

Solucións cooperativas ante a (condicionada) disxuntiva entre a xestión directa ou indirecta dos servizos públicos locais

Soluciones cooperativas ante la (condicionada) disyuntiva entre la gestión directa o indirecta de los servicios públicos locales

Cooperative solutions faced with the (conditioned) dilemma between the direct or indirect management of local public services



LORENZO MELLADO RUIZ

Profesor titular de Dereito Administrativo
Universidade de Almería
lmellado@ual.es

Recibido: 09/11/2018 | Aceptado: 20/12/2018

Regap



ESTUDIOS

Resumo: O obxecto deste estudo é analizar a viabilidade funcional das técnicas de colaboración administrativa para a xestión dos servizos públicos locais. Ante a disxuntiva entre as fórmulas de xestión directa ou indirecta, e os intensos condicionamentos actuais das actividades locais de prestación, a xestión colaborativa preséntase como unha opción eficiente e asumible, nun contexto de incerteza adicional a causa dos procesos actuais de reasunción da xestión por parte das entidades locais, no caso de moitos dos servizos locais obrigatorios. O dereito europeo admite, así, a colaboración non contractual entre administracións, cumprindo determinados requisitos, pero cómpre un recoñecemento e un desenvolvemento específicos na normativa sobre réxime local.

Palabras clave: Xestión de servizos públicos, Administración relacional, relacións colaborativas, reinternalización de servizos, instrumentos de colaboración territorial.

Resumen: El objeto de este estudio es analizar la viabilidad funcional de las técnicas de colaboración administrativa para la gestión de los servicios públicos locales. Ante la disyuntiva entre las fórmulas de gestión directa o indirecta, y los intensos condicionamientos actuales de las actividades locales de prestación, la gestión colaborativa se presenta como una opción eficiente y asumible, en un contexto de incertidumbre adicional a causa de los procesos actuales de reasunción de la gestión por parte de las entidades locales, en el caso de muchos de los servicios locales obligatorios. El derecho europeo admite, así, la colaboración no contractual entre administraciones, cumpliendo determinados requisitos, pero es necesario un reconocimiento y un desarrollo específicos en la normativa sobre régimen local.

Palabras clave: Gestión de servicios públicos, Administración relacional, relaciones colaborativas, reinternalización de servicios, instrumentos de colaboración territorial.

Abstract: The purpose of this study is to analyse the functional viability of administrative collaboration techniques for the management of local public services. Given the disjunctive between the direct or indirect management methods, and the intense current conditions of local provision activities, collaborative management is presented as an efficient and acceptable option, in the context of additional uncertainty due to the current reinternalization processes of management by local entities, in the case of many of the mandatory local services. So European law supports the non-

contractual collaboration between Administrations, fulfilling determined requirements, but it is necessary a specific recognition and development in the regulations on local regime.

Key words: Management of public services, relational Administration, collaborative relationships, public utilities reinternalization, instruments of territorial collaboration.

Sumario: 1 Aproximación ás técnicas de xestión cooperativa no ámbito local (como posible solución a un debate enquistado). 2 Grupo normativo básico e dialéctica entre a xestión directa ou indirecta dos servizos públicos locais. 2.1 Sustentabilidade económico-financiera e xestión dos servizos públicos locais. 2.2 Legalidade e oportunidade dos procesos actuais de “reinternalización” pública da xestión. 3 A xestión conxunta como *tertium genus*. 3.1 Caracterización xeral. 3.2 Técnicas cooperativas para a xestión eficiente dos servizos públicos: da teoría á práctica. 3.2.1 Ideas previas: fomenta de verdade a LRBRL, tras a súa reforma, a xestión conxunta de servizos públicos? 3.2.2 Instrumentos de cooperación institucionalizada. 3.2.2.a Mancomunidades. 3.2.2.b Bisbarras ou entidades equivalentes. 3.2.2.c Áreas metropolitanas. 3.2.2.d Consorcios. 3.2.2.e Constitución de órganos ou entidades supramunicipais de coordinación. 3.2.2.f Organizacións de cooperación. 3.2.2.g Instrumentos orgánicos sen personalidade xurídico-pública. 3.2.3 Instrumentos de cooperación non orgánica ou funcional. 3.2.3.a Fórmulas convencionais: convenios, redes de cooperación e outras modalidades de colaboración non institucional. 3.2.3.b Encomendas de xestión e uso de medios propios. 3.2.3.c Xestión compartida de servizos comúns. 3.2.3.d Mecanismos de coordinación ou colaboración supralocais. 3.2.3.e Mecanismos de cooperación interadministrativa: intermunicipal e supramunicipal. 3.2.3.f Fusión de municipios. 3.2.3.g Contratación conxunta. 4 Valoración final sincrética.

1 Aproximación ás técnicas de xestión cooperativa no ámbito local (como posible solución a un debate enquistado)

Non cabe dúbida de que un dos debates máis complexos na actualidade acerca da nosa tradicional figura dos servizos públicos no ámbito local é o relativo á forma –máis idónea– de xestión destes, e ao seu nivel (territorial) óptimo de prestación¹, nun escenario lexislativo de intensificación dos controis, rixideces e exixencias para a súa prestación², e, en concreto, á dicotomía básica entre a súa xestión directa, a través dalgunha das modalidades previstas legalmente, ou a súa xestión indirecta a través de concesionario. A cuestión, como se sabe tamén, transcendeu o propio ámbito xurídico-institucional, formulándose en termos poliédricos de equilibrio entre a ideoloxía, a eficiencia e a discrecionalidade (motivada) de cada Administración titular, á hora de decidir a forma de prestar os seus servizos públicos.

Como case sempre, os termos do debate non poden ser absolutos, e cada opción presenta vantaxes e inconvenientes.

A opción pola xestión directa ou interna, na creación ou disposición dun novo servizo público (loxicamente no sentido estrito do termo, deixando fóra, pois, os denominados servizos de interese xeral, económicos ou non), ou na recuperación/reinternalización deste, tras a finalización do contrato correspondente ou a súa resolución anticipada (rescate), loxicamente pode ofrecer, quizais, unha maior seguridade xurídica, control e intervención do gasto e fiscalización operativa sobre o seu desenvolvemento, mesmo a través da interposición, habitual, de entidades de dereito público ou privado dependentes, aínda que podería chocar cos obxectivos, inelutables no ámbito local, de redución do déficit público, busca de solucións de eficiencia prestacional e redución dos aparatos administrativos instrumentais. A xestión

1 Vid., en xeral, o conxunto de estudos contido en FONT i LLOVET, T., e DIEZ SÁNCHEZ, J.J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, Iustel, Madrid, 2017.

2 Por exemplo, MELLADO RUIZ, L., *Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma económica local?*, CEMCI, Granada, 2014.

indirecta pode ofrecer, si, versatilidade e adaptabilidade (de mercado), maior eficiencia –baseándose en solucións de competencia efectiva– e redución de estruturas/burocracia, a risco de “mercantilizar” a prestación de servizos necesarios e imprescindibles para os cidadáns, con relativa perda de control, e sen garantías finais dunha repercusión efectiva do aforro económico nos cidadáns, dado ademais o endurecemento actual das condicións da asunción do risco significativo no caso dos novos contratos de concesión de servizos.

Como a solución non pode pasar tampouco, en tempos de necesaria innovación (disruptiva ou non) e –inevitable– modernización das formas de organización e funcionamento das nosas administracións públicas, incluíndo un nivel local de goberno onde conflúen exixencias de control e supervisión superiores, de transparencia e integridade pola cidadanía e de optimización/congruencia nos investimentos e dotacións públicas, pola inamovibilidade e o “apego” á tradición (dunha xestión burocrática pouco flexible e adaptativa aos cambios), habería que pensar en fórmulas “alternativas” ou “eclécticas”, moduladoras dun debate complexo sen solucións unívocas, entre as que cabe situar as modernas posibilidades ofrecidas pola denominada Administración relacional ou cooperativa³. Como se dixo, as novas circunstancias reclaman novas respostas, fórmulas que adapten as vellas estruturas da Administración local –herdeira dos postulados revolucionarios– aos diferentes problemas do espazo que han de gobernar, e son moitos os supostos en que o municipio deixou de ser a máis eficaz das unidades de goberno das colectividade locais⁴.

A xestión agregada, conxunta ou cooperativa de competencias, funcións ou servizos públicos responde, así, ás novas formulacións quizais non de innovación radical nas formas de xestión administrativa, pero si de racionalización (auténtica, e non meramente nominal ou cosmética) e congruencia institucional nas formas e capacidades de prestación por parte das entidades locais. Moitos dos obxectivos centrais da última reforma administrativa básica, tanto desde a óptica organizativa ou estrutural como funcional ou procedemental, enlazan con esta novamente potenciada “visión” estratéxica e cooperativa na xestión e no desenvolvemento das competencias e servizos administrativos. E é que parece evidente que a procura da eficacia, a eficiencia, a evitación de duplicidades, solapamentos competenciais ou gastos impropios, a simplificación dos procedementos ou as estruturas de xestión, o aforro económico, etc.⁵, poden intentar conseguirse, entre outras vías, a través da cooperación, a conxunción de esforzos e gastos e a xestión compartida de bens, servizos e ámbitos prestacionais, sobre todo no nivel de goberno con exixencias máis rixidas de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira como é o local, pero, á vez, con menos capacidade de innovación normativa. Parece claro ademais que se trata dunha alternativa plural moito menos “traumática” que a “forzada” redefinición dos ámbitos competenciais dos entes locais⁶. Porque a xestión conxunta persegue, de feito, nas súas múltiples variantes e

3 Así o entende, por exemplo, ALMEIDA CERREDA, M., “La cooperación entre Municipios: una posible alternativa a la reordenación de la planta local en España”, *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2012, p. 605.

4 BARRERO RODRÍGUEZ, M.³C., “Fórmulas asociativas municipales de prestación de servicios públicos”, Escribano Collado, P. (coord.), *Jornadas de estudios sobre consorcios locales: temas de Administración local*, Ediciones Adhara S.L., Madrid, 1995, p. 40.

5 *Vid.* neste sentido, por exemplo, CHINCHILLA MARÍN, J.A., e DOMÍNGUEZ RUÍZ, M., “Los servicios públicos locales: reforma de la Administración local en tiempos de crisis económica”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 14, 2015, pp. 45 e ss., e, sobre todo, as obras xerais de COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, e EZQUERRA HUERVA, A. (coord.), *Crisis económica y derecho administrativo. Una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

6 Neste sentido, ALMEIDA CERREDA, M., “La cooperación entre Municipios: una posible alternativa a la reordenación de la planta local en España”, *cit.*, pp. 604-605.

manifestacións, o propio aforro ou diminución, vía contribución compartida, prestación a escalas superiores ou simplificación ou redución de estruturas, persoal ou procedementos, do “custo” dos servizos, é dicir, a sustentabilidade, mesmo cuantitativa, e non a “redución”, da actividade prestacional, en forma directa ou indirecta, da Administración⁷. Trátase no fondo de buscar a solución organizativa máis adecuada fronte ás posibles insuficiencias dos municipios no exercicio das súas competencias.

En termos socioeconómicos sinalouse que entramos xa na Terceira Revolución Industrial, na “era colaborativa”⁸. Sexa ou non, en verdade, un novo paradigma ou visión, o certo é que, no que atinxe ao ámbito local, fronte a propostas parlamentarias e realidades normativas moito máis radicais e complexas (eliminación de determinadas administracións públicas, fusión incentivada de municipios, coordinación superior dunhas administracións sobre outras, adelgazamento forzado dos aparatos instrumentais, restrición do exercicio de competencias impropias, atribución *ex lege* de competencias, etc.) e, en consecuencia, como xa se viu, de máis difícil encaixe no noso –cantonalizado– sistema de distribución de competencias, chato-lado de “reticencias identitarias”⁹, a opción polas fórmulas e técnicas de cooperación, xestión conxunta ou compartida e contribución (cualitativa ou cuantitativa) á xestión eficaz dos servizos públicos (proprios ou comúns) presenta trazos moito menos dramáticos e custosos.

A crise económica padecida, e proxectada legislativamente en suspicacia e receo acerca da liberdade organizativa, regulamentaria e de prestación dos entes locais respecto dos seus servizos e competencias propias (reflexo da innegable garantía da autonomía local e do mínimo de autonomía institucional implícita nela)¹⁰, supuxo, como se sabe, unha certa involución neste ámbito: das demandas de modernización e mellora en calidade dos servizos públicos pasouse, bruscamente, á necesidade da súa garantía e mantemento, e, despois, á conveniencia da súa readecuación ou redimensión xeral para afrontar, de forma estratéxica, a súa sustentabilidade.

A cooperación para a prestación dos servizos públicos locais ofrece, así, alternativas viables (aínda que loxicamente non definitivas nin exclusivas). Fronte á atomización competencial, a fragmentación (institucional e territorial) das capacidades de prestación social e a rixidez ordinamental do noso modelo de predeterminación legal superior das competencias locais, a xestión cooperativa baséase, precisamente, na contribución ou sostemento conxunto dos servizos públicos, na prestación agregada e o máis racional –e adaptada– posible das prestacións comúns, compartidas ou solapadas, que admitan mecanismos de xestión relacional, corresponsabilización e funcionamento conxunto. Atopámonos, así, no seo dun novo modelo de organización administrativa, despois de imperatividade, privilexios e supremacía, e imbuído polas notas de equilibrio Administración/cidadán, ordenación reticular ou en rede dos servizos e prestacións e configuración funcional e interactiva, vía colaboración público-público ou público-privada, da ordenación e xestión dos servizos públicos. O “Estado

7 MELLADO RUIZ, L., “Introducción: marco normativo actual de la gestión cooperativa o relacional en la Administración local. Una propuesta sistematizadora”, Mellado Ruiz, L., e Fornieles Gil, Á. (coords.), *Gestión cooperativa en el ámbito local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 17.

8 DE LA ENCARNACIÓN, A.M., “El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 5, 2016, p. 32.

9 Vid. DURÁN GARCÍA, F.J., “La fusión coactiva de municipios en España: principios, estrategia y resultados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 57, 2016, p. 44.

10 Vid., por exemplo, PAREJO ALFONSO, L., “Crisis financiera estatal, racionalización de la Administración local y desarrollo de la garantía de la autonomía local; comentarios de urgencia”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n. 30, 2012, pp. 58-68.

relacional”, como unha versión avanzada, quizais, dos modelos de garantía e regulación, viría ser, en definitiva, a evolución lóxica do “Estado prestacional”¹¹. A cooperación convértese, en escenarios ademais de ampla descentralización e complexa distribución de competencias, en presuposto liminar e estratéxico de calquera reto futuro de auténtica racionalización, organizativa e funcional, da Administración local. Posto que a auténtica lexitimación actual do poder público, superadas xa as visións formalistas ancoradas na autolexitimación democrática indirecta (lexitimación institucional), pivota na garantía e satisfacción da súa última “función social”, tamén en sede de relacións bilaterais ou multilaterais.

É evidente que no ámbito de xestión (aínda non de poder “creativo”) máis próximo ao cidadán, e mesmo coas “reducións” ao respecto introducidas pola Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local (en diante, LRSAL), as exixencias constitucionalizadas de sustentabilidade financeira e equilibrio orzamentario non poden comportar, de forma automática e xeral, unha laminación institucional das súas competencias e servizos (desde a súa propia contribución inherente á súa “recognoscibilidade institucional” e a súa mesma natureza bifronte)¹², polo que cómpre a edición de instrumentos alternativos ou complementarios de coexistión ou compartición de gastos e responsabilidades, co fin de converter a “boa administración” nunha Administración non só eficiente, senón tamén intelixente e útil, e a propia desestruturación territorial dun modelo descentralizado pero non racional en fórmulas auténticamente “sistémicas” de relación e optimización “única” da “resposta plural” para os cidadáns¹³. É, precisamente, a mesma habilitación constitucional que permite a incidencia básica estatal, con fins de garantía de estabilidade orzamentaria, sobre o réxime local, a que xustificaría unha ordenación igualmente estatal sobre as relacións interadministrativas de cooperación¹⁴.

Todas estas formulacións xenéricas teñen xa, como se sabe, tradución expresa nas normas cabeceira do novo marco regulatorio sobre organización e funcionamento do sector público administrativo. Sinala así o artigo 3.2 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (en diante, LRXSP), que as “*administracións públicas lles facilitarán*”

-
- 11 Explicouse con claridade, en termos xerais, que asistimos realmente na actualidade a unha recomposición, readaptación ou recombinación dos eixes de relación entre o Estado e a sociedade (cun claro maior protagonismo desta e unha perda de “poder interno” do primeiro), nunha superación tanto das visións liberais e neoliberais como da propia dogmática do estado social ou postindustrial, entre outras razóns, pola súa propia insustentabilidade, *vid.* ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 18-19.
 - 12 Unha cousa é, obviamente, a necesaria racionalización de estruturas e servizos, desde presupostos non sempre equivalentes ás demandas de adelgazamento ou simplificación dos denominados procesos de “mitose institucional”, e outra a “anulación fáctica”, por incapacidade competencial ou estrangulamento financeiro, do nivel local de goberno, desde as coñecidas formulacións actuais de garantía da irreversibilidade da dimensión social do Estado, e, no noso caso, do mínimo –aínda que predeterminado legalmente– de servizos a prestar en favor dos cidadáns, *vid.* ao respecto, por exemplo, REBOLLO PUIG, M., “Sobre el adelgazamiento de la Administración, sus dietas y sus límites”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 48, 2014, pp. 4 e ss.
 - 13 Non está de máis recordar neste punto as magníficas ensinanzas, imperecedoiras polo demais, do profesor GONZÁLEZ NAVARRO, acerca do carácter sistémico da nosa organización territorial administrativa, onde cada Administración pública é un subsistema do sistema global, cuxa actuación illada, incoherente ou errónea repercutiría lóxicamente nel, *vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo Español*, Vol. I, 2.ª ed., Eunsa, Pamplona, 1995, pp. 459 e ss. Así o lembra, por exemplo, LLISET CANELLES, A., “Incidencia de la figura de los convenios de cooperación interadministrativa en la teoría de las formas de gestión de los servicios públicos”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 11, 1997. Como ben di a autora: “*O importante é que as administracións públicas, mutuamente interconectadas, cumpran uns obxectivos de interese xeral (artigo 103 CE), que as leis lles asignan, sen que sexa en exceso significativo para os cidadáns que as incumbencias públicas sexan despregadas por unha ou outra Administración. De aquí o interese bastante recente da lexislación, a doutrina e a xurisprudencia polas relacións interadministrativas e as técnicas que utiliza o moderno dereito administrativo para instrumentalas, como garantía de consecución eficaz do interese xeral.*”
 - 14 STC 41/2016, do 3 de marzo, primeira en ditarse sobre as demandas de invasión autonómica competencial por parte da última reforma local (F.X. 8.º).

Regap



ESTUDIOS

preferentemente a prestación conxunta de servizos aos interesados". É verdade que é só un principio xeral de actuación, orfo da extracción ulterior preceptiva de todas as –ou algunhas das– súas proxeccións ou manifestacións concretas, pero claramente destila unha aposta do lexislador por privilexiar ou fomentar os mecanismos de xestión colaborativa. Non se trata só de garantir ou asegurar, senón de "facilitar" a súa existencia, e, ademais, de forma preferente (haberá que entender, en relación con outras alternativas de xestión). E, aínda que só se refire, en especial, a "servizos" e a "interesados", é obvia a intención do lexislador de superar a súa mera concepción programática, de tal forma que as administracións públicas fomenten, na medida do posible, solucións cooperativas para a mellor satisfacción xeral dos cidadáns. Cabería pensar mesmo, neste sentido, que a non extensión da súa obrigatoriedade, como si sucede para a Administración xeral do Estado, aos entes locais obedece non tanto a cuestións materiais de reserva ou retraemento prescricional como a formais de limitación competencial baseándose no coñecido carácter bifronte do réxime local en España¹⁵. Igualmente, e con carácter xa máis xeral, dentro da nova e agregada sistematización dos principios xerais informadores das relacións interadministrativas, o artigo 140 LRXSP refírese especificamente á "*eficiencia na xestión dos recursos públicos, compartindo o uso de recursos comúns, agás que non resulte posible ou se xustifique en termos do seu mellor aproveitamento*", principio estreitamente vinculado coa economía, en virtude do cal, entre varias alternativas que producen o mesmo gasto debe seleccionarse sempre a que leva ao mellor cumprimento dos obxectivos da Administración, e entre varias alternativas que conducen ao mesmo cumprimento debe seleccionarse a que implica menor gasto¹⁶.

Non é difícil trasladar estas formulacións básicas, mesmo de natureza orgánica, ao conxunto das estruturas de poder do noso Estado, transcendendo a mera xestión conxunta ou colaborativa de servizos comúns, é dicir, o aproveitamento compartido (intraadministrativo) de utilidades e recursos, a escenarios maiores, pero tamén de confrontación entre a garantía do seu mantemento e os límites do seu sostemento, de colaboración interadministrativa para a axeitada, congruente e intelixente prestación dos servizos públicos aos cidadáns.

O obxectivo final deste estudo consiste, así, en analizar as posibilidades legais de colaboración funcional na prestación de servizos públicos ofrecidos polo noso ordenamento xurídico local, partindo, como se salientaba, da complexa dialéctica actual sobre as modalidades de xestión e os seus condicionamentos.

15 O artigo 95.1 LRXSP consagra, así, unha regra xeral a favor da xestión conxunta no ámbito estatal, de tal xeito que a norma de creación de calquera organismo público do sector público estatal debe incluír necesariamente a xestión compartida dalgúns ou todos os servizos comúns, salvo que a decisión contraria de non os compartir se xustifique, na memoria que acompaña a norma de creación, en termos de eficiencia, en razóns de seguridade nacional ou cando a organización e xestión compartida afecte a servizos que deban prestarse de forma autónoma en atención á independencia do organismo.

16 SANZ RUBIALES, I., "Marco general de las relaciones interadministrativas", Gamero Casado, E. (dir.), Fernández Ramos, S., e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 2860.

2 Grupo normativo básico e dialéctica entre a xestión directa ou indirecta dos servizos públicos locais

2.1 Sustentabilidade económico-financeira e xestión dos servizos públicos locais

Como se sabe, o actual artigo 85 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local (en diante, LRBRL), consagra a tradicional dualidade de formas de xestión dos servizos públicos locais sobre a base de certas premisas e condicionamentos previos e unha posterior prelación de fórmulas no caso da xestión directa.

O punto de partida debería ser, non obstante, malia a súa falta de recoñecemento (legal) expreso, a afirmación de que os entes locais, en virtude da súa autonomía constitucionalmente garantida e das súas propias facultades de autoorganización institucional, poden elixir, se non libremente, si discrecionalmente, a forma de xestión dos servizos públicos (propios ou impropios) que teñan atribuídos ou asumidos. O artigo 30 RSCL segue falando de “plena potestade” na organización dos servizos locais. Debería ser inherente a tal discrecionalidade o deber de motivación suficiente da fórmula de xestión elixida, se é o caso, desde os asumidos presupostos actuais da ausencia de alternativas indiferentes no caso da prestación ou satisfacción de intereses xerais, xa que a Administración debe optar sempre, e xustificalo, pola mellor e máis axeitada solución posible (tamén no plano puramente organizativo)¹⁷, de tal xeito que os condicionamentos e exixencias ancilares contidos agora na lei en ningún caso poderían afectar a ese núcleo último de discrecionalidade, como “núcleo material da decisión”. Calquera decisión organizativa da Administración, arredor, por exemplo, da fórmula elixida para a xestión dun determinado servizo público, debe reunir hoxe un dobre xuízo ou motivación: unha xustificación interna sobre a idoneidade, adecuación e congruencia, en termos cuantitativos e cualitativos, da decisión, é dicir, un xuízo de razoabilidade, e unha xustificación externa sobre a estrita legalidade dos “lindes” ou aspectos colaterais á decisión (aspectos competenciais, procedementais, etc.). E aínda que se trate, loxicamente, de “tests” xenéricos e en certa forma abertos, a súa exixencia efectiva quizais producise efectos máis beneficiosos, en canto ao acerto decisional último, que os condicionantes específicos impostos agora na lei.

As formas de xestión son, no fondo, “opcións”, posibilidades non indiferentes de elección do mellor xeito posible de actuar. E non son realidades nin absolutas nin simples. Como ben se dixo, “*constitúen unha serie de modalidades funcionais, organizativas e financeiras que ofrece o ordenamento xurídico para acadar un mesmo obxectivo. Buscar a que nos ofrezca unha mellor relación custo-calidade, en beneficio dos cidadáns, converteuse nun obxectivo esencial e prioritario*”¹⁸.

17 E neste sentido apuntouse que a dita potestade de autoorganización non despraza nin anula a vixencia e o deber xurídico de cumprir coa normativa sobre contratación pública, de tal forma que para que a Administración poida encargar o obxecto propio dun contrato a un terceiro (unha persoa xurídica interposta, mesmo en sede de xestión directa), o dito terceiro debe ter a consideración de medio propio nos termos que na actualidade derivan do artigo 32 LCSP, *vid.* EZQUERRA HUERVA, A., “La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos”, <http://www.obcp.es>.

18 MERINO ESTRADA, V., “Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales”, *Revista de Estudios Locales. Cunal*, n. 146, 2012, p. 13, e máis amplamente en MERINO ESTRADA, V., e ORTEGA JIMÉNEZ, P., *Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales*, CEMCI, Granada, 2018.

Cabe lembrar neste sentido, en momentos, como se verá, de intensificación do debate sobre a conveniencia ou non de recuperar os servizos previamente externalizados, a propia indispoñibilidade (política e administrativa) e centralidade material –do cidadán– e dos intereses xerais subxacentes. Funcionalmente, é indiferente, sobre todo para a Unión Europea e os seus grandes obxectivos de liberalización dos mercados, uniformización de requisitos de actuación e consecución efectiva dos fins, xerais ou sectoriais, correspondentes, a fórmula de xestión (directa ou indirecta) dos servizos, así como a súa modificación sobrevida ou, se é o caso, transformación (que é no que consiste en realidade a denominada “reinternalización” de servizos locais), como o é tamén, neste sentido, a forma de personificación ou a denominación institucional ou vestidura xurídica adoptada: o transcendental é que nos atopemos ante un organismo de dereito público (rexido polo dereito público ou polo dereito privado, en todo ou en parte), ou ante un operador privado, e, no primeiro caso, que actúe no exercicio exclusivo de potestades públicas ou en réxime de mercado. Pois ben, as regras (de organización, de contratación, de selección de persoal, de xestión e control económico-orzamentarias, etc.) serán diferentes, pero os *fins subxacentes* non, que non virían ser os *intereses subxectivos propios* da entidade, senón os *intereses colectivos indispoñibles* da comunidade.

O dereito comunitario, desde a dialéctica basal entre a apertura á competencia e a garantía da prestación dos servizos de interese xeral fundaméntase, pois, nos principios de neutralidade e liberdade de administración das autoridades internas na organización dos seus servizos. Como di o artigo 2.1 da nova Directiva 2014/23/UE, do 26 de febreiro, relativa á adxudicación de contratos de concesión (en diante, DAC), *“as autoridades teñen liberdade para decidir a mellor forma de xestionar a execución de obras ou a prestación de servizos, en particular garantindo un alto nivel de calidade, seguridade e accesibilidade económica, a igualdade de trato e a promoción do acceso universal e dos dereitos dos usuarios nos servizos públicos. As ditas autoridades poderán optar por realizar as súas funcións de interese público con recursos propios ou en colaboración con outras autoridades ou confialas a operadores económicos”*. O dereito comunitario non impón, pois, a fórmula concreta de xestión dos servizos de interese xeral. O principio de autonomía institucional (e dentro deste, singularmente, o de autonomía autoorganizativa), xunto cos propios enfoques de (atenuada) aproximación funcional (principal) das lexislacións internas neste punto (engadido agora, como se sabe, ao groso da normativa comunitaria xeral sobre contratación pública), desvelan o carácter subsidiario e neutral do ordenamento comunitario para os efectos da organización interna da xestión dos servizos públicos.

Tras lembrar o apartado primeiro do artigo citado que son servizos públicos os *“prestados polas entidades locais no ámbito das súas competencias”* (sen mención, pois, ao dato da titularidade, pensando loxicamente en servizos non atribuídos, senón meramente recoñecidos para a súa xestión, ou en servizos meramente delegados, e, en fin, nas propias categorías comunitarias dos denominados servizos de interese xeral, e desde a confesada equiparación transversal da lei entre competencias e capacidades, co que podería pensarse se este apartado non deixa fóra do seu ámbito de aplicación a xestión dos servizos distintos dos propios ou delegados que, se é o caso, e en principio de forma non ordinaria, podería ter atribuídos un municipio ex artigo 7.4 LRBRL), comézase sinalando que a xestión dos servizos ou actividades reservadas (artigo 95 TRRL) deberá facerse, necesariamente, da forma máis sustentable e eficiente de entre as enumeradas a continuación. Podería dubidarse, na exexese do precepto, se a alternativa decisional é só dobre (é dicir, xestión directa ou indirecta) ou aberta (ou sexa, comparando todas as formas posibles dunha ou outra modalidade, co que se complicaría

aínda máis a análise de sustentabilidade e eficiencia demandada polo precepto), pero está claro que a lei pretende “reducir” ou “modular”, desde propostas de racionalidade económica fundamentalmente, a dita marxe discrecional de decisión á hora de decidir, a nivel interno, como xestionar os servizos públicos. E, en principio, non habería excesiva marxe de manobra: a opción de xestión debe ser a máis sustentable e eficiente das posibles ou existentes (aínda que a lei non desenvolva, logo, en verdade, a instrumentalización operativa concreta de tal análise, a través de informes, internos ou externos, vía memorias propias, só cunha xustificación doméstica, etc.). Realmente, esta “análise de eficiencia” debería ser regulada ou obxectiva, como expresión analítica da ponderación económica do conxunto de custos e beneficios inherentes ou vinculados á opción elixida. A discrecionalidade política do órgano de resolución debería adaptarse, entón, aos resultados –sen moita marxe de apreciación– deste. Pero, ademais, a forma de xestión elixida debe ser a “máis” sustentable (non en abstracto, senón das posibles –dispoñibles?–): iso quere dicir que esa análise de custos/beneficios non pode ser só puntual, illada ou inicial, senón mantible ou perdurable, acreditándose, a través dos informes correspondentes, que a opción elixida será a que obedeza a criterios económicos de non incremento posterior da débeda e de garantía dunha xestión financeira equilibrada e solvente do servizo (non da facenda global).

Os dous informes salientados dotan, claro, de racionalidade (polo menos económica) a decisión municipal (que, recordemos, ata agora consistía nunha decisión puramente organizativa, aínda que necesariamente sometida tamén ao principio de boa administración), pero restrinxen considerablemente a “capacidade política” (e, polo tanto, de adaptación ás propias peculiaridades) de manobra¹⁹. E é que, na actualidade, a análise económica das decisións administrativas resulta basilar, e de carácter estritamente “xurídico”, e, por iso, parámetro de control e legalidade para a valoración da racionalidade e razoabilidade últimas desta.

Formalmente, o precepto foi ratificado claramente polo TC. Como se di por exemplo na STC 41/2016, do 3 de marzo, que resolve un dos recursos de inconstitucionalidade interpostos contra a LRSAL, o artigo 149.1.18.º CE dá cobertura a unha lexislación básica sobre a xestión de servizos públicos locais, tendo en conta a estreita conexión que toda regulación de servizos reservados (máis ou menos subtraídos ao réxime de libre mercado) garda coas opcións de ordenación xeral da economía que a Constitución lle atribúe ao Estado, polo que cabe sostener que a nova ordenación básica responde á finalidade de evitar a proliferación de personificacións instrumentais ou, máis precisamente, de asegurar a sustentabilidade financeira e eficiencia das que se creen, con independencia da eficacia real do instrumento, expresando unha opción non só lexítima, senón “estritamente vinculada a determinados mandatos constitucionais”. Pode haber, pois, condicionamento –básico estatal– da autonomía local, pero non vulneración (por descoñecemento ou anulación do seu núcleo indispoñible).

Desde a complementaria óptica material, claramente imponse un labor previo de ponderación ou análise das repercusións, ao meu xuízo non só económico-financeiras, da fórmula de xestión proxectada, aínda que os parámetros de contraste parecen orientarse claramente cara

19 Como se dixo en relación coa reforma levada a cabo con carácter xeral pola LRSAL, “boa parte dos supostos en que se require o informe preceptivo do interventor refírese a ámbitos propios da potestade de autoorganización municipal, polo tanto, propio da oportunidade ou da política, que resulta invadida sen xustificación (p. ex. liberdade de elección do xeito de xestión dos servizos públicos). O mesmo cabe dicir dos informes sobre eficiencia, que teñen carácter prospectivo e, xa que logo, tamén inciden en cuestións de oportunidade.”, VILLAR ROJAS, F.J., “Razones y contradicciones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 46, 2014, p. 49.

á dita dirección²⁰. Podería acadirse á súa significación na propia normativa sobre estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, pero tamén sosterse, como se entendeu, que máis que ante un mandato (completo e unívoco) de obrigado cumprimento nos atoparíamos ante un criterio ou directriz –de necesaria integración cos demais, sobre todo no caso de ámbitos decisoriais complexos–, mesmo cando loxicamente a liberdade de elección do modo de xestión que subxacía á redacción anterior da lei desaparecese agora²¹.

A partir deste condicionamento xenérico, a LRXSP mostra unha clara preferencia pola xestión directa administrativa fronte á xestión directa empresarial (para unha xestión economicamente eficiente do servizo?), e unha “aparente” neutralidade na determinación (discrecional) do carácter directo ou indirecto da xestión.

Efectivamente, calquera ente local pode optar, para a xestión dos seus servizos, pola xestión directa, a través dalgunha das súas modalidades, ou pola xestión indirecta, a través, agora, do contrato de concesión de servizos (artigo 85.2 LRBRL). Pero esta aparente “indiferenza” contrasta, desde unha visión de conxunto da normativa e organización aplicables ás formas de actuación prestacional das entidades locais²², con dúas evidencias, contrapostas á súa vez entre si. Dun lado, o claro endurecemento legal do recurso ás encomendas de xestión ou a utilización de medios propios para a prestación ou execución de determinadas actividades de competencia local²³, que parecería “favorecer” as fórmulas, menos condicionadas en canto á súa opción (aínda que si na súa tramitación) de apertura á competencia e licitación dos servizos. Pero, doutro, a igualmente restritiva ordenación actual dos contratos de concesión de servizos, caracterizados basicamente (con independencia realmente do obxecto prestacional, da entidade adxudicadora, dos medios de cobramento, etc.) pola necesaria asunción do risco operacional da actividade polo concesionario. Mesmo cando haxa que integrar esta regra –ineluctable non obstante para o lexislador comunitario– co igualmente vixente principio xeral de risco e ventura na xestión dos servizos de interese xeral (a través dunha axeitada repartición de beneficios e riscos nos pregos), o certo é que pode supor un retraemento dos propios operadores de mercado para presentar ofertas, sobre todo no caso de servizos complexos, tanto pola falta de seguridade na recuperación dos investimentos como polo propio incremento de responsabilidades de pura xestión económica no fondo. E, ao seu través, obrigar as entidades (locais) a optar, como alternativa, cando realmente non

20 Como se dixó, a vinculación da fórmula legal aos entes locais tradúcese na busca da solución de xestión non só máis eficiente, senón tamén máis sustentable, é dicir, a que responda aos criterios económicos de non incremento da débeda, déficit e período de pagamento a provedores e posibilidade de xestión cun orzamento equilibrado. Apélase desta forma ao principio constitucional de eficiencia, introducindo a necesidade de buscar o equilibrio entre o criterio económico dos custos e o obxectivo xeral dunha prestación eficaz dos servizos públicos (artigo 31.2 CE), seguindo a TORNOS MAS, *vid.* GARCÍA RUBIO, F., “Pros y contras jurídico-administrativos de la “reinternalización” (remunicipalización) de servicios locales”, Font i Llovet, T., e Díez Sánchez, J.J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, Iustel, Madrid, 2017, p. 176.

21 *Vid.* VILLAR ROJAS, F.J., “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 58-59, 2016, pp. 99-100.

22 Entre outros motivos, polo seu difícil encaixe no propio modelo de distribución de competencias sobre o réxime local. Porque aparentemente a orde de prelación deste artigo 85.2 LRBRL parece ter carácter vinculante para todas as administracións públicas, o que chocaría co previsto en moitos dos estatutos de autonomía de nova xeración, onde expresamente se prevé a submateria modalidades de prestación dos servizos públicos como competencia exclusiva autonómica dentro do dito réxime. Non obstante, tamén recordou claramente o TC que este precepto, tras a LRSAL, condiciona evidentemente a autonomía local, pero non a vulnera (F.X. 14.º da STC do 3 de marzo de 2016).

23 *Vid.*, así, os artigos 32 LCSP e 86.2 LRXSP. Visto no seu conxunto (LRSAL e as posteriores leis 39/2015 e 40/2015), posiblemente lle resultaría máis sinxelo (e por iso “eficiente”) a unha entidade pública (tamén local) contratar un servizo que ter que demostrar todos os requisitos que se exigen agora para aprobar unha encomenda de xestión, a creación dun consorcio ou a creación/utilización das vías de auxilio organizativo con personificación ou non de estruturas especializadas.

haxa riscos empresariais, por simples contratos de servizos, con menos marxe de manobra (material e temporal) para axustar a xestión ás cambiantes situacións e necesidades sociais.

Á súa vez, e en segundo grao, se se opta pola xestión directa dos servizos, aínda que se mantén a enumeración das distintas formas de implementación desta (pola propia entidade local ou a través de organismo autónomo local, entidade pública empresarial local ou sociedade mercantil local, cuxo capital social sexa de titularidade pública), a lei claramente privilexia agora as formas xurídico-públicas sobre as xurídico-privadas. Só poderá facerse uso destas últimas cando se acredite, mediante memoria xustificativa elaborada para o efecto, que son máis sustentables e eficientes (o que xa se exixía, xenericamente e de por si, para calquera decisión neste ámbito) que as formas ou instrumentos xurídico-públicos. E, para iso, cumprirá ter en conta os criterios de *rendibilidade económica e recuperación do investimento*. Parece clara, ante todo, a orientación da lei: favorecer a xestión pública directa dos servizos públicos por enriba da xestión directa, pero a través de fórmulas de dereito privado. A razón última, loxicamente, non a explícita o lexislador (desconfianza, acreditación da menor eficiencia, calidade ou seguridade xurídica da aplicación do dereito privado, “volta ao público” para o incremento de garantías e controis, etc.?). Agora ben: se isto fose así, se nos atopamos realmente ante unha manifestación dunha tendencia de “retorno ao dereito administrativo”²⁴, parecería lóxico, primeiro, que os criterios orientadores para elaborar a memoria xustificativa non estivesen limitados, senón que fosen meramente enunciativos (cuestión non resolta tampouco expresamente) e, segundo, que precisamente non pivotasen sobre a dimensión puramente económico-financieira da xestión dos servizos (como parece). Utilizando só os dous, aínda xenéricos, que marca a lei, parece difícil *a priori* xustificar que a xestión (indiferenciada ou non) pola propia entidade administrativa matriz vai ser máis rendible economicamente que a xestión a través dunha entidade pública empresarial dependente desta. Pero é que, ademais, deberá constar no expediente a memoria xustificativa adicional do asesoramento recibido, a cal se enviará ao pleno para a súa aprobación (evidentemente, e malia a confusa redacción legal, non só esta, senón o expediente completo), e onde se incluírán os informes sobre o custo do servizo e o apoio técnico recibido, que, adicionalmente, deberán ser publicitados (tampouco se di como). Finalmente, tamén se solicitará (e integrará, enténdese) informe do interventor local (de legalidade, e non de oportunidade, como aclarou a STC 143/2013, do 11 de xullo), quen valorará a sustentabilidade financeira das propostas formuladas, de conformidade co previsto no artigo 4 LOEOSF.

Así pois, as entidades locais teñen unha dobre limitación á súa, en principio aberta, capacidade decisional-organizativa para adoptar a mellor fórmula de xestión para os seus servizos públicos: primeiro, elixir a forma máis sustentable e eficiente de entre as existentes e, segundo, optar polas formas mercantís de xestión directa só se se acredita, nunha memoria xustificativa *ad hoc*, o seu –de novo, e reduplicada– maior sustentabilidade e eficiencia, sobre as formas administrativas. É evidente que a recuperación da credibilidade e confianza do cidadán ante as instancias públicas pasa, entre outros factores, por unha “volta” ao público, ás exixencias, requisitos e condicionantes –acompañados agora de medidas de simplificación, intelixencia e descarga burocrática– da xestión xurídico-administrativa. Non obstante, aquí falamos da xestión prestacional, máis que da tramitación dos expedientes administrativos de cobertura. Pero é que ademais, se esta é a intención real do lexislador, non parece coherente reducir os criterios de elección a parámetros exclusivamente económicos. Non pode –ou non ten

24 Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., “El retorno del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 206, 2018, pp. 37-66.

sentido— comparar a xestión dun servizo a través dun organismo autónomo ou a través dunha sociedade pública local en puros e estritos termos —abertos polo demais— de rendibilidade económica e recuperación do investimento (cando ademais, e como se sabe, a LOEOSF exige a sustentabilidade das facendas públicas no seu conxunto, non de servizos ou prestacións concretas). Se isto é así, e non caben por exemplo análises adicionais de eficacia ou eficiencia, ou de calidade e adecuación dos servizos, a orde de prelación quedaría realmente esvaída²⁵.

A este marco “condicional” básico habería que engadir, ademais, aínda que obviamente non entremos no seu desenvolvemento, as limitacións —e preferencias— contidas á súa vez, en canto réxime bifronte, na correspondente lexislación autonómica de réxime local, que tampouco ofrece unha auténtica liberdade de organización ás entidades locais²⁶.

Fronte a iso, e como dicíamos, a xestión indirecta ou contractual preséntase como simple alternativa ou equivalente á xestión directa administrativa, cando neste caso non é que se utilice o dereito privado para a xestión de servizos de interese xeral, senón, aínda máis, que a Administración cede —ou contrata— por completo a xestión efectiva e total dos servizos a operadores de mercado. Non parecen equivalentes, pois, as reticencias do lexislador nun e outro caso. A obriga de xustificar a maior sustentabilidade e eficiencia —vía informes e memorias, e máis alá da indeterminada cláusula inicial do precepto— exíxese só en relación coa xestión directa empresarial, non na xestión por contrato.

Sen entrar obviamente no seu comentario, cabe só recordar aquí que o reenvío da LRBL a esta modalidade hai que facelo agora á nova Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP), aínda que non directa e inmediatamente, como cabería imaxinar, ao contrato de concesión de servizos (artigo 15), cuestionándose, entón, o mantemento das modalidades tradicionais no ámbito local desta modalidade (artigo 113 do Decreto do 17 de xuño de 1955, polo que se aproba o Regulamento de servizos das corporacións locais), senón a este ou ao contrato de servizos (artigo 17), dependendo, basicamente, da exposición efectiva ou non do contratista aos riscos do mercado (de que se trate).

25 Para un clarificador achegamento a estas cuestións, sobre un exemplo concreto da denominada “austeridade prestacional”, pode verse FORTES MARTÍN, A., “El nivel óptimo de prestación del servicio municipal de recogida de residuos domésticos: límites y afecciones provocados por la LRSAL”, Font i Llovet, T., e Díez Sánchez, J.J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, Iustel, Madrid, 2017, pp. 327-340.

26 Sirva como exemplo o artigo 33.6 da Lei 5/2010, do 11 de xuño, de autonomía local de Andalucía, que establece que, se o concello opta, orixinaria ou sobrevidamente, pola xestión directa dos servizos, dentro das dúas opcións posibles de organización, propia ou indiferenciada ou xestión a través de entidade vinculada ou dependente, terá preferencia a primeira, é dicir, o aproveitamento (rendibilización) das propias estruturas ou servizos de xestión xa existentes na Administración centralizada do municipio, someténdose a opción polas demais modalidades de personificación á necesidade expresa de tramitar unha memoria acreditativa das vantaxes que tería a dita modalidade instrumentalizada de prestación, respecto á prestación pola propia entidade local, incluíndo un estudo económico-financieiro do custo previsible da súa implantación. O obxectivo é evidente: priorizar os recursos xa existentes e restrinxir a capacidade de personificación institucional (e, polo tanto, de maior custo desde o punto de vista organizativo e de persoal) das entidades municipais que opten pola xestión directa dos servizos. A proliferación e o abuso que se puido facer da potestade de personificación (quizais non tanto no plano local) é coñecida e preocupante, pero quizais insuficiente, desde unha óptica teórica, para estas manifestacións de condicionamento (e ata restrición) da necesaria liberdade autoorganizativa dos entes locais para a mellor e máis axeitada prestación dos servizos públicos e o exercicio do resto das súas competencias.

2.2 Legalidade e oportunidade dos procesos actuais de “reinternalización” pública da xestión

A Unión Europea, dun lado, preconiza o paso do Estado prestacional ou garantista ao Estado regulador ou estratéxico, desde a centralidade das liberdades económicas comunitarias. Interesa non tanto a asunción directa de responsabilidades de execución como a garantía efectiva, vía regulación máis control, da prestación satisfactoria (polos poderes públicos ou polos suxeitos privados) dos intereses xerais de –última– responsabilidade pública. E, non obstante, a nivel local, os servizos recupéranse, rescátanse ou, en xeral, reasúmense por parte dos concellos, para a súa prestación por xestión directa. Ambos os dous movementos poderían cualificarse, metaforicamente, como “telúricos”. No primeiro caso, pola súa case inevitabilidade. E, no segundo, polo seu innegable transfondo ideolóxico²⁷.

Pero, sexa cal sexa a forma de xestión dos servizos, hoxe por hoxe, a decisión municipal correspondente debe ser, en realidade, a máis adecuada desde a imperativa perspectiva constitucional da eficacia e a eficiencia. O artigo 135 CE non só lles impón a todas as administracións públicas a adecuación (global e, polo tanto, tamén en sede organizativa) ao principio de estabilidade orzamentaria, senón que, reforzando aínda máis as exixencias deste mandato (positivo xa) de optimización, lles impón ás entidades locais directamente a necesidade de alcanzar e manter equilibrio orzamentario ou superávit estrutural (e ademais anualmente, e non no ciclo económico, como sucede coas comunidades autónomas e o Estado). Os concellos, en función dos seus contextos particulares, deben desenvolver, pois, unha planificación estratéxica das súas relacións de colaboración interadministrativa, da carteira de servizos que prestan as entidades públicas do seu contorno e das marxes de autoprovisión coas súas propias entidades instrumentais, para deste xeito buscar unha maior eficiencia na xestión dos seus servizos, sen necesidade, como imos ver, de externalización contractual²⁸.

Os procesos actuais de reasunción ou recuperación da xestión directa dos servizos previamente externalizados xeneralizáronse, como anticipamos, no ámbito local de goberno, sobre todo no caso de grandes municipios. Non hai, é verdade, unha verdadeira remunicipalización, nin unha recuperación (substantiva ou formal) do servizo pola entidade local, senón, máis simplemente, a transformación (vía vontade organizativa) da forma de xestión ata ese momento aplicada²⁹. A titularidade do servizo sempre foi municipal. Os condicionantes xurídicos (reais) hai que confrontalos, pois, desde esta realidade (de decisión autoorganizativa de cambio da

27 Vid. a caracterización xeral deste proceso en TORNOS MAS, J., “Servicios públicos y remunicipalización”, *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, n. 76, 2016, pp. 51 e ss.

28 AMOEDO SOUTO, C.A., “La autoprovisión administrativa como alternativa a la externalización contractual de servicios”, Font i Llovet, T., e Díez Sánchez, J.J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, Iustel, Madrid, 2017, p. 130.

29 A cualificación correcta deste tipo de resolucións administrativas tamén podería afectar ao órgano competente para a súa adopción. E é que, se se entende que nos atopamos ante unha simple modificación da forma de xestión dun servizo público, a súa adopción podería facela, como decisión organizativa de alcance medio, o propio alcalde, en uso das súas facultades de dirección dos servizos (así, MERINO ESTRADA, V. “Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales”, cit.). Non obstante, e sobre todo por tratarse no fondo dunha decisión con indubidables efectos externos (para interesados, terceiros, empregados públicos da previa concesionaria, etc.), parecería máis axeitado interpretar funcionalmente o artigo 22.2.f) LRBRL e atribuírle esa decisión ao pleno, en canto “*aprobación das formas de xestión dos servizos e dos expedientes de municipalización*”. Ademais, o artigo 86 LRBRL, mesmo cunha técnica algo imperfecta e certamente confusa (na mestura de categorías legais) confirma que lle corresponde ao pleno da respectiva corporación a aprobación do expediente que determine a forma concreta de xestión do servizo (asistematicidade derivada do feito da súa inserción a continuación do precepto que permite a iniciativa pública local para o exercicio de actividades con contido económico, en concorrencia ou non con particulares).

modalidade de xestión), e non desde outras paralelas ou adxacentes. Outra cousa é que os efectos da decisión sexan, segundo a situación, máis ou menos importantes (obviamente non será o mesmo recuperar, poderíamos dicir *de oficio* a xestión do servizo unha vez vencido o prazo da concesión, ou, antes do seu vencemento, por rescate, con incumprimento ou non de obrigas, esenciais ou non, do contratista). Pero, malia iso, as posicións parecen encontradas, sobre todo polo feito de que, malia esta natureza de “decisión organizativa”, a reasunción dun servizo provoca inevitablemente efectos sobre “terceiros”, indeterminados (a cidadanía, en xeral, como receptora dos servizos) ou moi determinados (os empregados da empresa concesionaria, fundamentalmente).

Fronte á “demonización” do mercado (como contrapartida no fondo da ruptura do mito da maior eficiencia da xestión privada sobre a pública), a análise fáctica e xurídica debe facerse, nun ámbito relativamente discrecional como é o organizativo, desde a conveniencia, oportunidade e adecuación (globais) das decisións de xestión, optando non por unha das (supostamente “indiferentes” variables), senón pola fórmula máis eficiente, lóxica e congruente posible coa satisfacción dos intereses xerais implicados. As decisións organizativas non son alleas, así, e como se sinalaba, ao deber estrito de motivación, e, polo tanto, ao control ulterior xurisdiccional de suficiencia, e á necesidade de respectar, tamén aquí, as exixencias, cada vez maiores, do principio de boa administración (e organización).

Non estamos, pois, ante controversias de legalidade (sempre e cando o procedemento de recuperación da xestión se realice conforme a lei), senón máis ben de oportunidade ou conveniencia, fundamentadas, no fondo, na potestade discrecional da Administración para optar pola fórmula máis axeitada para a execución dos seus servizos.

Achacouse así á xestión indirecta, mesmo con diferenzas por sectores, menores niveis de calidade na prestación, a causa dos maiores custos derivados do procedemento de licitación e das tarefas posteriores de supervisión, control e resolución de controversias, así como, obviamente, a anteposición dos intereses privados (mercantís) dos contratistas á hora de executar o contrato (onde xa sen competencia se detectaron, xeneralizadamente, numerosas disfuncións e fraudes), e con repercusión, de novo (véxase o caso, por exemplo, dos modificados ilegais con incremento sobrevido do prezo do contrato) sobre as taxas de calidade, rendemento e accesibilidade universal por parte dos usuarios (e, en certos servizos, auténticos interesados na súa prestación).

Desde a perspectiva contraria, a creación de entes instrumentais –de dereito público ou de dereito privado– para a súa xestión directa especializada, podería contribuír, en verdade, a un maior control/intervención da prestación, favorecéndose a seguridade e a estabilidade do servizo, aínda que podería desincentivar, pola súa falta de adaptabilidade e innovación, a eficiencia global da actividade.

Á luz da normativa sobre concesións actualmente vixente, cabería apuntar, finalmente, e a xeito de síntese, que a colaboración público-privada, vía contrato de concesión de servizos, contribuíría aos seguintes obxectivos xerais: i) mellora da estabilidade orzamentaria xeral do concello, xa que, á parte obviamente do financiamento alleo, directo ou indirecto, do contratista –ou os usuarios do servizo–, determinados gastos quedarían fóra da marxe de consolidación; ii) traslado do risco significativo da explotación do servizo ao contratista-colaborador, outorgando maior marxe de manobrabilidade, mesmo sen negar o principio xeral de risco e ventura, e a necesidade de garantir o equilibrio económico da ecuación financeira

do contrato, á Administración encomendante (o que, á súa vez, podería mitigar, en parte, os maiores custos de transacción desta opción); iii) utilización dos novos criterios cualitativos de adxudicación centrados na relación calidade/prezo, na procura dunha maior eficiencia global e adaptabilidade conxuntural aos cambios e necesidades sobrevidas da xestión; iv) fomento dunha mellor distribución dos fondos orzamentarios; e v) fortalecemento, vía incremento das obrigas de transparencia e publicidade, da seguridade xurídica, o control e a visibilización, con efectos de rendición de contas, da xestión indirecta dos servizos públicos.

Ao meu xuízo, realmente, máis que un problema de titularidade (en man e xestión públicas; en man pública e xestión privada; ou en man e xestión privadas), trataríase dun problema de *adecuación e eficiencia na ordenación e desenvolvemento do servizo*. A xestión pública debe ser “responsable”³⁰, con independencia de que os servizos se executen directa ou indirectamente. Un servizo público non vai ser, *per se*, máis eficiente cambiando de “mans”. Deben selo, e manterse as *ratios* exixibles de calidade, seguridade, accesibilidade e neutralidade (exixidas pola norma de cobertura) en calquera caso. Os grandes principios informadores da actividade prestacional (directa ou indirecta) das administracións públicas, desde a propia converxencia de réximes exixida pola Unión Europea –que non predetermina a forma de xestión–, son no fondo estes (non cabe esquecer, así, que a nivel comunitario os servizos de interese xeral poden ser prestados por poderes públicos pero tamén, como servizos regulados, por particulares, que poden ter, loxicamente, interese económico na dita xestión). Polo tanto, se un concello non se mostrou “eficaz” no control da execución dun contrato de xestión de servizos, por que presupor que si o vai facer asumíndoa directamente? Se os principios de transparencia, igualdade de trato, publicidade e libre competencia son exixibles hoxe en día, rigorosamente, en todas as fases do contrato, incluída a de execución e extinción deste, por que presupor que a xestión indirecta profesionalizada vai provocar peores resultados, en termos tanto cualitativos como cuantitativos de prestación, que se o servizo é xestionado directamente pola entidade local? Pero tamén á inversa, por que a xestión empresarial, sen máis, vai ser máis eficaz que a xestión administrativa? Non podería ser polo menos igual de operativa unha xestión a través dun ente público xurídico-privado que mediante a actuación empresarial de operadores económicos privados?

Como vemos, trátase dunha dialéctica, complexa e políedrica de seu, pero tamén perlada de prexuízos e presuncións³¹. E, por iso, a súa resolución, loxicamente caso por caso, non pode reducirse, mesmo desde a súa presuposta e rigorosa fundamentación, xurídica e técnica, a un acordo do pleno correspondente: a decisión sobre a recuperación ou non da xestión dun servizo (sobre todo nos casos de rescate anticipado sen incumprimentos constatados do contratista, e desde os actuais e rigorosos condicionamentos de tal facultade administrativa) debería articularse sobre a motivación suficiente e adecuada de dúas ordes de factores –ou tensións–, e, por iso, eixes de ponderación (relativa): a dicotomía entre o xogo do mercado e

30 Por exemplo, PALOMAR OLMEDA, A., “La externalización y sus causas. La organización administrativa, ¿el pretexto o la causa?: Un análisis sobre las formas de actuación administrativa”, Ortega Álvarez, L. (dir.), *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, INAP, Madrid, 2011, p. 144.

31 A bibliografía sobre o tema é xa abundante. Pode verse, por exemplo, a recente obra de ALEMANY GARCÍAS, J., e GIFREU i FONT, J., *La recuperación de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2018, así como os estudos máis concretos de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “La remunicipalización de servizos”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 9, 2017, pp. 1195-1212; GRAU ARNAU, S., “Remunicipalización de servizos locais e competencia”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017, pp. 124-159; ESTEVE PARDO, J., “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servizos”, *Revista de Administración Pública*, n. 202, 2017, pp. 305-336; GIMENO FELLÍ, J.M.ª, “Remunicipalización de servizos locais y Derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 58-59, 2016, pp. 50-71; etc.

a priorización da eficiencia económica da xestión derivadas da libre concorrencia empresarial e a competencia fronte á (presumible) maior seguridade/estabilidade e control/intervención implícitos nas fórmulas (municipais) de xestión directa; e, doutro lado, o equilibrio entre as posibilidades de xestión “propia” e os estritos condicionantes actuais derivados, para o mundo local, dos principios de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira³².

3 A xestión conxunta como *tertium genus*

3.1 Caracterización xeral

É evidente que a xestión conxunta ou colaborativa de servizos públicos é unha submodalidade da xestión directa. Son as propias administracións públicas –ou, a nivel interno, os órganos administrativos– as que asumen a prestación –ou ordenación polo menos– do servizo, pero de forma cooperativa. A súa consideración “alternativa” deviría, entón, da propia funcionalidade de superación dos obstáculos, rixideces e insuficiencias albiscadas nas fórmulas clásicas de xestión. Por unha banda, modularíanse as críticas cara á xestión indirecta, evitándose os procesos de remunicipalización “ideoloxizada” dos últimos tempos, e ofreceríase unha alternativa “pública” aos problemas inherentes –aínda que loxicamente non irresolubles– á externalización de funcións e tarefas. E, por outra, ofreceríanse alternativas innovadoras ás insuficiencias e incapacidades da actuación local illada ou acantoadada.

Non é obviamente nada novo. Os principios de cooperación e colaboración son necesarios e inherentes aos modelos de descentralización do poder. Pero trataríase de acompañalos con medidas concretas de articulación positiva. Os tamén coñecidos principios actuais de necesidade e proporcionalidade da actividade prestacional da Administración contribuirían á fundamentación teórica dun impulso –lexislativo, e, sobre todo, executivo– destas técnicas e instrumentos de satisfacción integrada dos intereses (comúns) xerais. Segue establecendo así o artigo 6.1 do RSCL que *“o contido dos actos de intervención será congruente cos motivos e fins que os xustifiquen”*. Esta congruencia exige e impón unha análise de conveniencia e oportunidade de intervir, a elección do instrumento máis axeitado e proporcional e, no caso dos servizos públicos en sentido estrito, optar pola fórmula de xestión máis eficiente, económica e intelixente. As técnicas de cooperación executiva non son, claro está, solucións máxicas nin universais, nin radicalmente innovadoras, pero si, aparentemente, alternativas a unha dualidade quizais superada. En certos supostos, poden asegurar mellor a prestación dos servizos (comúns ou compartidos), tanto desde o punto de vista (xenérico) da adecuación, especialización e proporcionalidade das medidas como do máis específico (pero transcendental hoxe) da eficiencia, sustentabilidade e economía global da prestación

32 Sirva un claro exemplo para tal afirmación: coa normativa básica sobre réxime xurídico do sector público na man, para a xestión do recurso recuperado non podería crearse, en principio, ningún órgano administrativo específico se supón (xenérica, pero tamén indefinidamente) duplicación doutro existente (acreditación realmente exixente desde a perspectiva comparativa co principio de liberdade doméstica organizativa das entidades públicas matrices ou primarias), tendo que demostrar ademais o dito informe de non duplicidade que non existe outro órgano na mesma Administración pública (en toda ela) que desenvolva igual función sobre o mesmo territorio e poboación. Se a decisión fose recuperar a xestión e crear unha entidade instrumental para desenvolver o servizo, as exixencias non son menores. Segundo o artigo 81.1 LRXSP, de carácter básico, calquera entidade institucional local non só debe, obviamente, axustarse aos principios de legalidade, eficiencia, estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, así como transparencia de xestión, senón ademais establecer, no caso das entidades locais territoriais e as entidades dependentes de dereito público, sistemas específicos de supervisión continua das súas propias entidades dependentes (de primeiro e segundo grao, pois), co *“fin de comprobar a subsistencia dos motivos que xustificaron a súa creación e sustentabilidade financeira, e que deberán incluír a formulación expresa de propostas de mantemento, transformación ou extinción”*.

(polo feito de compartir os gastos, evitar solucións prestacionais duplicadas, obter maiores aforros a través de prestacións en escala, etc.). Parece lóxico que, como se dixo, dentro das modalidades de xestión directa se opte, sempre, pola máis axeitada á natureza do servizo, e que, por iso, ofrezca menos tendencia ao incrementalismo, e máis eficiencia e calidade³³. E as potestades de autoorganización, e neste caso interrelación, non son senón decisións organizativas de axuste dos obxectivos a perseguir (os da prestación subxacente e os instrumentos exixidos agora polo ordenamento) a través das capacidades e recursos dispoñibles, lóxicamente maiores no caso da cooperación efectiva de esforzos. A satisfacción, en fin, das demandas e expectativas dos cidadáns impón sempre a elección da fórmula máis eficaz e eficiente, prestándose os servizos con calidade e a prezos asumibles, e, en moitos casos, a máis “connatural”, que poderá ser, sen problemas, unha das modalidades, fórmulas ou expresións da acción colaborativa que se analizan a continuación.

3.2 Técnicas cooperativas para a xestión eficiente dos servizos públicos: da teoría á práctica

3.2.1 Ideas previas: fomenta de verdade a LRBRL, tras a súa reforma, a xestión conxunta de servizos públicos?

Partimos dun concepto amplo e funcional de cooperación e colaboración, aínda que centrado na xestión dos servizos públicos locais. Dentro deste, obviamente habería que incluír a cooperación pública-pública e a cooperación público-privada, que nesta materia se substanciaría na posibilidade, xa comentada, da xestión indirecta, por particulares, dos servizos públicos, xunto con outras modalidades admitidas a nivel autonómico, como por exemplo as fórmulas asociativas de carácter privado, aínda que nos centraremos especificamente, desde a perspectiva relacional pública aquí mantida, no primeiro ámbito, é dicir, o conxunto de posibilidades, orgánicas ou non, dos entes locais para a xestión relacional das actividades e prestacións de titularidade ou competencia local (como alternativa, pois, tanto á dita xestión externalizada como á xestión directa autónoma ou singular).

A cooperación intersubxectiva ou interadministrativa para a xestión conxunta de servizos públicos admitiría, entón, unha gran clasificación de partida: técnicas orgánicas de cooperación, con constitución de novas estruturas e entes de xestión e técnicas non institucionalizadas, agora promovidas lóxicamente, que non levan consigo a creación de novas personificacións, de dereito público ou privado, para levar a cabo esas funcións prestacionais³⁴.

Trataríase no fondo de constatar realmente, a través da análise das distintas técnicas legais, se as ideas teóricas aquí lanzadas acerca da viabilidade das fórmulas cooperativas teñen ou poden ter unha plasmación práctica ou operativa, á luz da regulación actual do réxime local tras a súa ampla reforma de 2013. Unha cousa son os principios e, dentro deles, a chamada á colaboración prestacional ou á xestión conxunta de servizos comúns, e outra moi distinta a regulación específica de cada fórmula, instrumento ou institución de agregación pública

33 Vid. MERINO ESTRADA, V., “Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales”, cit., p. 19.

34 Sobre a organización administrativa precisa para a prestación efectiva dos distintos servizos locais, resulta inescusable a consulta de GARCÍA RUBIO, F., *La organización administrativa de las fórmulas de gestión directa de los servicios públicos locales*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.

de esforzos, sometida, agora, en xeral, ás medidas de restrición, intervención e control económico-orzamentario propias da dita reforma.

3.2.2 Instrumentos de cooperación institucionalizada

3.2.2.a Mancomunidades

Como se sabe, calquera municipio pode asociarse con outros en mancomunidades para a prestación (conxunta) de servizos concretos da súa competencia (artigo 44.1 LRBRL). As mancomunidades, en canto entes intermunicipais froito do asociacionismo institucional, teñen, pois, personalidade xurídica propia (distinta dos municipios mancomunados) e capacidade xurídica conseguinte para o cumprimento dos seus fins específicos³⁵. Son personificacións xurídico-públicas, auténticos entes locais (artigo 3.2.c) LRBRL), para a xestión compartida ou integrada de servizos públicos (non necesariamente comúns, segundo a lei).

Aínda que é evidente a súa capacidade e funcionalidade para a “execución” –sinala a lei– de “servizos” (sen adxectivar), trátase, na actualidade, non só dunha figura discutida –que mesmo no proxecto da LRSAL se ía suprimir en favor das deputacións provinciais–, senón sometida a unha dobre orde de restricións, en canto a dita capacidade prestacional directa³⁶.

Dun lado, a limitación actual do seu ámbito obxectivo de posible actuación reducido agora, nunha redacción concisa e en certa forma indeterminada, á “execución común” unicamente de “obras e servizos determinados”. E, doutro, a vinculación desta capacidade funcional/prestacional coas actividades da “competencia” dos entes asociados. É verdade que o precepto non fala de competencias propias, en sentido estrito, pero así parece entenderse, do que resulta que só cabería como modalidade de prestación colaborativa de servizos comúns nos casos das materias enunciadas no artigo 25.2 LRBRL e os servizos obrigatorios do artigo 26 LRBRL.

Mesmo desde o principio de especialidade funcional, trátase de organizacións supramunicipais ou intermunicipais baseadas na cooperación, xestión conxunta ou compartida e corresponsabilización para a execución en común de obras e servizos da competencia das entidades integradas. Fronte á unión de esforzos e a propia agregación executiva de intereses comúns, trátase de instrumentos de nova personificación e, en ocasións, duplicación –ou polo menos incremento– de estruturas, o cal viría chocar cos grandes obxectivos de racionalización estrutural e “adelgazamento” da LRSAL. De aí que se entendese, como dicimos, que a creación de novas mancomunidades só podería fundamentarse, a partir da reforma, nalgunha competencia propia das entidades locais ou, loxicamente, a prestación dalgún dos servizos obrigatorios destas.

35 Sobre estas, recentemente, ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., “La tipología de las entidades locales y las fórmulas institucionales de intermunicipalidad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. extra 107, 2, 2017, pp. 173-212; BARRERO RODRÍGUEZ, M.C., “Las mancomunidades en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: el mantenimiento final de la situación anterior”, Baño León, J.M.ª (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 2091-2113; HERNANDO RYDINGS, M., “Las mancomunidades y los consorcios”, Almeida Cerredá, M., Tubertini, C., e Gonçalves, P. (dirs.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2015, pp. 139-174; etc.

36 A súa permanencia obedece, loxicamente, á propia incapacidade do lexislador básico de réxime local para a súa directa supresión, sen contar coa colaboración normativa autonómica, máxima neste plano organizativo, así como á inherencia das potestades de asociación en relación coa propia garantía constitucional da autonomía local e o seu núcleo básico indispoñible (como puxo de manifesto de feito o propio Consello de Estado).

Ademais, a lei ordena a adecuación dos estatutos das mancomunidades xa existentes ao preceptuado nela, nun prazo (realmente breve) de seis meses, so pena de incorrer en causa de disolución (D. T. 11.ª LRBRL), mandato imperativo de reorientación ou acomodación fundamentalmente competencial, pois a LRBRL móstrase, por falta de competencia, máis concisa en relación coa dimensión orgánica e procedemental destas, enormemente ambicioso – radical–, pero seguramente de difícil realización.

3.2.2.b Bisbarras ou entidades equivalentes

As bisbarras ou entidades equivalentes –de recoñecemento e regulación autonómicas– tamén seguen tendo a consideración de entes locais (artigo 3.2.a) LRBRL). Obedecen á existencia de intereses comúns entre os municipios agrupados, e poden consistir, igualmente, na prestación de servizos vinculados ou derivados daqueles. Neste caso podería pensarse nunha maior capacidade competencial de actuación, posto que a LRBRL reenvía para a concreción do ámbito obxectivo de actuación destas entidades á lexislación autonómica correspondente (como manifestación da súa maior interiorización rexional), aínda que en calquera caso *“a creación de bisbarras non poderá supor a perda polos municipios da competencia para prestar os servizos enumerados no artigo 26, nin privar a estes de toda intervención en cada unha das materias enumeradas no apartado segundo do artigo 25”* (artigo 42.4 LRBRL), regulación en negativo e de garantía de intervención que podería conducir a considerar ambos os dous preceptos non como límites, como antes, senón como mínimos de actuación. En calquera caso, e segundo a D. A. 6.ª LRSAL, esta debe respectar a organización comarcal nas comunidades autónomas cuxos estatutos de autonomía teñan atribuída expresamente a xestión de servizos supramunicipais³⁷.

3.2.2.c Áreas metropolitanas

Recóllense igualmente no artigo 3.2.b), como entes locais “típicos”, e o artigo 43 LRBRL remite para a súa creación, modificación e supresión á lei autonómica. E trátase, como se sabe, de entidades integradas polos municipios de grandes aglomeracións urbanas entre os núcleos de poboación das cales existan vinculacións económicas e sociais que fagan necesaria a planificación conxunta e, no que interesa agora, a *“coordinación de determinados servizos e obras”*. Máis que novas entidades de xestión colaborativa, atopariámonos, en sentido estrito, con personificacións de coordinación superior ou directiva, en función dos intereses converxentes, para unha mellor e posterior execución prestacional por parte dos municipios integrados. O seu ámbito obxectivo podería abranguer, pois, servizos locais, pero en principio non desde a perspectiva dunha xestión directa conxunta e supramunicipal. En todo caso, os servizos e obras de prestación (aquí si se menciona directamente) ou realización (en formulación máis ambigua) metropolitana e o procedemento para a súa execución (administrativa ou prestacional directa?) deben ser concretados pola lexislación autonómica correspondente (artigo 43.3 LRBRL).

³⁷ Ao respecto, por exemplo, GARCÍA RUBIO, F., “La articulación de un nivel local supramunicipal y la Administración periférica de las Comunidades Autónomas. El conflicto provincias-comarcas y el caso de las Comunidades Autónomas uniprovinciales”, *Documentación Administrativa*, n. 3, 2016.

3.2.2.d Consorcios

Os consorcios, como figuras asociativas de xestión conxunta, regúlanse agora, con carácter básico, na LRXSP, desde unha sistemática certamente discutible (a LRBRL convértese entón en meramente supletoria, ex artigo 119.3 LRXSP)³⁸. Intercálanse, así, entre o réxime non básico dos dous grandes tipos de entes de natureza xurídico-privada do sector público estatal, empresas e fundacións públicas (artigo 118 e ss.) cando non é que non sexan entes deste tipo, senón que difícil e restritivamente cabe considerarlos como entidades de natureza institucional ou dependente. Son, como di ese artigo 118, “*entidades de dereito público, con personalidade xurídica propia e diferenciada*”, pero, máis que definidas pola dependencia, control ou adscrición, “*son creadas*” por varias administracións públicas ou entidades integrantes do sector público institucional, entre si ou con participación de entidades privadas (sendo este o dato realmente distintivo), aínda que neste segundo caso estas non poderán ter en ningún caso ánimo de lucro, para o desenvolvemento de actividades de interese común a todas elas, obviamente dentro do ámbito competencial respectivo (o que, aplicable aos entes locais, leva consigo a interpretación material restritiva antes comentada), entre as que cabe incluír, sen problemas, a xestión ou prestación conxunta ou cooperativa de servizos públicos locais. A base non é tanto a dependencia, especialización funcional ou instrumentalidade como a colaboración ou asociación orgánica para o cumprimento, vía creación dunha nova entidade, de intereses ou fins comúns.

É verdade, por unha banda, que as súas funcións aparecen agora configuradas de xeito moi amplo, pois non só poden desenvolver, como así foi ata o momento, actividades de fomento, prestación ou xestión común de servizos públicos, senón “*cantas outras estean previstas nas leis*”, pero tamén, por outra, e compensando esta relativa factibilidade, en liña coa propia –e indisimulada– filosofía de control e intervención, contención do gasto público e fiscalización das actividades (e de aí a súa forzada consideración como “entes institucionais” e o seu detallado réxime de adscrición), que a súa propia opción aparece agora na LRBRL sumamente restrinxida: como sucede cos convenios, a constitución dun consorcio local debe mellorar a eficiencia da xestión pública, eliminar duplicidades administrativas e cumprir coa normativa de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira, pero é que ademais só poderá utilizarse esta opción cando a cooperación non se poida formalizar –sen constitución, pois, de novas estruturas– a través dun convenio interadministrativo, e sempre que, en termos de eficiencia económica, aquela permita unha asignación máis eficiente dos recursos económicos e non se poña en risco a sustentabilidade financeira do conxunto da facenda da entidade local –ou entidades– de que se trate e do propio consorcio, que non poderá demandar máis recursos dos inicialmente previstos (artigo 57, 2 e 3 LRBRL).

Mesmo con estas restricións, chama a atención a ampliación do ámbito potencial de actuación destas figuras asociativas en virtude do novo artigo 118.2 LRXSP e, por iso, a súa máis que factible extensión para a xestión compartida ou colaborativa de servizos públicos comúns ou de interese común. Pode considerarse negativo o feito de que supoñen a constitución de novas estruturas administrativas de xestión pública, pero, desde unha óptica positiva, poderá ser factible demostrar, vía agregación de recursos e cooperación executiva, a maior eficiencia sobre a xestión illada ou singular, así como a eliminación de duplicidades (a lei non

38 Por todos, TOSCANO GIL, F., “Los consorcios administrativos”, Gamero Casado, E. (dir.), Fernández Ramos, S., e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico básico del sector público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2641 e ss.

exixe a diminución de “estruturas” en realidade), xa que a adhesión ao consorcio comporta a cesión do exercicio de competencias dos entes consorciados no ámbito subxectivo deste (e, con iso, a unificación de mecanismos de xestión e procedementos) e a efectiva suxeición ás exixencias de control económico-orzamentario, vía adscrición ou dependencia funcional (e fiscalización ordinaria) a unha Administración pública territorial. Subsistirá non obstante a subsidiariedade fronte á opción conxunta e os estritos condicionamentos adicionais de eficiencia e sustentabilidade económicas.

3.2.2.e Constitución de órganos ou entidades supramunicipais de coordinación

É posible tamén a constitución –e, menos intenso, o aproveitamento– de órganos ou entidades supralocais de coordinación, entre cuxos obxectivos se atope a composición e maior coherencia das actuacións prestacionais de determinadas entidades locais –ou simplemente unidades administrativas dentro delas– na xestión dos servizos públicos, cando se trate da mesma ou similar materia, e co obxectivo último de obter resultados comúns, converxentes ou máis eficaces no fondo. Supoñen, en principio, un incremento ou duplicación de estruturas (e, con iso, posiblemente custos orgánicos e de persoal), pero pretenden asegurar (aínda que non desde unha perspectiva puramente colaborativa) unha maior congruencia e efectividade na actuación (propia) das entidades locais coordinadas, vía fixación de obxectivos comúns, consolidación material e exercicio de potestades directivas.

Á parte lóxicamente da constitución *ad hoc* de órganos supralocais de coordinación das competencias municipais de xestión (de regulación e competencia autonómicas, se é o caso), cabería incluír aquí, obviamente, e sobre todo, a propia consideración asistencial e de coordinación supraterritorial das deputacións provinciais, cuxa primeira competencia básica consiste precisamente na “*coordinación dos servizos municipais entre si para a garantía da prestación integral e axeitada*” destes (artigos 31.2.a) e 36.1.a) LRBRL).

3.2.2.f Organizacións de cooperación

Do mesmo xeito, e dentro do marco sumamente flexible dos sistemas de prestación de servizos supramunicipais, é posible a creación, mediante acordo (non contractual) de órganos *ad hoc* para a xestión conxunta, integrada ou colaborativa dos servizos públicos locais correspondentes. É verdade que, como di o artigo 58.1 LRBRL, a través de lei, estatal ou autonómica (segundo as competencias materiais), poden crearse, para a coordinación administrativa, órganos de colaboración das administracións correspondentes coas entidades locais, aínda que con funcións en principio meramente deliberativas ou consultivas. Non obstante, o artigo 144.1 LRXSP parece dar un paso máis en relación coa funcionalidade prestacional das técnicas de cooperación interadministrativa, permitindo por exemplo que a participación nos ditos órganos de cooperación se traduza no acordo de medidas concretas nas materias sobre as que teñan competencias diferentes entes públicos. Non obstante, trátase máis ben de técnicas voluntarias de homoxeneización ou colaboración para asegurar que o exercicio das competencias respectivas se traduza, en termos de maior eficiencia, nunha acción común.

3.2.2.g Instrumentos orgánicos sen personalidade xurídico-pública

Cabe facer referencia finalmente á posibilidade de utilizar entidades de xestión de natureza xurídico-privada (basicamente sociedades mercantís públicas) para a xestión descentralizada

Regap



ESTUDIOS

(e en certa forma tamén cooperativa) de determinados servizos públicos de carácter fundamentalmente económico³⁹. Haberá que ter en conta neste caso os condicionantes xa comentados do artigo 85.2 LRBRL.

3.2.3 Instrumentos de cooperación non orgánica ou funcional

3.2.3.a Fórmulas convencionais: convenios, redes de cooperación e outras modalidades de colaboración non institucional

Fronte ás fórmulas anteriores consistentes na creación *ex novo* ou a utilización, aproveitamento ou recuperación de entes con personalidade xurídica propia para a xestión directa colaborativa dos servizos públicos competencia dos entes locais vinculados, neste segundo gran grupo inclúense as técnicas de colaboración non institucionalizada, como modalidade da denominada “autoprovisión administrativa”⁴⁰, consistentes na mera actuación cooperativa e non formalizada das entidades implicadas.

Destacan aquí, loxicamente, pola súa amplitude material, versatilidade (agora máis matizada) e flexibilidade funcional, as fórmulas convencionais, cos convenios de colaboración (agora non adxectivados porén) á cabeza.

Son convenios, segundo o artigo 47 LRXSP, de carácter básico, os acordos xurídicos (e polo tanto vinculantes) adoptados polas administracións públicas e os organismos públicos e entidades de dereito público vinculados ou dependentes –incluído o ámbito local de goberno pois– entre si ou con suxeitos de dereito privado (entidades do sector público de natureza xurídico-privada ou suxeitos particulares) para un fin común (non necesariamente, e de forma expresa, de “interese xeral”)⁴¹. Os convenios de colaboración achegan, polo tanto, igualdade entre as partes, conxunción de esforzos para a realización conxunta de intereses ou fins públicos, adaptabilidade e singularidade en función dos obxectivos a perseguir, posible atracción da colaboración privada e, sobre todo, aforro de custos desde a innecesariedade de constituír novos entes de xestión. Sen posibilidade igualmente, como nos instrumentos anteriores, de poder afectar á titularidade das competencias, en canto expresión no fondo da “*potestade organizativa externa*”⁴², é evidente que, mesmo con formulación indirecta na lei, o seu obxecto pode ser a xestión conxunta de medios e servizos públicos (artigo 48.3

39 Convén lembrar que, en sentido estrito, e desde a clara distinción entre titularidade –dos servizos– e competencia –sobre os servizos–, os servizos públicos locais son case todos os servizos mencionados no artigo 26 LRBRL e mais todas as actividades e servizos reservados do artigo 86.2, parágrafo primeiro, da LRBRL, DEL GUAYO CASTIELLA, I., “Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la reforma de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 5, 2014.

