominio previo entre os donos, identificando a cota que lle corresponda a cada un deles.

Debe terse en conta que a agrupación, de acordo coas disposicións hipotecarias, é un acto diferente ao da agregación de predios, operación mediante a cal se incorpora un ou máis terreos a outro, de maneira que pasan a formar un só predio, pero conservándose xuridicamente un deles e extinguíndose os outros. No caso de que unha agregación supoña que se achegue unha superficie superior á quinta parte da extensión do predio a que se incorpora, será necesario formar un predio novo, tal como sucede na agrupación (artigo 48.1 RH)³⁰.

Na nosa opinión, a dedución en cota agora introducida só resultará de aplicación á agrupación de terreos e non á agregación, posto que, aínda que os beneficios fiscais poden interpretarse

29 No suposto de que sobre o solo rústico exista unha construción, a dedución non se estenderá á parte da cota que se corresponda co valor na base liquidable da dita construción e do solo sobre o que se asenta.

30 SÁNCHEZ CALERO, F. J., e SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Manual de derecho Inmobiliario*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 4.º ed., 2015.

de forma extensiva³¹, unha interpretación sistemática deste precepto leva ao resultado contrario; en efecto, se o lexislador galego tivese querido estender a vantaxe fiscal ás agregacións, faríao constar expresamente, tal como sucede respecto da bonificación aplicable ás operacións derivadas do Plan de dinamización económica de Galicia previsto para as áreas da Costa da Morte ou de dinamización prioritaria de Lugo e Ourense, prevista no artigo 16.cuatro da mesma norma, que se refire aos “actos e contratos que conteñan transmisións de terreos para a construción de parques empresariais e as agrupacións, agregacións, segregacións ou declaracións de obra nova que se realicen sobre predios situados nestes (...)”.

Así as cousas, só a agrupación de predios en sentido estrito se beneficia da dedución en cota do 100%, atendendo ás normas da interpretación que rexen en materia tributaria; non obstante, tamén entendemos que esta solución encaixa mal coa finalidade que consideramos que explica a existencia deste tipo de beneficios fiscais, como son a de fomentar a reordenación e desfragmentación do solo no medio rural, no marco dunha política territorial determinada³². Por iso, resultaría máis acertado teleoloxicamente optar por unha interpretación extensiva deste apartado, dotándoo dunha redacción omnicompreensiva de todas as operacións dirixidas a obter predios de maior tamaño ou dotados dunha unidade na súa explotación.

A mención da exclusión do valor das construcións e do solo que estes ocupen do ámbito obxectivo da dedución en cota no caso da agrupación de predios no IAXD resulta de especial interese, posto que existe unha discrepancia xurisprudencial en canto á interpretación do apartado 3 do artigo 70 do RITPAXD, que establece que “nas escrituras de agrupación, agregación e segregación de predios, a base imponible estará constituída respectivamente polo valor dos predios agrupados, polo do predio agregado a outro maior e polo do predio que se segregue doutro para constituír un novo independente”.

A discusión estriba en se debe entenderse que cando este artigo 70.3 do RITPAXD se refire a “terreo” o fai ao solo ou tamén inclúe o voo. Tal como se recolle na STSX da Rioxa do 16 abril de 2015³³, foron defendidos criterios diverxentes por distintos tribunais de xustiza, de maneira que algúns deles afirman que debe sumarse o valor do solo e o das construcións que neste se asentén³⁴, mentres que outros consideran que só o solo debe ser valorado para medir a base imponible neste tipo de operacións. A esta interpretación súmase a STSX de Galicia do 23 de setembro de 2010³⁵, que dá “prevalencia ao aspecto formal da opera-

31 Aínda que está prohibida a analogía respecto dos beneficios fiscais –de acordo co artigo 14 da Lei xeral tributaria, “non se admitirá a analogía para estender máis alá dos seus termos estritos o ámbito do feito imponible, das exencións e demais beneficios ou incentivos fiscais” –, iso non impide unha interpretación extensiva cando sexa posible.

32 Tal como se sinala, por exemplo, na exposición de motivos da Lei 4/2015, do 17 de xuño, de mellora da estrutura territorial agraria de Galicia: “En terceiro lugar, a lei fai unha clara aposta polo apoio ás explotacións e agrupacións de carácter agrario, xa que os procesos de mellora da estrutura territorial supoñen considerables investimentos que só teñen sentido garantindo un retorno axeitado destas, non só en termos económicos e produtivos, senón tamén sociais. Parece claro que a rendibilidade da reestruturación virá dada entón por un incremento do valor da produción e do emprego na zona de actuación. E iso só é posible a través do fomento das iniciativas enfocadas á mellora produtiva das explotacións agrarias e, en caso de que estas non alcanzasen a dimensión suficiente, das iniciativas de agrupación e aproveitamento en común das terras e o traballo. Neste sentido, a lei introduce como obxectivos prioritarios a mellora das condicións estruturais, técnicas e económicas das explotacións agrarias galegas, xa sexa respecto ás xa existentes ou co apoio á formación de novas explotacións e agrupacións, ou, no seu defecto, a posibilidade de mobilización das terras improdutivas”.

33 XUR 2015\129241.

34 Cita esta sentenza as das STSX (Sala Terceira) de Castela-A Mancha, Albacete, n.º 87, do 3 de febreiro de 2001; STSX (Sala Terceira) de Baleares, n.º 922 do 12 de novembro de 2002; STSX (Sala Terceira) de Castela e León (Valladolid) n.º 2536, do 20 de decembro de 2007, cuxo criterio se reitera na Sentenza do mesmo Tribunal n.º 193, do 9 de febreiro de 2012, sendo tamén o criterio que foi mantido polo TSX da Rioxa en Sentenza do 27 de marzo de 2002.

35 XUR 2010, 342576.

ción”, sobre o aspecto material e manifestación na realidade exterior que a operación de agrupación plasma na escritura pública, particularmente no caso de que a construción non tivese acceso ao rexistro público³⁶. No mesmo sentido maniféstanse as SSTSX de Cataluña do 26 de outubro de 2001³⁷ ou a de Castela e León, Burgos, do 11 de decembro de 2015³⁸.

Así as cousas, esta expresión do artigo 17.nove parece dar a entender que o valor das construcións que se asentan sobre os predios agrupados forma parte da base imponible do IAXD, dado que a dedución non as alcanza. Sen dúbida, os tribunais terán a última palabra, aínda que, ao noso parecer, a ausencia de inscrición previa da construción non pode ser argumento para excluír o seu valor na escritura de agrupación de predios; a inscrición destes inmobles pode realizarse a través da declaración de obra nova, caso en que só se gravaría por esta última operación³⁹.

En todo caso, para os efectos da dedución en cota por agrupación de terreos de solo rústico queda claro que esta non atinxe ao valor da construción e ao solo rústico sobre o que se asentan.

3 Adquisición de vivenda habitual: compatibilidade de beneficios fiscais

Aínda que só para os efectos de plasmar todos os cambios producidos no ámbito do ITPAXD con vixencia a partir do 1 de xaneiro de 2016, debe facerse referencia á eliminación da incompatibilidade entre a redución pola adquisición de diñeiro destinado á compra dunha vivenda habitual en Galicia regulada no artigo 8. tres do Decreto lexislativo 1/2011 con outros beneficios fiscais⁴⁰:

- Tipo reducido de gravame no ITPO, tanto para a adquisición de vivenda habitual como os tipos específicos para familias numerosas e para menores de 36 anos.

- Tipo reducido de gravame no IAXD, modalidade de actos xurídicos documentados, cota variable dos documentos notariais, no caso de adquisición de vivenda habitual e na constitución de préstamos hipotecarios destinados ao seu financiamento, así como para as mesmas operacións de adquisición de vivenda e constitución de préstamos hipotecarios destinados ao seu financiamento formalizados por familias numerosas ou por menores de 36 anos.

36 Neste contexto, e desde a perspectiva formal que atinxe á modalidade tributaria que nos ocupa, interesa incidir na referencia que o artigo 70.1 do Regulamento do imposto (RCL 1995, 1816) fai a que a base imponible, no caso de escrituras de obra nova, se conforma polo valor real de custo da obra nova que se declare, o que exclúe outros conceptos e, engadidamente, o valor do predio, o que é coherente co feito imponible do imposto. Pola mesma razón, e sen que sexa preciso estenderse sobre a eventual dobre imposición, non debe incluírse o valor da obra realizada sobre os predios que se agrupan, precisamente en razón ao argumentado polo TEAR no fundamento III do seu acordo, pois na liña que se vén sostendo, en efecto “non ten por que computarse unha realidade exterior que non fose reflectida con anterioridade nos libros do Rexistro senón exclusivamente, debe subliñarse, a realidade formal que, sobre a realidade rexistral anterior, configura agora o resultado da agrupación e a súa formalización en escritura pública”.

37 XT 2002, 404.

38 XT 2016/22.

39 Tal como dispón o artigo 4 TRITPAXD, “A unha soa convención non se lle pode exixir máis que o pagamento dun só dereito, pero cando un mesmo documento ou contrato comprenda varias convencións suxeitas ao imposto separadamente, exixírase o dereito sinalado a cada unha daquelas, salvo nos casos en que se determine expresamente outra cousa”.

40 En todos estes casos incluíase un apartado 3 do seguinte teor que agora foi eliminado: “No caso de acollerse á redución considerada no artigo 8.tres deste texto refundido, o tipo reducido aplicarase ao importe resultante de minorar a base liquidable na contía do importe da doazón”.

Esta medida debe valorarse positivamente, desaparecendo a discriminación existente á hora de aplicar este tipo reducido de gravame na adquisición de vivenda habitual en atención á orixe do diñeiro. Isto é, a parte dos fondos destinados á adquisición dunha vivenda que procedían dunha doazón que se beneficiara dunha redución previa quedaban excluídos deste beneficio fiscal no pagamento do ITPAXD.

4 Outros cambios de interese arredor da valoración dos bens e dereitos

4.1 Taxación pericial contraditoria. Cambios procedementais

A Lei de medidas fiscais modifica o artigo 29.4.b) do Decreto legislativo 1/2011, do 28 de xullo, relativo á taxación pericial contraditoria⁴¹, en canto a algúns aspectos do procedemento que cómpre seguir cando se designe un terceiro perito.

En efecto, a norma vén aclarar o que sucede coa obriga de motivar cando o terceiro perito procede a confirmar as valoracións realizadas por algún dos dous peritos que emitiron o informe, sexa o de Administración, sexa o designado de obrigado tributario. Sinálase que en tales supostos, o terceiro perito debe “motivare suficientemente as razóns polas que confirma unha e rexeita a outra”. Con bo criterio, pois, obrígase o perito terceiro a xustificar os motivos polos que se adhire a un dos informes e se separa do outro. É reiterada a xurisprudencia que sinala que os requisitos de motivación exixidos aos informes periciais da Administración se estenden tamén aos emitidos polo perito de parte e do perito terceiro, aínda que respecto destes últimos se establece a presunción de que están debidamente motivados cando foron visados polo colexio profesional correspondente.

Unha vez engadida a exixencia de motivación para o caso en que o terceiro perito confirme un dos informes periciais que se lle remitisen, o parágrafo cuarto deste artigo 29.4. b) do Decreto legislativo 1/2011 estende as consecuencias da falta de motivación suficiente do seu ditame pericial a este suposto. Deste xeito, tanto no caso de que emita unha nova valoración como se confirma unha das iniciais, a apreciación dun defecto de motivación, ben polo órgano administrativo competente ben polo órgano encargado de resolver en vía de recurso, dará lugar a que se devolva o expediente ao mesmo perito para que realice unha nova valoración ou mesmo o nomeamento dun novo perito⁴².

A norma, pois, equipara os supostos de emisión dunha nova valoración e os de confirmación dunha das propostas elaboradas polos peritos da Administración ou o do obrigado tributario, para os efectos da exixencia dos requisitos de motivación, así como da falta de motivación suficiente⁴³, tal como viñan reclamando os tribunais. En efecto, o TSX de Galicia sinalara

41 Sobre a taxación pericial contraditoria, véxase o meu traballo *Taxación pericial contraditoria en inmuebles: aspectos prácticos de su régimen jurídico-tributario*, Sepin, Madrid, 2010.

42 O que leva unido como consecuencia a realización da nova pericia sen percibir maiores honorarios ou, no caso de nomearse novo perito terceiro, a devolución dos honorarios xa satisfeitos, xunto co xuro legal vixente, no período que medie desde a data do pagamento dos honorarios ata a data da súa devolución.

43 Poden verse no dito sentido sentenzas de diversos tribunais, como o de TSX de Galicia, en Sentenza do 11 de febreiro de 2016 (XT 2016/112); ou de Extremadura, do 15 de xaneiro de 2015 (XT 2015\36); de Andalucía, Málaga, do 30 de xuño de 2014 (XUR 2014 282146), ou a temperá do TSX de Andalucía, Sevilla, do 9 de febreiro de 2005, na que se afirma que no caso da ratificación da taxación practicada polo perito da Administración a motivación debe considerarse suficiente, ao completar a do perito da Administración nalgún dos seus puntos.

respecto da actuación do terceiro perito que “a circunstancia de que este deba confirmar algunha das precedentes valoracións ou realizar unha nova mesmo lle outorga un plus de motivación. E iso como plasmación da nosa doutrina xeral ao respecto, que se resume en considerar que debe razoarse detalladamente cal é a argumentación que conduce á conclusión que se defende, como signo e expresión da adecuación do valor que se fixa e de cara a establecer as posibilidades de defensa do contribuínte. Na taxación pericial contraditoria, en canto ao informe do perito terceiro, non se pode soste que o dito contido se compadece exclusivamente coa mención de que se confirma algún dos anteriores, senón que cómpre argumentar axeitadamente ao respecto”⁴⁴.

Queda, non obstante, sen aclarar normativamente en que supostos procede dar ao perito terceiro a oportunidade de emitir un novo ditame correctamente motivado ou designar un novo perito que resolva o procedemento de taxación pericial contraditoria, aspecto este que, ao noso xuízo, debería ser merecedor de atención, en garantía da independencia deste perito terceiro.

4.2 Medios de comprobación: anulación da norma autonómica pola STC 33/2016

Malia non tratarse dunha modificación legislativa en sentido estrito, consideramos de interese mencionar tamén a declaración de inconstitucionalidade e anulación da redacción dada ao artigo 27.5 do Decreto legislativo 1/2011 pola Lei 12/2014, de medidas fiscais e administrativas, pola STC 33/2016, do 18 de febreiro⁴⁵.

Coa modificación realizada neste artigo 27.5 do Decreto legislativo 1/2011, indicábase que tanto no LSD como no ITP se podía utilizar como medio de comprobación a “capitalización ou imputación de rendementos á porcentaxe que a lei de cada tributo sinale”, medio previsto no artigo 57.1.ª) da LXT, establecendo que a porcentaxe a utilizar era o xuro de mora fixado no artigo 26.6 da LXT.

A primeira cuestión que se lle formula ao TC é a relativa a se a Comunidade Autónoma de Galicia podía determinar os medios de comprobación de valor para dous dos impostos respecto dos que ten cedidas certas competencias, de recadación e xestión, así como tamén de índole normativa. Entendendo concorrente a causa de declaración de inconstitucionalidade, non entra o TC a valorar outros argumentos.

Para estes efectos, o TC reitera a doutrina sostida na súa Sentenza 161/2012, do 20 de setembro, conforme a cal debe examinarse a competencia normativa das comunidades autónomas á luz do conxunto de competencias cedidas a estas. Deste xeito, debe partirse do artigo 55.1 da Lei 22/2009, do 18 de decembro, pola que se regula o sistema de financiamento das Comunidades Autónomas de réxime común e cidades con estatuto de autonomía e se modifican determinados preceptos tributarios, conforme o cal poden as Comunidades Autónomas proceder “... a) Á incoación dos expedientes de comprobación de valores, utilizando os mesmos criterios que o Estado”. Pois ben, os ditos criterios estatais están fixados

44 Por todas, pode verse a STSX de Galicia do 24 de febreiro de 2016 (XUR 2016\55602).

45 Ao respecto, *vide* FALCÓN Y TELLA, R., “La inconstitucionalidad de las normas autonómicas que modifican los medios de comprobación de valores regulados por el Estado (SSCT 25/2016, de 15 de febrero, y 33/2016, de 18 de febrero)”, *Quincena Fiscal*, n.º 9, 2016, www.westlaw.es.

no artigo 57 da LXT, cuxo parágrafo terceiro remite á normativa de cada tributo para a regulación concreta dos medios de comprobación, normativa sectorial que nin no caso do ISD nin en ITP establece ningún criterio de valoración distinto que os contidos no precitado artigo 57.1 LXT. Sinala en particular o TC que, “se a STC 161/2012 entendeu que cando o artigo 57.3 da LXT utiliza a mención «normas de cada tributo» se refire só ás estatais, con maior motivo hai que entender que, por ser máis restritiva, a locución «lei de cada tributo» ex artigo 57.1 a) da LXT comprende de igual modo as leis estatais unicamente”.

Debe recordarse que os obrigados tributarios aos que lles aplicasen como criterio de valoración a porcentaxe de rendemento establecida no xuro de mora tributario agora anulado polo TC poden instar a nulidade da liquidación que conteñan a dita valoración, na medida en que sexa posible a súa impugnación. É dicir, debe tratarse dunha liquidación fronte á que se instara recurso, evitando que se convertese nun acto firme e consentido⁴⁶, sen prexuízo da posible responsabilidade patrimonial do lexislador⁴⁷.

5 Un apuntamento final. Referencia á tributación no IRPF

A xeito de valoración final, cabe indicar que a reforma en materia impositiva respecto á reestruturación territorial do rural galego é positiva, pero manifestamente insuficiente.

Con carácter xeral, debeuse estruturar tecnicamente con maior acerto os distintos elementos que configuran os diferentes aspectos que permiten a aplicación destas deducións en cota introducidas para a transmisión de solo rústico e de explotacións agrarias de carácter prioritario, así como en particular as agrupacións de solo urbano, nas cales sen dúbida deben estar incluídas as agregacións de predios da mesma natureza.

Non obstante, o maior problema á hora de facilitar este tipo de transmisións, ao noso modo de ver, atópase noutro imposto, que non é outro que o imposto sobre a renda das persoas físicas (IRPF). En efecto, o IRPF grava as ganancias patrimoniais que derivan das transmisións de bens e dereitos⁴⁸, o que inclúe aquelas que se realicen respecto do solo rústico.

Neste caso, é o transmitente o chamado a pagar o IRPF, debendo incluír na súa base imponible a diferenza entre o valor de adquisición do ben inmovible e o valor polo que o dito ben é transmitido, conforme as regras contidas nos artigos 34 e 35 da LIRPF. A contía resultante

46 Sobre esta debatida cuestión, *vide* BURLADA ECHEVESTE, J. L., e BURLADA ECHEVESTE, I. M.³, “La revisión de oficio de las disposiciones de carácter general en materia tributaria”, *Quincena Fiscal*, n.º 15-16, 2012.

47 Sobre a responsabilidade patrimonial do lexislador nos casos de declaración de inconstitucionalidade, *vide* CALATAYUD PRATS, que analiza as novidades introducidas pola Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público, dado que o artigo 32.4 desta norma “puxo fin á polémica e á doutrina xenerosa e expansiva do Tribunal Supremo ao declarar que a responsabilidade do Estado lexislador só poderá xurdir cando o particular obtivese, en calquera instancia, sentenza firme desestimatoria dun recurso contra a actuación administrativa que ocasionou o dano, sempre que se tivese alegado a inconstitucionalidade posteriormente declarada”. Deste modo, sinala o autor, o lexislador limitou a posible exigencia de responsabilidade aos supostos nos que o obrigado tributario, tendo cumprido coa obriga de pagamento dun tributo posteriormente declarado inconstitucional con anterioridade á dita declaración, actuase, ben solicitando a nulidade da liquidación, ben a rectificación da autoliquidación antes da prescrición e, ante a denegación, tivese acudido aos órganos xurisdiccionais e tivese solicitado a formulación dunha cuestión de inconstitucionalidade, cuestión non obstante rexeitada”. En CALATAYUD PRATS, I., “Responsabilidad del estado lexislador tributario”, *Quincena Fiscal*, n.º 12, 2016.

48 Sinala o artigo 33.1 da Lei 35/2006, do 28 de novembro, do imposto sobre a renda das persoas físicas e de modificación parcial das leis dos impostos sobre sociedades, sobre a renda de non residentes e sobre o patrimonio que “son ganancias e perdas patrimoniais as variacións no valor do patrimonio do contribuínte que poñan de manifesto con ocasión de calquera alteración na composición daquel, salvo que por esta lei se cualifiquen como rendementos”.

integrarase na base imponible do aforro do imposto, tributando nunha escala de gravame que oscila entre o 19% e o 23%, en atención á plusvalía que se xerese⁴⁹.

Así, pois, a carga tributaria é moi significativa para o transmitente destes inmobles rústicos; mentres non se adopten medidas favorables para estes obrigados tributarios no IRPF, os efectos positivos das deducións autonómicas noutros impostos que recaen sobre o adquirente vense limitados se quen está chamado a vender non conta con incentivos similares.

Outro factor de incerteza e de receo á hora de optar polas transmisións deste tipo de inmobles é o altísimo valor que a Administración tributaria lles vén atribuíndo⁵⁰, o que dá lugar a que as ganancias patrimoniais no IRPF sexan cuantiosas, sometidas aos xa sinalados tipos de gravame tamén elevados. Así as cousas, entendemos que os transmitentes deste tipo de bens non se sentirán especialmente atraídos a realizar este tipo de operacións, o que en xeral pode contribuír a ralentizar o mercado de solo rústico.

Sería necesario, pois, tendo en conta a crise económica e demográfica do rural galego –reproducido noutros ámbitos territoriais no ámbito comunitario–, adoptar medidas globais en lugar de solucións parciais e de eficacia limitada, e iso tamén en materia tributaria (IRPF, IBI, etc.). Iso exige que as respostas se coordinen con outros niveis territoriais, particularmente o Estado central e a Unión Europea, que teñen competencias que concorren en determinados aspectos coa regulación parcial que pode realizar a Comunidade Autónoma ou que poderían completalas, e que, de non ser adoptadas, deixan incompletas e, polo tanto, minguadas nos seus efectos as distintas medidas tomadas de forma fragmentada.

6 Bibliografía

BURLADA ECHEVESTE, J. L., e BURLADA ECHEVESTE, I. M.^a; “La revisión de oficio de las disposiciones de carácter general en materia tributaria”, *Quincena Fiscal*, n. 15-16, 2012.

CALATAYUD PRATS, I.; “Responsabilidad del estado legislador tributario”, *Quincena Fiscal*, n.º 12, 2016.

CALVO VÉRGEZ, J.; “Delimitación de la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas en el ITPyAJD: algunas consideraciones”, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 127, 2005 (www.westlaw.es).

ENCISO YZAGUIRRE, V., e ROCHE LÓPEZ, C.; “Fiscalidad y desarrollo rural en España. Los beneficios fiscales en el mundo rural español”, *Revista de Economía Política, Social y Cooperativa*, n.º 55, 2006.