40 Vid. AMOEDO SUOTO, C.A., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018, pp. 81 e ss.

41 Máis detallada e especificamente definíronse os “convenios intermunicipais”, en canto especie dos convenios interadministrativos de colaboración, como “*aqueles negocios xurídicos bilaterais ou plurilaterais que establecen entre si, en posición de igualdade, os municipios, en canto tales, sobre a disciplina do exercicio conxunto das súas competencias ou sobre os medios necesarios para o seu exercicio, co fin de cooperar na planificación ou execución das actuacións que pretenden desenvolver para perseguir un obxectivo común de interese público, de xeito que as ditas actuacións alcancen a maior eficacia e eficiencia posible na consecución de tal fin*”, ALMEIDA CERREDA, M., “La cooperación entre Municipios: una posible alternativa a la reordenación de la planta local en España”, cit., p. 612.

42 A través do convenio búscase, no fondo, a colaboración doutra ou outras entidades públicas para o exercicio de competencias compartidas, concorrentes, indistintas ou paralelas, ou, polo menos, un medio para a satisfacción de intereses mutuos, aínda que a competencia lle corresponda en exclusiva a unha das administracións intervinientes, *vid.*, entre outros, LLISSET BORRELL, F., “Los convenios interadministrativos de los entes locales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 67, 1990, e PAREJO ALFONSO, L., “La potestad de autoorganización de la Administración local”, *Documentación Administrativa*, n. 228, 1991.

LRXSP). Si di expresamente o artigo 57.1 LRBRL que a cooperación (económica, técnica e administrativa) poderá ter por obxecto tanto os “servizos locais” como, máis indefinidamente, “asuntos de interese común”. Os límites á súa utilización veñen establecidos agora polas reservas e condicionamentos legais, así como polos receos, certamente xustificadas, ao encubrimento a través destes de auténticos negocios contractuais. Por iso, os convenios non poden ter por obxecto prestacións propias dos contratos (aínda que cabería a dúbida sobre a interpretación desta prohibición, articulada só en función do dito estrito criterio exclusivo ou, máis matizadamente, en función combinada de criterios obxectivos e funcionais)⁴³, a súa subscripción debe mellorar a eficiencia da xestión pública e contribuír á realización de actividades de utilidade pública, á parte da necesidade, recorrente, de axustamento estrito á lexislación de estabilidade orzamentaria e sustentabilidade financeira⁴⁴. Cando se trate ademais de convenios económicos (con compromisos financeiros), haberá que garantir a súa sustentabilidade, e os que os subscriban deberán ter capacidade para financiar os asumidos durante a vixencia do convenio (artigo 48.5 LRXSP).

Desde este punto de vista trataríase, pois, de colaborar ou pór en común competencias propias e comprometerse, en función dun fin común, á realización dos compromisos xurídicos correspondentes, co fin de mellorar a prestación dos servizos, tanto en termos de calidade e/ou eficiencia, mediante a súa optimización/racionalización prestacional e económico-financiera, simplificación ou unificación de mecanismos de prestación ou aforro de custos a través da coparticipación pública.

Xunto a este mecanismo, clásico e versátil, pero tamén discutido –en sede legal, fundamentalmente pola falta de control do gasto público asociado–⁴⁵, existen na actualidade, con maior ou menor formalización, e como expresión, díxose, da “*nova gobernanza*” neste ámbito⁴⁶, diferentes tipos de redes de cooperación entre municipios (ou outro tipo de entidades de ámbito superior e inferior, e mesmo entidades privadas), tanto a nivel interno como, sobre todo, supraestatal, cuxo obxectivo é a colaboración informal na consecución de obxectivos comúns a través da agregación sinérxica de esforzos⁴⁷. Recoñécese, en aberto ademais, algunha normativa autonómica como auténticos instrumentos de cooperación territorial⁴⁸.

43 Resulta de actual e inescusable referencia neste punto o estudo de SANTIAGO IGLESIAS, D., “Cooperación horizontal: los convenios inter-administrativos”, Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 617 e ss.

44 O artigo 57.2 LRBRL, de necesaria interpretación conxunta coas exixencias básicas, ben que posteriores, da LRXSP, engade ademais a necesidade de que a través do convenio se eliminen duplicidades administrativas, o que haberá que entender nun sentido preferentemente funcional ou de xestión, dado que os convenios non poden supor en ningún caso transacción ou modificación da titularidade das competencias (que, vía ineficiencia normativa, poden estar solapadas, duplicadas ou inadecuadamente perfiladas) e tampouco consecuencias orgánicas ou estruturais. Habería que entender pois por “*duplicidade funcional administrativa*” a execución simultánea –ou coetánea, quizais– dunha mesma actividade, servizos ou prestación realizada por dúas ou máis administracións públicas sobre o mesmo espazo territorial e as mesmas persoas, *vid.* URRUTIA LIBARONA, I., “Duplicidades, concurrencias e ineficiencias en el entramado institucional vasco”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. especial 99-100, 2014, p. 2952.

45 *Id.*, así, o Ditame do Tribunal de Contas núm. 878, do 30 de novembro de 2010.

46 FERIA TORIBIO, J.M.ª, “Redes de cooperación local como expresiones de nueva gobernanza”, FERIA Toribio, J.M.ª (coord.), *Mancomunidades, Consorcios, áreas metropolitanas y redes de municipios*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2013, p. 13.

47 Pode verse ao respecto, entre outros estudos, BOUZA GARCÍA, L., “A participación autonómica e local en redes de cooperación europea”, *Revista de Estudos da Administración Local e Autonómica*, n. 315-316, 2011.

48 Por exemplo, artigo 2.3.b) da Lei 5/2010, do 11 de xuño, de autonomía local de Andalucía, ou artigo 99 da Lei 2/2016, do 7 de abril, de institucións locais de Euskadi

E, xunto a iso, a dita normativa autonómica abre a porta á formalización doutros instrumentos e fórmulas de colaboración interadministrativa de natureza non orgánica (“acordos de cooperación”), dentro da habilitación xeral de asociación inter ou supramunicipal recollida aínda na D. A. 5.^a LRBL⁴⁹.

3.2.3.b Encomendas de xestión e uso de medios propios

A outra posibilidade de autoprovisión entre entidades do sector público, como fórmula de colaboración interna vertical, sería o uso de medios propios ou a encomenda de actuacións a entidades dependentes no ámbito local. É verdade que non hai aquí, estritamente falando, igualdade entre as partes, voluntariedade e cooperación institucional, senón máis ben un mandato autoorganizativo de realización de determinadas actuacións, entre as que se pode atopar a propia xestión concesional de servizos. Non obstante, desde o momento en que se produce unha acción colaborativa entre a entidade matriz encomendante e a entidade vinculada encargada da xestión, podemos entender a fórmula como unha posibilidade máis de acción conxunta no ámbito local para lograr unha prestación máis eficiente, a través neste caso do propio aforro na externalización ou a creación de novas estruturas paralelas ou adicionais de xestión, dos servizos públicos locais afectados.

Como se sabe, o réxime xurídico de ambos os dous mecanismos atópase agora mellor deslindado que na normativa previa, e situado, no caso dos encargos dos poderes adjudicadores a medios propios personificados, xa que o seu obxecto será “tipicamente” contractual, no artigo 32 LCSP, que establece os requisitos para a súa exclusión das exixencias propias dos procedementos de licitación, e, no caso das encomendas administrativas de xestión, no artigo 11 LRXSP, xa que o seu obxecto non pode consistir nalgunha das prestacións propias dos contratos.

Seguindo as exixencias comunitarias neste punto, ambas as dúas normas móstranse hoxe enormemente restritivas en canto á súa utilización por parte das administracións públicas (así, artigo 86 LRXSP), como resposta seguramente ao seu anterior uso inadecuado ou fraudulento, con ocultación de auténticas prestacións contractuais ou laminación das exixencias básicas de concorrencia e publicidade deste ámbito, pero debería seguir sendo unha solución válida, óptima e en principio eficiente, cumpridas as exixencias legais, para a realización, aproveitando os propios recursos, de determinadas actividades de xestión ou prestación de servizos públicos.

3.2.3.c Xestión compartida de servizos comúns

O artigo 95 LRXSP refírese a esta modalidade de colaboración executiva en relación só coa Administración xeral do Estado e, especificamente, desde a óptica de racionalización e optimización dos recursos das entidades instrumentais dependentes daquela. Desde esta perspectiva, esta opción preséntase, non obstante, como obrigatoria, posto que a norma

49 É verdade non obstante que, en principio, e a pesar de tratarse de fórmulas válidas de comunicación, interacción e cooperación intermunicipal, as agrupacións ou asociacións de entes locais non teñen por finalidade directa a prestación dun determinado servizo público ou a execución en común de obras e servizos, como finalidades clásicas das fórmulas convencionais de cooperación local, senón máis ben a promoción e defensa dos intereses comúns e específicos dos seus membros, concretándose a súa actividade fundamentalmente na mediación, negociación e participación en órganos consultivos ou deliberantes superiores, tanto estatais como autonómicos, *vid.*, ao respecto, VILALTA REIXACH, M., “Novas formas de cooperación territorial: as organizacións asociativas de entes locais”, *Revista de Estudos da Administración Local e Autonómica*, n. 300-301, 2006, pp. 299-330.

de creación dos organismos públicos –e tamén no caso da xa existente– debe incluír necesariamente a xestión compartida dalgúns ou todos os servizos comúns, salvo que a decisión contraria se xustifique, en termos de eficiencia, en razóns de seguridade nacional ou cando a organización e xestión compartida afecte a servizos que deben prestarse de forma autónoma en atención á independencia do organismo. Non se trata, neste ámbito, de auténticos servizos públicos con incidencia ou efectos externos (aínda que si de servizos con relativa importancia, como os de contabilidade e xestión financeira ou contratación pública), pero é evidente a finalidade de aforro, simplificación de estruturas duplicadas, evitación de actuacións e servizos concorrentes e agrupación formal e procedemental de actuacións para aproveitar os recursos comúns. Cabería pensar, sen dificultade, que a non extensión destas previsións ao ámbito local se debe máis ben á insuficiencia competencial do lexislador básico neste punto (de clara natureza orgánica e de desenvolvemento normativo) que a un hipotético criterio diferente de estimación, sobre todo porque nos atopamos en realidade ante un dos propios principios, si de carácter básico, de información xenérica das relacións interadministrativas. Como di o artigo 140.1.f) LRXSP, todas as administracións públicas deben actuar con “eficiencia na xestión dos recursos públicos”, e relacionarse, con outras administracións ou entidades e organismos vinculados ou dependentes, a través do “uso compartido de recursos comúns”, salvo, engádese, “*que non resulte posible ou se xustifique en termos do seu mellor aproveitamento*”. O uso compartido de recursos comúns é, pois, principio e regra xeral de actuación de calquera Administración pública local, debéndose xustificar a actuación contraria, é dicir, illada ou individual, na súa propia e intrínseca imposibilidade (haberá que entender, material ou lóxica) ou, máis indefinidamente, en función do mellor aproveitamento dos ditos recursos.

3.2.3.d Mecanismos de coordinación ou colaboración supralocais

Tamén pode falarse de mecanismos de interrelación, neste caso de natureza vertical, nos supostos, presentes no ámbito local, de exercicio de potestades de coordinación ou dirección por parte de administracións públicas de ámbito territorial superior ao municipio. Perséguese con iso, á luz da filosofía subxacente á última reforma local, non tanto a colaboración institucional (aínda que quizais si a garantía prestacional ao cidadán) en materia de servizos públicos como o control ou a fiscalización superior tanto dos estándares, obvios, de legalidade e eficacia, como os máis recentes de eficiencia e sustentabilidade orzamentarias no seu exercicio⁵⁰. O exemplo máis destacable é agora, como se sabe, a posibilidade, certamente condicionada, de coordinación de determinados servizos públicos obrigatorios dos municipios con poboación inferior a 20.000 habitantes por parte das deputacións provinciais (artigo 26.2 LRBRL)⁵¹.

50 Como di en concreto o artigo 10.2 LRBRL, “*procederá a coordinación das competencias das entidades locais entre si, e, especialmente, coas das restantes administracións públicas cando as actividades ou os servizos locais transcendan o interese propio das correspondentes entidades, incidan ou condicionen relevantemente os das ditas administracións ou sexan concorrentes ou complementarios dos destas*”, confirmándose en todo caso esas funcións de coordinación compatibles coa autonomía das entidades locais (artigo 10.4 LRBRL).

51 Pero a LRBRL recoñece tamén funcións de coordinación superior e de supervisión (ás deputacións provinciais e, se é o caso, conxunta ou illadamente, á comunidade autónoma correspondente) nos casos de integración de servizos públicos como consecuencia dun proceso de fusión de municipios (artigo 13.5), do exercicio de competencias delegadas (artigo 27.2), da aplicación de medidas supramunicipais a incluír nos plans económico-financeiros (artigo 116 bis.3), etc., á parte das propias funcións de coordinación recoñecidas xenericamente no artigo 36 da dita norma.

3.2.3.e Mecanismos de cooperación interadministrativa: intermunicipal e supramunicipal

A cooperación, entendida como a actividade relacional voluntaria de dúas ou máis administracións públicas, no ámbito e exercicio das súas respectivas competencias, de asunción de compromisos específicos a prol dunha acción común (artigo 140.1.d) LRXSP), ten tamén loxicamente manifestacións específicas funcionais no ámbito das relacións locais. Pode tratarse de accións de cooperación entre municipios, para a consecución conxunta ou sinérxica de obxectivos comúns ou compartidos de interese xeral, a través dos propios compromisos de acción individual orientada aos ditos fins ou a subscrición de acordos ou convenios específicos de cooperación, así como de actuacións de ámbito supramunicipal, con vinculación de entidades locais de diferente natureza xurídica, pero obxectivos e fins igualmente comúns, destacando as propias funcións xenéricas de cooperación e asistencia provinciais, en materia xurídica, económica e técnica, aos municipios, especialmente os de menor capacidade económica e de xestión (artigo 36.1.b) LRBRL)⁵².

3.2.3.f. Fusión de municipios

A fusión voluntaria de municipios, con redución ou supresión, pois, de estruturas orgánicas, ten por obxectivo mellorar a propia capacidade local de xestión dos asuntos e servizos públicos (artigo 13.3 LRBRL). A través dun denominado “convenio de fusión”, a cooperación transfórmase en “integración”, e na constitución conseguinte dun novo municipio. Fronte ás –posibles e factibles– vantaxes desta redución de estruturas, gastos e servizos e agregación de capacidades e recursos para a prestación máis eficiente dos servizos públicos ás poboacións fusionadas, o certo é que se trata dunha medida –en canto voluntaria– de complicada aplicación, tanto polas propias, e tamén lóxicas, reticencias identitarias e reservas –menos lóxicas– político-partidistas, como polas propias dificultades, mesmo promovidas pola lei, do procedemento de fusión e os seus resultados ulteriores⁵³.

3.2.3.g Contratación conxunta

Unha última medida, en fin, e dentro dun catálogo obviamente non pechado de fórmulas non orgánicas de cooperación e colaboración no ámbito local, para a mellor satisfacción das necesidades públicas, podería vir constituída polos mecanismos de contratación conxunta esporádica ou específica, é dicir, sen constitución de centrais ou estruturas conxuntas de contratación, permitida pola normativa comunitaria sobre contratos e tamén pola nova LCSP, desde a súa necesaria delimitación, non obstante, coas fórmulas non contractuais senón cooperativas, de interrelación pública horizontal (artigo 31 LCSP). Trataríase de instrumentos de cooperación económica, orientados á agregación da demanda para unha maior optimización e aforro nos aprovisionamentos públicos, e de auténtica racionalización das técnicas de contratación. Esta solución presenta como vantaxe adicional a innecesariedade de crear unha nova estrutura profesional, utilizando os servizos existentes do poder ou poderes adxudicadores, non sendo obrigatoria a súa utilización ordinaria senón só para os contratos que así conveñan (pola súa propia natureza singular ou illada), no instrumento formalizado de cooperación, os entes contratantes interesados, e podendo limitarse a colaboración só á

52 Como di especificamente o artigo 36.2.b), as deputacións provinciais ou entidades equivalentes deben asegurar o acceso da poboación da provincia ao conxunto dos servizos mínimos de competencia municipal e á maior eficacia e economía na prestación destes, mediante calquera fórmula de asistencia e cooperación municipal.

53 *Vid.*, por todos, DURÁN GARCÍA, F., *La fusión de municipios como estrategia*, Dykinson, Madrid, 2016.

selección do contratista correspondente, retendo os distintos entes “asociados” as facultades finais de adxudicación e formalización do contrato, así como a vixilancia da execución e o pagamento da prestación.

Falta, non obstante, no noso ordenamento positivo, malia a habilitación directa comunitaria para a súa utilización, unha regulación completa desta posibilidade, máis alá da súa factible inclusión como modalidade de compra cofinanciada no artigo 323.5 LCSP, onde simplemente se establece que *“cando o contrato resulte de interese para varias entidades ou departamentos ministeriais e a tramitación do expediente deba ser efectuada por un único órgano de contratación, as demais entidades ou departamentos interesados poderán contribuír ao seu financiamento, [...], na forma que se determine en convenios ou protocolos de actuación”* (que non son agora, curiosamente, e xa desde a LRXSP, auténticos convenios de colaboración, ex artigo 47.1).

4 Valoración final sincrética

É evidente que non hai solucións universais, nin sequera xenéricas ou indicativas, tanto pola diversidade de fórmulas e mecanismos de xestión dos servizos públicos locais como pola mesma diversidade e atomicidade inherente ao noso marco e planta municipais. Pero si que, na actualidade, tanto as posibilidades de xestión directa como os contratos para a xestión indirecta se atopan suxeitos, na normativa correspondente, a intensas e específicas limitacións e condicionamentos de elección e aplicación. A potestade de autoorganización e ordenación dos servizos locais deixou de ser, hai tempo, unha mera potestade doméstica ou interna, onde practicamente as entidades locais tiñan como único marco de referencia –e límite– as previsións legais. O dereito á boa administración inclúe hoxe o dereito –e o deber administrativo– a unhas boas (entendidas como oportunas, intelixentes e axeitadas, e non só eficientes e sustentables) decisións organizativas. A regulación das decisións locais sobre organización e xestión dos seus servizos pivota, así, sobre unha serie de requisitos que limitan a capacidade decisional pública e a someten a diversos tipos de test: de legalidade e oportunidade, de eficiencia económica e orzamentaria e de coherencia e adecuación. Porque non se trata de medidas internas. Desde o momento da afección, mesmo indirecta, ao gasto público, e, polo tanto, ao equilibrio orzamentario da entidade, e sen esquecer obviamente os propios dereitos e intereses lexítimos dos destinatarios últimos dos servizos, atopámonos ante decisións claramente condicionadas (aínda que non supoñan obviamente, como vén recordando o TC, unha laminación inasumible da garantía da autonomía local). Desde unha necesaria óptica funcional, a xestión dos servizos públicos debe levar consigo a articulación da toma de decisións organizativas desde a necesidade de garantía da mellor ordenación da capacidade e recursos propios para o logro efectivo do fin (normativo e social) perseguido⁵⁴.

Neste contexto, máis que decisións alternativas, entre as formas de xestión, quizais habería que formular proposicións sincréticas, de combinación das solucións máis eficientes e lóxicas posibles. E, fronte aos propios condicionamentos da xestión directa (no caso sobre todo da utilización

54 É verdade que, como se resumiu, a xurisprudencia se mostrou tradicionalmente laxa no control das distintas manifestacións da potestade organizatoria da Administración pública, entendéndose que se trataba dunha elección –obviamente non a máis importante a nivel local– que respondía a “criterios extraxurídicos”, e máis ben de “oportunidade e boa administración”, mesmo exixíndose, de xeito xenérico, a demostración de que a elección respondía ao interese xeral, demostración que habería que materializar *“na memoria do expediente, baseándose en análises prospectivas, con datos obxectivos que permitan adoptar a decisión máis próxima ao óptimo desexable en termos de máximo beneficio para o cidadán”*, MERINO ESTRADA, V., “Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales”, cit.

adicional, con ou sen encomendas, de personificacións instrumentais ou, se a xestión se asume como propia, dos límites de endebedamento ou desequilibrio financeiro) ou das reticencias (ideolóxico-funcionais ou directamente normativas) das vías concesionais de xestión, a xestión colaborativa, relacional ou conxunta preséntase como unha alternativa posible e aberta de utilización, sobre todo no ámbito –de máis precariedade executiva e orzamentaria– dos entes municipais.

É verdade que a LRSAL pareceu contrapor eficiencia a proximidade, e que as economías de escala e as solucións supramunicipais non poden facer desaparecer as propias necesidades locais e a adaptabilidade das solucións de xestión a estas. Por iso deben convivir, ou mesmo ceder en ocasións, ante as economías de alcance (ou proximidade e exclusividade), articulando as medidas organizativas segundo a distribución territorial da poboación, que poden facer máis custosos os servizos, pero que son inevitables se se quere atender as necesidades dos veciños⁵⁵. Pero tamén que fronte á escaseza de medios ou á ineficiencia de solucións illadas de xestión municipal, resultantes moitas veces en mecanismos duplicados ou fórmulas inoperativas, a colaboración territorial, orgánica ou non, pode ofrecer solucións innovadoras neste ámbito. Trataríase, pois, de tomar a decisión óptima, de entre as posibilidades (realmente non alternativas xa) ofrecidas pola nosa normativa, básica e complementaria autonómica, sobre réxime local, priorizando a adecuación, congruencia e eficiencia dos instrumentos a utilizar sobre os meros criterios económico-orzamentarios de condicionalización, e entendendo como “mellor solución” a solución máis axeitada, desde unha lóxica ponderación de custos e beneficios e, salvando a tradicional lagoa regulatoria no noso ordenamento xurídico (que daba flexibilidade, pero tamén inseguridade xurídica), articulando medidas efectivas de control –administrativo e xudicial– sobre a suficiencia e intelixencia da “xustificación” decisional administrativa.

En definitiva, fronte ao silencio legal da LRBRL neste punto, e o posible carácter excepcional da xestión conxunta ou cooperativa de auténticos servizos públicos –cando non de lóxica prohibición, pero cando se trate de auténticos contratos entre administracións públicas, non excluídos–, o certo é que o dereito europeo admite, sen problemas, e cumprindo as condicións establecidas (de respecto fundamentalmente da libre competencia do sector de que se trate e de trato igualitario a todos os interesados)⁵⁶, a cooperación como vía para garantir a realización dunha misión de servizo público⁵⁷, mesmo de carácter contractual. Precisaríase, pois, completando a óptica meramente negativa actual de exclusión daquelas relacións que non supoñan unha auténtica colaboración real un desenvolvemento efectivo desta terceira

55 VILLAR ROJAS, F.J., “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, cit., p. 107.

56 Así, e fundamentalmente, artigo 12.4 da nova Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública. Como di ademais expresamente o considerando 33.º, “os poderes adjudicadores deben poder optar por prestar de xeito conxunto os seus servizos públicos mediante cooperación, sen verse obrigados a adoptar unha forma xurídica particular. A dita cooperación pode abranger todo tipo de actividades relacionadas coa execución dos servizos e responsabilidades que fosen asignadas aos poderes participantes ou que estes asumisen, como as tarefas obrigatorias ou facultativas das autoridades locais ou rexionais ou os servizos conferidos a organismos específicos de dereito público. [...] Os contratos para a prestación conxunta de servizos públicos non deben estar suxeitos á aplicación das normas establecidas nesta directiva, sempre que se celebren exclusivamente entre poderes adjudicadores, que a aplicación da dita cooperación estea guiada unicamente por consideracións de interese público e que ningunha empresa de servizos privada se atope nunha situación vantaxosa fronte aos seus competidores”. Vid., con detalle, SANTIAGO IGLESIAS, D., “La aplicación de la normativa de contratación pública a las relaciones de colaboración público-público no institucionalizadas”, Guillén Caramés, J., e Hernando Rydings, M. (dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho administrativo*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2017, pp. 215 e ss.

57 Vid. VILLAR ROJAS, F.J., “Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 7, 2017, p. 6. Como di o autor, deberían concretarse normativamente os presupostos para permitir esta opción conxunta de xestión, as tarefas susceptibles desta modalidade e os límites a respectar, porque, no fondo, “a xestión conxunta de servizos públicos entre varias administracións mediante contrato é perfectamente admisible, e iso aínda que parte do seu contido inclúa prestacións propias dunha obra, servizo ou subministración, e que este prevexa transferencias financeiras entre elas para compensar os gastos en que se incorreu”.

modalidade de xestión dos servizos públicos, como alternativa prestacional e auténtica solución viable en termos de eficiencia, aforro e sustentabilidade da prestación dos servizos locais aos cidadáns. E, en fin, reflexionar, en cada ámbito e as súas necesidades, sobre o alcance actual das fórmulas obxectivas e materiais de exclusión/inclusión dentro das exixencias da contratación pública e a súa compatibilidade con modelos, máis flexibles, centrados no fin ou a causa de auténtica cooperación entre os poderes públicos e a motivación (conxunta) de satisfacción específica de servizos e actividades de interese público.

Bibliografía

- ALEMANY GARCÍAS, J., e GIFREU i FONT, J., *La recuperación de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2018,
- ALMEIDA CERREDA, M., “La cooperación entre Municipios: una posible alternativa a la reordenación de la planta local en España”, *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2012.
- AMOEDO SOUTO, C. A., “La autoprovisión administrativa como alternativa a la externalización contractual de servicios”, Font i Llovet, T., e Díez Sánchez, J.J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, Iustel, Madrid, 2017.
- AMOEDO SUOTO, C. A., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018.
- BARRERO RODRÍGUEZ, M.^ªC., “Fórmulas asociativas municipales de prestación de servicios públicos”, Escribano Collado, P. (coord.), *Jornadas de estudios sobre consorcios locales: temas de Administración local*, Ediciones Adhara, S.L., Madrid, 1995.
- BARRERO RODRÍGUEZ, M.^ªC., “Las mancomunidades en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: el mantenimiento final de la situación anterior”, Baño León, J. M.^ª (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BOUZA GARCÍA, L., “La participación autonómica y local en redes de cooperación europea”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 315-316, 2011.
- CHINCHILLA MARÍN, J. A., e DOMÍNGUEZ RUÍZ, M., “Los servicios públicos locales: reforma de la Administración local en tiempos de crisis económica”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 14, 2015.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.
- DE LA ENCARNACIÓN, A. M., “El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 5, 2016.

regap



ESTUDIOS

- DEL GUAYO CASTIELLA, I., "Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la reforma de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 5, 2014.
- DURÁN GARCÍA, F.J., "La fusión coactiva de municipios en España: principios, estrategia y resultados", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 57, 2016.
- DURÁN GARCÍA, F.J., *La fusión de municipios como estrategia*, Dykinson, Madrid, 2016.
- ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., "La tipología de las entidades locales y las fórmulas institucionales de intermunicipalidad", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. extra 107, 2, 2017.
- ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ESTEVE PARDO, J., "Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios", *Revista de Administración Pública*, n. 202, 2017.
- EZQUERRA HUERVA, A. (coord.), *Crisis económica y derecho administrativo. Una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- EZQUERRA HUERVA, A., "La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos", <http://www.obcp.es>.
- FERIA TORIBIO, J.M.^a, "Redes de cooperación local como expresiones de nueva gobernanza", FERIA TORIBIO, J.M.^a (coord.), *Mancomunidades, Consorcios, áreas metropolitanas y redes de municipios*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2013.
- FONT i LLOVET, T., e DÍEZ SÁNCHEZ, J.J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, lustel, Madrid, 2017.
- FORTES MARTÍN, A., "El nivel óptimo de prestación del servicio municipal de recogida de residuos domésticos: límites y afecciones provocados por la LRSAL", Font i Llovet, T., e Díez Sánchez, J.J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, lustel, Madrid, 2017.
- GARCÍA RUBIO, F., *La organización administrativa de las fórmulas de gestión directa de los servicios públicos locales*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.
- GARCÍA RUBIO, F., "La articulación de un nivel local supramunicipal y la Administración periférica de las Comunidades Autónomas. El conflicto provincias-comarcas y el caso de las Comunidades Autónomas uniprovinciales", *Documentación Administrativa*, n. 3, 2016.
- GARCÍA RUBIO, F., "Pros y contras jurídico-administrativos de la "reinternalización" (remunicipalización) de servicios locales", Font i Llovet, T., e Díez Sánchez, J.J. (coords.), *Los*

servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, lustel, Madrid, 2017.

GIMENO FELIÚ, J. M.^ª, "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 58-59, 2016.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo Español*, 2.^ª ed., Vol. I, Eunsa, Pamplona, 1995.

GRAU ARNAU, S., "Remunicipalización de servicios locales y competencia", *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017.

HERNANDO RYDINGS, M., "Las mancomunidades y los consorcios", Almeida Cerredá, M.; Tubertini, C., e Gonçalves, P. (dirs.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2015.

LLISET BORRELL, F., "Los convenios interadministrativos de los entes locales", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 67, 1990.

LLISET CANELLES, A., "Incidencia de la figura de los convenios de cooperación interadministrativa en la teoría de las formas de gestión de los servicios públicos", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 11, 1997.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., "La remunicipalización de servicios", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 9, 2017.

MELLADO RUIZ, L., *Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma económica local?*, CEMCI, Granada, 2014.

MELLADO RUIZ, L., "Introducción: marco normativo actual de la gestión cooperativa o relacional en la Administración local. Una propuesta sistematizadora", Mellado Ruiz, L., e Fornieles Gil, Á. (coords.), *Gestión cooperativa en el ámbito local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MERINO ESTRADA, V., "Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales", *Revista de Estudios Locales. Cunal*, n. 146, 2012.

MERINO ESTRADA, V., y ORTEGA JIMÉNEZ, P., *Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales*, CEMCI, Granada, 2018.

PALOMAR OLMEDA, A., "La externalización y sus causas. La organización administrativa, ¿el pretexto o la causa?: Un análisis sobre las formas de actuación administrativa", Ortega Álvarez, L. (dir.), *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, INAP, Madrid, 2011.

PAREJO ALFONSO, L., "La potestad de autoorganización de la Administración local", *Documentación Administrativa*, n. 228, 1991.

Regap



ESTUDIOS

- PAREJO ALFONSO, L., "Crisis financiera estatal, racionalización de la Administración local y desarrollo de la garantía de la autonomía local; comentarios de urgencia", *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n. 30, 2012.
- REBOLLO PUIG, M., "Sobre el adelgazamiento de la Administración, sus dietas y sus límites", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 48, 2014.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., "El retorno del Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 206, 2018.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., "La aplicación de la normativa de contratación pública a las relaciones de colaboración público-público no institucionalizadas", Guillén Caramés, J., e Hernando Rydings, M. (dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho administrativo*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2017.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., "Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos", Gamero Casado, E., e Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- SANZ RUBIALES, I., "Marco general de las relaciones interadministrativas", Gamero Casado, E. (dir.), Fernández Ramos, S., e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- TORNOS MAS, J., "Servicios públicos y remunicipalización", *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, n. 76, 2016.
- TOSCANO GIL, F., "Los consorcios administrativos", Gamero Casado, E. (dir.), Fernández Ramos, S., e Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico básico del sector público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- URRUTIA LIBARONA, I., "Duplicidades, concurrencias e ineficiencias en el entramado institucional vasco", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. Especial 99-100, 2014.
- VILALTA REIXACH, M., "Nuevas formas de cooperación territorial: las organizaciones asociativas de entes locales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 300-301, 2006.
- VILLAR ROJAS, F. J., "Razones y contradicciones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 46, 2014.
- VILLAR ROJAS, F. J., "Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 58-59, 2016.
- VILLAR ROJAS, F. J., "Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 7, 2017.

De novo sobre os negocios xurídicos excluídos da Lei de contratos do sector público: encargos a medios propios personificados e transferencias de competencias entre entidades públicas

De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas

56 Regap

Thinking again about exclusions from the Spanish Public Sector Contracts Act: In House Providing contracts and transfers of competences between public entities

Regap



ESTUDIOS

MARC VILALTA REIXACH

Profesor lector de Dereito Administrativo
Universidade de Barcelona
marc.vilalta@ub.edu

Recibido: 23/11/2018 | Aceptado: 20/12/2018

Resumo: Como vén sendo habitual, unha das cuestións problemáticas que derivan da aplicación da nova LCSP reside na determinación do seu ámbito material de aplicación, é dicir, que contratos deben quedar suxeitos á dita norma. Neste sentido, o noso traballo pretende contribuír a tal discusión, analizando xuridicamente dous dos supostos que poderían quedar excluídos do ámbito de aplicación da LCSP.

Así, en primeiro lugar, faise referencia ao réxime xurídico dos encargos aos medios propios personificados previsto no artigo 32 da LCSP, pondo especial atención nos requisitos que se exixen para recorrer a esta figura e as dúbidas que pode suscitar a súa aplicación práctica. A partir de aquí, a exposición céntrase en examinar outro suposto distinto que, aínda que ás veces se confunde cos encargos a medios propios, presenta unha singularidade e réxime xurídico propios. Referímonos ás transferencias de competencias entre entidades públicas.

Como se detalla na segunda parte do traballo, con esta denominación descríbense os supostos en que unha determinada entidade pública decide organizar a xestión das súas competencias directamente mediante a creación dunha entidade instrumental, supostos que, sempre que cumpran determinados requisitos, poden quedar excluídos do ámbito de aplicación da LCSP –e do réxime xurídico previsto para os encargos a medios propios personificados–.

Palabras clave: Contratación pública, encomenda de xestión, medios propios personificados, colaboración público-público, xestión de servizos públicos, xestión directa.

Resumen: Como viene siendo habitual, una de las cuestiones problemáticas que se derivan de la aplicación de la nueva LCSP reside en la determinación de su ámbito material de aplicación, es decir, qué contratos deben quedar sujetos a dicha norma. En este sentido, nuestro trabajo pretende contribuir a tal discusión, analizando jurídicamente dos de los supuestos que podrían quedar excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP.

Así, en primer lugar, se hace referencia al régimen jurídico de los encargos a los medios propios personificados previsto en el artículo 32 de la LCSP, poniendo especial atención en los requisitos que se exigen para recurrir a esta figura y las dudas que puede plantear su aplicación práctica. A partir de aquí, la exposición se centra en examinar otro supuesto distinto que, aunque a veces se confunde con los encargos a medios propios, presenta una singularidad y régimen jurídico propios. Nos referimos a las transferencias de competencias entre entidades públicas.

Como se detalla en la segunda parte del trabajo, con esta denominación se describen aquellos supuestos en que una determinada entidad pública decide organizar la gestión de sus competencias directamente mediante la creación de una entidad instrumental, supuestos que, siempre que cumplan determinados requisitos, pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP –y del régimen jurídico previsto para los encargos a medios propios personificados–.

Palabras clave: Contratación pública, encomienda de gestión, medios propios personificados, colaboración público-público, gestión de servicios públicos, gestión directa.

Abstract: One of the most problematic issues that arise from the application of the new LCSP lies on the determination of its material scope, that is, which contracts should be subject to this Act. In this sense, our work wants to contribute to this discussion, analysing two of the cases that could be excluded from the scope of application of the LCSP. In this sense, firstly we will examine the legal framework of In House Providing relationships regulated in article 32 of the LCSP. On that point, we will pay special attention to the requirements use this institution and the doubts that may arise from its practical application.

Secondly, we will focus our explanation on the transfers of competences between public entities. Although they are sometimes confused with In House Providing contracts, those transfers have their own singularity and legal framework. This is the reason why we will dedicate the second part of the paper to study this case and their requirements to be excluded from the scope of application of the LCSP.

Key words: Public procurement, in house providing contracts, exclusions, cooperative agreements, public-public cooperation, vertical cooperation, transfer of competences, public services.

Sumario: 1 Introducción. 2 Os sistemas de cooperación vertical na nova LCSP. 2.1 Primeiro requisito: a existencia dun control análogo ao que se exerce sobre os seus propios servizos. 2.2 Segundo requisito: a realización da parte esencial da súa actividade co ente adxudicador. 2.3 Terceiro requisito: cando se trate de personificacións xurídico-privadas, o seu capital ou patrimonio debe ser de titularidade ou contribución pública. 2.4 Cuarto requisito: o recoñecemento formal da condición de medio propio. 2.5 Recapitulación. 2.6 Un quinto requisito? O carácter subsidiario dos encargos a medios propios personificados no ámbito da Administración xeral do Estado. 3 A redistribución de competencias entre entidades públicas. 3.1 Asunción de responsabilidades e autonomía decisoria. 3.2 Ausencia de retribución e autonomía financeira. 4 A modo de conclusión: encargos a medios propios personificados fronte a transferencias de competencias entre entidades públicas.

1 Introducción

Sen lugar a dúbidas, unha das cuestións máis complexas que derivan da aplicación da normativa de contratos do sector público reside na determinación do seu ámbito material de aplicación. Ante a multiplicidade de relacións que as diferentes entidades do sector público poden establecer con outros actores, públicos ou privados, non sempre resulta doado identificar en que supostos estas relacións deben quedar suxeitas ás previsións da normativa contractual.

Neste sentido, aínda que, como viña sucedendo ata agora, a nova Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP), delimita o seu ámbito de aplicación material dun xeito moi amplo –englobando todos os contratos onerosos, calquera que sexa a súa natureza, que asinen as entidades do sector público cunha persoa xurídica diferenciada

(art. 2.1 LCSP)–, segue prevendo tamén toda unha serie de negocios xurídicos, de carácter e contido moi diverso, que quedan fóra do seu ámbito de aplicación.

Un destes supostos son as chamadas relacións de *cooperación vertical*, que lles permiten ás diferentes entidades do sector público, sempre que cumpran estritamente toda unha serie de requisitos, poder encargar de forma directa –é dicir, á marxe dos procedementos de adxudicación previstos pola lei– a realización de determinadas prestacións contractuais aos seus propios medios instrumentais personificados [art. 31.1 a) LCSP].

Aínda que como é sabido a figura dos encargos contractuais a medios propios personificados non resulta nada descoñecida no noso ordenamento xurídico¹, o certo é que a nova LCSP introduce algunhas novidades importantes. Non só porque, malia seguir partindo do mesmo esquema conceptual existente ata agora, prevé unha regulación moito máis extensa e detallada que a prevista anteriormente no TRLCSP –algo que pode observarse doadamente coa simple lectura dos artigos 32 e 33 da LCSP–, senón tamén, e sobre todo, porque incorpora de xeito expreso tanto o novo marco normativo comunitario que deriva da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, sobre contratación pública, como a interpretación que desta veu facendo o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (en diante, TXUE)².

Esta nova regulación, ademais, dítase con carácter básico, ao abeiro do artigo 149.1.18 da Constitución, polo que, tal como prevé expresamente a disposición derradeira primeira da LCSP, resulta de aplicación xeral para todas as administracións públicas e organismos e entidades dependentes delas³. En consecuencia, deberán entenderse derogadas todas as disposicións –estatais, autonómicas ou locais– de igual ou inferior rango normativo que se opoñan a aquilo previsto na nova lei.

É precisamente neste novo contexto normativo no que debemos situar o obxecto do noso traballo. Así, nas páxinas que seguen a continuación propoñémonos analizar o réxime xurídico dos encargos aos medios propios personificados previsto na LCSP, pondo especial atención nos requisitos que se exixen para recorrer a esta figura e as dúbidas que pode suscitar a súa aplicación práctica. Agora ben, a partir de aquí, o noso traballo pretende tamén diferenciar a figura dos encargos a medios propios personificados doutro suposto que, aínda que aparentemente pode presentar un perfil moi similar, xuridicamente parece configurarse dun xeito distinto. Referímonos ás transferencias de competencias entre entidades públicas.

Como veremos máis adiante, malia presentar aínda uns contornos un pouco confusos, con esta denominación pretendemos describir aqueles supostos en que unha determinada entidade pública decide organizar a xestión das súas competencias directamente mediante a creación dunha entidade instrumental. Nestes casos, a diferenza do que sucede cos encargos a medios propios personificados (art. 32.1 LCSP), parecería que non estamos –nin tan sequera

1 Sen ir máis lonxe, o anterior Real decreto 3/2011, do 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos do sector público (en diante, TRLCSP), xa recollía esta figura e establecía os seus requisitos [véxanse os artigos 4.1 n) e 24.6 do TRLCSP].

2 É importante reter este dato xa que, como iremos vendo ao longo da nosa exposición, en materia de contratación pública a xurisprudencia do TXUE veu desenvolvendo un papel fundamental, conformándose como “un sólido e coherente dereito pretoriano, que serve de fonte interpretativa e que limita as opcións que poidan contravir as regras da Unión Europea”. GIMENO FELIU, J. M., “La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015, pp. 82-83.

3 Exclúese deste carácter básico o apartado c) do artigo 32.6 da LCSP (véxase a disposición derradeira primeira da LCSP), de acordo coa corrección de erros publicada no *Boletín Oficial del Estado*, n. 126, do 24 de maio de 2018, p. 54197.

desde un punto de vista formal– ante un acordo de vontades de carácter bilateral, entre dúas persoas xurídicas diferenciadas, senón ante unha decisión organizativa meramente unilateral. En consecuencia, pola súa propia natureza, esta decisión non daría lugar ao nacemento dun *contrato público* –no sentido do artigo 2.1 da LCSP– e, polo tanto, podería quedar tamén excluída do ámbito de aplicación material da LCSP.

Non obstante, polo momento, deixemos aparcada esta discusión e centrémonos, en primeiro lugar, en analizar a regulación dos chamados *sistemas de cooperación vertical* [art. 31.1 a) LCSP], especialmente no que se refire aos requisitos que se exigen para que unha determinada entidade poida ser considerada como un medio propio da Administración.

2 As relacións de cooperación vertical na nova LCSP

Como xa sabemos, cando a nova LCSP regula os chamados *sistemas de cooperación vertical*, alude aos supostos en que unha entidade pública concreta decide encargar a realización dunha determinada prestación contractual –a realización de obras, servizos ou subministracións– aos seus propios medios materiais personificados e, por conseguinte, sen necesidade de recorrer contractualmente a ningunha entidade allea á súa propia organización.

Refírese, polo tanto, a unha forma de actuación da Administración pública cuxa importancia, como veremos máis adiante, reside no feito de que se lle atribúe a realización de prestacións contractuais a outra persoa xurídica diferenciada dun modo *directo*, isto é, á marxe dos procedementos competitivos de adjudicación dos contratos públicos previstos na normativa contractual. E é que cando falamos de sistemas de cooperación vertical nos referimos a relacións puramente internas da Administración que, aínda que se formalicen entre dúas persoas xuridicamente diferenciadas, se producen no seo dunha mesma organización administrativa, polo que, desde un punto de vista material, non dan lugar ao nacemento dun verdadeiro *contrato público*.

Desde esta perspectiva, como apunta o propio enunciado do artigo 31 da LCSP, os sistemas de cooperación pública vertical atoparían o seu fundamento xurídico na potestade de autoorganización propia das diferentes entidades públicas. En efecto, a Administración pública, como calquera outro suxeito, non está obrigada a contratar nada que poida facer por ela mesma⁴, de maneira que o recurso á contratación externa cos diferentes operadores económicos se converte nunha ferramenta xurídica máis á disposición da Administración para o cumprimento efectivo dos seus fins, pero –como ben sinalou a nosa doutrina– nin o dereito europeo nin a nosa Constitución inclúen preceptivamente un deber dos poderes públicos de garantir un determinado mercado ou nivel de contratación aos empresarios privados⁵.

4 Neste sentido, o considerando 5 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, recórdanos que ningunha disposición da directiva obriga os Estados membros a subcontratar ou externalizar a prestación de servizos que desexen prestar eles mesmos, previsión que se reitera con carácter normativo no artigo 2 da Directiva 2014/23/UE, do 26 de febreiro, relativa á adjudicación de contratos de concesión.

5 Referíronse á potestade de autoorganización como o principal fundamento dos encargos a medios propios personificados, entre outros moitos, SOSA WAGNER, F., “El empleo de los recursos propios por las administraciones locales”, Cosculluela Montaner, L. (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 1317; HUERGO LORA, A., “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 154, 2001, p. 161 ou, máis recentemente, AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018, pp. 85-86.

De feito, o propio TXUE referiuse tamén a estas ideas cando –por exemplo, na Sentenza do 11 de xaneiro de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*– afirma que as directivas europeas sobre contratación pública non impiden que unha autoridade pública poida realizar as tarefas de interese público que lle correspondan cos seus propios medios administrativos, técnicos e de calquera outro tipo, sen verse obrigada a recorrer a entidades externas e alleas aos seus servizos, engadindo que, en tales supostos, non existiría un contrato a título oneroso celebrado cunha entidade xuridicamente distinta da entidade adxudicadora e, polo tanto, non habería lugar a aplicar as normas europeas sobre contratación (F.X. 48)⁶.

Agora ben, unha vez admitida xenericamente a posibilidade de que a Administración pública poida valerse dos seus propios recursos materiais –mesmo personificados– para o cumprimento das súas funcións, xórdenos outra dúbida igualmente importante: cales son os criterios que, de acordo coa lexislación española, permiten considerar que a Administración actúa a través dos “seus medios propios personificados” [art. 31.1 a) LCSP]? Noutras palabras, en que supostos podemos afirmar que estamos ante unha relación de carácter meramente interno?⁷

Para responder esta pregunta debemos ter en conta, en primeiro lugar, que a nova LCSP establece un réxime diferenciado en función de se o encargo aos medios propios personificados é realizado por un poder adxudicador (art. 32 LCSP) ou ben por outra entidade do sector público que non teña esta consideración (art. 33 LCSP). É certo que, desde un punto de vista xeral, os requisitos que se exigen en ambos os dous casos son conceptualmente similares, pero tamén o é que a regulación prevista para os encargos efectuados polas entidades do sector público que non son poderes adxudicadores resulta menos densa e un pouco máis flexible.

Na nosa opinión, desde un punto de vista meramente formal, esta dualidade de réximes podería explicarse polo feito de que a Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, sobre contratación pública, se refire unicamente aos contratos públicos formalizados polos *poderes adxudicadores* (art. 1.1 Directiva 2014/24/UE). Polo tanto, ao traspasar a normativa comunitaria, os Estados membros dispoñen de maior liberdade para regular a contratación do resto de entidades públicas que non ten a dita condición, respectando sempre, iso si, os principios de publicidade, transparencia, non discriminación e igualdade de trato que derivan das liberdades comunitarias.

Non obstante, máis alá desta constatación formal, cremos que esta previsión pode ter certo interese, xa que vén resolver algunha das dúbidas suscitadas co anterior TRLCSP. En efecto, como apuntamos nalgunha ocasión⁸, o artigo 24.6 do TRLCSP limitábase unicamente a regular os encargos efectuados aos seus medios propios polos poderes adxudicadores, co que parecían excluirse desta figura os encargos que puidesen realizar aos seus propios medios as demais entidades do sector público que non fosen poderes adxudicadores. Todo

6 Posteriormente, o TXUE veu mantendo o mesmo criterio noutras moitas sentenzas. Por exemplo, na Sentenza do 10 de setembro de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl* (F.X. 57) ou na Sentenza do 9 de xuño de 2009, asunto C-480/06, *Comisión das Comunidades Europeas/ República Federal de Alemaña* (F.X. 45).

7 Como é sabido, a resposta a esta pregunta veunos dada principalmente pola xurisprudencia do TXUE. Ao longo das súas resolucións –e, moi especialmente, a partir da importante Sentenza do 18 de novembro de 1999, asunto C-107/98, *Teckal Srl*– o TXUE foi identificando toda unha serie de requisitos e condicións para poder falar da existencia dun medio propio da Administración. Estes, á súa vez, foron codificados na mencionada Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro e, mediante a LCSP, incorporados tamén ao dereito interno do noso país.

8 VILALTA REIXACH, M., “Los llamados contratos de auto-provisión (o contratos in house providing)”, Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionais con sus implicaciones tributarias*, Tomo XIV, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, p. 955. No mesmo sentido, PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2010, pp. 29-30.

iso presentaba o paradoxo de que precisamente as entidades que, na procura dunha maior flexibilidade e eficacia, se sometían en menor medida á lexislación contractual verían limitada a súa capacidade de autoorganización de forma moito máis severa, debendo someter os acordos contractuais aos que puidesen chegar cos seus propios medios personificados ao previsto no TRLCSP.

Coa nova regulación, aclárase esta situación e amplíase notablemente o ámbito subxectivo de aplicación desta figura, estendéndose ao conxunto de entidades do sector público, sexan ou non poderes adxudicadores, ben que neste último caso se prevé un réxime xurídico específico no artigo 33 da LCSP.

De todos os xeitos, debemos engadir que, sen negar a posibilidade de que todas as entidades do sector público poidan realizar encargos aos seus medios propios personificados ao abeiro do artigo 31.1 a) da LCSP, a coherencia do noso sistema xurídico-administrativo e a natureza instrumental dos diferentes organismos públicos aconsella ser prudentes á hora de permitir ás ditas entidades recorrer aos seus medios propios personificados. Se a creación deses organismos públicos responde verdadeiramente a un suposto de descentralización funcional, que se xustifica en razóns de eficacia e de especialización, resulta canto menos discutible a posibilidade de que estes, á súa vez, para o cumprimento das súas funcións teñan que recorrer a outras entidades instrumentais con personalidade xurídica propia.

En calquera caso, se centramos a nosa atención na regulación dos requisitos concretos que se exigen para que os poderes adxudicadores poidan recorrer aos seus propios medios personificados prevista na LCSP, poderemos comprobar como esta non resulta demasiado innovadora, aínda que si notablemente máis exixente⁹. En particular, o artigo 32.2 da LCSP dinos:

“Terán a consideración de medio propio personificado respecto dunha única entidade concreta do sector público as persoas xurídicas, de dereito público ou de dereito privado, que cumpran todos e cada un dos requisitos que a seguir se establecen:

a) Que o poder adxudicador que poida conferirle encargos exerza sobre o ente destinatario destes un control, directo ou indirecto, análogo ao que tería sobre servizos ou unidades propios, de maneira que o primeiro poida exercer sobre o segundo unha influencia decisiva sobre os seus obxectivos estratéxicos e decisións significativas [...].

b) Que máis do 80 por cento das actividades do ente destinatario do encargo se leven a cabo no exercicio dos labores que lle foron confiados polo poder adxudicador que fai o encargo e que o controla ou por outras persoas xurídicas controladas do mesmo xeito pola entidade que fai o encargo [...].

c) Cando o ente destinatario do encargo sexa un ente de personificación xurídico-privada, ademais, a totalidade do seu capital ou patrimonio terá que ser de titularidade ou contribución pública.

⁹ Neste sentido, por exemplo, NOGUERA DE LA MUELA, B., “Capítulo XII. Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, Gallego Córcoles, I., e Gamero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 688. Igualmente, sen negar que se aproveitou a aprobación da nova LCSP para recoller con apego literal a normativa europea nesta materia, afirmou que quizais se perdeu unha boa oportunidade para acometer unha regulación integral da autoprovisión administrativa, mesmo segregando esta materia nunha lei específica. AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, cit., pp. 110-111.

d) A condición de medio propio personificado da entidade destinataria do encargo respecto do poder adjudicador concreto que fai o encargo deberá recoñecerse expresamente nos seus estatutos ou actos de creación [...]”.

Polo tanto, de forma similar ao anterior artigo 24.6 do TRLCSP, este novo precepto impón tamén o cumprimento acumulativo de catro requisitos. Só no suposto de que se cumpran todos e cada un deles, o encargo efectuado –tal como prevé o artigo 32.1 da LCSP– non tería a consideración de contrato e, en consecuencia, o seu réxime xurídico quedaría fóra do ámbito de aplicación da nova LCSP.

Neste punto, queremos chamar a atención sobre a referencia prevista no artigo 32.1 da LCSP á non consideración dos encargos a medios propios como un contrato. Na nosa opinión, esta afirmación podería resultar cuestionable. Desde un punto de vista formal, entendemos que a dita operación, en canto supón un acordo de carácter oneroso entre dúas persoas xurídicas diferenciadas, si que pode configurarse teoricamente como un *contrato* –mesmo como un contrato público, no sentido do artigo 2.1 da LCSP¹⁰. Outra cousa é que, cando se cumpran os requisitos que mencionabamos anteriormente, este negocio xurídico poida quedar legalmente excluído do ámbito de aplicación da lexislación contractual, pois enténdese que, materialmente, non é máis que unha forma de autoprovisión que non afecta aos obxectivos perseguidos pola lexislación contractual.

Tendo isto presente, e polo que se refire á aplicación destes requisitos, debemos ter en conta que, como veu sinalando reiteradamente o TXUE –por exemplo, na xa mencionada Sentenza do 11 de xaneiro de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*, F.X. 43– ao tratarse dunha excepción á aplicación das regras que rexen a contratación pública, a súa interpretación debe facerse sempre dun xeito restritivo, correspondéndolle a carga da proba da concorrencia destes requisitos a aquel que pretenda a súa utilización. Deteñámonos un momento a analizar cada un dos ditos requisitos.

2.1 Primeiro requisito: a existencia dun control análogo ao que se exerce sobre os seus propios servizos

O primeiro requisito ao que debemos facer referencia é o relativo á existencia dunha relación de control entre as partes que interveñen na dita relación. En efecto, o artigo 32.2 a) da LCSP exige que o poder adjudicador que realiza o encargo teña sobre a entidade provedora un control, directo ou indirecto, análogo ao que posuiría sobre os seus propios servizos ou unidades.

Con este requisito pretende demostrarse que a entidade provedora non ten un verdadeiro ámbito de autonomía desde o punto de vista decisorio, polo que, malia que formalmente puidese falarse dun acordo de vontades entre dúas persoas xuridicamente distintas, desde un punto de vista material unha delas configúrase como un simple instrumento organizativo

10 De forma similar exprésase o artigo 12 da mencionada Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, que regula os encargos a medios propios personificados dentro dos “Contratos públicos entre entidades do sector público”. Pola súa banda, o TXUE tamén veu cualificando os encargos que os poderes adjudicadores poden realizar aos seus medios propios personificados como “contratos entre entidades públicas”, sen prexuízo de que estes, se cumpren os requisitos previstos para tal efecto, poidan quedar excluídos do ámbito de aplicación da normativa da UE en materia de contratación pública. Neste sentido, entre outras, pode verse a xa mencionada STXUE do 18 de novembro de 1999, asunto C-107/98, *Teckal Srl* (F.X. 50) ou, máis recentemente, a STXUE do 18 de outubro de 2018, asunto C-606/17, *IBA Molecular Italy Srl* (F.X. 36).

da outra. Deste xeito, materialmente, non resulta posible afirmar que nos atopemos ante a celebración dun verdadeiro contrato público entre elas, porque –como puxo de relevo a xa mencionada Sentenza do TXUE do 18 de novembro de 1999, asunto C-107/98, *Teckal, Srl*– o requisito da personalidade xurídica propia dos suxeitos contratantes non constitúe por si só un elemento determinante para falar da existencia dun contrato público.

Agora ben, que se entende por control análogo ao que se posúe sobre os propios servizos? Ou, máis concretamente, que elementos nos permiten constatar a existencia do dito control?

A LCSP non se refire propiamente a iso, aínda que, tomando novamente como referencia a xurisprudencia do TXUE nesta materia¹¹, o artigo 32.2 a) da LCSP si que se ocupou de concretar o alcance xeral do dito requisito. Así, non se exige que o poder adxudicador teña sobre a entidade provedora un control *idéntico* ao que se exerce sobre os propios servizos, pero si que o dito control debe permitirle exercer “unha influencia decisiva sobre os seus obxectivos estratéxicos e decisións significativas”.

Como apuntabamos anteriormente, trataríase de demostrar que a entidade que recibe o encargo carece dunha vontade decisoria propia, de maneira que poida concluírse que as tarefas que se lle atribúen á dita entidade non se tivesen xestionado de forma distinta a se as tivese asumido directamente a propia Administración adxudicadora. Non obstante, máis alá destas consideracións xerais, a determinación concreta do cumprimento deste requisito exixirá necesariamente dun exame casuístico, que –como veu destacando o TXUE desde a Sentenza do 11 de maio de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo, Spa* (F.X. 36)–, debe ter en conta non só o conxunto de disposicións legais aplicables, senón tamén as circunstancias de feito que concorran en cada momento.

Neste sentido, debemos considerar que o TXUE foi identificando toda unha serie de indicios que poden axudarnos a valorar en mellores condicións se efectivamente concorre ou non o dito control análogo. O primeiro destes indicios –sobre o que volveremos máis adiante– refírese á participación da Administración matriz no capital social ou patrimonio da entidade provedora. Para o TXUE é evidente que o feito de que a entidade adxudicadora posúa unha alta porcentaxe de participación no capital social da entidade adxudicadora pode indicar a existencia dunha verdadeira relación de dependencia estrutural entre elas. Non obstante, ese criterio, por si só, non resulta de ningún xeito concluínte, xa que, independentemente da dita participación, o grao de control que efectivamente se exerza sobre a entidade provedora podería ser mínimo.

De aí que o TXUE acudise a analizar outros elementos, como poden ser a composición dos órganos de decisión da entidade provedora ou o alcance das facultades recoñecidas ao seu consello reitor, para determinar o grao de autonomía decisoria da entidade provedora e –como se sinala na Sentenza do 10 de setembro de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl* (F.X. 81)– para comprobar se realmente existe un control reforzado por parte do ente adxudicador, análogo ao que se exerce sobre os propios servizos.

Sen prexuízo do anterior, e en relación coa aplicación deste primeiro requisito, debemos engadir tamén que a nova LCSP introduciu algunhas previsións relevantes. Así, en primeiro

11 Podemos mencionar, entre outras, a xa citada STXUE do 11 de xaneiro de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle* (F.X. 50), a STXUE do 13 de novembro de 2008, asunto C-324/07, *Coditel Brabant SpA* (F.X. 28) ou a STXUE do 8 de maio de 2014, asunto C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg* (FF.XX. 26-29).

lugar, recolle expresamente a posibilidade de que o control análogo sobre os medios propios personificados poida ser exercido tanto de forma individual, pola propia entidade pública adxudicadora, como conxuntamente, xunto con outros poderes adxudicadores que sexan independentes entre si (art. 32.4 LCSP).

Certamente, esta posibilidade non constitúe tampouco ningunha novidade relevante. De feito, a LCSP limitase a reproducir o previsto no artigo 12.3 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro –que, á súa vez, atopa a súa orixe na xurisprudencia do TXUE¹²–. Non obstante, cremos oportuno destacar esta disposición porque, a diferenza do control individual, o artigo 32.4 a) da LCSP si que fixa unha serie de elementos para verificar o cumprimento deste requisito, evitando que o control análogo poida diluírse pola concorrencia de distintas entidades públicas que o exercen de forma compartida. Estes elementos baséanse na necesidade de representación dos diferentes poderes adxudicadores nos órganos decisorios, a posibilidade de exercer directa e conxuntamente unha influencia decisiva sobre os obxectivos estratéxicos e sobre as decisións significativas do ente destinatario do encargo e, finalmente, na non persecución de intereses contrarios aos propios dos seus membros.

En segundo lugar, tal como xa sucedía co artigo 24.6 do anterior TRLCSP, o artigo 32.2 a) da LCSP mantén a previsión de que, “En todo caso, se entenderá que o poder adxudicador que pode conferirlle encargos posúe sobre o ente destinatario deste un control análogo [...] cando el mesmo ou ben outro ou outros poderes adxudicadores ou persoas xurídicas controlados do mesmo modo polo primeiro lle poidan conferir encargos que sexan de execución obrigatoria para o ente destinatario do encargo por así establecelo os estatutos ou o actos de creación, de maneira que exista unha unidade de decisión entre eles, de acordo con instrucións fixadas unilateralmente polo ente que pode realizar o encargo”.

Polo tanto, a nova lei presume “en todo caso”, é dicir, con independencia doutros elementos –mesmo con independencia da capacidade real do poder adxudicador de influir nos obxectivos estratéxicos e decisións significativas da entidade provedora– que a simple posibilidade de conferir encargos de execución obrigatoria a unha determinada entidade sería un elemento suficiente para considerar a existencia dun control análogo ao que se tiña sobre os propios servizos¹³.

A nosa doutrina, moi oportunamente, veu criticando a dita formulación porque se considera que o feito de que un encargo singular poida ser obrigatoria para a entidade provedora non significa, automaticamente, a existencia dun poder real de influencia sobre os obxectivos estratéxicos ou sobre as súas decisións máis importantes. En efecto, a obrigatoriedade dun encargo non pode considerarse sempre como a causa da existencia dun control análogo ao que se posúe sobre os propios servizos, senón que debe considerarse de forma inversa, como

12 Neste caso, podemos mencionar a STXUE do 13 de decembro de 2008, asunto C-340/04, *Coditel Brabant, SpA*, na cal, ao analizar o control exercido por varios municipios sobre unha sociedade cooperativa, afirmaba que a existencia dun control meramente individual faría imposible a existencia de fórmulas asociativas e tería como consecuencia a necesidade de convocar unha licitación pública na maioría dos casos en que unha determinada autoridade pública se quixese adherir a un grupo formado por outras autoridades públicas (FF.XX. 50-51). Véxase tamén a STXUE do 29 de novembro de 2012, asunto C-182/11 e C-183/11, *Econord Spa* (FF.XX. 32-34).

13 A introdución da dita presunción trae causa tamén da xurisprudencia do TXUE. En particular, das sentenzas ditadas en relación coa sociedade pública española Empresa de Transformación Agraria, SA (TRAGSA) –referímonos á STXUE do 8 de maio de 2003, asunto C-349/97, e á STXUE do 19 de abril de 2007, asunto C-295/05–. Nestas, a pesar de que a participación das comunidades autónomas no capital social de TRAGSA era mínima –apenas o 1% do total–, o TXUE veu admitir expresamente a posibilidade de considerar TRAGSA como medio propio daquelas, atendendo ao feito de que, legalmente, TRAGSA estaba obrigada a realizar os encargos que lle atribuísen as comunidades autónomas.

a súa consecuencia. A obrigatoriedade, polo tanto, non sería máis que unha plasmación práctica da ausencia de autonomía decisoria do medio propio¹⁴.

Neste punto, ademais, debemos recordar que, aínda que é certo que o TXUE considerou que o feito de que unha entidade pública estea obrigada a realizar os traballos que lle poidan encomendar outros poderes públicos de acordo coas tarifas e instrucións aprobadas por estes podía ser un indicio para considerar a existencia dun control análogo, non o é menos que nestes casos o TXUE se refería sempre a entidades que tiñan unha participación –aínda que fose residual– no capital social da entidade provedora. Polo que, a pesar do teor literal do artigo 32.2 a) da LCSP, deberíamos negar a posible existencia dun control análogo respecto das entidades que non teñen ningún tipo de participación no conxunto de accionistas ou patrimonio da entidade que recibe o encargo.

Finalmente, debemos mencionar tamén que a nova LCSP previu que o requisito do control análogo se entenderá cumprido non só cando sexa o poder adxudicador matriz quen poida conferirlle encargos obrigatorios, senón tamén “outro ou outros poderes adxudicadores ou persoas xurídicas controlados do mesmo xeito polo primeiro” [art. 32.2 a) LCSP]. Polo tanto, a LCSP recolle a posibilidade de realizar encargos horizontais, estendendo a condición de medio propio respecto doutras entidades públicas que, á súa vez, se atopen nunha relación de dependencia respecto da Administración matriz. E esta exclusión prodúcese, aínda que, en realidade, desde un punto de vista formal, entre as ditas entidades non concorran directamente os requisitos previstos no artigo 32.2 a) da LCSP.

2.2 Segundo requisito: a realización da parte esencial da súa actividade co ente adxudicador

O segundo requisito que exige a LCSP para constatar a existencia dun medio propio personificado da Administración e, polo tanto, para excluír do seu ámbito de aplicación as relacións xurídicas que poidan establecerse con eles consiste en que a entidade provedora realice a maior parte da súa actividade –máis do 80 %– respecto ao ente, ou entes, do que depende [art. 32.2 b) LCSP].

Como se sinalou, a influencia decisoria dun poder adxudicador sobre unha entidade concreta non basta, por si soa, para distinguila doutros posibles operadores económicos, senón que para falar dun medio propio cómpre, ademais, verificar que a súa actividade se dedica na súa maior parte á súa entidade de orixe. E é que, como subliñou o TXUE na citada Sentenza do 11 de maio de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo SpA*, non pode considerarse que unha entidade carece de liberdade de acción polo mero feito de que o ente territorial do que dependa controle as súas principais decisións cando, a pesar do dito control, pode desenvolver igualmente unha parte importante da súa actividade económica con outras entidades ou operadores económicos (F. X. 61).

O requisito da realización da parte esencial da actividade preséntasenos, polo tanto, como complementario do requisito do control análogo e opera nun segundo momento –unha vez que se verificou a concorrencia do dito control– tratando de evitar que unha determinada

¹⁴ Por exemplo, e entre moitos outros, PERNAS GARCÍA, J.J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 108-109, ou MONTOYA MARTÍN, E., *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009, pp. 53-54.

entidade actúe como medio propio da Administración e, ao mesmo tempo, compita normalmente no mercado de bens e servizos¹⁵. No caso contrario, iso podería supor un falseamento da competencia, recoñecéndolle á dita entidade unha posición de partida máis vantaxosa respecto ao resto de operadores privados.

Téñase en conta, non obstante, que a LCSP non prohíbe por completo que o medio propio poida actuar como un operador económico no mercado. Soamente exige que a maior parte da súa actividade –como mínimo, un 80 %– se leve a cabo no exercicio dos labores que lle foron asignados polo poder adxudicador que fai o encargo [art. 32.2 b) LCSP], polo que, se é o caso, aquelas outras actividades de mercado que pretendan realizarse polo medio propio deben ter un carácter necesariamente residual ou marxinal e, en ningún caso, poden superar o 20 % da súa actividade¹⁶.

Como no suposto anterior, atopámonos novamente ante un requisito que debe ser verificado caso por caso, tomando en consideración non só as actividades que unha determinada entidade está facultada para levar a cabo segundo o ordenamento xurídico ou os seus propios estatutos internos, senón as que realmente realiza¹⁷. Neste punto, non obstante, hai que ter en conta que a nova LCSP si que se ocupou de concretar a metodoloxía de cálculo desta porcentaxe de actividade. Así, o artigo 32.2 b) da LCSP segue dicindo:

“[...] para calcular o 80 por cento das actividades do ente destinatario do encargo tomaranse en consideración a media do volume global de negocios, os gastos soportados polos servizos prestados ao poder adxudicador en relación coa totalidade dos gastos en que incorrese o medio propio por razón das prestacións que realizase calquera entidade, ou outro indicador alternativo de actividade que sexa fiable, e todo iso referido aos tres exercicios anteriores ao de formalización do encargo”.

Como pode comprobarse, a LCSP exprésase en termos amplos, permitindo, mesmo, que o cumprimento deste requisito puidese acreditarse mediante calquera “outro indicador alternativo de actividade que sexa fiable” [art. 32.2 b) LCSP]. De todos os xeitos, e quizais para limitar a dita amplitude, a LCSP engade tamén que en todo caso o cumprimento deste requisito debe quedar reflectido na memoria integrante das contas anuais da entidade provedora e, en consecuencia, ser obxecto de verificación na realización da auditoría das ditas contas anuais.

Neste punto, debemos ter en conta así mesmo que –como tamén destacou o TXUE¹⁸– para calcular este requisito resulta indiferente quen é o beneficiario da actuación ou, mesmo, quen a remunera. É dicir, para determinar a porcentaxe do 80 % da actividade deberíamos

15 GIMENO FELIU entende que o requisito da realización da parte esencial da actividade económica coa entidade que o controla é coherente se se considera que todo o concepto xira arredor da falta de autonomía contractual do ente controlado. En efecto, se a exención do ámbito da contratación pública se basea en que o contrato *in house* non é senón unha forma de autoprovisión, tal exención perdería o seu sentido se o ente instrumental se dedicase a prover tamén outros operadores públicos e privados como calquera outro axente do mercado. GIMENO FELIU, J.M., “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria”, Tornos Mas, J. (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006, p. 845.

16 En realidade, a entidade que pretenda configurarse como medio propio soamente podería realizar no mercado un 19,99 % do total da súa actividade porque o artigo 32.2 b) da LCSP exige literalmente que “máis do 80 %” da súa actividade se realice a cargo da entidade da que depende.

17 Véxase, por exemplo, a mencionada STXUE do 11 de maio de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo SpA*, (F.X. 65). Refírese tamén expresamente a esta idea PERNAS GARCÍA, J.J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, cit., pp. 160-162.

18 Véxase, por exemplo, a xa mencionada Sentenza do 11 de maio de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo, SpA*, F.X. 66.

contabilizar todas as actuacións que o medio propio personificado realiza por encargo do poder adjudicador de que se trate, sendo indiferente que, nalgúns casos, poidan ser finalmente os usuarios os que asuman o custo da dita actividade.

Por outra banda, e máis alá das dúbidas que poden xurdir á hora de determinar o mercado de referencia de cada un dos ditos encargos, outra das cuestións que poderíamos formularnos é cales son as actividades que cómpre tomar en consideración á hora de calcular este requisito. Por exemplo, poderíamos preguntarnos: para determinar a condición de medio propio hai que valorar conxuntamente todas as actividades que realiza a entidade provedora ou resulta posible fragmentar esta análise contable e comprobar a concorrencia deste requisito tomando en consideración individualmente cada un dos diferentes ámbitos materiais de actuación? Como pode intuírse, nalgúns supostos, mediante a fragmentación dos diferentes sectores de actividade en que realmente actúa o medio propio, poderíase facilitar o cumprimento efectivo do requisito de realización da maior parte da súa actividade respecto do poder adjudicador do cal depende.

Malia que esta opción interpretativa foi formulada nalgunha ocasión ante o TXUE¹⁹, salvo erro pola nosa parte, non foi acollida aínda de forma expresa polo tribunal nas súas resolucións. De todos os xeitos, entendemos que esta interpretación parece ir en contra da literalidade do artigo 32.2 b) da LCSP, que se refire a cantidades globais, referidas ao conxunto de actividade.

Finalmente, polo que respecta á aplicación deste requisito, debemos realizar aínda dúas precisións máis en relación co seu ámbito de aplicación subxectivo. En primeiro lugar, debemos mencionar que, como apuntabamos no apartado anterior, o artigo 32.2 b) da LCSP prevé que o requisito de realización de máis do 80 % das actividades do ente destinatario pode computarse non só directamente dos labores que lle fosen conferidos directamente polo poder adjudicador que fai o encargo, senón tamén da actividade que, como no caso anterior, o medio propio realiza respecto doutras “persoas xurídicas controladas do mesmo xeito pola entidade que fai o encargo”.

Por outra banda, tendo en conta a posibilidade de que sexan varios os entes territoriais que controlen unha determinada entidade, a LCSP permite que este requisito poida considerarse satisfeito tamén se o medio propio de que se trate realiza a parte esencial da súa actividade non cun ou outro dos ditos entes territoriais, senón con todos eles considerados conxuntamente [art. 32.4 b) LCSP]. Así, ao tomar como referencia a actividade realizada polo conxunto de poderes adjudicadores, amplíase o ámbito de aplicación da excepción dos encargos realizados a medios propios a un maior número de supostos que se, pola contra, se tomase en consideración soamente o feito de que esta actividade se desenvolvese individualmente respecto de cada un deles.

19 Véxanse, por exemplo, as conclusións da avogada xeral, Sra. Julian Kokott, no asunto C-458/03, *Parking Brixen*, nas cales, para os efectos do cómputo da porcentaxe de actividade dunha determinada entidade, parece afirmarse que podería tomarse en conta, de forma diferenciada, os diferentes ámbitos de actividade que realmente desenvolve a dita empresa. Todo iso quizais permitiría analizar a concorrencia dos requisitos dos medios propios non de forma global, senón respecto de cada un destes ámbitos (Ap. 83).

2.3 Terceiro requisito: cando se trate de personificacións xurídico-privadas, o seu capital ou patrimonio debe ser de titularidade ou contribución pública

En terceiro lugar, para poder excluír os encargos que os poderes adjudicadores poden realizar aos seus medios propios personificados do ámbito de aplicación da lexislación contractual, a LCSP exige que, cando o ente destinatario do encargo sexa un ente de personificación xurídico-privada, ademais, a totalidade do seu capital ou patrimonio debe ser de titularidade ou contribución pública [art. 32.2 c) LCSP].

Trátase, como se pode observar, dun requisito de carácter eminentemente formalista, xa que se dirixe exclusivamente a analizar a composición do capital ou patrimonio da entidade que recibe o encargo, independentemente das relacións de control que realmente poidan establecerse no seu seo entre os distintos socios ou membros.

En rigor, esta prohibición absoluta de participación de capital privado é unha decisión do lexislador español, que non deriva directamente da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro. En efecto, aínda que é certo que a normativa comunitaria exige con carácter xeral que non exista participación directa de capital privado na persoa xurídica que recibe o encargo, introduce unha excepción naquelas modalidades de capital privado que non supoñan un control ou unha posibilidade de bloqueo, que veñan impostas pola lexislación nacional e que non supoñan o exercicio dunha influencia decisiva sobre a persoa xurídica controlada [art. 12.1 c) Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro,].

Non obstante, a xustificación da introdución deste requisito na lexislación española podería atoparse, novamente, na doutrina xurisprudencial do TXUE. Así, na citada Sentenza do 11 de xaneiro de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*, ao analizar a relación de instrumentalidade dos poderes adjudicadores respecto das sociedades mercantís, o TXUE veu a afirmar que a participación privada no capital das ditas sociedades, aínda que fose minoritaria, excluía a posibilidade de que puidese falarse da existencia dun control análogo ao que se exerce sobre os seus propios servizos. E é que, segundo a interpretación do TXUE, as relacións entre unha autoridade pública e os seus propios servizos se rexen exclusivamente por consideracións e exixencias características da persecución de obxectivos de interese xeral, mentres que, pola contra, calquera investimento de capital privado nunha empresa obedece a consideracións propias dos intereses privados e persegue obxectivos de natureza distinta (F. X. 50)²⁰.

Polo demais, en canto á aplicación deste requisito, debemos realizar dúas observacións xerais. En primeiro lugar, debemos ter en conta que o artigo 32.2 c) da LCSP se refire unicamente ao capital social ou patrimonio da entidade *destinataria* do encargo, sendo indiferente que, á súa vez, o poder adjudicador que realice o encargo si que conte con participación de capital privado. Como expresamente se menciona no considerando 32 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, o elemento decisivo para a aplicación deste requisito recae na entidade receptora do encargo, xa que o mero feito de que exista participación de capital privado nos

20 En termos moi parecidos, poden verse tamén a STXUE do 18 de xaneiro de 2007, asunto C-200/05, *Jean Auroux* (FF.XX. 66-67), ou a STXUE do 10 de setembro de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl* (F. X. 51). En todo caso, debemos mencionar tamén que a interpretación que fixo o TXUE deste requisito foi obxecto de críticas por algúns autores. Por exemplo, PERNAS GARCÍA afirma que este criterio do TXUE fai quizais menos atractiva a colaboración público-privada, e pecha algúns camiños destinados a garantir a viabilidade da desconcentración da xestión de servizos para administracións con poucos recursos, aínda que reconece que iso outorga maior seguridade xurídica na aplicación da excepción *in house* e evita os posibles abusos na súa utilización. PERNAS GARCÍA, J.J., "La exigencia de "control análogo" en las encomiendas a medios propios", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, n. 311, 2009, pp. 268-269.

poderes adxudicadores que realizan o encargo, en principio, non prexudica a competencia entre os diferentes operadores privados.

Por outro lado, debemos fixarnos tamén en como, a diferenza do anterior artigo 24.6 do TRLCSP, a nova LCSP non refire este requisito unicamente respecto das *sociedades*, senón que exige a titularidade ou contribución pública do capital ou patrimonio de calquera ente de personificación xurídico-privada²¹. Neste sentido, este requisito comporta, necesariamente, que debamos excluír da posible consideración como medios propios personificados toda unha serie de entidades do sector público, de forma xurídico-privada, que permiten a participación de capital privado na súa organización. Pensemos, por exemplo, nas sociedades de economía mixta ou nas fundacións en que participen persoas privadas.

Sen prexuízo das anteriores consideracións, poden xurdirnos algunhas dúbidas en relación cos consorcios administrativos. Como sabemos, estes configúranse como entidades de dereito público que, de acordo co artigo 118.1 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público (en diante, LRXSP), poden contar con participación de persoas privadas. Neste sentido, os consorcios administrativos poderían considerarse medios propios da Administración para os efectos do artigo 32.2 c) da LCSP?

Na nosa opinión, a resposta a esta pregunta require algunhas precisións. Se facemos unha lectura literal do artigo 32.2 c) da LCSP –que se refire unicamente a entes “de personificación xurídico-privada”– deberíamos concluír, *a sensu contrario*, que aos consorcios administrativos, en canto entidades de dereito público (art. 118.1 LRXSP), non se lles aplica a limitación prevista no dito precepto. Polo tanto, aínda que puidesen contar con capital privado na súa composición, os consorcios si que poderían ser considerados como medios propios personificados da Administración, sempre, claro está, que cumpran co resto de requisitos previstos no artigo 32 da LCSP.

Ademais, como apuntabamos, esta opción interpretativa podería aliñarse parcialmente coa excepción prevista no artigo 12.1 c) da propia directiva. Non obstante, sen negar as anteriores consideracións, cremos que nalgúns supostos –en particular, naqueles consorcios administrativos en que participen entidades privadas con ánimo de lucro²²– quizais deberíamos reformular a dita conclusión e manter mesmo a opinión contraria.

Concretamente, podería considerarse non só que –como xa dixera o TXUE– a participación privada lucrativa perseguirá fins propios aos seus intereses, senón que, ademais, é evidente que esta si que podería xerar un trato preferente dun determinado operador económico, xa que esa empresa estará en condicións de obter unha vantaxe económica fronte ao resto de operadores económicos, asumindo encargos que, en caso de non formar parte do dito medio propio, non podería realizar ou, polo menos, non nas mesmas condicións.

21 De novo, o TXUE, por exemplo na Sentenza do 19 de xuño de 2014, asunto C-54/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, afirma que a dita exclusión non se basea na forma xurídica concreta das entidades privadas que forman parte da entidade adxudicataria nin tan sequera na finalidade comercial destas últimas –posto que, neste caso, se trataba de entidades sen ánimo de lucro–, senón no feito de que tales entidades privadas obedecían a consideracións propias dos seus intereses privados, que eran dun carácter distinto ao dos obxectivos de interese público perseguidos pola entidade adxudicadora (F. X. 36).