49 Ao que se lle debe engadir os efectos derivados da supresión pola Lei 26/2014 dos chamados coeficientes de actualización de valor de adquisición de bens inmobles que non son de aplicación desde 1 de xaneiro de 2015, así como a redución da aplicación transitoria dos coeficientes de abatemento que afectan tamén á transmisión dos mesmos bens inmobles. Vide ao respecto FALCÓN Y TELLA, R., “La supresión de los coeficientes de actualización y la quasi supresión de la eficacia de los de abatimiento en la vigente Ley del IRPF”, *Quincena Fiscal*, n.º 11, 2016.

50 Alta valoración con reflexo noutros impostos de carácter independente do IRPF e ITPO, como no caso do imposto sobre bens inmobles, que tamén provoca unha importante carga tributaria respecto dos bens inmobles situados no medio rural, recentemente afectado por modificacións de valoración de bens e regularizacións catastrais que casan mal coas medidas sectoriais aprobadas polo lexislador galego.

FALCÓN Y TELLA, R.; “La inconstitucionalidad de las normas autonómicas que modifican los medios de comprobación de valores regulados por el Estado (SSTC 25/2016, de 15 de febrero, y 33/2016, de 18 de febrero)”, *Quincena Fiscal*, n.º 9, 2016, www.westlaw.es.

FALCÓN Y TELLA, R.; “La supresión de los coeficientes de actualización y la quasi supresión de la eficacia de los de abatimiento en la vigente Ley del IRPF”, *Quincena Fiscal*, n.º 11, 2016.

MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L.; VILLARÍN LAGOS, M. y DE PABLO VARONA, C., *Comentarios al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Civitas, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ CALERO, F. J., e SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Manual de derecho inmobiliario*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 4.º ed., 2015.

VARONA ALABERN, J. E.; “Los incentivos fiscales de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias”, *Quincena fiscal*, n.º 19, 1996.

VILLAVERDE GÓMEZ, M. B.; *Tasación pericial contradictoria en inmuebles: aspectos prácticos de su régimen jurídico-tributario*, Sepin, Madrid, 2010.

Regap



NOTAS

A disciplina da contratación doméstica (*in house providing*) no novo Código de contratación pública e no proxecto de Texto Único sobre os SIEG.

Unha análise tras a transposición das directivas comunitarias 23 e 24 de 2014

La disciplina degli affidamenti in house nel nuovo Codice dei contratti pubblici e nello schema di Testo Unico sui SIEG.

Un focus dopo il recepimento delle Direttive comunitarie 23 e 24 del 2014

The discipline of in-house providing in the new Code of public contracts and the plan of the Single Text on the SIEG.

A focus after the transposition of the European Directives 2014/23/UE and 2014/24/UE

ANTONELLA AZZARITI

Lawyer with a PHD in public law (researcher)
Abruzzo Region – Consultant
antonella.azzariti@regione.abruzzo.it
antonella.azzariti@gmail.com

Recibido: 20/05/2016 | Aceptado: 29/06/2016

52 Regap

Regap



NOTAS

Resumo: Tras a entrada en vigor das directivas n.º 23, 24 e 25 de 2014, introducíronse moitas novidades en materia de contratación pública. Sen dúbida, a normativa sobre a figura da contratación doméstica (*in house providing*) é unha delas.

Este artigo ten por obxecto analizar o contexto normativo e xurisprudencial sobre a figura do *in house providing*, tras a transposición da disciplina prevista nos artigos 12, 17 e 28 das directivas 23, 24 e 25 de 2014 dentro do ámbito do novo Código de contratación pública, D.L. n.º 50, do 18 de abril de 2016.

Palabras clave: *in house providing*, adxudicación dos contratos públicos.

Riassunto: A seguito dell'entrata in vigore delle Direttive n. 23, 24 e 25 del 2014, sono state introdotte molte novità nell'ambito della materia dei contratti pubblici. Tra queste, sicuramente, vi è la disciplina dell'istituto dell'*in house providing*.

Il presente articolo mira ad analizzare il contesto normativo e giurisprudenziale concernente l'istituto dell'*in house providing* alla luce del recepimento della disciplina di cui agli artt. 12, 17 e 28 delle Direttive 23, 24 e 25 del 2014 nell'ambito del nuovo Codice dei contratti pubblici, D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016.

Parole chiave: in house providing, affidamento dei contratti pubblici.

Abstract: Following the entry into force of Directives 23, 24 and 25 of 2014, many novelties have been introduced in the area of public contracts. One of these is undoubtedly the discipline of in-house providing.

The aim of this article is to analyze the legislative and legal context regarding the institution of in-house providing in the light of the transposition of the discipline as established in articles 12, 17 and 28 of new Directives in the ambit of the new Code for public contracts, law no. 50 of April 18 2016.

Key words: in house providing, public contracts management.

Sommario: 1 Introduzione. 2 Il modello organizzativo *in house providing*. 3 I principi informativi del "Pacchetto appalti/concessioni" in materia di affidamenti in house. 4 L'articolo 5 del D.lgs. n. 50 del 2016 e le linee direttrici dello schema di Testo Unico sui SIEG. 5 Considerazioni conclusive. 6 Bibliografia.

1 Introduzione

La presente nota si prefigge di analizzare l'attuale quadro normativo ed interpretativo concernente l'istituto dell'*in house providing* alla luce del recepimento, nell'ambito del nuovo Codice dei contratti pubblici¹, della disciplina comunitaria resa nelle disposizioni "gemelle" di cui agli artt. 12, 17 e 28 delle Direttive 23, 24 e 25 del 2014.

A circa sedici anni dal *leading case* Teckal, infatti, l'istituto riceve un'espressa codificazione a livello europeo, aprendo così una serie di scenari e prospettive in ordine a tale modalità gestionale in ambito nazionale, soprattutto in concomitanza con l'attuazione della L. n. 124/2015, c.d. "Riforma Madia", che, nell'ambito di una complessiva riorganizzazione amministrativa, prevede l'adozione di due decreti di riordino della materia dei servizi pubblici locali di interesse economico generale e delle partecipazioni societarie delle p.a., il cui iter approvativo è in corso di svolgimento².

Inoltre, nelle periodo 2015-2016, sembra farsi strada un *trend* giurisprudenziale che, ferma restando l'affermazione e tutela del principio di concorrenza, appare disomogeneo in ordine alle possibilità ed opportunità di ricorso agli affidamenti diretti.

2 Il modello organizzativo *in house providing*

E' noto che, nella materia dei contratti pubblici, ed in particolare dell'affidamento di servizi pubblici da parte di pubbliche amministrazioni, il modello organizzativo *in house providing*

1 D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, recante "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", in G.U. 19 aprile 2016, n. 91, S.O., in particolare, art. 5 "Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico".

2 Nel presente scritto si è fatto riferimento ai due Schemi di Decreto legislativo in corso di approvazione. In particolare il riferimento va all'art. 7 del T.U. sui servizi di interesse economico generale e agli artt. 5, 15 e 16 del T.U. sulle società a partecipazione pubblica. Il Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale, n.1075 del 3 maggio 2016 si è pronunciato sullo Schema di Decreto legislativo sul Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale.

viene coniato in ambito comunitario, a far data dalla sentenza Teckal³, come sistema alternativo o derogatorio rispetto all'affidamento a mezzo di procedure ad evidenza pubblica.

La giurisprudenza comunitaria ha ampiamente chiarito che il diritto comunitario disciplina le modalità di affidamento di appalti o concessioni da parte di pubbliche amministrazioni mediante un complesso regolatorio che, lungi dall'assolvere una mera funzione di coordinamento delle procedure di aggiudicazione, mira all'instaurazione della concorrenza effettiva, intesa come ambito ove viene garantita agli operatori economici l'esplicazione delle libertà di stabilimento e prestazione di servizi sancite dal TFUE, attraverso l'osservanza dei canoni della parità di trattamento, della trasparenza, del mutuo riconoscimento e della proporzionalità⁴.

Poiché la nozione comunitaria di impresa prescinde dal carattere pubblico o privato del soggetto ad essa preposto, i soggetti a cui viene affidata la gestione di pubblici servizi a rilevanza economica o, più in generale, commesse pubbliche, sono tenuti, al pari di qualsivoglia operatore economico, al rispetto delle regole concorrenziali a meno che non si configuri la concessione di diritti speciali o esclusivi, sub specie di monopoli o attribuzione di finanziamenti pubblici, ovvero si versi in ipotesi di *in house providing*.

In quest'ultimo caso viene riconosciuta alle pubbliche amministrazioni la facoltà di auto-produrre il servizio da erogare o di espletare internamente le prestazioni di cui necessitano, avvalendosi di strutture ad esse gerarchicamente collegate che non si pongono rispetto ad esse in posizione di terzietà poiché sono legate alle prime dal c.d. rapporto di "delegazione interorganica".

La configurazione degli organismi in house providing viene tradizionalmente ricollegata alla presenza dei seguenti elementi:

- partecipazione pubblica interamente totalitaria;
- controllo analogo;
- attività prevalente⁵.

Trattandosi, dunque, di una modalità di affidamento che va a sottrarre al libero mercato quote di contratti pubblici, la sussistenza dei suddetti requisiti sintomatici va verificata in modo

3 Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal, in Racc., I, 8121 e Comunicazione della Commissione Europea avente ad oggetto "I servizi d'interesse generale in Europa" del 1997.

4 Di seguito si riportano le pronunce più significative della Corte di Giustizia in cui si delineano i tratti costitutivi dell'istituto *in house providing*: 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau in Racc. I-1, punto 49; 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname in Racc., I-7287, punto 26; 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo, punto 37, in Racc., I-4137; 19 aprile 2007, causa C-295/0, Asemfo in Racc., I-2999, punto 57; 18 dicembre 2007, Causa C-357/06, Frigerio; 17 luglio 2008, C-71/07, Campoli; 13 novembre 2008, Causa C-324/07, Coditel; 10 settembre 2009, Causa C-573/07, Set.Co.

5 Il requisito della partecipazione pubblica totalitaria, da sempre ribadito dalla Corte di Giustizia – *ex multis*, si veda, ad esempio, il Caso Set.co, Corte di giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, n. C-573/07, Set.Co. – viene sottoposto a rivisitazione dalle Direttive n. 23 e 24 del 2014, come si avrà modo di approfondire nel paragrafo seguente.

Diversamente, la sussistenza del "controllo analogo" viene ravvisata in presenza di: a) capitale interamente pubblico e divieto di apertura a capitali privati; b) dipendenza economica e finanziaria della società nei confronti dell'ente affidante; c) riserva in capo ai soci pubblici di poteri di designazione degli organi sociali; d) esercizio da parte dell'ente controllante di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti della società mediante poteri di indirizzo rafforzati rispetto ai diritti attribuiti ai soci dal diritto comune - sub specie di direzione, coordinamento e supervisione; e) assenza in capo agli organi sociali di ampi poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Elementi sintomatici del requisito della "destinazione prevalente dell'attività" sono invece ritenuti: a) l'oggetto sociale limitato al servizio affidato; b) l'assenza di vocazione commerciale nell'attività svolta.

rigoroso ed alla luce delle concrete circostanze dell'affidamento, in base ad un approccio interpretativo di tipo funzionale⁶.

Al fine di comprendere le novità introdotte dalle Direttive n. 23 e 24 del 2014, è utile focalizzare alcuni principi affermati in materia di controllo analogo ed attività prevalente.

In primo luogo, in ordine alle modalità di analisi del modello organizzativo in questione, si è fatto strada un approccio sostanziale nell'indagine circa la sussistenza dei requisiti in house, che richiede di non fermarsi unicamente alla denominazione giuridica del soggetto controllato e di fare, invece, riferimento alle caratteristiche funzionali ed alle concrete modalità operative dello stesso.

In tal senso, da ultimo, rileva la pronuncia del Consiglio di Stato, III, 27 aprile 2015, n. 2154, ove si statuisce che *"la legittimità dell'affidamento del servizio in house va valutata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento dell'adozione del provvedimento"*.

Altresì interessante è il caso del Consorzio Universitario C.I.N.E.C.A., su cui si avrà modo di tornare nel prosieguo del presente lavoro, che è stato oggetto di due pronunce del Consiglio di Stato, l'una resa in sede consultiva e l'altra resa in sede giurisdizionale⁷.

Nella pronuncia n. 2660/2015, a fronte della tesi difensiva secondo cui fosse integrata la natura di organismo in house del C.I.N.E.C.A. sulla base della sussistenza formale del controllo analogo congiunto, essendo lo stesso partecipato dal MIUR e da altre Università pubbliche, il Consiglio di Stato ha ritenuto insussistente tale requisito, giudicando non sufficiente la mera partecipazione di tutti i soggetti partecipanti al capitale e agli organi direttivi dell'ente in house, richiedendosi, al contrario, che ognuno di tali soggetti eserciti, in misura proporzionale, i poteri di indirizzo e controllo.

Nel caso di specie, l'effettività del controllo analogo da parte di tutte le Università consorziate è stata esclusa dalla posizione di indiscussa primazia riconosciuta al MIUR nell'ambito dell'organizzazione e del funzionamento del CINECA.

Di pari interesse è la giurisprudenza che ha delineato gli elementi sostanziali del controllo analogo.

A partire dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 3 marzo 2008, si è affermato l'orientamento secondo cui i poteri attribuiti dal codice civile e dallo statuto agli enti pubblici in qualità di soci non siano da soli sufficienti a garantire una posizione di controllo analogo, rendendo pertanto necessario individuare specifici meccanismi di controllo e di poteri di intervento sulla società tali da configurare un rapporto di dipendenza della società rispetto agli enti azionisti.

Tale influenza deve estrinsecarsi con l'esercizio di una forma di controllo effettiva, integrata dai seguenti poteri:

6 In tal senso, si vedano le seguenti pronunce: Consiglio di Stato, V, 29 dicembre 2009, n. 8970; Consiglio di Stato, V, 30 aprile 2009, n. 2765; Consiglio di Stato, V, 28 settembre 2009, n. 5808 in www.giustizia-amministrativa.it. Da ultimo, Consiglio di Stato, III, 27 aprile 2015, n. 2154, ove si statuisce che *"La legittimità dell'affidamento del servizio in house va valutata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento dell'adozione del provvedimento"*.

7 Consiglio di Stato, II, parere n. 298 del 30 gennaio 2015 e sentenza, Sez. VI, n. 2660 del 26 maggio 2015.

- a) controllo del bilancio, ex ante ed ex post;
- b) controllo sulla qualità dell'amministrazione sotto il profilo della regolarità, economicità, redditività, legittimità;
- c) spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;
- d) totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali;
- e) contesto organizzativo dal quale emerge la possibilità per la società di svolgere con le proprie risorse il servizio oggetto di affidamento.

I controlli esercitati dagli enti affidanti devono essere al tempo stesso sugli organi, e quindi strutturali, e sugli atti, ovvero sulle azioni e sui comportamenti:

- sugli organi, nel senso che l'ente locale deve avere il potere di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo;
- sulla gestione, nel senso che l'ente affidante, oltre al potere di direttiva e di indirizzo, deve avere anche il potere di autorizzare o di annullare quantomeno tutti gli atti più significativi della società, quali, oltre al bilancio, i contratti che superino una certa soglia ed in generale gli atti più qualificanti della gestione che non si risolvano in meri atti ordinari e burocratici.

Diversamente, in tema di attività prevalente, si segnala la recente giurisprudenza in tema di attività *extramoenia*.

Tradizionalmente, è stato ritenuto che l'attività del soggetto affidatario deve essere limitata agli ambiti territoriali degli enti partecipanti⁸.

Di recente, il Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 4793 del 20 ottobre 2015, ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale relativa alla possibilità di computare nell'attività prevalente, anche l'attività svolta a favore di enti pubblici non soci qualora sia imposta da un'amministrazione pubblica terza, nella fattispecie consistente nell'Ente regionale.

Il tema trae origine dal caso di una società in house deputata alla gestione di rifiuti a cui l'Ente regionale ha imposto, con un proprio provvedimento autoritativo, di svolgere attività di trattamento e avvio a smaltimento di rifiuti a favore di comuni non soci per ragioni di tutela dell'igiene e della salute pubblica in ambito regionale.

La questione interpretativa su cui la Corte di Giustizia si andrà a pronunciare, appare di particolare interesse, andando a toccare il profilo dell'attività *extramoenia* delle società in house, finora considerata esclusa ai fini della configurazione del requisito dell'attività prevalente.

3 I principi informatori del “Pacchetto appalti/ concessioni” in materia di affidamenti in house

Così inquadrato, sia pur in un'ottica di sintesi, il modello organizzativo in house, bisogna analizzare i principi introdotti in relazione a tale istituto nel c.d. “Pacchetto appalti/concessio-

⁸ *Ex multis*: Corte di Giustizia, UE, C-573/07 del 10 settembre 2008.

ni", i cui contenuti sono stati trasposti nell'art. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici che, sostanzialmente, opera un recepimento *tout court* il disposto dell'articolo 12 della Direttiva 2014/24/UE – *Settori ordinari* – e dell'articolo 17 della Direttiva 2014/23/UE – *Concessioni*.

In particolare, con riferimento alle modalità di affidamento dei servizi pubblici rileva, in particolare, l'art. 12 della Direttiva n. 23, in materia di concessioni.

La prima novità di rilievo è data proprio dalla codificazione di un *corpus* di norme dedicato all'istituto in esame che, in larga parte, recepisce e rende positivi i principi enunciati dalla Corte di Giustizia a far data dal caso Teckal, ma introduce, come vedremo, anche rilevanti elementi di novità.

Al riguardo, nel Considerando n. 31 della Direttiva 2014/24/UE si legge che *"La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di affidamenti in house viene interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici. E' pertanto necessario precisare in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici"*.

La disciplina resa negli artt. 12, 17 e 28 delle tre Direttive va letta, dunque, nell'ottica del superamento delle frammentazioni interpretative all'interno dei singoli Stati membri.

In secondo luogo, viene ben esplicitata la configurazione dell'*in house* quale modalità alternativa di espletamento di servizi o di esecuzione di lavori rispetto all'affidamento a mezzo di procedure ad evidenza pubblica.

Dunque, l'assunto secondo cui l'*in house* è un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, che richiedono il previo espletamento della gara ad evidenza pubblica, va rivista ed impostata in altri termini.

In questo senso, le nuove Direttive riprendono e sviluppano il descritto percorso normativo ed interpretativo avviato dalla Commissione Europea – a far data dalla Comunicazione avente ad oggetto *"I servizi d'interesse generale in Europa"* del 1997 – e dalla giurisprudenza Teckal.

Viene, infatti, positivamente enunciata la libertà di autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni ed affermata, con riferimento alle modalità di espletamento di lavori o servizi, l'equiordinazione di tre modelli gestionali:

- a) l'autoproduzione, secondo il modulo organizzativo in house;
- b) l'esternalizzazione a mezzo di gara;
- c) la cooperazione tra amministrazioni.

Tale assunto emerge chiaramente dalla lettura di alcuni considerando delle Direttive in questione.

Secondo il Considerando n. 5 della Direttiva n. 2014/24/UE: *"È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva."*

Nello stesso senso depongono i considerando n. 7 della Direttiva settori speciali n. 2015/25/UE e n. 5 della direttiva concessioni n. 2014/23/UE.

Secondo l'art. 2, paragrafo 1, di quest'ultima Direttiva, recante "*Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*": "1. La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione [...]. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni."

Si delinea così uno scenario nel quale i due principi di libertà di autoproduzione del servizio e tutela della concorrenza hanno pari dignità nel contesto di regole di ascendenza comunitaria, ferma restando la rigorosa verifica della sussistenza dei requisiti dell'in house, secondo i principi delineati dalle nuove Direttive e l'adozione di un'adeguata motivazione nei casi di utilizzo del modello⁹.

Il terzo profilo di novità espresso dalle Direttive in materia di *in house providing* risiede nell'attribuzione alla figura in esame non solo dei contorni di un modello di gestione di servizi pubblici ma dei tratti di una vera e propria "*relazione*" che può sussistere tra un soggetto pubblico e persone giuridiche private ovvero tra soggetti pubblici.

Gli articoli di riferimento della Direttiva parlano, infatti, di "*relazione*" che può intercorrere tra "persone giuridiche di diritto pubblico o di diritto privato", estendendo i confini tradizionali della figura.

Così, le fattispecie di in house vengono inquadrate come:

- *in house c.d. verticale*, o in senso proprio, secondo il modello tradizionalmente delineato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, in cui un soggetto pubblico esercita nei confronti di una persona giuridica di diritto privato – nella maggior parte dei casi ascrivibile allo schema societario – un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e si configuri il requisito dell'attività prevalente, secondo lo schema della *delegazione interorganica*;

- *in house verticale capovolto*, che si configura nell'ipotesi in cui il soggetto controllato affidi attività al soggetto controllante, ammettendosi una sorta di bidirezionalità dell'in house;

- *in house c.d. orizzontale*, consistente in una forme di cooperazione tra enti locali e/o amministrazioni per l'esercizio di pubblici servizi nell'ambito della loro potestà autorganizzatoria, secondo un modello che la Corte di Giustizia ha ammesso a partire dal 2009, nella c.d. sentenza "*Amburgo*"¹⁰, in cui veniva infatti ricondotto al modello in house un accordo tra enti locali per il conferimento e lo smaltimento di rifiuti all'interno di un impianto di termovalorizzazione situato nel territorio di uno di essi, con affidamento della gestione ad un soggetto privato.

⁹ Sul punto, VOLPE, C., *Le nuove Direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in www.giustizia.amministrativa.it

¹⁰ Grande Sezione, in C- 480/06 del 9 giugno 2009.

E' soprattutto con riferimento alla figura dell'in house verticale in senso proprio che le nuove Direttive vanno ad incidere con un complesso di regole riguardanti i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente.

In relazione al primo, oltre all'espressa codificazione dei requisiti Teckal, vengono disciplinate le fattispecie del c.d. controllo analogo "congiunto" e "a cascata".

Le condizioni che vengono poste dagli artt. 12, 17 e 28 delle tre Direttive ai fini della legittimità di tali figure sono le seguenti:

- gli organi decisionali devono essere composti da tutti i soci pubblici partecipanti ovvero da loro rappresentanti;
- i soci pubblici devono essere sia in grado esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato sia, ognuno singolarmente, in grado di esprimere una partecipazione proporzionale alla propria quota;
- l'organismo controllato non deve perseguire interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti.

Secondo l'elaborazione giurisprudenziale sul punto, è necessario che, nel caso di pluripartecipazione, il singolo socio possa vantare una posizione idonea, sia pur in misura minoritaria, a garantirgli una possibilità di effettiva partecipazione alla gestione dell'organismo in house¹¹.

Tale modello gestionale è particolarmente rilevante con riferimento all'assetto organizzativo dei servizi pubblici a rete – servizio idrico, trasporti, rifiuti – per i quali è prevista, a livello legislativo, l'organizzazione in ambiti territoriali ottimali, in cui le funzioni di programmazione, indirizzo e controllo siano esercitate da enti d'ambito¹².

Diversamente, in relazione al controllo analogo "a cascata" o a mezzo di holding, un'amministrazione esercita il controllo su un'altra amministrazione e quest'ultima esercita, a propria volta, il controllo sull'organismo in house.

In questo caso viene ammesso l'affidamento diretto dalla prima amministrazione nei confronti del terzo soggetto, benché formalmente non sussista una relazione diretta fra le due entità.