22 Téñase en conta que, a diferenza do que sucedía na lexislación básica de réxime local, a LRXSP parece admitir que poidan formar parte dos consorcios administrativos non só entidades privadas sen ánimo de lucro, senón tamén persoas privadas que si que persigan finalidades lucrativas (art. 118.1 LRXSP). De feito, a disposición derogatoria única da LRXSP derogou expresamente o artigo 87.1 da Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases do réxime local, que limitaba a posibilidade de constituír consorcios no ámbito local unicamente ás administracións públicas e ás entidades privadas sen ánimo de lucro.

Na nosa opinión é importante salientar esta última idea, dado que a posible obtención dunha vantaxe económica é un dos argumentos que emprega expresamente o considerando 32 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, para limitar a extensión da figura dos encargos a medios propios a entidades en que exista participación directa de capital privado. Por iso, malia ser certo que ese considerando non ten un valor normativo en si mesmo²³, si que constitúe un criterio interpretativo das ditas disposicións, que podería levarnos a negar a condición de medio propio a un consorcio administrativo que conte coa participación dunha entidade privada con ánimo de lucro, co que, de ser así, ampliaríamos o ámbito de aplicación do criterio da titularidade pública do capital social ou patrimonio previsto no artigo 32.2 c) da LCSP máis alá dos entes de personificación xurídico-privada, admitíndose tamén nalgunhas entidades de personificación xurídica-pública.

2.4 Cuarto requisito: o recoñecemento formal da condición de medio propio

Finalmente, para poder excluír os encargos realizados polos poderes adjudicadores aos seus medios propios personificados, o artigo 32.2 d) da LCSP exige un último requisito de carácter formal: que a condición de medio propio personificado da entidade destinataria do encargo respecto do poder adjudicador concreto que fai o encargo se recoñeza expresamente nos seus estatutos ou actos de creación.

En canto á aplicación deste requisito, o primeiro que debemos destacar é que, a diferenza dos anteriores, este non foi previsto expresamente polas directivas europeas sobre contratación pública nin tampouco deriva directamente da xurisprudencia do TXUE. De feito, a primeira vista, poderíamos formularnos a súa utilidade, xa que, como puxo de relevo a doutrina, a mera declaración formal da condición de medio propio non pode excluír, en ningún caso, a necesaria verificación da existencia dun vínculo real de subordinación e dedicación efectiva desta respecto do poder adjudicador que realiza o encargo, de acordo co artigo 32.2 da LCSP²⁴.

No entanto, cómpre ter en conta que a LCSP non se limitou unicamente a prever o cumprimento formal deste requisito –que, efectivamente, pouco achegaría á consideración real dunha determinada entidade como medio propio personificado da Administración–, senón que, como veremos seguidamente, vinculou a ese requisito algunhas consecuencias prácticas moi relevantes.

Por outro lado, non debemos tampouco menosprezar a importancia do mero recoñecemento formal da condición de medio propio, porque, aínda que nos poida parecer superfluo, de acordo co artigo 32.2 d) da LCSP, este recoñecemento configúrase legalmente como unha condición inescusable para poder excluír as relacións de cooperación vertical entre dúas entidades do ámbito de aplicación da lexislación de contratos do sector público, polo que,

23 Véxase o apartado 10 da Guía práctica común do Parlamento Europeo, do Consello e da Comisión para a redacción de textos lexislativos da Unión Europea de 2015. <https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228ESN.pdf>. Sobre o valor dos preámbulos e exposicións de motivos, remitímonos á Sentenza do Tribunal Constitucional, n. 170/2016, do 6 de outubro, F.X. 2.

24 No mesmo sentido, PERNAS GARCÍA, J.J., “Exigencias y límites a la configuración y a la actuación de los medios propios, como entes encomendados en el marco de las relaciones *in house*”, *Actualidad Administrativa*, n. 12, 2010, p. 1429; ORTIZ MALLOL, J., “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2004, p. 254, ou REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003, quen afirma que o importante, de todos os xeitos, non é que unha norma poida proclamar expresamente que tal ou cal entidade é «medio propio», senón o que realmente sexa a dita entidade (p. 381).

a pesar do seu carácter meramente formal, o cumprimento deste requisito situaríase ao mesmo nivel que o resto dos requisitos previstos no artigo 32.2 da LCSP.

Deste xeito, aínda que unha determinada entidade pública, polas súas propias características, puidese cumprir escrupulosamente con todos os requisitos previstos pola LCSP para considerarse realmente como un medio propio instrumental da Administración, deberíamos chegar á conclusión de que, para os efectos da LCSP, non tería legalmente tal consideración senón a partir do recoñecemento expreso desta condición nos seus estatutos ou actos de creación²⁵.

Máis alá destas previsións, a LCSP concreta tamén, e con carácter obrigatorio, o contido mínimo da declaración dunha determinada entidade como medio propio personificado. Así, de forma similar á xa prevista no anterior artigo 24.6 do TRLCSP, sinala que os estatutos ou actos de creación “deberán determinar” non só o poder adxudicador respecto do cal teñen esta condición, senón tamén o réxime xurídico e administrativo dos encargos que se lles poden conferir [art. 32.2 d) LCSP *in fine*].

Igualmente, engádese que o recoñecemento expreso da consideración dunha entidade concreta como medio propio personificado nos estatutos determinará a imposibilidade de que esta participe nas licitacións públicas convocadas polo poder adxudicador ao que se vincula, aínda que é certo que, posteriormente, a LCSP matiza esta limitación ao admitir que, no suposto de que non concorra ningún licitador, poida encargárselle directamente a execución da prestación obxecto destas licitacións [art. 32.2 d) LCSP].

Seguidamente, como dicíamos, a LCSP engade algunhas comprobacións materiais previas á declaración dunha determinada entidade como medio propio personificado. Destaca a previsión do artigo 32.2 d) da LCSP, que impón que esta declaración formal deba ir precedida da “Verificación pola entidade pública de que dependa o ente que vaia ser medio propio de que conta con medios persoais e materiais apropiados para a realización dos encargos de conformidade co seu obxecto social”²⁶.

Na nosa opinión, a existencia de que as entidades que pretendan configurarse como medios propios personificados dispoñan dos recursos necesarios para cumprir directamente eses encargos parécenos moi acertada. Como xa apuntamos anteriormente, se o recurso ás ditas entidades se xustifica pola súa especialidade e mellor capacidade de xestión, parecería lóxico exixirlles, como mínimo, que estean en condicións de cumprir por elas mesmas cos posibles encargos que reciban²⁷. En consecuencia, deberíamos entender que non estamos realmente ante un suposto de relacións de *cooperación vertical*, no sentido da LCSP, cando a entidade

25 Como pode verse, a LCSP exige un recoñecemento expreso [art. 32.2 d) LCSP], polo que entendemos que non resultaría suficiente cun recoñecemento xenérico desta condición nas normas xerais de organización e funcionamento da Administración de que se trate, senón que debería realizarse de forma concreta e específica para cada unha das entidades que pretenda constituírse como medio propio personificado.

26 Presúmese que se cumpre este requisito cando a entidade de que se trate obteña a correspondente clasificación respecto dos grupos, subgrupos e categorías que posúa [art. 32.2 d) *in fine* LCSP].

27 En termos parecidos pronunciaríanse tamén algúns órganos de contratación –véxase, por exemplo e entre outros, o Informe da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado núm. 13/2012, do 27 de setembro– ou o propio Tribunal de Contas cando, no seu Informe n. 1198, do 22 de decembro de 2016, no que se aprobaba unha Moción ás Cortes Xerais sobre a necesidade de desenvolver un marco legal para o emprego dos encargos a medios propios, se insiste na necesidade de asegurar “que o medio propio conta, no momento de realizarse o encargo, con medios suficientes para afrontalo por si mesmo, sen necesidade de ter que acudir de modo relevante, á subcontratación” (p. 35).

Véxase tamén, TEJEDOR BIELSA, J.C., “Sociedades locais, idoneidad de medios propios y régimen de contratación”, Gimeno Feliu, J.M. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 361-423.

provedora que recibe o encargo, ao non dispor duns mínimos medios materiais e persoais, se limita a trasladar a execución final das prestacións encargadas a un terceiro, converténdose nunha especie de órgano de contratación do poder adxudicador de que se trate.

Obviamente, estas consideracións tampouco se poden levar ata o extremo de lle negar á entidade provedora calquera posibilidade de acudir á contratación con terceiros para xestionar as prestacións que lle encargasen os poderes adxudicadores. E é que, como pode imaxinarse, nalgúns casos a correcta execución da prestación asignada pode xustificar a conveniencia de que algunha parte desta sexa subcontratada a outros operadores económicos.

Consciente desta problemática, o artigo 32.7 da LCSP ocupouse de regular o recurso á subcontratación por parte dos medios propios personificados. Así, en primeiro lugar, este precepto prevé que os contratos que poidan asinar os medios propios personificados en execución do encargo quedarán sometidos á lei e que, en todo caso, cando o medio propio non sexa un poder adxudicador, aplicaráselle as normas contidas no título I do libro terceiro da Lei [art. 32.7 a) LCSP]. É dicir, os contratos que celebren os medios propios personificados deberán respectar tamén as previsións da LCSP de acordo coa tipoloxía do contrato de que se trate. Neste sentido, para evitar unha “fuxida do dereito administrativo” nesta materia, impónselles aos medios propios personificados que non teñan a consideración de poder adxudicador a obriga de respectar, como mínimo, as regras previstas para estes nos contratos que poidan formalizar con terceiros.

Neste punto, non obstante, pensamos que o lexislador español podería ter sido máis ambicioso. E é que, mesmo con estas cautelas, o certo é que mediante o recurso á subcontratación podería intentar eludirse as garantías que rexen a contratación pública²⁸. Deste xeito, se entendemos o recurso aos medios propios personificados como unha forma de autoprovisión, que siga á entidade provedora na mesma posición xurídica que a do poder adxudicador do que depende, quizais sería máis lóxico que o réxime xurídico que deba aplicar en desenvolvemento da dita actividade sexa exactamente o mesmo que aplicaría a Administración se actuase a través dun dos seus órganos²⁹.

A partir de aquí, a LCSP introduce unha serie de límites cuantitativos máximos á subcontratación e afirma que “o importe das prestacións parciais que o medio propio poida contratar con terceiros non excederá o 50 por cento da contía do encargo” [art. 37.2 b) LCSP]. Porén, engade que non se considerarán prestacións parciais as que o medio propio lles adquira a outras empresas cando se trate de subministracións ou servizos auxiliares ou instrumentais que non constitúen unha parte autónoma e diferenciábel da prestación principal, aínda que sexan parte do proceso necesario para producir a dita prestación.

Loxicamente, a porcentaxe máxima de subcontratación que pode asumirse en cada caso debería calcularse individualmente, respecto de cada un dos encargos que os medios propios poidan recibir dos poderes adxudicadores. De feito, o artigo 32.7 da LCSP así nolo confirma, ao expresarse de forma singular e referirse, en primeiro lugar, aos negocios xurídicos que os

28 Ao mesmo tempo, unha utilización abusiva da subcontratación podería pór en dúbida a motivación real do encargo. GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la LRJSP”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 147, 2017, p. 22. No mesmo sentido, TEJEDOR BIELSA, J.C., “Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación”, cit., p. 405.

29 HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A., “Los presupuestos constitucionales de la actividad económica instrumental de la Administración Pública. Una reflexión sobre el fundamento del uso de medios propios”, Parejo Alfonso, L., e Vida Fernández, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el Siglo XXI*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 2452.

medios propios celebren “en execución do encargo recibido” e, posteriormente, no apartado b), ao fixar o límite porcentual especificamente respecto “da contía do encargo”.

Non obstante, a propia LCSP previu algunhas excepcións ao cumprimento das ditas limitacións porcentuais, as cales, ao mesmo tempo, se viron notablemente ampliadas coa modificación parcial da LCSP producida pola Lei 6/2018, do 3 de xullo, de orzamentos xerais do Estado para 2018. Deste xeito, actualmente o artigo 32.7 da LCSP permite exceptuar o límite máximo de subcontratación dos medios propios personificados:

“[...] aos contratos de obras que celebren os medios propios aos cales se lles encargase unha concesión, xa sexa de obras ou de servizos. Igualmente non será de aplicación nos supostos en que a xestión do servizo público se efectúe mediante a creación de entidades de dereito público destinadas a este fin, nin a aqueles en que esta se lle atribúa a unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa, na súa totalidade, de titularidade pública.

Tampouco será aplicable aos contratos que asinen os medios propios aos que se lles encargase a prestación de servizos informáticos e tecnolóxicos á Administración pública [...].

Excepcionalmente poderá superarse a dita porcentaxe de contratación sempre que o encargo ao medio propio se basee en razóns de seguridade, na natureza da prestación que requira un maior control na execución desta, ou en razóns de urxencia que demanden unha maior celeridade na súa execución [...]”.

Como pode verse, este precepto recolle diferentes supostos que non só non gardan unha relación clara entre si, senón que, ademais, tampouco teñen unha xustificación demasiado precisa³⁰. De todos os xeitos, se lemos con atención o vixente artigo 32.7 da LCSP, veremos como este establece principalmente dúas tipoloxías de excepcións.

Por un lado, quedan fóra da aplicación do límite do 50 % previsto no dito precepto determinados supostos que se xustifican principalmente en atención ao obxecto do encargo que se efectúa ao medio propio personificado. Sería o caso, por exemplo, da exclusión dos contratos de obras que asinen os medios propios aos que se lles encargase unha concesión de obras ou servizos, así como os supostos en que o obxecto do encargo recaia na prestación de servizos informáticos e tecnolóxicos que teñan como fin garantir a compatibilidade, a comunicabilidade e a seguridade de redes e sistemas, así como a integridade, fiabilidade e confidencialidade da información. Nestes supostos, parece que a LCSP establece unha exclusión absoluta do límite previsto no artigo 32.7 b) da LCSP, pois afirma taxativamente que “non será aplicable”. Polo tanto, deberíamos entender que a LCSP non previu ningún límite expreso á subcontratación nestes supostos.

En cambio, para o resto de encargos que se efectúen aos medios propios personificados non se prevé unha exclusión total da aplicación dos límites porcentuais máximos previstos no artigo 32.7 da LCSP, senón simplemente unha modulación en atención á concorrencia de determinadas circunstancias excepcionais. En consecuencia, a regra xeral deberá seguir sendo a execución directa de máis do 50 % do encargo polo medio propio ao que se lle atribúe. E, en todo caso, a excepcionalidade que permita superar o dito límite deberá acreditarse por escrito e xustificarse sobre a base da concorrencia de razóns de seguridade e/ou urxencia.

30 Neste sentido, destaca que na exposición de motivos da Lei 6/2018, do 3 de xullo, de orzamentos xerais do Estado para 2018, non se faga a máis mínima referencia ao motivo que xustifica a introdución desta modificación na LCSP.

Agora ben, apreciada esta situación excepcional, o certo é que nestes casos a LCSP non fixa tampouco ningún límite máximo á subcontratación do medio propio con terceiros, polo que poderíamos pensar que esta podería chegar tamén ata o 100 % da prestación obxecto de encargo.

Finalmente, aínda que dun xeito un pouco confuso, o artigo 32.7 da LCSP parece recoller un terceiro suposto que se exclúe tamén automaticamente do ámbito de aplicación do límite máximo do 50 % do importe das prestacións parciais que o medio propio pode contratar con terceiros. Trátase do suposto en que “a xestión do servizo público se efectúe mediante a creación de entidades de dereito público destinadas a este fin, nin a aqueles en que esta se lle atribúa a unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa, na súa totalidade, de titularidade pública”.

Como no primeiro caso, trataríase dunha excepción automática e absoluta, que permitiría excluír totalmente a aplicación dos límites previstos no artigo 32.7 b) da LCSP. Non obstante, esta previsión pode presentarnos tamén varias dúbidas en canto ao seu contido, xa que non resulta de todo doado identificar a que supostos se está a facer referencia realmente.

Se partimos do teor literal do artigo 32.7 b) da LCSP, deberíamos considerar que esta exclusión se entende referida soamente aos supostos en que, para o cumprimento do encargo recibido, o medio propio personificado recorra á súa vez á creación dun ente instrumental, xa sexa de dereito público ou unha sociedade de dereito privado. Esta interpretación refórzase polo feito de que, sistematicamente, esta excepción se sitúa dentro do artigo 32.7 da LCSP, precepto que regula especificamente os supostos en que un medio propio pode subcontratar cun terceiro a realización de determinadas prestacións parciais. En consecuencia, parece lóxico que a excepción que se introduce deba ir referida necesariamente a este suposto concreto.

Certamente, non podemos negar a posible viabilidade xurídica desta opción interpretativa, xa que a entidade que recibe o encargo non faría máis que recorrer aos seus propios medios materiais –tamén personificados– para poder executalo. Non obstante, desde un punto de vista organizativo, este esquema parece cuestionable, non só porque iso podería dar lugar a unha sucesiva creación de entidades instrumentais, senón tamén porque o feito de que, para o cumprimento dun encargo, un determinado medio propio personificado teña que recorrer a outra entidade instrumental parecería afastarse da exixencia da disposición de medios persoais e materiais apropiados que impón tamén o artigo 32.2 d) da LCSP.

Outra posible interpretación deste precepto viría dicirnos que, en realidade, esta excepción se refire non á creación de entes instrumentais por parte dos medios propios personificados, senón aos casos en que son directamente os poderes adjudicadores os que deciden atribuír, desde un inicio, a xestión dun servizo público a unha entidade de dereito público ou unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa integramente público. Deste xeito, se isto fose así, esta excepción viría excluír da aplicación dos límites previstos no artigo 32.7 b) da LCSP os supostos en que a xestión dun determinado servizo público se realizase de forma directa, mediante a creación dunha entidade de dereito público ou unha sociedade de dereito privado, de capital integramente público.



Esta segunda opción interpretativa podería atopar o seu fundamento nos propios traballos parlamentarios de elaboración da LCSP, pois a xustificación da emenda que deu lugar á introdución deste precepto, coa súa redacción actual, parece expresarse nun sentido similar³¹.

Agora ben, se isto fose así, o que resulta difícil de entender é por que unha previsión de alcance xeral –referida en realidade ás formas de xestión directa dos servizos públicos– se inclúe no artigo 32.7 da LCSP, que, lembremos, pretende regular soamente o réxime xurídico dos encargos a medios propios. O lóxico tería sido que, como xa sucedía co anterior TRLCSP³², esta previsión se tivese recollido nos artigos da lei dirixidos a regular os contratos de servizos ou as concesións de servizos³³.

2.5 Recapitulación

Se se cumpren de forma acumulativa os catro requisitos aos que nos viñemos referindo, os encargos contractuais conferidos por un poder adxudicador a outra persoa xurídica distinta quedarían excluídos do ámbito de aplicación da lexislación de contratos do sector público. E é que, aínda que formalmente puidésemos definir a dita relación como un *contrato público*, a LCSP considera que estamos ante unha relación meramente organizativa, de carácter interno (art. 31.1 LCSP).

Polo demais, debe terse en conta que, tal como prevé expresamente o artigo 32.5 da LCSP, o incumprimento sobrevido de calquera destes requisitos comportará a perda da condición de medio propio personificado e, consecuentemente, a imposibilidade de seguir efectuando encargos á persoa xurídica afectada, sen prexuízo de que, para non afectar á continuidade das prestacións, se poderán concluír aqueles encargos que estivesen en fase de execución³⁴.

Agora ben, chegados a este punto e antes de dar por finalizada a análise dos requisitos que se exigen aos poderes adxudicadores para realizar encargos a medios propios personificados, debemos facer tamén referencia á lexislación en materia de réxime xurídico do sector público porque, como veremos seguidamente, esta parece ter introducido un novo requisito –que

31 A introdución desta excepción no articulado da LCSP é froito da aprobación dunha emenda (a n. 482) do Partido Socialista ao proxecto de lei inicialmente presentado no Congreso dos Deputados, cuxa xustificación se expresaba nos seguintes termos:

“Confúndese o encargo dunha obra ou servizo concreto co encargo de «xestionar un servizo», que é o que fan habitualmente os entes instrumentais, xa que son unha forma de xestión directa dos servizos públicos, especialmente os locais (artigo 85 da Lei 7/1985, LBRL). De acordo co proxecto se se pretende encargar unha promoción urbanística concreta ou dun grupo de vivendas, por moito que sexa en valor do conxunto das actuacións de xestión que hai que realizar (elaboración de proxectos, licenzas, dirección de obras, acollimento á protección oficial, solicitude de axudas e créditos dos plans de vivenda, selección de adxudicatarios, plans de seguridade e saúde, contratación de obras de urbanización e/ou edificación, etc.), nunca pode ser comparado economicamente co valor da obra a executar (o valor da obra edificada ou urbanizada), que paradoxalmente é o máis simple de realizar. Ademais, vai en contra da normativa específica das sociedades urbanísticas, competencia das CC.AA., que lle impoñen a obriga de ser só promotoras e non construtoras, ao prohibirlle a execución material das obras e obrigalas a ofertalas publicamente” (*Boletín Oficial das Cortes Xerais*, Congreso dos Deputados, Serie A, n. 2-2, 16 de marzo de 2017, p. 406).

32 En efecto, o anterior artigo 8.2 do TRLCSP expresábase en termos moi parecidos aos previstos agora na LCSP ao excluír do seu ámbito de aplicación: “[...] os supostos en que a xestión do servizo público se efectúe mediante a creación de entidades de dereito público destinadas a este fin, nin a aqueles en que esta se lle atribúa a unha sociedade de dereito privado cuxo capital sexa, na súa totalidade, de titularidade pública.”

33 No mesmo sentido, VILLAR ROJAS, F.J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, *Anuario de Derecho Municipal* 2017, n. 11, 2018, p. 82.

34 Igualmente, o artigo 40 c) da LCSP prevé que serán anulables os encargos que acorden os poderes adxudicadores para a execución directa de prestacións a través de medios propios, cando non observen algún dos requisitos establecidos nos apartados 2-4 do artigo 32 da LCSP.

pode ter transcendencia– no que se refire, como mínimo, aos encargos a medios propios realizados no ámbito da Administración xeral do Estado (art. 86 LRXSP).

2.6 Un quinto requisito? O carácter subsidiario dos encargos a medios propios personificados no ámbito da Administración xeral do Estado

Como é sabido, a nova LRXSP ocupouse de regular, con carácter xeral, o réxime xurídico das nosas administracións públicas, pondo especial atención na regulación do sector público institucional. É precisamente neste ámbito onde atopamos o artigo 86 da LRXSP, que parece introducir unha novidade relevante –e asemade discutible– sobre o réxime xurídico dos encargos a medios propios personificados no ámbito da Administración xeral do Estado. Este precepto, despois de prever que as entidades integrantes do sector público institucional poderán ser consideradas como medios propios dos poderes adjudicadores e do resto de entidades do sector público cando cumpran as condicións e requisitos previstos na lexislación contractual (art. 86.1 LRXSP), engade:

“2. Terán a consideración de medio propio e servizo técnico cando se acredite que, ademais de dispor de medios suficientes e idóneos para realizar prestacións no sector de actividade que se corresponda co seu obxecto social, de acordo coa súa norma ou acordo de creación, se dea algunha das circunstancias seguintes:

- a) Sexa unha opción máis eficiente que a contratación pública e resulte sustentable e eficaz, aplicando criterios de rendibilidade económica.
- b) Resulte necesario por razóns de seguridade pública ou de urxencia na necesidade de dispor dos bens ou servizos subministrados polo medio propio ou servizo técnico [...]”.

Como pode verse, este precepto non só anticipaba a necesidade de acreditar que os medios propios personificados dispuxesen dos medios suficientes e idóneos para poder cumprir cos encargos que pretenden atribuírselles –obriga que, como mencionabamos, se recolleu posteriormente de forma expresa no artigo 32.2 c) da LCSP– senón que, ademais, engade unha nova limitación á utilización desta figura: o carácter subsidiario dos encargos a medios propios personificados respecto da contratación pública [art. 86.2 a) LRXSP]. Deste xeito, agás cando se xustifique en razóns de urxencia ou seguridade pública [art. 86.2 b) LRXSP], deberá acreditarse expresamente que o recurso aos medios propios resulta unha opción máis eficiente e sustentable, en termos económicos, que a contratación pública. Se iso non resulta posible, todos os encargos de actividades contractuais que sexan susceptibles de explotación deberían ser, inicialmente, obxecto dun procedemento de licitación de acordo coa LCSP.

Neste punto, ademais, cómpre subliñar que este requisito non se prevé simplemente como unha mera formalidade legal. Ao contrario. Mentres que, por un lado, o artigo 86.2 da LRXSP afirma que o cumprimento do dito requisito formará parte do control de eficacia ao que se someten as entidades integrantes do sector público institucional, polo outro, o artigo 86.3 da LRXSP engade que “á proposta de declaración de medio propio e servizo técnico deberá achegarse unha memoria xustificativa que acredite o disposto no apartado anterior e deberá ser sometida a informe da Intervención Xeral da Administración do Estado [...]”.

Regap



ESTUDIOS

Con toda seguridade, o feito de que a Administración, á hora de decidir o modo concreto de exercer unhas determinadas competencias, deba analizar e xustificar detalladamente cal resulta máis axeitado desde un punto de vista da eficiencia e a eficacia non debe parecer-nos unha idea nada estraña (art. 103.1 CE). Non obstante, que, segundo o artigo 86.2 a) da LRXSP, esa elección deba basearse soamente en criterios de “rendibilidade económica” si que podería resultar criticable. Non só porque parte dunha presunción de ineficacia da xestión directa por parte da Administración³⁵, senón que, ademais, vén limitar a liberdade de decisión en materia organizativa, impondo a utilización preferente dunha determinada forma de prestación –a xestión indirecta de carácter contractual– unicamente en atención ao seu beneficio económico³⁶. Todo iso ponnos de relevo, unha vez máis, a tradicional consideración do lexislador español da contratación pública como unha simple operación económica, esquecendo, polo tanto, que as decisións organizativas en materia de provisión de bens e servizos constitúen tamén un instrumento para a consecución doutras finalidades públicas, desligadas do estrito valor económico³⁷.

Máis alá da oportunidade deste requisito, a regulación actual pode suscitar-nos outra dúbida de carácter xurídico: este novo requisito é aplicable soamente aos encargos efectuados pola Administración xeral do Estado ou debe ser aplicado por todas as restantes administracións públicas?

Se partísemos da disposición derradeira 14 da LRXSP –que prevé expresamente que o artigo 86 da LRXSP non ten carácter básico–, poderíamos chegar á conclusión de que estes novos requisitos son unicamente aplicables á Administración xeral do Estado e ao sector público estatal³⁸. Agora ben, a cuestión complicase se temos en conta tamén a regulación prevista na nova LCSP. En concreto, a disposición derradeira cuarta da LCSP sinala o seguinte:

“3. En relación co réxime xurídico dos medios propios personificados, no non previsto nesta lei, resultará de aplicación o establecido na Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público”.

35 VILALTA REIXACH, M., “La encomienda de gestión en la LRJSP. Régimen jurídico y distinción de figuras afines”, Tornos Mas, J. (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 102.

Por outro lado, afirmou-se tamén que o rigor na exigencia deste requisito podería levar consigo o efecto contrario ao querido polo lexislador (o aforro do gasto público). É que á Administración pode resultarlle máis doado contratar que “demostrar” todos os requisitos previstos no artigo 86.2 da LRXSP. MELLADO RUIZ, L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional”, Gosálbez Pequeño, H. (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, CEMCI, Granada, 2016, p. 290. Igualmente, FONT I LLOVET considera que este criterio non se compadece en absoluto coa configuración constitucional da Administración pública, que xa descartou a subsidiariedade da iniciativa económica dos poderes públicos. FONT I LLOVET, T., “Administración pública, libertad y mercado. Los criterios de la reforma administrativa”, *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 3-38.

36 O concepto de “rendibilidade económica” (ou *Return on assets*) foi definido como o rendemento medio obtido por todos os investimentos dunha determinada empresa; noutras palabras, o beneficio xerado por cada euro investido. Neste sentido, entre outros moitos, RIVERO TORRE, P., e CUERVO GARCÍA, Á., “Análisis económico-financiero de la empresa”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n. 49, 1986, pp. 15-33, ou BERNSTEIN, L.A., *Análisis de estados financieros*, Deusto, Bilbao, 1996, pp. 660-663.

37 Sobre a utilización estratéxica da contratación e a súa consideración como instrumento de consecución de determinadas políticas públicas, podemos remitirnos a GIMENO FELIU, 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*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, ou PERNAS GARCÍA, J.J. (dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013. Igualmente crítica resulta a lectura do dito precepto por BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., “La modificación de los modos de gestión de servicios públicos, en el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”, *Documentación Administrativa*, n. 2, 2015.

38 En efecto, o artigo 86 da LRXSP atópase situado no capítulo II (*Organización e funcionamento do sector público estatal*) do título II (*Organización e funcionamento do sector público institucional*), que, de acordo coa mencionada disposición derradeira 14, apartado 2 c) da LRXSP, nin teñen carácter de lexislación básica.

Polo tanto, este artigo parece afirmar que o réxime xurídico dos encargos a medios propios personificados non só se integraría polo cumprimento dos requisitos previstos no artigo 32 da LCSP, senón que, con carácter supletorio, ademais, debería cumprirse tamén co previsto na LRXSP.

Así mesmo, debemos ter en conta que a disposición derradeira cuarta da LCSP si que ten carácter básico³⁹, de maneira que, como apuntaron algúns autores, deberíamos chegar á conclusión de que a nova LCSP quixo converter tamén en básicos, como mínimo pola vía da supletoriedade, os requisitos previstos no artigo 86 da LRXSP e, polo tanto, facelos extensibles a todo o sector público, tanto estatal como autonómico e local⁴⁰.

Certamente, esta é unha cuestión complexa e aberta, que non resulta nada doado de resolver. Non obstante, na nosa opinión, optar por unha interpretación literal da LCSP –que permitise ampliar o ámbito de aplicación dos requisitos previstos no artigo 86 da LRXSP a todo o sector público institucional– podería resultar inxustifico.

En primeiro lugar, porque resulta estraño que unha limitación tan relevante como a prevista no artigo 86.2 da LRXSP non se previse de forma expresa e detallada no artigo 32 da LCSP. Téñase en conta que, como apuntabamos anteriormente, a aplicación desta limitación con carácter xeral suporía un cambio significativo no réxime xurídico dos encargos a medios propios personificados, xa que estes serían subsidiarios respecto da contratación pública.

Polo tanto, resulta sorprendente que o articulado da Lei de contratos do sector público, nin sequera a súa exposición de motivos, non faga ningún tipo de alusión a esta importante modificación. Máis sorprendente aínda cando outra das novidades que incorporaba o dito precepto –a existencia de que os medios propios personificados dispoñan dos medios suficientes e idóneos para realizar o encargo (art. 86.2 LCSP)– si que se previu expresamente no artigo 32.2 d) da LCSP.

Pero, sobre todo, cremos que non foi esta a vontade do lexislador estatal porque, se lemos con atención o artigo 32.1 da LCSP, veremos como este precepto fai xa unha referencia directa aos requisitos previstos na LRXSP para os encargos aos medios propios personificados e a circunscribe unicamente aos medios propios de ámbito estatal. En efecto, o artigo 32.1 da LCSP parece distinguir, por un lado, os requisitos que deberían cumprirse por todos os medios propios personificados –que serían os previstos nos artigos 32.2, 32.3 e 32.4 da LRXSP– e, polo outro, aqueles outros requisitos que, ademais, son “establecidos para os medios propios do ámbito estatal na Lei 40/2015, do 1 de outubro [...]”.

Polo tanto, partindo dunha interpretación sistemática da LCSP, poderíamos concluír que, na nosa opinión, os requisitos e limitacións previstos no artigo 86 da LRXSP serían aplicables unicamente ás entidades que se queiran configurar como medio propio da Administración xeral do Estado, non sendo obrigatoriamente exixibles ao resto de administracións públicas.

39 Véxase a disposición derradeira primeira da LCSP.

40 Neste sentido, por exemplo, AMOEDO SOUTO, C.A., “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, Gimeno Feliu, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 387-389, ou NOGUERA DE LA MUELA, B., “Capítulo XII. Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, cit., pp. 685-687. Igualmente, aínda que sen pronunciarse de forma clara, parece expresarse no mesmo sentido a recente Resolución do Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público núm. 105/2018, do 15 de xuño (pp. 22-23).

Polo demais, téñase en conta que a remisión que efectúa a disposición derradeira cuarta da LCSP á LRXSP é soamente con carácter supletorio. En consecuencia, poderíamos entender que a lexislación autonómica que desenvolva a regulación básica estatal sobre o réxime xurídico dos encargos dos poderes adjudicadores aos medios propios personificados podería optar, se é o caso, por outra solución, desactivando así o xogo da cláusula supletoria.

3 A redistribución de competencias entre entidades públicas

Como fomos expondo ao longo dos apartados anteriores, a posibilidade de que as entidades pertencentes ao sector público poidan encargar a realización de determinadas tarefas contractuais aos seus medios propios personificados podería resultar unha opción organizativa moi útil. Aínda que debamos ter sempre presentes os seus límites, esta ferramenta pode permitir non só unha xestión máis áxil dos asuntos públicos, senón tamén un mellor aproveitamento dos recursos⁴¹.

Non obstante, cremos que nalgunhas ocasións as nosas entidades públicas realizan unha utilización excesiva desta figura, non só porque, como puxo de relevo a Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia, se recorre de forma abusiva a esta institución, para fuxir da aplicación das normas de contratación⁴², senón tamén pola súa innecesariedade. En efecto, ás veces a utilización dos encargos a medios propios personificados resultaría prescindible porque a asignación de determinadas tarefas que pretende realizarse a outra entidade pública, pola súa propia natureza, non daría lugar ao establecemento dun contrato público entre elas e, polo tanto, non estaría suxeito á LCSP.

Neste caso, o punto de partida debemos situalo nunha consideración básica, pero a miúdo esquecida: a normativa en materia de contratos do sector público ocúpase soamente de regular o réxime xurídico dos *contratos públicos* —é dicir, dos contratos onerosos formalizados por escrito por unha entidade do sector público cunha persoa xurídica diferenciada (ex art. 2.1 LCSP) e que teñen por obxecto a realización dunha obra, a prestación dun servizo ou unha subministración—. Deste xeito, quedan automaticamente fóra do seu ámbito de aplicación aqueles outros supostos en que, por faltar algún destes requisitos, non poden cualificarse como tales.

Desde esta perspectiva, un dos supostos que, na nosa opinión, escaparían ao concepto de contrato público poderían ser os procesos de descentralización funcional, nos cales, como veremos seguidamente, se produce unha redistribución de competencias públicas dentro dunha mesma organización administrativa. En efecto, cando unha determinada Administración pública decide transferir ou asignar directamente a xestión dunha determinada función a outra entidade instrumental, non podemos falar propiamente dun acordo de vontades de carácter oneroso entre dúas persoas xurídicas diferenciadas —é dicir, dun contrato público

41 Neste sentido, afirmouse que “os medios propios foron utilizados como alternativa operativa dos xestores públicos non só ante as rixideces administrativas (para a dotación de persoal público por capítulo I [...]), senón tamén ante as debilidades dun sector privado tamén en crise e con non poucas patoloxías [...]”. AMOEDO SOUTO, C. A., “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, cit., p. 372.

42 Véxase, por exemplo e entre outros moitos, o documento “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia” elaborado pola Comisión Nacional da Competencia en 2008 e que, entre outros aspectos, alertaba sobre as posibles restricións á competencia derivadas da utilización dos medios propios personificados por parte das diferentes administracións públicas. Pode accederse á versión electrónica do dito documento en https://www.cnmec.es/sites/default/files/1186066_1.pdf

(ex. art. 2.1 LCSP)–, senón que nos atoparíamos ante unha decisión organizativa meramente interna, de carácter unilateral. E, como tal, esta decisión organizativa resultaría excluída do ámbito de aplicación da normativa contractual.

Aínda que é certo que a nova LCSP non parece recoller de forma expresa este suposto, conceptualmente esta sería unha figura plenamente coñecida e amparada no noso ordenamento xurídico⁴³. Así mesmo, o seu fundamento xurídico podería atoparse tamén na normativa comunitaria. En efecto, o artigo 1.6 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, partindo da liberdade organizativa dos Estados membros para establecer a prestación dos seus servizos, permite excluír do seu ámbito de aplicación:

“Os acordos, as decisións e os demais instrumentos xurídicos mediante os cales se organiza a transferencia de competencias e responsabilidades para desempeñar funcións públicas entre poderes adjudicadores ou agrupacións destes e que non prevén que se dea unha retribución pola execución dun contrato considéranse un asunto de organización interna do Estado membro de que se trate e, nese sentido, de ningún xeito se ven afectados por esta directiva”.

Como se pode comprobar, este precepto viría recoller un suposto aparentemente distinto dos encargos a medios propios personificados que analizamos anteriormente. E é que, a diferenza daqueles, se parte da inexistencia dun *contrato público*, no sentido das directivas europeas sobre contratación, nos supostos en que un poder adjudicador se limita a atribuírle xenericamente e de forma unilateral determinadas competencias ou tarefas administrativas a outra entidade pública. Como avanzabamos, nestes supostos non existe –non formal nin materialmente– un intercambio oneroso de prestacións entre dúas persoas xurídicas diferenciadas. De feito, non habería ningunha selección dunha oferta –e, polo tanto, dun adjudicatario–, senón soamente a asignación directa e unilateral dunha determinada tarefa a unha entidade pública concreta⁴⁴.

Máis alá destas novas previsións normativas da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, debemos engadir que o TXUE tivo tamén ocasión de pronunciarse sobre estes supostos, aínda que, de momento, de xeito puntual. Así, con algunhas breves referencias anteriores⁴⁵, debemos destacar especialmente a Sentenza do 21 de decembro de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*. Neste procedemento o tribunal veu axuizar a atribución que determinadas autoridades locais alemás realizaran das súas competencias en materia de recollida e tratamento de residuos a un consorcio administrativo creado por elas. Ante a constatación de que o dito consorcio, polo volume de actividades que realizaba con terceiros, non cumpría cos requisitos para ser considerado como un medio propio personificado de acordo coa normativa contractual e que a atribución dos ditos servizos ao consorcio tampouco pretendía establecer unha relación de cooperación entre as partes, o TXUE chega á conclusión de que a normativa europea en materia de contratación pública:

43 Téñase en conta, por exemplo, o artigo 85.2 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local. Neste sentido exprésase tamén VILLAR ROJAS, F. J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, cit., p. 82.

44 Referiuse á elección dunha oferta como elemento indispensable para a existencia dun contrato público a STXUE do 2 de xuño de 2016, asunto C-410/14, *Falk Pharma*, F.X. 38. Sobre este suposto, véxanse tamén o *Libro Verde da Comisión sobre a modernización da política de contratación pública da UE* (COM 2011 15 final, do 27 de xaneiro), pp. 23-24 e, de forma máis detallada, o *Documento de traballo dos servizos da Comisión Europea relativo á aplicación da normativa sobre contratación pública ás relacións entre poderes adjudicadores (cooperación público-público)* [SEC (2011) 1169, do 4 de outubro,], pp. 19-20.

45 Por exemplo, podemos citar a Sentenza do 20 de outubro de 2005, asunto C-264/03, *Comisión das Comunidades Europeas/Francia*, F.X. 54.

“[...] debe interpretarse no sentido de que non constitúe un contrato público un acordo entre dúas entidades territoriais, como o controvertido no litixio principal, sobre a base do cal estas adoptan un estatuto polo que se crea un consorcio de entidades, con personalidade xurídica de dereito público, e polo que se transfiren a esa nova entidade pública determinadas competencias das que gozaban esas entidades ata entón e que en diante corresponderán ao consorcio de entidades” (F. X. 55).

Polo tanto, o TXUE considera tamén que xuridicamente non se pode falar dun contrato público cando é un determinado poder adxudicador –ou varios neste caso– os que deciden atribuírle *ex novo* a outra entidade pública o exercicio dunhas determinadas funcións públicas. A súa argumentación, como veremos seguidamente, reside tamén no feito de que, aínda que a dita atribución poida supor a xestión dun servizo, en realidade nestes supostos non existiría un verdadeiro contrato oneroso asinado por escrito entre dúas persoas xurídicas diferenciadas, senón unha simple opción organizativa da Administración⁴⁶, polo que, en consecuencia, ante a ausencia dun contrato público, para articular os ditos traslados competenciais non sería necesario acudir aos procedementos de adxudicación previstos na normativa contractual.

Como pode imaxinarse, todas estas previsións poden resultar de enorme interese para as nosas administracións públicas, xa que veñen limitar, en parte, a tendencia notablemente expansiva que experimentou a noción de contrato público nos últimos anos. Ao mesmo tempo, estas previsións virían garantir un espazo de decisión organizativa propia –á marxe da lexislación contractual e, mesmo, da figura dos encargos a medios propios personificados– que lles permitiría ás diferentes entidades do sector público poder acordar directamente a xestión de determinadas competencias ou actividades mediante a creación –ou modificación– doutras entidades públicas instrumentais⁴⁷.

No entanto, como non pode ser doutro xeito, a aplicación desta excepción debe realizarse tamén de forma estrita e suxeita ao cumprimento de determinados límites, para evitar que calquera mera relación intersubxectiva atributiva dun servizo puidese considerarse como un suposto de redistribución de competencias entre entidades públicas excluído do ámbito de aplicación a lexislación contractual.

Neste sentido, para examinar brevemente cales poderían ser os condicionantes á posible utilización desta figura, debemos remitirnos novamente á mencionada Sentenza do 21 de decembro de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*, en que o TXUE afirma que tal suposto de transferencia de competencias:

46 Entre nós, HUERGO LORA expresouse en sentido similar cando, ao analizar o suposto formulado na mencionada Sentenza *Remondis GmbH*, en concreto, a creación dun consorcio por varias entidades públicas e a posterior delegación de funcións, afirma que “É difícil confundir iso cun contrato público porque se trata dunha auténtica delegación de competencias intersubxectiva e non do encargo da prestación dun servizo”. HUERGO LORA, A., “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 8, 2017, p. 21. Anteriormente, puxera de relevo tamén esta idea, entre outros, REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, cit., p. 376.

47 Neste sentido tamén pareceron entendela a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, por exemplo, no seu Informe 10/2010, do 23 de xullo, ou o Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público, na súa Resolución 113/2018, do 20 de xuño. Igualmente, véxase a instrución relativa á descentralización funcional e aos medios propios do Concello de Barcelona, aprobada polo Decreto da Comisión de Goberno n. 218/536, do 26 de xullo (*Gasetta Municipal do Concello de Barcelona* do 30 de xullo de 2018). En contra desta idea, EZQUERRA HUERVA, A., “La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos”, *Observatorio de Contratación Pública*, 30 de setembro de 2018. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.371/relcategoria.121/relmenu.3/chk.3a0f412a61f01b39aa322f484b03b9ff> (4 de outubro de 2018).

“[...] só existe se se refire, á vez, ás responsabilidades derivadas da competencia transferida e aos poderes que son o corolario desta, de modo que a autoridade pública que é agora competente dispón de autonomía decisoria e financeira, o que lle corresponde comprobar ao órgano xurisdiccional remitente” (F.X. 55).

Polo tanto, parecería que, máis alá dos suxeitos concretos que interveñen na dita relación⁴⁸, o TXUE determina a aplicación deste suposto baseándose no seu obxecto, é dicir, tomando principalmente como referencia o contido e alcance desta cesión de competencias. Desta forma, partindo desta perspectiva, dedicaremos os dous últimos apartados deste traballo a analizar, polo menos de forma inicial, a posible repercusión desas limitacións.

3.1 Asunción de responsabilidades e autonomía decisoria

Desde o noso punto de vista, o primeiro elemento que deberíamos valorar para determinar a existencia dun suposto de transferencia de competencias entre entidades públicas excluído do ámbito de aplicación da normativa contractual garda relación co seu contido inmediato, é dicir, co conxunto de facultades (e deberes) que pretenden transferirse mediante a dita reordenación competencial.

Neste punto, o TXUE parte dun concepto funcional. E é que considera indiferente que a transferencia de competencias entre entidades públicas veña imposta por unha norma xurídica, por unha autoridade de rango superior ou, mesmo, que sexa acordada voluntariamente –recordemos que a Sentenza *Remondis GmbH* se refería especificamente á creación voluntaria dun consorcio administrativo–. O determinante é que esta supoña a asunción das responsabilidades vinculadas á competencia que se transfire, en particular da obriga de cumprir as funcións que implica a dita competencia e os poderes que son o corolario desta (F.X. 49).

Trataríase de demostrar que, efectivamente, a entidade pública que recibe a dita atribución competencial pasa a ocupar, para todos os efectos, o papel e lugar da Administración cedente, dispoño de plena capacidade de decisión sobre o exercicio das ditas funcións. Deste xeito, a atribución competencial tería como consecuencia que a entidade anteriormente competente se vexa liberada da obriga e do dereito de executar esa función, que pasaría a confiárselle á entidade que asume a dita cesión.

Fixémonos como, neste suposto, a diferenza dos encargos a medios propios personificados (art. 32.1 LCSP), a transferencia de competencias non se limitaría soamente á encomenda dunha prestación meramente contractual –realización de obras, subministracións ou servizos–, que deba ser realizada de acordo coas instrucións fixadas polo poder adjudicador, senón á atribución dun conxunto de funcións e responsabilidades concretas nun ámbito material determinado.

De todos os xeitos, iso non supón que a entidade que pretende realizar esta asignación competencial quede desprovista de calquera forma de control ou influencia sobre esta. Ao contrario. En primeiro lugar, como é obvio, poderá participar plenamente no exercicio das

⁴⁸ Neste punto, sen poder entrar en máis detalle nesta cuestión, queremos simplemente apuntar que a referencia que se prevé no artigo 1.6 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro, aos poderes adjudicadores non debe interpretarse *a priori* nun sentido limitativo ou excluínte doutras posibles entidades do sector público. Na nosa opinión, obedece tan só ao feito de que, como é sabido, a mencionada directiva limita o seu ámbito de aplicación soamente aos procedementos de adjudicación celebrados polos poderes adjudicadores, pero non aos contratos que poidan asinar outras entidades que non teñan a dita consideración.

ditas funcións a través dos propios órganos decisorios da entidade que recibe a competencia, que deberían permitirlle tamén influír na toma das decisións estratéxicas e máis importantes⁴⁹. Polo tanto, sen necesidade de ningún negocio xurídico e, menos aínda, dun encargo no sentido do artigo 32 da LCSP, a entidade pública delegante podería mediatizar plenamente a actuación da entidade que recibe esa transferencia —e sen que iso supoña ningunha mingua da súa autonomía de acción— a través dos órganos sociais.

Pero é que, ademais, como destacou tamén o TXUE na Sentenza *Remondis GmbH*, a autonomía de acción que se lle recoñece á entidade que recibe a transferencia competencial non debe entenderse tampouco como unha total desvinculación por parte do ente delegante. Ao contrario, tal como se afirma expresamente na dita resolución, a transferencia dunha competencia non significa que a entidade que resulta agora competente deba subtraerse a toda influencia por parte da entidade cedente, que pode conservar certo dereito de supervisión das funcións derivadas dese servizo e exercerse a través dun órgano como a xunta xeral, formada por representantes das entidades territoriais anteriormente competentes (F.X. 52). Non obstante, engádese que a dita capacidade de influencia debe ser necesariamente limitada, excluíndose toda inxerencia na forma concreta de execución das funcións comprendidas na competencia transferida⁵⁰.

Por último, convén tamén ter presente que o feito de que a transferencia que pretende efectuarse poida ter un carácter non permanente non suporía tampouco ningún obstáculo para poder excluír este suposto do ámbito de aplicación da normativa contractual. E é que o TXUE, novamente na Sentenza *Remondis GmbH*, segue dicindo que non será necesario que a transferencia de competencias teña carácter irreversible, posto que a repartición de competencias dentro dun Estado non pode considerarse conxelada, de maneira que son posibles reorganizacións sucesivas (F.X. 53).

Sen prexuízo das anteriores consideracións, non nos escapa que, malia que a nivel teórico todas estas limitacións parecen estar ben fundamentadas, na práctica pode resultar bastante complexo diferenciar realmente cando estamos ante un suposto de atribución competencial directa ou cando nun mero intercambio oneroso de prestacións contractuais entre dúas persoas xurídicas diferenciadas. Noutras palabras, a delimitación de qué constitúe unha mera execución material dunha prestación a cambio dunha remuneración daquilo que, pola contra, supón un acto polo cal unha Administración pública, unilateralmente e no marco das súas facultades institucionais, realiza unha transferencia de determinadas funcións públicas a outra entidade parécenos problemática. E, en todo caso, requirirá dun exame casuístico que teña en conta todas as circunstancias legais e fácticas que concorran en cada caso.

49 Péñese, por exemplo, que, aínda que o artigo 85 *ter* da LBRL remite a forma de designación e o funcionamento da xunta xeral aos estatutos sociais, nada impide que se acorde a designación de pleno ou xunta de goberno local como xunta xeral dunha determinada sociedade mercantil municipal. E o mesmo poderíamos afirmar dos organismos autónomos ou entidades públicas empresariais municipais, de acordo co artigo 85 *bis* da LBRL.

50 Neste punto, o avogado xeral, Sr. Paolo Mengozzi, nas súas conclusións ao asunto C-51/15, *Remondis GmbH*, do 30 de xuño de 2016, considera que non estaríamos ante un suposto de transferencia de competencias entre entidades públicas se se previse unha facultade de resolución unilateral atribuída á Administración cedente en caso de execución inadecuada da función. E é que se considera que tal posibilidade pertence a unha lóxica contractual, allea ás transferencias de competencias. Unha devolución de competencias podería, pola contra, ser o resultado dunha nova reorganización das funcións públicas en cuestión.

3.2 Ausencia de retribución e autonomía financeira

En segundo lugar, máis alá do feixe de potestades e deberes que pretenden transferirse con esta decisión organizativa, á hora de analizar os supostos de transferencias de competencias entre entidades públicas, o TXUE prestou tamén atención aos intercambios económicos que, se é o caso, derivan da dita atribución.

O punto de partida é que, como xa temos apuntado, os *contratos públicos* son sempre contratos de carácter oneroso (art. 2.1 LCSP) no sentido de que unha entidade do sector público recibe unha prestación –unha obra, unha subministración ou un servizo– a cambio dunha contraprestación. Polo tanto, para poder falar dun contrato público debe producirse necesariamente un intercambio de prestacións⁵¹. En cambio, fronte a esta situación, para poder verificar a existencia dun suposto de transferencia de competencias entre poderes adjudicadores –tal como expresa o artigo 1.6 da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro– deberíamos poder acreditar que os intercambios económicos que poidan producirse non se deben a unha mera retribución pola execución dun contrato, senón que son un elemento accesorio da dita operación.

Noutras palabras, nestes supostos non estaríamos ante o pagamento dun prezo pola realización dunha prestación, senón que, salvando as distancias, poderíamos dicir que estas achegas terían unha natureza cuasibsubvencional, dado que se configuran como un presuposto básico e indispensable para a posta en marcha e o correcto funcionamento da dita entidade e das competencias que se lle asignan.

Desde esta perspectiva, e de acordo co TXUE, a directiva non impide que esas operacións organizativas poidan dar lugar a intercambios patrimoniais. Ao contrario. Agora ben, en todo caso, como se apunta na Sentenza *Remondis GmbH*:

“[...] a reasignación dos medios empregados para o exercicio da competencia, que son transmitidos pola autoridade que deixa de ser competente á que pasa a ser competente, non pode analizarse como o pagamento dun prezo, senón que constitúe, pola contra, unha consecuencia lóxica, mesmo necesaria, da transferencia voluntaria ou da redistribución imposta da dita competencia da primeira autoridade á segunda” (F.X. 45).

Como no caso anterior, a comprobación deste requisito exixirá tamén unha análise casuística, que deberá tomar en consideración principalmente o sistema de financiamento da entidade receptora das ditas funcións. Así, como dicíamos, debería poder acreditarse que as posibles achegas que realiza a entidade cedente non se configuran como unha mera remuneración contractual, de carácter sinalagmático pola prestación dun servizo concreto, senón que, como apunta o TXUE, son a consecuencia lóxica da atribución competencial efectuada.

Novamente, a acreditación deste requisito pode resultar complexa. Máis se temos en conta que outra das novidades que prevé a LCSP en relación co réxime xurídico dos encargos que os poderes adjudicadores poden realizar aos seus medios propios personificados reside precisamente en limitar a retribución que estes poden percibir unicamente por referencia

51 Así o puxo de relevo en moitas ocasións o TXUE. Entre moitas outras, podemos mencionar a STXUE do 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, *Helmut Müller GmbH* (F.X. 45), a STXUE do 18 de xaneiro de 2007, asunto C-200/05, *Jean Aroux/Commune de Roanne* (F.X. 45), ou, máis recentemente, a STXUE do 18 de outubro de 2018, asunto C-606/17, *IBA Molecular Italy Srl* (FF.XX. 28-29).

a tarifas aprobadas pola entidade encomendante baseándose no custo efectivo soportado polo medio propio para as actividades obxecto de encargo [art. 32.2 a) LCSP].

En calquera caso, complementando as consideracións anteriores, o TXUE considerou tamén que a entidade á cal se lle transfiren as competencias debe dispor de autonomía financeira, negándose esta cando “a autoridade inicialmente competente conserva a responsabilidade principal relativa ás referidas funcións, se se reserva o control financeiro destas ou se debe aprobar previamente as decisións que pretenda tomar a entidade á que se adheriu” (F. X. 49).

Agora ben, de novo, esta autonomía financeira do ente receptor non debe entenderse tampouco como unha total desvinculación da Administración cedente, senón que pode supor tamén algún tipo de participación, co límite de que en ningún caso lle deberían conferirse á entidade que realiza a dita transferencia obter o control financeiro directo da actividade obxecto de transferencia.

Desde esta perspectiva, por exemplo, o TXUE –na Sentenza *Remondis GmbH*– recoñeceu que non constitúe unha remuneración o feito de que a autoridade que tome a iniciativa da transferencia dunha competencia ou que decida a redistribución dunha competencia se comprometa a asumir a carga de eventuais excesos de custos en relación cos ingresos que poidan resultar do exercicio desa competencia (F. X. 46). Esas previsións non se configurarían como o pagamento dun prezo, senón como un mecanismo de garantía destinado a terceiros, para evitar procedementos de insolvencia das entidades públicas.

4 A modo de conclusión: encargos a medios propios personificados fronte a transferencias de competencias entre entidades públicas

Como anunciabamos na introdución, ao longo deste traballo intentamos expor, en primeiro lugar, algunhas das principais novidades da LCSP no que se refire ao réxime xurídico dos medios propios personificados, especialmente en canto aos requisitos previstos no artigo 32 da LCSP para poder ser considerado como tal. A partir de aquí, na parte final da nosa exposición, fixémonos eco doutro dos instrumentos de que poden dispor as nosas administracións para organizar a prestación das súas funcións públicas á marxe da vía contractual: as transferencias de competencias entre entidades públicas.

Por suposto, o obxectivo da nosa exposición non reside en buscar malintencionadamente alternativas á debida aplicación da normativa contractual, senón simplemente pór de relevo os diferentes instrumentos que nos ofrece o noso ordenamento xurídico, intentando evitar o recurso a figuras –como poden ser os encargos a medios propios personificados– para finalidades que poden ser conseguidas mediante outros procedementos menos complexos e igualmente válidos. Aínda que somos conscientes de que, como apuntamos, se trata de situacións complexas, non sempre ben definidas e que, certamente, requiren dunha maior análise.

En todo caso, chegados a este punto, para finalizar o noso traballo quedaría simplemente preguntarnos: que nos achega, desde un punto de vista xurídico, esta distinción? Que

importancia ten a figura da transferencia de competencias en relación coa utilización dos medios propios personificados?

Na nosa opinión, a principal achega destas dúas categorías xurídicas residiría non só na súa función descritiva, senón sobre todo na súa función prescritiva⁵², na medida en que delas derivan dous réximes normativos diferenciados. Así, mentres que os encargos a medios propios personificados se suxeitan aos estritos límites previstos no artigo 32 da LCSP, os supostos de transferencias de competencias entre entidades públicas, ao non teren a consideración de contratos públicos (ex art. 2.1 LCSP), quedarían fóra do ámbito de aplicación da LCSP. En consecuencia, non lles resultarían de aplicación os condicionantes previstos para os encargos a medios propios personificados: por exemplo, as limitacións á subcontratación ou a necesidade de que a entidade que recibe a dita transferencia realice a maior parte da súa actividade para a entidade de que dependa.

Unha boa mostra da aplicación práctica desta diferenciación conceptual e xurídica poderíamola atopar na xa mencionada instrución relativa á descentralización funcional e aos medios propios do Concello de Barcelona –*Gasetta Municipal do Concello de Barcelona* do 30 de xullo de 2018– na que se prevé que a asignación da xestión de determinados servizos, actividades ou competencias por parte do Concello de Barcelona a entes ou sociedades que conforman supostos de descentralización funcional ou personificacións de servizo non constitúen un encargo a medios propios no sentido do artigo 32 da LCSP. Polo tanto, estas fórmulas de xestión directa non deben formalizarse na forma prevista no artigo 32 da LCSP.

Obviamente, o feito de que estas atribucións competenciais constitúan actuacións que a entidade instrumental de que se trate asuma como propias en virtude das correspondentes previsións estatutarias non impediría, en ningún caso, que esta entidade, ademais, puidese recibir ao mesmo tempo outros encargos puntuais ou non habituais, de acordo co artigo 32 da LCSP.

En definitiva, a transferencia de competencias presentaríansenos como unha terceira forma de exceptuar determinadas relacións entre entidades públicas da aplicación da lexislación contractual –xunto cos encargos aos medios propios personificados e as relacións de cooperación entre entidades públicas⁵³–. Esta excepción pon de novo o acento nun elemento central do sistema económico: os límites da liberdade organizativa da Administración pública. E é que, en realidade, con esta excepción se trata de determinar a capacidade de que dispón realmente a Administración para decidir por ela mesma o cumprimento directo das súas finalidades, é dicir, ata onde pode chegar o exercicio de actividades por parte do poder público, con independencia do mercado ou do feito de que poidan existir tamén operadores económicos privados que poidan estar interesados na xestión das ditas actividades.

52 Sobre as funcións dos conceptos xurídicos, DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 142-150.

53 Sobre o réxime xurídico dos convenios entre entidades públicas excluídos da LCSP, remitímonos a SANTIAGO IGLESIAS, D., “Capítulo XI. Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos”, Gallego Córcoles, I., e Gamero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 620-660, e VILALTA REIXACH, M., “Los convenios interadministrativos a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público”, Gimeno Feliu, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 325-368.

Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C., "En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos", *Revista de Administración pública*, n. 205, 2018.
- AMOEDO SOUTO, C. A., "Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., "La modificación de los modos de gestión de servicios públicos, en el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público", *Documentación Administrativa*, n. 2, 2015.
- BERNSTEIN, L. A., *Análisis de estados financieros*, Deusto, Bilbao, 1996.
- DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- EZQUERRA HUERVA, A., "La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos", *Observatorio de Contratación Pública*, 30 de septiembre de 2018. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.371/relcategoria.121/relmenu.3/chk.3a0f412a61f01b39aa322f484b03b9ff> (4 de outubro de 2018).
- FONT I LLOVET, T., "Administración pública, libertad y mercado. Los criterios de la reforma administrativa", *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la LRJSP", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 147, 2017.
- GIMENO FELIU, J. M., "La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria", Tornos Mas, J. (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006.
- GIMENO FELIU, 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*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
- GIMENO FELIU, J. M., "La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., "Los presupuestos constitucionales de la actividad económica instrumental de la Administración pública. Una reflexión sobre el fundamento del uso de medios propios", Parejo Alfonso, L., e Vida Fernández, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el Siglo XXI*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- HUERGO LORA, A., "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas", *Revista de Administración pública*, n. 154, 2001.

- HUERGO LORA, A., "Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 8, 2017.
- MELLADO RUIZ, L., "Organización y funcionamiento del sector público institucional", Gosálbez Pequeño, H. (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, CEMCI, Granada, 2016.
- MONTOYA MARTÍN, E., *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., "Capítulo XII. Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos", Gallego Córcoles, I., e Gamero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ORTIZ MALLOL, J., "La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: algunas notas", *Revista de Administración pública*, n. 163, 2004.
- PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2010.
- PERNAS GARCÍA, J.J., "La exigencia de "control análogo" en las encomiendas a medios propios", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, n. 311, 2009.
- PERNAS GARCÍA, J.J., "Exigencias y límites a la configuración y a la actuación de los medios propios, como entes encomendados en el marco de las relaciones *in house*", *Actualidad Administrativa*, n. 12, 2010.
- PERNAS GARCÍA, J.J. (dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013.
- PERNAS GARCÍA, J.J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2018.
- REBOLLO PUIG, M., "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *Revista de Administración pública*, n. 161, 2003.
- RIVERO TORRE, P., e CUERVO GARCÍA, Á., "Análisis económico-financiero de la empresa", *Revista española de financiación y contabilidad*, n. 49, 1986.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., "Capítulo XI. Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos", Gallego Córcoles, I., e Gamero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- SOSA WAGNER, F., "El empleo de los recursos propios por las administraciones locales", Cosculluela Montaner, L. (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

regap



ESTUDIOS

TEJEDOR BIELSA, J. C., "Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación", Gimeno Feliu, J. M. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.

VILALTA REIXACH, M., "Los llamados contratos de auto-provisión (o contratos in house providing)", Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Tomo XIV, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.

VILALTA REIXACH, M., "La encomienda de gestión en la LRJSP. Régimen jurídico y distinción de figuras afines", Tornos Mas, J. (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017.

VILALTA REIXACH, M., "Los convenios interadministrativos a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.

VILLAR ROJAS, F. J., "El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales", *Anuario de Derecho Municipal 2017*, n. 11, 2018.

A situación do sector das renovables en Galicia tras a reforma eléctrica

La situación del sector de las renovables en Galicia tras la reforma eléctrica

The situation of the renewable energy sector in Galicia after the electrical reform



JOSÉ ANTONIO BLANCO MOA

Avogado e doutorando da Universidade da Coruña
jblancomoa@gmail.com

Recibido: 29/05/2018 | Aceptado: 20/12/2018

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Recentemente, a nivel estatal levouse a cabo unha fonda reforma lexislativa do sector eléctrico que reduciu de xeito considerable o apoio ao sector das enerxías renovables, un sector que ten unha grande importancia en Galicia. Por mor diso, os produtores de enerxías renovables realizaron reclamacións contra o Estado español polos danos causados por este cambio lexislativo.

As reclamacións efectuáronse ante tribunais nacionais e internacionais. Os primeiros están a rexeitar estas reclamacións baseándose no concepto de risco regulatorio. Mentres, en canto aos segundos, o CIADI resolveu recentemente a primeira controversia ao respecto, decidindo a favor dos investidores.

A redución da remuneración e o tratamento xurídico que se lle deu implicaron a paralización do sector das renovables en Galicia. Malia iso, recentemente, a través das poxas eléctricas, pouco a pouco estase volvendo a reactivar este, como se exporá neste artigo.

Palabras clave: Enerxía renovable, reforma eléctrica, Galicia, poxas eléctricas.

Resumen: Recientemente, a nivel estatal se ha llevado a cabo una profunda reforma legislativa del sector eléctrico que redujo de modo considerable el apoyo estatal al sector de las energías renovables, un sector que tiene una gran importancia en Galicia. Por esta razón, los productores de energías renovables realizaron reclamaciones contra el Estado español por los daños causados por dicho cambio legislativo.

Las reclamaciones se efectuaron ante tribunales nacionales e internacionales. Los primeros están rechazando estas reclamaciones basándose en el concepto de riesgo regulatorio. Mientras, en cuanto a los segundos, el CIADI resolvió recientemente la primera controversia al respecto, fallando a favor de los inversores.

La reducción de la remuneración y el tratamiento jurídico que se le dio han supuesto la paralización del sector de las energías renovables en Galicia. A pesar de ello, recientemente, a través de las subastas eléctricas, poco a poco se está reactivando el mismo, como se expondrá en este artículo.

Palabras clave: Energía renovable, reforma eléctrica, Galicia, subastas eléctricas.

Abstract: Recently in Spain a deep legislative reform of the electrical sector has been carried out. This fact has considerably reduced state support for the renewable energy sector; a sector that has a great importance in Galicia. For this reason, renewable energy producers claimed damages caused by this legislative change against the Spanish State. The claims were made before national and international courts. The former is rejecting these claims on the basis of the concept of regulatory risk. Meanwhile, with regard to the latter, ICSID has recently decided the first controversy in this respect, failing in favour of investors.

The reduction of remuneration and the legal treatment that has been given to it has involved the paralysis of the renewable energy sector in Galicia. Despite this, recently, through the electrical energy auctions, the sector is little by little reactivating, as will be shown in this article.

Key words: Renewable energy, electrical reform, Galicia, electric auctions.

Sumario: 1 Introducción. 2 A reforma eléctrica: O obxecto da controversia. 2.1 Marco de partida. 2.2 A reforma eléctrica. 3 Efectos da reforma en Galicia. 3.1 Efectos económicos. 3.2 Efectos xurídicos. 3.2.1 Xurisprudencia nacional. 3.2.2 Xurisprudencia internacional. 4 A situación actual. 5 Consideracións finais.

1 Introducción

O sector eléctrico é un sector de gran complexidade técnica e económica, sendo a enerxía eléctrica un recurso clave para calquera país na actualidade. A súa importancia social implica que o seu fornecemento se articule como un servizo de interese económico xeral. Isto, unido á relevancia estratéxica do sector e á súa propia estrutura, implica a existencia de abundante lexislación tanto a nivel nacional como europeo e incluso internacional.

Dentro do sector eléctrico, as enerxías renovables comezaron a incrementar a súa importancia desde a década dos noventa. Este sector das renovables en Galicia goza de gran relevancia como motor económico e creador de emprego. Isto, que en boa parte foi debido ás características naturais do noso país, puido ser posible grazas a un importante apoio estatal desde que a Lei 54/1997, do 27 de novembro, do sector eléctrico, contemplou un marco regulador específico. Aínda que esta normativa sufriu varias reformas na primeira década do século XXI, estas estiveron caracterizadas polo apoio estatal ao sector, tratando de cumprir cos obxectivos marcados desde a Unión Europea. Deste xeito, as renovables viviron un grande auxe durante estes anos, ata o punto de que Galicia se converteu nunha das rexións máis punteiras de España neste campo, sendo esta ao mesmo tempo un dos Estados que apostou máis decididamente por este tipo de enerxía.

Este panorama virou drasticamente coa reforma do sector eléctrico comezada no ano 2012, logo do cambio de goberno producido tras as eleccións do 20 de novembro de 2011. Esta reforma desembocou na derogación da Lei 54/1997 pola Lei 24/2013, do 26 de decembro, do sector eléctrico, que se converteu na nova norma de cabeceira do sector. Por mor disto, o apoio ás enerxías renovables sufriu recortes de gran calado, o que implicou fortes protestas, moitas das cales remataron nos tribunais.

Esta nova normativa non só recortou o apoio administrativo ás enerxías renovables, senón que modificou tamén os conceptos polos que recibir unha axuda maior ou menor. Debido á importancia do sector en Galicia, este cambio normativo resultou de grande importancia. A causa deste, os investimentos reducíronse debido á diminución do atractivo do sector e á inseguridade xurídica xerada pola nova normativa. Malia iso, recentemente comezou a mostrar de novo signos de actividade.

Deste xeito, a análise que centrará este estudo versará acerca da reforma eléctrica e os seus efectos sobre as renovables en Galicia. Do mesmo modo, tamén se fará referencia aos problemas xerados a partir deste cambio normativo e ás perspectivas de futuro do sector.

2 A reforma eléctrica: O obxecto da controversia

2.1 Marco de partida

Desde a década dos noventa as cuestións medioambientais empezaron a cobrar importancia nas políticas enerxéticas da Unión Europea, favorecendo o crecemento do sector das enerxías renovables. Co Tratado de Maastricht de 1992 introducíronse as competencias da Unión Europea en materia enerxética. Posteriormente, en 1996 publicouse o Libro Verde sobre enerxías renovables e en 2001 o Libro Branco xunto coa Directiva 2001/77/CE, onde xa se concretaban certas metas. Con isto, o sector empezou a estar máis presente nas políticas enerxéticas. Deste xeito, a Comisión estableceu como obxectivo para 2010 que a enerxía final procedente de fontes renovables fose polo menos do 10 % e o Parlamento Europeo ampliou esta porcentaxe ata o 15 %, quedando estipulado na Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeo e do Consello.

Á súa vez, promulgáronse un conxunto de directivas coñecido como “Paquete Verde”, dentro do que destaca a Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeo e do Consello. Esta normativa introduciu os denominados obxectivos 20/20/20, os cales implican que no ano 2020 se reduzan as emisións de gases de efecto invernadoiro nun 20 % respecto aos niveis de 1990 –poden implicar unha redución de ata o 30 % de cumprirse certas condicións–, que o 20 % da enerxía consumida proveña de fontes renovables e que se mellore a eficiencia enerxética nun 20 %¹.

Tanto a Directiva 2009/28/CE como o resto da normativa do “Paquete Verde” outórganlles aos Estados membros unha gran marxe de discrecionalidade á hora de realizar a súa regulación concreta. Foi nesta marxe en que o Estado español se moveu para efectuar as diversas normativas creadas ao respecto².

Ademais, tamén cómpre destacar que a través do Real decreto 2563/1982, do 24 de xullo, sobre traspaso de funcións e servizos da Administración do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia en materia de industria, enerxía e minas, a Xunta de Galicia pasou a exercer as funcións correspondentes ao Ministerio de Industria e Enerxía en materia de enerxía. En cambio, no ámbito de produción, por exemplo, non se lle traspasaron estas funcións cando o aproveitamento afectase a outra comunidade autónoma. Por outra banda, esa norma tamén determinou que, malia a cesión de competencias, a explotación do sistema de produción e transporte de enerxía debía axustarse ás instrucións do Ministerio de Industria e Enerxía, sempre e cando esa produción e transporte estivesen integrados na rede peninsular.

1 SEVILLA JIMÉNEZ, M., GOLF LAVILLE, E., e DRIHA, O.M., “Las energías renovables en España”, *Estudios de Economía Aplicada*, Vol. 31-1, 2013, p. 37.

2 MIGNORANCE MARTÍN, C., “Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 87, 2013, pp. 145-147.

Todo isto debe ser contextualizado no ámbito da firma do Protocolo de Quioto de 1997 sobre o cambio climático. Nel, un gran número de países comprometeuse a reducir a súa emisión de gases de efecto invernadoiro á atmosfera. Unha boa forma para facer isto era desenvolvendo as enerxías renovables, pero estas enerxías non eran competitivas ante as convencionais, polo que parte dos gobernos que apostaron por este sector, entre os que se incluíu o español, decidiron apoialo economicamente³.

Porén, tanto a Administración española como a galega favoreceron de forma constante o crecemento do sector das enerxías renovables desde a década dos noventa con regulacións benévolas.

A principal norma desta época foi a Lei 54/1997, coa cal, como cambio transcendental, se liberalizou o mercado primario de enerxía. A outra característica clave desta regulación foi o importante apoio ao réxime especial –en que se incluían as renovables–, na procura de cumprir cos obxectivos comunitarios para o ano 2010. No desenvolvemento da dita disposición legal pódense distinguir tres claros períodos, dentro dos cales destacou un real decreto central sobre o que se baseou o resto de normativa.

O primeiro período regulamentario encádrase entre os anos 1998 e 2004. Neste, a norma principal foi o Real decreto 2818/1998, do 23 de decembro. Aquí, o sistema retributivo elixido estableceu na súa base central unha elección entre dúas alternativas. Por un lado, os produtores podían acudir ao mercado e nel, ademais do prezo ao que conseguisen vender a enerxía, obter unha prima fixa por encima dos ingresos propios da venda. Mentres, a outra alternativa baseábase na venda de enerxía ás empresas abastecedoras, que estaban obrigadas a comprala preferentemente, polo que percibían un prezo fixo total distinto do de mercado. Este prezo tamén era axustado anualmente e permitíalles aos xeradores predicir con maior exactitude os seus ingresos, posto que non dependían da flutuación dos prezos do mercado. Neste período, no referido a Galicia débese citar tamén o Decreto 302/2001, do 25 de outubro, que impulsou o crecemento da enerxía eólica.

O segundo bloque normativo construíuse sobre o Real decreto 436/2004, do 12 de marzo, abarcando o período de 2004 a 2007. Esta norma na súa exposición de motivos explicaba que nacía co obxectivo de outorgar un marco regulatorio duradeiro, obxectivo e transparente. Así pois, tratouse de reforzar o carácter previsible da remuneración e a estabilidade do sistema, eliminando revisións de tarifas retroactivas e garantindo a rendibilidade dos investimentos cun novo método de retribución. Esta forma de retribución implicaba, de novo, unha elección entre dúas alternativas. Deste xeito, os produtores podían acudir ao mercado, que tiña maiores riscos pero tamén maiores posibilidades de ganancia, ou non facelo. A diferenza coa retribución do Real decreto 2818/1998 residía na venda aos distribuidores –en lugar de directamente ao mercado–. Esta pasou a recibir unha remuneración referenciada indirectamente ao mercado, incentivándose que os produtores acudisen á opción de mercado⁴. Neste período Galicia, que comezara desde moi pronto a apostar por este tipo de enerxía,

3 SÁENZ DE MIERA, G., DEL RÍO GONZÁLEZ, P., e VIZCAÍNO, I., "Analysing the impact of renewable electricity support schemes on power prices: The case of wind electricity in Spain", *Energy Policy*, n. 36, 2008, pp. 3345-3346.

4 DEL RÍO GONZÁLEZ, P., "The years of renewable electricity policies in Spain: An analysis of successive feed-in tariff reforms", *Energy Policy*, n. 36, 2008, pp. 2918-2926.

consolidouse como a comunidade autónoma con maior produción eléctrica a través de enerxías renovables, especialmente eólica, así como a que gozaba dunha potencia instalada maior⁵.

O Real decreto 436/2004 foi derogado polo Real decreto 661/2007, do 25 de maio, que constituíu a norma básica pola que se rexeu o terceiro período de desenvolvemento da Lei 54/1997, e que abarcou desde 2007 ata a reforma eléctrica. Con este cambio normativo, o réxime de retribución introduciu certos mecanismos de revisión, en prol de lle achegar seguridade xurídica ao sistema. Unha vez máis, a norma permitía dúas opcións de venda de enerxía. Por un lado, podíase seguir coa tarifa regulada como na anterior normativa. Mentres, a opción de acudir ao mercado variaba. Así, elixindo esta, podíase vender a enerxía a través do sistema de ofertas xestionado polo OMIE, a través dunha contratación bilateral ou a prazo, ou a través dunha combinación de todo isto, contando cunha prima a maiores. Igual que coa anterior normativa, tratouse de alentar os produtores para que acudisen ao mercado⁶. Mentres, no relativo a Galicia, esta deixou de encabezar a lista tanto en produción a través de fontes renovables como en potencia instalada, pero logrou estar sempre entre as comunidades á cabeza.

1.1 A reforma eléctrica

Durante estes anos de continuo apoio estatal ao sector das enerxías renovables, o sistema eléctrico acumulou un déficit tarifario considerable. Este pódese definir como a diferenza entre os ingresos que as empresas distribuidoras de enerxía reciben dos pagamentos cobrados aos consumidores pola tarifa regulada e os custos recoñecidos pola normativa⁷. Os ditos custos inclúen o custo de producir, transportar, distribuír e comercializar a electricidade, os impostos, un concepto específico destinado a reducir este déficit e uns custos que se foron asociando á tarifa por diversos motivos. Estes últimos divídense en: a) custos por prestacións sociais tales como subsidios ao consumo de carbón nacional, b) custos provocados polas políticas de cohesión territorial, como poden ser os pagamentos que se fan aos xeradores de electricidade nas illas, e c) custos derivados de decisións de política económica e medioambiental, onde se atopan as primas pagadas ás enerxías renovables⁸.

Pola súa banda, os ingresos que as empresas eléctricas reciben dos consumidores non só se compoñen do prezo pagado pola enerxía consumida, senón que tamén conteñen unha tarifa de acceso na cal se inclúen peaxes correspondentes tanto ao transporte como á distribución, así como primas ao réxime especial e outros custos de fornecemento⁹.

Aínda que doutrinalmente existe certo debate acerca da influencia das enerxías renovables no déficit tarifario, desde a Administración foron sinaladas como unhas das principais culpables.

5 Datos consultados na CNMC en: <https://www.cnmc.es/> (14 de abril de 2018).

6 RUIZ OLMO, I., e DELGADO PIRQUERAS, F., "La nueva regulación legal de las energías renovables: Del régimen especial al régimen específico", Alenza García, J.F. (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 83-84.

7 FABRA UTRAY, J., "El déficit tarifario en el sector eléctrico español", *Temas para el debate*, n. 210, 2012, p. 52.

8 SALLÉ ALONSO, C., "El déficit de tarifa y la importancia de la ortodoxia en la regulación del sector eléctrico", *Papeles de economía española*, n. 134, 2012, pp. 102-103.

9 MONTES, E., "El déficit tarifario", *Economistas*, vol. 30, n. 131, 2012, p. 235.

Este argumento empregouse para explicar a necesidade da reforma eléctrica e a baixada da remuneración outorgada ao sector das enerxías renovables.

Esta reforma eléctrica, aínda que se tende a situar temporalmente no cambio de goberno estatal a finais do ano 2012, xa atopa as súas primeiras normas controvertidas uns anos antes. Así, dentro destas débese citar o Real decreto 1565/2010, do 19 de novembro, e o Real decreto lei 14/2010, do 23 de decembro. Estas normas foron o primeiro contratempo significativo á política prorrenovables, e, en especial, afectaron á enerxía fotovoltaica. A primeira delas reduciu as primas da enerxía fotovoltaica, pasando a vida útil en que podían percibir de 30 a 25 anos. Mentres, a segunda introducía peaxes a todos os produtores por verter a enerxía á rede e limitaba as horas equivalentes da enerxía fotovoltaica –coa conseguinte diminución da retribución–.

Dun xeito similar, en Galicia, a Lei 8/2009, do 22 de decembro, pola que se regula o aproveitamento eólico, introduciu un canón eólico, xustificándose este no “impacto visual e ambiental” creado por este tipo de enerxía (art. 11). Esta norma, que foi promulgada pouco tempo despois da entrada no Goberno galego do Partido Popular, indicaba tamén na súa disposición transitoria primeira que as mesmas razóns que a xustificaban eran causas necesarias e suficientes de interese público para determinar a desistencia dos procedementos de autorización de parques eólicos en tramitación instruídos ao abeiro da Orde de 6 de marzo de 2008, aprobada polo anterior Goberno conformado polo Partido Socialista e o Bloque Nacionalista Galego. Esta norma recoñecía a este respecto a existencia dun posible dano ás entidades concursantes e dispuña que “as indemnizacións que, se é o caso, deriven da desistencia referiranse exclusivamente aos gastos debidamente xustificadas que resultasen imprescindibles na instrumentación da solicitude sempre e cando tales documentos non sexan utilizados nas novas convocatorias que se produzan ao amparo desta lei” (punto cuarto da disposición transitoria primeira). En cambio, producíronse diversos contenciosos ao respecto debidos, esencialmente, á desestimación por silencio da Consellería de Economía e Industria das reclamacións de responsabilidade patrimonial xurdidas desta actividade. A maioría destes supostos resolvéronse no Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, onde en resolucións tales como a Sentenza 415/2016, do 18 de maio (XUR 2016\138542)¹⁰ ou a Sentenza 715/2015, do 16 de setembro (XUR 2015\232707), se estimaron en parte os recursos presentados, pero devolvendo soamente os gastos relativos a custos de anteproxectos e memorias presentados ante a Administración que foron efectivamente preseleccionados para a súa futura adjudicación. Ante isto, algún afectado como o grupo Andavia Renovables (participado por grandes empresas como Coren, Copasa ou Gadisa) recorreu ao Tribunal Supremo. En cambio, o alto tribunal, na Sentenza 2038/2017, do 20 de decembro (RX 2017\5897, caso Andavia), confirmou a resolución do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

Tras isto, en 2012 débese destacar o Real decreto 1/2012, do 27 de xaneiro, polo que se procedeu á suspensión dos procedementos de preasignación de retribución e á supresión dos incentivos económicos para novas instalacións de produción de enerxía eléctrica a partir de coxeración, fontes de enerxía renovables e residuos, e a Lei 15/2012, do 27 de decembro, que estableceu un imposto do 7 % aos produtores e eliminou as primas á electricidade xerada con gas.

¹⁰ As referencias da xurisprudencia utilizada son todas de Westlaw Aranzadi.

Xa no ano 2013, aprobouse o Real decreto lei 2/2013, do 1 de febreiro, que seguía a tratar de corrixir os desaxustes entre ingresos e custos no sector eléctrico. Este introduciu certas reducións á baixa na remuneración ao réxime especial e cambiou a actualización das tarifas segundo o IPC por un índice de referencia máis baixo. Esta norma, igual que sucedera co Real decreto lei 14/2010, foi obxecto de recurso de inconstitucionalidade. O Tribunal Constitucional, na súa Sentenza do Pleno 183/2014, do 6 de novembro (RTC 2014\183), non ditaminou sobre a posible inconstitucionalidade por perda sobrevida do recurso –igual que sucedera na sentenza sobre o Real decreto lei 14/2010–, debido a que a norma foi derogada antes da resolución¹¹.

Posteriormente, o Real decreto lei 9/2013, do 12 de xullo, na súa exposición de motivos recolle que a súa realización responde ao “carácter insustentable do déficit do sector eléctrico e da necesidade de adoptar medidas urxentes de vixencia inmediata que permitan pór fin a esta situación”. Nel lévase a cabo unha reconsideración do réxime especial e a súa remuneración¹².

A nova retribución pasou a ser determinada polo que se obtivese da venda de enerxía no mercado máis unha retribución específica por unidade de potencia instalada. Con isto buscouse cubrir os custos non recuperables no mercado dunha instalación tipo ocasionados polo investimento inicial¹³. A Administración, para calcular esta retribución, baséase en datos estándar de ingresos, custos de explotación e investimento inicial para unha empresa eficiente e ben xestionada¹⁴. Isto atopa o concepto de rendibilidade razoable como punto de referencia, a cal se calcula sobre a base dos bonos españois a dez anos máis un diferencial, que actualmente é do 3 %, e é o que se considera que cada instalación debe percibir ao longo da súa vida útil. Deste xeito, para o seu cálculo tamén se inclúen as cantidades percibidas en exercicios anteriores. Finalmente, o último aspecto destacable da nova remuneración é a revisión dos parámetros retributivos cada seis anos.

En canto ás instalacións xa existentes, aplicóuselles esta nova normativa de xeito similar ás novas instalacións, pero gozaron dun réxime transitorio que acabou resultando problemático. Este consistiu na aplicación maioritaria da normativa anterior ata que se aprobasen as disposicións necesarias para a plena aplicación do real decreto. Así pois, a remuneración ás renovables nestas datas implicou liquidacións á conta amparadas por este réxime transitorio. Posteriormente, unha vez aprobada a nova normativa, estas liquidacións foron obxecto de regularización, implicando dereitos de cobramento ou obrigas de pagamento e dando lugar a debate sobre a existencia de retroactividade na medida.

Todos estes cambios prepararon o camiño para a aprobación da Lei 24/2013, do 26 de decembro, do sector eléctrico. Esta converteuse na nova norma principal do sector. Con ela eliminouse –polo menos de xeito nominal– o réxime especial das enerxías renovables. A pesar diso, esta norma tamén prevé a posibilidade de que, con carácter excepcional, se

-
- 11 BARNÉS VÁZQUEZ, J., e PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L., “Reflexiones sobre los cambios normativos y sus efectos en los particulares. Los problemas que plantea la responsabilidad del estado legislador. La necesaria prospección de los poderes públicos”, *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 215-216.
- 12 GALÁN VIOQUE, R., “El ocaso de las energías renovables en España”, Sandulli, M.A., e Vandelli, L. (dir. Congr.), *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione: atti del 20° Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo: Roma 27 febbraio-1 marzo 2014*, 2016, pp. 391-392.
- 13 GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., “La sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico”, Rivero Ortega, R., e Rastrollo Suárez, J.J. (coords.), *Actas del XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2014, pp. 80-81.
- 14 Deste xeito, a nova remuneración desvincúlase do concepto de produtividade.

establezan novos réximes retributivos específicos para fomentar a produción a través de enerxías renovables para o caso de que se establezan novos obxectivos enerxéticos desde a Unión Europea ou cando a súa introdución supoña a redución do custo enerxético e da dependencia enerxética exterior. A maiores, nesta lei concrétnanse máis as revisións do sistema retributivo que introduciu o Real decreto lei 9/2013, aínda que non se acabaron de definir por completo.

Este maior detalle da nova remuneración introduciuse co Real decreto 413/2014, do 6 de xuño, onde se contén a fórmula básica de retribución aos xeradores de renovables. A dita fórmula aparece máis detallada na Orde IET/1045/2014, do 16 de xuño.

Esta norma implicou un cambio de filosofía na forma de retribuír xa que, ata o momento, facíase pola enerxía xerada. Agora, os compoñentes básicos que se tratan de recoller son un elemento que englobe o que se recibiu de axudas no pasado e outro que determine canto se debe percibir no futuro. Todo isto é axustado aos períodos que quedan de vida útil da instalación para non percibir de máis.

Ademais, tamén se ten en conta a rendibilidade razoable que a Administración garante. Esta rendibilidade calcúlase como a media do rendemento das Obrigas do Estado a dez anos no mercado secundario os 24 meses previos ao mes de maio do ano anterior ao do período regulatorio, incrementándose nun diferencial. Actualmente está establecido nun 7,503 %. Deste xeito, os conceptos clave pasan a ser a potencia instalada e o ano de instalación de autorización definitiva, obviando totalmente a produtividade das instalacións.

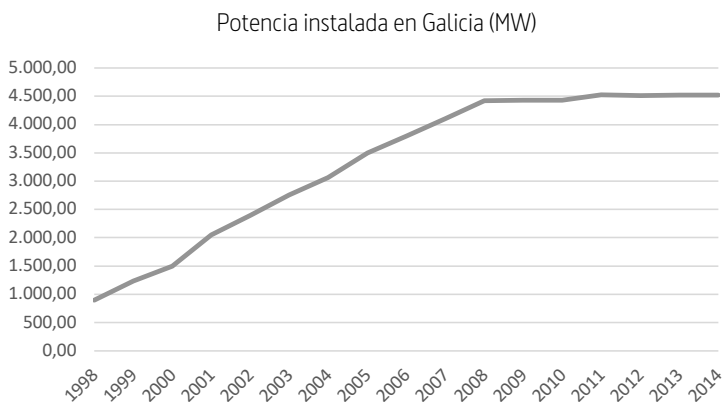
3 Efectos da reforma en Galicia

3.1 Efectos económicos

Como se indicaba no apartado anterior, na nova remuneración ás renovables inflúe principalmente o ano de instalación e a potencia instalada, aínda que este último factor simplemente multiplica a forma de retribución. Malia o anterior, si que se debe destacar que, en función do tipo de enerxía renovable da que se trate, a fórmula sofre certas modificacións. Aínda así, o descrito correspóndese, entre outras, coa remuneración á enerxía eólica, que en 2012, ao comezo da reforma, englobaba preto do 75 % da potencia renovable instalada en Galicia¹⁵.

Partindo do anterior, débese observar, en primeiro lugar, como evolucionou a potencia instalada en Galicia. Isto pódese ver na seguinte gráfica:

15 Datos consultados na CNMC excluindo de entre as renovables a gran hidráulica, isto é, a que ten unha potencia instalada superior aos 50 MW.



Fonte: Elaboración propia a partir de datos da CNMC.

No gráfica amósase como en Galicia se apostou de xeito precoz polas enerxías renovables. Así, existiu unha constante evolución ata o ano 2008, momento en que se produciu un cambio do réxime remuneratorio, o cal introduciu un escenario un pouco menos favorable para as explotacións galegas. Ademais, a isto hai que unirle que co estado da tecnoloxía actual –que está avanzando de forma moi rápida– era complicado aproveitar máis de forma rendible os recursos enerxéticos galegos. Outro aspecto que contribuíu a este menor crecemento foi a promulgación da Lei 8/2009 e a problemática xurdida por mor desta que antes describimos.

Regap

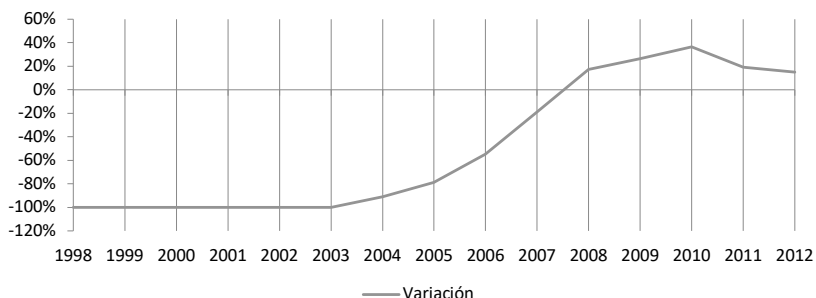


ESTUDIOS

Outro dato que se percibe na gráfica e que cómpre concretar é o ano medio de autorización definitiva que teñen as explotacións de renovables galegas. Este, baseándonos en datos da CNMC, é 2002. Mentres, en comparativa, o ano medio de instalacións deste tipo en España é 2005.

Tomando este dato, pódese analizar como foron afectadas as renovables en función deste. Así, centrándonos na enerxía eólica, que como se indicaba é a principal fonte renovable en Galicia, a variación media estatal da remuneración coa reforma eléctrica produciuse do seguinte xeito:

Variación en función do ano de instalación da nova retribución respecto á anterior para a media estatal



Fonte: Elaboración propia a partir de datos da CNMC.

Nesta gráfica reflíctese como as instalacións que posúen un ano de autorización definitivo anterior a 2003 foron consideradas como enteiramente amortizadas pola Administración, polo que non se lles outorgou remuneración ningunha. Pola súa banda, as instalacións realizadas entre o ano 2003 e o 2008 sufriron importantes recortes na súa remuneración, aínda que estes foron menores nas instalacións máis recentes. Finalmente, a partir de 2008 os parques eólicos atópanse cunha retribución maior que a que viñan recibindo. Esta crece ata 2010, cando comeza a baixar, pero situándose sempre por encima da remuneración anterior.

A evolución desta gráfica deixa ver un comportamento do lexislador un tanto incompreensible. Así, esta, en lugar de morrer en cero –isto é, que a remuneración fose igual que a da lexislación anterior–, segue a aumentar unha vez chegada aos niveis retributivos anteriores. Polo tanto, partindo de que a explicación principal desta reforma por parte do Goberno era a de combater o déficit tarifario, este comportamento resulta incoherente.

Isto ten gran relevancia no relativo ás explotacións galegas, xa que, como se describiu, a partir de 2008 a potencia instalada aumentou moi pouco, tendo, polo tanto, case todas as instalacións unha data de autorización definitiva anterior. Así pois, a enerxía eólica en particular e as renovables galegas en xeral víronse especialmente prexudicadas pola reforma eléctrica. Se o comparamos co resto das comunidades autónomas, o efecto é o seguinte:

Variación da retribución específica da enerxía eólica por comunidade autónoma

Comunidade autónoma¹⁶	Variación da retribución
Andalucía	6,67 %
Aragón	-79,21 %
Asturias	-16,82 %
Cantabria	52,78 %
Castela-A Mancha	-51,94 %
Castela e León	-18,11 %
Cataluña	5,36 %
Comunidade Valenciana	3,06 %
Galicia	-75,07 %
A Ríoxa	-92,42 %
Murcia	2,11 %
Navarra	-93,45 %
País Vasco	-87,98 %
Media peninsular	-40,55 %

Fonte: Elaboración propia a partir de datos da CNMC.

16 As comunidades autónomas de Madrid e Extremadura, así como as cidades autónomas de Ceuta e Melilla son excluídas porque antes da reforma eléctrica non gozaban de potencia eólica instalada. Pola súa banda, as comunidades autónomas das Illas Canarias e Illas Baleares tampouco foron incluídas na análise, xa que a liquidación da súa remuneración específica se realiza de xeito diferente debido ás súas especiais circunstancias.

Desta táboa extráese que os parques eólicos galegos foron dos máis prexudicados pola reforma eléctrica, só superados polos aragoneses, vascos, rioxanos¹⁷ e navarros. Os parques destas comunidades autónomas son os que teñen un ano de autorización definitiva máis antigo e operan con un maior número de horas equivalentes de funcionamento ao ano –isto é, son máis produtivos–. As causas que implican estes resultados atópanse en que desde a Administración se consideraron xa amortizados os parques anteriores a 2003, como se vía na gráfica anterior, e parcialmente amortizados os parques cun ano de autorización definitivo comprendido entre 2003 e 2008. Ademais, a diferenza do que sucedía coa anterior normativa, esta forma de remuneración non premia a produtividade das instalacións. Porén, os lugares onde o número de horas equivalentes era superior, como no caso galego, víronse comparativamente prexudicados.

Con estes datos pódese afirmar que a reforma eléctrica introduciu un claro recorte da remuneración global no sector das renovables e, en particular, no sector eólico. A media peninsular baixou un 40,5 % e a única comunidade que se viu altamente favorecida, Cantabria, presenta unha escasísima potencia instalada, polo que non resulta relevante no contexto estatal. Como resumo, tendo en conta que a prima total que a Administración lle outorgou á eólica en 2012 baixo o amparo da anterior lexislación foi de arredor dos 2.053 millóns de euros, o aforro que o Goberno conseguirá lograr con esta nova forma de retribuír será duns 832,5 millóns de euros¹⁸. Ademais, dentro deste contexto, Galicia resultou especialmente prexudicada.

Deste xeito, os produtores galegos, xunto cos doutras comunidades autónomas, emitiron queixas, pondo de manifesto precisamente que estaban a ser penalizados a pesar de contar coas instalacións máis eficientes e ser os que no seu día asumiran o risco de apostar por unha tecnoloxía que, naquel momento, aínda non estaba madura. En cambio, argumentaban, as instalacións que tiñan unha menor eficiencia e se subiran ao arranque das renovables unha vez visto xa que o sector era rendible son as que saen máis beneficiadas da reforma. Todo isto desembocou nun amplo número de litixios tanto ante tribunais nacionais como internacionais.

3.2 Efectos xurídicos

3.2.1 Xurisprudencia nacional

Sobre o paquete normativo constituínte da reforma eléctrica, realizáronse múltiples reclamacións tanto desde empresas privadas e particulares como desde institucións. Así, por exemplo, a Xunta de Galicia elevou ao Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidade no caso do Real decreto lei 1/2012, aínda que foi desestimado. Deste xeito, a reforma eléctrica deu pé a unha ampla xurisprudencia tanto do Tribunal Constitucional como, especialmente, do Tribunal Supremo. O concepto central en que se basearon ambos os tribunais foi o do risco regulatorio.

17 Esta comunidade autónoma ten a característica de que a súa potencia instalada é moi pequena, polo que a súa relevancia é escasa.

18 Aínda que isto é unha aproximación, xa que dentro do dito cálculo xogan outros factores que non se están tendo en conta, como pode ser a evolución da potencia instalada. No eixe económico profundouse máis en: BLANCO MOA, J.A., “A reforma eléctrica en España: Efectos sobre o sector eólico”, *Repositorio Institucional da UDC*, 2015.

Este concepto, creado pola xurisprudencia, encontra a súa orixe a finais dos anos oitenta e principios dos noventa, nos denominados sectores regulados –como é o enerxético–. Estes, que foron liberalizados nesa época, eran sectores estratéxicos, polo que precisaban dunha importante regulación estatal. Isto debíase á necesidade de defender certos intereses xerais, normalmente mediante as obrigas de servizo público¹⁹.

Así, o risco regulatorio defínese como a posibilidade existente de que as normas básicas dun determinado sector –regulado– varíen, e con iso se frustren as estratexias e expectativas dos operadores dese sector, fundadas na regulación anterior. Este, ademais, permite que os principios de seguridade xurídica e confianza lexítima se vexan reducidos. Na doutrina establecida polo propio Tribunal Supremo este risco impónselles aos operadores privados do sector, que teñen a obriga de soportalo como unha carga²⁰.

No relativo á seguridade xurídica, débese partir do seu compoñente dobre. Este, por un lado, exige a regularidade estrutural e funcional do sistema xurídico a través das súas normas e institucións, debendo ser previsibles os efectos da aplicación destas normas. Mentres, por outro lado, tamén implica a posibilidade de coñecemento do dereito que cómpre aplicar polos seus destinatarios²¹. Así, en palabras do Tribunal Constitucional na Sentenza 270/2015, do 17 de decembro de 2015 (RTC 2015\270) –que versa sobre a constitucionalidade do citado Real decreto lei 9/2013–, este principio débese entender como a certeza sobre o ordenamento xurídico aplicable, a ausencia de confusión normativa e a previsibilidade na aplicación do dereito. Neste caso o Tribunal Constitucional considerou que esta norma non vulnerou o principio de confianza lexítima, xa que as circunstancias económicas do sector facían necesario un cambio normativo. Ademais, este cambio non se podía argumentar que fose inesperado para un operador prudente e dilixente, debido, de novo, ás circunstancias económicas do sector²².

A mesma liña xurisprudencial é mantida polo Tribunal Supremo ao analizar esta norma. Á súa vez, cando resolveu sobre a legalidade do Real decreto lei 2/2013 e a Orde IET/221/2013 na Sentenza do 16 de marzo de 2015 (RX 2015\988), fixo primeiro referencia ao principio de seguridade xurídica comunitario. Sobre este, citando a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 10 de setembro de 2009 (asunto C-201/08, Plantanol GmbH & Co. KG), o Supremo explicou que a seguridade xurídica no ámbito comunitario se concretase na claridade, precisión e suficiente publicidade das normas, pero non impide en ningún caso cambios na regulación. Mentres, no ámbito nacional e no das renovables continúa coa doutrina xa exposta e nega que a reforma eléctrica contrarie este principio. De idéntico xeito resolveu á hora de analizar o Real decreto 413/2014 e a Orde IET/1045/2014. Con todo, nas resolucións derivadas destas normas, a maioría das sentenzas contan cun ou dous votos particulares, nos cales se considera vulnerado o principio de seguridade xurídica pola

19 GONZÁLEZ RÍOS, I., “Las «obligaciones de servicio público» en el sector eléctrico (de la protección del consumidor a la protección del medio ambiente)”, Rivero Ortega, R., e Rastrullo Suárez, J.J. (coords.), *Actas del XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2014, pp. 215-216.

20 RODRÍGUEZ BAJÓN, S., “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”, *Revista de Administración Pública*, n. 188, 2012, pp. 189-192.

21 BERMEJO VERA, J., “El principio de seguridad jurídica”, Santamaría Pastor, J.A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2010, p. 82.

22 ALENZA GARCÍA, J.F., “Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: La mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: (A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables)”, *Actualidad jurídica ambiental*, n. 55, 2016, p. 8.

existencia de retroactividade ilícita, así como polo baleiro legal de case un ano entre a entrada en vigor do Real decreto lei 9/2013 e a do Real decreto 413/2014 e a Orde IET/1045/2014.

O principio de confianza lexítima presenta unha íntima relación co de seguridade xurídica, ata o punto de que hai autores que defenden que este é o reflexo do segundo en situacións individuais²³. Igual que este, atopa as súas raíces no dereito alemán, aínda que o seu concepto alí, denominado *Vertrauensschutz*, ten uns matices lixeiramente distintos²⁴. Este principio foi acollido no ordenamento xurídico español a través da xurisprudencia do Tribunal Supremo, especialmente por un conxunto de sentenzas ditadas a finais da década dos oitenta e comezos dos noventa que contaron co maxistrado D. Benito Santiago Martínez Sanjuán como relator²⁵.

Con respecto a este principio, a xurisprudencia do Tribunal Supremo non se desvía demasiado do exposto para o principio de seguridade xurídica. Deste xeito, sentenzas tales como a 1271/2016, do 1 de xuño (RX/2016/3452), volven incidir na previsibilidade do cambio normativo no sector, cuestión pola cal defenden que este principio non é vulnerado pola reforma, xa que consideran que non se xerou unha confianza lexítima nos produtores de enerxías renovables acerca de que o marco legislativo non variaría. Moitas destas sentenzas contan tamén con votos particulares, pero só aprecian a vulneración deste principio en aspectos moi concretos tales como o referido no apartado anterior do baleiro legal existente de case un ano entre a entrada en vigor do Real decreto lei 9/2013 e a do Real decreto 413/2014 e a Orde IET/1045/2014.

Mentres, o Tribunal Constitucional, na xa citada Sentenza 270/2015, tamén fala da previsibilidade do cambio normativo. Con todo, aquí o voto particular do maxistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, ao que se adheriron a maxistrada D.^a Adela Asúa Batarrita e o maxistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré, incide no tema da confianza lexítima. Estes consideran que a sentenza era unha grande oportunidade para sentar as bases do principio de confianza lexítima e adaptalo ao ordenamento comunitario. A pesar diso, neste voto particular tamén consideran que se respectou este principio.

Pola contra, a Comisión Europea, na súa Comunicación do 5 de novembro de 2013 *Guidance for the design of renewable support schemes*, afirmou que no sector eléctrico deben existir compromisos xurídicos a longo prazo. Así, continúa, as reformas enerxéticas deben ser especialmente coidadosas para evitar modificar a rendibilidade dos investimentos e traizoar as expectativas lexítimas dos investidores²⁶.

Ademais destes dous principios comentados, os produtores enerxéticos tamén alegaron que estaban ante unha reforma de carácter retroactivo, xa que a súa decisión de investimento e desembolso se realizara ante unha lexislación moi distinta. A irretroactividade está positivada

-
- 23 MARTÍN PALLÍN, J.A., “La cascada legislativa que ahoga las energías renovables”, *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 229.
- 24 GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J.J., “Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo”, *Noticias Jurídicas*, 2005, <https://sgalera.files.wordpress.com/2014/10/seguridad-juridica-confianza-leg3ad-tima.pdf> (14 de abril de 2018).
- 25 LAGUNA DE PAZ, J.C., “El principio de protección de la confianza”, Santamaría Pastor, J.A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2010, p. 1170.
- 26 ARANA GARCÍA, E., “La nueva ley del sector eléctrico: Entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, Alenza García, J.F. (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 152.

no artigo 9.3 da Constitución española, onde se garante a irretroactividade das disposicións sancionadoras desfavorables ou restritivas de dereitos individuais.

Aquí, no referente á reforma eléctrica, a xurisprudencia nacional interpretou que a nova normativa despregaría os seus efectos en exercicios futuros e que para ser considerada unha retroactividade prohibida debería despregalos tamén en exercicios pasados²⁷. En cambio, houbo varias sentenzas que contaron con votos particulares, sendo as normas que presentaron un maior debate ao respecto para o Tribunal Supremo o Real decreto 413/2014 e a Orde IET/1045/2014. Este debate veu a partir da introdución do concepto de rendibilidade razoable e da devolución de cantidades cobradas de máis entre a aprobación do Real decreto lei 9/2013 e as normas citadas. No primeiro caso, a problemática vén de que esta rendibilidade integra dentro da súa definición legal as retribucións xa percibidas no pasado para determinar as que se deben recibir no futuro. Aquí o Tribunal Supremo afirma que non existe retroactividade prohibida, xa que a norma non afecta a dereitos patrimoniais previamente consolidados e incorporados ao patrimonio dos titulares das instalacións, nin a situacións xurídicas esgotadas ou consumadas²⁸. Mentres, no relativo ás cantidades cobradas de máis, a alegación de retroactividade desbotouse argüíndo que estas eran pagamentos á conta que non constituían un dereito consolidado.

Pola súa banda, o Tribunal Constitucional na Sentenza 270/2015 considerou que o Real decreto lei 9/2013 non infrinxe o principio de irretroactividade. Aquí a alegación baseábase en que esta norma debería ser concretada regulamentariamente con carácter posterior e este regulamento tería efecto desde a publicación do propio Real decreto lei 9/2013. O argumento do Constitucional para confirmar a irretroactividade da norma foi de novo a inexistencia de dereitos xa consolidados aos que esta puidese afectar.

Observando todo isto pódese concluír que a xurisprudencia nacional considerou completamente lexítima a reforma eléctrica. Así, sendo un sector que presenta riscos regulatorios, os operadores privados debían prever que a lexislación podería cambiar.

Ademais, en varias das sentenzas en que o Tribunal Supremo abordou a reforma eléctrica, tamén fixo referencia ao Tratado sobre a Carta da Enerxía (en diante, TCE), pero sen profundar demasiado nel. Deste xeito, por exemplo a Sentenza do Tribunal Supremo 2131/2016, do 3 de outubro (RX\2016\4854), afirmou que o TCE non foi vulnerado, xa que, a pesar de que houbo algunha norma que foi contraria aos intereses dos investidores, “os investimentos nesta tecnoloxía seguen estando protexidos e fomentados en España por un marco normativo sen dúbida favorable na súa globalidade”.

Pola súa banda, o Tribunal Constitucional si que tratou máis pormenorizadamente o tema na súa Sentenza 270/2015. En cambio, aquí non se incide no fondo do asunto –é dicir, a vulneración do TCE–, senón que o que razoa a sentenza é que os tratados internacionais en vigor para España non forman parte do bloque de constitucionalidade que debe servir para vulgular a compatibilidade de determinados preceptos legais. Esta postura contou co voto

27 Isto pódese observar na Sentenza do Tribunal Supremo do 12 de abril de 2012 (RX/2012/5275), que, aínda que estuda o Real decreto 1565/2010, a Orde ITC/3353/2010 e a Circular 3/2011, na xurisprudencia relativa á reforma eléctrica aplicáronse os mesmos razoamentos repetidamente.

28 Sentenza do Tribunal Supremo 1271/2016.

particular do maxistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, ao que se adheriron os maxistrados D.^a Adela Asúa Batarrita e D. Fernando Valdés Dal-Ré, que se amosou desconforme con ela.

Por todo isto, pódese afirmar que a xurisprudencia nacional apoiou a reforma eléctrica, considerándoa enteiramente legal, salvo en contados casos. Así, os produtores galegos que reclamaron pola baixada dos seus ingresos viron como as súas pretensións foron maioritariamente desestimadas nos tribunais.

3.2.2 Xurisprudencia internacional

As reclamacións realizadas por mor da reforma eléctrica non só se efectuaron ante tribunais nacionais, senón que tamén foron interpostas ante órganos internacionais. Isto realizouse ao abeiro do TCE, a norma internacional básica no ámbito enerxético.

Esta norma protexe os investimentos estranxeiros en actividades económicas no sector da enerxía, definíndoos no seu artigo 1 como os dedicados á exploración, extracción, refinaición, produción, almacenamento, transporte por terra, transmisión, distribución, comercio, comercialización e venda de materias e produtos enerxéticos.

Pola súa banda, por investimento enténdese calquera tipo de activo posuído ou controlado directa ou indirectamente por un investidor. Estes últimos, para gozar da protección do TCE, deben ser nacionais dun Estado parte do TCE e realizar os seus investimentos noutro Estado parte. Así, os Estados parte que reciben o investimento comprométese a²⁹:

- Fomentar e crear condicións estables, equitativas, favorables e transparentes, concedéndolles aos investimentos un tratamento xusto e equitativo (art. 10.1 TCE).
- Non prexudicar a xestión, mantemento, uso, desfrute ou liquidación destes, implantando medidas exorbitantes ou discriminatorias (art. 10.1 TCE).
- Non conceder un tratamento menos favorable que o exixido polo dereito internacional (art. 10.1 e 10.3 TCE).
- Garantir a non expropiación directa ou indirecta –ou medidas equivalentes– salvo que sexa por razóns de interese público, non sexa discriminatorio e se leve a cabo mediante o debido procedemento legal indemnizando ao investidor (art. 13 TCE).
- Garantir a liberdade de transferencias de capitais e beneficios relacionados cos investimentos (art. 14).

Pola súa banda, o artigo 26 TCE explica o tratamento das controversias xurdidas en relación co tratado. Nel exponse que se tratarán de solucionar amigablemente, aínda que de existir posturas irreconciliables o investidor pode elixir, nun prazo de tres meses, entre os tribunais ordinarios ou administrativos do país onde efectuou o investimento, un mecanismo establecido con carácter previo ou seguindo os mecanismos que lle ofrece o TCE. Estes últimos son:

29 DE LOS SANTOS LAGO, C., ARANA, S., e IGLESIAS GALLARDO J. L., "Arbitraje internacional bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía: la vía del inversor extranjero", *Cuadernos de energía*, n. 30, 2011, pp. 5-7.

– Acudir ao CIADI se tanto o Estado do que é nacional o investidor como o Estado no que se realiza o investimento son signatarios do Convenio de Washington de 1965. A este órgano tamén se pode acudir, con certas especificidades, se só unha das partes é signataria do convenio.

– Solicitar o concurso dun único árbitro internacional ou dun tribunal *ad hoc* establecidos en virtude do Regulamento de arbitraje do UNCITRAL.

– Requirit un procedemento de arbitraje ante o Instituto de Arbitraje da Cámara de Comercio de Estocolmo³⁰.

Destes procedementos, o de maior relevancia é o de arbitraje ante o CIADI, xa que este órgano é ante o que se interpuxeron a gran maioría de reclamacións contra o Estado español por mor da reforma eléctrica. Este xa emitiu varias resolucións, resultando positivas para os investidores.

A primeira destas resolucións foi a do laudo arbitral ARB/13/36, do 26 de abril de 2017, sendo as entidades demandantes as mercantís Eiser Infrastructure Limited –un fondo de investimentos inglés ligado a ABN Amro– e a súa filial luxemburguesa Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. Estas empresas basearon a súa reclamación nunha vulneración dos artigos 10 e 13 TCE. Estes, como se indicou, implican a prohibición de denegar un trato xusto e equitativo aos investimentos, non favorecer a creación de condicións estables, equitativas, favorables e transparentes, sometelos a medidas exorbitantes e expropialos. Aínda que isto implicaría catro reclamacións distintas, por un tema de economía xudicial, o tribunal estableceu que a cuestión clave era a da garantía dun trato xusto e equitativo e que, resolvendo sobre ela, quedaría solucionada a controversia.

Así pois, no relativo a esta reclamación, o tribunal, en primeiro lugar, aclarou que o TCE non lles impedía aos Estados contratantes cambiar a súa normativa interna, pero si protexía os investidores fronte a cambios “totais e irrazoables” (parágrafos 362 e 363). A maiores, o tribunal indicou que o principio de trato xusto e equitativo debe brindar un marco legal que fomenta a cooperación a longo prazo, aumentando a estabilidade, elemento este último ao que lle concedeu unha especial importancia.

Así pois, para o Tribunal arbitral do CIADI a clave do asunto radica en que o cambio lexislativo da reforma eléctrica española era de suficiente entidade como para privar as demandantes do seu investimento –ou de parte importante del– e supor unha variación normativa radical. Neste caso, considerouse que si o era, polo que o Estado español incumpriu o artigo 10.1 TCE debido aos cambios normativos introducidos coa reforma eléctrica.

Ademais, tamén considerou como retroactivo o cambio normativo –parágrafos 400 a 402–, sobre a base de que a nova retribución tiña en conta as retribucións pasadas que puidesen ser excesivas. Malia iso, debido a que as plantas de enerxía solar das demandantes afectadas estiveron moi pouco tempo operativas antes da reforma eléctrica, o tribunal non profundou máis neste punto, xa que apenas incidía no caso analizado.

30 FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VII, n. 2, 2014, pp. 375-376.

Cómpre engadir que, con carácter previo a esta resolución, a Cámara de Comercio de Estocolmo tratara xa o asunto da reforma eléctrica en España no laudo 062/2012, ditado no caso Charanne B.V. e Construction Investments S.A.R.L. contra o Reino de España, do 21 de xaneiro de 2016. Este desestima a demanda e indica que o TCE non foi vulnerado. Malia iso, débese advertir que na reclamación non se trata o groso da reforma, senón que só se analizaba o Real decreto 1565/2010 e o Real decreto lei 14/2010³¹. Este mesmo órgano tamén se pronunciou sobre a reforma no laudo arbitral 153/2013, ditado no caso Isolux Infrastructure Netherlands B.V. contra o Reino de España, do 6 de xullo de 2016. Aquí novamente desestimábase a demanda, pero tamén se volve tratar dun caso atípico debido a que a demandada realizara o seu investimento en outubro de 2012, polo que o Tribunal da Cámara de Comercio entendeu que, “en outubro de 2012, todo investidor podía anticipar non só unha modificación fundamental do contido do réxime especial senón tamén a supresión do réxime, sempre que se respecte o principio de rendibilidade razoable do investimento”.

Por último, tamén cómpre indicar que, con posterioridade ao citado laudo arbitral do CIADI ARB/13/36, do 26 de abril de 2017, o Estado español obtivo outros laudos en que, novamente, era condenado a pagar indemnizacións a investidores. Estes correspóndense cos asuntos do CIADI Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. vs. Reino de España (No. ARB/14/1) e Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. & Antin Energia Termosolar B. V. vs. Reino de España (No. ARB/13/31), e co asunto do Instituto de Arbitraje da Cámara de Comercio de Estocolmo Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo), SICAR vs. Reino de España (No. 2015/063)³².

4 A situación actual

Tras a reforma eléctrica, o efecto inicial en Galicia foi a paralización de todo investimento no sector. Así, desde 2012 ata 2017 a potencia instalada de enerxía renovable, seguindo os informes anuais de Red Eléctrica de España³³, apenas aumentou nuns poucos megavatios –menos de 100–. Os motivos disto atópanse tanto no contexto regulatorio desfavorable como na incerteza de que esta normativa se vaia a manter no tempo. Ademais, sobre os investidores galegos tamén pesa o dobre tratamento que a mesma situación xurídica recibiu a nivel nacional e internacional. Estes están a ser en certo modo discriminados fronte aos seus competidores internacionais, xa que os investidores galegos, por seren nacionais españois, non poden acudir ao TCE, sen que sexan as súas reclamacións atendidas. Mentres, os investidores internacionais –ou os que investiron a través das súas filiais estranxeiras– si poden acudir a órganos de arbitraje internacional, que amosan unha postura máis favorable aos seus intereses que o Tribunal Supremo e o Tribunal Constitucional.

Por outra banda, a propia estrutura do sector implica que a maior parte do investimento se sitúe ao comezo deste. Porén, era frecuente que o mecanismo de financiación fose o dos

31 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., “El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energías renovables. Caso Charanne BV y Construction Investments SARL vs. Reino de España”, *Revista de Administración Pública*, n. 202, 2017, pp. 223-253.

32 BLANCO MOA, J.A., “La distinta aplicación del Derecho interno e internacional ante las reclamaciones del sector de las renovables por la reforma eléctrica”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 10, 2018, p. 146.

33 Estes datos pódense atopar públicos no apartado de estadísticas da páxina web de dita institución: <http://www.ree.es/es/> (14 de abril de 2018).

Project Finance. Este método baséase nos fluxos de caixa futuros que vai obter a instalación e, tomando estes como referencia, afróntase a amortización da débeda financeira adquirida tendo que obter tamén certa rendibilidade para os accionistas e/ou investidores³⁴. Debido a esta peculiar forma de negocio, moitos dos produtores, ao veren reducida a parte dos seus ingresos correspondentes á prima estatal, foron incapaces de facer fronte á súa débeda financeira, polo que ou ben venderon as súas instalacións ou ben foron executadas polas entidades financeiras.

Moitas destas financeiras, especialmente nos negocios que realizaron con investidores en enerxía solar cando se trataba de particulares e pequenas e medianas empresas, xunto co financiamento tamén venderon clips financeiros ou *swaps*, que consisten en contratos polos cales ambas as partes se comprometen a intercambiar fluxos de caixa futuros en función dun determinado acontecemento que, habitualmente nestes supostos, era a evolución dos tipos de xuro. Isto prexudicou aínda máis os produtores que foron convencidos para contratar este produto, xa que o seu funcionamento habitual era que, se o tipo de xuros de referencia baixaba –o cal efectivamente sucedeu e moitas financeiras xa o previran–, o produtor pagaríalle á financeira, e viceversa. Isto tamén deu pé a reclamacións, aínda que estas si están a ser habitualmente estimadas. Exemplos disto son tratados, entre outras, nas sentenzas do Tribunal Supremo 362/2017, do 8 de xuño (RX 2017\3146), e 335/2017, do 25 de maio (RX 2017\2335).

En cambio, se nos situamos nun período máis recente, o sector das renovables en Galicia semella comezar a saír do seu estancamento froito da nova regulación. Ademais, desde a Administración, estase volviendo a adoptar un discurso a prol deste tipo de enerxía, aínda que con moita maior cautela que na primeira década do século XXI. Un exemplo disto é a Lei da Xunta de Galicia 5/2017, do 19 de outubro, de fomento da implantación de iniciativas empresariais en Galicia. Nela impúlsanse pola vía rápida os proxectos adxudicados nas poxas eléctricas e garántese a tramitación simplificada para os demais proxectos de renovables presentados antes do 26 de novembro de 2017.

Esta referencia ás poxas eléctricas é indispensable, xa que é a través delas como se está a impulsar a instalación de nova potencia enerxética renovable. Estas atopan amparo no artigo 14.7 da Lei 24/2013, do sector eléctrico, onde se indica que, excepcionalmente, o Goberno pode establecer un réxime retributivo específico para fomentar a produción a partir de fontes de enerxía renovables, coxeración de alta eficiencia e residuos, cando exista unha obriga de cumprimento de obxectivos enerxéticos europeos ou cando a súa introdución supoña unha redución do custo enerxético e da dependencia enerxética exterior.

Deste xeito, esta disposición débese relacionar con que España en 2014 contaba cun 17,3 % de consumo de enerxía renovable sobre o consumo de enerxía final, superando en 5,2 puntos o obxectivo europeo previsto para ese ano (12,1 %) –datos recollidos na exposición de motivos do Real decreto 650/2017, do 16 de xuño, polo que se establece unha cota de 3.000 MW de potencia instalada, de novas instalacións de produción de enerxía eléctrica a partir de fontes de enerxía renovables no sistema eléctrico peninsular, ao que se lle poderá outorgar o réxime retributivo específico–. En cambio, en 2017, ante o crecemento do consumo de electricidade e o estancamento da enerxía renovable, o obxectivo europeo fixado

34 COLMENAR-SANTOS, A., CAMPÍÑEZ-ROMERO, S., PÉREZ-MOLINA, C., e MUR-PÉREZ, F., “Repowering: An actual possibility for wind energy in Spain in a new scenario without feed-in-tariffs”, *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, vol. 41, 2015, pp. 320-321.

no 20 % de enerxía renovable sobre o consumo de enerxía final en 2020 parecía difícil de acadar. Por iso se comezaron a realizar as poxas eléctricas.

Neste contexto, aprobáronse os reais decretos 359/2017, do 31 de marzo, e o citado 650/2017 –e a súa normativa de desenvolvemento–, polos que se estableceron cadansúas convocatorias para o outorgamento do réxime retributivo específico a novas instalacións de produción de enerxía eléctrica a partir de fontes de enerxía renovables.

Nestas poxas, as empresas participantes teñen que depositar un aval para garantir que, se conseguen converterse en adxudicatarias, efectivamente instalarán a potencia comprometida, xa que en caso contrario perderían este aval. Ademais, aquí as axudas que se están planificando sono á potencia instalada, en lugar de á enerxía xerada. Mentres, a poxa, simplificando o disposto na regulación, realízase de xeito marxinalista. Isto implica que as ofertas dos produtores indican a que porcentaxe de axuda están dispostos a renunciar para instalar os megavatios ofertados, ordenándose estas de máis barata a máis cara.

Das poxas realizadas en 2017 a incidencia en Galicia é clara, xa que diversas empresas produtoras galegas conseguiron adxudicar para si unha parte da potencia ofertada. Entre estas pódense citar, seguindo a información publicada polo Ministerio de Enerxía, Turismo e Axenda Dixital³⁵, Fergo Galicia Vento, S.L., Greenalia Power, S.L., ou Inverólica De Abella, S.L. Esta última empresa, se se visita a súa páxina web³⁶, indica que na actualidade está a construír un parque eólico en Lugo.

As demais empresas citadas poden instalar a potencia adxudicada en Galicia ou non, pero o seu domicilio social radica aquí. Por iso, directamente –coa instalación– ou indirectamente –co pagamento de impostos– a súa actividade ten incidencia en Galicia.

5 Consideracións finais

De todo o exposto, extráese que o sector das renovables en Galicia foi especialmente afectado pola reforma eléctrica. Comparativamente, os produtores galegos sufriron unha perda de ingresos maior que a maioría dos seus competidores do resto do Estado español. A isto hai que unirle que as súas reclamacións non foron atendidas nos tribunais nacionais.

En cambio, as reclamacións realizadas ante órganos internacionais como o CIADI están comezando a resolverse a favor dos produtores enerxéticos. A pesar diso, a Carta da Enerxía só ampara para acudir a eses tribunais aos investidores estranxeiros, creando así un dobre dereito aplicable nesta controversia. Porén, os produtores galegos non se poden beneficiar desta xurisprudencia, senón que se lles aplica a do Tribunal Supremo español, que é contraria aos seus intereses.

Todo isto mantivo parado calquera tipo de investimento no sector das enerxías renovables en Galicia. En cambio, recentemente, ante os obxectivos enerxéticos de 2020 acordados pola Unión Europea en canto a renovables e aos avances tecnolóxicos do sector –que o fan máis

35 Este, no referente ás poxas eléctricas de enerxía renovable, emite notas de prensa como a seguinte: <http://www.minetad.gob.es/es-es/gabinete/prensa/notasprensa/2017/documents/170727%20listado%20adjudicatarios%20subasta%20renovables.pdf> (14 de abril de 2018).

36 <http://www.invertaresa.com/GRUPO/inverolica/espanol/empresa/empresa.htm> (14 de abril de 2018).

rendible–, no ano 2017 comezou a reactivarse novamente o sector. O mecanismo utilizado para isto están a ser as poxas eléctricas. Nestas os produtores reciben unha axuda por potencia instalada, pero se non chegan a realizar finalmente o investimento perderían un aval previo que deben depositar. Ademais, estas poxas pódense cualificar como marxinais, xa que nas ofertas que fan os distintos actores o que se indica é a cantidade de remuneración especial da Administración á que se está disposto a renunciar para instalar a potencia ofertada.

A través destes mecanismos xa se está a planificar a construción de novas plantas de produción de enerxías renovables en Galicia, especialmente de eólica, que é a principal fonte renovable utilizada no noso país. En cambio, isto tamén introduce novos retos, xa que se están a realizar as primeiras críticas a estas poxas, acusándoas de discriminatorias por parte dos operadores do sector fotovoltaico, que argúen que estas benefician o sector eólico e as grandes empresas³⁷. A evolución deste mecanismo marcará, sen dúbida, unha parte importante do futuro do sector e dos retos e problemas que deberá afrontar.

Bibliografía

- ALENZA GARCÍA, J.F., “Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: La mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: (A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables)”, *Actualidad jurídica ambiental*, n. 55, 2016.
- ARANA GARCÍA, E., “La nueva ley del sector eléctrico: Entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, Alenza García, J.F. (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J., e PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L., “Reflexiones sobre los cambios normativos y sus efectos en los particulares. Los problemas que plantea la responsabilidad del estado legislador. La necesaria prospección de los poderes públicos”, *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- BERMEJO VERA, J., “El principio de seguridad jurídica”, Santamaría Pastor, J.A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2010.
- BLANCO MOA, J.A., “A reforma eléctrica en España: Efectos sobre o sector eólico”, *Repositorio Institucional da UDC*, 2015.
- COLMENAR-SANTOS, A.; CAMPÍÑEZ-ROMERO, S.; PÉREZ-MOLINA, C., e MUR-PÉREZ, F., “Repowering: An actual possibility for wind energy in Spain in a new scenario without feed-in-tariffs”, *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, vol. 41, 2015.
- DEL RÍO GONZÁLEZ, P., “The years of renewable electricity policies in Spain: An analysis of successive feed-in tariff reforms”, *Energy Policy*, n. 36, 2008.

37 Isto pódese contrastar a través da prensa. Por exemplo: <https://www.elboletin.com/noticia/149099/economia/compleja-y-discriminatoria:-la-macrosubasta-de-renovables-se-celebra-entre-las-quejas-del-sector.html> (14 de abril de 2018).

- DE LOS SANTOS LAGO, C., ARANA, S., e IGLESIAS GALLARDO J. L., "Arbitraje internacional bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía: la vía del inversor extranjero", *Cuadernos de Energía*, n. 30, 2011.
- FABRA UTRAY, J., "El déficit tarifario en el sector eléctrico español", *Temas para el debate*, n. 210, 2012.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., "Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, n. 2, 2014.
- GALÁN VIOQUE, R., "El ocaso de las energías renovables en España", Sandulli, M. A., e Vandelli, L. (dir. congr.), *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione: atti del 20° Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo: Roma 27 febbraio-1 marzo 2014*, 2016.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., "La sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico", Rivero Ortega, R., e Rastrollo Suárez, J. J. (coords.), *Actas del XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2014.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J. J., "Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo", *Noticias Jurídicas*, 2005. <https://sgalera.files.wordpress.com/2014/10/seguridad-juridica-confianza-leg-c3adtima.pdf> (14 de abril de 2018).
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., "El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energías renovables. Caso Charanne BV y Construction Investments SARL vs. Reino de España", *Revista de Administración Pública*, n. 202, 2017.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., "El principio de protección de la confianza", Santamaría Pastor, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2010.
- MARTÍN PALLÍN, J. A., "La cascada legislativa que ahoga las energías renovables", *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- MIGNORANCE MARTÍN, C., "Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 87, 2013.
- MONTES, E., "El déficit tarifario", *Economistas*, vol. 30, n. 131, 2012.
- RODRÍGUEZ BAJÓN, S., "El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites", *Revista de administración pública*, n. 188, 2012.
- RUIZ OLMO, I., e DELGADO PIRQUERAS, F., "La nueva regulación legal de las energías renovables: Del régimen especial al régimen específico", Alenza García, J. F. (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

Regap



ESTUDIOS

SÁENZ DE MIERA, G., DEL RÍO GONZÁLEZ, P., e VIZCAÍNO, I., "Analysing the impact of renewable electricity support schemes on power prices: The case of wind electricity in Spain", *Energy Policy*, n. 36, 2008.

SALLÉ ALONSO, C., "El déficit de tarifa y la importancia de la ortodoxia en la regulación del sector eléctrico", *Papeles de economía española*, n. 134, 2012.

SEVILLA JIMÉNEZ, M., GOLF LAVILLE, E., e DRIHA, O. M., "Las energías renovables en España", *Estudios De Economía Aplicada*, Vol. 31-1, 2013.

A protección do patrimonio cultural desde o dereito urbanístico

La protección del patrimonio cultural desde el derecho urbanístico

The protection of the cultural heritage from the planning law

56 Regap

JULIÁN ALONSO GARCÍA

Funcionario do Corpo Superior da Administración - Xunta de Galicia

Doutor en Dereito

julian.alonso.garcia@xunta.gal

Recibido: 25/02/2018 | Aceptado: 20/12/2018

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Este traballo analiza en que medida o dereito urbanístico constitúe un marco xurídico suficiente para dotar os inmobles histórico-artísticos da debida protección, á marxe do réxime específico da lexislación de patrimonio cultural. Neste sentido, a propia lexislación urbanística outórgalles aos concellos substanciais competencias para a defensa dos inmobles con valor cultural situados no termo municipal. A diferenza da normativa de patrimonio, que contempla o seu obxecto de protección polo seu recoñecido valor propio susceptible de ser transmisor de coñecementos da historia da humanidade, a urbanística considérao un elemento máis –xunto co agrario, forestal, natural, etc.– que lle dá coherencia ao medio en que se atopa.

Palabras clave: Urbanismo, patrimonio cultural, protección, intervención, planeamento, solo.

Resumen: Este trabajo analiza en qué medida el derecho urbanístico constituye un marco jurídico suficiente para dotar a los inmuebles histórico-artísticos de la debida protección, al margen del régimen específico de la legislación de patrimonio cultural. En este sentido, la propia legislación urbanística otorga a los ayuntamientos sustanciales competencias para la defensa de los inmuebles con valor cultural ubicados en el término municipal. A diferencia de la normativa de patrimonio, que contempla su objeto de protección por su reconocido valor propio susceptible de ser transmisor de conocimientos de la historia de la humanidad, la urbanística lo considera un elemento más –junto con el agrario, forestal, natural, etc.– que da coherencia al medio en el que se encuentra.

Palabras clave: Urbanismo, patrimonio cultural, protección, intervención, planeamiento, suelo.

Abstract: This paper analyzes that measure the planning law constitutes one enough legal framework to provide the historical-artistic real estate, aside from the specific arrangements of the law of cultural heritage. In this sense, the urban planning legislation gives councils substantial powers for the protection of cultural value located in the municipality. Unlike with the rules of national heritage which includes of its aim of protection by its recognized value likely to be transmitter of knowledge of the history of mankind, the urban development considers it one more element –along with the agricultural, forest, natural, etc.– that gives coherence to the environment in which they are.

Key words: Urban planning, cultural heritage, protection, intervention, planning, urban land.

Sumario: 1 O patrimonio cultural como obxecto de protección. 1.1 A protección xurídica do patrimonio cultural desde unha dobre perspectiva. 1.2 O patrimonio cultural na lexislación urbanística. 1.2.1 Ámbito material de protección. 1.2.2 Clases de solo afectado polo patrimonio cultural. 2 Técnicas urbanísticas de intervención administrativa para a protección do patrimonio cultural. 2.1 A licenza urbanística. 2.2 A comunicación previa. 2.3 A orde de execución. 3 A protección do patrimonio cultural no marco dos instrumentos de planeamento. 3.1 O plan urbanístico como instrumento de ordenación do patrimonio cultural. 3.2 Os plans xerais e a protección do patrimonio cultural a partir da clasificación do solo. 3.3 A función tuitiva dos plans especiais de protección do patrimonio cultural. 3.4 Os catálogos urbanísticos como instrumento complementario dos plans de ordenación. 4 A protección do patrimonio cultural á marxe do planeamento.

1 O patrimonio cultural como obxecto de protección

1.1 A protección xurídica do patrimonio cultural desde unha dobre perspectiva

O ben xurídico que se pretende preservar coa aplicación da normativa de protección do patrimonio cultural e a urbanística, por parte das respectivas administracións competentes, difire substancialmente do mesmo modo en que varía a perspectiva desde a que se observa o ben físico. Esa diferenciación, non sempre nítida, pódese apreciar tanto se identificamos o obxecto coa finalidade de cada unha das normas como se o asimilamos ao respectivo ámbito material destas.

Na esfera urbanística, a Lei 2/2016, do 10 de febreiro, do solo de Galicia (LSG), concreta no artigo 1.1 esa dobre vertente, cando dispón que o seu obxecto consiste na protección e ordenación urbanística de Galicia, mostrándonos deste xeito a súa finalidade principal (a protección e ordenación urbanística) e o seu ámbito espacial de aplicación (o territorio galego). Pero, sen ser o seu obxecto principal de regulación, a protección do patrimonio non é unha aspiración allea ao ordenamento urbanístico, senón que é un máis dos aspectos que deben ser debidamente regulados dentro dun marco máis amplo¹. En calquera caso, as limitacións desta orde normativa para garantir a salvagarda dos bens culturais inmoebles súplense coa acción especializada da Administración sectorial de patrimonio, que operará no ámbito das súas competencias; e á inversa, desde o ámbito urbanístico pode conseguirse unha protección integrada nunha realidade máis ampla que está fóra do alcance daquela Administración especializada. É simplemente unha cuestión de enfoque, de dúas visións distintas da realidade.

O artigo 1.1 da Lei 5/2016, do 4 maio, do patrimonio cultural de Galicia (LPCG), descríbennos a súa finalidade, ao sinalar que ten por obxecto “a protección, conservación, acrecentamento, difusión e fomento do patrimonio cultural de Galicia de forma que lle sirva á cidadanía como unha ferramenta de cohesión social, desenvolvemento sustentable e fundamento da

1 O artigo 3 do actual texto refundido da Lei de solo e rehabilitación urbana –aprobado polo Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 outubro– reflicte esa integración de fins específicos da política urbanística, dentro dunha aspiración máis ampla de satisfacción de necesidades xerais, do seguinte xeito:

“1. As políticas públicas relativas á regulación, ordenación, ocupación, transformación e uso do solo teñen como fin común a utilización deste recurso conforme o interese xeral e segundo o principio de desenvolvemento sustentable, sen prexuízo dos fins específicos que lles atribúan as leis.

2. En virtude do principio de desenvolvemento sustentable, as políticas a que se refire o apartado anterior deben propiciar o uso racional dos recursos naturais harmonizando os requirimentos da economía, o emprego, a cohesión social, a igualdade de trato e de oportunidades, a saúde e a seguridade das persoas e a protección do medio ambiente, contribuíndo en particular a:

a) A eficacia das medidas de conservación e mellora da natureza, a flora e a fauna e da protección do patrimonio cultural e da paisaxe”.

Pola súa parte, o artigo 5.d) da LSG recolle como un dos fins da actividade urbanística, en aplicación dos principios constitucionais da política económica e social, o de “Preservar o medio físico, os valores tradicionais, os sinais de identidade e a memoria histórica de Galicia”

identidade cultural do pobo galego, así como a súa investigación, valorización e transmisión ás xeracións futuras". Pero para descubrir cal é o ben xurídico perseguido pola norma cultural debemos coñecer o obxecto material protexido, que estará composto polo conxunto de bens cuxo interese histórico-artístico sexa digno de ser preservado. Así o indica o artigo 1.2 da LPCG, que considera integrantes do patrimonio cultural de Galicia os bens que, polo seu valor artístico, histórico, arquitectónico, arqueolóxico, etc., deban ser considerados como de interese relevante para a permanencia, recoñecemento e identidade da cultura galega a través do tempo. Baixo a perspectiva sectorial que está presente no ordenamento protector do patrimonio, o interese xeral identifícase, para PAREJO ALFONSO, co obxectivo da súa conservación e mellora, mentres que desde a óptica urbanística, sen descoñecer o valor propio dese mesmo interese, o contempla en unión doutros dentro dun todo máis complexo². Nesta visión global da cidade subordinada á satisfacción das necesidades económicas e sociais, a protección do seu patrimonio desempeña un importante papel. Afondando nesta idea, SANZ-PASTOR PALOMEQUE confronta esa acción protectora coa realidade do propio crecemento e configuración da cidade, de forma que a mellora do medio urbano debe prestar especial atención a determinados inmobles ou conxuntos que reflicten a súa historia, a súa arte e, en definitiva, a súa identidade³.

O obxecto material de protección que percibe a normativa urbanística non se identifica plenamente co recollido na lei sectorial cultural. A liña divisoria que marca esta, a xuízo de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, é a que acolle dentro do seu ámbito os bens formalmente declarados e deixa á marxe aqueloutros que, mesmo sendo parte do patrimonio histórico, serían susceptibles de ser protexidos e conservados no ámbito urbanístico por careceren dese recoñecemento oficial⁴. Deses mesma opinión participa ALONSO IBÁÑEZ cando afirma que o parámetro que desde a lexislación cultural e a urbanística traza os confins entre as zonas ambientais en que a presenza de valores culturais impón unha acción de tutela e conservación o proporciona a declaración formal como ben de interese cultural (BIC) ou calquera das previstas na lexislación autonómica⁵. Non obstante, a nosa LPCG tamén inclúe dentro do seu ámbito de aplicación o patrimonio cultural non declarado formalmente, impondo limitacións en relación cos plans, programas e proxectos que pola súa incidencia sobre o territorio poidan supor unha afección ao patrimonio cultural de Galicia⁶.

2 PAREJO ALFONSO, L., "Urbanismo y Patrimonio Histórico", *Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 2, 1998, p. 55.

3 SANZ-PASTOR PALOMEQUE, C.J., "Reflexiones sobre la protección del Patrimonio Cultural Inmobiliario mediante planes de Urbanismo", *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 88, 1984, p. 19.

4 Nese sentido, sinala este autor que, conforme o artigo 46 da CE, "o urbanismo recibe o encargo de protexer o patrimonio cultural das cidades non agraciado pola lexislación de patrimonio histórico e vese envolto na realización dun programa de tipo cultural, como doadamente se pode advertir, desde o momento en que a lexislación de patrimonio histórico restrinxe o seu ámbito de aplicación a favor de certos bens culturais" (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La rehabilitación urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 29).

5 ALONSO IBÁÑEZ, M.R., "La identificación de los espacios culturales en el ordenamiento español y la necesidad de integrar su tratamiento en el marco de la ordenación territorial", *Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 1, 1997, p. 119.

6 Neste sentido, o artigo 34.1 da LPCG contén o seguinte réxime de tutela aplicable aos bens culturais desprovistos de recoñecemento oficial:
"Todos os plans, programas e proxectos relativos a ámbitos como a paisaxe, o desenvolvemento rural ou as infraestruturas ou calquera outro que poida supor unha afección ao patrimonio cultural de Galicia pola súa incidencia sobre o territorio deberán ser sometidos ao informe da consellería competente en materia de patrimonio cultural, que establecerá as medidas protectoras, correctoras e compensatorias que considere necesarias para a salvagarda do patrimonio cultural afectado, sen prexuízo das súas competencias para a posterior autorización das intervencións que puideren derivar dos documentos en trámite".

En calquera caso, non é infrecuente, senón todo o contrario, a coincidencia no obxecto material de protección nas dúas ordes normativas⁷. A lexislación galega mesmo chega máis lonxe nesa identificación cando declara incluídos no Catálogo do Patrimonio Cultural de Galicia, previsto na LPCG, os bens recollidos nos catálogos das diversas figuras de planeamento urbanístico.

Pero onde realmente se percibe a diferente visión do feito cultural nos dous ordenamentos, polo menos no ámbito galego, non é tanto na dicotomía entre o ben cultural declarado e o non declarado, senón entre o portador de valores históricos, artísticos e arquitectónicos singularizados e o que ten un interese histórico-tradicional que ha de ser entendido dentro dun contexto máis amplo. Esta idea supón que, mentres a lexislación de patrimonio considera o seu obxecto de protección polo seu recoñecido valor propio susceptible de ser transmisor de coñecementos acerca da historia da humanidade, a urbanística considera o valor cultural como un elemento máis xunto co agrario, forestal, natural, etc. –que dá coherencia ao medio en que se atopa o ben⁸–.

Iso explica o empeño da LSG por establecer un réxime do solo de núcleo rural e de solo rústico en que a integración das edificacións e construcións tradicionais constitúe un dos seus sinais de identidade.

1.2 O patrimonio cultural na lexislación urbanística

1.2.1 Ámbito material de protección

O dereito urbanístico contempla dentro do seu ámbito de aplicación elementos histórico-artísticos de natureza inmobile moi variados. En ocasións refírese a eles aludindo ás diversas categorías previstas na LPCG para diferenciar o nivel de protección de tales bens. Así, o artigo 142.2.b) da LSG dispón que estarán suxeitos a licenza municipal, sen prexuízo das autorizacións que sexan procedentes segundo a lexislación sectorial, as intervencións en inmobiles declarados BIC ou catalogados polas súas singulares características ou valores culturais, históricos, artísticos, arquitectónicos ou paisaxísticos. Outras veces a norma urbanística evita recorrer ás figuras previstas na lexislación sectorial para definir o obxecto de regulación. O artigo 81 da LSG, que se refire aos catálogos urbanísticos, é un exemplo disto, cando dispón que tales instrumentos teñen por obxecto “identificar os elementos que, polas súas singulares características ou valores culturais, históricos, artísticos, arquitectónicos, arqueolóxicos, etnográficos ou paisaxísticos, se estime conveniente conservar, mellorar ou recuperar”.

A LSG inclúe así como obxecto de protección elementos diversos dotados de valores históricos, artísticos, arquitectónicos, etc., apreciados discrecionalmente polos órganos urbanísticos. Os inmobiles contidos nos catálogos constituirían un elenco de bens cun valor cultural

7 Así o confirma a xurisprudencia do TSX de Cataluña na súa Sentenza do 7 de abril de 2006 (RXCA 2007, 254), que di: “Aínda que o ben xurídico protexido na lexislación urbanística, por un lado, e na reguladora do patrimonio cultural público, polo outro, sexa distinto, non obstante, ambas as dúas normativas poden recaer e ter por obxecto elementos –neste caso, inmobiles– coincidentes”.

8 Nesa liña, ALONSO IBÁÑEZ destaca que a ordenación territorial non debe limitarse a alcanzar os seus obxectivos mediante a introdución de medidas de conservación de “construcións de interese”, senón que debe comprender varias políticas coordinadas, entre as cales a política sectorial de tutela dos espazos culturais debe situarse ao mesmo nivel que as de conservación da natureza, de equipamentos e servizos e de infraestruturas (ALONSO IBÁÑEZ, M.R., *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 21).

heteroxéneo que non ten por que coincidir co considerado merecedor de ser preservado na LPCG⁹; de feito, na norma urbanística alúdese a valores máis modestos que os previstos naquela, tales como os valores paisaxísticos –como no precepto antes citado– ou tradicionais¹⁰.

A LSG tamén presta especial atención aos elementos que son expresión do patrimonio etnográfico¹¹; pero a concepción que ten a norma urbanística de patrimonio etnográfico é máis laxa que a da LPCG¹², xa que lle basta con que os inmobles afectados sexan expresión da arquitectura popular ou simplemente sexan elementos tradicionais dotados de certa singularidade.

En calquera caso, a lei urbanística non só presta a súa atención aos inmobles histórico- artísticos singularmente considerados, senón tamén ás agrupacións de edificacións e construcións que forman os conxuntos, centros, núcleos e recintos, de interese histórico, arquitectónico, artístico. Como advirte PAREJO ALFONSO, nestas agrupacións de bens inmobles diferéncianse dúas especies: aquela en que o núcleo, a cidade, se confunde co conxunto histórico, e aqueloutra que, mesmo conservando a súa identidade propia, desborda ese núcleo para configurar un asentamento máis amplo. Esta última variedade coincide co concepto máis urbanístico do centro histórico da cidade¹³. Estas dúas concepcións dos recintos históricos poden ou non coincidir; así e todo, o ámbito material e espacial que abrangue a ordenación urbanística tende a superar amplamente o máis restrinxido da norma sectorial de protección do patrimonio.

1.2.2 Clases de solo afectado polo patrimonio cultural

A determinación do tipo de solo en que pretenda actuar un promotor delimitará as facultades urbanísticas que lle corresponden e o contido das potestades administrativas de control; e iso é de aplicación cando o obxecto de actuación é un inmovible histórico-artístico.

As situacións básicas en que se atopa todo o solo aparecen especificadas no texto refundido da Lei de solo e rehabilitación urbana de 2015, que distingue no seu artigo 21.1 o solo rural do urbanizado. Partindo desa diferenciación básica, a LSG clasifica o territorio municipal, por medio dos plans xerais de ordenación municipal, nos seguintes tipos de solo: urbano, de núcleo rural, urbanizable e rústico.

-
- 9 Diferen ou non os valores preservados pola norma urbanística e pola reguladora do patrimonio, existe unha coincidencia sobre o ben material protexido, xa que o artigo 30.1 da LPCG inclúe de forma automática no Catálogo do Patrimonio Cultural de Galicia os bens inmobles que, polo seu interese cultural, se recollan individualmente nos instrumentos de planeamento urbanístico.
- 10 Son unha mostra desta preocupación os artigos 40 e 91 da LSG, que establecen, respectivamente, as condicións de uso das edificacións existentes de carácter tradicional e a obriga de adaptación das construcións e instalacións ao ambiente en que estivesen situados outros edificios ou conxuntos urbanos tradicionais.
- 11 Ademais do citado artigo 81, regulador dos catálogos urbanísticos, considera o valor etnográfico como digno de ser protexido o artigo 26.1.g, que de forma indirecta prohibe as obras de derrubamento e demolición das construcións con especial valor etnográfico. Pola súa banda, o artigo 137 do Regulamento da Lei do solo de Galicia (RLSG) –aprobado polo Decreto 143/2016, do 22 de setembro– considera a protección deste valor como obxectivo do estudo do medio rural que debe conter un plan xeral de ordenación municipal (PXOM).
- 12 Sendo precisos na terminoloxía, debemos destacar que a LPCG non concibe o patrimonio etnográfico senón o etnolóxico como parte do seu obxecto.
- 13 PAREJO ALFONSO, L., “La legislación urbanística y la legislación sobre Patrimonio Histórico, instrumentos para la protección de los centros históricos de las ciudades”, *Actas de las jornadas de estudio Recuperación de centros históricos*, Instituto de Estudios Almerienses, Deputación de Almería, Almería, 1993, p. 20.

En calquera caso, a natureza física dos inmobles que integran o patrimonio cultural vai determinar a tipoloxía do solo en que están situados; e á inversa, a clasificación do solo –que se asenta nunha realidade física anterior en moitos casos á súa realidade xurídica– condiciona o encaixe dos bens culturais nunha categoría ou outra. Malia que a LSG delega no plan xeral a clasificación do solo, hai que abandonar a idea de que a Administración pode clasificar como solo urbano un terreo que non reúne as condicións físicas necesarias para consideralo deste xeito¹⁴. Esta regra é aplicable ás dúas categorías en que, segundo o artigo 17 da lei, se diferencia o solo urbano, a saber, o consolidado e o non consolidado. Pois ben, a existencia dun conxunto histórico nun determinado espazo, para os efectos de planificación urbanística, só permitirá, como afirma MORA BONGERA, considerar urbano o solo que comprende, aínda que é posible que a zona se vexa afectada por outro tipo de solo¹⁵. Este tipo de elementos histórico-artísticos, delimitados ao abeiro da LPCG ou conforme cos criterios da norma urbanística –que, como destacamos, non teñen por que ser os mesmos–, atopan perfecto acomodo nun solo definido como urbano¹⁶.

AMOEDO SOUTO non fai unha afirmación tan tallante, xa que admite a posibilidade de que os conxuntos históricos tamén poidan estar situados en solo de núcleo rural, urbanizable e rústico. Non obstante –prosegue coa súa argumentación–, a categoría clasificatoria máis frecuente dos conxuntos históricos –así como a dos elementos singulares declarados BIC– é a de solo urbano non consolidado¹⁷. Desde esta perspectiva, concíbese a clasificación do solo como un mecanismo para loitar contra a decadencia dos núcleos históricos cun enfoque renovador, que incorpore actuacións sistemáticas revitalizadoras destes espazos culturais e non meramente conservacionistas ou *musealizadoras*. De todos os xeitos, o solo urbano afectado por un conxunto histórico pode ser consolidado ou non consolidado na medida en que admita unicamente operacións de escasa entidade ou de carácter integral para a súa renovación ou reforma¹⁸.

14 Así o entende FERNÁNDEZ CARBALLAL, que mantén que esa realidade física –subtraída da esfera voluntarista da Administración– determina a clasificación dun terreo como urbano, de sorte que, se este reúne os elementos obxectivos fácticos que prevé a lei para ser considerado como urbano, debe considerarse como tal aínda que o plan o considere doutra forma (*Derecho urbanístico de Galicia*, Civitas, Madrid, 2003, p. 105).

15 MORA BONGERA, F., “La protección de los conjuntos históricos a través del planeamiento”, *Revista de Derecho Urbanístico*, xaneiro-febreiro, 1990, p. 56.

16 O artigo 16 da LSG clasifica deste xeito o solo urbano:

“1. Os plans xerais e os plans básicos clasificarán como solo urbano os terreos que estean integrados na malla urbana existente, sempre que reúnan algún dos seguintes requisitos:

a) Que contén con acceso rodado público e cos servizos de abastecemento de auga, evacuación de augas residuais e subministración de enerxía eléctrica, proporcionados mediante as correspondentes redes públicas ou pertencentes ás comunidades de usuarios reguladas pola lexislación sectorial de augas, e con características adecuadas para servir á edificación existente e á permitida polo plan.

Para estes efectos, os servizos construídos para a conexión dun sector de solo urbanizable, as estradas e as vías da concentración parcelaria non servirán de soporte para a clasificación como urbanos dos terreos adxacentes, salvo cando estean integrados na malla urbana.

b) Que, mesmo carecendo dalgúns dos servizos citados no apartado anterior, estean comprendidos en áreas ocupadas pola edificación, polo menos nas dúas terceiras partes dos espazos aptos para ela, segundo a ordenación que o plan xeral ou o plan básico establezan.

2. Para os efectos desta lei, considéranse incluídos na malla urbana os terreos que dispoñan dunha urbanización básica constituída por unhas vías de acceso e comunicación e unhas redes de servizos das que poidan servirse os terreos e que estes, pola súa situación, non estean desligados da rede urbanística xa existente”.

17 AMOEDO SOUTO, C.A., “Os desafíos da protección do patrimonio cultural galego a través do planeamento urbanístico”, libro colectivo *Conxuntos históricos: propiedade privada e patrimonio público*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007, p. 94.

18 Conforme o artigo 17 da LSG, o solo urbano consolidado é o “integrado polos terreos que reúnan a condición de soar ou que, polo seu grao de urbanización efectiva e asumida polo planeamento urbanístico, poidan adquirir a dita condición mediante obras accesorias e de escasa entidade que poidan executarse de forma simultánea coas de edificación”. Pola súa banda, o non consolidado é o integrado pola restante superficie de solo urbano e, en todo caso, polos terreos en que sexan precisos procesos de urbanización, nos cales sexan necesarios procesos de reforma interior ou renovación urbana, ou nos que se desenvolvan actuacións de dotación.

Esa dicotomía entre consolidado e non consolidado é trasladable, a xuízo de FERNÁNDEZ CARBALLAL, ao solo de núcleo rural¹⁹, aínda que tal diferenciación non atopa na LSG un recoñecemento expreso como o estipulado para o solo urbano. En calquera caso, certos elementos con valor cultural recoñecido na norma urbanística, dotados de interese histórico, tradicional, etnográfico, etc., non se entenderían sen a súa vinculación a un asentamento rural, para o que a lei concibe a categoría xurídica de solo de núcleo rural²⁰, e especificamente a do tipo básico *núcleo rural tradicional*²¹. Finalmente, pode tamén ser clasificado como rústico o solo sobre o que se asentan destacados elementos considerados como manifestacións do patrimonio cultural inmovible. A presenza de valores culturais neste tipo de solo xustifica a aplicación dun réxime proteccionista que os defenda de usos que poidan menoscabalos. Así o entende o lexislador estatal ao establecer no artigo 13.1 do texto refundido da Lei de solo e rehabilitación urbana que, con carácter xeral, no solo rural “A utilización dos terreos con valores ambientais, culturais, históricos, arqueolóxicos, científicos e paisaxísticos que sexan obxecto de protección pola lexislación aplicable quedará sempre sometida á preservación dos ditos valores, e comprenderá unicamente os actos de alteración do estado natural dos terreos que aquela lexislación expresamente autorice”.

A protección do patrimonio situado nun espazo que reúne as condicións físicas e ambientais para ser clasificado como solo rústico acentúase ao considerar os terreos afectados, conforme o apartado a) do artigo 31.1 da LSG, susceptibles de seren “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”. Ademais, o artigo 34 establece que o planeamento clasificará como solo rústico de especial protección patrimonial os terreos protexidos pola lexislación de patrimonio cultural. A clasificación do terreo afectado por construcións ou edificacións histórico-artísticas como solo rústico determina non poucas limitacións aos promotores de actuacións sobre aquelas, que deben confrontarse coas correspondentes potestades administrativas de intervención, e en concreto da Consellería de Cultura cando o solo sexa de especial protección patrimonial²². Para que sexa aplicable este réxime máis restritivo aos BIC –sobre todo aos xacementos arqueolóxicos– que se atopen en solo rústico, é imperativo que este teña tal categorización especial. Pero non só o solo afectado por este tipo de elementos de superior valor cultural

19 FERNÁNDEZ CARBALLAL, A., *Derecho urbanístico de Galicia*, Civitas, Madrid, 2003, p. 107.

20 Constitúen esta clase de solo, segundo o artigo 23.1 da LSG, “as áreas do territorio que serven de soporte a un asentamento de poboación singularizado, identificable e diferenciado administrativamente nos censos e padróns oficiais que o planeamento defina e delimite tendo en conta o número de edificacións, a densidade de vivendas, o seu grao de consolidación pola edificación e, se é o caso, a tipoloxía tradicional da súa armazón e das edificacións existentes neste”.

21 Ademais do núcleo rural común, o artigo 23.3.a) da LSG diferencia o núcleo rural tradicional “en función das súas características morfolóxicas, da tipoloxía tradicional das edificacións, da vinculación coa explotación racional dos recursos naturais ou de circunstancias doutra índole que manifesten a vinculación tradicional do núcleo co medio físico no que se sitúa”. Engade esta disposición que se delimitará este núcleo “en atención á proximidade das edificacións, os lazos de relación e coherencia entre lugares dun mesmo asentamento con topónimo diferenciado e a morfoloxía e tipoloxías propias dos ditos asentamentos e da área xeográfica en que se atopan (casarío, lugar, aldea, barrio ou outro), de xeito que o ámbito delimitado presente unha consolidación pola edificación de, polo menos, o 50 %, de acordo coa ordenación proposta e trazando unha liña perimetral que encerre as edificacións tradicionais do asentamento seguindo o parcelario e as pegadas físicas existentes (camiños, ríos, regueiros, ribazos e outros)”.

22 De conformidade co artigo 36.2 da LSG, no solo rústico de especial protección cumprirá obter a autorización ou o informe favorable do órgano que posúa a competencia sectorial correspondente con carácter previo á obtención do título habilitante municipal ou autorización autonómica, se é o caso.

será clasificado así; tamén poderán facer o propio os concellos nos espazos en que se atopen inmobles de interese histórico-artístico local digno de protección²³.

2 Técnicas urbanísticas de intervención administrativa para a protección do patrimonio cultural

2.1 A licenza urbanística

A licenza urbanística é, como sabemos, unha autorización outorgada pola Administración municipal, necesaria para poder executar determinados actos de edificación e uso do solo, cuxo fin esencial é comprobar a súa adecuación ao establecido na normativa urbanística²⁴. Actualmente, coas modificacións operadas no noso ordenamento xurídico como consecuencia da transposición da Directiva de servizos da Unión Europea de 2006²⁵, a licenza municipal pasou a ter un carácter residual²⁶. Non obstante, o control previo no ámbito municipal dos actos de edificación e uso do solo e do subsolo que afectan aos inmobles histórico-artísticos que foron formalmente declarados mantén en boa medida o mecanismo da licenza como medio principal para asegurar a conformidade das ditas actuacións coa legalidade urbanística.

O artigo 142 da LSG enumera os actos suxeitos a licenza urbanística de forma limitativa, non meramente enunciativa, xa que o seu apartado 3 somete o réxime de intervención de comunicación previa a todos os demais actos de uso do solo e do subsolo en que non é exixible aquel medio de control. Entre as actuacións que o apartado 2 considera obxecto de licenza inclúense expresamente as intervencións en inmobles declarados bens de interese cultural ou nos catalogados con valor cultural, histórico, artístico, arquitectónico ou paisaxístico.

Mesmo cando este tipo de autorización é un acto de verificación da legalidade urbanística –e de comprobación das exixencias sobre seguridade, salubridade, habitabilidade e accesibilidade–, o control que realiza o concello abrangue tamén cuestións que podemos considerar de índole cultural ou, cando menos, encóntranse limítrofes coa protección do patrimonio cultural. Deste xeito parece entendela ALEGRE ÁVILA cando saca a colación unha Sentenza do TSX de Cantabria do 16 de febreiro de 1990 en que se lle dá a razón a un concello que denegou unha licenza que contaba coa autorización da Administración autonómica de Patrimonio –a actuación debía ter lugar dentro do ámbito do conxunto

23 AMOEDO SOUTO, C.A., “Os desafíos da protección do patrimonio cultural galego a través do planeamento urbanístico”, libro colectivo *Conxuntos históricos: propiedade privada e patrimonio público*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007, pp. 94-9.

24 Así o recolle o artigo 349 do RLSG, ao afirmar que as licenzas “son os títulos administrativos regulados mediante os que a Administración competente permite a execución material dos actos de edificación e uso do solo proxectados, logo de comprobación de que se axustan ao ordenamento urbanístico vixente e de que reúnen as condicións exixibles de seguridade, salubridade, habitabilidade e accesibilidade”.

25 Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro, relativa aos servizos no mercado interior.

26 No ámbito territorial de Galicia esta nova orientación conságraa definitivamente a Lei 9/2013, do 19 de decembro, de emprendemento e competitividade de Galicia, como se deduce do seu artigo 23, que establece o seguinte:

“1. No ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia suprimese con carácter xeral a necesidade de obtención de licenza municipal de actividade, apertura ou funcionamento para a instalación, implantación ou exercicio de calquera actividade económica, empresarial, profesional, industrial ou comercial.

2. Os concellos velarán polo cumprimento dos requisitos aplicables segundo a lexislación correspondente, para o cal comprobarán, controlarán e inspeccionarán as actividades”.