Riguardo al requisito dell'attività prevalente, la principale novità delle Direttive risiede nella quantificazione dell'attività che consente di affermare il concetto di prevalenza, che viene fissata, sulla scorta dell'elaborazione giurisprudenziale, nella percentuale dell'80% e nella codificazione del metodo di calcolo della stessa, che può avvenire in due modi:

- tramite il fatturato medio degli ultimi tre anni;
- attraverso un'idonea misura alternativa, quale, ad esempio, i costi sostenuti dalla persona giuridica nei tre anni precedenti l'affidamento della concessione.

11 Da ultimo, Consiglio di Stato, III, 27 aprile 2015, n. 2154, *cit.*; Consiglio di Stato, n. 2660 del 26 maggio 2015, *cit.*

12 Si vedano l'art. 3-bis del D.L. n. 138/2011 e l'art. 1, comma 609 della Legge di Stabilità 2015 e, da ultimo, la bozza di T.U. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale.

Nel caso di organismi in fase di *start up* inferiore a tre anni o in caso di attività non pertinenti per la valutazione, è sufficiente dimostrare con le proiezioni la credibilità della misura dell'attività svolta.

Da ciò discende per le società affidatarie la possibilità di operare nel libero mercato fino al 20% del proprio fatturato.

Altra novità assoluta che le Direttive introducono in merito alla compagine organizzativa degli organismi in house riguarda l'esplicita ammissione della partecipazione di operatori economici privati al capitale sociale della persona giuridica controllata.

Tale assunto rappresenta un *quid pluris* rispetto al pensiero giurisprudenziale che tradizionalmente richiede il requisito della partecipazione pubblica totalitaria, escludendo partecipazioni private sia minoritarie che potenziali, anche se soltanto previste dallo statuto¹³.

Rivisitando tale impostazione, le Direttive ammettono che l'affidamento in house possa avvenire anche in favore di organismi partecipati da capitali privati qualora ricorrano le seguenti condizioni:

- la partecipazione di capitali privati non deve essere tale da determinare situazioni di controllo o poteri di veto in favore degli stessi soci privati, consentendo loro di esercitare un'influenza determinante sulla società;

- tale partecipazione sia prescritta da espresse disposizioni di legge e non si ponga in contrasto con gli obiettivi comuni dei Trattati.

In ogni caso, la previsione che consente la partecipazione di soggetti privati soltanto se prescritta da disposizioni legislative, introduce una misura garantistica per i singoli Stati Membri e conferisce l'opportunità di disciplinare tale aspetto compatibilmente con i principi concorrenziali.

Tale disposizione si rinviene all'art. 5, comma 3¹⁴, del D.lgs. n. 50/2016.

Già anteriormente all'entra in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, tale disposizione ha suscitato un acceso dibattito interpretativo, in considerazione della portata derogatoria della stessa rispetto al principio consolidato della totale partecipazione pubblica delle società in house.

Un primo caso giurisprudenziale si è avuto in relazione al Consorzio Universitario C.I.N.E.C.A. per il quale il Consiglio di Stato, con due pronunce di segno contrario – l'una emessa in sede consultiva¹⁵, l'altra in sede giurisdizionale¹⁶ – ha una volta ammesso la configurazione della

13 Corte di giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, n. C-573/07, Set.Co.; Consiglio di Stato, n. 5072/2006; n. 591/2009.

14 Art. 5, comma 3, del D.lgs. n. 50/2016, recante "Il presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata".

15 Consiglio di Stato, II, parere n. 298 del 30 gennaio 2015.

16 Consiglio di Stato, VI, n. 2660 del 26 maggio 2015.

natura in house a fronte della partecipazione di università private nel capitale sociale sul presupposto del carattere *self-executing* delle Direttive e, successivamente, escluso la stessa, ritenendo dirimente il rilievo che il termine di recepimento da parte degli Stati membri è ancora in corso.

Sulla questione è poi intervenuto il D.L. 19 giugno 2015, n. 78, convertito in L. 6 agosto 2015, n. 125, che, in coerenza con le affermazioni espresse nella sentenza del Consiglio di Stato n. 2660/2015, ha subordinato la partecipazione dei privati alle tre condizioni enunciate dall'art. 12 della Direttiva n. 2014/24/UE¹⁷.

Diversamente, per quanto concerne il modello dell'in house orizzontale, appare interessante soffermarsi sui principi enunciati dal Consiglio di Stato nel parere n. 1178/2015¹⁸ ove si esamina la questione interpretativa posta dall'Agencia del Demanio circa possibilità di concludere accordi con enti territoriali e previdenziali per l'amministrazione e gestione di immobili di proprietà pubblica.

Il giudice amministrativo, dopo ampia disamina della giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia, fissa alcuni limiti da osservare in sede di trasposizione di tale modello in ambito nazionale.

In primo luogo, si precisa che le attività oggetto dell'accordo di collaborazione devono avvenire senza previsione di trasferimenti finanziari tra le parti cooperanti, fatti salvi i rimborsi dei costi sostenuti e non possono essere oggetto di commercializzazione né offerte sul mercato, a garanzia dei principi concorrenziali e di parità di trattamento degli operatori economici in esso operanti.

Inoltre, l'in house orizzontale viene accostato alla fattispecie degli accordi ex art. 15 della L. n. 241/1990, che consente alle pp. aa. di concludere tra loro accordi per lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

Entro questi limiti, gli accordi finalizzati alla gestione e valorizzazione dei patrimoni immobiliari, conclusi tra l'Agencia del Demanio e soggetti pubblici – nel cui novero sono ricompresi amministrazioni centrali e/o periferiche, enti territoriali nonché enti pubblici o società pubbliche – vengono esclusi dall'ambito applicativo del codice dei contratti pubblici e dalle Direttive UE.

17 Il riferimento va all'art. 9, commi 11-bis, 11-ter e 11-quater, del D.L. 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 125. In particolare, l'art. 11-quater prevede che *"I servizi informativi strumentali al funzionamento dei soggetti facenti parte del sistema dell'istruzione, dell'università e della ricerca possono essere svolti da detti soggetti direttamente o per il tramite di enti, anche con personalità giuridica di diritto privato, costituiti su iniziativa delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e da queste partecipati, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni:*
a) oltre l'80 per cento delle attività dell'ente è effettuato nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dall'amministrazione controllante o da altre persone giuridiche controllate dalla stessa;
b) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.
c) le amministrazioni partecipanti esercitano su tali enti, anche in maniera congiunta, un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi".

18 Consiglio di Stato, il parere n. 1178 dell'11 marzo 2015.

4 L'articolo 5 del D.lgs. n. 50 del 2016 e le linee direttrici dello schema di Testo unico sui SIEG

Nello scenario normativo attuale, le novità introdotte dalle Direttive n. 23 e 24 del 2014 in ordine all'istituto dell'in house providing si rinvengono, principalmente, negli artt. 5 e 192 del D.lgs. n. 50/2016, da leggere in concomitanza con il decreto di riordino della materia dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, il cui *iter* approvativo è tuttora in corso di svolgimento¹⁹.

Come già osservato, l'art. 5 del nuovo Codice dei Contratti opera una trasposizione *tout court* delle disposizioni rese agli articoli 12 e 17 delle due direttive comunitarie, codificando così i descritti principi in materia di controllo analogo – verticale, congiunto ed a mezzo di holding – di attività prevalente, con le relative percentuali e modalità di determinazione, e di in house orizzontale.

Viene altresì recepita la novità della possibile presenza di capitali privati nella compagine organizzativa del soggetto in house, a condizione che la stessa sia prescritta dalla legislazione nazionale, in conformità dei Trattati, e che non siano riconosciuti al soggetto privato poteri di veto e controllo.

In relazione a quest'ultima disposizione, si segnala una pronuncia della Corte dei Conti della Regione Campania, immediatamente successiva all'entrata in vigore del nuovo Codice²⁰.

Il giudice contabile, infatti, in sede consultiva, si è pronunciato in ordine alla questione, posta da un comune, circa la possibilità di fusione tra due società di gestione del servizio idrico, di cui una partecipata da capitali privati, per la creazione di un unico soggetto operante a livello di ambito ottimale.

Pur nella vigenza dell'art. 5 del Codice dei contratti pubblici, si è ritenuta non ammissibile tale operazione in assenza di una norma di settore *ad hoc* che prescriva, in modo obbligatorio, la partecipazione di capitali privati ad organismi di gestione del servizio idrico.

Si ritiene, in altri termini, non sufficiente una disposizione che renda possibile l'affidamento in house a soggetti partecipati da capitali privati, richiedendosi la sussistenza di una norma speciale e prescrittiva in tal senso.

E' chiaro che tale interpretazione mira a circoscrivere ulteriormente le possibilità di ingresso di capitali privati nella struttura organizzativa dell'organismo in house.

La disciplina resa all'art. 192 del codice si muove lungo due linee direttrici, l'una, resa ai commi 1 e 3, prevedente la costituzione di un elenco presso l'ANAC di enti aggiudicatori di affidamenti in house e l'assoggettamento delle stesse agli obblighi di pubblicità e trasparenza, e l'altra, al comma 3, concernente gli obblighi di motivazione da ottemperare nel caso di ricorso all'affidamento in house, da leggersi in concomitanza con la previsione di cui all'art. 7 del Testo Unico sui SIEG.

¹⁹ Si segnala il parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, 3 maggio 2016, n. 1075, recante "*Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*".

²⁰ Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Campania n. 108 del 22 aprile 2016.

In base alla prima previsione, l'iscrizione nell'elenco istituito da ANAC avviene a domanda dell'ente affidante, sotto la responsabilità di quest'ultimo, prevedendosi un potere di verifica in capo all'ANAC sull'esistenza dei requisiti integranti l'in house, secondo modalità e criteri da definirsi con successivo atto.

Tale disposizione pone alcuni dubbi interpretativi circa la natura da attribuire all'obbligo di iscrizione.

La stessa, infatti, non introduce una presunzione assoluta circa la sussistenza dei requisiti in house e non connota comunque di legittimità gli affidamenti diretti effettuati.

Emerge, con tutta probabilità, l'attribuzione di un potere di controllo all'ANAC circa la sussistenza dei requisiti integranti l'in house, fermo restando in ogni caso il sindacato giurisdizionale sulla legittimità degli affidamenti.

Sotto altro profilo, si prevede per le società affidatarie in house, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento, al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure, nell'ottica di estensione degli obblighi di trasparenza ed anticorruzione di cui al D.lgs. n. 33/2013 ed alla L. 190/2012 agli enti di diritto privato ed economici, sui quali le amministrazioni pubbliche detengano partecipazioni o esercitino poteri di vigilanza e controllo.

Questa linea d'indirizzo emergeva già dalla Determinazione dell'A.N.A.C. n. 8 del 17 giugno 2015, recante *"Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici"*.

Per quanto concerne, invece, l'obbligo di motivazione da osservare nel caso di ricorso caso di affidamento in house, l'art. 192, comma 2, stabilisce che *"Il provvedimento debba dare altresì conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini, anche in relazione ai costi standard del servizio nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche"*.

In linea con questa disposizione, si pone l'art. 7, commi 1-3, dello schema di Testo Unico sui SIEG.

L'art. 7, comma 1, nel disciplinare le modalità di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, prevede, in linea con il quadro comunitario, tre opzioni gestionali, tra loro equiordinate:

a) affidamento mediante procedura a evidenza pubblica, in applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici;

b) affidamento a società mista, il cui socio privato sia stato scelto con procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal diritto dell'Unione europea e dal decreto legislativo adottato ai sensi dell'articolo 18 della legge n. 124 del 2015;

c) gestione diretta, mediante affidamento in house, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea e dalle disposizioni in materia di contratti pubblici e del Testo Unico sulle partecipazioni pubbliche.

A tali modalità, si aggiunge, per i servizi diversi da quelli a rete, la gestione in economia o mediante azienda speciale.

Per quanto concerne i contenuti del provvedimento preordinato all'affidamento, si prevede che l'ente, anteriormente alla scelta in ordine alla modalità di affidamento del servizio, è tenuto a dare conto delle ragioni e del rispetto dei parametri comunitari per la forma di gestione prescelta in conformità di principi del diritto europeo e della definizione di specifici obblighi di servizio pubblico, indicando eventualmente le compensazioni economiche.

Oltre a ciò, si stabilisce che la motivazione del provvedimento debba dare dimostrazione anche dell'impossibilità di suddividere in lotti del progetto, nel rispetto della disciplina comunitaria, al fine di consentire la libertà di prestazione dei servizi e favorire forme di concorrenza comparativa.

Per il ricorso all'affidamento in house, si richiede, in linea l'art. 192, comma 2, del Codice, che vengano illustrate le ragioni per cui il ricorso al mercato non risulti conveniente, in termini economici e qualitativi, per l'utenza e per la collettività.

Dunque, sebbene non si pongano limitazioni in ordine alla discrezionalità degli enti locali in ordine alle possibilità di ricorso all'affidamento diretto, vengono rafforzate le motivazioni in ordine ai presupposti applicativi di tale forma di gestione, rendendo così circoscritto il margine di manovra rimesso ai singoli enti locali.

Ad una prima lettura, la disposizione ex art. 7 risponde ai principi espressi nella legge di delega – art. 19 della L. n. 124 del 2015²¹ – ove si richiedeva, da un lato, di distinguere tra i tipi di società in base a diversi criteri di affidamento, tra cui quello della *“modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica”* al fine di individuarne la disciplina, *“anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica”* e, dall'altro, di rispettare *“i principi dell'ordinamento europeo, ivi compresi quelli in materia di autoproduzione, e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di autonomia organizzativa, economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”*.

Ad avviso del Consiglio di Stato²², la disciplina così strutturata supera indenne una previsione di incostituzionalità, nella parte in cui prevede la valutazione discrezionale degli enti locali nella scelta delle modalità di gestione del servizio, ma richiede, al contempo, un apparato motivazionale rafforzato per il ricorso all'affidamento diretto nel contesto di una disciplina che mostra un chiaro *disfavor* per l'ipotesi di mancato ricorso al mercato.

21 L. 7-8-2015 n. 124, recante *“Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*, in G.U. 13 agosto 2015, n. 187, art. 19 *“Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale”*, comma 1, lett. e).

22 Si veda il parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale, 3 maggio 2016, n. 1075, *cit.*

In base, infatti, ai principi interpretativi espressi dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n. 199/2012²³, l'introduzione di regole concorrenziali nell'ambito delle scelte organizzative per l'affidamento dei servizi, in nome dei principi comunitari di tutela della concorrenza ed autorganizzazione, non possa essere intesa come un obiettivo imposto all'ente affidante, da perseguire mediante un nucleo dettagliato e prescrittivo di regole – come era nell'impianto dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008, convertito in L. n. 133/2008 e nell'art. 4 del D.L. 138/2011 – ma vada letta come un valore costituzionale da tutelare e come strumento del quale gli enti locali devono avvalersi nell'ambito delle loro scelte organizzative, nell'ottica del perseguimento di un regime di concorrenza effettiva.

Tuttavia, nello stesso parere del Consiglio di Stato si evidenziano delle possibili criticità applicative dell'impianto normativo così delineato per gli enti locali, soprattutto di minori dimensioni, poiché vengono loro rimesse valutazioni molto complesse in ordine alla presenza di situazioni contrarie al ricorso al mercato, che potrebbero non essere adeguatamente dimensionate in relazione alle professionalità a disposizione nell'apparato organizzativo degli enti minori.

5 Considerazioni conclusive

In un'ottica conclusiva, si possono esprimere alcune considerazioni finali circa le novità che il c.d. "Pacchetto appalti e concessioni" introduce in tema di in house, oggi codificate nell'art. 5 del nuovo codice dei contratti pubblici, in concomitanza con il decreto attuativo della c.d. "Riforma Madia".

Senz'altro, va colta l'opportunità che il legislatore comunitario offre circa la possibilità di definizione di un chiaro e completo quadro normativo degli affidamenti in house e, più in generale, delle modalità di affidamento dei servizi pubblici di rilievo economico.

Tuttavia, nel dare applicazione al modello delineato dal diritto comunitario e recepito nel nuovo codice appalti, bisognerà fare attenzione sia ad introdurre soluzioni particolarmente restrittive del ricorso all'in house tenendo a mente i principi affermati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 199/2012, sia ad evitare fughe in avanti, avallando letture elusive del modello delineato dal diritto comunitario.

Ad avviso della scrivente, tuttavia, andranno affrontati alcuni problemi applicativi, oltre quelli sinora evidenziati, che scaturiscono dalla normativa di recente entrata in vigore.

Si pensi, ad esempio, al tema della partecipazione diretta di operatori privati nella compagine organizzativa in house.

Si tratta di una previsione particolarmente innovativa, anche rispetto alla giurisprudenza comunitaria e tale da poter creare non pochi problemi applicativi.

La recente lettura data alla norma dal giudice contabile circoscrive notevolmente i margini di utilizzo di tale modello, andandone a circoscrivere al contempo le possibilità applicative.

²³ Corte Costituzionale, n. 199 del 17 luglio 2012, reperibile in www.giurcost.org, ove viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. 138/2011 per contrasto con l'art. 75 Cost., in quanto riproduttivo dell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, convertito in L. n. 133/2008, abrogato in sede referendaria.

Restano aperti gli interrogativi in ordine alle modalità di selezione del soggetto privato ed al *quantum* di partecipazione societaria che si possa ritenere tale da escludere la sussistenza di poteri di veto e controllo.

Bisognerà evitare che la partecipazione diretta di operatori economici privati al capitale della controllata possa determinare posizioni di vantaggio per questi ultimi rispetto ad altri operatori economici privati.

Altro tema d'interesse è la regolazione dell'in house orizzontale, del quale andrà compreso sia il concreto ambito applicativo sia le analogie e differenze rispetto agli accordi ex art. 15 della L. n. 241/1990.

Infine, da una lettura combinata dell'art. 5 del nuovo Codice con le disposizioni contenute nello schema di Testo unico sui SIEG, emerge la generale volontà legislativa di prevedere, come regola generale, che l'affidamento di servizi pubblici di interesse generale avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, circoscrivendo le concrete possibilità di ricorso all'affidamento diretto senza gara.

Dunque, il *trend* normativo nazionale conferma un'impostazione restrittiva verso il tema degli affidamenti in house, benché il legislatore interno si sia mosso in piena coerenza con l'ordinamento europeo, assicurando un livello di tutela della concorrenza effettiva e non limitando ex ante la discrezionalità degli enti affidanti circa le scelte in ordine alle modalità di gestione.

Tale interpretazione appare confermata dalle considerazioni espresse dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nell'audizione del 13 luglio 2016 sullo "*Schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*"²⁴, ove si da una lettura positiva della disciplina contenuta nell'art. 7 sulle modalità di gestione dei servizi e si ritengono superati eventuali profili di incostituzionalità della norma, in nome del principio della libertà di organizzazione del servizio, riconosciuto agli enti locali dalla Corte costituzionale ed ora ripreso dal nuovo Codice degli appalti.

6 Bibliografia

VOLPE, C., *Le nuove Direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in www.giustizia.amministrativa.it

²⁴ Audizione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato – Commissioni Congiunte I e V Della Camera Dei Deputati – nell'ambito dell'esame dello "*Schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*", 13 luglio 2016.

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES
Maxistrado (Galicia, España)
fcominges@poderjudicial.es

Regap



NOTAS

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Municipios de gran poboación. Titular da asesoría xurídica: natureza xurídica e sistema de provisión. 1.2 Dereito de funcionarios e cargos públicos municipais ao reembolso de gastos asumidos por defensa xudicial en procesos penais en que resultaron absoltos. 1.3 Requisitos formais necesarios para que unha Corporación local poida promover un proceso contencioso-administrativo. Informe preceptivo do secretario municipal. 1.4 Ordenanza de uso do galego na Administración municipal. 2 Contratos públicos-comercio. 2.1 Plan de modernización das concesións de transporte público regular permanente de persoas de uso xeral por estrada de Galicia. Superación do prazo máximo de prórroga. Inaplicación de lei autonómica por incompatibilidade co dereito comunitario. 2.2 Declaración de zona de grande afluencia turística. Horarios comerciais. 3 Expropiación forzosa. 3.1 Anulación de acordo do Xurado de Expropiación de Galicia de fixación de prezo xusto derivada da nulidade do planeamento urbanístico que deu causa á expropiación. Efectos da anulación. 4 Estranxeiría. 4.1 Estranxeiros en situación irregular. Só cabe a expulsión como regra xeral. Interpretación da sentenza do TXUE "Zaizoune". 4.2 Autorización de residencia de cidadán de fóra da Unión Europea por matrimonio ou relación *more uxorio* con español. Non se lle pode exixir acreditar solvencia económica. 5 Persoal. 5.1 Extensión da figura dos "indetermados" ao persoal estatutario (sanitario). 6 Responsabilidade patrimonial. 6.1 Responsabilidade directa da Administración por danos causados polo seu contratista. Defectuosa prestación sanitaria en centro privado concertado. Lexitimación pasiva da Xunta de Galicia e competencia da xurisdición contencioso-administrativa. 6.2 Cálculo dos xuros de mora cando concorren aseguradoras da Administración. 6.3 Responsabilidade patrimonial pola anulación dun Plan xeral de ordenación municipal. 7 Telecomunicacións. 7.1 Inconstitucionalidade (parcial) da Lei 3/2013, do 20 de maio, de impulso e ordenación das infraestruturas de telecomunicacións de Galicia. 8 Tributos. 8.1 Institución da "apartación" galega. Pacto sucesorio de realización anticipada ou inmediata. Transmisión exenta de IRPF. 8.2 IRPF. Axudas de custo exentas. Correspóndelle ao empresario e non ao traballador a carga de acreditar ante a Axencia Tributaria a veracidade dos conceptos de que derivan as axudas de custo. 8.3 IRPF. Pagamento anticipado de dedución por maternidade. Acreditación do exercicio dunha actividade por conta propia ou allea. 9 Urbanismo e medio ambiente. 9.1 Inaplicación do réxime de distancias do antigo Regulamento de actividades molestas, nocivas e perigosas a unha estación depuradora de augas residuais de nova construción. 9.2 Catálogo español de especies exóticas invasoras. 9.3 Plan de ordenación do litoral de Galicia. 9.4 Prescrición de cotas de urbanización. Prazo de quince anos.