Non debemos esquecer que, segundo o artigo 1.2, esta lei non só ten por obxecto a regulación do réxime de intervención administrativa aplicable á instalación e apertura de establecementos e ao exercicio de actividades económicas, senón tamén “a regulación do réxime de comunicación previa administrativa para o exercicio de actividades e a realización de actos de uso do solo e do subsolo”.

histórico-artístico de Santillana del Mar–, por entender que a obra pretendida non se adaptaba ao contorno en que se situaba o inmovible²⁷. Constitúe esta unha potestade que, mesmo sendo propia do ámbito urbanístico –recordemos que a licenza é un acto revestido dun carácter eminentemente regulado–, lle atribúe ao órgano municipal unha significativa e inusual marxe de discrecionalidade á hora de valorar a harmonía dunha construción respecto do carácter artístico, histórico ou tradicional do conxunto de edificios do seu contorno. Non son, polo tanto, os órganos da Administración cultural os únicos que no exercicio da súa potestade autorizatoria gozan da suficiente discrecionalidade para aplicar ao suposto axuízado os seus propios criterios profesionais. O xuízo técnico que leva ao outorgamento da licenza urbanística tamén pode conter elementos discrecionais, como se recoñece na STS do 29 de xaneiro de 1985 (RX 1985, 930), que di:

“[...] o xuízo sobre harmonía estética referente a adecuación nestes aspectos do proxectado edificio é susceptible de redución a xuízo técnico propio da proba pericial xa que se esgota e versa sobre feitos ou datos representativos de características, estilo ou tipos arquitectónicos perfecta e obxectivamente alcanzables aos coñecementos e competencia do técnico que elabora proxecto e memoria para o particular solicitante da licenza de edificación [...]”.

De todos os xeitos, fóra destes supostos de valoración técnica sobre a harmonía dunha construción en relación co seu contorno, é difícil atopar manifestacións do exercicio discrecional de facultades autorizatorias municipais de carácter urbanístico.

Regap



ESTUDIOS

2.2 A comunicación previa

Na LSG a comunicación previa concíbese como un título habilitante de natureza urbanística que ten por finalidade o sometemento ao control municipal dos actos de edificación e uso do solo. Estes actos suxeitos a comunicación previa aparecen especificados no apartado 3 do artigo 142 de forma negativa respecto dos que, segundo o apartado 2, requiren da correspondente licenza urbanística. Entre estes últimos inclúense, como sabemos, as intervencións en inmoables distinguidos cunha declaración formal de valor cultural. Non obstante, a norma urbanística non exclúe do sometemento ao réxime de comunicacións previas as actuacións naqueles outros cuxo valor cultural, aínda posuíndoo, non foi formalmente recoñecido. Por outra banda, o propio precepto legal dispón a suxeición a este réxime, en todo caso, dos actos que así se establecesen nas leis.

Da regulación dos mecanismos de intervención na edificación e uso do solo que contén a normativa urbanística subxace unha preocupación pola protección do patrimonio cultural que descarta a implementación dun medio flexible e simplificado de control sobre as actuacións nos bens que o integran e que está latente na exigencia de licenza urbanística para realizar calquera intervención en inmoables que gozan dunha declaración formal de valor cultural. Esa mesma preocupación é compartida polo lexislador do patrimonio cultural que exclúe este medio de control. Non obstante, a aspiración de dotar o réxime de control administrativo das actuacións no ámbito do patrimonio cultural da axeitada flexibilidade e axilidade non se opón ao obxectivo primordial de defensa dese patrimonio. Evidentemente, a defensa dos intereses xerais impón a exigencia das formas clásicas de control previo cando o inmovible

27 ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Tomo II, Colección Análisis y Documentos, n. 5, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, pp. 126-127.

afectado estea dotado de valores culturais significativos e cando as actuacións que pretendan realizarse poidan supor unha alteración importante deses valores. Pero noutros casos en que non se dan esas condicións a comunicación previa reforza o papel dos cidadáns como suxeito activo na protección do patrimonio, xa que coa implantación deste mecanismo se lles concede un maior protagonismo e unha maior responsabilidade no control das actuacións.

2.3 A orde de execución

A actividade de policía, e en particular o control preventivo exercido polos órganos administrativos, pode exercerse tamén mediante ordes dirixidas aos particulares, que conteñan unha obriga concreta de facer consistente na realización de obras de reparación, reforma, renovación, etc. A doutrina concibe a orde de execución como unha manifestación típica da policía administrativa limitativa dos dereitos dos particulares²⁸. A situación en que se atopa previamente titular do ben é de liberdade para usalo, desfrutalo e dispor del, pero dun xeito relativo, xa que a Administración está habilitada para interferila impondo a execución das obras de reparación precisas mediante a emanación do acto de gravame en que consiste a orde²⁹.

Do mesmo modo que no caso da licenza, a orde de execución procedente dun concello debe someterse ao preceptivo trámite de coñecemento da Administración cultural cando se pretenda operar en bens integrantes do patrimonio cultural³⁰.

A LSG considera no seu artigo 136.1 dous tipos básicos de ordes de execución: aquelas que os concellos emiten para garantir os deberes de uso, conservación e rehabilitación dos inmobles –regulados no artigo 135–, e aquelas outras que se ditan para adaptar as edificacións e construcións ao ambiente en que se atopan, segundo o establecido no artigo 91.

Respecto ao primeiro dos tipos de ordes de execución indicadas, debe sinalarse que a súa emisión se producirá cando o propietario do inmovible incumpra os seus deberes de conservación inherentes ao carácter social do dereito de propiedade, que seguen vixentes aínda que o concello non obligue ao seu cumprimento³¹.

O límite que determina o deber de conservación pode ser doadamente superado cando as obras ordenadas se deban realizar para procurar a adaptación ao contorno, no cal entran en xogo consideracións con certas doses de subxectividade, como corresponde ao grao de discrecionalidade de que dispón o órgano administrativo de control. Así sucede cando se valora a necesidade de adaptación dunha edificación ou construción ao seu contorno para

28 Así a considera a doutrina autorizada na materia que, segundo GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, explica a tensión entre policía e legalidade en relación cos deberes de conservación (*La rehabilitación urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 118-119, nota 272).

29 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., e PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 750.

30 En tal sentido, o artigo 335.3 do RLSC establece o seguinte:

“Non poderá ditarse orde de execución sen a autorización previa que resulte preceptiva por razón dos réximes especiais de protección, vinculación ou servidumes legais que afecten ao terreo ou inmovible de que se trate, agás no caso das medidas excepcionais de protección necesarias cando exista perigo inmediato de que poidan producirse danos ás persoas ou perigo inminente de derrubamento da edificación”.

31 Sinala ao respecto FERNÁNDEZ CARBALLAL que o deber de conservación constitúe un límite interno que forma parte da fisionomía do dereito de propiedade urbanística, cuxo carácter social se manifesta en que o incumprimento ou o cumprimento defectuoso do deber de vixilancia e prevención por parte dos concellos non exonera os propietarios das súas obrigas (*Derecho urbanístico de Galicia*, Civitas, Madrid, 2003, p. 267).

xustificar a emisión dunha orde, pero tamén cando a orde de execución se dita, ao abeiro do artigo 135.1, por motivos turísticos, culturais ou ornamentais. As ordes de execución baseadas neste tipo de motivos constitúen, segundo BARRERO RODRÍGUEZ, formas máis ou menos afortunadas de expresión da idea de satisfacción de exixencias que teñen que ver coa preservación de valores estéticos considerados no seu máis amplo sentido³².

3 A protección do patrimonio cultural no marco dos instrumentos de planeamento

3.1 O plan urbanístico como instrumento de ordenación do patrimonio cultural

Os bens inmobles culturais, sexan ou non declarados formalmente pola Administración cultural, tamén son merecedores na lexislación urbanística dun réxime específico que converte os órganos municipais en defensores dos valores históricos, tradicionais e arquitectónicos presentes no seu territorio. O artigo 34 da LPCG alude especificamente ás figuras de planeamento urbanístico como instrumentos que deben ser obxecto de control por parte da Consellería de Cultura a través dun informe preceptivo e vinculante emitido durante a súa tramitación. A superación dese control acerca da afección cultural do plan permite trasladar a función interventora da Administración autonómica á municipal. Así pois, baixo o paraguas dos instrumentos de planeamento debidamente aprobados, os órganos urbanísticos municipais pasarán a exercer de forma plena as súas funcións fiscalizadoras das actuacións que afectan a bens integrantes do patrimonio cultural mediante o outorgamento de licenzas ou a intervención a través doutro tipo de actos de control previo ou posterior.

Tal como destaca BARRERO RODRÍGUEZ, as técnicas de policía administrativa resultan insuficientes para protexer o ben cultural inmovible. Necesítase un instrumento que atenda ás particularidades dos bens protexidos en conexión coa área territorial da que forman parte e, a partir del, establecer o réxime autorizador das intervencións urbanísticas que lles afecten. A esta finalidade responde o plan urbanístico, que se converte para o ordenamento contemporáneo na máis importante das técnicas de defensa e tratamento das áreas históricas³³. O planeamento urbanístico dota a ordenación dos conxuntos históricos dun carácter dinámico e integrador que coloca os concellos como principais defensores dos valores históricos, tradicionais e arquitectónicos do municipio, e ao mesmo tempo como principais interesados na protección do conxunto.

Como xa se indicou, o ámbito en que se aplicarán as disposicións de protección dos valores culturais dos instrumentos de planeamento –e, polo tanto, a extensión da función de intervención dos órganos municipais– non ten por que coincidir co espazo físico delimitado na declaración do inmovible protexido. O ámbito do plan pode, polo tanto, superar o que comprende o dito inmovible³⁴. Así, tal como o entende BASSOLS COMA, esta superficie que

32 BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, Iustel, Madrid, 2006, p. 151.

33 BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Civitas, Madrid, 1990, p. 434.

34 Nada prohibe tampouco que o ámbito do plan non inclúa todo o espazo comprendido na delimitación do ben protexido, aínda que non é o habitual.

excede o perímetro establecido na lexislación protectora do patrimonio cultural non se somete ao seu réxime limitativo, senón á normativa urbanística común³⁵.

As figuras de planeamento urbanístico máis indicadas para ordenar as áreas espaciais que comprenden os bens inmobles con valor cultural son os plans especiais de protección previstos no artigo 71 da LSG. Así o prescribe a LPCG no artigo 55, que obriga a redactalos aos concellos no territorio dos cales se atope un conxunto histórico, unha zona arqueolóxica, un lugar de valor etnolóxico ou un sitio histórico, declarados BIC. Pero, coa excepción dos conxuntos históricos, non só é apta a figura do plan especial de protección para regular o uso do solo afectado pola declaración dos mencionados BIC conforme o precepto citado; o ámbito que estes comprenden tamén pode ser ordenado por outros instrumentos de planeamento, tanto de carácter xeral como especial. Como sinala BARRERO RODRÍGUEZ, o mandato dirixido aos concellos afectados traslada a estes a decisión de elixir entre o plan especial ou o xeral para levar a cabo a ordenación do ámbito protexido, de forma que se garantan axeitadamente os fins de protección derivados do artigo 46 da Constitución española, daquela parte do territorio que ordenan. Isto é realmente o importante e non a figura concreta de planeamento de que se sirva a Administración para conseguir o dito fin³⁶. É máis, tanto o instrumento de ordenación xeral como o que o desenvolve poden levar a cabo de análoga forma a ordenación do ámbito cultural en cuestión, xa que, como indica MORA BONGERA, as diferenzas entre eles son imperceptibles³⁷.

Así pois, malia resultar máis apropiada a figura do plan especial para levar a cabo unha ordenación exhaustiva das áreas históricas, o plan xeral de ordenación municipal conterá con carácter obrigatorio determinacións de protección do patrimonio cultural inmovible, como veremos máis adiante. Por conseguinte, os instrumentos de planeamento xeral poden e deben conter as determinacións relativas á protección dos bens históricos incluídos no seu ámbito territorial, e aquelas outras que se considere convenientes; pero en ningún momento se debe esquecer o carácter de ordenación integral que teñen. En concreto, ao PXOM concírnelle a función de establecer o modelo territorial, a estrutura básica sobre a que este descansa e as determinacións fundamentais de que depende a definición dos dereitos e deberes dos propietarios do solo ordenado³⁸, de sorte que, para un maior nivel de detalle, se precisaría a elaboración dun plan especial, o que no caso de BIC de certa complexidade nos parece máis axeitado.

Unha vez aprobada unha figura de planeamento polas canles que sexan aplicables en función da súa natureza, os órganos municipais responsables da súa execución, como se indicou anteriormente, aumentan o seu protagonismo na función interventora dentro o seu ámbito

35 Chega este autor a tal conclusión, en relación coa obriga establecida na Lei 16/1985, do 25 de xuño, do patrimonio histórico español (LPHE), de redactar un plan especial ou outro instrumento de planeamento urbanístico de protección da área afectada pola declaración dun conxunto histórico, baseándose no carácter mínimo daquel plan para os efectos da lei e a alusión desta ás outras figuras urbanísticas que cumpran as súas exigencias (BASSOLS COMA, M., "Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos", *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 118, 1990, p. 36).

36 BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 559-560.

37 MORA BONGERA, F., "La protección de los conjuntos históricos a través del planeamiento", *Revista de Derecho Urbanístico*, xaneiro-febreiro, 1990, p. 57.

38 De conformidade co artigo 51.2 da LSG, os plans xerais de ordenación municipal son instrumentos de ordenación integral do termo municipal que "clasificarán o solo para o establecemento do réxime xurídico correspondente, definirán os elementos fundamentais da estrutura xeral adoptada para a ordenación urbanística do territorio e establecerán as determinacións orientadas a promover o seu desenvolvemento e execución".

espacial. Non obstante, conforme a LPCG, a Administración cultural conserva a competencia de control das actuacións nos inmobles máis singularizados declarados BIC que se atopan afectados, así como nos bens catalogados do patrimonio artístico ou arqueolóxico, nos que afecten ás trazas e a elementos funcionais do Camiño de Santiago, etc. Non obstante, si se lle traslada ao concello a competencia para autorizar as intervencións nos ámbitos de protección dos ditos inmobles individualmente declarados se o plan contén as previsións necesarias para a súa especial protección.

3.2 Os plans xerais e a protección do patrimonio cultural a partir da clasificación do solo

Os plans xerais de ordenación municipal constitúen o instrumento de referencia que delimita as facultades dos suxeitos actuantes e das administracións que exercen o control. O artigo 52.h) da LSG especifica que deberán conter entre as súas determinacións xerais un catálogo daqueles “elementos que polos seus valores naturais ou culturais deban ser conservados ou recuperados, coas medidas de protección que procedan”³⁹. Pero onde realmente se mostra a verdadeira xerarquía dos plans xerais sobre as demais figuras de planeamento que o envolven é na súa virtualidade para clasificar solo⁴⁰. Neste sentido, a lei establece algunhas limitacións que determinan a forma de actuar sobre os inmobles con valor histórico, artístico ou tradicional e as potestades de control, para impedir que se proceda de forma irrespetuosa coas particularidades do tipo de solo sobre o que se atopan os inmobles protexidos. Limitacións desta natureza aparecen contidas na LSG do seguinte xeito:

- No artigo 24.7, que indica as condicións que deberán reunir as novas edificacións que se pretendan situar nos núcleos tradicionais, de forma que se identifiquen coas características propias do lugar e consoliden a trama rural existente.
- No artigo 26.1, que prohibe a demolición das construcións existentes nos núcleos rurais, agás que se trate de construcións sen especial valor arquitectónico, histórico ou etnográfico.
- No artigo 26.2, que prohibe certas actuacións nos núcleos rurais tradicionais⁴¹.
- No artigo 39.b), que, entre as condicións xerais das edificacións ou instalacións en solo rústico, exixibles para a obtención do título habilitante municipal de natureza urbanística, establece a obriga de prever as medidas, condicións ou limitacións que garantan a preservación do patrimonio cultural e a singularidade e tipoloxía arquitectónica da zona.

39 Tamén preceptúa o artigo 130.1.b) do RLSG que os PXOM deberán incluír entre as determinacións específicas dos núcleos rurais “3.º Os xacementos arqueolóxicos e as construcións ou restos daquelas de carácter histórico-tradicional, arquitectónico ou que conteñan algún elemento sinalado de carácter cultural situados neste tipo de solo”.

40 En tal sentido, o artigo 15 da LSG dispón que os plans xerais de ordenación deberán clasificar o territorio municipal “en todos ou algúns dos seguintes tipos de solo: urbano, de núcleo rural, urbanizable e rústico”. Mesmo podemos afirmar, como FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que a clasificación do solo constitúe un obxectivo prioritario desta clase de plans (*Manual de derecho urbanístico*, 20.ª ed., La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas, Madrid, 2007, p. 61).

41 Este precepto declara prohibidas nestes núcleos rurais tradicionais, ademais das actuacións que tamén o están nos tipos básicos de núcleo rural, as seguintes:
 “a) As vivendas acaroadas, proxectadas en serie, de características similares e situadas en continuidade en máis de tres unidades.
 b) Os novos tendidos aéreos.
 c) A execución de actuacións integrais que determinen a desfiguración da tipoloxía do núcleo e a destrución dos valores que xustificaron a súa clasificación como tal”.

- No artigo 39.c), que prescribe que o volume máximo da edificación deberá ser similar ao das edificacións tradicionais existentes, salvo cando resulte imprescindible superalo por exigencias do uso ou actividade, debendo adoptarse en todo caso as medidas correctoras necesarias para minimizar o impacto visual sobre a paisaxe e a alteración do relevo natural.
- No artigo 40, que determina o réxime aplicable de rehabilitación e reconstrución das edificacións de carácter tradicional situadas en calquera categoría de solo de núcleo rural ou rústico⁴².

Por outra parte, na aplicación do réxime específico destes tipos de solos, e máis concretamente no solo rústico de especial protección patrimonial, non pode ignorarse a participación da Administración cultural na configuración da decisión autorizatoria, por moito que o concello asuma competencias de salvagarda dos valores culturais e arquitectónicos dos bens inmobles no ámbito das súas atribucións. Así o dispón o artigo 36.2 da LSG, cando prescribe a necesidade de que o órgano sectorial se pronuncie con anterioridade á obtención do título habilitante municipal:

“En todo caso, no solo rústico de especial protección será necesario obter a autorización ou informe favorable do órgano que teña a competencia sectorial correspondente con carácter previo á obtención do título habilitante municipal ou autorización autonómica nos casos en que esta fose preceptiva [...]”.

Pon en evidencia este precepto que, malia a competencia do concello para definir o réxime de aplicación nos ámbitos caracterizados por un singular valor histórico, artístico ou tradicional –ao clasificar o solo nun instrumento de planeamento–, o control das actuacións nos ditos ámbitos depende en boa medida da Administración de patrimonio, aínda que non declarase formalmente o valor cultural dos elementos afectados. Así, o pronunciamento dos órganos culturais parece necesario e anterior á concesión da licenza municipal e á comunicación previa cando se opera nun solo rústico de protección patrimonial⁴³.

En definitiva, os plans xerais de ordenación municipal determinan as potestades de intervención administrativa das actuacións que afectan aos inmobles históricos, artísticos ou tradicionais a través da clasificación do solo. Aí radica a súa verdadeira función protectora do patrimonio: na designación de qué ámbitos espaciais terán un estatuto xurídico ou outro. Así, en función de cal sexa a condición que teña o solo afectado, terá o seu uso unhas determinadas limitacións. Polo tanto, malia que a norma faculta os redactores dos plans xerais para incluír neles medidas de protección dos elementos histórico-artísticos, non parecen este tipo de instrumentos os máis axeitados para tal labor. O seu carácter integral e aberto ao seu desenvolvemento a través de plans especiais –máis adecuados estes para este tipo de

42 O artigo 40 da LSG dispón o seguinte:

“As edificacións tradicionais existentes en calquera categoría de solo de núcleo ou de solo rústico poderán ser destinadas a usos residenciais, terciarios ou produtivos, a actividades turísticas ou artesanais e a pequenos obradoiros e equipamentos.

Logo da obtención do título habilitante municipal de natureza urbanística, e sen necesidade de cumprir os parámetros urbanísticos de aplicación salvo o límite de altura, permitirase a súa rehabilitación e reconstrución e, por razóns xustificadas, a súa ampliación mesmo en volume independente, sen superar o 50 % do volume orixinario da edificación tradicional.

En calquera caso, deberán manterse as características esenciais do edificio, do lugar e da súa tipoloxía orixinaria”.

43 Nos demais tipos de solo, aínda que a emisión do informe cultural non sexa expresamente preceptiva na lexislación urbanística, aplicaríase o artigo 34 da LPCG, que –como xa destacamos– somete ao pronunciamento da Consellería de Cultura non só os plans e programas, senón tamén os proxectos que, pola súa incidencia sobre o territorio, poidan supor unha afección ao patrimonio cultural de Galicia.

determinacións— réstalles operatividade para determinar, fóra da súa capacidade de clasificar solo, os límites que determinan a función de control administrativo dos órganos municipais.

3.3 A función tuitiva dos plans especiais de protección do patrimonio cultural

En desenvolvemento dos plans xerais, os plans especiais de protección das áreas históricas levan a un maior nivel de concreción as determinacións que van delimitar a intervención dos órganos municipais sobre a actividade dos particulares. Non constitúe este tipo de plans, a xuízo de BASSOLS COMA, unha categoría *ex novo* desde o punto de vista da materia, que a singularice das modalidades de planeamento consideradas na lexislación urbanística⁴⁴. Son, pola contra, plans urbanísticos territoriais que, como sinala BARRERO RODRÍGUEZ, teñen por obxecto a regulación dun determinado aspecto do espazo⁴⁵, e que se caracterizan, segundo FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, pola súa natureza subordinada respecto do plan xeral previo que desenvolven⁴⁶. Non obstante, a LSG tamén prevé no seu artigo 70.2, ante a falta de planeamento xeral municipal ou cando este non contivese as previsións detalladas oportunas, a aprobación de plans especiais autónomos “coa finalidade de protexer ámbitos singulares, rehabilitar e mellorar o medio rural ou establecer infraestruturas e dotacións urbanísticas, sempre que estas determinacións non exixan a definición previa dun modelo territorial”.

A diferenza dos plans xerais, os plans especiais non poden, por regra xeral, establecer limitacións no uso do solo mediante a súa clasificación, pero si poden incorporar determinacións que deberán ser observadas polos suxeitos actuantes sobre o patrimonio histórico e polos órganos municipais encargados de controlalos⁴⁷. Conterán deste xeito as determinacións propias da súa natureza e finalidade por medio de ordenanzas e normas específicas de protección.

Os plans especiais de protección configúranse desta forma na normativa urbanística como as figuras de planeamento idóneas para ordenar os ámbitos que comprenden os bens inmoebles con valor cultural. Esa idoneidade para ordenar os BIC é elevada ao grao de exixencia pola LPCG respecto dalgunhas categorías desta clase de bens. Son, pois, eses plans especiais os que teñen asignada esa misión específica, de conformidade co artigo 71.3 da LSG:

“En particular, os plans especiais cuxo obxecto sexa protexer os ámbitos do territorio declarados como bens de interese cultural conterán as determinacións exixidas pola lexislación sobre patrimonio cultural e o catálogo previsto no artigo 81”.

44 BASSOLS COMA, M., “Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 118, 1990, p. 40.

45 BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 560-561. LARUMBE BIURRUN contrapón os plans especiais aos xerais –que desenvolven– e aos parciais, dos que se diferencian en que non perseguen a ordenación urbana integral do territorio, senón tan só un aspecto concreto del (“La figura del plan especial. Legislación sobre Centros Históricos”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 57, 1978, pp. 83-84).

46 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de derecho urbanístico*, 20.ª ed., La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas, Madrid, 2007, p. 72.

47 A LSG, no seu artigo 70.5 –que remite ao artigo 65–, dispón que non poderán os plans especiais substituír aos plans xerais como instrumentos de ordenación integral do territorio, nin modificar a clasificación do solo, pero si poderán, baixo certas condicións, modificar a ordenación detallada dos segundos e readaptar, por razóns xustificadas, a delimitación dos sectores e áreas de repartición, así como crear solo urbano con destino a usos industriais ou terciarios, equipamentos públicos ou construción de vivendas de promoción pública nos concellos sen plan xeral ou que contén con plan básico municipal.

Pero a potestade para ordenar os bens culturais excede na norma urbanística o mandato da LPCG, de forma que aquela lle impón á Administración municipal a regulación a través de plans especiais de determinados elementos dotados de valor histórico-artístico, non necesariamente recoñecidos no ámbito da Administración cultural. Así se deduce do artigo 71.1 da LSG, que contempla a preservación do patrimonio cultural xenericamente considerado como un dos seus obxectos. Carece, pois, a norma urbanística dunha relación, xa non limitativa, senón simplemente enunciativa de cuestións que deberán axuizar os órganos municipais no exercicio das súas potestades interventoras, que requiren a máxima concreción no plan para evitar entrar nun terreo –o da discrecionalidade administrativa– que teñen restrinxido.

En calquera caso, aos plans especiais de protección correspóndenlles, segundo o artigo 179.6 do RLSG, estas determinacións:

- A identificación e xustificación dos elementos, ámbitos e valores obxecto de protección.
- A definición e regulación de categorías diferenciadas de protección, cando proceda.
- A regulación dos usos e actuacións permitidos, compatibles ou prohibidos sobre os elementos ou ámbitos protexidos, e outras medidas que se consideren necesarias para garantir a súa protección e conservación.
- A regulación e programación da execución das actuacións de recuperación, rehabilitación ou mellora dos elementos, ámbitos ou valores obxecto de protección.

A forma en que os plans especiais abordan o réxime de control das actuacións urbanísticas sobre o patrimonio cultural é moi variada. Así, algúns plans reproducen nalgúns casos as disposicións da lei, que regulan a intervención administrativa das actuacións sobre os inmobles protexidos, ou ben conteñen recordatorios do necesario cumprimento da normativa protectora do patrimonio cultural, ou aventúranse a detallar con máis precisión os supostos autorizables e o modo en que ten lugar a función autorizatoria⁴⁸.

Así as cousas, a verdadeira comprensión do papel que desempeñan os plans especiais de protección do patrimonio cultural na ordenación urbanística do municipio móstraos como instrumentos adecuados para achegar o dinamismo que á lexislación de patrimonio lle falta na conservación dos inmobles-históricos. Este tipo de plans, a través da ordenación dos espazos culturais, dálles aos órganos municipais axilidade para o exercicio das súas potestades de control ao prescindir da intervención da Administración cultural. Pero o exercicio desas potestades municipais leva consigo o perigo de invadir o campo da discrecionalidade administrativa que teñen vetado. Para conxurar ese perigo, cómpre que o instrumento de planeamento delimite ao máximo os ámbitos en que deben moverse os órganos de control.

48 Podemos salientar como exemplo o disposto na Revisión e adaptación do Plan especial de protección e reforma interior da Cidade Vella e Peixaría da Coruña, aprobado definitivamente o 26 de xaneiro de 2015 e publicado no BOP da Coruña do 30 de xaneiro. Despois de lembrar nos seus artigos 2 e 5 a preceptiva aplicación da lexislación sectorial de patrimonio, recorda no seu artigo 6 a obriga de solicitar a autorización da Administración cultural para as actuacións urbanísticas que se desenvolvan no ámbito do conxunto declarado e o seu contorno. Ademais, o artigo 140 establece o réxime de licenzas en edificios ou conxuntos catalogados, no cal se exige a autorización expresa dos organismos competentes para a execución da LPCG para a realización de obras interiores ou exteriores que afecten directamente a monumentos declarados BIC, e atribúelle ao Concello a competencia para autorizar directamente as obras que afecten a inmobles non singularizados. Regula tamén o plan, entre outras cuestións, os tipos posibles de actuación e a documentación preceptiva nos proxectos de obras en edificios existentes, de demolición e de nova edificación, así como aspectos procedementais relativos á tramitación das actuacións, condicións de volume, de estética, etc.

3.4 Os catálogos urbanísticos como instrumento complementario dos plans de ordenación

Complétase o marco xurídico delimitador da función de control administrativo municipal que deriva do planeamento coa figura do catálogo urbanístico. É este un instrumento complementario do plan cuxo obxecto é, conforme o artigo 81.1 da LSG, “identificar os elementos que, polas súas singulares características ou valores culturais, históricos, artísticos, arquitectónicos, arqueolóxicos, etnográficos ou paisaxísticos, se considere conveniente conservar, mellorar ou recuperar”. Aínda que son máis propios dos plans especiais, os catálogos tamén complementan os plans xerais; de feito, os artigos 52.h) –como se apuntou antes– e 58.i) inclúen entre as determinacións e documentos do PXOM o catálogo de elementos que deben ser conservados ou recuperados, coas medidas de protección que procedan.

Conforme o artigo 196.2 do RLSG, os elementos protexidos polo catálogo serán os bens inscritos no Rexistro de Bens de Interese Cultural de Galicia e no Catálogo do Patrimonio Cultural de Galicia, debendo delimitarse os seus ámbitos de protección e as súas zonas de amortecemento, se é o caso. Pero tamén se incluírán no catálogo urbanístico os demais inmobles cuxo valor histórico, artístico, arquitectónico, etc., goza dun recoñecemento limitado ao ámbito local, cos seus respectivos ámbitos de protección⁴⁹. A uns e outros dedicaráselles unha ficha individualizada na cal se recollerán, como mínimo, os seus datos identificativos, localización e delimitación do seu ámbito de protección, descrición gráfica das súas características construtivas, estado de conservación e determinacións para a súa conservación, rehabilitación, mellora ou recuperación.

Como se indicou, a LSG consagra, no seu artigo 81.1, o carácter complementario do catálogo respecto do plan, de tal forma que quedaría configurado neste último o réxime a que están suxeitos os cidadáns e a Administración urbanística, limitándose aquel a sinalar o obxecto afectado⁵⁰. No entanto, o RLSG apártase da concepción tradicional do catálogo urbanístico como instrumento accesorio desprovisto de natureza xurídica, ao dispor no seu artigo 198.1 que será vinculante para o planeamento, que non poderá alterar a condición dos bens, espazos ou elementos nel incluídos, e que, en caso de que exista contradición entre as determinacións dun e outro, prevalecerán as do catálogo.

49 Os obxectos catalogables, a dicir de AMOEDO SOUTO, caracterízanse pola súa amplitude potencial, como corresponde a un concepto tan extensivo como é o de *elemento*. Isto abre interesantes posibilidades para combinar a protección do patrimonio coa promoción turística e deportiva. Non obstante, cómpre individualizar correctamente os elementos que se pretende protexer, evitando catalogacións excesivamente xenéricas que na práctica levan á desprotección daqueles (“A catalogación urbanística do patrimonio cultural galego”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.14, 2010, pp. 199-201).

50 Sostén GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ que a función dos catálogos é a de dar conta dunha edificación digna de protección, e pretender que acheguen prescricións de tipo regulativo ou substantivo levaríalos a invadir o papel reservado aos plans (*La rehabilitación urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 92). Pola súa banda, ALONSO IBÁÑEZ considera que coa LPHE o catálogo urbanístico que debe formarse xunto co plan urbanístico do conxunto histórico empeza a sustantivarse como instrumento de ordenación –superando desta forma o carácter instrumental que lle recoñecía o Texto refundido da Lei do solo de 1976–, ao impor no seu contido un determinado réxime de protección (*Los catálogos urbanísticos y otros catálogos protectores del patrimonio cultural inmueble*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 90- 91). AMOEDO SOUTO diferencia o aspecto complementario do catálogo, do substantivo, que o converte en verdadeiro instrumento protector con eficacia xurídica propia. Esta dobre natureza do catálogo constitúe unha fonte de inseguridade xurídica cando se entrecruza ese carácter substantivo co que deriva da normativa cultural (“A catalogación urbanística do patrimonio cultural galego”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 14, 2010, pp. 190- 194).

4 A protección do patrimonio cultural á marxe do planeamento

Como antes sinalamos, as facultades urbanísticas derivadas do dereito de propiedade aparecen delimitadas, con suxeición á lei, polos instrumentos de planeamento; pero, sen mediación de ningunha figura intermedia, a lei tamén configura de forma directa o réxime aplicable ás actuacións que se pretendan acometer nos inmobles que recoñece como integrantes do patrimonio cultural. Neste sentido, contén a norma legal diversas disposicións con análoga finalidade protectora, que funcionan de forma complementaria aos instrumentos de ordenación, e que en maior ou menor medida están orientadas a procurar unhas mínimas condicións estéticas. Estámonos a referir ás denominadas normas de aplicación directa recollidas na lexislación urbanística⁵¹, que se aplican nos municipios que carecen de plan, pero tamén, de forma prevalente, nos que dispoñen deles⁵².

De entre este tipo de normas –de pertinente alusión en atención ao obxecto do noso estudo–, destacamos as previstas no artigo 91 da LSG, que obriga a adaptar as construcións e instalacións ao contorno en que estivesen situadas. En concreto, en virtude deste precepto exíxese que as construcións en lugares inmediatos a un edificio ou un conxunto de edificios de carácter histórico ou tradicional harmonicen con el; que, nas perspectivas que ofrezan os conxuntos urbanos de características históricas ou tradicionais, os muros, peches e demais elementos non limiten o campo visual para contemplar as belezaas naturais, rompan a harmonía da paisaxe, desfiguren a perspectiva propia deste ou limiten ou impidan a contemplación do conxunto; que a tipoloxía das construcións e os materiais e cores empregados favorezan a integración no contorno inmediato e na paisaxe; etc.⁵³ Ademais, tales disposicións operarán con independencia do establecido na lexislación sobre patrimonio histórico⁵⁴; de aí que consideremos que forman parte das técnicas a disposición da Administración urbanística, de protección do patrimonio cultural non declarado.

Non obstante, as mencionadas normas de adaptación ao ambiente non son as únicas disposicións de directa aplicación cunha finalidade protectora da estética ou do ambiente, xa que existen outras de natureza semellante referidas á obriga por parte dos propietarios de

51 Con incidencia no ámbito urbanístico, tamén gozan desta condición de normas de aplicación directa as contidas na lexislación sectorial de estradas, costas, conservación da natureza e –como xa comprobamos– de protección do patrimonio cultural, xa que establecen limitacións legais que deben ser aplicadas polos órganos urbanísticos.

52 Ese carácter das normas de aplicación directa, ao tempo complementario e prevalente en relación coas contidas nos instrumentos de planeamento, aparece recoñecido na STS do 1 de decembro de 1992 (RX 1992, 9737), cando sinala que o artigo 73 do Texto refundido da Lei do solo de 1976 –antecedente das actuais disposicións de adaptación ao ambiente– “malia ser de directa aplicación, con independencia de que exista ou non planeamento, non exclúe, en caso de existir, a aplicación das determinacións concretas contidas no planeamento de que se trate, salvo que estas se opoñan ao disposto nese precepto”. A propósito do dito artigo, GARCÍA DE ENTERRÍA e PAREJO ALFONSO entenden, non obstante, que, dada a dificultade de concretar os supostos previstos na norma, non parece que os plans poidan desenvolver este tipo de disposicións, o que evita, en principio, o conflito entre elas. Iso permite a aplicación independente e directa da regra e a súa utilización como mecanismo corrector dos resultados contrarios que derivan da simple aplicación do planeamento (*Lecciones de Derecho Urbanístico*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 229).

53 Pola súa banda, o artigo 20.2 do texto refundido da Lei de solo e rehabilitación urbana establece, como criterios básicos de utilización do solo, os seguintes:

“As instalacións, construcións e edificacións deberán adaptarse, no básico, ao ambiente en que estivesen situadas, e para tal efecto, nos lugares de paisaxe aberta e natural, sexa rural ou marítima, ou nas perspectivas que ofrezan os conxuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos ou tradicionais, e nas inmediacións das estradas e camiños de traxecto pintoresco, non se permitirá que a situación, masa, altura dos edificios, muros e peches, ou a instalación doutros elementos, limite o campo visual para contemplar as belezaas naturais, rompa a harmonía da paisaxe ou desfigure a perspectiva propia desta”.

54 Con este carácter autónomo conciben GARCÍA DE ENTERRÍA e PAREJO ALFONSO as normas de adaptación das edificacións ao ambiente (*Lecciones de Derecho Urbanístico*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 230). Nese sentido pronúnciase o TS na súa Sentenza do 16 de xuño de 1993 (RX 1993, 4884).

terreos, edificacións, etc., de manter estes nas debidas condicións de ornato legalmente exixibles e realizar obras adicionais por motivos turísticos ou culturais, ou para a mellora da calidade e sustentabilidade do medio urbano, conforme establecen os apartados c) e e) do artigo 135.1 da LSG⁵⁵.

Todos estes deberes de adaptación ao contorno e de uso, conservación e rehabilitación faranse cumprir, se é preciso, mediante a imposición de ordes de execución, segundo o artigo 136.1 da LSG. Como advirte FERNÁNDEZ CARBALLAL, o momento en que se utiliza ese mecanismo é cando a obriga xenérica prevista na lei se transforma nunha obriga xurídica estrita, que debe satisfacerse ao ditarse o acto cominatorio da execución dunha obra, especificando e detallando as operacións que cómpre realizar⁵⁶.

Sen chegar a ter que acudir a este medio de control, a Administración urbanística aplicará nun primeiro momento as normas de aplicación directa ao conceder ou denegar a licenza. Neste sentido, dicimos que tales normas delimitan as facultades autorizatorias, outorgándolle ao órgano municipal un amplo poder decisorio, favorecido pola vaguidade do seu contido. Así, conceptos tales como ambiente, harmonía, perspectiva ou beleza poden xerar de feito unha diminución de garantías que requiren con máis forza –como pon de relevo FERNÁNDEZ CARBALLAL– a exixencia da súa motivación fronte á indesexable arbitrariedade proscriba polo noso ordenamento xurídico⁵⁷. Pois ben, no exercicio da función interventora, esa necesidade de motivación na interpretación daqueles conceptos xurídicos indeterminados e na aplicación ao caso concreto dos presupostos da norma parece fundamental.

Non cabe dúbida de que, na apreciación dos conceptos xurídicos indeterminados contidos na norma, a Administración urbanística se ve envolta en sombras de incerteza que debe despxar, e a única forma de facelo consiste en determinar, no momento de ditar o acto de concesión ou denegación da licenza –ou, se é o caso, á hora de emitir unha orde de execución–, se concorren aqueles conceptos nos supostos axuizados. Non se pode prolongar, polo tanto, a incerteza máis alá do momento previo á decisión que se adopte. Así o declara o Tribunal Supremo na súa Sentenza do 16 de xuño de 1993 (RX 1993, 4884):

“[...] na súa aplicación débesele recoñecer á Administración certa marxe de apreciación en razón do halo de dificultade que caracteriza o espazo de incerteza que media entre as zonas de certeza positiva e negativa (STS 31-12-1988), o que implica que na súa aplicación cómpre actuar conforme a técnica propia daqueles conceptos, xa que se a utilización destes pola norma deriva da imposibilidade de acoutar con maior grao de determinación o ámbito de realidade a que aquela se refire, non supón que a devandita indeterminación se transmita e permaneza na fase de aplicación da norma, pois, se esta se está a referir sen ningunha dúbida a supostos concretos da realidade, a aplicación dos conceptos indeterminados á cualificación de circunstancias reais específicas só admite unha única solución xusta: ou concorre ou non concorre o concepto”.

55 As exixencias contidas neste tipo de disposicións –e especificamente o mantemento do ornato público– non deben ser entendidas, a xuízo de FERNÁNDEZ CARBALLAL, como obrigas dos propietarios de preservar á súa custa o valor histórico ou artístico do inmovible, senón como unha necesidade de cumprir as súas normais condicións estéticas (“A conservación do patrimonio urbanístico-arquitectónico”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 38, 2004, p. 82).

56 *Ibidem*, pp. 83-84.

57 FERNÁNDEZ CARBALLAL, A., *Dereito urbanístico de Galicia*, Civitas, Madrid, 2003, p. 68.

En calquera caso, na apreciación das circunstancias concorrentes non debe confundirse incerteza con subxectividade; antes ben, os preceptos legais que nos ocupan encerran elementos regulados que, dentro da marxe de discrecionalidade que lle conceden á Administración, deben ser respectados ao adoptar a súa decisión. Para iso deberase apoiar nos elementos de xuízo de carácter técnico ou estético reflectidos nos informes dos órganos técnicos, ou que dimanen do proxecto formulado polo promotor da actuación⁵⁸.

O carácter de disposición de aplicación directa do artigo 91 da LSG, e o seu antecedente, o artigo 73 do texto refundido de 1976, é posto de relevo de forma concluínte pola STS do 16 de xuño de 1993 (RX 1993, 4884)⁵⁹, que ademais destaca a súa inescusable aplicabilidade tanto en defecto de planeamento como no suposto de existencia deste e contradición con este". A aplicación directa destes preceptos, polo tanto, non require de desenvolvemento a través doutra disposición ou acto, o que significa que a decisión de outorgamento ou denegación de licenza que, se é o caso, se solicite deberá apoiarse nos criterios de actuación que aqueles conteñen. Se, pola contra, se concedese unha licenza que fose contradictoria cos ditos criterios, sería anulable aínda que se axustase ao planeamento vixente.

Estas disposicións de directa aplicación constitúen, en definitiva, limitacións relativas, de análoga natureza ás impostas no ámbito da Administración cultural, que son removibles por medio de licenza urbanística. Como tales, requiren tamén dun xuízo valorativo dos órganos municipais, non exento de apreciacións subxectivas. En tal sentido se pronuncia o Tribunal Supremo na súa Sentenza do 16 de xuño de 1993 (RX 1993, 4884):

"[...] trátase dunha limitación do «*ius aedificandi*» [a prevista no artigo 76.a) do TRLS] non absoluta, senón relativa, xa que só impón unha carga modal, permitindo a edificación, pero só cumprindo determinadas condicións, aquelas que permitan a harmonización da nova construción co conxunto de edificios, ou o edificio, merecedores, polo seu valor histórico-artístico ou arqueolóxico, de reunir un contorno axeitado a estes, eliminando os proxectados sen outras miras que as simplemente utilitarias e funcionais; isto significa que o urbanismo non recolle no seu seo unha soa valoración unidimensional, senón que son varias as que considera dignas dunha protección especial, reunindo valores materiais e espirituais como son os históricos e os estéticos [...]".

Confirma a xurisprudencia deste xeito esa función exercida pola Administración urbanística de salvagarda dos valores patrimoniais de certos bens inmoables, que atopa a súa expresión na concesión ou denegación de licenza amparándose nas normas de aplicación directa, e concretamente nas que disciplinan a adaptación das construcións e instalacións ao ambiente histórico, artístico ou tradicional en que estean localizadas. Estas facultades de defensa do patrimonio que se lles confiren aos concellos van orientadas en último termo a procurar un bo efecto urbanístico de conxunto, como mostra a STS do 20 de abril de 1985 (RX 1985, 2214)⁶⁰.

58 En tal sentido pronúnciase o TS na súa Sentenza do 14 de novembro de 1986 (RX 1986, 8082) e o TSX de Cataluña na súa Sentenza do 1 de abril de 2005 (XUR 2005, 173817).

59 Tamén pola STS do 20 de abril de 1985 (RX 1985, 2214), a STS do 16 de xuño de 1987 (RX 1987, 6492) e a STSX de Cataluña do 1 de abril de 2005 (XUR 2005, 173817), entre outras.

60 AMOEDO SOUTO considera estas facultades da Administración urbanística como un segundo arsenal ou círculo de protección do patrimonio histórico que suple as carencias do primeiro círculo configurado na lexislación cultural. Con esta orientación conforman "unha técnica de tutela, un verdadeiro comodín protector de todo tipo de construcións e planeamentos urbanos, pero que se revelou suficiente para encarar os problemas da presión urbanística das zonas históricas desde un punto de vista protector" ("Os desafíos da protección do

A función administrativa de control das actuacións sobre os inmobles histórico-artísticos que se realiza á marxe do planeamento pode provir tamén de ordenanzas locais reguladoras da estética⁶¹. Este tipo de normas recollen unha serie de parámetros en virtude dos cales, como sostén GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, a Administración poderá denegar a licenza se o proxecto de obra non segue as pautas fixadas na norma⁶². Pero, segundo establece a STS do 9 de maio de 1986 (RX 1986, 3061), os patróns estéticos que conteñen deben ser obxectivos, xa que “non pode quedar ao subxectivo arbitrio do órgano administrativo decidir en cada caso, segundo o seu cambiante criterio e sen regras, se o proxecto ataca ou non o bo gusto ou se resulta ou non impropio da súa localización; porque admitir isto suporía converter unha materia que por ministerio da lei ha de ser sempre regulada, en discrecional ou arbitraria”. De ser así, a decisión administrativa de outorgamento de licenza basearíase nunha apreciación subxectiva descoñecedora da súa natureza regulada, mentres que, se se atén ás regras ornamentais establecidas normativamente, terá un carácter obxectivo e xurídico⁶³.

Aínda así, a aludida obxectividade dos patróns estéticos non está enfrontada coa discrecionalidade da decisión administrativa acerca da conformidade coas ordenanzas da actuación sometida a licenza. Pero ese xuízo discrecional é discutible e revisable, mesmo na vía xurisdiccional. Así o confirma o TS en Sentenza do 29 de xaneiro de 1985 (RX 1985, 930), que reduce a xuízo técnico propio da proba pericial o que se refire á harmonía estética dunha determinada actuación urbanística.

“[...] o xuízo sobre harmonía estética referente a adecuación nestes aspectos do proxectado edificio [sinala o TS] é susceptible de redución a xuízo técnico propio da proba pericial porque se esgota e versa sobre feitos ou datos representativos de características, estilo ou tipos arquitectónicos perfecta e obxectivamente alcanzables aos coñecementos e competencia do técnico que elabora o proxecto e a memoria para o particular solicitante da licenza de edificación, documentos de improcedente confección de maneira illada tanto do contido das ordenanzas aplicables como da realidade topográfica e características circunstanciais das próximas edificacións coas cales se debe configurar o edificio considerado conxunto ou grupo urbano, cuestións todas de feito plenamente adecuadas á revisión xurisdiccional a través da proba dos feitos determinante para a que é particularmente idónea a proba pericial [...]”. A decisión administrativa acerca da estética dunha actuación urbanística, mesmo contendo un importante compoñente subxectivo, debe apoiarse en regras de estilo e tipo arquitectónico recoñecibles polos redactores do proxecto, polos facultativos que forman parte do órgano de control e polos peritos que, se é o caso, vaian informar sobre a revisión daquela decisión. Para reducir a marxe de discrecionalidade duns e outros, as ordenanzas deben precisar ao máximo cales son eses parámetros técnicos.

Non obstante, a estrita marxe de actuación que ten a Administración urbanística para garantir as condicións estéticas do inmovible no seu ámbito non se dá cando recorra ao uso da

patrimonio cultural galego a través do planeamento urbanístico”, libro colectivo *Conxuntos históricos: propiedade privada e patrimonio público*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007, p. 66).

61 As ordenanzas municipais reguladoras da estética –igual que as que detallan os usos, o volume e as condicións hixiénico-sanitarias– tiveron no noso dereito gran protagonismo ata que a partir da Lei de 1956 a súa parte máis substancial se foi integrando nos plans de ordenación como un dos documentos que concretaban as normas urbanísticas aplicables a cada clase de solo (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de derecho urbanístico*, 20.ª ed., La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas, Madrid, 2007, p. 75).

62 GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La rehabilitación urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 214.

63 *Ibidem*, pp. 221-224.

orde de execución. Con este mecanismo xa non necesita a Administración o apoio dunha norma previa que concrete de forma rigorosa os presupostos obxectivos de actuación para exercer as súas funcións de control. Así o entende GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, ao sinalar que basta con que o edificio en cuestión presente un estado insalubre, inseguro ou –como sería o caso– antiestético, para xustificar a orde de execución⁶⁴.

En definitiva, as disposicións de aplicación directa que operan á marxe do planeamento –pero de forma complementaria– habilitan os órganos municipais para o exercicio de potestades de control que en último termo resultan garantidoras da protección do patrimonio cultural, entendido nun sentido amplo. Como amplos son tamén os conceptos empregados (harmonía, perspectiva, beleza, etc.), que requiren dunha aplicación motivada da norma que evite incorrer en arbitrariedade. En calquera caso, non é a protección do patrimonio cultural a finalidade esencial deste tipo de normas –aínda que a súa aplicación no exercicio do control administrativo poida producir este efecto–, senón o bo efecto urbanístico de conxunto.

Bibliografía

- ALEGRE ÁVILA, J. M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, tomo II, Colección Análisis y Documentos, n. 5, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.
- ALONSO IBÁÑEZ, M. R., “La identificación de los espacios culturales en el ordenamiento español y la necesidad de integrar su tratamiento en el marco de la ordenación territorial”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 1, 1997.
- ALONSO IBÁÑEZ, M. R., *Los catálogos urbanísticos y otros catálogos protectores del patrimonio cultural inmueble*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- ALONSO IBÁÑEZ, M. R., *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- AMOEDO SOUTO, C. A., “A catalogación urbanística do patrimonio cultural galego”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 14, 2010.
- AMOEDO SOUTO, C. A., “Os desafíos da protección do patrimonio cultural galego a través do planeamento urbanístico”, libro colectivo *Conxuntos históricos: propiedade privada e patrimonio público*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007.
- BARRERO RODRÍGUEZ, M. C., *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Civitas, Madrid, 1990.
- BARRERO RODRÍGUEZ, M. C., *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, Iustel, Madrid, 2006.
- BASSOLS COMA, M., “Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 118, 1990.
- FERNÁNDEZ CARBALLAL, A., “A conservación do patrimonio urbanístico- arquitectónico”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 38, 2004.

64 *Ibidem*, pp. 224-225.

- FERNÁNDEZ CARBALLAL, A., *Derecho urbanístico de Galicia*, Civitas, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de derecho urbanístico*, 20.ª ed., La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., e PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La rehabilitación urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- LARUMBE BIURRUN, P. M., "La figura del plan especial. Legislación sobre Centros Históricos", *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 57, 1978.
- MORA BONGERA, F., "La protección de los conjuntos históricos a través del planeamiento", *Revista de Derecho Urbanístico*, xaneiro-febreiro, 1990.
- PAREJO ALFONSO, L., "La legislación urbanística y la legislación sobre Patrimonio Histórico, instrumentos para la protección de los centros históricos de las ciudades", *Actas de las jornadas de estudio Recuperación de centros históricos*, Instituto de Estudios Almerienses, Diputación de Almería, Almería, 1993.
- PAREJO ALFONSO, L., "Urbanismo y Patrimonio Histórico", *Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 2, 1998.
- SANZ-PASTOR PALOMEQUE, C. J., "Reflexiones sobre la protección del Patrimonio Cultural Inmobiliario mediante planes de Urbanismo", *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 88, 1984.

Regap



ESTUDIOS

Efectos da regularización voluntaria en vía administrativa e en vía penal tras a Lei orgánica 7/2012

Efectos de la regularización voluntaria en vía administrativa y en vía penal tras la Ley orgánica 7/2012

Effects of voluntary regularization in administrative and criminal proceedings after the Organic Law 7/2012

56
Regap

MARÍA PILAR ZAPATA GARCÍA

Universidade de Valladolid

María del Carmen Cámara Barroso

Universidade a Distancia de Madrid – UDIMA

Recibido: 23/04/2018 | Aceptado: 20/12/2018

Regap



ESTUDIOS

Resumo: O obxectivo deste traballo é analizar as modificacións introducidas no delito contra a facenda pública tras a aprobación da Lei orgánica 7/2012, do 27 de decembro, pola que se modifica a Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro, do Código penal, en materia de transparencia e loita contra a fraude fiscal e na Seguridade Social. E, en particular, detallar as referidas á regularización voluntaria tributaria que exime da responsabilidade penal en caso de delito fiscal, analizando os efectos tanto en vía administrativa como en vía penal.

Palabras clave: Regularización voluntaria, delito fiscal, prescripción, débeda tributaria, declaración extemporánea, responsabilidade penal.

Resumen: El objetivo de este trabajo es analizar las modificaciones introducidas en el delito contra la hacienda pública tras la aprobación de la Ley orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Y, en particular, detallar las referidas a la regularización voluntaria tributaria que exime de la responsabilidad penal en caso de delito fiscal, analizando los efectos tanto en vía administrativa como en vía penal.

Palabras clave: Regularización voluntaria, delito fiscal, prescripción, deuda tributaria, declaración extemporánea, responsabilidad penal.

Abstract: The objective of this paper is to analyze the modifications introduced in the crime against the Public Treasury after the approval of the Organic Law amending the Spanish Criminal Code on Transparency and Combating Tax and Social Security Fraud (7/2012). And, in particular, to detail those referred to the voluntary tax regularization that exempts from criminal liability in case of a fiscal offense, analyzing the effects both from an administrative and a criminal point of view.

Key words: Voluntary regularization, fiscal offense, prescription, tax liability, extemporaneous tax return, criminal liability.

Sumario: 1 Introducción. 2 Novidades introducidas no delito fiscal a través da LO 7/2012. 2.1 Exixencia do completo recoñecemento e pagamento da débeda tributaria para eximir de responsabilidade. 2.2 Transformación na natureza

xurídica da regularización e cambios no proceso administrativo en caso de delito contra a facenda pública. 3 Efectos da regularización voluntaria en vía administrativa. 4 Outros efectos da regularización voluntaria en vía penal. 5 Consideracións finais.

1 Introducción

Cando falamos do delito contra a facenda pública, comunmente coñecido como delito fiscal, resulta recorrente a análise conxunta do ámbito tributario e do ámbito penal.

Este delito atópase regulado no artigo 305 da Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro, do Código penal (en diante, CP), na súa última redacción dada pola Lei orgánica (en diante, LO) 7/2012, do 27 de decembro, pola que se modifica a Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro, do Código penal, en materia de transparencia e loita contra a fraude fiscal e na Seguridade Social nos seguintes termos:

«O que, por acción ou omisión, defraude a facenda pública estatal, autonómica, foral ou local, eludindo o pagamento de tributos, cantidades retidas ou que se deberían ter retido ou ingresos á conta, obtendo indebidamente devolucións ou desfrutando beneficios fiscais da mesma forma, sempre que a contía da cota defraudada, o importe non ingresado das retencións ou ingresos á conta ou das devolucións ou beneficios fiscais indebidamente obtidos ou desfrutados exceda os cento vinte mil euros, será castigado coa pena de prisión dun a cinco anos e multa do tanto ao séxtuplo da citada contía, salvo que tivese regularizado a súa situación tributaria nos termos do apartado 4 deste artigo».

Polo tanto, a ilicitude do delito fiscal está constituída pola infracción dun deber de acción determinado pola lexislación tributaria. A conduta típica de infracción do deber presupón a existencia dun obrigado tributario ao pagamento dun tributo que non se atopa expresado na lei penal, senón que hai que remitirse á Lei xeral tributaria, que define tanto o feito imponible como a obriga tributaria, sendo, polo tanto, unha lei penal en branco¹.

No ámbito tributario, as infraccións e sancións tributarias atópanse reguladas nos artigos 181 ao 212 da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria (en diante, LXT).

O lexislador, na exposición de motivos da LO 7/2012, considera que «no ámbito penal se fai necesaria unha profunda revisión dos delitos contra a facenda pública e contra a Seguridade Social». Con esta lei realízase unha reforma do CP onde se introducen cambios importantes en relación co delito fiscal, sendo un deles a modificación da configuración da regularización voluntaria da situación tributaria.

Por iso, comentaremos a continuación as novidades introducidas coa aprobación da LO 7/2012, centrándonos nas establecidas sobre a regularización voluntaria e analizando os efectos desta en vía administrativa e en vía penal tras a reforma.

1 IGLESIAS SEVILLANO sinala que «o delito fiscal non é máis que unha sanción penal a unha infracción en principio administrativa e que se determina administrativamente. E os principios que aplica o dereito administrativo non son tan rigorosos como os do dereito penal, e si aplican presuncións que no dereito penal requiren proba, aínda que sexa proba de indicios». (IGLESIAS SEVILLANO, H., "Cuestiones sobre el principio de legalidad, ley penal en blanco y presunciones en el delito fiscal", *UNED. Revista de Derecho*, n. 19, 2016, p. 750).

2 Novidades introducidas no delito fiscal a través da LO 7/2012

Na exposición de motivos da LO 7/2012, indícanse varios obxectivos da reforma operada en relación co delito fiscal.

En primeiro lugar, a creación dun tipo agravado que ofrezca resposta ás fraudes de especial gravidade e que eleve a pena de prisión ata unha duración máxima de seis anos, o que á súa vez determina que o prazo de prescrición das infraccións máis graves sexa de dez anos. Así, mediante esta lei engádesse ao CP o artigo 305 bis, establecendo o delito fiscal agravado nos seguintes termos:

«O delito contra a facenda pública será castigado coa pena de prisión de dous a seis anos e multa do dobre ao séxtuplo da cota defraudada cando a defraudación se cometese concorendo algunha das circunstancias seguintes:

- a) Que a contía da cota defraudada exceda os seiscientos mil euros.
- b) Que a defraudación se cometese no seo dunha organización ou dun grupo criminal.
- c) Que a utilización de persoas físicas ou xurídicas ou entes sen personalidade xurídica interpostos, negocios ou instrumentos fiduciarios ou paraísos fiscais ou territorios de nula tributación oculte ou dificulte a determinación da identidade do obrigado tributario ou do responsable do delito, a determinación da contía defraudada ou do patrimonio do obrigado tributario ou do responsable do delito».

Un segundo obxectivo desta reforma é o de incrementar as posibilidades de cobramento da débeda tributaria non-pagada evitando a paralización do procedemento administrativo polo proceso penal. Para iso introdúcese un novo apartado que lle permite á Administración tributaria continuar co procedemento administrativo de liquidación da débeda tributaria malia a pendencia do proceso penal. Con esta reforma trátase de eliminar situacións de privilexio e situar o presunto delincuente na mesma posición que calquera outro debedor tributario, e ao tempo increméntase a eficacia da actuación de control da Administración: a soa pendencia do proceso xudicial non paraliza a acción de cobramento pero poderá paralizala o xuíz sempre que o pagamento da débeda se garanta ou que o xuíz considere que se poderían producir danos de imposible ou difícil reparación. Antes desta reforma, o procedemento administrativo paralizábase se a Administración apreciaba indicios dun delito contra a facenda pública, debendo pasar o tanto de culpa á xurisdición competente ou remitir o expediente ao Ministerio Fiscal, absténdose de seguir co procedemento administrativo, que quedaba suspendido ata que a autoridade xudicial ditase sentenza firme².

2 No artigo 180.1 da LXT dispúñase o principio de non concorrencia de sancións tributarias: «Se a Administración tributaria estimase que a infracción puidese ser constitutiva de delito contra a facenda pública, pasará o tanto de culpa á xurisdición competente, ou remitirá o expediente ao Ministerio Fiscal e absterase de seguir o procedemento administrativo, que quedará suspendido mentres a autoridade xudicial non dite sentenza firme, teña lugar o sobresemento ou o arquivo das actuacións ou se produza a devolución do expediente polo Ministerio Fiscal. A sentenza condenatoria da autoridade xudicial impedirá a imposición de sanción administrativa. De non se ter apreciado a existencia de delito, a Administración tributaria iniciará ou continuará as súas actuacións de acordo cos feitos que os tribunais considerasen probados, e continuarase o cómputo do prazo de prescrición no punto en que estaba cando se suspendeu. As actuacións administrativas realizadas durante o período de suspensión teranse por inexistentes». Actualmente atópase regulado no artigo 250 da LXT, que establece: «Cando a Administración tributaria aprecie indicios de delito contra a facenda pública, continuarase a tramitación do procedemento conforme as normas xerais que resulten de aplicación, sen prexuízo de que se pase o tanto de culpa á xurisdición competente ou se remita o expediente ao Ministerio Fiscal, e con suxeición ás regras que se establecen neste título...».

Polo que respecta a esta modificación operada no CP pola LO 7/2012, IGLESIAS CAPELLAS preguntábase precisamente se o CP é o lugar adecuado para situar unhas normas cuxo destinatario non é o cidadán nin o xuíz penal, senón a Administración tributaria, falando mesmo dun «exceso de xerarquía normativa carente de xustificación»³.

Igual que SÁNCHEZ HUETE, opinamos que o lexislador parece ponderar razóns de economía procesual e primar os coñecementos que neste ámbito específico posúe a Administración para prescindir de dar conta e de abrir un ulterior trámite en vía penal, sendo a Administración quen decide sobre a regularización respecto do delito cometido, polo que non resulta necesario abrir un procedemento penal nin dar conta á xurisdición penal⁴.

Este obxectivo vén reforzado pola aprobación da Lei 34/2015, do 21 de setembro, de modificación parcial da Lei 58/2003, do 17 de decembro, xeral tributaria. Desde sempre, as condutas ilícitas incluídas no dereito penal foron axuizadas e castigadas polos órganos xurisdicionais, mentres que as condutas incluídas no ámbito tributario foron sancionadas polos propios órganos administrativos. Non obstante, desde a entrada en vigor da Lei 34/2015, esta afirmación admite certas matizacións.

Compartimos a opinión de LINARES cando afirma que esta reforma lexislativa operada pola Lei 34/2015 «pretende superar o diferente e inxustificado trato de favor que a regulación preexistente dispensaba a quen se constituía en presunto autor dun delito contra a facenda pública fronte ao mero infractor administrativo, en relación coa obriga que atinxía a este último de pagar ou garantir a suspensión da executividade do acto administrativo»⁵.

Tal como se sinala na exposición de motivos da Lei 34/2015, como consecuencia da reforma da regulación do delito contra a facenda pública operada pola LO 7/2012 no CP, facíanse precisas determinadas modificacións na LXT, co fin de establecer un procedemento administrativo que permitise practicar liquidacións tributarias e efectuar o cobramento destas, mesmo nos supostos en que se inicia a tramitación dun procedemento penal. Logo, a partir desta reforma, con carácter xeral, cando se aprecien indicios de delito no transcurso dun procedemento inspector, a regra xeral é que, a diferenza do que acontecía coa regulación anterior, onde o pase do tanto de culpa á xurisdición penal paralizaba o procedemento inspector, a presentación da denuncia ante o Ministerio Fiscal ou, se é o caso, da querela, deba ir acompañada dunha liquidación do que se coñece como “cota defraudada dolosa” (artigo 250 LXT).

Sendo así, unha vez remitido o expediente ao Ministerio Fiscal ou á xurisdición penal, o procedemento inspector finalizará coa notificación ao obrigado tributario da remisión da liquidación ao dito órgano⁶.

3 IGLESIAS CAPELLA, J., “La deuda tributaria y la responsabilidad civil por delito contra la Hacienda Pública en el Derecho proyectado”, *Impuestos*, n. 17, 2009, pp. 15 e ss.

4 SÁNCHEZ HUETE, M.A., “La Administración tributaria ante al delito. La nueva regularización voluntaria”, *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 7, 2016, p. 15.

5 LINARES, M.B., “Liquidación tributaria ante indicios de delito fiscal (artículo 305.5 del Código Penal)”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 27, 2017, p. 3.

6 Existen excepcións, atendendo ao disposto no artigo 251 LXT, nas cales se pode proceder á remisión do expediente ao Ministerio Fiscal ou á xurisdición penal sen a práctica da liquidación desa “cota defraudada dolosa”.

Coa aprobación do Real decreto 1070/2017, do 29 de decembro, polo que se modifican o Regulamento xeral das actuacións e os procedementos de xestión e inspección tributaria e de desenvolvemento das normas comúns dos procedementos de aplicación dos tributos, aprobado polo Real decreto 1065/2007, do 27 de xullo, que entrou en vigor o 1 de xaneiro de 2018, adáptase o Regulamento á nova tramitación administrativa do delito contra a facenda pública, que, como xa sinalamos, permite a práctica de liquidación administrativa no seo do procedemento inspector, a cal se axustará ao resultado do axuízamento penal da defraudación. Ademais, desenvólvese a tramitación que cómpre seguir cando eses indicios de delito se aprecien no curso dun procedemento inspector, distinguindo cando non procede ditar liquidación e se suspende o procedemento administrativo, e cando procede ditar unha liquidación vinculada a delito.

Esta nova regulación contida na LXT trae causa do disposto no artigo 305.5 do CP, no que se establece o seguinte:

«Cando a Administración tributaria apreciase indicios de terse cometido un delito contra a facenda pública, poderá liquidar de forma separada, por unha parte, os conceptos e contías que non se atopen vinculados co posible delito contra a facenda pública, e, por outra, os que se atopen vinculados co posible delito contra a facenda pública.

A liquidación indicada en primeiro lugar no parágrafo anterior seguirá a tramitación ordinaria e suxeitarase ao réxime de recursos propios de toda liquidación tributaria. E a liquidación que, se é o caso, derive daqueles conceptos e contías que se atopen vinculados co posible delito contra a facenda pública seguirá a tramitación que para o efecto estableza a normativa tributaria, sen prexuízo de que finalmente se axuste ao que se decida no proceso penal.

A existencia do procedemento penal por delito contra a facenda pública non paralizará a acción de cobramento da débeda tributaria. Por parte da Administración tributaria poderán iniciarse as actuacións dirixidas ao cobramento, salvo que o xuíz, de oficio ou por instancia de parte, tivese acordado a suspensión das actuacións de execución, logo de prestación de garantía. Se non se puidese prestar garantía en todo ou en parte, excepcionalmente o xuíz poderá acordar a suspensión con dispensa total ou parcial de garantías se apreciase que a execución puidese ocasionar danos irreparables ou de moi difícil reparación».

Como vemos, a previsión contida no artigo 305.5 CP («poderá liquidar de forma separada») ten carácter potestativo respecto á posibilidade de continuar o procedemento de liquidación ou paralizalo, sen practicar liquidación ningunha mentres non exista un procedemento en sede xurisdiccional. Ademais, déixase clara a preferencia da orde penal fronte á administrativa, «sen prexuízo de que finalmente se axuste ao que se decida no proceso penal».

Seguindo coas novidades introducidas pola LO 7/2012, prevense mecanismos para rebaixar a pena para os imputados que, unha vez iniciado o proceso penal, satisfagan a débeda tributaria ou colaboren na investigación xudicial. Prevese unha atenuación da pena cando os presuntos responsables dos delitos recoñezan a súa comisión e satisfagan integramente a débeda tributaria ou ben colaboren coas autoridades para a indagación dos feitos e, se é o caso, a identificación ou captura doutros responsables, sempre e cando tal recoñecemento, pagamento e cooperación se produzan nun breve lapso de tempo. Con iso, cabería a atenuación específica do artigo. 305.6 CP ou a xenérica do artigo 21.5 CP.

Regap



ESTUDIOS

No artigo 305.6 CP dispónse que «os xuíces e tribunais poderán imporlle ao obrigado tributario ou ao autor do delito a pena inferior nun ou dous graos, sempre que, antes de que transcorran dous meses desde a citación xudicial como imputado, satisfaga a débeda tributaria e recoñeza xudicialmente os feitos. O anterior será igualmente aplicable respecto doutros partícipes no delito distintos do obrigado tributario ou do autor do delito, cando colaboren activamente para a obtención de probas decisivas para a identificación ou captura doutros responsables, para o completo esclarecemento dos feitos delituosos ou para a indagación do patrimonio do obrigado tributario ou doutros responsables do delito».

Este artigo introduce a posibilidade de alcanzar a conformidade, xa en fase de instrución, recollendo unha circunstancia atenuante específica que permite rebaixar a pena nun ou dous graos para os que, no prazo de dous meses desde que sexan citados para prestar declaración, procedan a satisfacer a débeda e recoñecer xudicialmente os feitos.

Por outro lado, xa existía como circunstancia atenuante a xenérica do artigo 21.5 do CP; a de ter procedido o culpable a reparar o dano ocasionado á vítima, ou diminuír os seus efectos, en calquera momento do procedemento e con anterioridade á celebración do acto do xuízo oral.

Como último obxectivo da reforma da LO 7/2012, deséxase evitar a denuncia ante os xulgados dos obrigados tributarios que regularizaron, de forma completa e voluntaria, a súa situación tributaria. Para iso, efectúase unha modificación do artigo 305.4 do CP, establecendo unha nova configuración da regularización voluntaria. Tendo o delito contra a facenda pública carácter doloso, cando con posterioridade á conduta do obrigado tributario se produza un arrepentimento espontáneo de tal forma que se regularice a súa situación tributaria de xeito voluntario, mesmo cando sexa de forma extemporánea, evítase a comisión do delito. Así, no inciso final do primeiro parágrafo do artigo 305.1 CP incorpórase a descrición do ilícito, e inclúe literalmente a non regularización como requisito de responsabilidade penal, isto é, sinálase que a pena prevista para quen defraude se imporá «salvo que tivese regularizado a súa situación tributaria nos termos do apartado 4 deste artigo».

A regularización voluntaria atópase configurada no artigo 305.4, que, con anterioridade á LO 7/2012, simplemente establecía a regularización nos seguintes termos:

«Quedarán exentos de responsabilidade penal o que regularice a súa situación tributaria, en relación coas débedas a que se refire o apartado primeiro deste artigo, antes de que a Administración tributaria lle notificase a iniciación de actuacións de comprobación tendentes á determinación das débedas tributarias obxecto de regularización ou, no caso de que tales actuacións non se producisen, antes de que o Ministerio Fiscal, o avogado do Estado ou o representante procesual da Administración autonómica, foral ou local de que se trate interpoña querela ou denuncia contra aquel dirixida, ou cando o Ministerio Fiscal ou o xuíz de instrución realicen actuacións que lle permitan ter coñecemento formal da iniciación de dilixencias.

A exención de responsabilidade penal considerada no parágrafo anterior alcanzará igualmente o dito suxeito polas posibles irregularidades contables ou outras falsidades instrumentais que, exclusivamente en relación coa débeda tributaria obxecto de regularización, este puidese ter cometido con carácter previo á regularización da súa situación tributaria».

En opinión de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO e MERINO JARA, con esta reforma continúaase afondando nunha concepción do dereito penal como un mecanismo máis de recadación, cunha eficacia de prevención xeral negativa mediante a intimidación para intentar non consumir o delito, pero tamén como elemento persuasivo dirixido á reparación do prexuízo xa inflixido⁷.

Esta lexislación xeraba moitas dúbidas na súa aplicación; nela establecíase soamente o límite temporal para a aplicación da regularización voluntaria, sendo posible en calquera momento «antes de que a Administración tributaria lle notifique o inicio de actuacións de comprobación (...) ou cando o Ministerio Fiscal ou o xuíz de instrución realicen actuacións que lle permitan ter coñecemento formal da iniciación de dilixencias». CARRERAS MANERO, en canto ao límite temporal da regularización no ámbito penal, sinala que «é o propio lexislador o que veu fixar un concepto normativo de voluntariedade, ao concretar o instante antes do cal se presume, iuris et de iure, que esta existe, isto é, non importan os factores ou motivos internos polos que se regularice a situación tributaria, senón que esta se produza antes duns determinados momentos»⁸.

Pero coa redacción dada do artigo 305.4 CP pola LO 7/2012, con efectos desde o 17 de xaneiro de 2013, descríbese a nova regularización voluntaria de xeito moito máis concreto:

«Considerarase regularizada a situación tributaria cando o obrigado tributario proceda ao completo recoñecemento e pagamento da débeda tributaria, antes de que a Administración tributaria lle notifique o inicio de actuacións de comprobación ou investigación tendentes á determinación das débedas tributarias obxecto da regularización ou, no caso de que tales actuacións non se producisen, antes de que o Ministerio Fiscal, o avogado do Estado ou o representante procesual da Administración autonómica, foral ou local de que se trate interpoña querela ou denuncia contra aquel dirixida, ou antes de que o Ministerio Fiscal ou o xuíz de instrución realicen actuacións que lle permitan ter coñecemento formal da iniciación de dilixencias»⁹.

Así mesmo, os efectos da regularización prevista no parágrafo anterior resultarán aplicables cando se satisfagan débedas tributarias unha vez prescrito o dereito da Administración á súa determinación en vía administrativa.

A regularización polo obrigado tributario da súa situación tributaria impedirá que sexa perseguido polas posibles irregularidades contables ou outras falsidades instrumentais que, exclusivamente en relación coa débeda tributaria obxecto de regularización, este puidese ter cometido con carácter previo á regularización da súa situación tributaria».

7 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., e MERINO JARA, I., “Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho Penal”, *Diario La Ley*, n. 8052, 2013, p. 8.

8 CARRERAS MANERO, O., “De nuevo sobre los presupuestos temporales de la regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal en el delito de defraudación tributaria”, *Quincena Fiscal. Aranzadi*, n. 13, 2013, p. 1.

9 En canto ao feito de que a regularización sexa voluntaria e extemporánea, e antes de que a Administración tributaria lle notificase o inicio de actuacións de comprobación ou investigación tendentes á determinación das débedas tributarias obxecto da regularización, DÍEZ-OCHOA AZAGRA considera que «da redacción vixente deste artigo parece desprenderse que as “actuacións de comprobación” non se refiren só ao procedemento inspector senón que dentro estarían incluídos tamén os procedementos de verificación de datos e de comprobación limitada» (DÍEZ-OCHOA AZAGRA, J.M., *Derecho tributario y procedimientos de desarrollo (2). Comentarios y casos prácticos*, 6.ª ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2017, p. 1711).

Con esta nova lexislación, establécese a exigencia do completo recoñecemento e pagamento da débeda tributaria para eximir de responsabilidade, e a posibilidade de aplicar a regularización cando se satisfagan débedas tributarias prescritas desde o punto de vista tributario, pero non penal. Con todo isto pasamos a analizar máis en profundidade as novidades da configuración da regularización voluntaria que consideramos máis relevantes.

2.1 Exigencia do completo recoñecemento e pagamento da débeda tributaria para eximir de responsabilidade

Como xa sinalamos, a diferenza da redacción anterior, en que se facía referencia ao pagamento da cota tributaria, exíxese que a regularización sexa completa e vaia acompañada do pagamento da débeda; prodúcese, polo tanto, a substitución de cota por débeda tributaria. Cabe lembrar que a débeda tributaria está integrada pola cota tributaria ou cantidade deixada de ingresar, máis as recargas por declaración extemporánea e xuros de mora que puidesen corresponder, segundo se establece no artigo 58.2 da LXT. Así, o novo artigo 305.4 CP non só exige o «completo recoñecemento e pagamento», senón que este debe ser da débeda tributaria e non da cota non-pagada, como acontecía ata este momento.

Xa antes de 2012, onde legalmente non se requiría de xeito explícito este pagamento total da débeda, a Circular 2/2009, do 4 de maio, sobre a interpretación do termo regularizar nas excusas absolutorias previstas nos apartados 4 do artigo 305 e 3 do artigo 307 do Código penal, da Fiscalía Xeral do Estado, exixía ese pagamento para eximir de responsabilidade, ademais do recoñecemento da débeda, admitindo unicamente unha atenuación (a xenérica do artigo 21.5 do CP) en caso de pagamento parcial ou de falta de pagamento. Tamén era esta a opinión da xurisprudencia maioritaria, aínda que a doutrina mantivese diversas posturas sobre a necesidade ou non do pagamento da débeda tributaria. Como se di na Sentenza do Tribunal Supremo (en diante, STS) 539/2003, do 30 de abril, ou na STS 1336/2002, do 15 de xullo, entre outras moitas, regularizar é pagar. Había unha parte da doutrina que veu considerar que non resultaba imprescindible realizar o pagamento da cota defraudada, xunto coa presentación da declaración complementaria para os efectos de aplicar a exención de responsabilidade penal, dado que, en sede tributaria, non se exige levar a cabo o aboamento da débeda pendente para entender regularizada a situación tributaria, xa que a Administración poderá exixir a débeda correspondente en vía de constrinximento¹⁰.

O Tribunal Supremo, na súa STS 192/2006, do 1 de febreiro, declara que «regularizar é pór en orde algo que así queda axustado á regra pola que se debe rexer. Se unha persoa defrauda a facenda pública eludindo o pagamento dun imposto, a súa situación tributaria só queda regularizada cando, recoñecendo a defraudación, satisfai o imposto eludido, non podendo dicirse que regularizou a súa situación polo mero feito de que, anos despois de realizala, recoñeza a defraudación». E nesa mesma liña pronúnciase a STS 636/2003, do 30 de maio, na que se declara que «... regularizar é evidentemente un comportamento activo do contribuínte que supón a asunción dunha declaración complementaria e o conseqüente pagamento», recordando que «o fundamento da aludida excusa absoluta é a autodenuncia e a reparación. Polo tanto, non é de aplicar cando o suxeito tributario non reparou

10 Ao respecto, BLÁZQUEZ LIDOY desenvolve algúns argumentos a favor e en contra de exixir o pagamento para que operase a operatividade da excusa absoluta. (BLÁZQUEZ LIDOY, A., "Regularización del delito fiscal: ¿es necesario el pago?", *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n. 343, 2011, pp. 87-128.

nin se autodenunciou; cando faltan estes comportamentos, a renuncia á pena carece de fundamento».

Polo tanto, coa aprobación da LO 7/2012 conságrase legalmente a existencia do pagamento para que se produza a regularización.

Pero, se falamos de pagamento, na LXT establécense distintos mecanismos de pagamento da débeda¹¹, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO e MERINO JARA consideran que, dado que no precepto se fala de pagamento e non de ingreso, «tamén produciría efectos a regularización se, en lugar de realizar o ingreso da débeda tributaria, se procede á consignación da débeda tributaria (artigo 64), ou se se consegue o seu aprazamento ou fraccionamento (artigo 65)»¹².

Sobre o particular, en sentido contrario, SÁNCHEZ PEDROCHE considera que o precepto se decanta polo pagamento completo da cantidade regularizada (non só o seu recoñecemento) «para desterrar comportamentos de pagamento parcial ou fraccionado, tendentes a acadar o limiar necesario e evitar así a consideración criminal da conduta a través do elemento obxectivo do tipo penal, é dicir, pagar parcialmente co fin de que a cota defraudada non alcance os 120.000 euros»¹³.

Con respecto a quen debe realizar o pagamento, RANCAÑO MARTÍN entende que «tanto o recoñecemento da débeda como o seu pagamento debe facelos o obrigado tributario, xa que co apartado 4 do artigo 305 do CP non cabe o recoñecemento e pagamento por un terceiro, ao exixir que tanto un como outro sexan levados a cabo por aquel»¹⁴, aínda que un sector da doutrina considera que o recoñecemento debe facelo o obrigado tributario, pero o pagamento pode realizalo no seu nome un terceiro, pois pola contra chocaría coa finalidade da reforma, que pretende axilidade e eficacia na recadación¹⁵.

Ao respecto, RODRÍGUEZ ALMIRÓN sinala que podería xurdir un problema cando un terceiro realiza o pagamento de débeda tributaria sen consentimento ou con descoñecemento do obrigado tributario, posto que neste caso non existe recoñecemento, como exige o tipo penal, e non sería posible apreciar a regularización ao non tratarse dun pagamento voluntario por parte do suxeito obrigado¹⁶.

No caso de que se incumpra o requisito de pagamento total da débeda tributaria, incluídos os xuros de mora e as eventuais recargas que puidesen devindicarse, deberá remitirse ao Ministerio Fiscal, ben que a dita circunstancia podería operar como atenuante da responsabilidade penal, atendendo ao disposto no artigo 21.5 CP, como xa comentamos arriba. Véxase na STS 340/2012, do 30 de abril, onde a Audiencia Provincial de Cádiz concede a

11 De acordo co establecido polo artigo 59 da LXT, as débedas tributarias poderán extinguirse das seguintes formas: mediante o pagamento, por prescrición, por compensación e por condonación.

12 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., e MERINO JARA, I., “Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho Penal”, cit., p. 4.