1 Administración local

1.1 Municipios de gran poboación. Titular da asesoría xurídica: natureza xurídica e sistema de provisión

A Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) do 9 de marzo de 2016 (rec. 416/2015, relator: Ilma. Sra. Rivera Frade) confirmou unha resolución dun Concello de gran poboación pola que se lle adxudicou o posto de titular da súa asesoría xurídica a un letrado da Xunta de Galicia. O TSXG concluíu en primeiro lugar que non era necesario someter a negociación colectiva nin comunicación sindical o procedemento de provisión do posto. En segundo lugar analizou a súa natureza xurídica, admitindo a procedencia da súa provisión polo sistema de “libre designación”, coas seguintes consideracións:

«(...) Respecto de este puesto de trabajo, esta sala ha dicho, en la Sentencia de 23 de febrero de 2011 (Recurso: 470/2010) y en la posterior de 18 de enero de 2012 (Recurso: 298/2011), que se trata de un órgano directivo de índole política, que también tiene en cuenta criterios de oportunidad. Esta interpretación, acomodada a las previsiones legales, es la que debe prevalecer sobre lo razonado en la Sentencia de 18 de abril de 2012, que enjuició la cuestión sometida a debate únicamente a la luz de lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo, omitiendo la aplicación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que es la que califica el puesto litigioso como puesto de carácter directivo, y que como tal puede cubrirse por el sistema de libre designación. Así lo permite la normativa autonómica antes citada. (...) En cuanto a la motivación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de septiembre de 2014, por el que se nombra a don ----- para el puesto de asesor jurídico, diremos en primer lugar que nos encontramos con un puesto de libre designación en el que concurren las notas de especial responsabilidad y confianza. El artículo 80.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, establece que “La libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto” (mismo precepto del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público). Este sistema de provisión de puestos de trabajo tiene carácter excepcional y, como ya se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2002 (Recurso número 1418/2000), el nombramiento para cargos de libre designación constituye un acto administrativo singular y específico dentro de la categoría general de los actos discrecionales (letra f del artículo 54.1 de la Ley 30/92, modificada por Ley 4/1999), consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza que la autoridad facultada para la designación ha de tener en la persona designada, relación de confianza que solo puede apreciar esa misma autoridad que verifica el nombramiento. Y así como el carácter discrecional viene justificado por la especial responsabilidad y confianza que caracteriza a los puestos de trabajo que se pueden proveer por este sistema (artículo 80.2 del EBEP), es verdad que el carácter discrecional del nombramiento, al igual que el de su cese, exigen un plus de motivación conforme a lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/92 (artículo 35.1 i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, en periodo de vacatio legis). Este plus de motivación se cumple en este caso aunque lo sea

a través de una escasa pero suficiente referencia a la condición del candidato seleccionado como letrado de la Xunta de Galicia y a los méritos de experiencia profesional y formativa que se recogen en su currículum. Esa cita expresa e inequívoca a la condición de miembro del cuerpo de letrados de la Xunta de Galicia remite derechamente a la valoración positiva de la condición de acceso a ésta que constituye un mérito objetivo (superación de pruebas selectivas de escala superior jurídica con arreglo a temario adaptado al ámbito autonómico), del que carece el recurrente, y que es el eje sobre el que pivota la decisión del nombramiento cuestionado. Constituye un dato objetivo que permite un control sobre el acierto y seriedad de la decisión última, basada a su vez, como es consustancial a la naturaleza del puesto convocado, a razones de confianza y juicio de idoneidad del aspirante seleccionado, letrado de la Xunta de Galicia por oposición desde el año 2001».

1.2 Dereito de funcionarios e cargos públicos municipais ao reembolso de gastos asumidos por defensa xudicial en procesos penais nos que resultaron absolutos

A Sentenza do TSXG do 2 de maio de 2016 (Rec. 63/2016, relator: Ilmo. Sr. López González) recoñece en primeiro termo e con carácter xeral o dereito dos empregados públicos das corporacións locais ao reembolso, a cargo da Administración, dos gastos asumidos pola súa defensa xudicial en procesos penais concluídos con sentenza absolutoria. Pero establece ao mesmo tempo unha excepción: cando a imputación do servidor público derivou dunha actuación claramente irregular, malia que finalmente non levase consigo condena penal. E así, no caso concreto examinado, confirma a desestimación da solicitude do actor de reembolso dos 63.000 euros que gastou por honorarios de letrado, porque:

«(...) Es evidente que la intervención del apelante en el hecho por el que fue imputado no puede ser tildada de irrelevante; él inició el expediente administrativo en su calidad de director general y él cursó las invitaciones aludidas. Todo conduce a pensar que nos hallamos ante un proceso teledirigido con el exclusivo ánimo de adjudicar el contrato a la empresa -----, bajo la apariencia externa de un concurso de libre concurrencia y competitivo (...). Y si, a consecuencia de aquella anulación de la adjudicación operada, se siguió un procedimiento penal contra el aquí demandante, el hecho de que recayese sentencia absolutoria en la Audiencia Provincial no puede producir el efecto pretendido por el recurrente, pues tal absolución se asentó en motivos de forma, al entender dicho órgano jurisdiccional que el contrato no había llegado a perfeccionarse. Pero el Tribunal Supremo, por Sentencia de 27 de junio de 2013, en vía de casación contra la anterior resolución judicial, se expresó de modo diáfano y terminante, al decir: "... se está ante una resolución que debe ser estimada de prevaricadora por el apartamiento absoluto del principio de legalidad. Precisamente, la total falta de competencia por quien adopta la resolución y la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento administrativo constituyen la exteriorización de la arbitrariedad de la resolución concernida". No es de recibo ampararse en que el Tribunal Supremo no dictó sentencia condenatoria contra ninguno de los intervinientes, toda vez que tal decisión devino imposible desde el momento en que tenía vedado el análisis de la prevaricación al no haber sido objeto de examen en la sentencia recurrida en casación por detenerse ésta en la inexistencia de contrato. Pero, a nadie escapa, y así se infiere de la resolución judicial antes transcrita, que la actuación del Sr. ----- contravino las más esenciales normas de imparcialidad y objetividad en la

Regap



NOTAS

actuación administrativa; no en vano, el Tribunal Supremo alude, al hablar de la resolución administrativa, a la prevaricación y a la arbitrariedad. Y no olvidemos que el actor fue el principal promotor de tal desafuero dada su condición de director general y, por ende, de máximo responsable en su departamento. Y no deja de resultar sorprendente que, habiendo salido bien parado de aquella complicada situación jurídico-penal, tenga aún la osadía de postular una indemnización por los gastos que de su defensa jurídica en los procedimientos seguidos se le han derivado, pretendiendo trasladar el cargo a los fondos públicos que tan alegre y deficientemente gestionó en su etapa de director general del Ayuntamiento de Ourense. La mención que se hace a un tercer implicado al que sí se le indemnizó por los gastos de su defensa jurídica no puede ser tenida en cuenta, toda vez que la sentencia del Tribunal Supremo en modo alguno le afectaba al no haberse interpuesto, en relación con él, el recurso de casación por el Ministerio Fiscal».

1.3 Requisitos formais necesarios para que unha Corporación local poida promover un proceso contencioso-administrativo. Informe preceptivo do secretario municipal

O TSXG, na súa Sentenza do 14 de abril de 2016 (Rec. 4027/2013, relator: Ilma. Sra. Paz Eiroa), inadmitiu o recurso contencioso-administrativo interposto polo Concello das Neves contra o Decreto 219/2012, do 31 de outubro, aprobatorio do deslinde dos termos municipais de Arbo, As Neves e A Cañiza, por incumprimento de requisitos formais, co seguinte razoamento:

«(...) Al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompañará el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del documento que acredite la representación del compareciente –artículo 45.2.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa–. Los acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las entidades locales deberán adoptarse previo dictamen del secretario, o, en su caso, de la asesoría jurídica y, en defecto de ambos, de un letrado –artículo 54.3 del Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril–. Los acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las entidades locales deberán adoptarse previo dictamen del secretario o, en su caso, de la asesoría jurídica, y, en defecto de ambos, de un letrado –artículo 221.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre–. La existencia de dicho informe constituye una “garantía para que el órgano que ha de adoptar los acuerdos a que se refiere el informe lo haga con pleno conocimiento de causa” –Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17/05/2005 dictada en el Recurso 3000/2001–. El ayuntamiento codemandado alegó al contestar que no existe el informe previo exigido legalmente, y el ayuntamiento demandante no dijo nada al respecto al concluir. El dictamen del secretario municipal o letrado no se acompañó al escrito de interposición ni al de conclusiones. De lo actuado, resulta que el recurso se interpuso por persona no legitimada. La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso cuando se hubiera interpuesto por persona no legitimada –artículo 69.b) LJCA–. La alegación de inadmisibilidad ha de ser estimada».

1.4 Ordenanza de uso do galego na Administración municipal

Na Sentenza do TSXG do 18 de febreiro de 2016 (Rec. 4710/2013, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) fiscalízanse todos os preceptos da “*Ordenanza de uso do galego na Administración municipal de Lugo*”, aprobada polo dito Concello no ano 2012, anulándose aqueles que o Tribunal conclúe que vulneran o dereito a utilizar a lingua castelá nas actuacións e dependencias municipais.

2 Contratos públicos-comercio

2.1 Plan de modernización das concesións de transporte público regular permanente de persoas de uso xeral por estrada de Galicia. Superación do prazo máximo de prórroga. Inaplicación de lei autonómica por incompatibilidade co dereito comunitario

A Sentenza do Tribunal Supremo (Sala 3.^a, Secc. 3.^a) do 14 de marzo de 2016 (Rec. 3718/2012, relator: Excmo. Sr. Espín Templado) anulou a resolución da Xunta de Galicia do 26 de febreiro de 2010, aprobatoria do Plan de modernización das concesións de transporte público regular permanente de persoas de uso xeral por estrada, en canto á súa previsión de prórroga automática das concesións, con esta argumentación:

«(...) Considera la Comisión Nacional de la Competencia que, aunque la previsión de una prórroga de las concesiones se encuentra prevista en la Ley gallega 5/2009, de 26 de noviembre, el mecanismo que activa dicha prórroga es la resolución de 26 de febrero de 2010 impugnada en la instancia. Y sostiene que dicha resolución, al hacer efectiva la prórroga, ocasiona un resultado contrario al artículo 4.3 del Reglamento comunitario 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, que establece de manera taxativa que “la duración de los contratos de servicio público será limitada y no podrá superar diez años para los servicios de autobús o autocar...”. Y añade que la citada resolución, que es la que determina la existencia efectiva de las prórrogas de las concesiones, es de 26 de febrero de 2010, mientras que el reglamento había entrado en vigor el 3 de diciembre de 2009. Señala que no se impugna una norma de rango legal, sino la referida resolución y añade que la sentencia ignora los principios de primacía y efecto directo del derecho comunitario.

Esta sala tercera ha resuelto ya la cuestión de fondo que se plantea en este recurso, relativa a la compatibilidad de prórrogas a las concesiones de transporte público por carretera más allá de los diez años en total, en la Sentencia de 1 de octubre de 2014 (RC 2437/2013) y en la muy reciente de 15 de febrero de 2016 (RC 2999/2013) (...).

Aunque sea cierto que es la Ley autonómica 5/2009, de 26 de noviembre, la que prevé las prórrogas, es sin embargo la resolución de 26 de febrero de 2010 impugnada en la instancia la que determina la efectiva vigencia de éstas. (...) En consecuencia, la alegada contravención de lo dispuesto en el artículo 4 del reglamento comunitario invocado respecto a la duración máxima de las concesiones como consecuencia de la prórroga se debe a la resolución que la hace efectiva, y no a la previsión genérica de ésta contemplada en la ley. (...) Ello no obstante, no debe olvidarse que la primacía y efecto directo del derecho comunitario obligan incluso a la inaplicación de cualquier norma interna que sea contraria a él, incluso de rango legal.

Regap



NOTAS

Aplicabilidad del reglamento comunitario. Una segunda cuestión litigiosa es la aplicabilidad del Reglamento CEE 1370/2007 al supuesto de autos, cuya respuesta viene ya dada tras lo que se acaba de decir. En efecto, si bien la Ley autonómica citada es de 26 de noviembre de 2009, la resolución impugnada que determina la efectiva prórroga de las concesiones es de 26 de febrero de 2010 y, por consiguiente, posterior a la entrada en vigor del Reglamento comunitario 1370/2007, que se produjo el 3 de diciembre de 2009, según determina su artículo 12. Por consiguiente, cuando se aprueba la prórroga de las concesiones están ya en vigor las limitaciones contenidas en el artículo 4 del citado reglamento.

Incompatibilidad de las prórrogas con el reglamento comunitario. Finalmente, es preciso reiterar lo dicho en las sentencias de esta sala a las que ya se ha hecho referencia y confirmar que la prórroga de las concesiones más allá de los diez años de duración total, prórroga hecha efectiva en este supuesto por la resolución de 26 de febrero de 2010, resulta contraria a lo dispuesto por el artículo 4.3 del Reglamento CEE 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre, cuya entrada en vigor se había producido el 3 de diciembre de 2009. El citado precepto del reglamento establece lo siguiente: "3. La duración de los contratos de servicio público será limitada y no podrá superar los diez años para los servicios de autobús o autocar y 15 años para los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril u otros modos ferroviarios. La duración de los contratos de servicios públicos relativos a diversos modos de transporte se limitará a 15 años si los transportes por ferrocarril y otros modos ferroviarios representan más del 50 % del valor de los servicios en cuestión."

Por otra parte y como pone de relieve el abogado del Estado en representación de la Comisión, el apartado 4 del propio artículo 4 solo prevé la prórroga de las concesiones en términos muy delimitados y como máximo por la mitad del período original, mientras que la prórroga prevista por la ley gallega y hecha efectiva por la resolución impugnada en la instancia es incondicional y por diez años más a todas las concesiones en vigor, con independencia de su período inicial, del período ya transcurrido y de cualquier otra circunstancia».

2.2 Declaración de zona de grande afluencia turística. Horarios comerciais

O TSXG, na súa Sentenza do 27 de abril de 2016 (Rec. 43/2015, relator: Ilmo. Sr. López González), desestimou o recurso interposto pola Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) contra a resolución da Secretaría Xeral Técnica da Consellería de Economía e Industria da Xunta de Galicia do 15 de decembro de 2014, pola que se aprobou a proposta motivada do Concello da Coruña de declaración de determinadas áreas do municipio da Coruña como zona de grande afluencia turística (DOG do 29/12/2014), coas seguintes consideracións:

«(...) La Ley estatal 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, establece, en términos generales –y así se infiere de su exposición de motivos–, el régimen de los horarios comerciales, sin perjuicio de lo que dispongan las Comunidades Autónomas, en el marco de sus respectivas competencias, en relación con los horarios de apertura y cierre de los locales de comercio. Vaya por delante que la regla general establece la libertad de horarios, si bien se matiza en dos aspectos: el de la apertura y cierre de los comercios en días laborables, que no puede verse restringido por la Comunidad Autónoma a menos de 90 horas; y el de autorización de apertura en domingos y festivos, respecto de lo que la ley estatal señala que no podrá ser inferior a dieciséis domingos y festivos, aun cuando la Comunidad Autónoma podrá modificar ese límite que, en ningún caso, podrá ser inferior a diez. Todo ello sin per-

juicio del régimen especial con plena libertad de horarios y apertura que el artículo 5 prevé para determinados establecimientos, por su especialización (pastelería, prensa, combustible, etc.) o por sus reducidas dimensiones (superficie útil inferior a 300 metros cuadrados).

El apartado 4 del artículo 5 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, traslada a las Comunidades Autónomas la competencia, a propuesta de los Ayuntamientos, para la determinación de las zonas de gran afluencia turística, cuando concurran concretas circunstancias, debiendo justificarse en la propuesta cualquier limitación de carácter temporal que se introduzca. Y el apartado 5 del indicado precepto legal prevé la existencia de aquella zona para municipios con más de 100.000 habitantes que registraran en el último año más de 600.000 pernoctaciones, o que cuenten con puertos en los que operen cruceros turísticos que recibieran en el año anterior más de 400.000 pasajeros (entre estos municipios se incluye el de A Coruña). En estos casos, si transcurriesen seis meses desde la publicación de esos datos por el Instituto Nacional de Estadística, sin declaración de zona de gran afluencia turística, se entenderá declarada como tal la totalidad del municipio.

Esta normativa responde a la necesidad de conciliar el turismo y el comercio, en cuanto aquél constituye un impulso evidente de éste y un beneficio, a la postre, para el consumidor y usuario.

No parece discutible que en el proceso de tramitación de la declaración emitida no se hayan observado las prescripciones legales. Las zonas declaradas no abarcan la totalidad del municipio ni, temporalmente, se extienden a toda la anualidad, y no olvidemos que la Ley 1/2004 permite limitar, temporal y territorialmente, el alcance de aquella declaración.

No corresponde a esta sala valorar la conveniencia o inconveniencia de esta medida, es decir, analizar si resulta o no más favorable la plena y absoluta libertad de horarios que, de cara a sus intereses comerciales, postula la parte demandante; la misión de este tribunal se reduce a determinar si la declaración de referencia se ajusta o no al ordenamiento jurídico.

Y en este punto, nada se aprecia que permita afirmar que lo acordado no sea conforme a derecho, cuando la declaración se adapta perfectamente a la normativa legalmente establecida, vigente y no impugnada por la parte actora, en cuanto se sujeta a los criterios y procedimientos que en ella se recogen y resulta absurdo negar que las zonas declaradas son de gran afluencia turística. Tampoco cabe dejar en el olvido que esa medida, como queda dicho, responde a la necesidad económica de fomentar el comercio minorista y aparece adecuadamente motivada y razonada por el Ayuntamiento. Siendo ello así, desconoce esta sala en qué aspectos se vulneran los principios de igualdad y no discriminación y el de proporcionalidad, cuando nos hallamos ante una regulación que persigue una mejora del sistema económico, conciliadora de los intereses de los pequeños comerciantes, de los turistas que visitan la ciudad, cuyo desarrollo es vital para la economía en general, y, en definitiva, de los consumidores y usuarios. La plena libertad de horarios y apertura que, en el fondo, pretende la parte recurrente constituye un debate ajeno al aquí planteado. Por las razones expuestas, procede desestimar el recurso planteado».

Regap



NOTAS

3 Expropiación forzosa

3.1 Anulación de acordo do Xurado de Expropiación de Galicia de fixación de prezo xusto derivada da nulidade do plan urbanístico que deu causa á expropiación. Efectos da anulación

O TSXG (Secc. 3ª), na súa Sentenza do 3 de maio de 2016 (Rec. 7677/2013, relator: Ilmo. Sr. Cibeira Yebra-Pimentel), anulou un acordo do Xurado de Expropiación de Galicia de fixación de prezo xusto pola circunstancia sobrevida da anulación do plan urbanístico que deu causa á expropiación. Analiza as consecuencias da dita anulación nos seguintes termos:

«(...) ningún obstáculo puede oponerse a que por la parte actora se denuncien aquí vicios ajenos al expediente de justiprecio que afectan a trámites esenciales para la legalidad del procedimiento de expropiación urgente seguido, como es la falta de motivación de la declaración de urgencia o la ausencia de circunstancias excepcionales que la justifiquen. La aplicación de tal doctrina justifica, por tanto, que se declare concretamente nulo el procedimiento expropiatorio seguido en relación con la parcela del recurrente objeto de este recurso, y, partiendo de este efecto, que se declara precisamente ahora en la parte dispositiva de la sentencia, que se condene a la Administración expropiante a la restitución de la finca expropiada a la parte recurrente, o, subsidiariamente, si esa restitución real e in natura no fuese posible, que se indemnice a los recurrentes con una indemnización equivalente al justiprecio». Por otro lado, también se añadía que “En cuanto a esta cuestión, –adelantándonos así al hipotético supuesto de que no sea posible la restitución in natura de los terrenos afectados– y en contra de las soluciones anteriores aportadas por la jurisprudencia –que solían acordar, como perjuicio relacionado genéricamente con el concepto de privación ilícita y por vía de hecho de la posesión y uso de la parcela que suponía la declaración de nulidad del proyecto expropiatorio, un incremento del 25% de lo que resultaba del justiprecio– la disposición final segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre de 2012, de presupuestos generales del Estado para el año 2013, introdujo en su apartado cuarto una solución completamente distinta, al establecer, con efectos de 1 de enero de 2013 y con vigencia indefinida, una disposición adicional modificativa y complementaria de la L.E.F. en los siguientes términos: “En caso de nulidad del expediente expropiatorio, independientemente de la causa última que haya motivado su nulidad, el derecho del expropiado a ser indemnizado estará justificado siempre que éste acredite haber sufrido por dicha causa un daño efectivo e indemnizable en la forma y en condiciones del artículo 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”. Tal norma obliga, por imperativo legal, a proceder de esa manera, por su indudable vigencia en este momento procesal, ya que es esta sentencia la que declara la nulidad del procedimiento expropiatorio –con independencia de la derivada de la sentencia anterior respecto a la resolución y decreto antes mencionados, que no pueden aplicarse con carácter retroactivo– y, a la vista de que la parte recurrente no ha acreditado daño o perjuicio alguno derivado de la declaración de nulidad ahora acordada –pudiendo deducirse incluso que en alguno casos ni siquiera se había procedido a la ocupación de la finca o discutido su posible afectación, problemas que, lógicamente, habrán de aclararse en fase de ejecución de sentencia– las peticiones indemnizatorias que superen la cantidad correspondiente al justiprecio no pueden ser estimadas, por lo que esta pretensión del recurso ha de rechazarse, siendo de significar que tampoco

en fase de conclusiones –cuando ya estaba efectivamente vigente la nueva normativa– la representación procesal de la actora hizo la más mínima alusión a que sus pedimentos pudieran verse afectados y limitados por ella. “(...) Al cumplirse, pues, las condiciones legales para estimar la pretensión principal de lo que se pide en la demanda, procede acceder a ella en los términos en que ésta se ha presentado, en la medida en que la nulidad total del contenido del acuerdo por el que el jurado fijó el justiprecio de los bienes expropiados correspondientes a esta finca hace innecesario entrar en las consideraciones legales tenidas en cuenta por este organismo tasador para haber llegado a ese resultado valorativo que se impugnaba de manera subsidiaria. Aun así, no apreciamos error interpretativo alguno en las pautas de valoración que adopta, siendo manifiesto que había que tasarlo, por su situación legal de rural de una de las fincas, de acuerdo con el método de capitalización de rentas, y, respecto a las edificaciones, por el método de coste de reposición, siendo muy dudoso que pudiera corresponderle a los dueños cualquier otra indemnización por un concepto distinto. En todo caso, el justiprecio que pudiera corresponder por una nueva tasación tendría que fundamentarse en unos criterios muy parecidos, y, por las razones expuestas al final del fundamento tercero, sin incremento alguno a éste del porcentaje al que se refiere la demanda».

4 Estranxeiría

4.1 Estranxeiros en situación irregular. Só cabe a expulsión como regra xeral. Interpretación da Sentenza do TXUE “Zaizoune”

Na súa Sentenza do 3 de febreiro de 2016 (Rec. 472/2015, relator: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira), o TSXG revogou a de instancia e confirmou a sanción de expulsión dun cidadán marroquí en situación irregular. O tribunal galego interpreta a sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14 “Zaizoune”) concluíndo que con carácter xeral se lle deben impor directamente aos estranxeiros en situación irregular unha orde de expulsión (coa conseguinte prohibición de entrada), sen previo prazo para saída voluntaria, nin sanción de multa, aínda que non concorran circunstancias agravantes, polas seguintes razóns:

«(...) Resulta evidente que dicha doctrina comunitaria impide que pueda sustituirse la expulsión decretada por multa, pues en la reseñada sentencia TJUE se declara que la normativa y jurisprudencia española sobre expulsión del extranjero con permanencia ilegal no se ajusta a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, en cuanto se permite la sustitución de la expulsión del extranjero que permanece ilegal en territorio español por la medida de la multa. Por tanto, la aplicación del principio de interpretación conforme al derecho comunitario de la normativa interna (Sentencia Van Munster de 5 de octubre de 1994 (C-195/1991), la sentencia Marleasing, C-106/89, de 13 de noviembre de 1990, y la de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-523/13), ha de llevar a que la Administración o los jueces españoles reserven en el futuro la aplicación de la multa o consideren improcedente la expulsión cuando se verifique alguna de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del artículo 6.1 de la mencionada Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 (...). La tesis de la aplicación automática de dicha sentencia TJUE en los casos del artículo 53.1.a de la LO 4/2000 es la seguida mayoritariamente por las salas de lo contencioso-administrativo de los distintos tribunales superiores de justicia. (...) Esta sala se alinea con la tesis seguida mayoritariamente por las salas que se han mencionado, y

Regap



NOTAS

entiende que solo puede examinarse y plantearse la posibilidad del requerimiento previo de salida voluntaria, a que se refieren las modernas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, si expresamente lo solicita la parte interesada».