13 SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A., “La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015”, *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n. 391, 2015.

14 RANCAÑO MARTÍN, M.A., “El progresivo distanciamiento dogmático entre el ilícito penal y el ilícito tributario”, *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 16, 2014, p. 14.

15 MUÑOZ CUESTA, F.J., “La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2013, p. 4.

16 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.J., “Aspectos jurídicos controvertidos en los delitos contra la Hacienda Pública”, *Revista Doctrinal. Aranzadi*, n. 5, 2017.

atenuante de reparación do dano causado, xa que a regularización carece de fundamento, ao non ter o suxeito tributario reparado o dano nin terse autodenunciado.

2.2 Transformación na natureza xurídica da regularización e cambios no proceso administrativo en caso de delito contra a facenda pública

Outra das reformas operada pola LO 7/2012 foi unha cuestionada transformación na natureza xurídica da regularización, pasando a constituír unha causa de exclusión da pena –isto é, un elemento do tipo penal– en lugar dunha escusa absolutoria –unha causa de anulación ou levantamento de pena– unha vez consumado e cometido o delito.

Sínálase na exposición de motivos da LO 7/2012 que, en coherencia con esta nova configuración legal, se dispuña a regularización da situación tributaria «como o verdadeiro reverso do delito, de maneira que, coa regularización, resulte neutralizado non só o desvalor da acción, cunha declaración completa e veraz, senón tamén o desvalor do resultado mediante o pagamento completo da débeda tributaria e non soamente da cota tributaria como acontece actualmente». Fálase tamén na exposición de motivos dun «pleno retorno á legalidade, pondo fin á lesión provisional do ben xurídico protexido producida pola defraudación consumada co inicial incumprimento das obrigas tributarias; considérase que a regularización da situación tributaria fai desaparecer o inxusto derivado do inicial incumprimento da obriga tributaria e así se reflicte na nova redacción do tipo delituoso que une a ese retorno á legalidade a desaparición do reproche penal».

CALVO VÉRGEZ, para xustificar a anterior escusa absolutoria, sinalaba dous razoamentos: «en primeiro lugar estimar que a regularización, que representa en definitiva o pagamento da débeda tributaria, fixo cesar a culpabilidade entendida como dolo». E, en segundo lugar, «entender que se produce a desaparición dun dos dous elementos integrantes da antixuricidade, a lesión, quedando ademais significativamente atenuado o segundo destes elementos (a reprobación social)»¹⁷.

Tras a entrada en vigor desta lei, sucedéronse opinións doutriniais incidindo en que a nova redacción modificara substancialmente a natureza da cláusula de regularización tributaria. Así, MUÑOZ CUESTA considera que se trata dun elemento negativo do tipo¹⁸. GÓMEZ LANZ tamén avoga por considerala unha nova causa de exclusión do inxusto¹⁹. Pola súa banda, SÁNCHEZ HUETE deduce a consideración de que a regularización é un elemento negativo do tipo; ou sexa, non se realiza o delito ata que esta teña lugar ou se enerve tal posibilidade co requirimento da autoridade. E, se tal regularización constitúe un elemento definidor do delito, a Administración nin pode nin debe realizala, a teor da competencia que exerce a autoridade xudicial e os efectos que orixina. Polo tanto, se a regularización elimina a tipicidade, impide o nacemento do delito²⁰.

17 CALVO VÉRGEZ, J., “Delitos contra la hacienda pública: los delitos de defraudación tributaria y contable a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial”, *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 11, 2012.

18 MUÑOZ CUESTA, F.J., “La reforma del delito Fiscal operada por la LO 7/2012”, cit.

19 GÓMEZ LANZ, F.J., “Dos cuestiones recientes en torno a la regularización tributaria. La declaración tributaria especial de marzo de 2012 y la reforma del artículo 305 del Código Penal mediante la Ley Orgánica 7/2012”, *Revista de Derecho Penal y Criminología. Extraordinario*, n. 1, 2013, pp. 53-80.

20 SÁNCHEZ HUETE, M.A., “La Administración tributaria ante el delito. La nueva regularización voluntaria”, cit.

En palabras de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO e MERINO JARA, «o retorno completo á legalidade (...) xa non se configura como comportamento posdelituoso reparador, senón como circunstancia que impide a consumación». Sendo así, seguen os autores, «infrinxiríase o principio de certeza e seguridade xurídica xa que a consumación non estaría vinculada á lesión do ben xurídico, senón a unha circunstancia non dependente do comportamento típico, como é o inicio de actuacións administrativas ou xudiciais que impidan regularizar»²¹.

DE LA MATA BARRANCO considera que nos atopamos ante unha especie de causa de «atipicidade sobrevida»²², e CALVO VÉRGEZ considera que a regularización da situación tributaria é o reverso do delito que neutraliza completamente o desvalor da conduta e do resultado, considerando que esta regularización fai desaparecer o inxusto derivado do inicial incumprimento da obriga tributaria, vinculándose ao dito retorno á legalidade²³.

Pola contra, outro sector da doutrina sostén que a nova redacción non supón en absoluto modificación da natureza xurídica da regularización. Desde unha perspectiva dogmática, é difícil asumir que a reparación integral do prexuízo poida ser considerada como un suposto de exclusión da antixuridicidade, como se dunha causa de xustificación a posteriori se tratase, esquecendo que o comportamento antixurídico xa se materializou previamente a través da defraudación inicial. Así o entenderon algúns autores como BACIGALUPO ZAPATER, que cualificaron a medida como unha manipulación das estruturas lóxico-sistemáticas do dereito penal ou, mesmo, como un intento imposible²⁴. Para SIMÓN ACOSTA, «a regularización é unha escusa absolutoria causa de exclusión da pena, que non elimina a antixurídica do feito xa consumado: doutro xeito faríase depender a consumación do delito do seu descubrimento». Continúa dicindo que «a regularización e ingreso efectuados despois de iniciadas as actuacións administrativas ou penais non ten como efecto a exclusión da pena, pero é unha circunstancia atenuante que será tida en conta para a súa graduación dentro da marxe legalmente permitida ao xuíz, nos termos previstos polo artigo 66 CP»²⁵.

Compartimos a opinión de que non ten moito sentido atribuír a un comportamento posdelituoso, que se basea na reparación do dano, un alcance que provoque que un comportamento pase de inxusto a xusto.

Pola súa banda, o Tribunal Supremo viña sinalando en varias ocasións, como na STS 8036/2000, do 6 de novembro, e na STS 636/2003, do 30 de maio, que a regularización tiña o seu fundamento como escusa absolutoria en razóns de utilidade, a autodenuncia e a reparación, facendo súa a tese da Fiscalía Xeral do Estado, que entendía que a regularización era «o envés do delito, anulando non só o desvalor de acción, senón tamén o desvalor de resultado, de forma que teña lugar un auténtico retorno á legalidade» (Circular 2/2009, do 4 de maio).

Con respecto a terceiros partícipes, existe a posible extensión da escusa absolutoria; tal como se indica na Consulta 4/1997 da FXE, «determinando que se o partícipe no delito cooperou

21 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., e MERINO JARA, I., "Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho Penal", cit.

22 DE LA MATA BARRANCO, N.J., "El delito fiscal del artículo 305 CP después de las reformas de 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones, viejas y nuevas, todavía controvertidas", *Revista General de Derecho Penal*, n. 26, 2016.

23 CALVO VÉRGEZ, J., "El nuevo artículo 305.5 del CP y su compatibilidad con el artículo 180.1 de la LGT", *Revista Doctrinal Aranzadi*, n. 3, 2014.

24 BACIGALUPO ZAPATER, E., "La reforma del delito fiscal por la LO 7/2012", *La Ley*, n. 8076, 2013.

25 SIMÓN ACOSTA, E., "Delitos contra la Hacienda Pública", *Manuales Universitarios Aranzadi*, 2017.

dalgunha forma na regularización se verá favorecido pola dita exención de responsabilidade, bastaría calquera conduta que “favoreza a regularización do debedor tributario, incluíndose a indución e o auxilio espiritual”. No caso de que se opuxese á regularización, non lle será aplicable. Se, caso contrario, o terceiro quere levar a cabo a regularización pero o debedor tributario non, non será posible aplicar a exención de responsabilidade».

3 Efectos da regularización voluntaria en vía administrativa

No ámbito tributario prevese a regularización de autoliquidacións e liquidacións administrativas con posterioridade á fin do período voluntario. En aplicación da LXT, o efecto da regularización dependerá de se existe ou non requirimento previo por parte da Administración.

Se se regulariza despois do requirimento, imporase unha sanción por deixar de ingresar a débeda tributaria que debera resultar dunha autoliquidación (artigo 191 da LXT) ou sanción tributaria por incumprir a obriga de presentar de forma completa e correcta declaracións ou documentos necesarios para practicar liquidacións (artigo 192 da LXT). Se existise arrepentimento evidenciado coa aceptación da regularización administrativa, reduciríase a sanción a impor un 25 por cento por conformidade (artigo 188 da LXT).

Pero, como xa comentamos, para que se produza a regularización voluntaria que exime de responsabilidade penal derivada da comisión dun delito contra a facenda pública, non debe existir requirimento previo por parte da Administración, polo que nos centraremos nesta opción. Se non existe requirimento previo, dependerá de se o resultado da autoliquidación ou liquidación administrativa é a ingresar ou a devolver. Se é a devolver, aplicarase unha sanción por infracción tributaria por non presentar en prazo autoliquidacións ou declaracións, sen que se produza prexuízo económico, tal como se sinala no artigo 198 da LXT: «1. Constitúe infracción tributaria non presentar en prazo autoliquidacións ou declaracións, así como os documentos relacionados coas obrigas aduaneiras, sempre que non se producise ou non se poida producir prexuízo económico á facenda pública. A infracción prevista neste apartado será leve. A sanción consistirá en multa pecuniaria fixa de 200 euros. (...)

2. Malia o disposto no apartado anterior, se as autoliquidacións ou declaracións se presentan fóra de prazo sen requirimento previo da Administración tributaria, a sanción e os límites mínimo e máximo serán a metade dos previstos no apartado anterior».

Mentres que, se o resultado da liquidación ou autoliquidación fose ingresar, se abren dúas opcións (sen imposición de sancións en ambos os dous casos). Que non se produza o pagamento da débeda; nese caso aplicarase a recarga do período executivo (este é o momento no tempo a partir do cal a Administración pode iniciar as actuacións encamiñadas a facer efectivo o cumprimento da débeda a través do procedemento de constrinximento). O seu inicio prodúcese nos termos establecidos no artigo 161 da LXT. O período executivo incíase de forma automática o día seguinte da finalización do período voluntario de pagamento, é dicir, o día seguinte de presentar a declaración extemporánea sen ingreso, sen que sexa necesaria ningunha notificación, distinguindo segundo cal sexa a orixe da débeda tributaria:²⁶

26 Existen causas que impiden o inicio do período executivo. Dun lado, a presentación dunha solicitude de aprazamento, fraccionamento ou compensación en período voluntario; doutro, a interposición dun recurso ou reclamación no tempo e forma procedentes contra unha sanción.

- Débedas liquidadas pola Administración tributaria: ao día seguinte do vencemento do prazo establecido no artigo 62.2 da LXT.

- Débedas derivadas dunha autoliquidación presentada sen realizar o ingreso:

- Autoliquidación presentada no prazo establecido pola normativa do tributo: ao día seguinte de finalizar o dito prazo.

- Autoliquidación presentada ao concluír o prazo anterior (autoliquidación extemporánea): ao día seguinte da presentación da autoliquidación.

As recargas do período executivo devíndanse co inicio do período executivo e son de tres tipos: a recarga executiva, a recarga de constrinximento reducida e a recarga de constrinximento ordinaria. Os dous últimos resultan aplicables dentro do procedemento de constrinximento, e o primeiro, a recarga executiva, nos supostos en que, unha vez iniciado o período executivo e antes de iniciarse o procedemento de constrinximento, o debedor, de forma espontánea, decide satisfacer a débeda tributaria non pagada en período voluntario. Estas recargas atópanse recollidas no artigo 28 da LXT do seguinte xeito:

«2. A recarga executiva será do cinco por cento e aplicarase cando se satisfaga a totalidade da débeda non ingresada en período voluntario antes da notificación da providencia de constrinximento.

3. A recarga de constrinximento reducida será do 10 por cento e aplicarase cando se satisfaga a totalidade da débeda non ingresada en período voluntario e a propia recarga antes da finalización do prazo previsto no apartado 5 do artigo 62 desta lei para as débedas constrinxidas.

4. A recarga de constrinximento ordinaria será do 20 por cento e será aplicable cando non concorran as circunstancias a que se refiren os apartados 2 e 3 deste artigo.

5. A recarga de constrinximento ordinaria é compatible cos xuros de mora. Cando resulte exixible a recarga executiva ou a recarga de constrinximento reducida, non se exirán os xuros de mora devindicados desde o inicio do período executivo».

Agora ben, este cumprimento espontáneo en período executivo non debe confundirse co cumprimento voluntario extemporáneo que se regula no artigo 27 da LXT, xa que este último soamente procede se non se iniciou o período executivo, é dicir, se pagou a débeda xunto coa súa presentación. As recargas por declaración extemporánea son compatibles coas recargas e xuros do período executivo cando os obrigados non efectúen o ingreso no momento de presentar a autoliquidación extemporánea e sempre que non presentasen solicitude de aprazamento, fraccionamento ou compensación no momento de presentar a dita autoliquidación, xa que a débeda, como xa comentamos, entra en período executivo ao día seguinte da presentación da autoliquidación. Ábrese así un segundo caso no cal, sen existir requirimento previo, o obrigado tributario presenta declaración extemporánea e procede ao mesmo tempo ao seu pagamento.

De acordo coa normativa vixente sobre o réxime de declaracións extemporáneas, regulado no artigo 27 da LXT, coincidimos con SOTO BERNABEU ao indicar que constitúe unha oportunidade permanente que o noso ordenamento xurídico lle proporciona ao contribuínte para



que regularice voluntariamente a súa situación tributaria aceptando unha serie de condicións, e sempre que non mediase requirimento previo da Administración²⁷.

Pola contra, para GARCÍA DÍEZ esta forma de proceder pode provocar situacións inxustas se se compara coa consecuencia natural que se deduce do incumprimento de calquera norma tributaria, isto é, a incoación do procedemento sancionador tributario, onde o administrado ten a oportunidade de exercer o seu dereito de defensa. Consecuentemente, continúa dicindo, poden darse casos en que sexa preferible a instrución dun expediente sancionador á aplicación automática dunha recarga por presentación extemporánea²⁸.

No artigo 27 da LXT establécense unhas recargas que son prestacións accesorias que deben satisfacer os obrigados tributarios como consecuencia da presentación de autoliquidacións ou declaracións fóra de prazo sen requirimento previo da Administración tributaria. Estas recargas varían en función do tempo transcorrido desde a finalización do prazo establecido para a presentación e ingreso ata a presentación da declaración extemporánea. Así, establécese unha recarga do 5, 10 ou 15 % se a declaración extemporánea se presenta dentro dos 3, 6 ou 12 meses seguintes á finalización do prazo, respectivamente, non exixíndose nin xuros de mora nin sancións. Pola contra, si existirán xuros de mora se a declaración extemporánea se presenta transcorridos máis de 12 meses desde o termo do prazo establecido para a presentación e ingreso, e se aplicase unha recarga do 20 % neste último caso. Os xuros de mora exixiranse desde o día seguinte ao termo dos 12 meses posteriores á finalización do prazo, sen a imposición de sancións.

Estas recargas poderán ter unha redución do 25 % sempre que se produza o ingreso total do importe da declaración extemporánea ou aprazamento ou fraccionamento se a garantía consiste en aval ou seguro de caución, e prodúcese o ingreso da recarga correspondente coa redución no prazo que se inicia coa notificación da liquidación da dita recarga.

En sede tributaria, establécese a posibilidade de aplicar ese precepto ás autoliquidacións presentadas fóra de prazo sen ingreso ao establecer no apartado 3 do artigo 27 da LXT que, cando os obrigados tributarios non efectúen o ingreso nin presenten solicitude de aprazamento, fraccionamento ou compensación no momento da presentación da autoliquidación extemporánea, a liquidación que proceda por recargas e xuros de mora derivados da presentación extemporánea non impedirá a exixencia das recargas e xuros de mora do período executivo que correspondan. Polo tanto, na aplicación das recargas do artigo 27 da LXT non se exige o ingreso da cota tributaria, cousa que si sucede para que se recoñeza a regularización, que, como xa comentamos, tanto no CP como na LXT, o lexislador exige o completo recoñecemento e pagamento da débeda tributaria antes do requirimento. É importante sinalar que o recoñecemento non elimina a realización do feito imposable.

Logo, a un contribuínte que cometese un delito contra a facenda pública e realice a regularización voluntaria presentando e pagando a declaración extemporánea correspondente, e sempre que non haxa requirimento previo pola Administración e que non estea prescrito en vía administrativa, seranlle de aplicación as recargas do artigo 27 LXT, sen ningunha outra

27 SOTO BERNABEU, L., "Los efectos de la presentación fuera de plazo, transcurrido el plazo de prescripción, de una declaración o autoliquidación extemporánea bajo el régimen del artículo 27 de la Ley General Tributaria", *Crónica Tributaria*, n. 162, 2017, pp. 215-227.

28 Formúlase a oportunidade de establecer un procedemento específico de imposición da referida recarga que lle permita ao obrigado tributario xustificar o seu comportamento tributario e, en última instancia, evitar a aplicación desta (GARCÍA DÍEZ, C., "Recargos por presentación extemporánea e interpretación razoable de la norma tributaria", *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 3, 2014, p. 1).

sanción. Establécese tamén un prazo máximo indeterminado que finalizará coa prescrición; é dicir, existirá prazo ata que medie requirimento previo, e define como tal «calquera actuación administrativa realizada con coñecemento formal do obrigado tributario conducente ao recoñecemento, regularización, comprobación, inspección, aseguramento ou liquidación da débeda tributaria». Atopámonos, como sinala GARCÍA DÍEZ, con dous elementos, un de carácter material, que alude á existencia de calquera actuación administrativa conducente ao recoñecemento, regularización, comprobación, inspección, aseguramento ou liquidación da débeda tributaria. E un segundo elemento formal, que require que as actuacións administrativas, que fan desaparecer a espontaneidade do obrigado tributario, se efectúen co coñecemento formal deste; é dicir, que estas lle sexan notificadas conforme dereito, nos termos que establecen os artigos 109 a 112 da LXT²⁹.

Ata aquí non houbo cambio coas últimas reformas realizadas na regularización voluntaria. Pero si afecto ao caso especial en que se produce a presentación extemporánea unha vez prescrito o dereito por parte da Administración a determinar a débeda e a exixir o pagamento desta. Este caso ten especial relevancia, xa que, se presentamos unha declaración extemporánea e esta prescribiu, prodúcese un ingreso indebido, polo que o debedor tributario podería solicitar a súa devolución, a través do procedemento para a devolución de ingresos indebidos regulado no artigo 221 da LXT.

Desde a aprobación do Real decreto lei 12/2012, do 30 de marzo, polo que se introducen diversas medidas tributarias e administrativas dirixidas á redución do déficit público, xa se establecía no artigo 180.2 da LXT que a regularización resultaba aplicable tamén naqueles supostos en que se tivesen satisfeito débedas tributarias, unha vez prescrito o dereito da Administración.

A prescrición é un instituto xurídico que se atopa regulado nos artigos 66 a 70 da LXT, onde se establece que o prazo de prescrición do dereito da Administración para determinar a débeda tributaria mediante a oportuna liquidación e o dereito da Administración para exixir o pagamento das débedas tributarias liquidadas e autoliquidadas será de 4 anos, mentres que para os delitos contra a facenda pública o artigo 131 do CP distingue entre o xeral e o agravado. O xeral será o que supuxo unha defraudación de máis de 120.000 € de cota, e a prescrición sería aos 5 anos. O agravado é aquel en que a contía da cota defraudada exceda os 600.000 € ou se cometese a defraudación no seo dunha organización ou dun grupo criminal, e a prescrición sería aos dez anos e non aos cinco³⁰. A prescrición ten como obxectivo garantir o principio de seguridade xurídica establecido no artigo 9.3 da Constitución española de 1978. O Tribunal Constitucional, na súa Sentenza 27/1981, do 20 de xullo, definiu a seguridade xurídica como «suma de certeza e legalidade, xerarquía e publicidade normativa, irretroactividade do non favorable, interdicción da arbitrariedade, pero que, se se esgotase na adición destes principios, non tería precisado ser formulada expresamente. A seguridade xurídica é a suma destes principios, equilibrada de tal sorte que permita promover, na orde xurídica, a xustiza e a igualdade, en liberdade».

As disfuncións que existen entre os períodos de prescrición no ámbito tributario e a prescrición no ámbito penal do delito contra a facenda pública fan que poidan darse situacións

29 GARCÍA DÍEZ, C., “Recargos por presentación extemporánea e interpretación razoable de la norma tributaria”, cit., p. 6-7.

30 Ademais, coa Lei 34/2015 modificouse o prazo do dereito da Administración para iniciar o procedemento de comprobación das bases ou cotas compensadas ou pendentes de compensación ou de deducións aplicadas ou pendentes de aplicación, que prescribirá aos dez anos.

que crearon gran controversia á hora da súa aplicación. Centrándonos no caso xeral, atopámonos cun “quinto ano” no cal estará prescrito o dereito da Administración a determinar a débeda tributaria mediante a oportuna liquidación, así como o dereito a exixir o pagamento da débeda tributaria, pero non estará prescrito o delito fiscal.

Anteriormente a estas últimas reformas, tanto do CP como da LXT, había múltiples dúbidas respecto á regularización voluntaria debido á diferenza de prazos, xurdindo problemas que permitiron que, no ano de diferenza, se presentasen e pagasen declaracións polas que se obtiña a absolución penal, pretendéndose posteriormente a devolución de ingresos indebidos, ademais da posible apreciación de oficio da prescripción da débeda, etc.³¹.

Aínda que na xurisprudencia xa se viña indicando, como se indica na STS 2316/2003, do 3 de abril, nada ten que ver a prescripción da débeda tributaria coa prescripción penal, e sinálase que, producida a prescripción da débeda tributaria, dela non se segue en absoluto como efecto necesario a automática desaparición de todo ben xurídico merecedor de tutela. Na actualidade queda xa plasmada legalmente a posibilidade da regularización voluntaria unha vez prescrito o dereito por parte da Administración en ambos os dous ámbitos, sen posibilidade de solicitar devolución de ingresos indebidos.

Actualmente, no ámbito tributario establécese literalmente no artigo 252 LXT: «(...) será tamén de aplicación cando a regularización se tivese producido unha vez prescrito o dereito da Administración para determinar a débeda tributaria».

Así mesmo, no ámbito penal, no artigo 305 CP sinálase que «... os efectos da regularización prevista no parágrafo anterior resultarán aplicables cando se satisfagan débedas tributarias unha vez prescrito o dereito da Administración á súa determinación en vía administrativa».

Todo iso queda reforzado tras a modificación introducida polo Real decreto lei 12/2012, do 30 de marzo, polo que se inclúen diversas medidas tributarias e administrativas dirixidas á redución do déficit público, establecéndose no artigo 221.1.c) da LXT o rexeitamento á consideración de ingresos indebidos das cantidades pagadas que servisen para obter a exoneración de responsabilidade, e «en ningún caso se devolverán as cantidades satisfeitas na regularización voluntaria», xa que anteriormente a LXT só regulaba como unha das causas da devolución de ingresos indebidos cando se ingresasen cantidades correspondentes a débedas ou sancións tributarias despois de transcorrer os prazos de prescripción.

Polo que na actualidade non quedan dúbidas ao respecto, e poderase regularizar unha débeda tributaria que estivese xa prescrita se aínda non o fixo no ámbito penal sen dereito a obter a devolución de ingresos indebidos. A recente STS n. 1146/2017, do 29 de xuño, avalou definitivamente os argumentos que tanto instancias administrativas como xudiciais viñan achegando para negar estas pretensións. Así, o tribunal di:

«... ante as circunstancias concorrentes, a actuación do recorrente, pretendendo a solicitude de devolución, despois do pronunciamento da xurisdición penal, resultaría contraria aos seus propios actos e ata podería cualificarse como fraude de lei (...).

31 Ver máis ao respecto en FALCÓN Y TELLA, R., “La regularización del «quinto año»”. *Quincena Fiscal Aranzadi*, n. 4, 2012, pp. 7-11, e SOTO BERNABEU, L., “Los efectos de la presentación fuera de plazo, transcurrido el plazo de prescripción, de una declaración o autoliquidación extemporánea bajo el régimen del artículo 27 de la Ley General Tributaria”, cit.

En definitiva, hai que concluír que o ingreso nunca tivo o carácter de indebido, senón que, como sinala a sentenza obxecto de recurso, foi debido, como así o considerou a orde penal para a aplicación da escusa absoluta».

Igual que sinala BENÍTEZ CLERIE, opinamos que son dúas grandes as novidades respecto a esta afirmación que entende debido o ingreso; «por un lado, enténdese que suporía ir contra os propios actos do contribuínte o feito de solicitar a devolución duns ingresos dos que se aproveitou (para obter efectos xurídicos penais beneficiosos); por outro, fórmulase a posibilidade de entender como de mala fe a solicitude de devolución de ingresos indebidos realizada co fin de, unha vez aplicada a escusa absoluta, poder obter a devolución do ingreso aplicado para tal efecto»³².

4 Outros efectos da regularización voluntaria en vía penal

Todos os cambios comentados afectaron tamén aos efectos da regularización no ámbito penal. Por unha banda, como xa se comentou, prodúcese un cambio na natureza xurídica da regularización voluntaria. A actual regulación do delito de defraudación fiscal impide afirmar a existencia dun inxusto típico se a regularización se produciu. Estamos, polo tanto, ante unha especie de causa de atipicidade sobrevida, eliminándose as referencias de escusa absoluta.

Este cambio afecta en primeiro lugar á extensión da ausencia de responsabilidade en relación con outros delitos, xa que se inclúe no artigo 305.4 do CP que a regularización impedirá que se persiga o obrigado tributario por irregularidades contables ou falsidades instrumentais que cometese en relación coa débeda tributaria en cuestión, aínda que a débeda obxecto de regularización sexa inferior a cento vinte mil euros, non por outras falsidades que nada teñan que ver coa defraudación. E desaparece a posibilidade de branqueo de capitais ao eliminar coa regularización o inxusto ou a ilicitude do feito.

Tamén afecta á extensión das consecuencias da regularización a outros suxeitos, xa que anteriormente a exención de responsabilidade non podía estenderse aos partícipes implicados no delito. Así o entendía a Consulta 4/1997 da FXE, que aceptaba en todo caso unha atenuación. Na actualidade o principio de accesoriade limitada na participación impide, por inexistencia de feito inxusto, exixir responsabilidade ningunha a quen intervéñen na defraudación.

Con respecto á perfección do delito, aínda que na práctica si hai regularización, non se suscita ningún problema sobre o momento de consumación do delito porque este non se persegue. Podería xurdir un conflito, xa que ao producirse a ausencia do inxusto non é posible a consumación do delito ata o último momento en que sexa admisible a regularización.

Por outra banda, os efectos desta nova regularización voluntaria veñen reforzados coa aprobación da Lei 34/2015. Con anterioridade á publicación desta lei, a regularización voluntaria respecto dos delitos contra a facenda pública establecíase no artigo 180.2 da LXT na súa redacción dada polo Real decreto lei 12/2012³³, configurándose como unha excepción

32 BENÍTEZ CLERIE, P., «El «recurso del quinto año»: la corrección definitiva del ingenio», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n. 418, 2017, p. E17.

33 Artigo 180.2 da LXT na súa redacción dada polo Real decreto lei 12/2012, do 30 de marzo: «Se a Administración tributaria estimase que o obrigado tributario, antes de que se lle notificase o inicio de actuacións de comprobación ou investigación, regularizou a súa situación tributaria mediante o completo recoñecemento e pagamento da débeda tributaria, a regularización practicada exoneraríao da súa respon-

ao deber xeral de denuncia do artigo 262 do Real decreto do 14 de setembro de 1882, aprobatorio da Lei de axuízamento criminal. Esta configuración era incompatible co artigo 180.1 da citada lei, ao determinar a paralización das actuacións administrativas sen outras consecuencias tributarias a curto prazo.

Con esta configuración da regularización, como indica GARCÍA DÍEZ, non deixaba claro se a regularización administrativa tiña ou non carácter indispoñible para a Administración tributaria, é dicir, se aquela estaba ou non obrigada a denunciar á autoridade penal, xa que o dito precepto só prevía que en tales casos «a Administración poderá continuar co procedemento administrativo sen pasar o tanto de culpa á autoridade xudicial nin ao Ministerio Fiscal», polo que «defendía a necesidade dunha reforma que establecería o carácter obrigatorio desta regularización con transcendencia penal coa finalidade de evitar calquera tentación consistente en utilizar o artigo 180.2 da LXT como instrumento de presión ante os obrigados tributarios»³⁴. Neste mesmo sentido, FALCÓN Y TELLA manifestou que tería sido mellor establecer que a Administración “deberá” proseguir as actuacións en vía administrativa co fin de garantir que nos supostos de regularización non se inician actuacións penais³⁵.

Para SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO e MERINO JARA, coa reforma da LO 7/2012, a regularización voluntaria exonera a Administración da carga de demostrar procesualmente a existencia do delito; sobre todo, libérraa de esperar a que conclúa un proceso penal para executar o cobramento. E tamén coa exixencia expresa do pagamento como requisito da regularización se realiza unha percepción segura da correspondente débeda tributaria, algo que unha simple condena penal non alcanzaría a garantir³⁶.

Coa aprobación da Lei 34/2015, este problema resólvese coa incorporación do artigo 252 á LXT, que modifica a regularización voluntaria. Para aliñar o disposto na LXT ao CP, dispónse o seguinte:

«A Administración tributaria non pasará o tanto de culpa á xurisdición competente nin remitirá o expediente ao Ministerio Fiscal, salvo que conste que o obrigado tributario non regularizou a súa situación tributaria mediante o completo recoñecemento e pagamento da débeda tributaria antes de que se lle tivese notificado o inicio de actuacións de comprobación ou investigación tendentes á determinación da débeda tributaria obxecto da regularización ou, no caso de que tales actuacións non se producisen, antes de que o Ministerio Fiscal, o avogado do Estado ou o representante procesual da Administración autonómica, foral ou local de que se trate interpoña querela ou denuncia contra aquel dirixida, ou antes de que o Ministerio Fiscal ou o xuíz de instrución realicen actuacións que lle permitan ter coñecemento formal da iniciación de dilixencias. A débeda tributaria enténdese integrada polos elementos a que se refire o artigo 58 desta lei, debendo proceder o obrigado tributario á autoliquidación e ingreso simultáneo tanto da cota como dos xuros de mora e das recargas

sabilidade penal, aínda que a infracción no seu día cometida puidese ser constitutiva de delito contra a facenda pública, e a Administración poderá continuar co procedemento administrativo sen pasar o tanto de culpa á autoridade xudicial nin ao Ministerio Fiscal. Así mesmo, os efectos da regularización prevista no parágrafo anterior resultarán aplicables cando se satisfagan débedas tributarias unha vez prescrito o dereito da Administración á súa determinación».

34 GARCÍA DÍEZ, C., “Recargos por presentación extemporánea e interpretación razoable de la norma tributaria”, cit., p. 19.

35 FALCÓN Y TELLA, R., “Las formulas transitorias de regularización establecidas por el RD Ley 12/2012, de reducción del déficit: los gravámenes especiales del 8 % y del 10”, *Quincena Fiscal. Aranzadi*, n. 8, 2012, p. 4.

36 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., e MERINO JARA, I., “Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho Penal”, cit.

legalmente devindicadas na data de ingreso. Non obstante, cando os tributos regularizados voluntariamente non se exixan polo procedemento de autoliquidación, o obrigado tributario deberá presentar a declaración correspondente, procedendo ao ingreso da totalidade da débeda tributaria liquidada pola Administración no prazo para o pagamento establecido na normativa tributaria.

O disposto neste artigo resultará tamén de aplicación cando a regularización se producese unha vez prescrito o dereito da Administración para determinar a débeda tributaria.

Para establecer a existencia do completo recoñecemento e pagamento a que se refire o primeiro parágrafo deste artigo, a Administración tributaria poderá desenvolver as actuacións de comprobación e investigación que resulten procedentes, mesmo no caso de que estas afecten a períodos e conceptos tributarios respecto dos que se producese a prescrición regulada no artigo 66.a) desta lei».

Entendemos que, no mesmo sentido da reforma operada no artigo 305.5 CP pola LO 7/2012 e no título VI da LXT pola Lei 34/2015, a xustificación desta reforma realizada sobre o instituto da regularización voluntaria é a de evitalle un prexuízo patrimonial á facenda pública sen necesidade de acudir ao procedemento penal. Parece que estamos ante unha decisión administrativa que busca máis o ingreso e a recadación que decidir sobre a regularización penal. Para SÁNCHEZ HUETE, a regulación do artigo 252 da LXT non pode verse como un desenvolvemento da previsión do artigo 305 do CP; «unicamente afirma que a Administración pode actuar sen necesidade de dar conta do inicio das actuacións á xurisdición. Pero, unha vez concluídas, e se han de ter efectos penais, o xuíz debe coñecer, validar e homologar, se é o caso, a decisión previa», xa que, se non, carecería de efectos máis alá do propio ámbito administrativo³⁷.

5 Consideracións finais

Das páxinas anteriores despréndese que coa aprobación da LO 7/2012 se modifica unha parte importante da regulación do delito contra a facenda pública regulado no CP con grandes implicacións no ámbito tributario. Por un lado, primando razóns de economía procesual, permitindo á Administración tributaria continuar co procedemento administrativo de cobramento da débeda tributaria malia a pendencia do proceso penal. E, por outro, con fins máis ben recadatorios, establécese unha nova configuración legal da regularización, como o pleno retorno á legalidade que pon fin á lesión provisional do ben xurídico protexido producida pola defraudación consumada co incumprimento inicial das obrigas tributarias, mediante o pagamento completo da débeda tributaria. Todo iso implica diferentes efectos no ámbito tributario e no penal, como podemos comprobar.

Bibliografía

BACIGALUPO ZAPATER, E., “La reforma del delito fiscal por la LO 7/2012”, *La Ley*, n. 8076, 2013.

37 SÁNCHEZ HUETE, M.A., “La Administración tributaria ante al delito. La nueva regularización voluntaria”, cit.

- BENÍTEZ CLERIE, P., "El «recurso del quinto año»: la corrección definitiva del ingenio", *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n. 418, 2017.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A., "Regularización del delito fiscal: ¿es necesario el pago?", *Revista de Contabilidad y Tributación, CEF*, n. 343, 2011.
- CALVO VÉRGEZ, J., "Delitos contra la hacienda pública: los delitos de defraudación tributaria y contable a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial", *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 11, 2012.
- CALVO VÉRGEZ, J., "El nuevo artículo 305.5 del CP y su compatibilidad con el artículo 180.1 de la LGT", *Revista Doctrinal Aranzadi*, n. 3, 2014
- CARRERAS MANERO, O., "De nuevo sobre los presupuestos temporales de la regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal en el delito de defraudación tributaria", *Quincena Fiscal. Aranzadi*, n. 13, 2013.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., "El delito fiscal del artículo 305 CP después de las reformas de 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones, viejas y nuevas, todavía controvertidas", *Revista General de Derecho Penal*, n. 26, 2016.
- DÍEZ-OCHOA AZAGRA, J. M., *Derecho tributario y procedimientos de desarrollo (2). Comentarios y casos prácticos*, 6.ª ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2017.
- FALCÓN Y TELLA, R., "La regularización del «quinto año»", *Quincena Fiscal Aranzadi*, n. 4, 2012.
- FALCÓN Y TELLA, R., "Las formulas transitorias de regularización establecidas por el RD Ley 12/2012, de reducción del déficit: los gravámenes especiales del 8% y del 10%", *Quincena Fiscal. Aranzadi*, n. 8, 2012.
- GARCÍA DÍEZ, C., "Recargos por presentación extemporánea e interpretación razonable de la norma tributaria", *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 3, 2014.
- GÓMEZ LANZ, F.J., "Dos cuestiones recientes en torno a la regularización tributaria. La declaración tributaria especial de marzo de 2012 y la reforma del artículo 305 del Código penal mediante la Ley orgánica 7/2012", *Revista de Derecho Penal y Criminología. Extraordinario*, n. 1, 2013.
- IGLESIAS CAPELLA, J., "La deuda tributaria y la responsabilidad civil por delito contra la hacienda pública en el Derecho proyectado", *Impuestos*, n. 17, 2009,
- IGLESIAS SEVILLANO, H., "Cuestiones sobre el principio de legalidad, ley penal en blanco y presunciones en el delito fiscal", *UNED. Revista de Derecho*, n. 19, 2016.
- LINARES, M.B., "Liquidación tributaria ante indicios de delito fiscal (artículo 305.5 del Código penal)", *Revista General de Derecho Penal*, n. 27, 2017.
- MUÑOZ CUESTA, F.J., "La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2013.

- RANCAÑO MARTÍN, M. A., "El progresivo distanciamiento dogmático entre el ilícito penal y el ilícito tributario", *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 16, 2014.
- RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J., "Aspectos jurídicos controvertidos en los delitos contra la hacienda pública", *Revista Doctrinal. Aranzadi*, n. 5, 2017.
- SÁNCHEZ HUETE, M. A., "La Administración tributaria ante al delito. La nueva regularización voluntaria", *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 7, 2016.
- SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A., "La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015", *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n. 391, 2015.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., y MERINO JARA, I., "Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho Penal", *Diario La Ley*, n. 8052, 2013.
- SIMÓN ACOSTA, E., "Delitos contra la hacienda pública", *Manuales Universitarios Aranzadi*, 2017.
- SOTO BERNABEU, L., "Los efectos de la presentación fuera de plazo, transcurrido el plazo de prescripción, de una declaración o autoliquidación extemporánea bajo el régimen del artículo 27 de la Ley General Tributaria", *Crónica Tributaria*, n. 162, 2017.

Regap



ESTUDIOS

Regap

Notas

2

Cuestións xurídicas sobre a celebración dunha consulta popular municipal

Cuestiones jurídicas en torno a la celebración de una consulta popular municipal

Legal issues about a local popular consultation



MARTA GARCÍA PÉREZ

Profesora titular de Dereito Administrativo, Universidade da Coruña
Directora da Asesoría Xurídica Municipal, Concello da Coruña
martag.perez@coruna.es

Recibido: 12/09/2018 | Aceptado: 20/12/2018

Regap



NOTAS

Resumo: Este traballo pretende clarificar o concepto, a natureza e o réxime xurídico das consultas populares municipais, cuestionadas e controvertidas especialmente a partir de diversos pronunciamentos do Tribunal Constitucional ditados a partir do ano 2008. O estudo dunha normativa desfasada e da xurisprudencia, rica en casuística e matices, dá claridade a unha ferramenta esencial nas políticas participativas dos gobernos locais.

Palabras clave: Referendo, participación, consulta, democracia, Administración local.

Resumen: Este trabajo pretende clarificar el concepto, la naturaleza y el régimen jurídico de las consultas populares municipales, cuestionadas y controvertidas especialmente a partir de diversos pronunciamentos del Tribunal Constitucional dictados a partir del año 2008. El estudio de una normativa desfasada y de la jurisprudencia, rica en casuística y matices, da claridad a una herramienta esencial en las políticas participativas de los gobiernos locales.

Palabras clave: Referéndum, participación, consulta, democracia, Administración local.

Abstract: This paper aims to clarify the concept, the legal nature and the legal regime of the municipal popular consultations, questioned and controversial especially from various pronouncements of the Constitutional Court from 2008. The study of outdated regulations and jurisprudence, rich in nuances and cases, give clarity to an essential tool in the participatory policy of local governments.

Key words: Referendum, participation, consultation, democracy, local government.

Sumario: 1 Concepto e natureza xurídica da consulta popular. 2 Réxime xurídico da consulta popular municipal. 2.1 Réxime competencial e marco normativo. 2.2 Obxecto da consulta. 2.2.1 Asuntos de competencia propia municipal e de carácter local. 2.2.2 Exclusión dos asuntos relativos á Facenda local. 2.2.3 Especial relevancia para os intereses dos veciños. 2.3 Os suxeitos da consulta. 2.3.1 Os veciños. 2.3.2 O alcalde. 2.3.3 O pleno. 2.3.4 A Xunta de Galicia. 2.3.5 O Goberno. 2.4 A formulación da/s pregunta/s. 2.5 Os límites da consulta. 2.6 Carácter non vinculante do resultado. 2.7 Cuestións procedementais.

1 Concepto e natureza xurídica da consulta popular

A Lei 7/1985, do 2 de maio, reguladora das bases do réxime local, establece no artigo 71 que *“de conformidade con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local”*.

Esta potestade recoñecida aos alcaldes de someter a consulta popular asuntos de competencia propia municipal e de carácter local que sexan de especial relevancia para os intereses dos veciños pasou discretamente inadvertida durante anos, tanto pola súa escasa posta en práctica como pola residual conflitividade resultante desta, limitada, de modo xeral, ás causas de denegación da exixida autorización governamental.

Na última década, pola contra, especialmente a partir da entrada en vigor dos estatutos de autonomía de nova xeración¹ e a aprobación de leis autonómicas reguladoras de consultas populares, o mecanismo da consulta popular municipal viuse arrastrado por un intenso debate sobre o propio concepto de “consulta popular” en confrontación ao de “referendo”² e a posible categorización da primeira como “referendaria” e “non referendaria”³.

Efectivamente, ata ese momento a polémica resultaba estraña á singularidade local, onde a doutrina maioritaria coincidía en afirmar que as consultas populares non eran referendos, senón instrumentos de participación cidadá cun réxime substantivo propio recollido no artigo 71 da LBRL⁴, amparándose, ademais, no teor literal da disposición adicional da *Lei orgánica 2/1980, do 18 de xaneiro, sobre a regulación das distintas modalidades de referendo*, que optara por deixar fóra do seu ámbito de aplicación expresamente as consultas populares municipais ao establecer que *“As disposicións da presente Lei non alcanzan na súa regulación ás consultas populares que poidan celebrarse polos concellos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, nos seus respectivos territorios, de acordo coa legislación de réxime local, e a salvo, en todo caso, a competencia exclusiva do Estado para a súa autorización”*.

A xurisprudencia sostivo a mesma posición, entendendo que a cuestión clave para resolver as dúbidas sobre a natureza xurídica das consultas populares municipais non pasaba pola súa configuración como referendo, por ter este un fundamento constitucional distinto a aquelas. Así, por exemplo, o establecía o Tribunal Supremo no ano 2000:

-
- 1 Nomeadamente o Estatuto de autonomía de Cataluña, aprobado pola LO 6/2006, do 19 de xullo; de Andalucía, aprobado pola LO 2/2007, do 19 de marzo; e de Aragón, aprobado pola LO 5/2007, do 20 de abril.
 - 2 Vid. extensamente BUENO ARMIJO, A., “Consultas populares y referéndum consultivo: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial”, *Revista de Administración Pública*, n. 177, 2008, pp. 195-228; CARRASCO DURÁN, M., “Referéndum vs. consulta”, *Revista de Estudios Políticos, nueva época*, n. 160, 2013, pp. 13-41.
 - 3 Habitualmente utilízase a expresión “referendaria”, “referendaria” ou “referendaria” para facer referencia á consulta popular baixo a modalidade de referéndum. A última das acepcións non está recollida no Dicionario da RAE, polo que non se empregará no texto, salvo que se trate de manter unha cita textual.
 - 4 Vid. unha exposición das posicións en MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum”, *Anuario del Gobierno Local*, 2010, pp. 447 e ss.

“[...] El referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en asuntos públicos, esto es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE. No es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política, es decir, de aquella participación «que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo» (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3). Es, por tanto, una forma de democracia directa y no una mera manifestación «del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente», que lo ha formalizado como «un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos» (arts. 9.2 y 48 CE) o como un verdadero derecho subjetivo (así, por ejemplo, arts. 27.5 y 7, 105 y 125 CE). Las formas de participación no reconducibles a las que se conectan con el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE son «formas de participación que difieren [de aquéllas] no sólo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad –art. 9.3 CE– y del derecho de igualdad –art. 14 CE–). No puede aceptarse, sin embargo, que sean manifestaciones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 de la Constitución, pues no sólo se hallan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una ratio bien distinta: en el art. 23.1 C.E. se trata de las modalidades –representativa y directa– de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general» (STC 119/1995, FJ 4), en la que no tienen cabida otras formas de participación en las que se articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral” (sentencia del Tribunal Supremo do 17 de febreiro de 2000, rec. 404/1998).

Regap



NOTAS

No ano 2008, a aprobación polo Parlamento Vasco da *Lei 9/2008, do 27 de xuño, de convocatoria e regulación dunha consulta popular co obxecto de recadar a opinión cidadá na Comunidade Autónoma do País Vasco sobre a apertura dun proceso de negociación para alcanzar a paz e a normalización política*, provocou un pronunciamento do Tribunal Constitucional que marcaría o debate dos anos sucesivos. A dita lei partía da diferenciación entre os distintos tipos de referendos previstos na Constitución e as consultas de ámbito autonómico non mencionadas nela, ás que consideraba como unha subespecie do xénero referendo. Seguindo o esquema da lei, ás últimas non lles resultarían de aplicación as previsións constitucionais relativas á autorización e convocatoria do referendo (arts. 92 e 149.1.32.^a CE). Interposto recurso de inconstitucionalidade polo presidente do Goberno, ditouse a STC 103/2008, do 11 de setembro, que non só confirmou a necesidade de distinguir entre referendo e outros tipos de consultas, senón que introduciu un razoamento oposto ao do legislador autonómico: *o referendo é unha especie do xénero consulta popular*⁵.

Pouco tempo despois, o TC ratificaba a súa doutrina a propósito do recurso de inconstitucionalidade interposto contra o Estatuto de autonomía de Cataluña (*Lei orgánica 6/2006, do 19 de maio*), que coincidía co de Andalucía e Aragón en establecer a competencia exclusiva

5 A sentenza foi moi comentada. Entre outros, *vid.* IBÁÑEZ MACÍAS, A., “¿Qué es un referéndum? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 de septiembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, 2009, BIB 2009/412; LÓPEZ BASAGUREN, A., “Sobre referéndum y comunidades autónomas. La Ley vasca de la consulta ante el Tribunal Constitucional (consideraciones con motivo de la STC 103/2008)”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, n. 9, outubro 2009, pp. 202-240.

da comunidade autónoma ou dos entes locais para o establecemento do réxime xurídico, as modalidades, o procedemento, a realización e a convocatoria, no ámbito das súas competencias, de enquisas, audiencias públicas, foros de participación e *calquera outro instrumento de convocatoria popular*⁶. Detrás desta atribución estatutaria estaba o propósito confeso de dinamizar a democracia participativa creando ámbitos en que non resultaba aplicable o réxime xurídico establecido para os referendos, especialmente a obtención da autorización estatal para a súa convocatoria⁷. Na STC 31/2010, do 28 de xuño, o TC reforzou a súa posición, que reiterou e completou nos seguintes termos⁸:

“Los recurrentes parten de la idea de que no es posible distinguir, como hace el precepto impugnado, entre «consultas populares» y «referéndum», y sobre esa base defienden que la autorización estatal prevista en el art. 149.1.32 CE es necesaria en todo caso. Sin embargo, hemos dicho en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, que «[e]l referéndum es ... una especie del género “consulta popular” ... cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral (expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, F.10) conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23 (así, STC 119/1995, de 17 de julio)». (STC 103/2008, F. 2).

Caben, pues, consultas populares no referendarias mediante las cuales «se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos» distintos de los que cualifican una consulta como referéndum (STC 103/2008, F. 2) y con los límites materiales a los que también hicimos referencia en la STC 103/2008 (F. 4) respecto de todo tipo de consultas, al margen de la prevista en el art. 168 CE. Las encuestas, audiencias públicas y foros de participación a los que se refiere el art. 122 EAC tienen perfecto encaje en aquel género que, como especies distintas, comparten con el referéndum...”

En definitiva, para o TC, entre consultas populares e referendos existe unha relación do tipo “xénero-especie”, de modo que as consultas populares serían o xénero, dentro do que se atoparían, entre outras especies, os referendos. Sentada esa afirmación, a clave da distinción entre o referendo e o resto das consultas populares descansa sobre un criterio orgánico-procedemental⁹:

– O referendo diferénciase da consulta non referendaria porque supón un chamamento a *todo o corpo electoral*, sendo propio das consultas non referendarias atender outro tipo de

6 Artigo 122 EACat, 78 EAAnd e 71.27 EAAR.

7 Vid. extensamente LLORENS FERRER, M., “La consulta popular como mecanismo para revitalizar el urbanismo democrático”, *Revista catalana de dret públic*, n. 46, 2013, pp. 160-181.

8 Vid. CASTELL À ANDREU, J.M., “La competencia en materia de consultas populares por la vía de referéndum en la sentencia 31/2010 sobre el estatuto de autonomía de Cataluña”, *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia sobre el Estatuto*, 2010. No mesmo número desa revista, vid. MARTÍN NÚÑEZ, E., “Comentario a la STC sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares (art. 122)”.

9 Vid. BUENO ARMUJO, A., “Consultas populares y referéndum consultivo: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial”, cit., p. 209. Vid. unha crítica ás interpretacións maioritarias desta sentenza en CARRASCO DURÁN, M., “Referéndum vs. consulta”, cit., pp. 19 e ss.

colectivos de cidadáns, máis ou menos representativos dos seus concidadáns, ou de específicos intereses de grupo ou clase¹⁰.

– O referendo realízase a través de *procedementos electorais*, coas súas correspondentes garantías, fronte a outros procedementos propios das consultas non referendarias.

O Tribunal Supremo incorporou a doutrina ás súas sentenzas, declarando, por exemplo, en 2008 que:

“El referéndum es, por tanto, una especie del género «consulta popular» con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral (expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10) conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23 (así, STC 119/1995, de 17 de julio). Para calificar una consulta como referéndum o, más precisamente, para determinar si una consulta popular se verifica «por vía de referéndum» (art. 149.1.32 CE) y su convocatoria requiere entonces de una autorización reservada al Estado, ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que éste sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, estaremos ante una consulta referendaria...” (STS do 23 de setembro de 2008, FX 2.⁹¹¹).

O Tribunal Constitucional volveuse pronunciar en ocasións posteriores, aínda que no medio dun debate máis afastado da natureza da consulta popular e máis centrado nas competencias autonómicas sobre aquelas que pertencen á subespecie referendaria. A cuestión competencial analizarase a continuación.

2 Réxime xurídico da consulta popular municipal

2.1 Réxime competencial e marco normativo

Sinalábase ao comezo que a regulación das consultas populares municipais se viu arrastrada por unha polémica que lle resultaba allea. Efectivamente, a doutrina do TC ditada a propósito de diversas leis autonómicas reguladoras das consultas populares non quedou na reiterada afirmación da relación xénero-especie existente entre consulta popular e referendo, senón que, a propósito da controversia competencial, sinalou (1.º) a competencia exclusiva do Estado non só para a autorización das consultas referendarias (art. 149.1.32 CE), senón tamén para o seu establecemento e regulación, e (2.º) a reserva, ademais, á lei orgánica.

¹⁰ A expresión “corpo electoral” foi substituída pola de “conxunto de todos os cidadáns dun ámbito territorial determinado” na STC 31/2015, do 25 de febreiro, ditada a propósito da impugnación da *Lei 10/2014, de 26 de setembro, do Parlamento de Cataluña, de consultas populares non referendarias e outras formas de participación cidadá*: “... el poder público convoca al conjunto de los ciudadanos de un ámbito territorial determinado para que ejerzan el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos emitiendo su opinión, vinculante o no, sobre una determinada cuestión, mediante votación y con las garantías propias de un proceso electoral” (FX 6.º).

¹¹ No mesmo sentido, STS do 15 de novembro de 2012 (rec. 546/2010) e 29 de novembro de 2016 (rec. 603/2015).

Neste sentido, a STC 31/2010, do 28 de xuño, sobre o Estatuto de autonomía de Cataluña, sinalou:

“Así interpretada, «la competencia para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular», atribuida a la Generalitat por el art. 122 EAC, es perfectamente conforme con la Constitución, en el bien entendido de que en la expresión «cualquier otro instrumento de consulta popular» no se comprende el referéndum. Tal entendimiento parece implícito en el propio art. 122 EAC, que hace excepción expresa «de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución». Sin embargo, esa excepción no puede limitarse a la autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que ha de extenderse a la entera disciplina de esa institución, esto es, a su establecimiento y regulación. Ello es así por cuanto, según hemos dicho en la repetida STC 103/2008, «la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, es la llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, siendo además la única Ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del art. 149.1.32 CE: la genérica del art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE». (STC 103/2008, F. 3). En consecuencia, el art. 122 EAC no es inconstitucional interpretado en el sentido de que la excepción en él contemplada se extiende a la institución del referéndum en su integridad, y no sólo a la autorización estatal de su convocatoria, y así se dispondrá en el fallo”.

Posteriormente a doutrina reiterouse a propósito da inconstitucionalidade das leis do Parlamento de Cataluña 4/2010, do 17 de marzo, de consultas populares por vía de referendo (STC 51/2017, do 10 de maio) e 19/2017, do 6 de setembro, do referendo de auto-determinación de Cataluña (STC 114/2017, do 17 de outubro):

“Lo relevante para el presente procedimiento es recordar dos determinaciones inequívocas de nuestra jurisprudencia en este ámbito. Si bien la previsión por el constituyente de unos concretos supuestos de referéndum no agota el elenco de otros admisibles en nuestro ordenamiento, solo a la ley orgánica a la que remite el citado artículo 92.3 CE correspondería la previsión genérica o en abstracto de tales consultas referendarias distintas a las contempladas de modo expreso en la norma fundamental. La segunda, de especial relevancia para el actual recurso, es que no pueden someterse a consulta popular autonómica –referendaria o no– cuestiones fundamentales que fueron resueltas en el proceso constituyente y que están sustraídas a la decisión de los poderes constituidos [STC 51/2017, FJ 5 c) y d), con cita de pronunciamientos anteriores]. Por ello la redefinición de la identidad y unidad del sujeto titular de la soberanía es cuestión que ha de encauzarse a través del procedimiento de reforma previsto en el artículo 168 CE, por la vía del referéndum de revisión constitucional (STC 90/2017, FJ 6, también con cita de resoluciones anteriores del Tribunal), pues una Comunidad Autónoma no puede convocar una consulta popular que desborde el marco de competencias propias o incida sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resulten sustraídas a la decisión de los poderes constituidos (SSTC 103/2008, FJ 4, y 138/2015, FJ 3)” (STC 114/2017, FX.3).

A xurisprudencia do TC provocou un interesante debate sobre a posible inconstitucionalidade sobrevida do artigo 71 LBRL e das leis autonómicas que conteñen unha regulación da consulta popular municipal, como é o caso da *Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia* (LALGA), por incumprimento da reserva de lei orgánica. As reaccións doutrinarias non se fixeron esperar en defensa da vixencia da vía de participación no ámbito municipal consagrada no artigo 71 LBRL, dotada dun réxime xurídico propio e diferenciado das modalidades de referendo recollidas no artigo 92 CE, de fundamento constitucional diverso¹². A xurisprudencia mostrouse dubidosa e pouco clarificadora, con sentenzas de moi diverso alcance e contido¹³, quedando clarificada a cuestión coa STC 51/2017, do 10 de maio de 2017, antes analizada, cuxo FX 5.c salva as consultas populares municipais por estaren expresamente previstas na lei orgánica reguladora dos referendos:

“Es a la ley orgánica a la que remite el artículo 92.3 CE, por tanto, a la que correspondería, en su caso, la previsión, genérica o en abstracto, de consultas referendarias distintas a las contempladas de modo expreso en la norma fundamental, consultas cuya regulación constituye contenido necesario, pero no exclusivo, de dicha ley orgánica. Así hizo el legislador para los referenda municipales (disposición adicional de la Ley Orgánica 2/1980) y así habría de hacerse, también, si se pretendiera introducir en el ordenamiento, en lo que aquí importa, algún tipo de referéndum de ámbito autonómico, incorporación que, como hemos apuntado, no podría llevarse a cabo, en todo caso, sin respetar determinados límites que provienen directamente de la Constitución”.

Confirmada a existencia dos chamados polo TC “referenda municipais” e a constitucionalidade da regulación por lei ordinaria por expresa determinación da disposición adicional da Lei orgánica 2/1980, procede analizar o seu réxime xurídico. Quedarán á marxe da análise as consultas populares non referendarias, ensaiadas con maior ou menor éxito en datas recentes e non libres de polémica, exentas da exigencia da autorización do Goberno e orientadas a abrir canles que faciliten a participación e a favorecer a normalidade do proceso¹⁴.

- 12 Vid. VELASCO CABALLERO, F., *¿Son aún posibles las consultas municipales?*, Instituto de Derecho Local, UAM, Madrid. Disponible en <http://www.idluam.org/blog/?p=357>, quen conclúe que tras a doutrina do TC hai dous tipos de consultas “xerais”: a un lado están as promovidas polo Estado ou as comunidades autónomas; a outro lado están as municipais. E explica que hai razón constitucionais de fondo que amparan a distinción ontolóxica entre os referendos estatais e autonómicos, dun lado, e as consultas municipais, doutro lado: “Aun aceptado que todos los niveles de gobierno territoriales (Estado, comunidades autónomas y entidades locales) son “políticos”, pues esta es una consecuencia natural de la legitimidad democrática (art. 140 y 141 CE), hay una diferencia sistemática notoria entre los poderes políticos del Estado y las comunidades autónomas, de un lado, y de los municipios, de otro lado: solo el Estado y las comunidades autónomas tienen parlamentos y poder legislativo (el pleno municipal tiene poder normativo sólo de segundo grado); y sólo el Estado y las comunidades autónomas disponen de materias competenciales constitucionalmente predeterminadas e inatacables por las leyes (las competencias municipales se atribuyen y regulan por las leyes). La secundariedad constitucional de los municipios, que bien se expresa en la ausencia de poder legislativo y de competencias constitucionales propias, supone, a las claras, que bajos son los riesgos para la democracia representativa procedentes de una consulta municipal. Los hipotéticos riesgos pueden ser atajados por las leyes ordinarias de régimen local (como la LBRL y las leyes autonómicas de Administración local) y por las leyes sectoriales (que impiden que los vecinos se puedan pronunciar directamente sobre las cuestiones ya reguladas por ley). Tan limitada es la densidad política del gobierno municipal, y tan limitable la consulta popular por el Estado y cada comunidad autónoma, que la Constitución acepta sin problema que las “consultas generales” municipales no estén sometidas a las reglas y límites de los “referendums constitucionales” sino, más simplemente, a los límites que derivan del art. 23.1 CE y de las leyes ordinarias”.
- 13 Por exemplo, a STSX do País Vasco do 25 de abril de 2016 (rec. 330/2015) nega categoricamente a posibilidade de desdoblamento das consultas populares municipais en referendarias e non referendarias. En sentido diferente, a propósito da adopción dunha medida cautelara, vid. o Auto 223/2016, do 18 de novembro de 2016, rec. 360/2016, do Xulgado do Contencioso-administrativo n. 2 de Girona. No medio da polémica, vid. a STS do 29 de novembro de 2016, rec. 603/2015, que lles dá tratamento singular ás consultas populares municipais: “El régimen jurídico de las consultas populares municipales, que resulta aplicable a la solución de este litigio, está integrado por el citado artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que hemos transcrito, incluido en la sede normativa «información y participación ciudadanas»...”.
- 14 Por exemplo, a consulta cidadá relativa ás propostas de transformación da Avenida da Diagonal, ao amparo da Lei catalá 22/1998, do 30 de decembro, da Carta Municipal de Barcelona, na cal o Concello aprobou un documento de bases (acordo plenario do Consell Municipal

Pois ben, no marco da Comunidade Autónoma de Galicia, a análise xurídica debe comezar pola LALGA, que contén unha regulación propia das consultas populares no artigo 257:

" 1. Los Alcaldes, previo acuerdo del Pleno, por mayoría absoluta, podrán someter a consulta popular los asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial importancia para los intereses de los vecinos, salvo los relativos a las haciendas locales.

2. Se determinarán reglamentariamente los requisitos y condiciones para ejercer este derecho y la celebración de la consulta se ajustará a las disposiciones generales y al procedimiento establecido por la legislación del Estado en materia de referéndum.

3. El procedimiento que se regule al efecto se adecuará a las siguientes reglas:

a) La Corporación Local remitirá a la Xunta de Galicia una copia literal del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento, precisando los términos exactos de la consulta.

b) El Consello de la Xunta de Galicia enviará la solicitud municipal al Gobierno del Estado, a la que se adjuntará, en su caso, un informe sobre la conveniencia de efectuar la consulta, de conformidad con el interés general de Galicia.

c) Corresponderá al Gobierno del Estado autorizar la consulta.

d) Concedida la autorización, en su caso, y de conformidad con la resolución municipal, el Consello de la Xunta de Galicia convocará la consulta popular mediante Decreto.

Dicho Decreto contendrá el texto íntegro de la disposición o decisión objeto de la consulta, señalará claramente la pregunta o preguntas que haya de responder el cuerpo electoral convocado y determinará la fecha en que deba hacerse la consulta, la cual quedará incluida entre los treinta y los sesenta días posteriores a la fecha de publicación del Decreto.

El Decreto se publicará en el «Diario Oficial de Galicia» y en el «Boletín Oficial» de la provincia correspondiente. Además, se anunciará en uno de los periódicos de mayor difusión de la Comunidad Autónoma y será fijado por el respectivo Ayuntamiento en su tablón de anuncios".

O desenvolvemento regulamentario a que se refire o apartado 2 do precepto produciuse a través dos regulamentos orgánicos de participación cidadá municipais. Sirva de exemplo o Regulamento orgánico de participación cidadá do Concello da Coruña, que se limita a establecer unha concisa regulación da consulta popular:

"Artículo 3. El derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos municipales tiene las siguientes manifestaciones: ... 7.- Derecho a promover la consulta popular..."

"Artículo 10. Consulta Popular.

do 23 de decembro de 2009, BOP n.º 313, anexo I, do 31 de decembro de 2009), celebrada durante os días 10 a 16 de maio de 2010. Dispoñible en <https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.aspx?fnew?bop2009&12/09313a19999.pdf&15>.

Pode tamén consultarse a experiencia de Madrid sobre o futuro da Gran Vía e da Praza de España, Madrid 100 % sustentable ou o billete único para o transporte público. Dispoñible en <https://decide.madrid.es/>. Nestes casos, desde a Concellaría de Participación Cidadá ponse á disposición da cidadanía unha web onde se canalizan as iniciativas dos cidadáns, que reciben, a través da mesma web, o apoio ou a oposición dos madrileños.

1. El Alcalde, previo acuerdo del Pleno por mayoría absoluta, podrá someter a consulta popular los asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial importancia para los intereses de los vecinos, salvo los relativos a la Hacienda Local.
2. La celebración de la consulta se ajustará a las disposiciones generales y, en su caso, al procedimiento establecido por la legislación del Estado en materia de referéndum.
3. Una vez adoptado el acuerdo plenario, el Alcalde remitirá a la Xunta de Galicia copia literal del mismo precisando los términos exactos de la consulta. Convocada la consulta se le dará la máxima publicidad a través de los medios expresados en el artículo 5¹⁵.

2.2 Obxecto da consulta

A consulta debe ter por obxecto “asuntos da competencia propia municipal e de carácter local que sexan especialmente relevantes para os intereses dos veciños, con excepción dos relativos á Facenda local”.

Segundo sinala a xurisprudencia, trátase de requisitos concorrentes e, dados os termos en que se formulan, revelan un designio do legislador certamente restritivo respecto desta fórmula de participación popular no procedemento de adopción de decisións municipais, inspirado no sistema de representatividade electiva (STS do 17 de febreiro de 2000, rec. 404/1998):

“Hay que destacar, ante todo, que dichos requisitos son concurrentes y, dados los términos en que se formulan, revelan un designio del legislador ciertamente restrictivo respecto de esta fórmula de participación popular en el procedimiento de adopción de decisiones municipales, inspirado en el sistema de representatividad electiva. La consulta popular a los vecinos no se permite para cualquier asunto, ni siquiera para aquellos que tengan un interés relevante para los vecinos; es preciso, además, que se trate de asuntos de «carácter local», por un lado, y que respecto de ellos el Municipio tenga «competencias propias», por otro ... lo decisivo, a los efectos del litigio, no es sólo que exista aquel interés sino que el «asunto» (por emplear la expresión utilizada en el artículo 71 de la Ley de Régimen Local) que lo genera sea, ante todo, de «carácter local»”.

2.2.1 Asuntos de competencia propia municipal e de carácter local

A introdución do cualificativo de “propia” respecto da competencia municipal debe levarnos a considerar que a consulta ten que referirse ás competencias recollidas no artigo 25 LBRL. En palabras do TS:

15 Artículo 5: “El Ayuntamiento informará a los vecinos de su actividad preferentemente a través de medios telemáticos, publicando en la web municipal la información relativa a la actividad municipal y corporativa y especialmente la referencia a convocatorias, órdenes del día y acuerdos del Pleno y de la Junta de Gobierno Local y otros órganos corporativos, organismos autónomos, y otros entes dependientes o participados por el Ayuntamiento. Facilitará la disposición de una carpeta ciudadana personalizada, donde se le remitirá toda la información existente en la web municipal que pueda ser de su interés. Para acceder a información personal e intercambiar datos con la Administración, será necesario disponer de medios que garanticen la seguridad corporativa, la autenticidad y no repudio de las comunicaciones mediante certificado y firma digital, contraseñas personales u otros métodos de autenticación legalmente reconocidos. Además, la actividad del Ayuntamiento se dará a conocer a través de los medios de comunicación, y por Bandos, tabloneros de anuncios, folletos, publicaciones y servicios específicos de información personal en las Oficinas de Información y telefónica, a través de un servicio telefónico de atención al ciudadano”.

“El presupuesto de que la consulta popular se refiera a «asuntos de la competencia propia municipal» alude a aquellas competencias específicas enunciadas en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que el municipio ejerce, en todo caso, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, con plena capacidad de decisión, es decir, bajo su responsabilidad, de forma libre y autónoma, no condicionadas a controles de oportunidad.

En este sentido, cabe recordar la doctrina jurisprudencial formulada en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 2008 (rec. 474/2006), en que sostuvimos que la lectura armonizadora de los artículos 1, 18.1 f) y 71 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y de los artículos 3 y 4 de la Carta Europea de Autonomía Local, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988, permite determinar que el concepto de competencias propias municipales, en cuyo ejercicio, los municipios, para preservar la garantía constitucional del principio de autonomía local, tienen la capacidad efectiva de ordenación y gestión y de promover las iniciativas que se consideren pertinentes dentro del marco legal, se corresponde con las atribuciones o el núcleo de competencias básicas encomendadas por la Ley a dichas Entidades locales” (STS do 29 de novembro de 2016, rec. 603/2015).

A experiencia dá boa mostra do espectro sobre o que se ten actuado a modo de consulta popular. Das consultas populares autorizadas¹⁶, dez refírense a competencias sobre urbanismo e medio ambiente¹⁷, nove refírense á organización e funcionamento do Concello¹⁸ e outras nove refírense á fixación de datas de celebración da festas, feiras e mercados.

Dito o anterior, a xurisprudencia insiste en que competencias “propias” non equivale a competencias “exclusivas”:

“... el concepto de competencias propias municipales, en cuyo ejercicio, los municipios, para preservar la garantía constitucional del principio de autonomía local, tienen la capacidad efectiva de ordenación y gestión y de promover las iniciativas que se consideren pertinentes dentro del marco legal, se corresponde con las atribuciones o el núcleo de competencias básicas encomendadas por la Ley a dichas Entidades locales, lo que no impide que, por la

16 Un exemplo de consulta non autorizada por non recaer sobre asuntos de competencia local é a consulta sobre a prospección ou extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (*fracking*), sobre a que di a STS do 19 de novembro de 2014 (rec. 467/2013): “El recurso no puede prosperar. En efecto, en contra de lo que defiende el Ayuntamiento recurrente, el uso de técnicas de prospección y extracción de hidrocarburos, que es sobre lo que versa la consulta pretendida, ni es competencia municipal ni se trata de un asunto que se circunscriba al ámbito local, requisitos exigidos por el artículo 71 de la Ley de Bases del Régimen Local. En efecto, la regulación sobre las referidas técnicas, su uso, restricciones y demás aspectos que hayan de ser contemplados son en todo caso competencia estatal, pues se trata de cuestiones que corresponden a la normativa sobre régimen energético y a las bases de la ordenación económica general, dada la trascendencia de la materia energética sobre la economía general del país. Pues bien, la Constitución atribuye al Estado las bases sobre el régimen energético (apartado 25 del artículo 149), correspondiendo el desarrollo de la normativa básica a las Comunidades Autónomas en los términos de sus respectivos Estatutos de Autonomía. Naturalmente que las labores de prospección o extracción de recursos energéticos se realizan, como no puede dejar de ser, sobre terreno que necesariamente corresponderán en todo caso a municipios concretos, pero ello no quiere decir que tal circunstancia otorgue a éstos capacidad para determinar o condicionar la utilización de dichas técnicas. En consecuencia, hay que concluir que la consulta pretendida versa sobre una materia respecto a la que el Ayuntamiento carece de competencias, por mucho que se enmarque dentro del ámbito de una competencia municipal como lo es el plan de ordenación urbana. En cuanto a las competencias sobre las bases de la planificación general de la actividad económica, la Constitución la atribuye igualmente al Estado como competencia exclusiva en el apartado 13 del artículo 149”.

17 Asuntos relativos a un plan xeral urbanístico, peonalización da vía pública, cualificación urbanística de zona virxe, localización de aparcadoiro subterráneo, destino dun soar, inclusión do municipio nun parque natural, explotación dunha canteira, ocupación de espazos na fronte marítima, explotación de calcarias en monte de utilidade pública, xestión de residuos urbanos.

18 Regulamento orgánico, disolución do municipio, cambio de denominación do municipio, segregación de núcleo de poboación, cambio de capitalidade, incorporación a consorcio.

naturaleza de la materia o por su extensión, su titularidad o ejercicio sea concurrente con las competencias de planificación atribuidas a autoridades regionales o autonómicas, puesto que no necesariamente las competencias locales deben ser plenas o completas, de modo que quedan excluidos del objeto de las consultas populares municipales aquellos asuntos que, aun teniendo un carácter local y tratar de una materia que sea de especial relevancia para los intereses de los vecinos, afecten a competencias exclusivas del Estado o de las Comunidades Autónomas o a aquellas competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas atribuidas por delegación a los Entes locales” (SSTS do 23 de setembro de 2008, rec. 474/2006, 15 de novembro de 2012, rec. 546/2010 e 29 de novembro de 2016, rec. 603/2015).

Esta doutrina ten especial relevancia nunha cuestión de actualidade, como é a posibilidade de realizar unha consulta popular no Concello da Coruña sobre o bordo litoral, xa que o propio Tribunal Supremo pon especial empeño en xustificar a viabilidade da consulta respecto de competencias de ordenación urbanística, invocándose ao respecto a doutrina do Tribunal Constitucional na súa Sentenza 51/2004, do 13 de abril, segundo a cal:

“La decisión sobre la configuración del asentamiento urbano municipal en que consiste el plan urbanístico –marco regulador del espacio físico de la convivencia de los vecinos– es una tarea comprendida prioritariamente en el ámbito de los intereses del municipio; y sobre aquella decisión se proyectan, por tanto, de forma especialmente intensa las exigencias de la autonomía municipal ... aquella decisión puede afectar también a intereses cuya gestión constituye el objeto de competencias atribuidas a otras organizaciones jurídico-públicas distintas del municipio. También se justifica la mencionada intervención de otros sujetos jurídicos distintos de la Administración municipal por las exigencias de colaboración ... y por los controles de legalidad que, de conformidad con la Constitución, pueden ejercer, en el ámbito del urbanismo, las Comunidades Autónomas sobre los entes locales ...” (STS do 23 de setembro de 2008, rec. 474/2006).

Dito o anterior, debe terse en conta que a ordenación urbanística do bordo litoral da cidade, máis alá de entrañar unha competencia municipal propia, vén condicionada pola presenza do porto –coas competencias concorrentes da Autoridade Portuaria e de Portos do Estado– e a sinatura de varios convenios, asinados por diferentes administracións públicas. Esta situación pode dar complexidade á formulación da pregunta ou preguntas que pretendan someterse á consulta popular.

Sirva de exemplo o asunto que provocou a recente Sentenza do Tribunal Supremo do 20 de novembro de 2016 (rec. 603/2015) respecto da denegación da autorización governamental para a celebración dunha consulta popular no Concello de Cogollos de Vega (Granada) sobre se debía manterse a concesión outorgada a unha empresa para a xestión dos servizos do ciclo integral da auga no municipio. A denegación da autorización baseouse na ausencia de concorrencia dos requisitos do artigo 71 LBRL, nomeadamente o de ser un asunto propio da competencia municipal. As palabras do TS, confirmando a denegación da autorización, deben ser tidas en conta respecto da consulta que pretende realizarse, especialmente para a formulación da(s) pregunta(s):

“De cuanto se ha expuesto, resulta ajustada a Derecho la conclusión del acuerdo del Consejo de Ministros cuando afirma que no concurre el requisito de que la consulta verse sobre un asunto propio de la competencia municipal, como exige el art. 71 de la LBRL, pues tan solo guarda una relación indirecta con un servicio público contenido en el listado que establece

art. 25.2.c) de la Ley de Bases de Régimen Local, en tanto relativo a «abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales». Tal como está formulada, la pregunta no se ciñe al ámbito propio de una competencia sobre esa materia ni pretende la participación ciudadana sobre cómo se gestiona el servicio de gestión integral del ciclo del agua, sino que en realidad, suscita una cuestión que afecta a unos concretos convenios en su momento suscritos por el Ayuntamiento demandante con el Consorcio, en particular en lo relativo a la adhesión del municipio de Cogollos Vega para la prestación de los servicios del ciclo integral del agua a través del ente instrumental del Consorcio, la sociedad de economía mixta Aguasvira, S.A. En definitiva, las decisiones sobre la continuidad, o no, de esa forma de prestación del servicio y sobre la legalidad de la forma de acordar aquella, en tanto que en el propio enunciado de la pregunta se introduce una toma de posición sobre la misma, son cuestiones ajenas al ámbito de competencias propias municipales, y, por lo tanto, no son asuntos sobre los que se pueda consultar a los vecinos de un municipio a través de este instrumento participativo que es la consulta popular”.

Por último, a exigencia de que o asunto teña “carácter local” foi entendido pola xurisprudencia no sentido de que non poderá superar os límites xeográficos do termo municipal¹⁹, nin poderá ter por obxecto consultas sobre alteración dos límites municipais ou sobre agregación dun municipio a outra comunidade autónoma²⁰.

2.2.2 Exclusión dos asuntos relativos á Facenda local

A doutrina coincide en afirmar que a expresión “facendas locais” debe ser interpretada de modo restritivo²¹, coa finalidade de non baleirar de contido a posibilidade de consulta. Así, afirmase que non é admisible desestimar a iniciativa da consulta porque o asunto teña consecuencias económicas ou comporte gasto, xa sexa porque é obvio que ambos son inherentes a calquera actuación, xa sexa por non incidir, en rigor, na materia da Facenda local²².

As afirmacións doutrinarias teñen reflexo na xurisprudencia, que non dubida en recoñecer o dereito dos veciños a que se tramite o procedemento de consulta popular en casos que implican ostensiblemente gasto (pode tomarse como exemplo a consulta sobre a conveniencia ou oportunidade de continuar coas obras do Metro de Sevilla, analizada na STS do 14 de novembro de 1989, RX 8304).

19 STS do 14 de novembro de 1989 (RX 8304) e STSX Comunidade Valenciana do 31 de xullo de 1996 (RXCA 2645). No asunto do *fracking*, citado *supra*, no que se denegou a celebración da consulta por tratarse de asunto de competencia non local, o TS declara así mesmo: “... el ámbito territorial en el que hay que ubicar la cuestión sobre la que se proyecta la consulta, tampoco puede circunscribirse, como pretende el Ayuntamiento recurrente, al ámbito local. Pues, aunque la consulta se refiera al uso de las técnicas controvertidas en el territorio municipal, es evidente que la regulación sobre dichas técnicas de prospección y extracción de hidrocarburos y su uso se proyecta sobre todo el territorio nacional. En consecuencia, la consulta, con independencia de su carácter no vinculante, versa sobre una cuestión de interés territorial general respecto a la que la regulación sobre la materia por parte del titular de la competencia, el Estado, siempre abarcará todo el territorio nacional” (STS do 19 de novembro de 2014, rec. 467/2013).

20 SSTS do 22 de xaneiro de 1993 (rec. 4911/1992) e 24 de febreiro de 1997 (RX 1519).

21 IBÁÑEZ MACÍAS, A., *El referéndum local en España: régimen jurídico*, Universidad de Cádiz, 2005, p. 145.

22 MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum”, cit., p. 461. E no mesmo sentido FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Los cauces de participación ciudadana en la Administración local”, Almonacid Lamelas, V. (dir.), *Estudios sobre la modernización de la Administración local: teoría y práctica*, La Ley-El Consultor, Madrid, 2009, pp. 677 e ss. De feito, nalgunhas normativas autonómicas que desenvolven a consulta popular, a expresión “facenda local” substituíuse pola de “finanzas locais”, circunscrita aos recursos ou ingresos públicos. É o caso do artigo 32 da Lei 4/2010, do Parlamento de Cataluña.

2.2.3 Especial relevancia para os intereses dos veciños

A “especial relevancia” para os intereses dos veciños é un concepto xurídico indeterminado²³ que debe ser concretado no marco do procedemento de realización da consulta popular.

Nalgunha ocasión declarouse que quedarán fóra da posibilidade da consulta os asuntos que carezan de interese por seren normais ou habituais na vida cidadá (STS do 14 de novembro de 1989, RX 8304).

Polo demais, a doutrina coincide en reservar a consulta popular para asuntos de natureza discrecional, máis precisamente política, excluíndoa respecto do exercicio de competencias regradas, nas que prevalece o principio de legalidade²⁴.

2.3 Os suxeitos da consulta

Nunha consulta popular interveñen catro suxeitos: os veciños, o concello (a través do alcalde e o pleno da corporación), a Xunta de Galicia e o Goberno.

2.3.1 Os veciños

O papel dos veciños pode ser dobre, ao inicio e ao final do proceso.