A sentenza contém un voto particular (Ilmo. Sr. Díez Casales) no que se defende a tese contraria. Afirmase nese voto que:

«(...) Es cierto que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57.3 de la Ley orgánica de extranjería en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de multa y expulsión, pero lo que exige la directiva (así lo recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia en los apartados 31 y 32) es que se dicte una resolución de retorno y, por lo dicho, creo que la multa con el recordatorio de la obligación de salida cumple con esa exigencia, máxime si va acompañada con la advertencia de que, de no atenderse por el ciudadano extranjero, se puede iniciar un nuevo expediente en el que cabría imponer la sanción de expulsión que, además, suele venir acompañada de la prohibición de regresar por un período que puede alcanzar hasta los 5 años (artículo 58.1 de la Ley orgánica 4/2000). Ciertamente, esta cuestión no puede resultarnos irrelevante, ya que no podemos desconocer que a los extranjeros en situación irregular no les resulta indiferente que se les imponga exclusivamente una multa acompañada de la obligación de irse, que una expulsión con prohibición de entrada. Es evidente que esta segunda alternativa es mucho más gravosa en la generalidad de los casos. (...) Basándose en ello, mantengo que lo que deriva directamente de la directiva es la obligación del dictado de una resolución de retorno que conlleva, paralelamente, el nada desdeñable efecto de posibilitar su cumplimiento voluntario por su destinatario que evitaría de este modo el indeseable efecto de la prohibición de entrada, sin perjuicio de que dicha obligación de salida vaya acompañada de la advertencia de que su incumplimiento podrá acarrear su expulsión. Por lo que, en definitiva, entiendo que en la St. del Tribunal de Justicia no se agotaron las posibilidades de interpretación del derecho interno conforme a la directiva comunitaria, lo que me lleva respetuosamente a concluir que no puede mantenerse que a raíz de la comentada sentencia ya solo cabe la expulsión».

4.2 Autorización de residencia de cidadán de fóra da Unión Europea por matrimonio ou relación *more uxorio* con español. Non se lle pode exixir acreditar solvencia económica

OTSXG, na súa Sentenza do 27 de abril de 2016 (Rec. 62/2016, relator: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira), confirmou a anulación dunha resolución da Administración do Estado que lle denegou a autorización de residencia a unha cidadá chilena casada cun español pola única razón de non acreditar ingresos económicos suficientes, considerando que:

«(...) Pese a que resulta encomiable el esfuerzo desplegado por el representante de la Administración General del Estado en defensa de su tesis, la interpretación que propugna el abogado del Estado choca frontalmente con el tenor literal de los artículos 7 y 8 del RD 240/2007, y prácticamente deja sin ámbito de aplicación a este último. Así, tal como aclaramos en sentencias de 9 de octubre de 2013 (rollo de apelación 273/2013), 11 de diciembre de 2013 (Rollo de apelación 328/2013), 29 de octubre de 2014 (Rollo de apelación 267/2014) y de 4 de marzo de 2015 (Rollo de apelación 431/2014), y como se desprende de los respectivos epígrafes, así como de sus contenidos, el artículo 7 alude a la autorización de residencia de

ciudadanos de la Unión Europea, no españoles, que persiguen establecerse por más de tres meses en nuestro país, mientras que el artículo 8 se refiere a la autorización de residencia de familiares de ciudadanos europeos que tratan de reunirse con éstos y residir en España por tiempo superior a tres meses, con la necesidad de solicitar y obtener la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. Este último es el único precepto de los dos en que se menciona la obligación de solicitar y obtener una “tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión”, cuya denegación es lo que motiva este litigio. Y tal obligación literalmente afecta a los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo especificados en el artículo 2 del RD 240/2007, que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, cuando le acompañen o se reúnan con él.

En el artículo 7 no se habla de dicha obligación ni se alude para nada a la citada tarjeta de residencia, sin que explique el abogado del Estado cómo es posible que hayan de exigirse los requisitos del artículo 7, que tiene su ámbito y regulación propia, si se está solicitando dicha tarjeta de residencia del artículo 8, y en éste no existe remisión alguna a las condiciones del artículo 7. Por lo demás, tal como figura en su enunciado, la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, ha sido dictada para la aplicación del artículo 7 del Real decreto 240/2007, de 16 de febrero, y en su preámbulo deja clara cuál fue la razón que motivó su aparición (...). Se trataba del caso de los ciudadanos europeos que se desplazaban a España y se servían de los servicios públicos españoles (en especial, los sanitarios), tratando de salir al paso del grave perjuicio económico que significaba para nuestro país la imposibilidad de garantizar el reembolso de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a dichos ciudadanos europeos.

De lo anterior se desprende que el artículo 8 es el precepto aplicable al supuesto que nos ocupa, pues parece obvio que si el ciudadano residente en España, con el que la actora trata de reunirse, ostenta la nacionalidad española, carece de sentido que aquel tenga que acreditar su solvencia económica. Por la misma razón, esta exigencia cesa en relación con la persona, en este caso la actora, que está unida por vínculo conyugal con el ciudadano español (artículo 2.ª del RD 240/2007) y trata de reunirse y convivir con él en España. En consecuencia, si en el caso de litis se trata de aquella solicitud de tarjeta de residencia del artículo 8, no cabe exigir los requisitos del artículo 7, que tiene un ámbito diferente, y tampoco cabe aplicar la Orden de 9 de julio de 2012, que tiene un objetivo, el de evitar el perjuicio económico para España, que no juega en este caso, por mucho que en el preámbulo se diga que esta materia debe aplicarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la Sentencia de 1 de junio de 2010, por lo que el término familiar de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea incluye a los familiares de un ciudadano español que se reúnan o acompañen al mismo, pues si son los ciudadanos europeos no españoles, y en su caso sus familiares los que generan en España aquellos gastos por la prestación de servicios sanitarios y sociales de difícil reembolso, a ellos ha de aplicarse, sin extensión a los familiares no comunitarios de los ciudadanos españoles. En ese sentido, la Sentencia de la sala 3.ª del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (casación 114/2007) no extiende los condicionantes establecidos en su artículo 7 para el primer supuesto al otro supuesto del artículo 8. Cada uno de ellos tiene su propio régimen normativo, autónoma y claramente diferenciado en el mencionado reglamento. No cabe realizar una interpretación extensiva de los requisitos del artículo 7 para aplicárselos a la autorización, distinta y diferenciada, contemplada en el artículo 8.

Regap



NOTAS

La referida sentencia del Tribunal Supremo se dirigía precisamente a lo contrario, entre otras cuestiones, a garantizar que las ventajas atribuidas a los familiares extracomunitarios de los ciudadanos comunitarios en la Directiva 2004/38/CE también se le aplicasen en España a dichos familiares de españoles, sin las restricciones más severas entonces reguladas en el Real decreto 2393/2004 entonces vigente. Buena muestra de ello lo constituye el hecho significativo de que, tras la referida sentencia del Tribunal Supremo, se modificó el reglamento del Real decreto 240/2007 por el posterior Real decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, y se mantuvo el régimen claramente diferenciado de ambos regímenes, sin extenderse los requisitos de la autorización del artículo 7 al supuesto previsto en el artículo 8.

(...) Las citas jurisprudenciales que menciona el apelante no llevan a variar el anterior criterio, que solo hemos orillado en la Sentencia de 12 de junio de 2015, por las peculiaridades que presentaba de que era la abuela de la esposa quien con su pensión cubría los gastos del ciudadano extranjero y de su esposa española, pero sin voluntad de mudar lo reiteradamente argumentado. En la reciente Sentencia de 6 de abril de 2016 (Rollo de apelación 305/2015) de esta sala y sección, hemos vuelto a seguir el criterio originario, marcando el rumbo cierto de la tesis que hemos venido siguiendo. La sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2014 se refiere a un supuesto, diferente al de litis, de desplazamiento entre dos Estados comunitarios, y, pese a que en su apartado 50 parece abrir la posibilidad de exigencia de los requisitos del artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE (de tenor igual al de idéntico ordinal del RD 240/2007) a los nacionales que residen en su propio Estado para que sus familiares puedan residir con ellos, lo hace en términos cautelosos (dice que los requisitos de concesión de un derecho de residencia a un no comunitario, familiar de comunitario, que reside en país diferente de su nacionalidad, “no deberían, en principio, ser más estrictos” en caso de regreso al Estado miembro del que es nacional) y en un razonamiento obiter dicta, por lo que ni es lo concluyente que sería necesario ni recoge doctrina aplicable con pretensión de generalidad. Las sentencias del Tribunal Supremo, que asimismo se citan, se refieren al ejercicio del derecho de reagrupación de familiares a cargo, por lo que no abordan el examen de la cuestión que se ha suscitado en este litigio. Por último, conviene significar que, decidiendo sobre un supuesto igual al de litis, la Sentencia de 14 de enero de 2016 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura sigue el mismo criterio que el de esta sala».

5 Persoal

5.1 Extensión da figura dos “indeterinos” ao persoal estatutario (sanitario)

O TSXG, en dúas sentenzas de datas respectivas 6 e 20 de abril de 2016 (Recs. 388/2015 e 528/2015, relator: Ilmo. Sr. López González), tacha de fraudulenta e ilegal a práctica do SERGAS de contratar persoal eventual, mediante unha sucesión concatenada de contratos temporais, para cubrir necesidades estruturais e permanentes. Atribúelle a ese persoal un réxime similar ao que a xurisdición social lle dá o persoal laboral “indefinido non fixo” (indeterino) das Administracións públicas. Indícase o seguinte na última das sentenzas citadas:

«(...) Es innegable que las actoras vinieron prestando sus servicios para el Hospital Xeral de Vigo, en virtud de sucesivos nombramientos, como personal eventual temporal, en calidad de celadoras, desde el 2 de febrero de 2009 hasta su cese efectivo, producido el 28 de junio

de 2015. En los sucesivos y concatenados nombramientos nada se hacía constar respecto a que éstos respondiesen a puntuales necesidades de cobertura, justificándose, tan solo, que eran para la realización de determinados servicios por necesidades asistenciales y organizativas. Resulta significativo que el cese de las demandantes tuviese lugar coincidiendo con la apertura del nuevo hospital de Vigo y consiguiente traslado al nuevo centro de todos los servicios y unidades del anterior centro hospitalario. Y más significativo, todavía, que, al día siguiente de dichos ceses, tuviesen lugar nuevos nombramientos para la misma prestación de servicios hasta entonces realizada, esta vez, bajo la justificación de acumulación de tareas. Es evidente que los nombramientos de las actoras, a lo largo del tiempo, por temporales y eventuales que se hagan parecer, no respondían a necesidades estructurales del Hospital Xeral de Vigo, derivadas de exigencias de cobertura extraordinaria de plazas, sino que se trataba de ocultar, por esa vía fraudulenta, una vinculación indefinida de personal que, en el caso de las actoras, se prolongó en el tiempo más de seis años ininterrumpidos. Y calificamos de fraudulenta esa relación jurídica porque, siempre que en los nombramientos del personal estatutario temporal eventual se hubieren rebasado los plazos máximos (12 meses en un período de 24 –artículo 9.3 de la Ley 55/2003–), no se hubiera definido con claridad y precisión el motivo de la temporalidad o, habiéndose referido éste, la plaza cubierta fuera de carácter estructural, habrá de entenderse que se ha realizado en fraude de ley y, por tanto, de forma irregular. Nos hallamos, por tanto, ante lo que pudiéramos reputar como unas relaciones jurídicas indefinidas temporales que, por su naturaleza, privan de virtualidad a la cláusula temporal de duración prevista en el nombramiento suscrito entre las partes, por lo que los ceses solo pueden venir determinados por la cobertura en propiedad de las plazas o por su amortización, lo que no ha acontecido en el supuesto enjuiciado; y que se haya aprovechado la apertura del nuevo hospital vigués para acordar sus ceses no resulta de recibo. Y no cabe argumentar, en contra, que cada uno de los sucesivos nombramientos tenía una duración concreta y determinada, por lo que las actoras conocían el momento de expiración de aquél, pues tales nombramientos, dada su concatenación en el tiempo, han quedado desnaturalizados y han perdido el carácter de temporales eventuales que, aparentemente, se pretendió atribuirles, del mismo modo que perdió virtualidad la cláusula de duración temporal de cada nombramiento».

Regap



NOTAS

6 Responsabilidade patrimonial

6.1 Responsabilidade directa da Administración por danos causados polo seu contratista. Defectuosa prestación sanitaria en centro privado concertado. Lexitimación pasiva da Xunta de Galicia e competencia da xurisdición contencioso-administrativa

O TSXG, na súa Sentenza do 10 de febreiro de 2016 (Secc. 1.ª, Rec. 495/2015, relator: Ilmo. Sr. Chaves García), condenou directamente o SERGAS a aboarles aos demandantes unha indemnización de 100.000 euros pola defectuosa asistencia sanitaria practicada nun centro privado concertado da cidade de Vigo. O tribunal alcanzou as seguintes conclusións sobre a lexitimación pasiva (directa) da Xunta de Galicia polas lesións xeradas no hospital privado:

«(...) A) En caso de que la Administración dicte resolución expresa sobre la existencia de responsabilidad en el ente concertado, esta entidad podrá impugnar tal declaración, como

también podrá cuestionarla en sus consecuencias indemnizatorias el particular reclamante. En ambas hipótesis, de signo contrario pues distintos son los intereses, la jurisdicción contencioso-administrativa extenderá su competencia también a la posible condena de los codemandados a los que se le pueda imputar responsabilidad, incluso en los casos en que se exima de responsabilidad a la Administración (Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2010, Recurso 5164/2006). Eso sí, esta condena a los centros sanitarios concertados codemandados pasa por la mínima e inexcusable condición procesal de que la demanda ejerza la pretensión de condena a éstos de forma alternativa, solidaria o subsidiaria, pues en caso contrario no podrán ser objeto de condena.

B) En cambio, en caso de que la Administración omita su deber o carga legal de declarar la responsabilidad propia o del ente concertado, sirviéndose de la desestimación presunta, el particular podrá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, con emplazamiento del ente concertado (y aseguradoras en su caso), y pudiendo tener lugar una doble situación.

O bien, un escenario en que la demanda se limita a ejercer la pretensión de condena frente a la Administración, caso en que ésta podrá ser condenada en solitario, tanto si se acredita su implicación efectiva en los hechos desencadenantes de la responsabilidad como si se acredita que la responsabilidad inmediata y directa sea exclusivamente del ente concertado, supuesto en que le quedará a aquélla la vía de repetición o reembolso, previo expediente al efecto. Asimismo, será equivalente a la desestimación presunta aquélla respuesta expresa de la Administración que eluda pronunciarse sobre si existe responsabilidad en el contratista, refugiándose en respuestas vagas y elusivas.

O bien un escenario en que la demanda ejerce la pretensión de condena de forma alternativa frente a la Administración y al ente concertado, de manera que, si se acredita la exclusiva responsabilidad del ente concertado, la sentencia deberá condenar solamente a la entidad concertada.

C) En todo caso, ha de recordarse que la reclamación previa a la vía jurisdiccional es presupuesto de enjuiciamiento de las responsabilidades por los tribunales contencioso-administrativos, debiendo plantearse ante la Administración sanitaria y sin resultar preceptiva de forma concurrente frente a la entidad sanitaria concertada, ya que el privilegio de la vía administrativa o sus reclamaciones no puede imponerse a entes privados, ni cabe analogía in peius. Cosa diferente es la carga de la Administración sanitaria, tan pronto recibe una reclamación en relación con actuación de centro concertado, de proceder a brindarle audiencia o alegaciones, extremo que puede ser relevante a los efectos de que eventualmente se cuestione la prescripción de la acción frente al centro concertado que pudiera tener la primera noticia del litigio al tiempo de ser emplazado como codemandado, situación en que nuevamente las consecuencias de la falta de diligencia en la tramitación de la reclamación (y comunicación temporalmente al centro concertado para interrumpir la prescripción) ha de asumirlas la Administración sanitaria.

Todo ello sin perjuicio, claro está, de que el particular pueda potestativamente plantear tal reclamación directamente frente a la entidad concertada, e incluso si ésta fuere clara en su objeto, surtiría eficacia interruptiva de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, tal y como precisó la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2008 (Rec. 2911/2003) “el criterio más acorde con la exigencia de justicia y con aquellos principios es entender que la reclamación dirigida al ente concertado, en

su condición de representante o mandatario de la sanidad pública en el ejercicio de sus funciones, ha de tener los mismos efectos que la efectuada a la Administración pública y, en consecuencia, los requerimientos efectuados a dicha entidad, a quien la Administración encomienda la asistencia sanitaria, tienen efectos interruptivos de la prescripción”».

6.2 Cálculo dos xuros de mora cando concorren aseguradoras da Administración

Na súa Sentenza do 16 de febreiro de 2016 (Rec. 532/2015, relator: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira), o TSXG rexeitou aplicar os xuros moratorios establecidos no artigo 20 da Lei do contrato de seguro nun suposto de responsabilidade patrimonial sanitaria, cos seguintes argumentos:

«(...) Ha de aclararse que los intereses del artículo 20 LCS se impondrán, en su caso, a la aseguradora, por lo que la relevante a estos efectos es la actitud de dicha compañía, no de la Administración, de modo que el tiempo de tramitación del expediente por la Administración no puede tenerse en cuenta como factor desfavorable a estos efectos para Zurich (aunque ya veremos después que sí puede tenerse presente para no hacer condena en costas de esta apelación). Tampoco han de tomarse en consideración, a estos efectos, todas las demás circunstancias que sean imputables a la Administración, como el mal funcionamiento del servicio público sanitario o la demora en el reconocimiento de éste y de la suma indemnizatoria.

No debe olvidarse que ha existido un proceso penal previo, que no finalizó hasta que el 2 de mayo de 2013 la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial dictó auto confirmatorio del sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, de modo que la reclamación ante la Administración se inició por escrito presentado el 6 de agosto de 2013, durante cuyo tiempo estaba pendiente la decisión de declaración de responsabilidad patrimonial. Esta decisión tuvo lugar por la resolución de 24 de junio de 2014 del secretario xeral técnico de la Consellería de Sanidade, que ahora se impugna, en la que la Administración acoge en parte la reclamación planteada. Centrados en la actitud de la aseguradora, consta que Zurich tuvo conocimiento de dicha resolución administrativa de 24/06/2014 el 12 de septiembre de 2014, cuando se le notifica a su representante procesal la diligencia de ordenación del día 11 de septiembre de 2014 dictada por la secretaria judicial, dando traslado de la solicitud de la recurrente de ampliar el recurso contencioso-administrativo a aquella resolución. Y el 17 de septiembre de 2014, es decir, cinco días después de aquella comunicación, y antes de que se formulara la demanda (lo que tuvo lugar el 16 de diciembre de 2014), la aseguradora consignó judicialmente la suma de 231.293,78 euros, reconocida por la Administración en dicha resolución, con lo que muestra indudable diligencia en el pago, ya que, tras requerimiento previo por parte de la secretaria judicial, por escrito presentado el 19 de septiembre de 2014, aclaró que la consignación se hacía en ese concepto de pago, para que la citada cantidad fuese puesta a disposición de la actora. La apelante argumenta que la causa del fallecimiento de D. ----- -- era conocida tanto por el hospital como por la aseguradora desde horas después del óbito, porque resultaron contaminadas diez personas a las que se les habían realizado pruebas en el mismo día, y se pudo constatar a partir del día 27 de octubre de 2010, en que el Servicio de Medicina Preventiva del CHOU emitió informe en el que hacía constar que se trata de un brote de 10 casos de sepsis clínica, asociado a la realización de exploraciones endoscópicas en la sala 1 del Hospital Santa María Nai, identificándose el germen en una muestra del tejido renal del paciente fallecido. En consecuencia, entiende que no tiene fundamento la demora de cuatro años en la indemnización. No cabe acoger el anterior argumento, porque

Regap



NOTAS

la demora en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial podría ser achacable a la Administración, pero no a la aseguradora, respecto a quien no cabe reputar como negligente por el hecho de no haber consignado previamente suma alguna.

Ha de reiterarse que no resulta asumible que para reputar no justificado el impago por la aseguradora se alegue la falta de diligencia, actitud obstruccionista y mala fe de la Administración, como hace la apelante, porque a los efectos de imposición de los intereses del artículo 20 LCS es la conducta de Zurich la relevante. En todo caso, la actitud de Zurich ha de ser considerada razonable desde el momento en que concurre una de las circunstancias en las que la jurisprudencia aprecia aquella razonabilidad, cual es que había incertidumbre sobre el importe de la indemnización, además de que tampoco había reconocido expresamente la Administración su responsabilidad, como así hizo por la resolución de 24 de junio de 2014. Asimismo es de apreciar otra de aquellas circunstancias jurisprudencialmente reconocida como justificativas del impago, cual es la reclamación de una suma exagerada, pues en vía administrativa reclamaba el importe de 359.193,46 euros.

En definitiva, las previsiones del precepto se dirigen a gravar la demora del asegurador en la satisfacción de la indemnización de los daños y perjuicios en su relación directa con el tomador del seguro o asegurado en general y con carácter particular, respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil, como resulta del núm. 1 del precepto en relación con el número 6.º, párrafo tercero, que se refiere a la reclamación o acción directa formulada por el tercero perjudicado, en cuanto la demora en el reconocimiento del siniestro y la correspondiente reparación es imputable a la compañía aseguradora que interviene. Así se desprende del número 8.º de dicho precepto, según el cual, “no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable”, como sucede en supuestos en que la reclamación no se formula directamente a la aseguradora sino primero contra la Administración, esta última el 6 de agosto de 2013 (fecha de la presentación de la reclamación en vía administrativa), no habiéndose determinado la existencia de responsabilidad patrimonial sino hasta que fue dictada la resolución expresa por la Administración el 24 de junio de 2014, y ello en una cuantía indemnizatoria inferior a la reclamada procedente, de manera que no puede imputarse a la compañía aseguradora la demora en el pago de la indemnización en relación con el momento en que se produjeron los hechos, que es imputable a la necesidad de reconocimiento judicial del derecho de la recurrente frente a la Administración».