Os veciños poden instar a consulta popular, propondo unha iniciativa popular que inclúa a formulación dunha consulta, debendo acompañarse a iniciativa das sinaturas legalmente exixibles conforme o artigo 70 bis.2 LBRL²⁵. Distinto é o caso de que a petición de consulta non vaia unida a unha iniciativa popular, senón que se formule como solicitude ao abeiro do artigo 18.1.f) LBRL. O TS manifestou que o dereito dos veciños de pedir a consulta popular ten a categoría de dereito público subxectivo, exixible, polo tanto, en vía contencioso-administrativa se fose descoñecido (STS do 14 de novembro de 1989, RX 8304)²⁶. Esta doutrina xurisprudencial, con todo, non é unánime²⁷.

23 STS do 14 de novembro de 1989 (RX 8304).

24 MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum”, cit., p. 461.

25 “2. Los vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales podrán ejercer la iniciativa popular, presentando propuestas de acuerdos o actuaciones o proyectos de reglamentos en materias de la competencia municipal.

Dichas iniciativas deberán ir suscritas al menos por el siguiente porcentaje de vecinos del municipio:

a) Hasta 5.000 habitantes, el 20 por ciento.

b) De 5.001 a 20.000 habitantes, el 15 por ciento.

c) A partir de 20.001 habitantes, el 10 por ciento.

...

Tales iniciativas pueden llevar incorporada una propuesta de consulta popular local, que será tramitada en tal caso por el procedimiento y con los requisitos previstos en el artículo 71”.

Vid. artículo 9 ROM.

26 “De recibirse la petición, como sucedió en este caso, deberá acordarse por el Alcalde, bien continuar la tramitación, conforme a lo establecido en el art. 71 de la Ley básica, bien denegarla o rechazarla mediante resolución debidamente motivada, y como ha sucedido en este supuesto, la denegación, aun a través de la fórmula del silencio administrativo negativo, puede ser objeto de la necesaria revisión jurisdiccional, dentro del amplio marco que constituye el art. 106.1 CE y que la jurisprudencia interpreta en el sentido de mostrarse absolutamente contraria al mantenimiento de actos o zonas inmunes al control jurisdiccional”.

27 Vid. STSX de Navarra do 22 de xuño de 2001 (rec. 395/2001): “... es claro, a juicio de la Sala, que tales consultas populares están previstas como una posibilidad o facultad que se otorga a los Alcaldes para realizarla, si lo estiman conveniente, pero no como un derecho que puede ser exigido por el ciudadano por integrar parte del contenido esencial del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos tal y como se recoge en el artículo 23.1 de la Constitución”.

Correspóndelles aos veciños votar ao final do proceso. A este respecto, nada se di na normativa de aplicación sobre os suxeitos chamados á consulta, pero, no marco das consultas referendarias, o destinatario da consulta será o corpo xeral de electores nas eleccións municipais²⁸.

2.3.2 O alcalde

O papel do alcalde difire segundo se trate dunha consulta incorporada a unha iniciativa popular ou non.

O exercicio da iniciativa de consulta popular polos veciños cumprindo os requisitos das iniciativas populares supón que o alcalde debe sometela á consideración do pleno para o seu debate e votación. A doutrina refírese ao “deber de garante” do alcalde para coa iniciativa²⁹.

Se a solicitude de consulta popular non se incorpora a unha iniciativa popular, isto é, de presentarse de forma autónoma ao abeiro do artigo 18.1.f) LBRL, deberá resolvela o alcalde, ben no sentido de impulsar o procedemento recollido no artigo 71 LBRL, ben rexeitando a solicitude mediante a conseguinte motivación³⁰.

Nada impide, porén, que o alcalde someta ao pleno a consulta por propia iniciativa ou por proposta dun ou varios grupos, requiríndose neste caso que conste o interese veciñal, calquera que sexa a súa forma de manifestación, e a xustificación da concorrencia dos restantes requisitos formais e materiais exixidos pola normativa que resulta de aplicación.

2.3.3 O pleno

Nos termos do artigo 71 LBRL, requírese acordo plenario por maioría absoluta sobre a celebración da consulta.

A exixencia de maioría absoluta implica que a proposta sometida ao pleno deberá acompañarse dos preceptivos informes do secretario do pleno (sobre a legalidade do proceso e, nomeadamente, o cumprimento das exixencias formais e materiais exixidos pola normativa de aplicación) e do interventor municipal (sobre as materias propias da súa función e, nomeadamente, sobre a non incidencia da consulta popular en asuntos relativos á Facenda local).

Non existe unanimidade doutrinal respecto da extensión e alcance do acordo plenario. Fronte á posición dos que conciben o carácter regrado da decisión plenaria (no sentido de que só pode denegarse validamente se a iniciativa carece dalgún dos requisitos legais³¹), deféndese a natureza mixta do acordo plenario, na cal, xunto ao control dos elementos regrados, debe

28 Por exemplo, a Lei 2/2001, do 3 de maio, de Andalucía, identifica os veciños do municipio que no momento da convocatoria da consulta gocen do dereito de sufraxio activo nas eleccións municipais. A Lei 27/2002, do 28 de outubro, de Navarra, sinala como titulares do dereito os veciños do municipio que, no momento da convocatoria desta sexan maiores de idade e estean rexistrados no Padrón municipal.

29 MARTÍNEZ ALONSO CAMPS, J.L., “Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum”, cit., p. 469.

30 *Vid. supra* STS do 14 de novembro de 1989.

31 RIVERO YSERN, J.L., *Manual de régimen local*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 120; no mesmo sentido, FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Los cauces de participación ciudadana en la Administración local.”, cit., p. 739.

existir un pronunciamento sobre a oportunidade da consulta, concretada na valoración da especial relevancia do asunto para os intereses veciñais³².

2.3.4 A Xunta de Galicia

Segundo establece a LALGA, a Xunta de Galicia actuará en dous momentos do proceso con funcións instrutoras, sen capacidade decisoria: para vehiculizar a consulta cara ao Goberno a efectos da súa autorización; e para convocar por decreto a consulta autorizada.

Agora ben, e como novidade salientable respecto da regulación contida na LBRL, a LALGA introduce no procedemento a posibilidade de que a Xunta achegue á solicitude municipal *"un informe sobre a conveniencia de efectuar a consulta, de conformidade co interese xeral de Galicia"*.

Ante a falta de xurisprudencia sobre o alcance deste informe, parecería razoable considerar que este debería incorporarse no caso de competencias compartidas, co fin de pronunciarse sobre as que lle correspondan, ou se da consulta derivan consecuencias doutra índole que afectasen ao interese xeral de Galicia que puidesen ser consideradas polo Goberno no outorgamento ou denegación da autorización.

A Xunta de Galicia non ten, porén, capacidade decisoria ou resolutiva respecto da celebración da consulta popular.

2.3.5 O Goberno

Correspóndelle ao Goberno de España autorizar a consulta³³.

Sobre a natureza e alcance desta autorización pódense facer dúas consideracións.

En primeiro lugar, segundo a doutrina maioritaria, o acordo do Consello de Ministros debe cingirse ao control de legalidade en relación cos elementos regrados do asunto, sen entrar a valorar a especial relevancia para os intereses dos veciños³⁴.

Esta posición está referendada pola xurisprudencia:

"Cabe, además, señalar que la decisión del Consejo de Ministros de autorizar o denegar la convocatoria de una consulta popular municipal se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un acto de control de que la solicitud se ajuste a los requisitos legalmente previstos de naturaleza procedimental" (STS do 23 de setembro de 2008, rec. 474/2006; do 15 de novembro de 2012, rec. 546/2010; e do 29 de novembro de 2016, rec. 603/2015).

32 MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., "Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum", cit., pp. 470 e ss.

33 *Vid.* a Sentenza da Audiencia Provincial de Ábada, Sección 2.ª, do 14 de febreiro de 2011 (rec. 198/2010): "... la omisión de la autorización preceptiva por el Gobierno de España prevista en el art. 71 LBRL supone la elusión de un control que establece dicha Ley para realizar una consulta popular por parte de un Ayuntamiento. Esta forma de proceder eliminaría el mecanismo que se establece para asegurar que tal consulta se sujeta a los fines y limitaciones que el ordenamiento jurídico establece para la celebración de consultas por tales entes locales, constituyendo, pues, un trámite esencial que puede dar lugar a una prevaricación activa (en este sentido, las STS n. 2340/2001, de 10 de diciembre, la STS n. 76/2002, de 25 de enero y la STS n. 331/2003, de 5 de marzo antes citadas)".

34 MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., "Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum", cit., p. 474.

En segundo lugar, a falta de acordo expreso provoca silencio positivo, segundo estableceu o Consello de Estado nos seus ditames 943/1994, do 9 de xuño, e 1070/2001, do 21 de xuño:

“Las previsiones que el artículo 43, n.º 2, de la Ley 30/1992 dedica a la falta de resolución expresa y al principio del silencio administrativo positivo son aplicables a la autorización que el artículo 71 de la Ley 7/1985 atribuye al Gobierno de la Nación”.

2.4 A formulación da/s pregunta/s

A normativa aplicable non contén indicacións sobre a formulación da pregunta ou preguntas á cidadanía.

A toma en consideración, para efectos ilustrativos, doutras normas autonómicas ofrece algúns datos interesantes:

– O artigo 9.2 da *Lei 2/2001, do 3 de maio, de regulación das consultas populares locais en Andalucía*, dispón que “El acuerdo ha de contener los términos exactos de la consulta, que ha de consistir en una o varias preguntas, redactadas de forma inequívoca, a fin de que el cuerpo electoral se pueda pronunciar en sentido afirmativo o negativo”.

– O artigo 31.3 da *Lei 4/2010, do 17 de marzo, de consultas populares por vía de referendo de Cataluña*, establece que “Pueden formularse consultas municipales con la modalidad de diferentes opciones a escoger por los votantes”.

2.5 Os límites da consulta

Ademais das exixencias legais antes analizadas respecto da consulta, é preciso ter en conta o disposto no artigo 69 LBRL, invocado pola xurisprudencia respecto dos límites da consulta popular municipal³⁵:

“Artículo 69.

1. Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local.

2. Las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley”.

2.6 Carácter non vinculante do resultado

Doutrina e xurisprudencia coinciden en sinalar o carácter non vinculante do resultado da consulta popular. Celebrada a consulta, o Concello deberá obrar en consecuencia, pero ben entendido que a valoración que se realice do resultado será de natureza política.

35 ÁLVAREZ MONTOTO, J., “Las consultas populares en el ámbito local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 2, 2009, p. 192. Vid. SSTs do 21 de xuño de 1983 (RX 3616) e 9 de maio de 1997 (RX 4527).

Precisamente por iso, desde unha perspectiva xurisdiccional resultaría improsperable unha pretendida acción ben pola inactividade municipal tras a celebración da consulta ou ben polas accións emprendidas cando diverxan do seu resultado.

2.7 Cuestións procedementais

A celebración dunha consulta popular exige unha sucesión de actuacións concatenadas, reguladas nos seus trámites básicos polas normas antes referidas.

Os fitos máis relevantes que deberán producirse desde o inicio do procedemento de aprobación da consulta ata a celebración da votación son os que se indican a continuación.

- Decreto de alcaldía de inicio do procedemento para a celebración dunha consulta popular ao amparo dos artigos 71 LBRL, 257 LALGA e, se é o caso, do precepto correspondente do Regulamento orgánico municipal de participación cidadá.
- Posibilidade de constituír unha comisión informativa especial, en atención ás características especiais do asunto.
- Posibilidade de someter a información pública o acordo de inicio, con prazo para efectuar alegacións sobre os termos da consulta (con posibilidade de formular preguntas alternativas ou reformular a consulta).
- Informes preceptivos do secretario do pleno e do interventor municipal.
- Ditame da comisión informativa.
- Acordo plenario por maioría absoluta.
- Remisión á Xunta de Galicia da certificación do acordo plenario, precisando os termos exactos da consulta, solicitando a súa elevación ao Goberno para autorización desta.
- Remisión pola Xunta de Galicia da solicitude ao Goberno, xuntando, de ser o caso, informe sobre a conveniencia de efectuar a consulta de conformidade co interese xeral de Galicia.
- Autorización do Goberno³⁶.
- Convocatoria da consulta popular polo Consello da Xunta, mediante decreto, sinalando a data de celebración entre os trinta e sesenta días posteriores á data de publicación do decreto.
- Publicación do decreto no DOG e no BOP, anuncio nun dos periódicos de maior tirada e publicidade polo concello segundo o disposto, se é o caso, polo regulamento orgánico de participación cidadá.

36 Aínda que o requisito é insalvable *de lege lata*, a doutrina cuestiona de modo practicamente unánime a subordinación da consulta á autorización do Goberno, avogándose pola súa supresión ou por substituíla por unha autorización autonómica. Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., "Los cauces de participación ciudadana en la Administración local", cit., p. 740. No mesmo sentido, EXPÓSITO, E., "Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, p. 396, para quen o mantemento da autorización estatal contraria a autonomía local.

– Celebración da consulta conforme os principios do procedemento establecidos pola lexislación do Estado en materia de referendo³⁷.

Finalizado o proceso, o pleno tomará coñecemento do resultado da consulta.

Bibliografía

- ÁLVAREZ MONTOTO, J., "Las consultas populares en el ámbito local", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 2, 2009.
- BUENO ARMIJO, A., "Consultas populares y referéndum consultivo: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial", *Revista de Administración Pública*, n. 177, 2008.
- CARRASCO DURÁN, M., "Referéndum vs. consulta", *Revista de Estudios Políticos, nueva época*, n. 160, 2013.
- CASTELL À ANDREU, J. M., "La competencia en materia de consultas populares por la vía de referéndum en la sentencia 31/2010 sobre el estatuto de autonomía de Cataluña", *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia sobre el Estatuto*, 2010.
- EXPÓSITO, E., "Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., "Los cauces de participación ciudadana en la Administración local", Almonaci d Lamelas, V. (dir.), *Estudios sobre la modernización de la Administración local: teoría y práctica*, La Ley-El Consultor, Madrid, 2009.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A., *El referéndum local en España: régimen jurídico*, Universidad de Cádiz, 2005.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A., "¿Qué es un referéndum? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 de septiembre", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, 2009.
- LLORENS FERRER, M., "La consulta popular como mecanismo para revitalizar el urbanismo democrático", *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 46, 2013.
- LÓPEZ BASAGUREN, A., "Sobre referéndum y comunidades autónomas. La Ley vasca de la consulta ante el Tribunal Constitucional (consideraciones con motivo de la STC 103/2008)", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n. 9, outubro de 2009.
- MARTÍN NÚÑEZ, E., "Comentario a la STC sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares (art. 122)", *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia sobre el Estatuto*, 2010.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., "Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum", *Anuario del Gobierno local*, 2010.

37 Artigos 11 e seguintes da Lei 2/1980.

RIVERO YSERN, J. L., *Manual de régimen local*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2004.

VELASCO CABALLERO, F., *¿Son aun posibles las consultas municipales?*, Instituto de Derecho Local, UAM, Madrid. Disponible en <http://www.idluam.org/blog/?p=357>.

regap



NOTAS

A Lei 17/2006, do libro e da lectura de Galicia: balance dunha década¹

La Ley 17/2006, del libro y de la lectura de Galicia: balance de una década

The enforcement of Galician Book and Reading Act of 2006, ten years later

56
Regap

CARLOS ALBERTO AMOEDO SOUTO

Catedrático E.U. de Dereito Administrativo
Universidade da Coruña
casou@udc.gal

Recibido: 12/07/2018 | Aceptado: 20/12/2018

Regap



NOTAS

Resumo: Este traballo aborda o significado da Lei 17/2006, do libro e da lectura de Galicia, no marco do dereito autonómico de Galicia. A aplicación da lei durante os últimos dez anos foi parcial, e os seus rendementos víronse dificultados por diversos factores políticos e orzamentarios. En concreto, repásanse tres aspectos xurídicos desde o punto de vista da avaliación normativa: a) un intervencionismo autonómico brando, determinado polo complexo marco regulatorio –estatal e europeo– das industrias culturais; b) a falta dunha política pública sistemática e integral de desenvolvemento da lei; c) a carencia de instrumentos xurídicos de garantía do gasto público cultural.

Palabras clave: Dereito cultural de Galicia, sector editorial, fomento da lectura.

Resumen: Este trabajo aborda el significado de la Ley 17/2006, del libro y de la lectura de Galicia, en el marco del derecho autonómico de Galicia. La aplicación de la ley durante los últimos diez años ha sido parcial, y sus rendimientos se han visto dificultados por diversos factores políticos y presupuestarios. Particularmente, se repasan tres aspectos jurídicos desde el punto de vista de la evaluación normativa: a) un intervencionismo autonómico blando, determinado por el complejo marco regulatorio –estatal y europeo– de las industrias culturales; b) la falta de una política pública sistemática e integral de desarrollo de la ley; c) la carencia de instrumentos jurídicos de garantía del gasto público cultural.

Palabras clave: Derecho cultural de Galicia, sector editorial, fomento de la lectura.

Abstract: This paper addresses the meaning of the Galician Book and Reading Act, enacted in 2006, in the legal framework of Galicia. In the last ten years, the enforcement of this Act has been biased by both political and budgetary causes. More specifically, we take a look over three key points in terms of normative assessment: a) a soft autonomous policy, shaped by the complex framework –both european and domestic– of cultural industries sector; b) the lack of

1 Con lixeiras adaptacións para a súa publicación, este texto correspóndese coa intervención defendida polo autor na xornada “A Lei do Libro do 2006 a debate”, organizada polo Consello da Cultura Galega o 19 de abril de 2018. Para valorar axeitadamente esta intervención, é preciso mencionar que o autor tivo a honra de desempeñar o cargo de secretario xeral da Consellería de Cultura e Deporte na lexislatura en que se aprobou a Lei 17/2006 e se iniciou o seu desenvolvemento.

a systematic public policy of law enforcement at the autonomous level; c) the lack of legal means securing public expenditures in culture.

Key words: Galician culture Law, publishing sector, promotion of reading.

Sumario: 1 A política autonómica sobre o libro e a lectura e a Lei 17/2006. 2 Unha infancia marcada polo trauma de 2009. 3 As dificultades da avaliación normativa. 4 Os tres aspectos xurídicos esenciais da lei. 4.1 Un intervencionismo autonómico brando perante a complexidade do marco regulatorio das industrias culturais. 4.2 A falta dunha política pública sistemática e integral de desenvolvemento da lei. 4.3 A carencia de instrumentos xurídicos de garantía do gasto en cultura.

1 A política autonómica sobre o libro e a lectura e a Lei 17/2006

A Lei 17/2006, do 27 de decembro, do libro e da lectura de Galicia, foi obxecto de publicación no DOG n. 7 do 10 de xaneiro de 2007, entrando en vigor aos 20 días, isto é, a comezos de febreiro de 2007.

A lei acaba de cumprir, pois, 11 anos. Anda xa a piques de superar a educación primaria, e parece lóxico que nos preguntemos como foi a súa vida ata agora e, sobre todo, que podemos agardar dela cando vai camiño de entrar na madurez.

Desculpen a prosopopea sobre a criatura, mais é feita adrede. A lei 17/2006, primeira norma legal que articulou as políticas autonómicas sobre este sector, caracterízase en non pouca medida por ser unha norma de paternidade discutida: o interese e a preocupación por legislar sobre esta materia xa vén de vello, destacando a proposición de lei presentada nesta cámara no ano 2003 por iniciativa da deputada María Pilar García Negro (BNG), quen o 16 de xuño daquel ano introducía no rexistro a Proposición de lei do libro, do fomento da lectura e das bibliotecas públicas.

O PP de Galicia, tras rexeitar a tramitación da proposición, fixo súa a proposta, de modo que o 9 de xuño de 2004 constituíu a Mesa polo Libro e creou varias comisións, unha delas a terceira, que foi a encargada de elaborar un borrador de lei. Este primeiro borrador foi aprobado por unanimidade na reunión da Mesa polo Libro do 25 de febreiro de 2005. Polo demais, na lexislatura 2005-2009, cando se tramita no Parlamento galego o texto da lei, non pode deixar de mencionarse o papel de Luis Bará Torres, director xeral de Creación e Difusión Cultural, que foi o encargado de negociar co sector o que posteriormente sería a Lei 17/2006.

Unha rápida caracterización desta lei de 36 artigos podería resumirse nos seguintes catro trazos:

– Trátase dunha lei autonómica que se caracterizaba por realizar un esforzo de concreción de medidas destinadas a facer efectivo o mandato constitucional de compromiso dos poderes públicos co acceso á cultura (artigo 44 CE), singularmente o acceso á cultura galega², en cumprimento dos mandatos do noso Estatuto de autonomía de 1981. Era unha lei, pois,

2 Di así o preámbulo da lei: “Particularmente, a lei busca incrementar os índices de lectura en lingua galega, por entender que o libro galego é tanto un vehículo como un instrumento no fortalecemento do sistema literario e cultural galegos, na difusión da cultura galega no exterior e no proceso de normalización lingüística, razón pola que se ha procurar tamén unha especial incidencia nos ámbitos sociais onde a práctica e o fomento da lectura teñan unha dimensión substancial, xunto con aqueles outros que precisen do libro e da lectura como elementos indispensables para acadar un desenvolvemento intelectual das persoas que mellore a súa integración e convivencia”. Sobre o mandato constitucional de acceso á cultura, vid. máis amplamente o noso traballo “El derecho de acceso a la cultura en España: diagnóstico y propuestas de estrategia jurídica”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, 2014, pp. 295-327.

decisiva para avanzar no desenvolvemento dun espazo cultural propio –chámese nacional ou como queira chamarse– e por iso realizaba os aspectos simbólicos, de definición dun compromiso co sector cultural galego³, especialmente co apoio económico público.

– Nun panorama comparado, a nosa lei foi a terceira lei autonómica que abordou este enfoque regulatorio deste sector cultural, tras a Lei 5/1999, do 30 de marzo, de fomento do libro e a lectura da Comunidade de Madrid, e a Lei valenciana 3/2002, do 13 de xuño, do libro. Non houbo máis leis autonómicas ao respecto, quizais porque pouco despois de entrar en vigor a nosa lei o Estado aprobou a Lei 10/2007, do 22 de xuño, da lectura, do libro e as bibliotecas, que explorou a fondo os títulos competenciais previstos pola Constitución e o bloque da constitucionalidade.

– A lei caracterizouse pola alta participación e consenso co sector destinatario, articulado arredor da Mesa do Libro, cuxos traballos comezaran xa a desenvolverse na anterior lexislatura 2001-2005, e culminaron co proxecto de lei que aproba o Consello da Xunta o 6 de xullo de 2006 para a súa remisión ao Parlamento.

– Por último, cómpre sinalar o cuarto trazo, conectado co anterior: a lei aprobouse por consenso político da cámara lexislativa galega na sesión parlamentaria do 12 de decembro de 2006.

Feita esta breve introdución ao significado da lei, podemos xa comezar a nosa análise sobre o seu desenvolvemento aplicativo.

2 Unha infancia marcada polo trauma de 2009

Con independencia das circunstancias do seu nacemento, do seu deseño e das súas pateridades varias, pode afirmarse que a infancia da Lei 17/2006 –a aplicación dos seus preceptos– transcorreu ata hoxe en dúas etapas ben definidas.

A primeira foi a etapa feliz dos dous anos ata marzo de 2009, durante os cales a lei foi razoablemente atendida polos seus pais políticos: foron anos en que se aprobou en prazo o desenvolvemento regulamentario do Consello Asesor do Libro mediante o Decreto 178/2007, do 13 de setembro, polo que se regula a composición e funcionamento do Consello Asesor do Libro, e durante os cales o apoio económico-orzamentario público foi sendo incrementado en cada ano, nunha época de vacas gordas da facenda pública galega, en que o orzamento da consellaría medraba anualmente nunha porcentaxe do 8-9 %.

A segunda etapa da lei comeza en marzo de 2009 cando, tras a volta do Partido Popular ao Goberno autonómico, a lei fica orfa, nun contexto onde, ademais, *o crash do ano 2008 comeza a transmitir os seus profundos efectos sobre os ingresos e gastos da facenda pública galega. Coincidindo coa época de recesión económica, esta segunda etapa pode definirse metaforicamente como a infancia gris, triste e anónima propia dos orfanatos: a lei pasa a ser obedecida pero incumplida en aspectos substanciais, conforme a tradición patria do “obedézase pero non se cumpra”, ata o punto de crear a sensación do papel mollado: o Consello*

³ O artigo 2 recoñece o libro como elemento identificador de Galicia: trátase dun mandato ao poder executivo, conforme o cal “A Xunta de Galicia reconecerá o carácter estratéxico e prioritario do sector do libro pola súa importancia cultural, social e económica, como instrumento para a expresión do dereito á creación, á promoción e á divulgación da cultura, da historia e da lingua de Galicia”.

*Asesor do Libro deixa de reunirse en 2009, e non volve ser convocado polo conselleiro de Educación ata o 15 de decembro de 2017... oito anos despois*⁴. A participación do sector no desenvolvemento da lei foi, pois, incumprida flagrantemente.

Neste segundo período apenas se producen dous desenvolvementos regulamentarios máis: un decreto, xa moi avanzada a lexislatura 2005-2009, o Decreto 342/2009, do 18 de xuño, que crea o Rexistro administrativo de librarías de Galicia e regula a súa organización e funcionamento, decreto que sería derogado pouco despois⁵; e o Decreto 46/2015, do 19 de marzo, polo que se crea a Librería institucional da Xunta de Galicia (DOG do 13 de abril), que asume a distribución da edición pública da Xunta en desenvolvemento dos artigos 8 e 11 da lei⁶.

Cabe tamén salientar que os repertorios xurisprudenciais da xurisdición contencioso-administrativa non conteñen nin unha soa sentenza onde se discute a aplicación da lei.

Dado que unha das liñas estruturais da Lei 17/2006 era o apoio público ao desenvolvemento do sector do libro, cómpre agora reparar nos rendementos dese apoio. Neste sentido, se comparamos as magnitudes de gasto contidas nos orzamentos de 2009 e de 2018, comprobaremos que o gasto autonómico no libro e na lectura descendeu un 70 %. E isto a pesar de ser considerado pola propia lei un sector estratéxico:

Concepto	Denominación	2009	2018
480	Bolsas para bibliotecas	316.200	
481	Actividades culturais en bibliotecas de titularidade privada	60.000	
625	Equipamento bibliotecas municipais	524.807	
628.1	Lotes fundacionais e adquisición fondos bibliográficos	2.400.000	425.000
628.2	Edición do libro en galego	1.100.000	178.460
640.2	Promoción da lectura e do libro	1.300.000	223.000
640.3	Feiras do libro de Galicia	260.000	7.000
640.5	Animación á lectura en bibliotecas		98.000
640.6	Feiras internacionais do libro		247.000
760.1	Axudas entes locais investimentos bibliotecas		350.000
760.2	Subvencións adquisición novidades editoriais en galego		200.000

4 En maio de 2017, a oposición solicitou no Parlamento que se convocase. A primeira reunión foi o 15 de decembro de 2017. Nela a Asociación Galega de Editoras, a Asociación de Escritoras e Escritores en Lingua Galega e a Federación de Librarías de Galicia fixeron un chamado conxunto á Xunta de Galicia para que se elaborase unha diagnose da situación actual do sector do libro e da lectura en galego, e para que se elabore un verdadeiro, real e efectivo Plan de Fomento da Lectura de Galicia e da lectura en galego. Neste sentido, reclamouse que este plan recupere a dotación económica das bibliotecas públicas, apoie a internacionalización en diálogo continuo co sector, apoie as librarías e as creadoras e creadores e aposte por unha potente campaña de promoción lectora, que implique amplos sectores e referentes sociais.

5 Decreto de efémera vida, pois foi derogado polo Decreto 92/2010, do 3 de xuño, en virtude da habilitación conferida pola Lei 1/2010, do 11 de febreiro, de adaptación á Directiva 2006/123/CE, relativa aos servizos no mercado interior.

6 O artigo 8 deulle ao Servizo Central de Publicacións da Xunta de Galicia a titularidade da actividade editorial destinada a "fomentar a lectura, recopilar normas xurídicas emanadas dos seus órganos e informar a cidadanía sobre o traballo das diferentes administracións ou sobre cuestións consideradas de interese xeral". O Servizo Central de Publicacións foi asumido polo Servizo do Libro e Publicacións da Consellería de Educación, Cultura e Ordenación Universitaria, de conformidade co decreto regulador da súa estrutura orgánica. Este servizo encádrase dentro da Subdirección Xeral de Bibliotecas e a Secretaría Xeral de Cultura. Vid. o artigo 10.2.1 do Decreto 4/2013, do 10 de xaneiro. En execución do artigo 11 da Lei 17/2006, o Decreto 46/2015, do 19 de marzo, creou a Librería Institucional da Xunta de Galicia, cuxo obxecto é a distribución e comercialización, a través dunha plataforma electrónica, do fondo editorial da Xunta de Galicia. A súa xestión correspóndelle á consellaría competente en materia de cultura, na estrutura orgánica da cal se integra como unidade administrativa dependente do servizo competente en materia de publicacións.

Concepto	Denominación	2009	2018
760.3	Axudas dinamización bibliotecas municipais		195.000
770	Apoio promoción, produción e edición do libro en galego	493.000	210.000
781	Bibliotecas de interese para Galicia	60.000	0
470.1 151A SXPL	Subvencións empresas editoras para proxectos en lingua galega	1.050.000	170.000
481.2 do 432B	Axudas a entidades para o fomento da lectura	122.200	
TOTAL		7.686.207	2.303.460

Comparativa orzamentos Xunta de Galicia 2009-2018. Elaboración propia

Se temos en conta a última versión do Programa de Estabilidade do Reino de España para o período 2017-2020, o horizonte plurianual macroorxamentario do gasto público non é de aumento, senón de diminución, de modo que poucas esperanzas realistas hai de que o gasto autonómico poida aumentar minimamente –e, desde logo, moitas menos esperanzas cabe abeirar sobre a recuperación dos créditos perdidos–.

Perante estes datos, cabe preguntarse con razón se a lei caeu na irrelevancia. É unha lei puramente simbólica, un adorno ornamental sen eficacia xurídica práctica, unha lei zombi que camiña sen vida no seu interior? Se isto é así, que política normativa deberíamos propor? Suprimila sen máis, ou modifícala? Neste último caso, en que sentido?

Regap



NOTAS

3 As dificultades da avaliación normativa

Moitas cousas pasaron ao longo deste período de tempo na xestión pública do noso país e na propia realidade socioeconómica.

Precisamente por iso, cómpre felicitar o Consello da Cultura pola súa iniciativa de reflectir colectivamente sobre os resultados e desafíos cara ao futuro que suscita esta lei. Con ela, o Consello da Cultura está a desempeñar un papel necesario, que debería facer o propio Goberno galego: non só por propio interese, senón mesmo por cumprimento dos seus deberes legais. En efecto, desde hai anos a regulación básica dos programas normativos obrigan a facer unha avaliación e seguimento da aplicación das normas para garantir a “boa regulación” e a “mellora regulatoria”⁷. O artigo 130.1 da Lei 39/2015, baixo o rótulo “*avaliación normativa e adaptación da normativa vixente aos principios de boa regulación*”, establece que:

“As administracións públicas revisarán periodicamente a súa normativa vixente para adaptala aos principios de boa regulación e para comprobar a medida en que as normas en vigor atinxiron os obxectivos previstos e se estaba xustificada e correctamente cuantificado o custo e as cargas impostas nelas. O resultado da avaliación plasmarase nun informe que será feito público, co detalle, periodicidade e polo órgano que determine a normativa reguladora da Administración correspondente”.

Estamos perante unha obriga legal (nótese o imperativo “revisarán”) que non parece estar sendo especialmente aplicada polas administracións públicas.

⁷ Refírome aos artigos 4 e 7 da Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sustentable, hoxe substituídos polos artigos 127 e seguintes da Lei 39/2015, do 1 de outubro, de procedemento administrativo común das administracións públicas.

En concreto, a Xunta de Galicia non destaca por satisfacer correctamente as obrigas concretas de avaliación de resultados da aplicación das súas propias normas. E o incumprimento está especialmente presente no ámbito do dereito cultural. Non só no caso da Lei 17/2006, senón mesmo noutros ámbitos entre os que merece mencionar a propia Lei 5/2016, do patrimonio cultural de Galicia, cuxa elaboración foi feita sen que se acometese un estudo de avaliación normativa da Lei 8/19958; e o Decreto 79/2010, para o plurilingüismo no ensino non universitario (disposición adicional quinta⁹).

Tales eivas da avaliación normativa non son puntuais nin casuais. Son claramente estruturais, e mesmo características da acción político-administrativa predominante en Galicia durante todo o período autonómico. A tendencia a aprobar normas cuxo desenvolvemento é selectivamente incompleto complementábase necesariamente coa tendencia de non avaliar con transparencia esa non-aplicación selectiva das normas, pois ambas as tendencias son funcionais á necesidade de ocultación do carácter simbólico, formal ou, se se quer, ideolóxico –no sentido marxiano, de distorsión da realidade ao servizo da reprodución social– do cambio normativo. Tal “engado” permite xerar unha idea de normatividade, de validez, que non se acaba reflectindo no plano da facticidade precisamente porque non afecta ás formas profundas de regulación social (política, económica) cuxa permanencia se pretende salvagardar por debaixo da tona xurídica das normas legais.

Polo demais, seguimos tendo un déficit de fontes de coñecemento estatístico normalizado dos sectores regulados, así como diversas dificultades no acceso á información que atesouran as administracións públicas, malia as leis de transparencia. Velaí por que temos tanta dificultade para cumprirmos coas obrigas de avaliación normativa nun país tan conservador en tantos aspectos como o noso.

Non é así no caso, por exemplo, de Francia, onde as cámaras legislativas manteñen sistemas de informe e actualización das leis aprobadas, precisamente para avaliar a necesidade ou non de adaptalas aos cambios que inevitablemente se van producindo na sociedade.

Mais aquí, no noso país, e neste sector, o traballo público de seguimento das políticas públicas é desenvolvido polo Consello da Cultura de Galicia. E, neste sentido, ademais da escolma de datos realizada polo Observatorio da Cultura Galega –outro dos fillos putativos daquela legislatura do Bipartito–, cabe agora traer a lume a recente *Diagnose da cultura galega. Datos para unha estratexia cultural no século XXI*.

Nela recóllense datos estatísticos cuantitativos dispoñibles neste sector para o período 2011-2016, fundamentalmente de procedencia estatal (operacións estatísticas do INE, do Ministerio de Cultura e da SGAE), ben como unha breve análise cualitativa. Ambos os aspectos, o cuantitativo e o cualitativo, son de interese para esta contribución, porque nos axudan a enmarcar empiricamente os resultados das políticas públicas autonómicas neste sector.

8 Vid. o meu traballo “La ley 5/2016, de 4 de mayo, de patrimonio cultural de Galicia: una ley de baja calidad para un nuevo ciclo de desarrollismo”, *Patrimonio cultural y Derecho*, n. 21, 2017, pp. 91-146.

9 “Con periodicidade anual, despois de finalizar o curso escolar, a consellaría competente en materia de educación avaliará os resultados derivados da aplicación deste decreto e desenvolverá cantas disposicións fosen precisas para o mellor cumprimento e adaptación dos seus obxectivos co fin de que poida achegarse gradualmente ao marco dun ensino plurilingüe e á plena aplicación da Carta europea das linguas rexionais ou minoritarias”. O informe do Comité de Expertos sobre o cumprimento da Carta europea das linguas rexionais e minoritarias en España, do 20 de xaneiro de 2016 (ECRML 2016, 7), sinala que a ausencia de información obxectiva sobre o uso do idioma na educación primaria e secundaria é intencionada (cfr. p. 84).

O balance de libros publicados en lingua galega é inquietante: en 2016 publicáronse 500 libros en galego menos que en 2011.

Libros inscritos no ISBN por lingua de publicación:

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
<i>Linguas cooficiais</i>						
Castelán	76.181	73.449	61.610	62.506	62.526	67.212
Catalán	9.926	7.237	6.182	6.485	7.346	7.873
Galego	1.711	1.353	1.143	1.439	1.394	1.211
Éuscaro	1.214	1.224	892	1.126	1.222	1.644
Valenciano	959	1.184	871	1.005	1.228	629
Asturiano	96	65	76	67	46	38
Aragonés	15	8	6	6	7	14
Aranés	3	12	3	9	12	14

No tocante a libros traducidos do galego a outras linguas, a tendencia do período estudado é tamén descendente, pois pasaron de 95 títulos de 2011 a 54 de 2016. Nas outras linguas cooficiais a tendencia é inversa: en castelán aumentou un 15,9%, en catalán un 9,8% e en éuscaro un 35,6%.

O número de editores galegos con actividade e libros editados inscritos no ISBN pasou de 166 en 2011 a 130 en 2016, cunha produción media de 18 libros anuais, o que nos sitúa lonxe da media española (28 libros).

A seguinte táboa, que recolle o número de libros con ISBN publicados en galego, é tamén expresiva do descenso do sector no período 2008-2016:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Total	2.482	2.121	2.544	1.997	1.621	1.426	1.439	1.394	1.211
Libro en papel	2.359	1.970	2.326	1.554	1.401	1.217	974	969	829
Outros soportes	123	151	218	443	220	209	465	425	382

Fonte: Ministerio de Educación, Cultura e Deporte. Panorámica de la edición española de libros 2016.

A porcentaxe de libros publicados en galego en Galicia tamén descende, pasando do 66,4% en 2011 ao 50,7% en 2016. Segue a predominar o formato en papel, que supón o 68,4% do libro publicado en galego en 2016. En canto ás materias, predominan a literatura e o ensino¹⁰, perdendo peso as materias científicas¹¹.

10 Na análise cualitativa, o informe do Consello da Cultura Galega, destaca o feito de que “no ano 2016, segundo a clasificación de editoriais por facturación, só hai tres empresas que facturan máis dun millón de euros. A primeira que aparece nesta listaxe é Kalandraka, cunha facturación de cerca dos 2,8 millóns de euros, seguida por Xerais, con máis de 1,7 millóns, e de Galaxia, que supera lixeiramente os 1,2 millóns. A moita distancia estarían Hércules, Galinova, Nova Galicia, Xerme (delegación de SM en Galicia) ou Rinoceronte. Desta información pódese extraer unha conclusión: entre as catro primeiras editoras só Xerais publica libro educativo, o que significa que xa non se depende tanto do mercado escolar, aínda que loxicamente a literatura infantil e xuvenil si ten unha presenza enorme nese mercado. Isto ten relación coa renovación das políticas do libro de texto” (369).

11 Como dato curioso, cómpre sinalar que na materia de Dereito e Administración Pública en 2011 se publicaron en galego 167 libros; en 2012, 19, en 2013, 8, en 2014, 9, en 2015, 3 e en 2016, 5...

A edición privada supón o 93 % de toda a edición de libros en galego, e a edición pública, un 7 %.

Pola súa parte, a análise cualitativa destes datos destaca os cambios experimentados no ámbito do libro educativo, cambios que tiveron que ver coa crise económica e a redución dos orzamentos de gasto social, pero tamén cos cambios regulatorios experimentados, como os cambios dos currículos educativos e as linguas vehiculares das materias como consecuencia do Decreto 79/2010, do 20 de maio, para o plurilingüismo no ensino non universitario¹², e con cambios experimentados pola expansión da venda en liña: *“hai que salientar a aparición dun novo axente de venda moi forte, que é AMAZON e a súa venda online. Este é o fenómeno máis importante dos últimos anos na cadea de todo o proceso de creación e venda de libros”*¹³.

Todos estes factores fan que o sector do libro galego enfrente graves perigos a medio e longo prazo. O número de lectores e lectoras potenciais estase a reducir significativamente, e as tendencias do mercado camiñan cara á contracción do sector editorial galego.

A pesar de que a incorporación do libro electrónico está moi por debaixo das expectativas (apenas un 8 %), a *Diagnose sinala que a “Administración galega segue erroneamente esta tendencia e intenta dedicar cada vez máis recursos á dixitalización do libro coa crenza de que se trata da nova panacea, pero hoxe en día a meirande parte dos lectores do libro en galego está relacionada co libro impreso e co sistema de lectura nas escolas”*.

No ámbito da compra pública, tamén destaca o feito de que os recursos destinados pola Administración á compra de novidades para a rede de bibliotecas públicas se sitúa na actualidade nos 200.000 €, cando chegou a ser de 800.000 € anuais. Este feito cambiou a fotografía da situación editorial, xa que sobreviviron catro editoras profesionais, mentres que o resto do sector son microempresas que subsisten realizando outras actividades.

A Diagnose sinala que os problemas do sector non se explican apenas desde o punto de vista do escaso nivel de recursos públicos destinados ao seu apoio. A responsabilidade da Administración galega non remata na concesión de recursos, senón tamén, de xeito moi salientable, na falta de sensibilidade político-administrativa respecto do sector: *“Mentres non haxa unha visión de que o libro, igual que a lingua, teñen que ocupar o espazo que merecen na valoración non só da sociedade, da escola, da universidade ou da familia, senón tamén da propia Administración, non haberá solución. Neste senso, a percepción dos profesionais da cultura é que a sensibilidade da Administración debería mellorar se cre nun país cunha cultura propia, cunha lingua propia e cun patrimonio que debería coidarse moito máis”*.

A coherencia da acción político-administrativa desenvolvida desde a Xunta tamén deixa moito que desexar, sinalándose como exemplo o feito de que *“o Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE) non considera as editoras como industria senón como empresas de servizos, e polo tanto non se lles conceden axudas. Porén, ás imprentas si se lles dan axudas e teñen liñas de apoio para a compra de maquinaria, etc. Todas as axudas van dirixidas ao*

12 Di así a *Diagnose*: *“O cambio foi moi importante e está relacionado coa crise económica, coas novas leis que prorrogaron os anos de vixencia das edicións (pasaron de catro a seis), coa chegada e inicio dos bancos de libros de texto nos centros escolares, co cambio das materias que se impartían en lingua galega e agora non, etc.”*. Cfr. p. 370.

13 *Ibidem*.

campo dixital, á dixitalización, e dende a propia administración márcaselles esa dirección ás editoriais como camiño prioritario” (p. 373).

A anterior diagnose do sector regulado, con ser obviamente discutible e mellorable, fornécenos o necesario apoio sobre o coñecemento empírico dispoñible para podermos desenvolver unha valoración dos resultados ou output da Lei 17/2006. Tendo presentes estes datos, o que imos facer a continuación é desenvolver unha avaliación dos instrumentos xurídicos empregados nela.

4 Os tres elementos xurídicos esenciais da lei

Para tal efecto, non imos aquí reiterar ou glosar os contidos desta lei de 36 artigos e sete capítulos, senón que imos centrarnos nos que ao meu entender son os tres elementos esenciais ou estruturantes que configuran a fasquía da lei, cuxo repaso nos permite valorar mellor os seus posteriores rendementos. Eses tres elementos son os seguintes:

- Un intervencionismo autonómico brando perante a complexidade do marco regulatorio das industrias culturais.
- A falta dunha política pública sistemática e integral de desenvolvemento da lei.
- A carencia de instrumentos xurídicos de garantía do gasto en cultura.

4.1 Un intervencionismo autonómico brando perante a complexidade do marco regulatorio das industrias culturais

Estamos perante unha norma de rango legal que aborda a regulación dun sector mixto: un sector cultural dotado dun claro contido económico; ou, dito á inversa, un sector económico –dacabalo entre o industrial e o sector servizos– dotado dun contido cultural.

O carácter mixto deste sector determina a existencia dun intervencionismo público brando, de baixa intensidade, que debe combinar con coidado diversos aspectos ou ingredientes. En efecto, os aspectos identitarios do interese da comunidade autónoma –a conservación dos seus trazos de identidade cultural e lingüística, que conforman a propia razón de ser do seu autogoberno, de conformidade co noso Estatuto de autonomía– deben combinarse e respectar:

- Por unha banda, a natureza económica do sector do libro.
- Por outra, o feito de que o libro ten un significado constitucional vinculado coas liberdades públicas e dereitos relativos á liberdade de expresión, especialmente co trazo do pluralismo que impregna ese significado constitucional.

A regulación deste sector económico característico e moi importante das industrias culturais sitúa a Lei 17/2006 dacabalo entre o mercado e a cultura, con todos os problemas competenciais e substantivos propios destas materias nun Estado tan falsamente descentralizado como o español de 1978. De feito, a Lei 17/2009 partilla non poucos paralelismos coa Lei

Regap



NOTAS

6/1999, do 1 de setembro, do audiovisual de Galicia, tanto en enfoques regulatorios como en solucións técnicas.

Por motivos que teñen que ver coa configuración dada ao bloque da constitucionalidade polo Tribunal Constitucional –unha configuración que deturpou as potencialidades federalizantes do texto constitucional e reforzou as capacidades regulatorias estatais–, as competencias interventoras da comunidade autónoma galega nesta materia aparecen dobremente condicionadas por títulos competenciais estatais xerais do artigo 149.1 e por unha interpretación centralista expansiva do artigo 149.2 CE pola parte do Tribunal Constitucional¹⁴.

Ao abeiro deste artigo 149.2 CE e outros títulos competenciais do Estado, como o réxime alfandegueiro e comercio exterior, bases e coordinación xeral da planificación económica, bibliotecas de titularidade estatal e lexislación sobre propiedade intelectual¹⁵, a Administración xeral do Estado non renunciou a dar unha regulación cuasibásica a tres aspectos do libro (o ISBN e o prezo fixo, o depósito legal¹⁶), cuxa regulación polo Estado vén sendo habitual desde a *Ley de protección al libro español do 18 de decembro de 1946 e a Lei 9/1975, do 12 de marzo, do libro*. Así mesmo, o lexislador central aproveitou para introducir habilitación legal ás competencias executivas estatais sobre o fomento da lectura mediante plans.

Ademais do anterior, non se debe esquecer que, de conformidade coa natureza económica do sector do libro, as súas regulacións administrativas deben respectar os trazos esenciais das políticas comunitarias, moi nomeadamente a prohibición de axudas de Estado ilícitas. Por iso as subvencións ao libro deben ser informadas pola Dirección Xeral da Competencia da Comisión Europea, ao abeiro dos artigos 107 e 108 do TFUE.

Como consecuencia desta configuración das políticas públicas a nivel de Estado, as posibilidades regulatorias dos mercados culturais autonómicos son febles e, en todo caso, pouco seguras.

Porén, é preciso subliñar que mesmo nunha clave xurídica global, hoxe a Convención internacional (UNESCO) sobre a protección e promoción da diversidade das expresións culturais feita en París o 20 de outubro de 2005, ratificada polo Reino de España xusto cando entraba en vigor a Lei 17/2006¹⁷, e por tanto incorporada ao acervo do noso dereito interno desde entón, permite fundamentar con solidez as denominadas “excepcións culturais”, isto é, a adopción de medidas proteccionistas fronte ao funcionamento libre dos mercados¹⁸. Neste sentido, convén lembrar que o artigo 6.1.b) da convención propón como posibles medidas

14 Remítome para máis detalles argumentais á miña achega “Constitución e patrimonio cultural, 40 años después”, Marzal Raga, R. (dir.), *Estudios jurídicos sobre el patrimonio musical*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

15 De conformidade coa disposición derradeira segunda da Lei 10/2007, estatal da lectura, do libro e das bibliotecas, “La presente Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.2 de la Constitución Española, que dispone que, sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las comunidades autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial, y además por los siguientes títulos competenciales:

a) El artículo 8, que se dicta al amparo del artículo 149.1.10.ª.

b) Los artículos 9, 10, 11, 16 y 17, que se dictan al amparo del artículo 149.1.13.ª.

c) El artículo 13, que se dicta al amparo del artículo 149.1.28.ª, y

d) Las disposiciones adicional primera y final primera, que se dictan al amparo del artículo 149.1.9.ª de la Constitución Española.”

16 *Vid.* neste sentido a Lei 23/2011, do 29 de xullo, do depósito legal, que se aproba precisamente ao abeiro da remisión normativa prevista na disposición adicional primeira da Lei 10/2007.

17 Instrumento de ratificación publicado no BOE n. 37, do 12 de febreiro de 2007.

18 Sobre a excepción cultura, *vid.* ARCOS MARTÍN, R., *La lógica de la excepción cultural. Entre la geoeconomía y la diversidad cultural*, Cátedra, Madrid, 2010.

a adoptar polas partes aquelas “(...) que brinden oportunidades, de modo axeitado, ás actividades e os bens e servizos culturais nacionais, entre todas as actividades, bens e servizos culturais dispoñibles dentro do territorio nacional, para a súa creación, produción, distribución, difusión e desfrute, comprendidas disposicións relativas á lingua utilizada para tales actividades, bens e servizos”. Do mesmo xeito, convén lembrar que a Unión Europea tamén ratificou (concretamente, en decembro de 2006) esta convención. A Axenda Europea da Cultura contempla desde 2007 con naturalidade medidas protectoras desta diversidade¹⁹, máis alá dunha lectura ordoliberal estrita da construción do mercado europeo.

Quizais, por exemplo, esta perspectiva podería ser utilizada para volver a un sistema de gratuidade distinto do actual réxime de devindicación de dereitos de autor por préstamo bibliotecario, ou para afianzar unha política de “moderación” da aplicación estrita da nova Lei de contratos do sector público para a compra pública de libros.

En efecto, pola presenza de diversos factores técnicos (o prezo fixo do libro e a posibilidade de desconto de ata un 15 %, a paulatina rixidez dos contratos menores, etc.) a Lei 9/2017 pode provocar unha concentración da compra pública de libros nas grandes distribuidoras internacionais, en detrimento das editoras e distribuidoras locais, polo que se impón unha política estratéxica que vele polo mantemento das pemes que traballan neste sector cultural²⁰.

4.2 A falta dunha política pública sistemática e integral de desenvolvemento da lei

A acción do Goberno durante a lexislatura 2005-2009 non foi neste ámbito –tampouco noutros– todo o coherente que debería ter sido. Para exemplificar esta autocrítica, abonda con sinalar catro debilidades:

– A primeira, a ausencia de integración das políticas do libro no ámbito de actuación da Agadic, a Axencia Galega das Industrias Culturais creada mediante a Lei 4/2008, do 23 de maio²¹.

19 Vid. a Resolución do 16 de novembro de 2007, relativa a unha Axenda Europea para a Cultura, DOUE C 287/1, do 29 de novembro de 2007. As accións prioritarias son:

- Mellorar as condicións para a mobilidade de artistas e outros profesionais do ámbito cultural,
- Promover o acceso á cultura, en particular mediante a promoción do patrimonio cultural, o multilingüismo, a dixitalización, o turismo cultural, as sinerxias coa educación, especialmente a educación artística, e unha maior mobilidade das coleccións,
- Desenvolver datos, estatísticas e metodoloxías no sector cultural e mellorar a súa comparabilidade,
- Aproveitar ao máximo o potencial das industrias culturais e creativas, en especial o das pemes,
- Promover e aplicar a Convención da Unesco sobre a Protección e Promoción da Diversidade das expresións Culturais”.

20 Velaí está o caso do Acordo Marco da Biblioteca Central da Universidade de Sevilla, que licitou en 2017 por 4 anos a subministración de libros por un importe de 2.298.723 €, resultando adxudicatarias un total de 21 PEMES. Pode accederse á adxudicación deste expediente no seguinte enlace: <http://www.boe.es/boe/dias/2018/06/30/pdfs/BOE-B-2018-35581.pdf>. Un caso interesante sobre as peculiaridades destas licitacións de subministración de libros foi o resolto pola Resolución n. 531/2017, do 16 de xuño, do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais. Vid. tamén a entrada de MORENO MOLINA, J.A., “Adquisiciones de libros científicos excluídas da LCSP 2017”, *Observatorio de Contratación Pública*, 26 de marzo de 2018.

21 Segundo o artigo 3 da Lei 4/2008, a Agadic ten por obxecto o impulso e a consolidación do tecido empresarial no sector cultural galego, cooperando na chegada de factores produtivos, no fomento da oferta de bens e servizos e na asignación de ingresos suficientes e estables. O artigo 3.2 define, para os efectos desta lei, que son empresas culturais privadas “as organizacións constituídas baixo calquera das formas mercantís recoñecidas pola lexislación vixente que se dediquen con carácter principal á produción, distribución ou comercialización de produtos culturais incorporados en calquera clase de soporte, de espectáculos en vivo e de factores de produción exclusivamente destinados ao mercado cultural”. Con todo, pode sinalarse no noso descargo que no ámbito da Administración xeral do Estado, dentro da Dirección General de Industrias Culturales y del Libro, o libro, a lectura “y las letras españolas” teñen unha subdirección, e as industrias culturais e o mecenado, outra.

– A segunda, a ausencia de integración da Lei do libro e os programas de gratuidade dos libros do ensino, que viña desenvolvendo a Consellería de Educación desde 2003.

– A terceira, a falta de coordinación entre a Lei 17/2006 e a posterior Lei 5/2012, de bibliotecas, lei especial posterior que substitúe os preceptos da lei que estamos a analizar referidos ás bibliotecas (por exemplo, o 22, fomento da lectura nas bibliotecas). A Lei estatal 10/2007 optou por integrar todos estes aspectos nun único corpo legal.

– A cuarta, a ausencia dunha política tributaria (IVE, incentivos ao mecenado, imposto de sociedades) que fose quen de contrarrestar o excesivo peso da acción pública de fomento, así como unha maior densidade normativa de aspectos como a compra pública de libros ou o contrato de esponsorización editorial.

Por suposto, estas eivas de falta de acción pública integral incrementáronse co paso do tempo, e non pode dicirse que mellorasen moito nos tres gobernos autonómicos galegos apoiados cunha ampla maioría absoluta do Partido Popular.

Támén cabe sinalar que as políticas propias do Ministerio de Educación, Cultura e Deporte sobre promoción do libro e da lectura promoven activamente a duplicidade da acción pública, á parte de non ser excesivamente beneficiosas para o libro escrito noutras linguas peninsulares cooficiais. É sintomático que na concesión de axudas a entidades sen ánimo de lucro que promoven a industria editorial resoltas en novembro de 2017 non haxa ningún beneficiario galego. Na concesión de axudas á edición de libros de 2017, só hai unha subvención concedida (a Galaxia). Na liña de subvencións para a promoción da lectura e as letras españolas de 2017, tampouco hai ningún beneficiario galego. Pola súa parte, o *Plan de Fomento de la Lectura 2017-2020 non contén ningunha mención ou medida destinada á diversidade lingüística do libro en España*.

4.3 A carencia de instrumentos xurídicos de garantía do gasto en cultura

O éxito da Lei 17/2006 dependía en boa medida do compromiso económico-orzamentario da Xunta de Galicia coas distintas medidas programáticas destinadas á promoción, fomento e planificación do libro e o seu sector: axudas específicas aos distintos axentes do libro: creadores e creadoras (artigo 5), tradutores e tradutoras (artigo 6), editoras (artigo 7), edición universitaria (artigo 8.5)²², sector das artes gráficas e reprodución de soportes (artigo 9), as distribuidoras (artigo 10), as librarías (artigo 11), os clubs do libro (artigo 12), as bibliotecas (artigo 13)²³ e os lectores e lectoras (artigo 14).

Ademais de recoñecer o sector editorial como estratéxico, o artigo 4.1 da lei ordénalle á Xunta de Galicia que elabore e aprobe plans e programas de actuación, anuais ou plurianuais, con dotación orzamentaria adecuada. Os resultados e a avaliación deberían ter que presentarse bienalmente no Parlamento.

22 “A Xunta de Galicia promoverá unha liña específica de axudas de carácter anual ou bienal para potenciar a edición universitaria en lingua galega realizada polos servizos centrais de publicacións das universidades galegas sostidas con fondos públicos en colaboración cos editores privados establecidos en Galicia”.

23 Téñase en conta que a Lei 5/2012, do 15 de xuño, de bibliotecas de Galicia, como lei especial posterior substitúe os preceptos da lei que estamos a analizar referidos ás bibliotecas (por exemplo, o 22, fomento da lectura nas bibliotecas).

Porén, estas obrigas e compromisos non aparecían apoiados por mecanismos concretos técnicos de garantía. Nin se reservaban porcentaxes concretas de orzamento anual ou plurianual para o sector, nin se prevían accións concretas subxectivas de tutela, como as que poden existir no ámbito do dereito local²⁴. En canto que o seu contido xiraba arredor destas normas programáticas, coincido con José María Baño León en denominar este tipo de leis como “*leyes promesa*”, que escenifican “*más ante el sector del libro que ante los ciudadanos, la preocupación del Estado por ayudar al mundo editorial en su conjunto*”²⁵.

Coido que esta é unha eiva sobre a que convén traballar. Cómpre avanzarmos na introdución de regras xurídicas que garantan a prevalencia normativa das garantías de limiares de gasto contidos nas leis sectoriais de desenvolvemento de dereitos culturais sobre a actividade orzamentaria do executivo (ou mesmo da súa tradución na Lei anual de orzamentos). Malia ser un desafío politicamente difícil, desde o punto de vista técnico é perfectamente asumible, como ten demostrado Juli Ponce Solé²⁶.

De cara ao futuro, os tres puntos xurídicos comentados son unha referencia útil para guiar as liñas de forza dunha eventual reforma desta lei.

Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C. A., “El derecho de acceso a la cultura en España: diagnóstico y propuestas de estrategia jurídica”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, 2014.
- AMOEDO SOUTO, C. A., “La Ley 5/2016, de 4 de mayo, de patrimonio cultural de Galicia: una ley de baja calidad para un nuevo ciclo de desarrollismo”, *Patrimonio cultural y Derecho*, n. 21, 2017.
- AMOEDO SOUTO, C. A., “Constitución y patrimonio cultural, 40 años después”, Marzal Raga, R. (dir.), *Estudios jurídicos sobre el patrimonio musical*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- ARCOS MARTÍN, R., *La lógica de la excepción cultural. Entre la geoeconomía y la diversidad cultural*, Cátedra, Madrid, 2010.
- BAÑO LEÓN, J. M., “La promoción de los autores y la industria del libro en la Ley 10/2007”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Comentarios a la Ley de la lectura, del libro y las bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008.
- MORENO MOLINA, J. A., “Adquisiciones de libros científicos excluidas de la LCSP 2017”, *Observatorio de Contratación Pública*, 26 de marzo do 2018.

24 Vid. o artigo 170 da Lei de facendas locais, que permite que os particulares presenten reclamacións contra o orzamento municipal por omisión do crédito necesario para o cumprimento de obrigas exixibles á entidade local, en virtude de precepto legal ou de calquera outro título.

25 Cfr. BAÑO LEÓN, J.M., “La promoción de los autores y la industria del libro en la Ley 10/2007”, Muñoz Machado, S. (dir.) *Comentarios a la Ley de la lectura, del libro y las bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008, p. 106.

26 Vid. PONCE SOLÉ, J., *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos: las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013.

PONCE SOLÉ, J., *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos: las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013.

Novidades laborais da Lei de contratos do sector público

Novedades laborales de la Ley de contratos del sector público

Labor developments of the Public Procurement Law

56
Regap

ADRIÁN TODOLÍ SIGNES

Profesor axudante doutor
Dep. Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Valencia
adrian.todoli@uv.es

Recibido: 17/09/2018 | Aceptado: 20/12/2018

Regap



NOTAS

Resumo: Este traballo ten como obxecto a presentación e unha análise superficial das principais novidades sociais ou de carácter laboral da Lei de contratos do sector público aprobada en novembro de 2017. Con iso, analízase a subrogación dos traballadores en caso de reversión de contratos públicas desde a perspectiva da subrogación legal, convencional e voluntaria. Pola súa banda, tamén se estuda a posibilidade de incorporar cláusulas sociais de materia laboral e social no prego de condicións das contratas.

Palabras clave: Cláusulas sociais, subrogación de traballadores, reversión de servizos públicos, contratación pública.

Resumen: Este trabajo tiene como objeto la presentación y un análisis somero de las principales novedades sociales o de carácter laboral de la Ley de contratos del sector público aprobada en noviembre de 2017. Con ello, se analiza la subrogación de los trabajadores en caso de reversión de contratos públicas desde la perspectiva de la subrogación legal, convencional y voluntaria. Por su parte, también se estudia la posibilidad de incorporar cláusulas sociales de materia laboral y social en el pliego de condiciones de las contratas.

Palabras clave: Cláusulas sociales, subrogación de trabajadores, reversión de servicios públicos, contratación pública.

Abstract: The present work has as objective the presentation and a brief analysis of the main social and labor innovations of the Law of Public Procurement approved last November. With this, the subrogation of workers is analysed in case of reversion of public contracts from the perspective of legal, conventional and voluntary subrogation. On the other hand, the possibility of incorporating social clauses of labor and social matter into the specifications of the contracts was also studied.

Key words: Social clauses, worker subrogation, reversion of public services, public procurement.

Sumario: 1 Obxectivos en materia laboral da Lei de contratos do sector público. 2 A subrogación do persoal tras a finalización da contrata. 2.1 Prohibición de asunción do cadro de persoal? 2.1.1 Subrogación legal. 2.1.2 Subrogación convencional. 2.1.3 Subrogación voluntaria. 3 Cláusulas sociais. 3.1 Condicións sociais obrigatorias. 3.2 Cláusulas sociais nos criterios de adxudicación.

1 Obxectivos en materia laboral da Lei de contratos do sector público

A Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP), pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014, introduce cambios substanciais que superan amplamente a mera transposición. As ditas novidades afectan en boa medida, máis do que cabería esperar dunha norma de eminente carácter administrativo, a cuestións laborais. Esta incidencia sociolaboral é resultado inmediato dos requirimentos establecidos nas directivas traspostas, as cales veñen impregnadas á súa vez pola actual Estratexia Europa 2020 da Unión Europea, que impulsa os poderes públicos a exercer, no desenvolvemento da súa actividade ordinaria, un estímulo a un modelo de crecemento “intelixente, sustentable e integrador” que incorpore necesariamente aspectos sociais. Neste sentido, moitas das novidades sociolaborais da nova normativa xiran arredor da idea de potenciar as posibilidades do sector público de perseguir o interese xeral non soamente nas súas funcións como poderes públicos como tales, senón tamén na súa actividade como axente económico no mercado –é dicir, cando contrata co sector privado–.

Concretamente, no artigo primeiro da lei dise que “en toda contratación pública se incorporarán de xeito transversal e preceptivo criterios sociais e ambientais sempre que garde relación co obxecto do contrato, na convicción de que a súa inclusión proporciona unha mellor relación calidade-prezo na prestación contractual, así como unha maior e mellor eficiencia na utilización dos fondos públicos. Igualmente, facilitarase o acceso á contratación pública das pequenas e medianas empresas, así como das empresas de economía social”. Este primeiro artigo é concretado ao longo do texto da lei, ben sexa impondo obrigas para os órganos de contratación (artigo 202 LCSP), ben sexa ampliando as posibilidades dos órganos de contratación de estableceren obrigas sociais, laborais ou ambientais ás empresas contratistas (artigo 145 LCSP), ou ben sexa establecendo posibilidades de control –e posibilidades de resolución contractual– por parte do órgano de contratación de asegurar o cumprimento destas normativas por parte dos adxudicatarios do concurso (211.1 i)).

En resumidas contas, as novidades en materia laboral poden agruparse en dous grandes grupos; i) por unha parte, en materia de subrogación do persoal acabada unha contrata; ii) cláusulas sociais como criterio de adxudicación ou como obriga durante a execución do contrato.

2 A subrogación do persoal tras a finalización da contrata

2.1 Prohibición de asunción do cadro de persoal?

Un dos problemas que presenta a contratación administrativa de servizos é a posibilidade de que, tras a finalización desa contratación –por secuestro, resolución anticipada por incumprimento do prego por parte do contratista ou por remate do prazo–, a Administración asuma a xestión dos ditos servizos. Neste caso, o cadro de persoal da mercantil privada podería ter dereito a continuar nas súas funcións, tendo o sector público obriga de subrogarse nos contratos dos traballadores.

En efecto, a Directiva 2001/23/CE, do 12 de marzo, e o artigo 44 ET obrigan á subrogación dos contratos cando na asunción da actividade por parte da Administración hai tamén unha transmisión dun “conxunto de medios organizados” en favor da Administración¹. Pois ben, sobre esta cuestión inciden varios artigos da nova normativa, aclarando algunhas dúbidas xurdidas recentemente, á vez que a nova normativa suscita dúbidas sobre cuestións ata agora pacíficas.

2.1.1 Subrogación legal

A primeira das cuestións xurdidas consiste en coñecer se, en caso de que os orzamentos de feito do artigo 44 ET se formulen nunha reversión de contratos, o sector público deberá asumir o cadro de persoal do previo mercantil. Esta obriga de sucesión era relativamente pacífica ata a aprobación das disposicións adicionais 26.^a e 34.^a da Lei 3/2017, do 27 de xuño, de orzamentos xerais do Estado para 2017, as cales parecen, seguindo unha interpretación literal, impedir a asunción do cadro de persoal por parte das administracións públicas tras unha reversión de servizos públicos². Pois ben, aquí é onde a nova normativa de contratos do sector público parece aclarar esta cuestión, volvendo á situación inicial na cal, en caso de que se cumpran os requisitos do artigo 44 ET (transmisión de empresa), o sector público deberá asumir o cadro de persoal. No sentido seguinte:

O artigo 308.2-II LCSP establece: “No momento da extinción dos contratos de servizos, non poderá producirse en ningún caso a consolidación das persoas que realizasen os traballos obxecto do contrato como persoal da entidade contratante. Para tal fin, os empregados ou responsables da Administración deben absterse de realizar actos que impliquen o exercicio de facultades que, como parte da relación xurídico-laboral, lle corresponden á empresa contratista”. Na súa literalidade esta normativa podería recordarnos a DA 26 da Lei de orzamentos de 2017, que impide a subrogación do persoal. Non obstante, o inciso seguido, no cal a norma compele os responsables da Administración a non realizaren determinadas condutas que deriven o exercicio de facultades correspondentes ao contratista como titular da relación laboral, indícanos que o precepto fai referencia a unha eventual declaración de cesión ilegal, coa consecuente adquisición da condición de indefinido non fixo por parte dos afectados. Isto é o que pretende evitar esta normativa. Así pois, isto enlazaría co establecido na DA 34.^a LOXE-2017, a cal pretende, unha vez máis, impedir que se dean situacións de contratación temporal irregular ou de cesión ilegal.

En calquera caso, como sinalou a doutrina máis autorizada, estes preceptos sitúanse no plano da responsabilidade dos suxeitos que toman esas decisións e sen que poida impedir os efectos laborais que tales decisións vaian provocar. É dicir, o artigo 308.2 LCSP e a DA 34 LOXE-2017 establecen obrigas sobre os apoderados administrativos cuxo incumprimento poderá derivar en responsabilidades. Non obstante, en caso de que, malia esta normativa, se

1 Por todas, STXUE do 20 de xaneiro de 2011 (C-463/09). E iso con independencia de que eses medios fosen en primeiro lugar da propia Administración, STXUE do 26 de novembro de 2015 C-509/14, asunto ADIF/ALGEPOSA.

2 En calquera caso, malia a súa literalidade, a maioría da doutrina mostrábase en contra de que este precepto puidese evitar unha subrogación legal. Ver ALFONSO MELLADO, C.L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público)”, *Revista de Derecho Social*, n. 73, 2016, pp. 37 e 38; DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, n. 17, 2016, p. 5; GOERLICH PESET, J.M., e NORES TORRES, L.E., “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)”, *Trabajo y Derecho*, n. 42, 2018.

produzan fraudes na contratación laboral, esta norma non impedirá a aplicación da normativa laboral ao respecto e, se é o caso, a conversión en indefinido non fixo dos traballadores³.

Por outra banda, o artigo 130 LCSP parece derrogar a DA 26 da Lei de orzamentos-2017, establecendo unha solución distinta en materia de subrogación de traballadores en caso de sucesión de empresas a favor dunha Administración. En efecto, o artigo 130.3 LCSP establece que, “en caso de que unha Administración pública decida prestar directamente un servizo que ata a data viña sendo prestado por un operador económico, estará obrigada á subrogación do persoal que o prestaba se así o establece unha norma legal, un convenio colectivo ou un acordo de negociación colectiva de eficacia xeral”. Desta forma, en coherencia coa normativa europea e a normativa laboral, este artigo ve con normalidade a subrogación de traballadores sempre que se cumpran os requisitos do artigo 44 ET para iso (“se así o establece unha norma legal”).

Así pois, esta normativa, a diferenza da DA 26 da Lei de orzamentos-2017, non require, para a aplicación das consecuencias xurídicas dunha transmisión de empresa no ámbito da revisión de servizos, ningún límite procedemental nin tampouco exige sentenza xudicial nin proceso previo selectivo adaptados ás exigencias dos principios de mérito e capacidade⁴, como tampouco o exige a normativa comunitaria e laboral.

Sumado a todo iso, recentemente, o Tribunal Constitucional, na Sentenza 122/2018, do 31 de outubro, declarou inconstitucional, aínda que por razóns formais, parte da DA 26 e da DA 34 da LOXE-2017, precisamente naquela parte que lle impedía á Administración asumir como indefinidos non fixos os traballadores subrogados, derivado do artigo 44 ET, tras unha reversión de servizos públicos.

2.1.2 Subrogación convencional

Nesta segunda cuestión xurdiron dúbidas que antes non existían por ser pacífica a xurisprudencia do Tribunal Supremo. Estase a facer referencia á posibilidade de que os convenios colectivos obriguen as AAPP a asumir os traballadores tras unha reversión cando non se dan os requisitos do artigo 44 ET. É dicir, cando non houbo transmisión de medios organizados da mercantil saínte a favor da Administración entrante. Pois ben, neste caso non se pode falar de obriga de subrogación de traballadores de orixe legal, xa que non se está ante o suposto do artigo 44 ET. No entanto, é pacífico na doutrina laboralista aceptar a posibilidade de que os convenios colectivos obriguen unha empresa a asumir o persoal da empresa saínte dunha contrata se así o dispón o convenio colectivo que é de aplicación. E iso segue sendo pacífico cando son dúas empresas privadas as implicadas. A dúbida historicamente xurdiu cando a receptora é unha Administración pública.

Pois ben, neste último caso, varios pronunciamentos do Tribunal Supremo establecen que non é posible a subrogación convencional nunha Administración pública. Para chegar á dita conclusión, aplica a doutrina da non afectación dunha norma colectiva respecto a suxeitos non integrados no seu ámbito de aplicación ex artigo 82.3 ET. Isto é, dado que a Administración

3 GOERLICH PESET, J.M., e NORES TORRES, L.E., “Aspectos laborales de la reversión de contrataciones y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)”, cit., pp. 13 e 14.

4 GOERLICH PESET, J.M., e NORES TORRES, L.E., “Aspectos laborales de la reversión de contrataciones y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (II)”, *Trabajo y Derecho*, n. 43-44, 2018, pp. 111 e ss.

non negocia o convenio colectivo –nin forma parte das asociacións empresariais que os negocia–, non estaba obrigada nin vinculada polo que diga o convenio⁵.

Non obstante, na actualidade xorden algunhas dúbidas, dado que o artigo 130.3 LCSP fai referencia a “norma legal, un convenio colectivo ou un acordo de negociación colectiva de eficacia xeral”.

Así pois, caben dúas posibles interpretacións ante a referencia ao convenio colectivo como habilitante dunha subrogación de persoal ao rematar unha contrata.

Por unha parte, dado que fai alusión a “convenio colectivo”, sería posible entender que se refire aos convenios colectivos de sector, o que derrogaría *de facto* a xurisprudencia que se vén comentando.

Por outra banda, pódese entender que a chamada ao convenio colectivo se refira realmente ao “convenio colectivo aplicable”. E, polo tanto, a doutrina do Tribunal Supremo seguiría totalmente vixente, impedindo que un convenio de sector lle poida impor unha sucesión convencional a unha Administración.

Na miña opinión, a interpretación que máis probabilidades ten de consolidarse é a segunda, por dúas razóns: i) A primeira é que, a pesar de que non di “convenio colectivo aplicable”, unha interpretación lóxica lévanos alí; ii) a segunda é que, se o lexislador tivese querido romper cun dos piares básicos da negociación colectiva, como é o principio de correspondencia do artigo 82.3 ET, o diría de forma contundente. É dicir, que a falta dun adxectivo non parece que sexa suficiente para que se dea por morto o principio de correspondencia na Administración.

Non obstante, que a segunda interpretación sexa a que probablemente prevaleza non quere dicir que non teña utilidade este artigo 130 LCSP, e é que aclara algo no que antes había dúbidas. En efecto, parece que a normativa, cando nomea os convenios colectivos, está a facer referencia aos negociados entre administracións e sindicatos da Administración pública conforme o artigo 38 do EBEP⁶. Así pois, se este tipo de acordos colectivos recollen obrigas de subrogación, esta deberá ser cumprida polas administracións.

É máis, dada a mención legal a “un acordo de negociación colectiva de eficacia xeral”, sería posible que na subrogación convencional se pactase, vía 83.3 ET, un acordo interprofesional ao respecto suscrito por sindicatos lexitimados no ámbito respectivo e a federación de municipios⁷. Polo tanto, co artigo 130.3 LCSP ábrese a posibilidade de que en convenios ou acordos coa Administración se estableza a subrogación convencional en caso de reversión dunha contrata pública a favor dunha Administración.

5 Así se resolveu mesmo para actividades que previamente foron privatizadas (STS do 11 de xullo de 2011 ou do 19 de maio de 2015). Cabe dicir que na STS do 17 de xuño de 2011 o dito tribunal aceptou a aplicación dun convenio de sector a un concello que non dispuña de convenio propio en materia de condicións laborais; non obstante, o propio tribunal aclarou que esta aplicación do convenio non era en materia de subrogación, senón só de condicións laborais.

6 Así parece derivar tamén da tramitación parlamentaria e da motivación das emendas aprobadas. Ver GOERLICH PESET, J.M., e NORES TORRES, L.E., “Aspectos laborales de la reversión de contratas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (II)”, cit., p. 112 (nota 32).

7 En Cataluña xa hai un exemplo co Acordo común das condicións para empregados públicos de entes locais de menos de 20.000 habitantes.

2.1.3 Subrogación voluntaria

A asunción voluntaria do cadro de persoal por parte da Administración –sen que exista obriga legal nin convencional– adoita ser o suposto máis típico, dado que resulta a situación máis cómoda para a Administración pública correspondente. Efectivamente, esta subrogación decidida de xeito unilateral pola Administración permitirá a continuidade ininterrompida do servizo, á vez que calmará as protestas dos traballadores que, noutro caso, quedarían sen o seu posto de traballo e moi probablemente sen emprego. Non obstante, esta parece a solución máis complicada de abordar legalmente. En efecto, o artigo 130 LCSP, cando enumera as posibilidades de subrogación do cadro de persoal, non expón a asunción voluntaria como unha delas. Do mesmo xeito, o artigo 308 LCSP expresamente impídelles aos responsables das administracións realizar accións que impliquen a consolidación do cadro de persoal unha vez rematada a contrata.

Así pois, parece que o único xeito de que a vontade da Administración permita a subrogación do cadro de persoal será se se pactou cos sindicatos lexitimados a través dun convenio colectivo ou acordo de eficacia xeral.

3 Cláusulas sociais

O propio preámbulo da norma aquí glosada establece como un dos dous obxectivos principais obter unha mellor relación calidade-prezo na contratación, especialmente a través da inclusión de aspectos cuantitativos, ambientais e sociais ao obxecto do contrato público. Así pois, en coherencia con estas declaracións, o articulado da norma esténdese concretando en que medida se terán en conta estes criterios sociais en materia de contratación. E faino de dúas formas; i) primeiro, establecendo requisitos sociais de obrigatorio cumprimento, isto é, non dispositivos para os órganos de contratación; ii) segundo, establecendo listas de posibles cláusulas sociais que os órganos de contratación poden fixar, se o desexan, nos pregos como criterios de adxudicación.

3.1 Condicións sociais obrigatorias

Neste grupo incluíriase o artigo 149.4 LCSP, que establece a obriga de rexeitar as ofertas se se comproba que son anormalmente baixas porque vulneran a normativa sobre subcontratación ou non cumpren as obrigas aplicables en materia social ou laboral, nacional ou internacional, incluíndo o incumprimento dos convenios colectivos sectoriais vixentes.

Esta obriga non é potestativa para os órganos de contratación, os cales están obrigados a rexeitar propostas económicas que baseen a súa oferta económica máis vantaxosa en ter unhas condicións laborais para os seus traballadores menos favorables que o establecido no convenio sectorial vixente.

Inmediatamente, aquí xorde esta pregunta: Que acontece coa prioridade aplicativa do convenio de empresa (artigo 84.2 ET) ou a non-aplicación do convenio colectivo (artigo 82.3 ET)? Ambos os dous mecanismos están permitidos polo Estatuto dos traballadores e confírenlle á empresa a posibilidade legal de establecer condicións laborais inferiores ao convenio.

Pois ben, ante este conflito de normas, haberá que entender que a prioridade aplicativa do convenio de empresa e a non-aplicación do convenio colectivo, malia seren mecanismos vixentes e legais, son incompatibles co acceso á contratación pública. Isto é, parece que o lexislador lles quixo impedir o acceso á contratación pública a aquelas empresas que usen estes mecanismos se o fan para aproveitarse de condicións laborais por debaixo do establecido no convenio de sector.

As razóns que xustifican esta decisión lexislativa poden ser varias. A primeira sería para evitar a conflitividade, dado que unha empresa co convenio non-aplicado, normalmente, será máis propensa ao conflito. En segundo lugar, do mesmo xeito, unha empresa cuxo convenio de empresa paga salarios máis baixos que os do sector pode ter, loxicamente, unha maior rotación dos traballadores –que se irán a outras empresas do sector porque pagan mellor–. Este aumento na rotación dos traballadores pode reducir a calidade do servizo público prestado.

En terceiro lugar, ademais da calidade na prestación, pode haber motivos de promoción do convenio sectorial, é dicir, a pesar de que exista unha prioridade aplicativa do convenio de empresa que se estableceu nun momento determinado de crise económica, é posible que agora o lexislador, pouco a pouco, queira facer rexurdir, ou devolver ao seu lugar, ao convenio de sector e empece facéndoo coas empresas coas cales a Administración contrata.

Sexa o motivo que sexa, do que cabe menos dúbidas é de que ese foi o desexo do lexislador, xa que en tres ocasións, a través de tres emendas no Senado, se intentou suprimir o termo “sectoriais” para deixar unicamente “aplicables”, e as tres emendas decaeron. É dicir, intentouse suprimir a referencia ao convenio sectorial e esta proposta decaeu.

Ademais, o artigo 122 LCSP volve repetir a mesma idea, ao establecer que no prego de condicións se deberá indicar a obriga do adxudicatario de cumprir as condicións salariais dos traballadores conforme o convenio colectivo sectorial de aplicación.

Polo tanto, en conclusión, a lei impide utilizar un convenio de empresa que rebaixe os salarios do sector ou a non-aplicación do convenio, tanto na oferta económica realizada como durante toda a duración da contrata⁸.

De feito, neste sentido, o artigo 211 LCSP establece que os incumprimentos reiterados no pagamento ou na aplicación de condicións salariais inferiores ás derivadas do convenio colectivo será causa de resolución.