6.3 Responsabilidade patrimonial pola anulación dun Plan xeral de ordenación municipal

O TSXG, nas súas Sentenzas do 19 de xaneiro de 2016 (Secc. 3.ª, Rec. 7274/2012, relator: Ilmo. Sr. Quintas Rodríguez, firme), 21 de abril de 2016 (Secc. 2.ª, Rec. 4142/2015, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) e 12 de maio de 2016 (Secc. 2.ª, Rec. 4057/2015, relatora: Ilma. Sra. Paz Eiroa), desestimou as respectivas reclamacións indemnizatorias formuladas fronte ao Concello de Ourense e a Xunta de Galicia polos prexuízos derivados da anulación total do Plan xeral de ordenación municipal da dita cidade. Na primeira delas o tribunal sinalou o seguinte:

«(...) Debemos recordar en efecto que el PXOM de Ourense de 2003 fue anulado por la sala en Sentencia de 17 de abril de 2008, dictada en PO 5185/2003, siendo confirmado tal fallo

por el TS, si bien, como se desprende de estas actuaciones, la entidad demandante siguió, por un lado, adquiriendo terrenos una vez dictada por el TSJ dicha sentencia anulatoria, así como, incluso, una vez impugnado también el plan parcial mediante recurso contencioso-administrativo en el que compareció como codemandada y, por otro lado, no llegó a presentar dentro de los plazos preestablecidos ni el proyecto de compensación ni el de urbanización, los cuales ni siquiera fueron aprobados por defectos apreciados en ellos no imputables a las demandadas. (...).

La demandante funda, pues, su pretensión en el artículo 139 y ss. de la Ley 30/92, señalando en primer lugar la improcedencia de aplicar en las resoluciones desestimatorias de su reclamación el artículo 35 a) del TRLS.

En efecto, todos los informes obrantes en el expediente, las resoluciones tanto de la Administración demandada como la dictada por el Concello codemandado y por supuesto el dictamen del Consello Consultivo de Galicia invocan su aplicación, lo que a juicio de la entidad recurrente es erróneo, pues entiende que su reclamación no se funda en un supuesto funcionamiento normal de la Administración, como sería el previsto en este precepto, sino en el funcionamiento anormal de ésta y por ende en el régimen previsto en los artículos 139 y ss. de la Ley 30/92, como es la anulación del plan general que desarrolló el plan parcial a la postre también anulado.

La sala, cuyo parecer expresa el ponente, considera esa apreciación errónea, debiendo ponerse de manifiesto al respeto que, basándose en lo dispuesto en el artículo 3 del TRLS, la ordenación territorial y urbanística son funciones públicas que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esa determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos previstos en las leyes, premisa coherente además con el tenor literal del artículo 1 cuando señala que es objeto de esa ley establecer las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico, su valoración y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en la materia (urbanística).

Por consiguiente, la responsabilidad patrimonial en materia urbanística en la legislación sectorial como un sistema especial que parte del carácter estatutario de la propiedad a tenor del cual los derechos que otorga el planeamiento solo se adquieren en la medida en que se vayan cumpliendo los respectivos deberes, como se desprende incluso del artículo 7 del TRLS y que ratifica lo que ya se decía en el artículo 2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril. Cualquier planteamiento, pues, de la responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico ha de examinarse a partir de lo que al respecto establece la legislación urbanística, que es la que define (y nos proporciona, por tanto) el requisito o parámetro de la antijuricidad del daño en ese sector concreto. La ley aplicable para incardinar el pretendido supuesto indemnizatorio de autos ha de ser, por tanto, esa legislación sectorial básica, por ser la de aplicación a la fecha en que se produce el eventual daño que deriva de la anulación tanto del PXOM como de su PP que lo desarrollaba llevada a cabo por las sentencias de referencia. Luego no solo resulta de aplicación lo señalado en el artículo 35 a) del TRLS 2008 o la que éste haya podido sustituir, sino que ese precepto deber ser aplicado teniendo en cuenta por supuesto lo establecido en el artículo 139 y ss. de la Ley 30/92, que en relación con la declaración de nulidad de disposiciones generales dispone, con claridad, que tal reproche de invalidez no presupone derecho a indemnización (artículo 141.4), dado el carácter integrador

Regap



NOTAS

del ordenamiento jurídico a aplicar. (...) **TERCERO.**- Ello da paso a la segunda cuestión que se plantea, como es la relativa a la patrimonialización de los derechos urbanísticos por la mercantil recurrente, requisito sine qua non contemplado, sobre todo, en aquel artículo 35 a) del TRLS, para fundar la responsabilidad patrimonial que se pretende. Ha de señalarse a propósito que la recurrente arguye que su reclamación no se basa en la patrimonialización de la edificabilidad, sino en el quebranto económico que le ocasionó la anulación del plan de 2003 por sentencia firme. Esa argumentación, sin embargo, merece decaer por cuanto según lo razonado previamente la patrimonialización es un requisito insoslayable junto con la concurrencia de los requisitos generales y propios del instituto de la responsabilidad. Solo, pues, cuando los deberes han sido cumplidos por el interesado puede decirse que tal propietario ha ganado el contenido que se añade a su derecho, la edificabilidad, lo que no sucede en este supuesto que se enjuicia, siendo lo cierto en consecuencia que, como señala el artículo 142.4 antes citado, la simple anulación de un acto o disposición administrativa no presupone derecho a indemnización (...). En efecto ya con antelación hemos afirmado que el régimen de la propiedad del suelo es estatutario, lo que implica que, según se vayan cumpliendo los deberes legales, se van adquiriendo facultades urbanísticas. La mera clasificación del suelo como urbanizable, en este caso en el sector Barrocanes, no supone que la demandante haya patrimonializado automáticamente el aprovechamiento urbanístico, concepto al que hay que acudir para definir el parámetro de la antijuridicidad y no solo a la mera invocación del año, en términos genéricos, vista la configuración legal y jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial en materia urbanística.

A la sazón, señala el TRLS en su artículo 14.4 que las actuaciones urbanísticas se entienden iniciadas en el momento en que, una vez aprobados y eficaces todos los instrumentos de ordenación y ejecución que requiere la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para legitimar las obras de urbanización, empiece la ejecución material de éstas. La iniciación se presume cuando exista acta administrativa o notarial que dé fe del comienzo de las obras. La caducidad de cualquiera de los instrumentos mencionados restituye, a los efectos de esa ley, el suelo a la situación en que se hallaba al inicio de la actuación. Añade, asimismo, que la terminación de las actuaciones de urbanización se producirá cuando concluyan las obras urbanizadoras de conformidad con los instrumentos que las legitimen, habiéndose cumplido los deberes y levantado las cargas correspondientes. La terminación se presumirá a la recepción de las obras por la Administración o, en su defecto, al término del plazo en que debería haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras.

CUARTO.- La actora trata de acreditar que si hubiere podido patrimonializar los aprovechamientos urbanísticos, tratando de culpar a la Administración codemandada, pero en este caso el PXOM de Ourense anulado establecía la obligación de cumplir las actuaciones emplazadas en el siguiente escenario temporal según el cronograma que resulta del expediente: a) aprobación definitiva del plan parcial a los dos años de la publicación de la aprobación definitiva del plan general; b) aprobación definitiva del proyecto de urbanización o de los instrumentos de equidistribución que se requieran a los cuatro años de la publicación del plan general.

Dado que el plan parcial fue aprobado definitivamente el 2 de marzo de 2007, su aprobación se produjo pasado el plazo previsto en el PXOM. Pero además hasta el año 2011 (4 años después del momento que debía presentarlo) no presentó el proyecto de compensación para poder ejecutar ese instrumento de planeamiento, lo que supone el decaimiento de la validez

y operatividad de éste, ni tampoco presentó el de urbanización, que no le fue aprobado por defectos que le fueron apreciados.

El retraso, pues, del que habla la recurrente, tratando de culpabilizar a la Administración codemandada, no le es imputable, sino que se debe a la propia actuación de tal recurrente promotora, que en sus diversos trámites acumuló retrasos, como se deja expuesto anteriormente, y aportó proyectos incompletos cuando no erróneos que fueron informados desfavorablemente. La consecuencia no puede ser, por tanto, otra que la indicada por el propio Consello Consultivo de Galicia cuando afirma: “Resulta así que, na data en que se dita a sentenza, o agora reclamante non tiña cumpridos os presupostos xurídicos que permiten facer efectivo, e consolidar, o dereito a urbanizar, a edificar, nin, xa que logo, a edificación”.

Así lo ha interpretado, en efecto, el TS en sus sentencias de 12 de abril de 2006 y de 9 de diciembre de 2011.

QUINTO.- A mayor abundamiento de lo ya expuesto, debemos examinar la concurrencia de más elementos (relacionados con el quantum indemnizatorio) sobre los que la actora sostiene su pretensión. Así, uno de ellos descansa en las fechas de adquisición de las fincas, en la confianza –como dice– de que urbanizables, las que tras la nulidad de los instrumentos urbanísticos de referencia, perderían tal condición. De los datos obrantes en el expediente y hasta de la prueba practicada concluye la sala que algunas se adquirieron una vez pasado el primer cuatrienio, incumplido el plan de etapas por la actora. Además, nótese que buena parte de las fincas se adquirieron estando interpuesto no solo recurso contencioso-administrativo contra el PXOM de Ourense, que finalmente derivó en tal nulidad, sino interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el propio plan parcial, asumiendo la recurrente el resultado incierto de éstos, de ahí que no puede invocar tal principio de la confianza legítima del artículo 3.1 de la Ley 30/92 (...).

En este supuesto que se examina, de todo lo que precedentemente se lleva expuesto, se concluye sin duda que, si se ha producido algún daño para la entidad recurrente, este no resulta imputable a la Administración o Administraciones; en tal daño evidentemente no hay antijuricidad de ninguna especie por razones expuestas en anteriores fundamentos, destacando especialmente la falta de patrimonialización del aprovechamiento, siendo además la actora conocedora de ello –aunque afirme que por el hecho de estar impugnado un instrumento de planeamiento (por lo que a juicio de la Administración debió ser prudente en asumir riesgos, pues la lógica así lo indica) no se va a paralizar la actividad económica y social y aunque afirme que se puede conciliar el retraso que se le imputa por la Administración con tal prevención–, desde el momento en que se incumplió por parte de ésta el cronograma de ejecución del planeamiento. El hecho de que el plan se anulare, por tanto, deviene irrelevante a los efectos indemnizatorios que pretende, dado que, en la hipótesis de que no se hubiere anulado, tampoco hubiere la recurrente lucrado o patrimonializado aprovechamiento alguno, debido a ese incumplimiento.

Habría de acudir, por otro lado, al artículo 26 del TRLS relativo a la indemnización de la iniciativa y promoción de actuaciones de urbanización o de edificación para determinar el régimen indemnizatorio, del que se deduce, número segundo, y en clara conexión con lo que venimos señalando, la necesidad de que se hubieren iniciado las actuaciones de urbanización, lo que, reiteramos, no se ha producido en este caso. Luego, la demandante no tiene derecho indemnizatorio alguno por no darse los requisitos legalmente establecidos

regap



NOTAS

para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial que demanda, al no apreciarse, pues, la existencia de un daño emergente, que calcula por la diferencia entre el valor de adquisición de los bienes en su día y su valor actual como suelo rústico, por cuanto esa técnica no parece adecuarse a la prevista en el citado artículo del TRLS, al margen de no acreditar los parámetros que considera como valor de los terrenos estimado por referencia acuerdos del jurado que se dicen consultados, aunque no se acreditan, y otros gastos que ha efectuado, los cuales o bien no tienen relación con la actividad de desarrollo del sector que debió llevar a cabo, como es la partida de gastos generales de una sociedad, si la recurrente tiene otras actividades, que por otro lado no acreditan mediante una contabilidad específica y desagregada para el proyecto en que se embarcó; tampoco serían admisibles como gastos los intereses de la póliza de crédito, que refiere, desde el momento en que no se vislumbra su vinculación a tal proyecto.

Respecto del lucro cesante, los beneficios que a su juicio dejó de percibir los anuda lógicamente a unas operaciones de ventas, por ser éstas el cauce lógico de su obtención, cuando no son susceptibles de cesión de otro modo, que difícilmente se han podido producir si no se ha patrimonializado ningún aprovechamiento urbanístico en el sector, al margen del escenario temporal (los años de la crisis que nos afecta) en que éstas se hayan podido llevar a cabo, pues en modo alguno se acredita su éxito.

Se sitúa obviamente la actora en el ámbito de unos beneficios previsibles, de cuya frustración, que motivó la Administración, esta tiene que responder, obviando de este modo la existencia de otros factores que también los pudieron frustrar y si tal lucro lo calcula la actora sobre la base del valor de tasación de TECNICASA, ésta carece de los elementos necesarios para generar convicción en el órgano juzgador, pues parte de un listado de viviendas hipotéticas, no existentes, y vista incluso el resto de la prueba practicada, llama la atención, sin ánimo de ser exhaustivos, el dato de la que se hace en período de conclusiones, por cuanto la urbanización de Barrocanes se efectúa por comparación con inmuebles sitios en la calle General Sanjurjo de A Coruña o la calle Galeras de Santiago de Compostela, sin indicar en qué se asemejan sus condiciones de urbanización futura, y sin aportar elementos concretos de éstos, tales como fotografías o estudios pormenorizados, no bastando meras consultas a un portal de Internet u ofertas de la zona, que permitan constatar la existencia de ese daño por comparación.

De lo anterior resulta obligado, como más ajustado a derecho, desestimar este recurso contencioso-administrativo».

Na segunda e terceira sentenzas citadas, o tribunal galego engadiu que:

«(...) El citado artículo 35.a) habla ciertamente de que las alteraciones de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación en ella de los particulares, tienen que producirse, para dar derecho a indemnización, antes de que transcurran los plazos previstos para su desarrollo, pero también una vez transcurridos esos plazos si la ejecución no se hubiese llevado a efecto por causas imputables a la Administración. Por lo tanto, el no transcurso de esos plazos no lo establece el precepto como un requisito inexcusable en todo caso. Pero su texto comienza diciendo que dan lugar en todo caso a derecho de indemnización “las lesiones de los bienes y derechos que resulten” de los supuestos que seguidamente concreta. Por lo tanto, lo primero que tiene que existir es, como en todo supuesto de responsabilidad patrimonial, un daño o perjuicio patrimonial actual,

real y efectivo, no futuro o hipotético, y ese requisito no se cumple en este caso, puesto que al no haber sido aprobado, ni siquiera de forma provisional, el nuevo planeamiento en tramitación no se sabe si los referidos gastos que tuvo que afrontar la actora resultarán o no inútiles, y, en definitiva, si las determinaciones del nuevo planeamiento supondrán un perjuicio para los derechos o intereses de la recurrente, pues no puede servir para ello lo que figura en una aprobación inicial respecto de la cual se pueden presentar alegaciones, cuyo éxito o fracaso no cabe suponer de antemano. Por este motivo, el recurso tiene que ser desestimado».

7 Telecomunicacións

7.1 Inconstitucionalidade (parcial) da Lei 3/2013, do 20 de maio, de impulso e ordenación das infraestruturas de telecomunicacións de Galicia

O Tribunal Constitucional, na súa Sentenza 8/2016, do 21 de xaneiro (relator: Excmo. Sr. Xiol Ríos), declarou a inconstitucionalidade duns vinte preceptos da Lei 3/2013, do 20 de maio, de impulso e ordenación das infraestruturas de telecomunicacións de Galicia por invadir competencias exclusivas do Estado. A sentenza sostense sobre o seguinte “*encadramento competencial*”:

«(...) La premisa de partida de nuestro análisis ha de ser, de un lado, la de la exclusividad de la competencia del Estado tanto en materia de telecomunicaciones stricto sensu como en materia de “régimen general de comunicaciones” establecida en el artículo 149.1.21 CE –con el contenido que seguidamente se verá– y, de otro lado, las competencias que el Estatuto de Autonomía para Galicia (EAG) le atribuye en materia de desarrollo económico autonómico (artículo 30.1.1 EAG); ordenación del territorio y urbanismo (artículo 27.3 EAG); medio ambiente (normas adicionales de protección según el artículo 149.123 CE en relación con el artículo 27.30 EAG) y regulación del patrimonio histórico, artístico, arquitectónico o arqueológico de interés de Galicia (artículo 27.18 EAG). (...) El Estado es competente, en exclusiva, para: a) la caracterización del sector (mercado) de las telecomunicaciones –actualmente, definidas como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia (artículos 2 y 5 de la Ley general de telecomunicaciones) frente a su tradicional consideración de servicio público–; b) el establecimiento de las condiciones de explotación de las redes y de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, así como el régimen jurídico de los operadores (STC 8/2012, FJ 7); c) la definición y delimitación de las prestaciones y servicios concretos que han de incluirse en el llamado servicio universal en orden al cumplimiento de las funciones de regularidad, calidad, asequibilidad, extensión y seguridad de redes y servicios, que antes se entroncaban en el servicio público (STC 72/2014, de 8 de mayo, FJ 6); d) la determinación del operador u operadores que deben asumir la prestación de ese servicio universal y el diseño de su régimen de financiación; e) la asunción directa de la gestión o la intervención en la prestación de los servicios a efectos de garantizar su prestación; f) la regulación de la ubicación y compartición de infraestructuras sin perjuicio de las competencias autonómicas en esta materia (STC 8/2012), y g) el establecimiento de un sistema de protección reforzada de los consumidores y usuarios de servicios de telecomunicaciones (STC 74/2014). Se trata, en definitiva, de la atribución al Estado de la competencia para definir los elementos estructurales del sector a través tanto del establecimiento del

Regap



NOTAS

marco institucional del mercado (regulación de la competencia) como de la intervención en los procesos del propio mercado (obligaciones de hacer o no hacer de los operadores del sector, en el ámbito del acceso a redes, interconexión o garantía de cobertura, por ejemplo). Ciertamente, el ejercicio de esta competencia por el Estado deberá realizarse evitando que la vis expansiva característica de este título competencial vacíe las competencias propias de las Comunidades Autónomas en otras materias como ordenación del territorio y urbanismo o protección del medio ambiente y paisaje que, necesariamente, van a converger en un mismo espacio físico, como luego se verá.

Frente a esa competencia estatal en materia de telecomunicaciones, la Comunidad Autónoma de Galicia busca el fundamento para la regulación del impulso y del desarrollo de las infraestructuras de telecomunicaciones en su territorio en sus competencias en materia de desarrollo económico de la Comunidad (artículo 30.1.1 EAG); de ordenación del territorio y urbanismo (artículo 27.3 EAG); de normas adicionales de protección del medio ambiente (artículo 149.1.23 CE, en relación con el artículo 27.30 EAG) y de regulación del patrimonio histórico, artístico, arquitectónico o arqueológico de interés de Galicia (artículo 27.18 EAG). (...) La definición del contenido de los títulos competenciales de ordenación del territorio y de urbanismo evidencia que en el ejercicio de tales competencias puede incidir la competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones, debiéndose articular los mecanismos de colaboración cuando sea preciso. Así sucederá, por ejemplo, en lo concerniente a la precisión de la ubicación del mínimo de infraestructuras que sean necesarias en nuevos emplazamientos urbanos a fin de asegurar una conectividad mínima (de la misma manera en que se asegura la prestación de servicios básicos de red como el suministro de agua y electricidad a través de la construcción de alcantarillado y conductos y canales de abastecimiento), así como en lo relativo a la determinación de cómo y dónde ubicar las redes necesarias para la prestación de los servicios de nueva generación en zonas ya urbanizadas y con alto nivel de conectividad y asentamiento de infraestructuras e instalaciones. A su vez, la localización concreta (en ámbito urbano o rural) puede afectar, tal como se declara en la STC 8/2012 (FJ 3), al medio ambiente o al paisaje.

(...) En suma, el encuadramiento competencial realizado permite concluir que (i) se trata de competencias de titulares diversos y objeto jurídico distinto cuyo ejercicio puede concurrir en un mismo espacio físico. (ii) La concreta articulación de las competencias concurrentes habrá de buscar fórmulas de cooperación que optimicen su ejercicio “pudiendo elegirse la técnica que se estime más adecuada a estos efectos: mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, entre otros (STC 204/2002, FJ 30)” (STC 8/2012, FJ 8). (iii) Para el caso de que los cauces de cooperación resulten insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, será preciso determinar cuál es el título prevalente en función del interés general concernido, que determinará la preferente aplicación de una competencia en detrimento de la otra (STC 82/2012, de 18 de abril, FJ 3, y SSTC 168/1993, de 27 de mayo, FJ 4; y 31/2010, de 28 de junio, FJ 85; y 154/2014, de 25 de septiembre, FJ 5, entre otras). (iv) En cualquier caso, el ejercicio por parte del Estado de una competencia exclusiva “impide de raíz toda posibilidad de una acción autonómica de signo contrario” y las referidas competencias autonómicas no pueden ejercerse de forma que la competencia del Estado para regular el sector de las telecomunicaciones quede menoscabada o invadida (STC 82/2012, de 18 de abril, FJ 4) (STC 154/2014, FJ 7, en materia de defensa nacional). (v) Sin que esto pueda suponer el vaciamiento de las competencias propias de una Comunidad Autónoma.

(vi) *La reproducción de normas estatales en normas autonómicas es inconstitucional cuando la Comunidad Autónoma carece de la correspondiente competencia, salvo que la reiteración de la norma estatal sea imprescindible para el entendimiento del precepto».*

8 Tributos

8.1 Institución da “apartación” galega. Pacto sucesorio de realización anticipada ou inmediata. Transmisión exenta de IRPF

O Tribunal Supremo (Sala 3.^a, Secc. 2.^a), na súa Sentenza do 9 de febreiro de 2016 (Rec. 325/2015, relator: Excmo. Sr. Montero Fernández), ratifica o criterio do TSXG sobre a natureza xurídica e repercusión fiscal da institución da “apartación” regulada nos artigos 224 e ss. da Lei 2/2006, do 14 de xuño, de dereito civil de Galicia, coas seguintes consideracións:

«(...) Regula el artículo 33 de la LIRPF las ganancias y pérdidas patrimoniales, considerando el legislador que son ganancias o pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél. Es de observar que, a pesar de los términos en los que se pronuncia la ley, cualquier transmisión de un bien o derecho a título gratuito supone para quien lo transmite una pérdida económica, lo que indica que estamos ante una construcción fiscal que difiere de la realidad económica resultante, en esta construcción que realiza el legislador, ajena a la realidad económica, quiere dejar sentado que no son ni ganancia ni pérdida patrimonial del transmitente, artículo 33.3.b), “las transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente”. No contiene la normativa fiscal qué ha de entenderse por la citada expresión, por lo que para desentrañar su sentido ha de acudirse a la previsión que nos ofrece el artículo 12.2 de la LGT, “En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme al sentido jurídico, técnico o usual, según proceda”. En ausencia de una significación tributaria propia, las exigencias de legalidad y seguridad jurídica que imperan en esta materia exigen que lo procedente sea que el intérprete acuda para determinar su significado y alcance a la rama del derecho de la que procede, y es evidente que las transmisiones por causa de muerte o mortis causa constituyen un concepto jurídico elaborado en el marco del derecho civil perfectamente delimitado; por lo tanto, siguiendo lo ordenado por el citado artículo 12.2, estando ante un concepto jurídico procedente de otra rama del derecho, delimitado por el legislador como presupuesto de la norma, cuya interpretación constituye el presente debate, a su significado y alcance habrá de estarse, primero para determinar qué no considera la ley ganancias o pérdidas patrimoniales y, segundo, si la aportación gallega es una transmisión gratuita por causa de muerte del contribuyente. Y siendo procedente acudir a la conceptualización de transmisiones mortis causa del derecho civil, no es posible atender ni al sentido usual de la expresión, ni en la conceptualización limitada que ofrece el Código civil sobre las adquisiciones mortis causa, en los que parece recalcar alguna de las consultas citadas en la sentencia, en la que se pretende exigir para la aplicación del citado precepto la muerte física del causante-contribuyente.

Ha de indicarse que el derecho civil patrio no se agota con el Código civil común, sino que también abarca los especiales y forales elaborados por cada Comunidad Autónoma con competencia en la materia. No se hace cuestión que entre los títulos sucesorios se encuen-

regap



NOTAS

tran las formas convencionales de pactar la sucesión, que, prohibidos en el Código civil, sin embargo se contemplan en algunas de las legislaciones especiales y forales, y que permiten que en vida del causante se produzca la transmisión de elementos patrimoniales, esto es, son atribuciones patrimoniales por causa de muerte o mortis causa aunque la transmisión se produzca en vida del causante, lo cual es tenido bien presente por el legislador estatal tributario, como se comprueba al regular el impuesto sobre sucesiones y donaciones, Ley 29/1987, de 18 de diciembre, cuando en su artículo 3 dice que “Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio”, respecto del devengo dispone que “En las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código civil. No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo”, y su reglamento en su artículo 11 establezca que «Entre otros, son títulos, sucesorios a los efectos de este impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: b) Los contratos o pactos sucesorios».

Al hilo de lo anterior, no deja de ser un contrasentido que la Administración considere a la aportación gallega, en su condición de pacto sucesorio, sujeto al citado impuesto sobre sucesiones, y que se niegue en este recurso dicha naturaleza.

Como se ha dicho, la ley, artículo 33.3.b), no considera ganancias o pérdidas patrimoniales las transmisiones patrimoniales por causa de muerte, lo cual ya se ha indicado que constituye un concepto jurídico cuyo contenido –cuando no existe una delimitación fiscal, ni en el impuesto sobre sucesiones, ni en el de la renta, autónomo y propio– ha de determinarse acudiendo al derecho civil. Debiéndose resaltar que estamos ante un concepto jurídico de significación unívoca, lo que no cabe es otorgarle distinto significado según estemos ante el impuesto sobre sucesiones o en el de la renta, que es lo que pretende la Administración.

Dentro del concepto jurídico de transmisiones patrimoniales por causa de muerte, se comprenden, sin duda, los pactos sucesorios, lo que el propio legislador estatal acoge abiertamente, como se ha visto, en el expresado artículo 24 del impuesto sobre sucesiones, esto es, son adquisiciones patrimoniales lucrativas consecuencia de un negocio jurídico por causa de la muerte de la persona, sin que su naturaleza jurídica sufra porque el efecto patrimonial se anticipe a la muerte del causante, que constituye, como no puede ser de otra forma en los negocios mortis causa, la causa del negocio.

Es evidente, pues, que los pactos sucesorios constituyen transmisiones patrimoniales lucrativas por causa de la muerte del contribuyente, lo cual nadie lo discute, ni siquiera el Sr. abogado del Estado, que para negar la aplicación del artículo 33.3.b) a la aportación lo que hace es negarle a ésta su carácter de pacto sucesorio. Para el Sr. abogado del Estado, “sobre la naturaleza jurídica de la aportación lo primero que hay que decir es que no supone una transmisión mortis causa. No es un pacto de suceder, pues precisamente ocurre lo contrario, es un pacto de no suceder”; sin embargo, dentro de los pactos sucesorios cabe distinguir los pactos de suceder, los pactos de no suceder y los que versan sobre la herencia de un tercero, tal como viene a reconocer explícitamente el propio Sr. abogado del Estado, distinguiéndose los dos primeros por su contenido, positivo el primero, suceder a alguien, y negativo el segundo, alguien se aparta de la sucesión, sin que quepa negar que el pacto de

no suceder sea una forma de sucesión. Por tanto, bastaría acoger la consideración que hace el Sr. abogado del Estado, esto es, que el apartamiento gallego es un pacto de no suceder, que no es más que una modalidad de los pactos de suceder, para llegar a la conclusión de que está comprendido en el citado artículo 33.3.b).

En cuanto a la naturaleza de la apartación gallega, ha de estarse a la correcta y profunda interpretación que de la figura hace el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Debiendo significar que no estamos ante dos negocios uno inter vivos y otro mortis causa, sino ante un solo negocio en el que existe una única voluntad y finalidad común, sin que sea procedente descomponer su contenido económico para, desvirtuando su naturaleza jurídica y su funcionalidad, otorgarle un tratamiento tributario en función del impuesto a aplicar; la apartación gallega es un pacto sucesorio, y su tratamiento fiscal es el que deriva de esta condición cualquiera que sea el impuesto del que se trate, cuando, como es el caso, no existe un tratamiento tributario específico en la regulación de uno u otro impuesto.

En definitiva, la apartación gallega, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, comprendida dentro del artículo 33.3.b) de la LIRPF. De haberse querido excluir, el legislador bien podría haber excluido los pactos sucesorios, o imponer como condición la muerte física del contribuyente; al no hacerlo no es más que por su expresa voluntad de haber querido comprenderlo en la inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial. El hecho de que se pueda utilizar esta figura de la apartación para facilitar posibles fraudes fiscales, resulta un argumento ajurídico e inútil para ayudar a la interpretación del artículo 33.3.b), puesto que en la mano de los responsables está evitarlo, mediante los servicios de inspección o mediante la reforma legal incorporando cláusulas, como se conocen en algunas normas forales por ejemplo, para evitar estas conductas intolerables. Todo lo cual debe llevarnos a desestimar la pretensión actuada».

Regap



NOTAS

8.2 IRPF. Axudas de custo exentas. Correspóndelle ao empresario e non ao traballador a carga de acreditar ante a Axencia Tributaria a veracidade dos conceptos dos que derivan as axudas de custo

O TSXG (Secc. 4ª), na súa Sentenza do 23 de marzo de 2016 (Rec. 15575/2015, relator: Ilmo. Sr. Fernández Leiceaga), anulou unha sanción de IRPF imposta a un traballador por razón da exención das cantidades percibidas co seu salario en concepto de “axudas” de custo, cos seguintes argumentos:

«(...) No caso presente, falamos dun traballador que actúa baixo a dirección do empresario, é dicir, que non é quen de organizar autonomamente ou seu traballo, senón que acode a onde o mandan e achega á empresa a documentación que esta lle exige para acreditar os custos asumidos polos desprazamentos. Cando o artigo 9 RD 439/2007, no seu último parágrafo, fala de que, para os efectos indicados nos parágrafos anteriores, o pagador deberá acreditar o día e lugar do desprazamento e asemade a súa razón ou motivo como pagador, identifica o pagador final (o empresario) e non o instrumental (o traballador que adianta os cartos), polo que entendemos que (en circunstancias normais, das que excluímos os administradores, traballadores/propietarios...) non é exigible que o traballador conserve as facturas e tickets de gastos polos que recibiu as axudas de custo, sendo suficiente, para estes efectos, que se remita aos arquivos da empresa (se esta existe) –o lóxico sería unha inspección/comprobación

conxunta traballador/empresa–. Considerar que un traballador que percibe na súa nómina as cantidades correspondentes ao seu traballo (entre as que se inclúen as axudas de custo) e obtén a certificación de ingresos que reflicte esa situación está obrigado a dubidar do seu contido e, inclusive, que debe apreciar se a documentación entregada ao empresario é suficiente ou non para os efectos de acreditar a realidade exixida no artigo 9 RD 439/2007, e actuar en consecuencia (é dicir, obrigándoo a declaralas como renda de traballo aínda que non foron obxecto de retención), supón elevar ou listón da exixencia tributaria a un nivel excesivo e incompatible coa realidade da relación traballador/empresario (a non ser que se acredite unha fraude), e máis cando falamos do dereito sancionador. Entendemos que non procede a sanción tributaria dado que o actuar do recorrente foi correcto, no sentido de actuar consonte a certificación de ingresos xirada polo empresario e sen que se acredite a realización de fraude (con coñecemento de ambas as partes)».

8.3 IRPF. Pagamento anticipado de dedución por maternidade. Acreditación do exercicio dunha actividade por conta propia ou allea

Na súa Sentenza do 24 de febreiro de 2016 (Rec. 15315/2015, relator: Ilmo. Sr. Gómez y Díaz Castroverde), o TSXG conclúe que para que proceda a dedución por maternidade no IRPF se deben reunir os seguintes requisitos: ser muller cun fillo menor de 3 anos, e realizar unha actividade por conta propia ou allea. A sala entende que coa achega dos recibos de cotización á Tesouraría Xeral da Seguridade Social, no réxime especial de autónomos e o informe de vida laboral, a actora cumpriu a carga de demostrar os feitos constitutivos do seu dereito á dedución por maternidade. A alta no réxime correspondente de Seguridade Social implica, en principio, o exercicio da actividade correspondente, sen que o interesado deba efectuar xustificación adicional ningunha ao respecto.

9 Urbanismo e medio ambiente

9.1 Inaplicación do réxime de distancias do antigo Regulamento de actividades molestas, nocivas e perigosas a unha estación depuradora de augas residuais de nova construción

O TSXG, na súa Sentenza do 8 de outubro de 2015 (Rec. 4621/2011, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera), sobre o proxecto de construción dunha estación depuradora de augas residuais, ratificou a inaplicación do réxime de distancias mínimas ao núcleo habitado máis próximo establecido no artigo 4 do Regulamento de actividades molestas, nocivas, insalubres e perigosas do 30 de novembro de 1961 (RAMINP) –2.000 metros– coas seguintes consideracións:

«(...) Según la parte actora, la firmeza de las sentencias que anularon la licencia anteriormente referida impide la reapertura de la EDAR de Reza, o la instalación de una nueva a menos de 2.000 metros de distancia de un núcleo de población. Esta conclusión no puede ser aceptada. Esas sentencias fueron confirmadas por esta sala en las Sentencias de 5-10-2006 y 14-6-2007, dictadas en los recursos de apelación números 4064/2004 y 4076/2004. En ellas se aceptó que la aplicación del artículo 4 del RAMINP impedía que una EDAR pudiese estar ubicada a una distancia menor de 2.000 metros de un núcleo de población, pero también que ese requisito de distancia era una norma general que, de acuerdo con dicho artículo y el 15 de mismo reglamento, admitía excepciones. Así, en la primera de dichas sentencias se

dijo: “Podría ser causa suficiente para rebajar la distancia la acreditación de que no existe en el municipio otro lugar adecuado para la instalación, pero esa circunstancia no solo no fue probada sino que tampoco fue alegada en primera instancia”. Esa falta de alegación en primera instancia también se resalta en la segunda de dichas sentencias. La firmeza de las sentencias afecta a la EDAR cuya desaparición se proyecta, pero no a una nueva, respecto de la que no cabe excluir la cumplida prueba de que no es posible una ubicación que respete la referida distancia mínima, y que por ello se da el supuesto excepcional al que se refieren los citados artículos del RAMINP. Y esa imposibilidad hay que tenerla por acreditada en este caso, puesto que, como se recoge gráficamente en el informe que obra en el expediente, ninguna de las ubicaciones en él empleadas respeta esa distancia mínima de los núcleos de población próximos, y la parte actora no ha mencionado siquiera una ubicación en la que sí se respetase. Hay que tener en cuenta que la situación de una EDAR no puede desligarse de la red del alcantarillado y colectores que forman el sistema de recogida de aguas pluviales y residuales de una ciudad, a la que tiene que estar conectada, y que el volumen de agua a tratar hace económicamente inviable su bombeo a cotas muy superiores a los puntos más bajos de esa red, por lo que sus posibles ubicaciones se ven limitadas por estas circunstancias. Una vez estimado que las prescripciones sobre distancias del artículo 4 del RAMINP son de imposible cumplimiento en el caso enjuiciado, poco importa que este reglamento sea o no de aplicación en la Comunidad Autónoma de Galicia, pues en cualquier caso la ubicación elegida no resulta contraria a derecho. Sí cabe añadir que las sentencias del Tribunal Supremo que cita la parte actora no se refieren a la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia, y que normas estatales básicas en materia de protección del medio ambiente, como el Real decreto legislativo 1/2008 –o la Ley 21/2013 que lo sustituyó–, que transponen al ordenamiento jurídico español la legislación de la Unión Europea, no contienen ninguna prescripción general sobre distancias mínimas, y cuando hacen referencia a alguna distancia esta es mucho menor que la señalada en el RAMINP. Así, por ejemplo, según el Real decreto legislativo 1/2008 una instalación industrial para la fabricación de harina de pescado y aceite de pescado deberá someterse a una evaluación de impacto ambiental, cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso, solamente cuando se den de forma simultánea las circunstancias de estar situada fuera de un polígono industrial y encontrarse a menos de 500 metros de una zona residencial. Por lo que respecta, por último, a que tendría que seguirse el procedimiento de traslado de poblaciones de la Ley de expropiación forzosa, esta alegación tiene como presupuesto que la nueva EDAR no supondrá mejora alguna respecto a la anterior, y que por ello los que eran afectados anteriormente seguirán siéndolo por la nueva. Al ser rechazada esa inexistencia de mejoras en la instalación también tiene que serlo el supuesto en el que se basa la parte actora, y por lo tanto su alegación. Por todo lo expuesto, el recurso tiene que ser desestimado».

9.2 Catálogo español de especies exóticas invasoras

O Tribunal Supremo (Sala 3.^a, Secc. 5.^a), na súa Sentenza do 16 de marzo de 2016 (Rec. 396/2013), anulou en parte o Real decreto 630/2013, do 2 de agosto, polo que se regula o Catálogo español de especies exóticas invasoras, obrigando a incluír nel unha alga de orixe xaponesa que se estendeu polas costas galegas. Indícase o seguinte na sentenza:

«(...) Señala la demanda, acerca de esta alga comestible, que “... la Undaria pinnatifida o Wakame es un alga parda de gran tamaño (usualmente 1,5 m y hasta 3 m de altura), originaria de las

regap



NOTAS

costas de Japón, Corea y China, donde es cultivada para consumo humano. Se trata de una especie altamente invasora, incluida en la lista 100 de las especies exóticas invasoras más dañinas del mundo de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, que ha sido introducida en diferentes áreas costeras del mundo de forma accidental, como también intencionalmente con fines de cultivo. Tiene una serie de características que la hacen ser una especie altamente invasora: alta tasa de fecundidad con una amplia ventaja reproductora, oportunista (coloniza superficies modificadas y flotantes), forma una capa densa sobre otras algas autóctonas a las que desplaza, ocupa un amplio rango de profundidades y se adapta tanto a costas expuestas como calmadas...". Se introdujo en las costas francesas del Mediterráneo y luego en las costas del Atlántico de España, donde se cultiva tanto en las Rías Baixas como en la concha de Artedo (Cudillero) e Inglaterra, así como en Nueva Zelanda, Tasmania, Australia y recientemente en las costas del Pacífico del sur de EE. UU. y México. Sostiene la demanda que "... su potencial invasivo es tal que no solo estuvo catalogada como especie exótica invasora por el derogado RD 1528/2011, sino que en los primeros borradores del real decreto que lo sustituyó figuraba igualmente catalogada, hasta el punto de que obra en el expediente administrativo la ficha, que se acompaña como documento número siete correspondiente a esta especie como invasora, concretamente en la carpeta exp. admto. RD 630_13\11. Información sobre especies/4.1. Especies RD 1628\ALGA51..."

El abogado del Estado, en su contestación a la demanda, opone que "... esta especie fue excluida a petición de la Secretaría General del Mar de la Xunta de Galicia. Desde los años 90 del siglo pasado se viene realizando la explotación, con fines comerciales, de las poblaciones de esta especie presentes en la costa de Galicia, como así informó la Secretaría General del Mar de la Xunta de Galicia. Por ello, se solicitó por parte de la Comunidad Autónoma de Galicia que se excluyera la citada especie y se identificase como competencia exclusiva de las comunidades autónomas en materia de marisqueo y acuicultura, según lo establecido en el artículo 148.1.11ª de la Constitución..."

En lo que respecta a esta especie de alga, debe significarse que el dictamen de academia encomendado al CSIC no ha sido elaborado directamente por esta institución, ni comunicado a esta sala el reenvío de la pericia a otro científico ajeno a su organización, en los términos del artículo 340 LEC, cuyo apartado 3 preceptúa que "... En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335...". Tal norma procesal se refiere a la identificación de la persona natural que, en el ámbito de la corporación o academia que debe emitir el dictamen, se encarga de su elaboración o preparación, pero no autoriza a la institución a designar, como en este caso, por ausencia de especialistas en la Undaria pinnatifida, al margen del conocimiento y control del tribunal, a otra persona o entidad al margen de la academia, dado que con ello se impide a las partes y al órgano jurisdiccional toda intervención y debate sobre la solvencia técnica e independencia del perito así designado. Tal es lo sucedido en este caso, porque la remisión a la Universidad de A Coruña para que completase ese particular del dictamen recayó en un científico de ésta, el Dr. -----, respecto del cual siembran las asociaciones demandantes una sólida duda de parcialidad en su escrito de conclusiones, basadas en la circunstancia, hecha pública en Internet, de que dicho perito –aunque no lo es en sentido procesal– es colaborador de una empresa gallega de comercialización de algas que genera 120 toneladas de algas al año, para la que ha desarrollado proyectos de investigación. Tal denuncia de falta de objetividad –en cuyos detalles

no es preciso profundizar– no ha sido objeto de refutación en los escritos de conclusiones de ninguna de las partes demandadas.

Al margen de toda otra consideración, debe prevalecer aquí el efecto de la irregularidad procesal observada en el desarrollo de la citada pericia, en tanto ha quedado desnaturalizada, en buena medida, la prueba pericial de academia, cuyo valor cualificado descansa en el prestigio e imparcialidad que ostenta la institución como tal, extensible a los científicos que la componen o pertenecen a entidades que en ella se integran, pero que no cabe perturbar remitiendo parte de un dictamen a personas respecto de cuyas características, idoneidad e imparcialidad respecto del objeto de la prueba no puede responder la corporación o academia designada.

Todo ello sin perjuicio de la aseveración central de la demanda de que esta alga también forma parte de las 100 especies exóticas invasoras más dañinas del mundo, según la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, dato terminante que, unido a las razones aducidas para oponerse a la inclusión en el catálogo –ya figuraba en el que contenía el Real decreto 1628/2011– y a la falta de argumentos de orden científico ofrecidos por el abogado del Estado para oponerse a los hechos descritos en la demanda, nos inclina a apreciar la procedencia de incluir también esta especie en el catálogo».

9.3 Plan de ordenación do litoral de Galicia

O Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Secc. 5.ª), nas súas Sentenzas do 12 de febreiro, 24 de febreiro de 2016 (Recs. 2844/2014, 3054/2012 e 3020/2014), confirma en casación varias sentenzas do TSXG desestimatorias dos recursos interpostos contra o Decreto 20/2011, do 10 de febreiro, da Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas da Xunta de Galicia, polo que se aprobou o Plan de ordenación do litoral de Galicia (POL). Conclúe o Alto Tribunal que o mencionado POL non vulnerou nin a garantía institucional básica da autonomía local, nin os criterios regulados sobre clasificación e cualificación do solo.

9.4 Prescripción de cotas de urbanización. Prazo de quince anos

O TSXG (Secc. 2.ª), nas súas sentenzas do 17 de marzo de 2016 (Rec. 4493/2015, relator: Ilmo. Sr. Arrojo Martínez) e 28 de abril de 2016 (Rec. 4427/2014, relatora: Ilma. Sra. Paz Eiroa), concluíu que as cotas de urbanización debidas en polígonos sometidos a equidistribución polo sistema de compensación prescriben no prazo de 15 anos, con esta explicación:

«(...) ante la ausencia de una especificación normativa administrativa sobre prescripción de las cuotas de urbanización, no puede desconocerse que en el caso de actuación de la Junta de Compensación, el incumplimiento o morosidad de determinados propietarios en cuanto al pago de las cantidades adeudadas incide de modo inmediato y directo en las cuentas de la propia Junta de Compensación y en consecuencia con posibles efectos para los restantes propietarios, lo que diferencia este supuesto de otros de naturaleza tributaria o incluso de casos como el de las contribuciones especiales, de manera que las previsiones normativas que atribuyen a la Junta de Compensación la posibilidad de instar la ayuda de la Administración, como el cobro de deuda por vía de apremio, en atención a la finalidad última perseguida de cumplimiento de las obligaciones urbanísticas y de plasmación de éste en lo material, no permiten desvirtuar, ni desconocer, la realidad de la posible incidencia que los incumpli-

Regap



NOTAS

mientos de pago proyectan sobre los restantes propietarios que cumplieron sus obligaciones, de lo que procede entonces derivar la inaceptabilidad de la aplicabilidad analógica de las determinaciones normativas sobre prescripción establecidas en el ámbito administrativo para otros supuestos como los tributarios o de naturaleza pública que no provocan la referida incidencia sobre otros propietarios, presentándose por tanto como de aplicación el plazo de quince años contemplado en la sentencia de instancia, computable desde la exigibilidad de las cuotas de urbanización prevista en el artículo 127.4 R.G.U., modificando así esta sala, por los motivos expuestos, el criterio expresado en sus mencionadas Sentencias de 9 de mayo de 2013 y 19 de febrero de 2014».

Regap

Recensiones

3

Os retos do goberno local tras a reforma de 2013

Los retos del gobierno local
tras la reforma de 2013

The challenges of local government
after the reform of 2013

52
Regap

BOIX PALOP, A. | DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (COORDS.)
Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2015

Regap



RECENSIONES

Esta obra colectiva é o resultado dunha análise interdisciplinaria sobre o futuro do noso goberno local e dos retos a que se enfrenta a súa regulación tras a frustrada reforma da Lei reguladora das bases do réxime local operada en 2013. O seu xerme foi o congreso que, baixo o título “La planta administrativa valenciana y la reforma local”, se realizou na sede valenciana da Universidade Internacional Menéndez Pelayo os días 3, 4 e 5 de decembro de 2014.

A estrutura deste traballo está conformada por trece capítulos, nos cales se leva a cabo, por parte dos distintos autores que colaboran na obra, un sistemático exame da reforma perpetrada pola LRSAL, centrando a atención, fundamentalmente, nos problemas non resoltos –ou xerados– pola citada norma e que maior repercusión van ter no futuro, tratando de achegar, en cada caso, solucións para posibilitar unha correcta aplicación desta e propor, na medida do posible, alternativas normativas para a modificación da dita norma.

Así, o fío condutor desta obra é abrir perspectivas que sirvan para centrar o debate para unha futura e necesaria reforma do réxime local, que, por unha parte, corrixa os erros da de 2013, e que, por outra, chegue alí onde esta non se atreveu a chegar ou a onde nin sequera esbozou intención ningunha de intervir. A continuación exporanse, brevemente, as cuestións que foron obxecto de estudo en cada un deles.

No primeiro dos capítulos, de carácter introdutorio, Andrés BOIX PALOP, baixo o título “Encadramento xurídico e constitucional da reforma local de 2013 e esbozo dos problemas

aínda pendentes”, analiza exhaustivamente o marco xurídico do réxime local existente no noso país antes da reforma de 2013, pondo de manifesto as principais críticas formuladas á dita actuación lexislativa, para, a continuación, ofrecer unha detallada análise das novidades introducidas pola Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local (en diante, LRSAL), norma con que se pretendían remediar as deficiencias da situación anterior, pero que, en opinión do autor, así como da maior parte da doutrina, non alcanzou o resultado pretendido. Por último, este estudoso analiza as necesidades e apunta, dentro do marco normativo vixente tras a reforma, as posibilidades das políticas de desenvolvemento local, malia subliñar a necesidade dunha nova modificación do réxime local español que corrixa algunhas das orientacións impostas pola LRSAL e, sobre todo, que amplíe en moitas das súas materias os seus horizontes co fin de lles dar resposta aos problemas que se sinalarán ao longo desta obra.

No segundo capítulo, intitulado “O desapoderamento municipal da reforma local e os seus problemas”, Víctor ALMONACID LAMELAS ofrece unha visión panorámica dos problemas formulados pola reforma local de 2013, clasificándoos en seis apartados: conceptuais, xurídico-formais ou de constitucionalidade, territoriais ou de distribución territorial da competencia, económicos ou “de cálculo”, persoais e outros “cazapos”. En opinión do citado autor, a solución, ou polo menos a mellora, desa situación lograríase a través dunha modificación da normativa vixente e da consecución dun “macropacto local” (con cada unha das Comunidades Autónomas que son as titulares das competencias que a LRSAL cre “que parte e reparte”), que debería ser impulsado e coordinado desde o Goberno de España co fin de evitar que se produzan desigualdades na consecución da ansiada descentralización Comunidades Autónomas-entidades locais.

O terceiro capítulo, “O desenvolvemento da reforma local de 2013. Entre a rebelión e o pragmatismo”, cuxa autoría lle corresponde a Julio TEJEDOR BIELSA, aborda os fundamentos da reforma operada pola LRSAL. Efectúa unha análise crítica dos seus efectos, prestando especial atención ao sistema competencial establecido pola devandita norma. Así mesmo, realiza un exame da reacción das Comunidades Autónomas ante a citada reforma, centrándose fundamentalmente no caso de Aragón.

As “Competencias locais na reforma de 2013 e os seus puntos de fricción coas normas autonómicas” son obxecto de estudo por parte de María José ALONSO MAS, no cuarto capítulo desta obra. Tras definir a situación de reestruturación do sector público pretendida, pero non conseguida, pola LRSAL, a autora examina o desenvolvemento da citada norma efectuado polas diferentes Comunidades Autónomas, respecto das competencias propias, as “distintas das propias” e as contidas nas disposicións transitorias 1.^a a 3.^a e adicional 15.^a, así como a adaptación dos convenios de financiamento á dita lei e a xestión –coordinada ou integrada– dos servizos mínimos.

No capítulo quinto, “Bisbarras *versus* provincias na xestión administrativa de España”, Joan Carles MEMBRADO TENA aborda o tema da inadecuación do mapa municipal á realidade presente e o difícil encaixe das provincias nun modelo de ordenación racional do territorio. Ante esta situación, e tendo en conta que algunhas das Comunidades Autónomas se reorganizaron espacialmente a partir de unidades intermedias entre o municipio e a provincia, como é a bisbarra, o autor centra o seu estudo nas propostas levadas a cabo en Valencia,

Galicia, Aragón e Cataluña, analizando as características e os resultados obtidos en cada un dos ditos casos.

Juan José Díez SÁNCHEZ é o autor do sexto capítulo deste volume titulado “Estratexias para gañar tamaño na xestión administrativa tras a reforma local de 2013”. Nel realiza unha detallada análise dunha das medidas establecidas na LRSAL para “racionalizar a estruturación organizativa” da Administración local: a agrupación de municipios. Así, examina tanto as fusións voluntarias, facendo especial referencia á normativa existente ao respecto na Comunidade Autónoma valenciana, como as agrupacións forzosas impostas pola lei.

O estudo levado a cabo por Jorge GARCÍA HERNÁNDEZ no sétimo capítulo baixo o título “Un problema atávico e a súa non solución na lei local: o financiamento dos municipios”, entra de cheo na carencia estrutural de recursos que sofren os Concellos para prestar os seus servizos; problema económico que pretendía solucionar a LRSAL, pero cuxas previsións ao respecto non obtiveron os resultados pretendidos. Conclúe ese traballo cunha exhaustiva análise da estrutura dos ingresos dos Concellos.

No capítulo oitavo, baixo o título “Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local,”, Marta OLLER RUBERT analiza a finalidade de redimensionamento do sector público local pretendido pola LRSAL, as medidas contidas na disposición adicional novena da citada norma co fin de garantir o equilibrio financeiro e a modificación do artigo 85 LRRL, relativo ás formas de xestión dos servizos públicos locais.

A redacción do capítulo noveno, titulado “Impacto da Lei 7/2013, do 27 de decembro de racionalización e sustentabilidade da Administración pública local nos procesos de desenvolvemento local”, correspóndelle a Joan NOGUERA TUR. Nel, tras repasar a orixe e a evolución das entidades locais, define o marco normativo destas previo á LRSAL. Centra tamén o seu estudo nos principais problemas que na actualidade afectan aos órganos locais: o principio de autonomía, a promoción económica e o emprego como competencias autonómicas, as competencias executivas no desenvolvemento económico e produtivo e, finalmente, ofrece propostas para incrementar a sustentabilidade dos procesos de desenvolvemento local.

No décimo capítulo, “Os servizos sociais municipais e a Lei local de 2013”, elaborado conxuntamente por Francesc Xavier UCEDA-MAZA e Lucía MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, tras definir os antecedentes e a evolución dos servizos sociais municipais, analízase o cambio operado tras a reforma local nos ditos servizos, centrándose en tres aspectos: conceptualización, distribución competencial e responsabilidade pública.

Vicent FLOR MORENO, no undécimo capítulo desta obra, baixo o título “Democracia e participación cidadá nas sociedades de modernidade avanzada: a demanda e a oferta”, debulla algunhas das cuestións que, na actualidade, formula “o goberno do pobo”, como, por exemplo: o paradigma da proximidade; o reto de recuperar e perfeccionar a división de poderes; os riscos da privatización do público ou a participación cidadá na Administración local.

No duodécimo capítulo, “A democracia participativa nos gobernos locais e o seu desenvolvemento no moderno réxime local español”, Joaquín MARTÍNEZ CUBAS afronta catro temas cruciais: a repolitización local, as políticas para o desenvolvemento, os enfoques de

Regap



RECENSIONES

intervención no ámbito local e a nova gobernanza democrática; concluíndo o seu traballo cunha avaliación da incidencia que, nestas cuestións, tivo a LRSAL.

Lorenzo PÉREZ SARRIÓN pecha a obra co capítulo titulado “O municipalismo na reforma local e a necesidade dun novo marco local”, no que leva a cabo unha valoración do impacto xurídico da LRSAL na Comunidade Valenciana, efectuando algunhas consideracións críticas da citada norma e unha análise das perspectivas do réxime local valenciano, e realizando unhas moi interesantes propostas de articulación dun novo sistema local.

En definitiva, o interese obxectivo do tema tratado –en especial, no contexto socioeconómico actual–, o rigor con que os distintos autores, de recoñecido prestixio, afrontan a súa análise e, sobre todo, as suxestivas e novidosas solucións achegadas para facer fronte á reforma do goberno local converten esta obra nunha publicación de necesaria lectura para todos aqueles xuristas e políticos locais que estean interesados en coñecer as claves do futuro das entidades locais.

Carla Casanueva Muruáis

Secretaria académica do OIRESP
carlacasanueva@hotmail.com

O dereito de acceso á información pública

El derecho de acceso a la información pública

The right of access to public information

52 Regap

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.
Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2015

Regap



RECENSIONES

Martín María RAZQUIN LIZARRAGA presenta unha dilatada traxectoria investigadora que deu como froito a elaboración e publicación de máis de cen achegas entre libros, capítulos de libro e artigos, centrados principalmente no estudo de diversos aspectos relacionados co dereito administrativo. En concreto, a obra *El derecho de acceso a la información pública* ten como obxectivo ofrecer unha exposición teórico-práctica sobre o dereito de acceso á información pública tras a entrada en vigor da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno (LTBG), cuxa aprobación supuxo un cambio radical fronte á regulación existente con anterioridade na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (LRXPAC).

Co fin de cumprir co dito obxectivo, o autor divide a obra en tres partes claramente diferenciadas.

A primeira parte do libro está dedicada á explicación da regulación vixente en materia de dereito de acceso á información pública, e para levar a cabo esta tarefa, RAZQUIN LIZARRAGA distribúe a súa exposición en dez capítulos. No primeiro deles, "Marco normativo do dereito de acceso", menciónanse as diversas normas en que se regula de forma expresa o dereito de acceso á información pública, tanto no marco europeo como nos ámbitos estatal e local. Cabe sinalar que un dos aspectos máis destacables deste capítulo é que se expón o contido básico de cada unha das normas enunciadas, o que lle permite ao lector apreciar as similitudes e diferenzas existentes entre elas.

Unha vez exposto o marco normativo, defínense no capítulo II os conceptos de transparencia activa e pasiva, e enuméranse as diferenzas e interrelacións existentes entre ambas as dúas; deste xeito, pode observarse que, malia seren complementarias, diverxen en moitos aspectos. Se ben é certo que o tema obxecto da obra é o da transparencia pasiva (dereito de acceso dos cidadáns á información pública), a breve referencia feita neste capítulo aos aspectos fundamentais da transparencia activa parece, canto menos, adecuada, xa que, debido á íntima relación existente entre ambas as dúas formas de transparencia, é conveniente adquirir un coñecemento global desta.

Centrando a exposición no dereito de acceso, no capítulo III da obra conságranse os aspectos materiais deste. Comeza indicando que actualmente o dereito de acceso se regula na LTBG, e que posúe o rango de dereito legal non fundamental, polo que non goza da vía xudicial específica e preferente nin do recurso de amparo. Seguidamente, precísase que se trata dun dereito de titularidade universal que obriga as entidades públicas e privadas sometidas ao ámbito de aplicación da LTBG no seu artigo 2.1, e que o contido do acceso é a información pública. O problema xorde acerca do concepto de información pública, posto que a LTBG establece no seu artigo 13 que se trata dos *“contidos ou documentos, calquera que sexa o seu formato ou soporte, que consten en poder dalgún dos suxeitos incluídos no ámbito de aplicación deste título e que fosen elaborados ou adquiridos no exercicio das súas funcións”*; como pode observarse, trátase dunha definición de tal amplitude que, como ben expresa RAZQUIN LIZARRAGA, non permite exceptuar ningún contido. Finalmente, o autor fai referencia aos límites do dereito de acceso, mencionando as características xerais destes e clasificando en razón do seu obxecto os enumerados no artigo 14 LTBG.

Os capítulos IV e V do libro dedícanse a analizar de que forma pode verse limitado o dereito de acceso á información pública no caso de que existan datos persoais ou empresariais que deban ser protexidos. Deste xeito, o capítulo IV, *“Dereito de acceso e protección de datos persoais”*, trata de mostrar en primeiro lugar que instrumentos se refiren á protección de datos no dereito internacional e no dereito da UE; no que se refire ao dereito español, dedícase un apartado a expor a regulación contida na LO 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal (LOPD) e no seu regulamento de desenvolvemento, aprobado polo RD 1720/2007, do 21 de decembro; e outro, a analizar de que forma opera a protección de datos persoais como límite do dereito de acceso na LTBG. No que se refire ao capítulo V, nelponse de manifesto o conflito existente entre confidencialidade de datos empresariais e dereito de acceso, e faise especial fincapé no concepto de segredos empresariais, noción que o autor intenta explicar acudindo ás definicións ofrecidas por diversos autores e ao disposto no Acordo da OMC sobre os aspectos dos dereitos de propiedade intelectual (ADPIC).

Os aspectos formais do dereito de acceso regúlanse no capítulo VI. Nel establécese que o procedemento de acceso é un procedemento administrativo, e lévase a cabo unha análise de cada unha das fases polas que está formado. Neste sentido, o autor comeza indicando que o dito procedemento se inicia sempre mediante solicitude do ‘interesado’, que, de conformidade co disposto no artigo 17.3 LTBG, non precisa de motivación; seguidamente sinala que existen supostos en que a solicitude non vai ser obxecto de tramitación, e expón cada unha das causas de inadmisión previstas no artigo 18 LTBG; de forma consecutiva, explica a fase de tramitación da solicitude, que conclúe, sempre e cando non exista ningún límite ao dereito de acceso que provoque a denegación desta, coa proposta de aceptación

da solicitude e a concesión do acceso. Finalizado o procedemento de acceso, notificaráselles a súa resolución tanto ao solicitante como aos terceiros afectados que así o solicitasen, considerándose a falta de resolución e notificación como un suposto de silencio administrativo negativo, e en caso de estimación total ou parcial da solicitude, o órgano competente deberá facilitar a información requirida.

Malia a súa brevidade, o capítulo VII da obra presenta grande interese. Está dedicado á exposición das dúas vías de recurso que a LTBG lles ofrece aos interesados no procedemento de acceso, a reclamación e o recurso contencioso-administrativo, e a súa importancia radica en que se trata dun aspecto que sufriu significativas modificacións tras a entrada en vigor da LTBG.

Para concluír a primeira parte do libro, RAZQUIN LIZARRAGA orienta os tres últimos capítulos á análise do exercicio do dereito de acceso en determinadas materias e por persoas concretas; neste sentido, o capítulo VIII fai referencia á materia de contratación pública, o capítulo IX versa sobre a información ambiental e o capítulo X trata sobre o dereito de acceso dos concelleiros. En cada un deles expónse de forma clara e concisa a normativa aplicable e o procedemento de acceso, e sinálanse os aspectos particulares que se deben ter en conta.

Na segunda parte da obra trátase o dereito de acceso á información pública desde un punto de vista máis práctico co fin de facilitar na medida do posible o exercicio dese dereito; para iso, o autor incorpora unha serie de modelos e diagramas do procedemento de acceso. Cabe destacar que todos os modelos inseridos van acompañados de notas explicativas e de exemplos ficticios que, xunto cos diagramas, lle permiten ao lector comprender de forma máis clara en que consiste cada unha das fases que integran o procedemento de acceso.

Finalmente, a terceira e última parte do libro, “Documentación xeral e bibliográfica”, contén unha recompilación de diversas referencias a exemplos prácticos sobre o dereito de acceso, ademais de incluír unha ampla bibliografía á que o lector poderá acudir se desexa afondar máis nalgún dos aspectos tratados na obra.

Baseándose no exposto, pódese concluír que RAZQUIN LIZARRAGA realiza un extraordinario labor ao expor a cuestión do dereito de acceso á información pública non só á luz da nova regulación contida na LTBG, senón acudindo tamén a outras fontes, tanto nacionais como europeas, coas que se enriquece considerablemente a obra; neste sentido, cabe destacar a oportuna inclusión da xurisprudencia europea e estatal existente en materia de dereito de acceso, así como de diversos informes da Axencia Española de Protección de Datos que esclarecen en boa medida algúns dos temas tratados na obra. En canto aos destinatarios do libro, o autor expón na introdución que está especialmente dirixido aos responsables e empregados públicos, así como a todas as persoas que se poñen en relación coas Administracións públicas exercendo o dereito de acceso á información pública; non obstante, pode considerarse que se trata dunha obra cuxa lectura tamén é moi recomendable para todos aqueles que, por un ou outro motivo, estean interesados en comprender dunha forma clara e detallada en que consiste o dito dereito e de que forma pode verse limitado o seu exercicio.

Antía Boo Corral
Graduada en Dereito
antia_bc@hotmail.com

regap



RECENSIONES

A renovación da función pública. Estratexias para frear a corrupción política en España

La renovación de la función pública.
Estrategias para frenar la
corrupción política en España

The renewal of the public function.
Strategies to curb political
corruption in Spain

52
Regap

RAMIÓ MATAS, C.
Los Libros de la Catarata, Madrid, 2016

Regap



RECENSIONES

Polo xeral, os traballos ou os ensaios elaborados arredor da análise da administración e xestión pública e das súas institucións adoitan ser achegas teóricas baseadas en abundante bibliografía, cun estrito rigor académico de corte formal e coa principal intención de perfeccionar o sistema conforme un modelo idealista onde imperen os conceptos de boa gobernanza, ética pública, transparencia, rendición de contas, reforma ou modernización administrativa.

La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España, de Carles Ramió, é unha obra moito máis ambiciosa e esquece os formalismos. Así mesmo, estamos ante un traballo de implacable solidez académica e innegable profesionalidade, todo iso unido a un estilo ameno e desenfadado propio dun dos mellores especialistas en Administración pública de España, como demostra nas súas –ata o momento– 19 obras e innumerables estudos e artigos publicados. Ademais, a súa dilatada experiencia, non só na rama académica como catedrático de Ciencia Política e da Administración, senón tamén polo seu contacto directo co mundo administrativo e político durante os últimos trinta anos, vese reflectida ao longo das páxinas que compoñen este ensaio honesto e encomiable.

Esta obra preséntase ante un escenario actual ateigado dun incesante número de casos de corrupción que sacoden os alicerces do aparato gobernamental, administrativo, empresarial e social. Por conseguinte, a obra consegue demostrar que a corrupción non só afecta e infecta a esfera pública, senón que a súa natureza tamén é transversal. O profesor Ramió, cunha estrutura sinxela, divide esta obra en tres capítulos.

En primeiro lugar, analiza os datos e sucesos históricos recentes do fenómeno da corrupción política en España. Nesta parte, Carles Ramió realiza un breve percorrido polos primeiros episodios de corrupción de maior relevancia da nosa historia recente –como foron os tan populares casos Roldán e Filesa a finais dos anos 80 e a principios dos anos 90, respectivamente– para así dar conta das tres dimensións da corrupción española: a corrupción de carácter persoal, a corrupción que deriva do financiamento ilegal dos partidos políticos e aquela corrupción que incide nas institucións públicas.

Nesta liña, o autor interpreta numerosos datos procedentes de distintos indicadores e variables de gran relevancia para a análise deste fenómeno, como son o índice de percepción da corrupción, o sobrecusto da contratación pública, o indicador de confianza política, a evasión fiscal ou a economía encuberta, todo iso en comparativa con outros países da Unión Europea.

Posteriormente –e como núcleo central do libro– desenvolve as causas máis relevantes asociadas á corrupción, estuda a súa natureza de carácter político e como afecta ao ámbito empresarial e sindical, aos medios de comunicación e a unha boa parte da nosa sociedade.

Así, no segundo capítulo, o profesor Ramió leva a cabo un minucioso estudo das causas da corrupción política e as variables que interveñen nesas prácticas ilícitas. Estas causas reflicten, sen lugar a dúbidas, a necesidade imperiosa dunha renovación ou reforma substancial da función pública e da súa estrutura, como indica o propio título da obra.

A excesiva relaxación das institucións públicas ante esta lacra, o déficit de funcionarios dedicados a evitar e controlar a corrupción, e o deficiente financiamento dos partidos políticos son tres das causas que Carles Ramió aborda con absoluta claridade e contundencia. A estas súmansas outras razóns máis controvertidas ou que quizais poden suscitar o debate, como son a asimetría existente entre a dedicación política e os incentivos recibidos polos cargos políticos, a desmotivación e acomodación dos empregados públicos ou a corrupción empresarial e a súa vinculación ao tan famoso e peyorativo termo das *portas xiratorias*.

Ademais, é interesante a análise que realiza o autor sobre a corrupción como parte da nosa cultura social e sobre o labor das organizacións sindicais nas Administracións públicas nas últimas décadas, as cales provocaron o contrario ao esperado, ao se converteren, malia estaren destinadas a defender os empregados públicos e fomentar un aparato administrativo forte e capacitado, en entidades extractivas, parasitarias e protagonistas dalgunhas das máis relevantes tramas de corrupción en España.

Esta segunda parte da obra finaliza co importante papel que exercen os medios de comunicación á hora de investigar, detectar e informar das malas prácticas e disfuncións no sistema político. A través dunha análise do comportamento dos medios de comunicación en España ante estes sucesos, o autor detecta tres problemas fundamentais: o partidismo, a súa falta de independencia e o seu forte financiamento derivado das institucións públicas dos diferentes niveis de goberno. Así as cousas, Carles Ramió interpreta, en sentido amplo, de que xeito os medios de comunicación actúan como “cómplices por omisión” da corrupción activa e como fontes xeradoras de confusión social.

En conclusión, para este autor a clave encóntrase na renovación –organizativa e institucional– urxente da clase política, para que esta se caracterice pola súa solidez profesional, a súa

transparencia e que, principalmente, esta nova clase política posúa lexitimidade democrática e social.

Finalmente e partindo desta última premisa, no terceiro e último capítulo deste ensaio recóllense as proposicións ou estratexias elaboradas polo autor co fin de impulsar medidas reformistas que poidan executarse coa maior brevidade posible. Neste punto, Ramió afirma que cómpre “modernizar o noso sistema de partidos, as nosas institucións básicas do Estado e as nosas Administracións públicas para incorporar máis intelixencia nas súas funcións de implementación de políticas públicas e de control cara aos políticos, o mercado e a sociedade” (Ramió, 2016, p. 115).

Tales propostas estrutúranse arredor dos seguintes eixes básicos de acción e reforma: a aposta por medidas de rexeneración política, institucional e público-privada; o fomento da transparencia, a avaliación das institucións públicas e a dotación de intelixencia a estas; a mellora dos sistemas de control e detección de casos de corrupción; e, en relación coa calidade da función pública, a aplicación da meritocracia no acceso ao emprego público e a profesionalización da dirección pública.

Esta última parte da obra recolle a verdadeira achega de Carles Ramió. A pesar de que algunhas das 25 proposicións xa foron tratadas por outros autores expertos en xestión pública, a aplicación conxunta e paulatina de todas elas e o feito de contar con institucións e empregados públicos honestos –afastados das prácticas corruptas e comprometidos co servizo público– convértese na fórmula precisa para combater estas dinámicas incesantes de desfalco público.

A detección imparabile dos casos de corrupción na actualidade e o gran talento e rigor científico que caracterizan a Carles Ramió xustifican o epílogo que lle pon fin a esta obra. Neste punto, o autor reserva a parte final para comprobar a veracidade das súas hipóteses e concluír que a envergadura real deste fenómeno é maior do aparente.

Non obstante, aínda que ten en conta o xurdimento de novos partidos políticos como factor que pode impulsar un cambio dentro do propio sistema e facilitar exponencialmente as transformacións expostas co fin de combater así as dinámicas corruptas, tería sido coherente que o autor tamén tivese formulado a excesiva intervención estatal en todos os ámbitos da esfera pública como posible causa da propagación acelerada do fenómeno da corrupción. Por iso, este último aspecto de gran relevancia non se mostra na súa obra e sería razoable telo en conta.

Por todo o exposto anteriormente, esta publicación, elaborada por un perfecto coñecedor da Administración pública, debe converterse nunha lectura imprescindible e nunha fonte de documentación e reflexión non só para aqueles que ocupen postos políticos ou para aqueles que sexan responsables públicos de alto nivel, senón tamén para todos os que forman parte das Administracións públicas e para a sociedade en xeral, na que repercuten directa e indirectamente todas as decisións e accións de servizo público.

Lorena Alonso Suárez

Universidade de Santiago de Compostela
lorena.alonso.suarez@gmail.com

Regap



RECENSIONES