Aquí, a norma non fala de convenios colectivos sectoriais, pero parece que fai referencia á obriga do artigo 122 LCSP, que si fala de convenios colectivos sectoriais. É dicir, este mecanismo do artigo 201 no fondo é un mecanismo de control do cumprimento das obrigas; polo tanto, tería pouco sentido que estivese a facer referencia a outras obrigas distintas que as nomeadas anteriormente no propio texto normativo da Lei de contratos do sector público.

8 No mesmo sentido, GALLEGO CÓRCOLES, I., “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentos Administrativos*, n. 4, 2017, p. 108, e MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L., “Principales aspectos sociolaborales de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, *Trabajo y Derecho*, n. 37, 2018. En contra, VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 417, 2017, e MARTÍNEZ SALDAÑA, D., e CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “Cláusulas sociales, subrogación y otras cuestiones laborales en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n. 47, 2017.

Porén, a maior novidade de carácter non dispositivo para os órganos de contratación é a obriga de establecer no prego de cláusulas administrativas particulares polo menos unha das condicións especiais de execución de carácter social ou ambiental. Concretamente, das de carácter social ou relativas ao emprego poderán introducirse, entre outras, con algunha das seguintes finalidades: facer efectivos os dereitos recoñecidos na Convención das Nacións Unidas sobre os dereitos das persoas con discapacidade; contratar un número de persoas con discapacidade superior ao que exige a lexislación nacional; promover o emprego de persoas con especiais dificultades de inserción no mercado laboral, en particular das persoas con discapacidade ou en situación ou risco de exclusión social a través de empresas de inserción; eliminar as desigualdades entre o home e a muller no dito mercado, favorecendo a aplicación de medidas que fomenten a igualdade entre mulleres e homes no traballo; favorecer a maior participación da muller no mercado laboral e a conciliación do traballo e a vida familiar; combater o paro, en particular o xuvenil, o que afecta ás mulleres e o de longa duración; favorecer a formación no lugar de traballo; garantir a seguridade e a protección da saúde no lugar de traballo e o cumprimento dos convenios colectivos sectoriais e territoriais aplicables; medidas para previr a sinistralidade laboral; outras finalidades que se establezan con referencia á estratexia coordinada para o emprego, definida no artigo 145 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea; ou garantir o respecto aos dereitos laborais básicos ao longo da cadea de produción mediante a exigencia do cumprimento das convencións fundamentais da Organización Internacional do Traballo, incluídas as consideracións que busquen favorecer os pequenos produtores de países en desenvolvemento, cos que se manteñen relacións comerciais que lles son favorables, tales como o pagamento dun prezo mínimo e unha prima aos produtores ou unha maior transparencia e trazabilidade de toda a cadea comercial.

Cabe dicir que, malia que unha destas cláusulas é de inclusión obrigatoria, a marxe de elección para o órgano administrativo que redacta os pregos é relativamente ampla. En calquera caso, tal como establece o artigo 202.1 LCSP, o órgano administrativo pode establecer, de forma dispositiva, máis dunha condición especial de execución do contrato sempre que estean vinculadas ao obxecto do contrato. Iso significa que a listaxe que se acaba de nomear poderá ser utilizada para engadir máis condicións especiais de execución se o órgano administrativo competente así o entende oportuno, sendo ademais esta listaxe aberta, polo que caberían outras condicións especiais de execución de carácter social non incluídas nesa listaxe sempre que estivesen relacionadas co obxecto do contrato.

3.2 Cláusulas sociais nos criterios de adxudicación

Respecto aos criterios de adxudicación, existe unha gran marxe de discrecionalidade para o órgano administrativo, dado que o artigo 145.2 deixa en mans dese órgano o establecemento ou non de criterios sociais para avaliar a relación calidade-prezo da oferta. Non obstante, co novo articulado da lei parece quedar extinta a tradicional xurisprudencia que viña anulando os criterios de adxudicación que fosen distintos ao prezo da contrata e que rexeitaba calquera vinculación entre a calidade dos servizos obtidos da contrata pública coa calidade do emprego na contratista⁹.

⁹ Como exemplo desta doutrina, véxase a STSX (Contencioso-Administrativo) de Madrid do 7 de xullo de 2017 (Rec. 318/2016), a cal anula unha cláusula dun prego de condicións no marco dunha contrata pública onde se establecían 15 puntos a aquelas empresas que se comprometesen a aplicar o convenio estatal para os seus traballadores. No marco da licitación para a adxudicación do contrato para

En fin, na actualidade os pregos de condicións poderán conter criterios de adxudicación relacionados coas seguintes finalidades (artigo 145.2.1.º): fomento da integración social de persoas con discapacidade, persoas desfavorecidas ou membros de grupos vulnerables entre as persoas asignadas á execución do contrato e, en xeral, a inserción sociolaboral de persoas con discapacidade ou en situación ou risco de exclusión social; subcontratación con centros especiais de emprego ou empresas de inserción; plans de igualdade de xénero que se apliquen na execución do contrato e, en xeral, a igualdade entre mulleres e homes; o fomento da contratación feminina; conciliación da vida laboral, persoal e familiar; mellora das condicións laborais e salariais; estabilidade no emprego; contratación dun maior número de persoas para a execución do contrato; formación e a protección da saúde e a seguridade no traballo; aplicación de criterios éticos e de responsabilidade social á prestación contractual; ou criterios referidos á subministración ou á utilización de produtos baseados nun comercio equitativo durante a execución do contrato.

Bibliografía

ALFONSO MELLADO, C. L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público)”, *Revista de Derecho Social*, n. 73, 2016.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, n. 17, 2016.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentos Administrativos*, n. 4, 2017.

GOERLICH PESET, J. M., e NORES TORRES, L. E., “Aspectos laborales de la reversión de contratas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)”, *Trabajo y Derecho*, n. 42, 2018.

GOERLICH PESET, J. M., e NORES TORRES, L. E., “Aspectos laborales de la reversión de contratas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (II)”, *Trabajo y Derecho*, n. 43-44, 2018.

MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L., “Principales aspectos sociolaborales de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, *Trabajo y Derecho*, n. 37, 2018.

MARTÍNEZ SALDAÑA, D., e CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “Cláusulas sociales, subrogación y otras cuestiones laborales en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n. 47, 2017.

VALLECILLO GÁMEZ, M. R., “Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de contratos del sector público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 417, 2017.

a protección e seguridade de edificios do distrito de Chamartín, convocado polo Concello de Madrid, fíxose como criterio no prego de condicións a concesión de 15 puntos ás empresas que se comprometesen a aplicarles aos vixilantes de seguridade o Convenio colectivo estatal. Pois ben, a sentenza aludida anula este criterio por entender que non está directamente vinculado co obxecto do contrato nin supón unha maior calidade na execución dos servizos, ademais de supor unha “inxerencia intolerable no eido da regulación salarial”. Véxase unha crítica a esta doutrina anterior á Lei de contratos do sector público en <https://adriantodoli.com/2017/10/19/las-clausulas-sociales-en-los-pliegos-de-condiciones-ya-no-están-permitidas/>

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Maxistrado (Galicia, España)
f.cominges@poderjudicial.es

Recibido: 18/12/2018 | Aceptado: 20/12/2018

Regap



NOTAS

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Área metropolitana de Vigo. Suspensión cautelar da súa constitución por falta de integración efectiva do transporte urbano de Vigo no Plan de Transporte Metropolitano de Galicia. 1.2 Execución forzosa en vía administrativa do crédito que un concello posúe fronte a outro, mediante a vía da retención das transferencias por participación en tributos do Estado. 1.3 Provisión de xefaturas de servizo mediante o sistema de “concurso específico”. Omisión de informe do interventor municipal. 1.4 Disolución de organismos autónomos municipais. Integración do seu persoal na estrutura xeral do concello, sen necesidade de superar un procedemento selectivo de concorrencia competitiva. 1.5 Provisión da xefatura de persoal dun concello. Posto de perfil eminentemente xurídico. Desviación de poder. 2 Contratos públicos. 2.1 Resolución de contrato de construción e explotación de aparcadoiro subterráneo por liquidación concursal da concesionaria. Reclamación de indemnización polo investimento non amortizado. 3 Expropiación forzosa. 3.1 Determinación da indemnización polos danos e perdas xerados pola nulidade do expediente expropiatorio. 4 Medio ambiente, urbanismo e vivenda. 4.1 Anulación de proxecto sectorial de incidencia supramunicipal de acuicultura por omisión de estudo de alternativas na avaliación de impacto ambiental. Posibilidade de instalar depuradora de augas residuais a menos de 20 metros da ribeira do mar. 4.2 Obras ilegais en zona de servidume de protección de costas. A Administración dispón dun prazo indefinido para ordenar a súa demolición. 4.3 Parcelación e uso residencial ilegal en solo rústico protexido, desconforme coa licenza de hotel concedida. A negativa do propietario a axustarse á licenza implica a demolición das edificacións. 4.4 Vivendas de protección autonómica de prezo concertado. Infracción moi grave por cobramento de sobrepazos na venda a terceiros. Principios do procedemento administrativo sancionador. 5 Persoal. 5.1 Cesamento de funcionarios interinos. Carecen do dereito a percibir a indemnización de 20 días de salario por ano traballado establecida no Estatuto dos traballadores para os despedimentos por causas obxectivas. 5.2 Persoal funcionario do corpo de extinción de incendios. Retribucións. Plus de nocturnidade e festividade. Non son complemento de produtividade. Deben integrarse no complemento específico. 5.3 Obriga de prover os postos de traballo por concurso. Excepcionalidade do sistema de libre designación. 5.4 Nomeamento de xefe de servizo polo sistema de libre designación. Deber de abstención do órgano de selección polo seu estreito vínculo co candidato seleccionado. Falta de motivación. Desviación de poder. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Determinación da contía

en procesos promovidos fronte a multas coercitivas para a execución de ordes de demolición. 7 Responsabilidade patrimonial. 7.1 Prazo de prescrición da reclamación indemnizatoria formulada pola anulación xudicial de licenza que leva consigo a demolición da edificación autorizada. 7.2 Responsabilidade dos servizos autonómicos de emerxencias pola “perda de oportunidade” derivada da demora na localización dun motorista accidentado con teléfono móbil operativo. 8 Tributos. 8.1 Imposto sobre o incremento de valor de bens de natureza urbana (plusvalía). Devolución de ingresos indebidos tras a declaración de inconstitucionalidade parcial da súa regulación. O reclamante debe acreditar que non se produciu un incremento do valor do ben. 9 Universidades. 9.1 Distribución equitativa e proporcionada da carga docente entre o profesorado.

1 Administración local

1.1 Área metropolitana de Vigo. Suspensión cautelar da súa constitución por falta de integración efectiva do transporte urbano de Vigo no Plan de Transporte Metropolitano de Galicia

Na Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (TSXG) do 11 de outubro de 2018 (rec. 4263/2017, relator: Martínez Quintanar), confirmase en apelación un auto dun xulgado contencioso-administrativo que dispuxo a suspensión cautelar da constitución, en decembro de 2016, da Área Metropolitana de Vigo. Motívase a sentenza nos seguintes argumentos:

«(...) A valoración do “*periculum in mora*” require prestar especial atención ao contido dos acordos obxecto de recurso, adoptados na sesión constitutiva da Área Metropolitana de Vigo (AMV) (...). E débese pór en relación cos motivos polos cales a Administración autonómica recorrente considera viciadas de nulidade tales actuacións relacionadas coa convocatoria e constitución dos órganos do AMV, relacionados coa falta de integración efectiva do transporte urbano de Vigo no Plan de Transporte Metropolitano de Galicia, o cal considera que é un impedimento á válida constitución e funcionamento do AMV, por mandato da disposición adicional décimo primeira da Lei 4/2012, do 27 de xullo, da Área Metropolitana de Vigo, introducida pola Lei 14/2016, do 27 de xullo, que estableceu o seguinte: “A efectiva posta en funcionamento da Área Metropolitana de Vigo requirirá a integración efectiva previa do transporte urbano de Vigo no Plan de transporte metropolitano de Galicia, tras a formalización do correspondente convenio de adhesión entre a Xunta de Galicia e o municipio. Esta incorporación realizarase nas mesmas condicións que o resto dos municipios galegos adheridos ao plan, garantindo a igualdade de tratamento de todas as persoas usuarias”.

(...) A Xunta de Galicia entende que ata ese momento en que a integración efectiva do transporte se faga realidade –momento que indubidablemente non chegou, no que se refire á dimensión fáctica da integración do transporte no plano material– por imperativo legal, non cabe a constitución e funcionamento do AMV, mentres que o Concello de Vigo sostén o contrario. A cuestión xurídica relativa ao alcance da interpretación da disposición adicional 11.ª da Lei 4/2012, do 27 de xullo, debe ser remitida á sentenza. Pero de todo este contexto si se deduce que a non adopción da medida cautelar-suspensiva ou a súa revogación comportaría anticipar os efectos dunha sentenza desestimatoria, privando de efectividade a tutela xudicial impetrada dos órganos xurisdiccionais, cuxo contido substantivo se orientaba á pretensión de impedir o funcionamento do AMV ata que se producisen determinadas condicións fácticas relativas ao transporte metropolitano (integración efectiva), condicións que indubidablemente non se produciron. Ese contido da pretensión veríase irremediabilmente

frustrado se se revogase a adopción da medida preventiva suspensiva, e en termos gráficos podería dicirse que a sentenza chegaría demasiado tarde, isto é, cando o efecto que se quería impedir xa se tería producido e consumado.

(...) Neste xuízo cautelar basta constatar que o proceso de implantación do transporte metropolitano coa integración efectiva neste do transporte urbano de Vigo non finalizou, que a Administración autonómica recorrente, aquí apelada, pretende que o AMV non entre en funcionamento ata que finalice ese proceso de integración efectiva e que a suspensión cautelar pretendida e acordada en primeira instancia é a medida indispensable para garantir que unha futura sentenza estimatoria puidese dar satisfacción completa ao pretendido.

Polo demais, resulta evidente o risco para a seguridade xurídica de permitir o funcionamento dunha entidade local que viu recorridos todos os acordos da súa sesión constitutiva e respecto á que se cuestiona que se cumpran os presupostos para a súa constitución e para o seu funcionamento, e que ademais non parece ter garantido o exercicio das funcións esenciais de tesouraría, secretaría e intervención, tendo en conta a resolución do 16 de xaneiro de 2017 da directora xeral de Administración local, que denegou a exención e acumulación de postos de secretario, interventor e tesoureiro do AMV, “dado que estes non existen por non ter sido creados conforme o procedemento establecido na normativa correspondente”. (...)

O risco para a seguridade xurídica acentúase se se ten en conta que viu inadmitida a solicitude de inscrición no Rexistro de Entidades Locais de Galicia, precisamente, entre outros motivos, pola valoración da imposibilidade da súa constitución e posta en funcionamento a consecuencia da disposición adicional 11.ª da Lei 4/2012, ademais de polo cuestionamento da lexitimación do solicitante da inscrición, por non poder recoñecérselle a condición de presidente da Área Metropolitana nestes momentos. Todas estas cuestións relacionadas coa interpretación desa disposición deberán ser resoltas na sentenza que poña fin ao recurso contencioso-administrativo interposto pola Administración autonómica. (...).

A ponderación de intereses en conflito non enerva as anteriores conclusións. Todas as partes do procedemento son Administracións públicas, e todas por igual están chamadas á defensa do interese xeral. Non se acreditaron prexuízos certos polo feito de demorar o funcionamento dunha entidade cuxa lei de creación se remonta ao ano 2012, o que evidencia o transcurso de varios anos desde esa lei sen que se puidese materializar un funcionamento efectivo, e iso antes da sesión constitutiva do ano 2016 obxecto de impugnación xurisdiccional, o que debe ser valorado para considerar máis débiles os prexuízos derivados da medida cautelar suspensiva que os que puidesen derivar da súa revogación, ao postergarse en sede cautelar ese funcionamento efectivo ata que a resolución xudicial sobre o fondo do asunto dilucide con carácter firme a legalidade (ou nulidade) do proceso constitutivo e permita que sobre ese funcionamento, cando sexa posible por existir esa resolución firme, non ameacen as dúbidas existentes sobre a súa validez, dúbidas que na data de hoxe se proxectarían sobre todas as actuacións da entidade (...).».

Regap



NOTAS

1.2 Execución forzosa en vía administrativa do crédito que un concello posúe fronte a outro, mediante a vía da retención das transferencias por participación en tributos do Estado

Un concello galego débelle a outro limítrofe a cantidade de 2.800.000 euros. Para a execución forzosa da débeda, o concello acredor solicítalle á Secretaría Xeral de Financiamento Autonómico e Local do Ministerio de Facenda a retención das transferencias por participación en tributos do Estado destinadas á corporación municipal debedora. O ministerio desestima a petición esgrimindo o principio de suficiencia financeira das administracións locais e a inaplicabilidade da institución da compensación de débedas a esta relación triangular entre o Estado e os dous entes locais en conflito.

O TSXG, secc. 4.^a, na súa Sentenza do 15 de novembro de 2018 (rec. 15557/2017, relator: Fernández Leiceaga, contra a que se recorreu en casación), desestima o recurso interposto polo concello acredor contra a resolución desestimatoria do Ministerio de Facenda, tras interpretar o disposto para o efecto no artigo 74 da Lei 58/2003, xeral tributaria, coa seguinte fundamentación:

«(...) O feito de que os entes locais teñan as mesmas prerrogativas –para efectos de cobramento– que a facenda do Estado non posibilita que en calquera suposto en que se establece unha previsión para o Estado poida, sen máis, substituír a mención por ENTE LOCAL, e isto é o que acontece no caso de autos. O artigo 74.1 LXT establece: Extinción de débedas das entidades de dereito público mediante deducións sobre transferencias. 1. As débedas tributarias vencidas, líquidas e exixibles que as comunidades autónomas, entidades locais e demais entidades de dereito público teñan co Estado poderán extinguirse coas deducións sobre as cantidades que a Administración do Estado deba transferir ás referidas entidades. (...)

Entendemos que isto non é posible dada a literalidade do art. 74 LXT; o precepto distingue entre as competencias/potestades do Estado para facer a dedución sobre as transferencias, que xorden directamente da LXT, das que lle corresponden ás comunidades autónomas/entes locais, que se cinguen aos supostos e procedementos que establezan as leis específicas. Esta remisión obriga a acudir á lexislación que regula as PTE.

Debemos observar, polo tanto, dado que falamos dunha dedución sobre o PTE –art. 87 Lei 47/2003– a regulación específica desta materia, e a remisión obriga a acudir á Lei xeral orzamentaria 47/2003 e á Lei de orzamentos do ano 2017 –Lei 3/2017– sección 1.^a, título VII, arts. 79 a 82, que só autoriza a facer a retención sobre os PTE cando é acordada por órganos de recadación da AEAT, da TXSS, do ICO e do Fondo de Financiamento ás Entidades Locais –art. 101– e non estende a posibilidade aos órganos de recadación dos entes locais. Tampouco o art. 60 RD 939/2005 prevé que se aplique aos entes locais.

Esta regulación legal non é arbitraria, xa que é consecvente co fin das PTE. Como indica a STC 45/2007: é preciso ter en conta que, se o poder lexislativo opta por unha configuración legal dunha determinada materia ou sector do ordenamento, non é suficiente a mera discrepancia política para tachar a norma de arbitraria, confundindo o que é arbitrio lexítimo con capricho, inconsecuencia ou incoherencia creadores de desigualdade ou distorsión nos efectos legais (SSTC 99/1987, do 11 de xuño, FX 4.a; 227/1988, do 29 de novembro, FX

5; 239/1992, do 17 de decembro, FX 5; 233/1999, do 16 de decembro, FX 12; e 73/2000, do 14 de marzo, FX 4)“.

Estamos ante unha previsión legal específica (por omisión) que non pode modificarse coa aplicación do art. 2.2 RDL 2/2004 e entender que, se o Estado pode facer a dedución por débedas que con el ten un ente local, a mesma potestade ten calquera ente local por débedas doutro ente local. Estamos ante unha norma especial aplicable a un suposto especial de compensación de débedas, e todas as excepcións á norma xeral deben preverse de xeito expreso e non implícito. Proba desta imposibilidade é o propio art. 134.5 RDL 2/2004, que prevé, expresamente, a dita posibilidade para as débedas dun ente local con outra entidade local (Deputación) a conta da recarga provincial do IAE, previsión que sería innecesaria de entender que o art. 2.2 RDL 2/2004 xa dá abeiro á dita pretensión».

1.3 Provisión de xefaturas de servizo mediante o sistema de “concurso específico”. Omisión de informe do interventor municipal

O TSXG, na súa Sentenza firme do 2 de xullo de 2014 (rec. 289/2012, relator: Díaz Casales), anulou a Relación de Postos de Traballo do Concello de Ourense por ter establecido sen a necesaria xustificación o sistema de “libre designación” en lugar do de “concurso” para a provisión dun gran número de postos de traballo (xefaturas de servizo na súa maior parte). Na súa posterior Sentenza do 20 de xuño de 2017 (rec. 32/2017, relator: Seoane Pesqueira) censurou a práctica xeneralizada da dita Administración local de cubrir as súas xefaturas de servizo mediante nomeamentos urxentes e provisionais en comisión de servizos. O concello procedeu a modificar a súa RPT atribuíndo o mecanismo do concurso para o acceso á maior parte dos seus postos. Despois convocou a provisión de 14 xefaturas de servizo mediante “concurso específico” (artigo 91.1 p.º 2.º da Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia) –BOP de Ourense núm. 270, do 24/11/2016–. Os concelleiros dun determinado partido político impugnaron a convocatoria e bases ao considerar que se debía ter realizado por “concurso ordinario” e que ademais se omitira o preceptivo informe do interventor municipal.

O TSXG, na súa recente Sentenza do 11 de xullo de 2018 (rec. 126/2018, relator: Seoane Pesqueira), desestima o recurso, en fase de apelación. Considera en primeiro lugar que o concello estaba obrigado a utilizar o método do “concurso específico” para a provisión das xefaturas, coas seguintes consideracións:

«(...) cando a xustificación do sistema de provisión vén considerada nunha norma con rango de lei non é preciso que na convocatoria específica se conteña unha referencia ou defensa particularizada do sistema de provisión elixido. Neste caso a opción polo sistema de concurso específico respecto ás xefaturas de servizo nos concellos contense no artigo 91 da Lei 2/2015, do 29 de abril, de emprego público de Galicia. Segundo o artigo 4.1.b da dita norma legal, esta será de aplicación ao persoal funcionario das entidades locais galegas, mentres que o artigo 91.1 parágrafo segundo establece que “As xefaturas de servizo ou postos de nivel equivalente se proverán por este sistema (concurso específico), salvo aqueles que, polas súas especiais características, deban proverse polo sistema de libre designación, con convocatoria pública”. En consecuencia, desde a entrada en vigor da dita Lei 2/2015, que tivo lugar aos vinte días da súa publicación no Diario Oficial de Galicia (disposición derradeira quinta, apartado 1), publicación que se produciu o 4 de maio de 2015, a regra xeral é que

Regap



NOTAS

as xefaturas de servizo se deben prover polo sistema de concurso específico, sendo evidente que esa forma de provisión é preferente á que figure na respectiva relación de postos de traballo anterior, que é o que sucede neste caso, en que a relación de postos de traballo é previa á promulgación daquela normativa.

Ante a previsión concreta do concurso específico como sistema normal de provisión para as xefaturas de servizo naquela Lei 2/2015, resulta fóra de lugar a mención que se fai no recurso de apelación ao Real decreto estatal 364/1995, do 10 de marzo, do mesmo xeito que non pode ser operativa a cita de sentenzas doutras comunidades autónomas (en concreto da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León), que teñen a súa normativa específica na materia. (...) Loxicamente, se o lexislador autonómico establece, no artigo 91 da Lei 2/2015, o concurso específico como sistema xeral de provisión das xefaturas de servizo, é porque entende que os ditos postos presentan unhas peculiaridades que os fan merecedores daquela forma de cobertura, sen que sexa preciso esperar a que a relación de postos de traballo especifique as singularidades da función encomendada. E é que, tal como argumenta o xulgador “a quo”, é de toda lóxica e acorde co sentido común que, por exemplo, ao titular dunha xefatura de servizo de urbanismo se lle exixa formación e experiencia na devandita materia sectorial, do mesmo xeito que a un xefe de servizo de facenda e recadación se lle impoña un coñecemento profundo das materias tributaria e orzamentaria. En efecto, se o concurso específico “consiste na valoración dos méritos e as capacidades, coñecementos ou aptitudes determinados en cada convocatoria, e relacionados co posto de traballo a prover” (artigo 91.3 da Lei 2/2015), é lóxico e idóneo que para a provisión das xefaturas de servizo, xunto á fase de concurso de méritos, estean previstas outras probas de carácter práctico, memorias, entrevistas ou tests profesionais, a valoración de informes de avaliación ou outros sistemas similares que deben gardar relación directa co perfil do posto de traballo a prover (art. 91.5 Lei 2/2015) (...)».

En segundo lugar, considera o tribunal galego que a omisión do preceptivo informe do interventor municipal durante a tramitación da convocatoria e bases non constitúe neste caso un defecto invalidante, polas seguintes razóns:

«(...) O xulgador de primeira instancia rexeita este motivo co argumento de que, aínda que o informe do interventor municipal de fiscalización previa debeu ser solicitado e incluído no expediente, a súa omisión neste caso concreto constitúe unha irregularidade formal non invalidante (artigo 48.2 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas) porque: 1.º É un feito incontrovertido que as xefaturas de servizo convocadas figuran na vixente relación de postos de traballo e persoal municipal, coa correspondente cobertura orzamentaria, concretamente incluíronse nos orzamentos de 2014 (BOP do 10/1/2015), aprobados pola anterior corporación municipal co informe de fiscalización do interventor, orzamentos que se foron prorrogando anualmente, mentres que as indicadas xefaturas están a ser ocupadas desde tempo atrás por funcionarios nomeados en comisión de servizos, de xeito que este proceso selectivo carece na práctica de transcendencia económica efectiva na corporación local, pois non supón nin un incremento nin unha diminución do gasto de persoal que xa implicaban as citadas xefaturas antes da convocatoria; 2.º O propio interventor municipal recoñeceu que existe crédito adecuado e suficiente para as ditas xefaturas na declaración testifical que prestou (...), e 3.º Tampouco se dubida da competencia do órgano municipal que aprobou a convocatoria e bases impugnadas.

No recurso de apelación os recorrentes aférranse á exigencia formal contida nos artigos 213 e 214 do Real decreto legislativo 2/2004, do 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei reguladora das facendas locais, pero non critican nin tratan de rebater as argumentacións esgrimidas polo xulgador de primeira instancia, que teñen un peso específico indubidable, xa que, malia que se parte de que a omisión do informe do interventor municipal constitúe unha irregularidade formal, négase que neste caso teña a operatividade de invalidar todo o proceso, porque finalmente se constata que as xefaturas de servizo convocadas, ademais de figuraren na RPT e persoal municipal, dispoñen de cobertura orzamentaria e non deben significar incremento do gasto de persoal, existindo crédito suficiente para aqueles postos, polo que é nula a súa relevancia económica na corporación local. A sala móstrase de acordo cos argumentos e co rexeitamento deste motivo, porque, á parte de que non se discute o carácter incontrovertido do feito fixado na sentenza apelada, a anulación por esta razón neste caso implicaría outorgar excesivo peso a un trámite que, aínda que con carácter xeral ten unha transcendencia económica e orzamentaria indubidable, neste caso non engade a información de importancia que se obtén por outras vías, como son a cobertura orzamentaria previa das catorce xefaturas, coa súa inclusión nos orzamentos de 2014 prorrogados e a admisión polo propio interventor da existencia de crédito suficiente e axeitado, con todo o cal evidénciase que a convocatoria daqueles postos non dá lugar a un incremento de gasto de persoal».

Regap



NOTAS

1.4 Disolución de organismos autónomos municipais. Integración do seu persoal na estrutura xeral do concello, sen necesidade de superar un procedemento selectivo de concorrencia competitiva

A Asociación Profesional de Persoal do Concello de Ferrol impugnou o acordo do 27 de decembro de 2012 do Pleno municipal que dispuxo a extinción de varios organismos autónomos municipais (Instituto de Facenda, Padroado de Deportes e Padroado de Música e Artes Escénicas) coa simultánea integración do seu persoal e servizos na estrutura funcional do dito concello (BOP 07/02/2013). O TSXG en primeira instancia estimou o recurso e anulou a integración do persoal na Administración municipal considerando que unha parte deste accederá aos seus postos de traballo sen superar un procedemento selectivo de concorrencia competitiva conforme os principios de publicidade, igualdade, mérito e capacidade. A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo (TS), na súa Sentenza do 19 de decembro de 2018 (rec. 720/2016, relator: Lucas Murillo de la Cueva), estima o recurso de casación interposto polo sindicato CIG, revoga a referida sentenza e desestima o recurso contencioso-administrativo, coa seguinte fundamentación:

«(...) A sección sétima desta sala pronunciouse repetidamente sobre a consideración como sucesión de empresas –e, polo tanto, sobre a aplicabilidade do artigo 44 do Estatuto dos traballadores– de supostos de extinción de entidades instrumentais públicas ou privadas e de subrogación de axencias públicas empresariais de nova creación nas relacións xurídicas de que aquelas eran titulares coa conseguinte integración do seu persoal non funcionario. (...) Nesas ocasións, non se apreciou que tal operación, levada a cabo no marco dun proceso de reorganización administrativa do sector público, disposta polo lexislador autonómico, comportase infracción dos preceptos constitucionais e legais que rexen o acceso ao emprego público nin dos preceptos que reservan a funcionarios determinados postos de traballo.

Tales pronunciamentos fixéronse en recursos promovidos por sindicatos e organizacións de funcionarios, así como por diversos funcionarios. En particular, subliñouse que a integración non afectaba ao seu dereito a acceder ao emprego público, pois xa formaban parte del, igual que o persoal das entidades suprimidas, isto último de conformidade cos artigos 2.1, 8.1 c) e coa disposición adicional primeira do Estatuto básico do empregado público. E, aínda que si se considerou que podía incidir no dereito a desenvolver a carreira funcional dos recorrentes na instancia, tamén se advertiu que os principios de mérito e capacidade operan con máis intensidade no acceso ao emprego público que cando se trata da carreira administrativa e, en todo caso, observouse que a afectación a esta última era eventual e futura, polo que non podía fundamentar a nulidade da disposición impugnada.

Pola súa banda, a Sentenza do Tribunal Constitucional n.º 236/2015 non tivo por inconstitucional a regulación legal que consideraba a dita integración de persoal laboral das entidades suprimidas nas novas axencias públicas empresariais no marco das normas reguladoras da sucesión de empresas e subordinándose o seu acceso á condición de persoal da Administración da comunidade autónoma á superación dun proceso selectivo convocado en execución de ofertas de emprego público.

As semellanzas entre os supostos considerados por esas sentenzas e este son manifestas. Estamos, en efecto, ante a supresión de entidades públicas –pois non se discute que o fosen o instituto e os padroados– no marco dunha reorganización do sector público municipal como consecuencia do cal o concello pasa a xestionar directamente os servizos antes prestados por aquelas e acorda a súa subrogación nas relacións xurídicas que ligaban as devanditas entidades cos seus empregados, algúns dos cales eran funcionarios e outros laborais pero, na medida en que traballaban para esas entidades públicas e desde que pasaron a facelo –cosa que para os traballadores do anterior recadador de tributos sucedeu no ano 2000– xa tiñan a condición de empregados públicos, conforme os artigos 2.1, 8.1 c) e a disposición adicional primeira do Estatuto básico do empregado público. Doutro lado, a integración en nada afecta ao dereito a acceder ao emprego público dos recorrentes, todos eles persoal do concello, e a incidencia que puidese ter na súa carreira administrativa é eventual e, en todo caso, algo que, de producirse, tería lugar no futuro e poderían ser impugnadas as actuacións que menoscabasen tal carreira.

Polo tanto, da xurisprudencia que expresan as sentenzas indicadas resulta, sen lugar a dúbidas, que, en contra do sostido pola sala da Coruña, era aplicable ao caso o artigo 44 do Estatuto dos traballadores e que a integración por si soa non afecta aos dereitos dos recorrentes. Polo tanto, o motivo debe prosperar e a sentenza de instancia debe ser anulada.

(...) Pois ben, de canto se dixo resulta que é correcta a decisión da corporación municipal de subrogarse na posición que mantiñan co seu persoal as súas entidades públicas suprimidas. Tamén son axustadas a dereito por razóns obvias as previsións sobre a integración dos funcionarios e do persoal laboral que tiver superado un proceso selectivo e estiveren destinados nelas. Polo que atinxe ao resto do persoal, o xogo da sucesión de empresas implica o mantemento do réxime a que estaban suxeitos e iso significa que o concello debe adoptar as medidas necesarias para facer fronte ás obrigas que os seus organismos autónomos contraeron cos seus restantes empregados non funcionarios con vínculo temporal ou indefinido non fixo. (...)».

1.5 Provisión da xefatura de persoal dun concello. Posto de perfil eminentemente xurídico. Desviación de poder

O TSXG, na súa Sentenza do 19 de setembro de 2018 (rec. 37/2018, relator: Seoane Pesqueira), confirma en apelación a anulación da resolución dun concello que, polo sistema de concurso, lle adxudicou o posto de xefe de persoal a un funcionario licenciado en farmacia estreitamente vinculado ao partido político do equipo de goberno. O alto tribunal galego ratifica nesta sentenza a concorrencia do vicio de “desviación de poder” no nomeamento recorrido, considerando en especial o perfil esencialmente xurídico do posto convocado. Admite tamén a posibilidade da impugnación indirecta das bases da convocatoria con motivo do recurso directo interposto fronte ao nomeamento final.

2. Contratos públicos

2.1 Resolución de contrato de construción e explotación de aparcadoiro subterráneo por liquidación concursal da concesionaria. Reclamación de indemnización polo investimento non amortizado

Na súa Sentenza do 17 de decembro de 2018 (rec. 4302/2017, relator: Martínez Quintanar), o TSXG desestima en fase de apelación a reclamación indemnizatoria formulada contra o Concello de Verín pola concesionaria dun aparcadoiro subterráneo en proceso de liquidación concursal. Considera o tribunal, en primeiro lugar, que a apertura polo Xulgado do Mercantil da fase de liquidación da empresa contratista (en situación de concurso por causa fortuíta) non produce automaticamente a resolución da concesión administrativa, senón que é necesario que se solicite no concello e que este a declare mediante a correspondente resolución. En segundo lugar, a sala conclúe que a falta de rendibilidade do aparcadoiro se insire nos principios de risco e ventura típicos destas concesións, non producíndose un desequilibrio económico-financiero. E, en terceiro e último lugar, que neste caso concreto a contratista carece do dereito a recuperar os gastos do investimento non amortizado (recoñecido no artigo 170 da Lei 13/1995 de contratos das administracións públicas –LCAP–), porque nunha cláusula do prego que integra o contrato se dispuxo a renuncia a percibir indemnizacións pola resolución do contrato motivado na quebra da adxudicataria. Conclúe, así, a sentenza que:

«(...) A literalidade da cláusula 25 do prego reitor da concesión non ampara a distinción realizada pola demandante. Nesta non se renuncia a unha indemnización por “prexuízos ou perdas sufridas pola concesionaria durante o tempo de explotación do aparcadoiro”. De feito, o dereito a tal indemnización, como tal, non lle correspondería nunca á demandante, xa que as perdas derivadas da explotación forman parte do risco e ventura asumido polo contratista, polo que non podería renunciar a unha indemnización á que nunca podería ter dereito. A literalidade da cláusula non admite dúbidas sobre o seu alcance, ao establecer que é causa de terminación da concesión, ademais das establecidas legalmente, por disolución ou quebra da sociedade concesionaria, sen que exista dereito a indemnización ningunha. Isto é, renúnciase á indemnización por calquera concepto e, polo tanto, ao prezo das obras e instalacións que, executadas polo contratista, deban pasar a propiedade da Administración, tendo en conta o seu estado e o tempo que restase para a súa reversión. A Sentenza do Tribunal Supremo do 10 de maio de 2004, recurso de casación 138/1999, transcrita pola

Regap



NOTAS

sentenza apelada, confirma a posibilidade de renuncia ao dereito indemnizatorio polo valor das obras e instalacións, e non cabe considerar que a efectividade desa renuncia implique un resultado confiscatorio ou un enriquecemento inxusto para a Administración e á custa do contratista, como alega a apelante, xa que non se desvirtuou a conclusión á que chega a sentenza de primeira instancia respecto á perda de boa parte do valor inicial da concesión; e o pretendido pola apelante, en definitiva, implicaría desvirtuar o principio de risco e ventura que deben ser asumidos polo contratista na súa dobre vertente, sen que se lle poida asegurar, custe o que custe, a rendibilidade da concesión nin a amortización dos investimentos realizados, cando a terminación anticipada de contrato non se produce por causa imputable á Administración, senón por un risco ordinario de cuxas consecuencias debe responder o contratista. Basta a lectura do recurso de apelación para comprobar que esa estimación da pretensión actora comportaría trasladar todo o risco inherente ao contrato á Administración, en contravención do principio reitor da execución do contrato administrativo (...)».

3 Expropiación forzosa

3.1 Determinación da indemnización polos danos e perdas xerados pola nulidade do expediente expropiatorio

O TS, na súa Sentenza do 24 de setembro de 2018 (rec. 2356/2017, relator: Trillo Alonso), consolida o cambio de criterio xurisprudencial conforme o cal nos supostos de expropiacións anuladas xudicialmente en que xa non é posible a devolución do ben (ocupado por unha obra pública) había que indemnizar o afectado cun importe fixo, cun incremento do 25 % do xusto prezo. Conclúe así o tribunal que:

«(...) seguindo tamén a Sentenza do 12 de xuño de 2018, consideramos “[...] razoable a interpretación que defende a Administración recorrente da disposición adicional da Lei de expropiación forzosa na redacción dada pola disposición derradeira segunda da Lei 17/2012, do 27 de decembro, de orzamentos xerais do Estado, no sentido de que, sen prexuízo da devolución do ben ocupado ou a fixación da correspondente indemnización substitutoria ao abeiro do art. 105. 2.º da Lei reguladora da xurisdición contencioso-administrativa, para o recoñecemento do dereito do expropiado a ser indemnizado no caso de nulidade do expediente expropiatorio dos danos e perdas derivados da actividade anulada, cómpre que se xustifique a realidade do dano efectivo e indemnizable na forma e condicións do art. 139 da Lei 30/92 (arts. 32 e ss. Lei 40/2015)”, e con estimación da pretensión do letrado da Administración “[...] xa que a interpretación efectuada na sentenza obxecto de recurso non se axusta á que se acaba de expor, recoñecendo unha indemnización de danos e perdas pola ocupación ilegal, vía de feito, cuxa realidade e efectividade non foi xustificada pola parte recorrente, sen que poida exonerarse da dita exixencia pola presunción de dano moral ou aflitivo que a sala entende derivado do recoñecemento legal para o efecto do 5% na fixación do prezo xusto, pois, ademais de que a dita porcentaxe xa se ten en conta ao fixar o valor dos bens e figura na liquidación efectuada na sentenza, se se pretende unha indemnización máis aló da prevista na norma, necesariamente deberá xustificarse esa maior aflición ou dano moral cuxa indemnización se pretende”, casamos e deixamos sen efecto a sentenza obxecto de recurso no extremo en que recoñece un incremento do prezo xusto nun 25%».

4 Medio ambiente, urbanismo e vivenda

4.1 Anulación de proxecto sectorial de incidencia supramunicipal de acuicultura por omisión de estudo de alternativas na avaliación de impacto ambiental. Posibilidade de instalar depuradora de augas residuais a menos de 20 metros da ribeira do mar

O TS (secc. 5.^a), na súa Sentenza do 12 de xuño de 2018 (rec. 263/2017, relator: Trillo Alonso), anula o proxecto sectorial de incidencia supramunicipal *Parque de Tecnoloxía Alimentaria de Mougás, Oia, Pontevedra*, aprobado polo Consello da Xunta de Galicia no ano 2009 para a construción dunha piscifactoría no dito lugar, ao terse omitido na súa tramitación unha avaliación de impacto ambiental cun estudo de alternativas rigoroso. Considera o alto tribunal que o proxecto tiña que ter sido sometido a todos os trámites da avaliación de impacto ambiental, malia que previamente co plan de ordenación do territorio que lle daba cobertura (Plan Galego de Acuicultura) xa se tramitara a avaliación ambiental estratéxica:

«(...) En fin, sentando como punto de partida que a debida coordinación e coherencia dos distintos instrumentos ambientais exige que os datos ou información facilitados no precedente non deban ser novamente achegados, o que sostemos é que na avaliación ambiental dos proxectos, polas súas características singulares, o promotor deberá facilitar as alternativas e xustificar a decisión adoptada nos termos do artigo 2.1.b) do Real decreto legislativo 1302/1986, na súa redacción dada por Lei 6/2001, salvo que o precedente plan ou programa que lle dea cobertura conteña, con rigorosidade, as características específicas do proxecto (...).

Pois ben, se se observan as específicas determinacións que o plan contén respecto ao parque de Mougás (páxina 159), comprenderase sen maior esforzo que non contén, como é lóxico, unha descrición das alternativas que refiren os apartados transcritos. O detalle das alternativas, segundo a propia normativa do plan, corresponde ao proxecto. O plan sectorial de parques de tecnoloxía alimentaria comprende un total de 23 parques situados ao longo da costa galega, sen especificar, incluídos aqueles que non son de novas instalacións, as singularidades de cada un.

Así, con relación ao parque de Mougás, limitase a expresar que o parque está situado en solo rústico de protección de costas e en solo non urbanizable sen especial protección; que o plan sectorial propón cualificar os terreos sobre os que se implantará o parque como solo rústico de protección de costas, contendo determinados parámetros urbanísticos, como son a ocupación da parcela, a altura máxima das instalacións, a separación mínima a lindeiros e o peche da parcela, así como que o parque está destinado á ampliación das instalacións existentes e que a superficie é de 57.000 m². Ningunha referencia hai aos requisitos singulares do apartado a-6-6-j cuxa concorrencia exige o plan. E esa ausencia de alternativas que observamos no plan e que cualificamos, dada a natureza da disposición, como lóxica, tampouco se observa no proxecto presentado (...).»

Por outra banda, o Tribunal Supremo resolve nesta sentenza a posible contradición existente entre o disposto nos artigos 25.2 e 44.6 da Lei 22/1988, de costas, concluíndo que é posible autorizar unha instalación depuradora de augas residuais a menos de 20 metros da ribeira do mar, asociada a unha piscifactoría.

Regap



NOTAS

4.2 Obras ilegais en zona de servidume de protección de costas. A Administración dispón dun prazo indefinido para ordenar a súa demolición

O TS, na súa Sentenza do 11 de xullo de 2018 (rec. 953/2017, relator: Fernández Valverde), aclara as dúbidas xurdidas tras a modificación da Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas, pola Lei 13/2003, do 23 de maio, respecto dos prazos de que dispón a Administración para reaccionar fronte ás obras ilegais construídas en zona de servidume de protección, confirmando o criterio do TSXG na sentenza recorrida, coas seguintes conclusións:

«1º. Que a obriga de imposición das obrigas de restitución e reposición das cousas ao seu estado anterior á infracción, como consecuencia dunha condena penal ou unha sanción administrativa, se manteñen na LC na mesma situación que antes da reforma da LMC, sen que desta derive ningunha novidade.

2º. Que, en consecuencia –e respondendo á segunda das cuestións que en concreto se nos formulan–, non resultan de aplicación ás obrigas de restitución e reposición das cousas ao seu estado anterior á infracción os prazos de prescrición previstos (antes e despois da LMC) para as infraccións (no artigo 92.1 LC), polo que, insístese, estas non se someten aos prazos de prescrición establecidos para declaración de prescrición das infraccións e sancións.

3º. Que, impostas polo tribunal penal ou pola Administración de costas as citadas obrigas, a LC, tras a súa reforma pola LMC de 2013, si establece (artigo 95.1.2.º) un prazo máximo de prescrición de quince anos para a execución e o cumprimento de tales obrigas de restitución e reposición das cousas ao seu estado anterior á infracción. E dicimos máximo porque se deberá observar, con carácter previo, o prazo que, en cada caso, se estableza na resolución (penal ou administrativa) que impoña as citadas obrigas, co dito límite legal. Respondemos, con iso, á primeira das cuestións suscitadas).

4º. Que, malia o anterior, e como excepción, o dito prazo de prescrición da obriga imposta, co máximo de quince anos, a LC deixa a salvo, e non é polo tanto de aplicación a estes, aos supostos de recuperación de oficio dos bens e dereitos integrantes do dominio público marítimo terrestre –potestade distinta das obrigas que nos ocupan, que derivan do exercicio da potestade sancionadora– de conformidade coa remisión que o inciso final do novo parágrafo segundo do artigo 95.1 realiza ao artigo 10.2 da mesma LC.

Se ben se observa, a LC conecta esta facultade de recuperación de oficio do artigo 10.2 cos bens integrantes do dominio público marítimo terrestre, concreción territorial que non se produce –ao dito ámbito de protección constitucional– cando o que se regulan son as tan citadas obrigas de restitución e reposición das cousas ao seu estado anterior á infracción, pois non se esqueza que o ámbito “territorial” das infraccións é máis amplo que o do dominio público marítimo terrestre, como se deduce da simple lectura dalgunhas das infraccións que se tipifican nos artigos 90 e 91 da LC, que, territorialmente, non se concretan –só– ao dominio público marítimo-terrestre, senón que tamén se estenden –algunhas delas– ás zonas de servidume lindeiras co dominio público.

Esta, pois, é a doutrina que, con carácter xeral, resulta procedente establecer».

4.3 Parcelación e uso residencial ilegal en solo rústico protexido, desconforme coa licenza de hotel concedida. A negativa do propietario a axustarse á licenza leva consigo a demolición das edificacións

A Sentenza do TSXG do 26 de novembro de 2018 (rec. 4388/2017, relator: Martínez Quintanar) confirma a orde de demolición ditada pola Axencia de Protección da Legalidade Urbanística da Xunta de Galicia (APLU) sobre 52 chalés construídos en solo rústico protexido no termo municipal do Grove, cunha parcelación ilegal e vulnerando a licenza para uso de hotel que previamente se concedera. Afirmo o tribunal que:

«(...) o vixente artigo 27.1 do texto refundido da Lei do solo e rehabilitación urbana, aprobado polo Real decreto lexislativo 7/2015, do 30 de outubro, establece que a transmisión de predios non modifica a situación do titular respecto dos deberes do propietario de conformidade con esta lei e os establecidos pola lexislación da ordenación territorial e urbanística aplicable ou exixibles polos actos de execución desta. O novo titular queda subrogado nos dereitos e deberes do anterior propietario (...). Como consecuencia desa subrogación real, e do carácter propter rem que teñen os deberes asociados á reposición da legalidade urbanística, que concirnen aos que en cada momento sexan os titulares dos inmobles sobre os que se proxecta esa obriga de reposición, non pode dicirse que os actores fosen uns terceiros alleos a esa obriga, xa que se subrogan na posición xurídica da mercantil transmitente da titularidade sobre os inmobles litixiosos. E, polo tanto, non se pode dicir que, aínda que sexan persoas distintas da dita mercantil, non as alcancen as mesmas obrigas, xa que se trata de persoas ás cales, por disposición legal, lles son exixibles os mesmos deberes de reposición da legalidade urbanística que os exixidos á mercantil INPROIN, S.L., tanto na resolución do 30 de abril de 2007 como na posterior do 2 de marzo de 2010.

(...) unha vez transcorridos de forma sobrada os prazos outorgados para restaurar a legalidade, conculcada cunha parcelación ilegal, cunhas obras autorizadas pero ás que se lles deu un uso residencial non autorizado e non autorizable, hai que ter en conta a inefectividade das multas coercitivas impostas e que neste caso o cambio de uso e a disolución da división horizontal e a eliminación da existencia rexistral dos predios como unidades independentes non pode ser realizada pola vía da execución subsidiaria pola Administración, senón polos propietarios, tratándose, polo tanto, do cumprimento dunha obriga persoalísima que estes incumpriron. (...)

Por iso, o estado actual do complexo inmobiliario conculca a legalidade urbanística, e a orde de demolición eríxese na única medida posible á disposición da Administración para eliminar a parcelación urbanística ilegal producida (...) sendo a única alternativa ao mantemento desa situación a da súa demolición.

(...) En canto á denunciada falta de coherencia da confirmación da orde de demolición co feito de entender que o que procede é a restitución xurídica, non física, debemos dicir que non hai tal falta de coherencia, e que a confirmación da orde de demolición responde á constatación de que a restitución xurídica, entendida no plano rexistral e no ámbito do uso, non se materializou, e a esta non pode ser realizada pola Administración (...), o cal determina que as edificacións comporten unha vulneración da legalidade urbanística que, ao non ser emendada polos que podían facelo, aboca á demolición, tanto por aplicación do artigo 209.5 como por aplicación do artigo 211 da LOUGA 9/2002.

Regap



NOTAS

En definitiva, non é aceptable a argumentación da parte apelante de que carece de sentido que se ordene a demolición dunhas edificacións que contan con licenza e se axustan a ela por unha cuestión de uso, e que o procedente é que se ordene o axuste ao uso autorizado. E non é aceptable por dúas razóns: a primeira, porque esa orde de axuste xa se produciu hai anos, e non se acredita de forma plena e efectiva o cumprimento; a segunda, porque o autorizado era a construción dun hotel apartamento, e actualmente o que consta é a existencia de 52 apartamentos acaroados, articulados ao redor dunha zona central onde se sitúan piscinas, edificio de servizos, vías interiores, muros de contención e grandes movementos de terra, inscritos como predios independentes no Rexistro da Propiedade, e sometidos a un réxime de división horizontal, o cal é un estado fáctico e xurídico que non se corresponde co autorizado. É este estado fáctico e xurídico o que xustifica a orde de demolición, por teren transcorrido máis de nove anos sen que se realizasen voluntariamente as actuacións precisas para que a obra executada se axuste ao autorizado, en canto a usos e eliminación da parcelación ilegal e distribución do edificio de servizos, inacción ante a cal a Administración non pode permanecer pasiva esperando indefinidamente a que a restitución ordenada no ano 2007 sexa cumprida polos seus destinatarios, debendo proceder a acordar a única medida non persoalísima, susceptible de execución subsidiaria, que permite eliminar a vulneración urbanística, sen prexuízo de volver recordarlles aos propietarios a forma de enervar a executividade desa forma de reposición da legalidade, “adaptando coas actuacións pertinentes a utilización do complexo ao uso autorizado”».

4.4 Vivendas de protección autonómica de prezo concertado. Infracción moi grave por cobramento de sobreprezos na venda a terceiros. Principios do procedemento administrativo sancionador

O TS, na súa Sentenza do 8 de xuño de 2018 (rec. 1506/2016, relator: Bandrés Sánchez-Cruzat), confirma en fase de casación a sanción de varios millóns de euros que a Xunta de Galicia lle impuxo a unha construtora de Pontevedra pola comisión da infracción moi grave tipificada no artigo 54.1 m) da Lei 4/2003, do 29 de xullo, de vivenda de Galicia, ao vender fraudulentamente, con sobreprezo, vivendas de protección autonómica, coas seguintes conclusións:

«(...) esta sala considera que o artigo 7.2 do Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora, que establece que “recibida a comunicación, e se se estima que existe identidade de suxeito, feito e fundamento entre a infracción administrativa e a infracción penal que puidese corresponder, o órgano competente para a resolución do procedemento acordará a súa suspensión ata que se dite resolución xudicial”, debe interpretarse en consonancia coa doutrina xurisprudencial deste Tribunal Supremo, no sentido de que o criterio que debe seguirse para determinar en que momento se debe retomar o cómputo do prazo de caducidade cando se acordou a suspensión do procedemento, debido á existencia de actuacións penais polos instrutores, contra o presunto responsable de cometer unha infracción administrativa, é, de conformidade co principio de seguridade xurídica, cando se lle notifique á Administración a firmeza da resolución xudicial penal de que se trate e se reciba o testemuño desta.

(...) compartimos o criterio do tribunal de instancia de que esta manifestación da fundamentación xurídica non ten carácter invalidante, a teor do disposto no artigo 63.2 da Lei 30/1992,

do 26 de novembro, en canto a adopción do acordo de ampliación do prazo máximo para resolver estaba xustificada pola «especial complexidade tanto cuantitativa como cualitativa do asunto», que evidencia que concorre o presuposto habilitante establecido no artigo 42.6 do citado texto legal (a circunstancia de que o procedemento, debido ao número de persoas afectadas, non pode concluír no prazo legalmente previsto para resolver). (...).

De acordo coa referida regra de prioridade do procedemento penal, o exercicio da potestade sancionadora da Administración debe agardar ao resultado da sentenza penal e, se é condenatoria coa concorrencia da tripla identidade subxectiva, obxectiva e de fundamento sancionador, a Administración resulta vinculada ao pronunciamento, devindo improcedente a sanción administrativa como consecuencia material ou positiva do principio de prohibición que incorpora o principio non bis in idem. Pola contra, no suposto de que a sentenza penal sexa absolutoria, non cabe soste, como consecuencia do principio de que se trata, a prohibición xenérica dun pronunciamento administrativo sancionador, porque o que exclúe é a dobre sanción e non o dobre pronunciamento. Pero non cabe dúbida de que a relación que o principio supón entre as dúas manifestacións do ius puniendi estatal determina un condicionamento pola vía dos feitos que se declaran probados na sentenza penal. Ou, dito noutros termos, a sentenza penal absolutoria non bloquea as posteriores actuacións administrativas sancionadoras, pero as súas declaracións sobre os feitos probados inciden necesariamente sobre a resolución administrativa mediante a vinculación a que se refire o artigo 137.2 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico de administracións públicas e de procedemento administrativo común. (...)

O feito determinante da concorrencia do tipo infractor, segundo prevé o artigo 54.1 m) da Lei 4/2003, do 29 de xullo, de vivenda de Galicia, é a percepción de prezo por enriba do que figura na cédula de cualificación definitiva, que non pode ser modificado “nin por escusa de melloras”, “nin aínda que figure nun documento privado”, xa que –segundo se razoa– “o Regulamento VPO prohibe calquera sobreprezo”. (...)

Esta sala considera acertado o criterio do tribunal de instancia que aprecia que é procedente a adopción da medida complementaria de reintegro porque, de acordo co previsto no artigo 57.2 da Lei 4/2003, do 29 de xullo, de vivenda de Galicia, deben ser reintegradas todas as cantidades indebidamente percibidas, sen que a existencia de melloras poida ser escusa para exonerar de responsabilidade a empresa construtora pola imposición de sobreprezos. (...)

Esta sala rexeita que o tribunal de instancia vulnerase o principio de presunción de inocencia, que constitúe un dereito fundamental de todo suxeito sometido a un procedemento sancionador, garantido polo artigo 24.2 da Constitución, por avalar unha presunta inversión da carga da proba, xa que a sentenza impugnada parte da constatación de que se acreditou a existencia de sobreprezo na venda das vivendas por parte da construtora -----
--- en contravención do disposto no artigo 34.2 da Lei 4/2003, do 29 de xullo, de vivenda de Galicia, o que non se desvirtuou coas probas de descargo practicadas en sede xudicial».

Regap



NOTAS

5 Persoal

5.1 Cesamento de funcionarios interinos. Carecen do dereito a percibir a indemnización de 20 días de salario por ano traballado establecida no Estatuto dos traballadores para os despedimentos por causas obxectivas

O TSXG, na súa Sentenza do 24 de outubro de 2018 (rec. 175/2018, relator: Rivera Frade), conclúe en primeiro lugar que nos supostos en que a Administración non incorreu en fraude ou en práctica irregular no nomeamento dun funcionario interino, este no momento do seu cesamento carece do dereito de reclamar a indemnización establecida para a extinción de contratos indefinidos por causas obxectivas no artigo 53.1.b) do Estatuto dos traballadores (20 días por ano de servizo con límite de 12 mensualidades). Este criterio coincide co das dúas sentenzas posteriores do Tribunal de Xustiza da Unión Europea de data 21 de novembro de 2018 referidas especificamente a España (asuntos C-619/17 e C-245/17).

O tribunal galego establece tamén, en segundo lugar, que conforme a máis recente xurisprudencia do Tribunal Supremo (S.^a 3.^a), representada en dúas sentenzas do 26 de setembro de 2018 (recs. 785/2017 e 1305/2017), mesmo na hipótese de que se tivese demostrado a concorrencia de fraude no vínculo interino, o interesado tampouco podería reclamar esa indemnización por importe fixado (20 días de salario por ano traballado), pois debe acreditar o prexuízo padecido concreto e a súa cuantificación atendendo ás circunstancias concretas do caso, de xeito análogo a como sucede coas reclamacións de indemnización por responsabilidade patrimonial da Administración.

5.2 Persoal funcionario do corpo de extinción de incendios. Retribucións. Plus de nocturnidade e festividade. Non son complemento de produtividade. Deben integrarse no complemento específico

O TSXG, na súa Sentenza do 26 de setembro de 2018 (secc. 1.^a, rec. 193/2018, relator: López González), alcanza a conclusión de que os complementos de produtividade atribuídos polo Concello de Ourense ao persoal do Servizo de Extinción de Incendios (bombeiros), que presta quendas de 24 horas de traballo continuado con tres días de descanso a continuación, refírense a conceptos permanentes e característicos do posto de traballo, de maneira que en realidade deberían formar parte do “complemento específico” das súas retribucións, percibíndose por igual durante o período de vacacións e de desfrute de días de asuntos propios. Afirmo así o tribunal que:

«(...) É evidente que, ao formar parte as horas de actividade realizadas de noite e en días festivos do traballo normal, ordinario e habitual do recorrente, non poden considerarse estas como comprendidas no complemento de produtividade que ten por obxecto, conforme dispón o artigo 23.3.c) da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública, retribuír o especial rendemento, a actividade extraordinaria e o interese ou iniciativa con que o funcionario desempeña o traballo. Trátase, en suma, dunha retribución obxectiva á percepción da cal ten dereito o traballador polo mero feito de desenvolver un determinado posto de traballo, polo que o seu réxime xurídico debe ser o mesmo que o das retribucións fixas na súa contía e periódicas na súa divindicación. Tampouco o aboamento

de tales plus responde ao concepto de gratificación ou ao de complemento de desempeño, por non ter os servizos retribuídos a condición de extraordinarios nin levarse a cabo fóra da xornada regulamentaria; trátase de servizos que forman parte da xornada normal e habitual do demandante. Certo é, como sostén o concello demandado, que no período de vacacións o actor non realiza traballos de noite nin en días festivos, polo que carece de dereito a percibir plus por eses conceptos, pero non o é menos que tal valoración sería aceptable se eses plus formasen parte do complemento de produtividade, o que non sucede neste caso, por máis que o dito concello así trate de aparentalo ao incluílos no complemento aludido (artigo 25 do Acordo regulador das condicións de traballo dos seus empregados públicos), pois con iso estaríase a alterar, en prexuízo dos traballadores públicos municipais, a natureza e finalidade que a propia Lei 30/1984 outorga ao complemento de produtividade no seu artigo 23.3.c)».

5.3 Obriga de prover os postos de traballo por concurso. Excepcionalidade do sistema de libre designación

A Sentenza do TSXG do 3 de outubro de 2018 (rec. 277/2017, relator: Seoane Pesqueira) anula unha modificación da relación de postos de traballo da Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia por atribuírle o sistema de “libre designación” en lugar do de “concurso” á provisión de catro xefaturas de servizo, coa seguinte argumentación:

«(...) O artigo 90.1 da Lei 2/2015, do 29 de abril, do emprego público de Galicia, establece que “O concurso ordinario é o procedemento xeral de provisión dos postos de traballo que non teñan establecida outra forma de provisión na relación de postos de traballo”, tendo relevancia para este caso que o segundo parágrafo do artigo 91.1 dispón que “As xefaturas de servizo ou postos de nivel equivalente se proverán por este sistema, salvo aqueles que, polas súas especiais características, deban proverse polo sistema de libre designación, con convocatoria pública”.

(...) declara o Tribunal Supremo, xa baixo a vixencia do Estatuto básico do empregado público, aprobado pola Lei 7/2007, do 12 de abril, que a elección do procedemento de libre designación para a provisión de determinados postos de traballo incluídos na RPT do persoal funcionario da Administración autonómica e dos seus organismos e entes públicos dependentes exige unha motivación específica, unha xustificación concreta das razóns polas que, a partir dos labores propios do posto de traballo, concorren os requisitos legalmente establecidos para que se provea por este procedemento de libre designación, xustificación que é necesaria desde o momento en que o Estatuto básico do empregado público non altera a consideración que merecen o concurso e a libre designación como mecanismos de provisión de postos de traballo. O concurso, di o artigo 79.1 dese texto legal, é a regra, o xeito normal de provelos, mentres que a libre designación é a excepción. Como toda excepción á regra, debe ser interpretada estritamente e a Administración, cando se queira servir dela por entender que o posto de traballo é de especial responsabilidade ou de confianza, deberá xustificalo de forma específica. (...)

Neste caso, a única xustificación que se ofrece para a elección do sistema de libre designación para as catro xefaturas de servizo mencionadas é a especial responsabilidade para garantir a protección dos datos persoais.

Regap



NOTAS

A decisión desta controversia exige dilucidar se o argumento esgrimido pola Administración, de cara a xustificar a opción polo procedemento de libre designación para a provisión das xefaturas de unidade operativa, respecta o teor do artigo 92 da Lei 2/2015 e da xurisprudencia antes mencionada, ao conter unha motivación razoable baseándose nas funcións que foron encomendadas aos ditos postos. Nese sentido xa vimos que na xurisprudencia se exige que a xustificación concreta das razóns xustificativas que se ofrezan debe partir dos labores propios do posto ou postos de traballo de que se trate.

Neste caso, non se analizan as funcións concretas dos diferentes xefes de servizo, nin se acode ao exame dos labores que lle corresponden a cada un deles. Enúnciase o criterio xenérico de excepcionalidade (especial responsabilidade), pero non se realiza unha análise das funcións dos postos nin se xustifican as razóns polas que, a partir dos labores propios dos postos de traballo, concorren os requisitos legalmente establecidos para que se provea por este procedemento de libre designación, o cal implica que está ausente unha xustificación concreta da elección do sistema de libre designación. Resulta evidente que a mera mención á garantía da protección dos datos persoais resulta insuficiente, en primeiro lugar porque, segundo o artigo 74.ñ da Lei 2/2015, é deber de todos os empregados públicos gardar segredo sobre as materias clasificadas e as demais de difusión prohibida legalmente, e manter a debida discreción sobre aqueles asuntos que coñezan por razón do seu cargo, o que implica non facer uso da información obtida para beneficio propio ou de terceiros, ou en prexuízo do interese público, e en segundo lugar porque non se poñen en relación os labores propios de cada un dos postos para argumentar a especial responsabilidade que neles representa a garantía da protección dos datos persoais á cal se alude.

Ao anterior cómpre engadir que tampouco serviu de orientación para a elección do sistema de libre designación a resolución do 25 de febreiro de 2016, da Dirección Xeral da Función Pública, no preámbulo da cal se fai referencia expresa a xefaturas de servizo, e séguense as liñas marcadas pola xurisprudencia. Dise no dito preámbulo: “Tendo en conta que ata este momento a forma de provisión dos postos de traballo de xefatura de servizo era a libre designación, procede, en aplicación da citada Lei 2/2015, adaptar as relacións de postos de traballo á nova forma de provisión, é dicir, modificar os postos de libre designación a concurso específico.

Polo tanto, o sistema de libre designación debe estar debidamente xustificado para os postos non tipificados especificamente nas relacións de postos de traballo, sen que haxa ningunha razón para que, con carácter xeral, se lles adxudique esta condición a todos os postos de traballo que superen determinado nivel de complemento de destino. Con esta medida conseguírase unha función pública máis profesionalizada e seleccionada de forma máis obxectiva, sen prexuízo da súa capacitación e preparación para o desempeño do posto.

A elección do sistema de libre designación comporta a necesidade de que a Administración achegue os elementos obxectivos que permitan apreciar a pertinencia da súa utilización. Son as funcións dos postos as que deben revelar as características especiais que motiven a “Especial responsabilidade ou a cualificación profesional” e determinen, polo tanto, a súa configuración como de libre designación. Pero é preciso acreditarlo xustificadamente, de xeito que o exercicio dunha potestade discrecional por parte da Administración utilice elementos regulados que garantan a ausencia de arbitrariedade”.

Neste caso nin se achegan os elementos obxectivos que permitan apreciar a pertinencia do emprego daquela forma excepcional de provisión, nin se analizan as funcións dos postos que revelen as características que motiven a especial responsabilidade, de modo que non existe xustificación suficiente da elección pola que se optou.

A disposición cuarta da dita resolución do 25/2/2016 establece: “Entenderase que concorren criterios de excepcionalidade naqueles postos de traballo, de nivel 28 ou inferior, con funcións que impliquen o cumprimento dalgunha das seguintes atribucións: ... 5.1. Responsabilidade directa sobre os sistemas de protección de datos persoais de niveis medio e alto segundo a clasificación establecida nos apartados 2 e 3 do artigo 81 do Regulamento de desenvolvemento da Lei orgánica 15/1999, do 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal, aprobado polo Real decreto 1720/2007, do 21 de decembro”.

A especial responsabilidade que se menciona por parte da Xunta de Galicia parece aludir á mencionada, pero sería necesario o exame das funcións propias de cada unha das catro xefaturas de servizo para xustificar a súa concorrencia no caso concreto, o cal non se fai nin no informe complementario dos folios 56 a 58 do expediente nin na propia relación de postos de traballo, e nin sequera no acordo do Consello da Xunta de Galicia do 15 de setembro de 2016 (DOG do 28 de setembro), ao que se refire o citado informe complementario.

En definitiva, debe prosperar o recurso no relativo á cobertura das catro xefaturas de servizo impugnadas, para a provisión do cal debe acudirse ao sistema xeral do concurso específico para as xefaturas de servizo a que se refire o artigo 91.1 da Lei 2/2015».

5.4 Nomeamento de xefe de servizo polo sistema de libre designación.

Deber de abstención do órgano de selección polo seu estreito vínculo co candidato seleccionado. Falta de motivación. Desviación de poder

O TSXG, na súa Sentenza do 29 de xuño de 2018 (secc. 1.ª, rec. 129/2016, relator: Seoane Pesqueira), anula o nomeamento, polo sistema de libre designación, da xefatura do servizo de administración e persoal da Valedora do Pobo, tras apreciar a concorrencia de desviación de poder, considerando que:

«(...) A ausencia de real motivación da elección, nos termos que o artigo 80 RDL 5/2015 e a xurisprudencia exixen, o feito de que só se emitise informe de valoración respecto da aspirante que resultou adjudicataria, a intervención da Valedora posterior á abstención, a selección dos méritos relevantes en función dos CV e os presentados pola candidata elixida, e o nulo contraste entre os méritos dos candidatos, son datos reveladores de arbitrariedade na decisión e desviación de poder na actuación administrativa, que deben obrigar á anulación da resolución impugnada pola canle do artigo 63 da Lei 30/1992, sendo evidente a indefensión que se lle xera ao demandante polo descoñecemento das razóns polas que se considerou que a señora ----- posúe maiores méritos que o actor e os demais candidatos, cos que non se leva a cabo unha mínima comparación, aínda que a infracción dos principios de igualdade, mérito e capacidade tamén permiten incardinar a nulidade na causa recollida no artigo 62.1.a da mesma norma».

Regap



NOTAS

6 Proceso contencioso-administrativo

6.1 Determinación da contía en procesos promovidos fronte a multas coercitivas para a execución de ordes de demolición

O TSXG (secc. 2.^a), no seu Auto do 25 de setembro de 2018 (recurso de queixa 4192/2018, relator: Martínez Quintanar), establece que, nun litixio promovido fronte a unha multa coercitiva de 350 euros ditada por un concello para a execución forzosa da orde de demolición dunha vivenda unifamiliar, a contía do preito (para os efectos de determinar se cabe ou non recurso de apelación contra a sentenza de instancia) debe considerarse superior a 30.000 euros (en función do valor da vivenda), con este razoamento:

«(...) Aínda que como regra xeral cando se recorre en vía contencioso-administrativa a imposición dunha multa coercitiva é o importe da multa imposta o que determina a contía do procedemento (neste caso, 350,51 euros), sen que se deba atender ao valor económico de pretensións exercidas fronte a actos previos (como a resolución do procedemento administrativo de reposición da legalidade), neste caso particular cómpre ter en conta que o acto recorrido en vía contencioso-administrativa daba resposta a unha serie de pretensións do executado, en relación coa caducidade da acción para o restablecemento da legalidade urbanística, a caducidade do procedemento de execución forzosa e a improcedencia da execución, así como a suspensión desta última, que determinan que o valor económico da pretensión deba considerarse como de contía indeterminada, en congruencia coa tramitación que se lle deu ao procedemento contencioso-administrativo como procedemento ordinario, sen que sexa presumible que esa contía indeterminada sexa inferior a 30.000 euros, senón todo o contrario.

É certo que a elección do procedemento (ordinario ou abreviado) non impide reconsiderar na sentenza a valoración definitiva da contía do recurso contencioso-administrativo para os efectos de determinar o carácter apelable desa sentenza; pero neste caso tanto no acto recorrido como na demanda suscítanse como cuestións controvertidas unha serie de aspectos que concirnen non só á procedencia da imposición da multa coercitiva recorrida, senón que van máis alá ao cuestionar a procedencia mesma da execución forzosa na súa globalidade, o que nos obriga a atender, seguindo o criterio máis recente desta sala, como valor económico da pretensión, ao valor das obras de construción sobre as que se proxecta a orde de demolición que se trata de executar forzosamente. E este valor debe considerarse superior a 30.000 euros, na medida en que se trata da execución dunha reposición da legalidade pola construción dunha vivenda unifamiliar sen licenza.

Iso é así neste caso, xa que o núcleo da controversia resolta polo acto recorrido e formulada na demanda xira arredor da restitución das cousas ao estado anterior á obra, isto é, sobre a procedencia da execución forzosa da demolición das obras de construción de vivenda unifamiliar; por iso a contía do recurso debe vir determinada polo valor da construción que debe ser demolida, neste caso unha vivenda unifamiliar.

A demandante fixaba na súa demanda a valoración das obras en 43.080,55 euros, por ser esta a valoración das obras que figuraba no expediente; e afirma que a parte demandada considerou no seu escrito de contestación á demanda como indeterminada a contía.

O exposto debe ser interpretado a favor do dereito á tutela xudicial efectiva, e a ausencia de concreción do importe concreto e determinado, unido ao contido do acto recorrido na primeira instancia, posto en relación coas pretensións da demanda, leva a considerar que contra a sentenza recaída nas actuacións si que cabe recurso de apelación».

7 Responsabilidade patrimonial

7.1 Prazo de prescrición da reclamación indemnizatoria formulada pola anulación xudicial de licenza que leva consigo a demolición da edificación autorizada

O TS, na súa Sentenza do 10 de xullo de 2018 (rec. 1548/2017, relator: Fernández Valverde), conclúe que o prazo anual de prescrición, nas reclamacións de responsabilidade patrimonial polos prexuízos derivados da anulación xudicial de licenzas urbanísticas con consecuencias demolitorias, debe computarse non desde a data do derrubamento da edificación, senón desde a moi anterior en que adquiriu firmeza a sentenza anulatoria:

«(...) confirmamos a interpretación realizada pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia considerando como interpretación máis acertada dos artigos 139.2, e 142.4 e 5 da LRXPA –nos supostos en que a execución da sentenza implica a demolición do construído– a que sinala que, como regra xeral, debe ser a data da firmeza da sentenza anulatoria do acto ou disposición impugnados a que determina o inicio do prazo anual previsto para a reclamación de responsabilidade patrimonial derivada de tal anulación, sen que poida ser considerada como tal a data da demolición do inmovible construído ao abeiro do acto ou disposición impugnado».

regap



NOTAS

7.2 Responsabilidade dos servizos autonómicos de emerxencias pola “perda de oportunidade” derivada da demora na localización dun motorista accidentado con teléfono móbil operativo

A Sentenza do TSXG do 12 de decembro de 2018 (rec. 312/2018, relator: Seoane Pesqueira) confirma a condena á Xunta de Galicia ao pagamento dunha indemnización aos familiares dun mozo que faleceu como consecuencia dun accidente de circulación. Saíu da estrada nun lugar boscoso e deshabitado, quedando tendido consciente no chan, cun teléfono móbil operativo desde o que pediu socorro. Tardaron varias horas en localizalo, cando acababa xa de falecer desangrado. O tribunal confirma a responsabilidade da Administración demandada por non ter actuado con dilixencia na localización da vítima aproveitando o sinal do seu teléfono móbil:

«(...) o esencial é determinar se o dito operativo se desenvolveu dentro dos estándares de seguridade exhibibles ao 112, empregando os medios que a Administración tiña á súa disposición para a localización do accidentado, que non se habían de reducir ao sistema automático “POSIC112”, porque neste caso a proba pericial do enxeñeiro de telecomunicacións don ----- puxo de manifesto que: 1.º no teléfono móbil da vítima estaban dispoñibles os sistemas GSM, UMTS e GPS; 2.º no punto do accidente o dito perito xudicial comprobou que a operadora Vodafone, á que correspondía o móbil do accidentado, tiña non menos de

seis estacións base GSM e UMTS, aínda que na data do contratempo mesmo podía haber máis, porque coa introdución posterior do sistema LTE puido haber unha substitución de bases UMTS por LTE; 3.º tanto mediante a localización por parte do operador como polo uso do GPS do móbil, a posición da vítima podía ter sido estimada con precisión suficiente como para localizalo rapidamente; 4.º polo uso da localización GSM/UMTS o erro de posicionamento nunca debería ser superior a 200 metros e polo GPS nunca superior a 50 metros, restrinxíndose notablemente a área a buscar debido a que se tratou dun accidente de tráfico, de xeito que só se podía atopar o accidentado a poucos metros dunha estrada (o que se confirmaba coa información proporcionada a través do seu teléfono móbil polo señor -----); 5.º dado que o accidentado era usuario do servizo de WhatsApp, tamén era posible enviar a posición GPS de maneira que a localización fose inmediata, sen máis que axudarlle ao usuario (que aínda estaba consciente cando estaba en comunicación co 112) cunhas instrucións sinxelas; 6.º dado que o teléfono móbil que portaba o accidentado era un Samsung con sistema Android, tiña preinstalada a aplicación Google Maps, o que permitía compartir a posición de forma inmediata e precisa, así mesmo dándolle ao accidentado unhas sinxelas instrucións cando aínda estaba consciente, e o mesmo cabe dicir da aplicación Hangouts; e 7.º utilizando o protocolo POSIC112 podería terse solicitado do operador a posición do teléfono móbil da vítima, para o que nin sequera se necesitaba que o teléfono móbil tivese instalada ningunha aplicación nin se precisaba a colaboración do usuario. (...) aínda que se incluíse como risco ordinario, ao afectar a máis dun municipio (inicialmente non se sabía o lugar exacto en que tivera lugar o contratempo), o CAE 112 Galicia tiña como labor a atención da chamada realizada polo cidadán ante a situación de emerxencia (sen dúbida afectaba á seguridade do accidentado), darlles o tratamento correspondente e a mobilización dos recursos, polo que non basta con que se puxese en marcha o dispositivo de emerxencia en seis minutos, pois no operativo está incluída a procura do sinistrado, e de feito o CAE 112 implicouse desde o primeiro momento nesta, tratando de coordinar todos os recursos dispoñibles, polo que é perfectamente factible que se analice e axuice a actuación daquel servizo autonómico, coincidindo a sala na valoración de que non se revelou a presenza dun estándar mínimo de calidade no dispositivo de procura, achacable ao CAE 112, porque, tal como se puxo de manifesto na proba pericial xudicial, non se puxo en marcha un mecanismo de comunicación directa coa operadora do móbil e non se revelou unha mínima formación en quen atende as chamadas do 112 co fin de poder indicarlle á vítima os sinxelos pasos precisos para conectar o Google Maps do seu móbil ou para enviar a súa posición por WhatsApp.

(...) Ninguén dubida de que o dispositivo de emerxencia (urxencias médicas, Garda Civil de Tráfico, GRUMIR de Ribadavia e Beade, e agrupación de voluntarios de protección civil de Castrelo de Miño) a puxese en marcha nun tempo axeitado, pero con iso non basta, pois na súa actuación non se cumpriu co estándar mínimo de calidade que cabía exixir para localizar o ferido, xa que tiña ao seu alcance o CAE 112 Galicia medios suficientes para unha busca máis eficiente, podendo comunicar directamente con Vodafone para unha correcta localización, e formar axeitadamente os operarios ao seu servizo (...).

Polo demais, non se aprecia o erro que o apelante lle atribúe á sentenza apelada, porque das tres primeiras funcións que lle atribúe o artigo 18 da Lei 5/2007 á Axencia Galega de Emerxencias dedúcese que lle corresponde a coordinación dos medios de localización, e, de feito, operarios do CAE 112 interviñeron directamente na busca, pódose en comunicación telefónica co accidentado polo menos en tres ocasións, sen que lle chegasen a indicar as

instrucións precisas para activar o Google Maps ou enviar a súa posición por WhatsApp. O feito de que o último parágrafo do artigo 37.2 da Lei 5/2007, para o caso de xestión de riscos ordinarios (xa vimos que é dubidoso que este se poida incluír no dito precepto), estableza que “O Centro de Atención ás Emerxencias 112 Galicia non comprenderá a prestación material da asistencia requirida” non impide que interveña e coordine o dispositivo de localización e procura, como de feito sucedeu, porque a prestación material mencionada máis parece referirse á asistencia no salvamento, rescate, médica, etc., unha vez localizado. Resulta revelador de que o CAE 112 tiña entre os seus labores o da localización do accidentado a implantación do protocolo “POSIC112v2”, cuxa finalidade é localizar o lugar de orixe das chamadas entrantes, cos datos telemáticos da propia chamada. Malia iso, a Xunta de Galicia tardou máis dunha hora en indicarlle ao accidentado que colgase o teléfono e chamase el directamente ao 112 (pois ata entón chamábase desde o 061 ou 112 ao accidentado, e non ao revés), malia o cal non apareceron os datos para a súa localización, e tampouco se puxo en práctica, ao non existir ou non constar, un plan de actuación alternativo (como foi recoñecido testificalmente polo seu xefe) que permitise aquela localización, mediante os sinxelos mecanismos xa descritos. (...)

O apelante alega que non se lle pode exixir á Administración autonómica a aplicación dun plan específico, porque alega que non era un caso de emerxencia colectiva. Non obstante, si cabe imporlles ao CAE 112 e á Xunta de Galicia o cumprimento dun estándar mínimo nas tarefas do operativo de cara á procura e localización do accidentado cun plan alternativo de actuación, sobre todo en casos, como este, en que se revela como insuficiente a mera xestión de chamadas con outros integrantes do dispositivo, máxime cando a execución daquelas accións que se botan en falta (comunicación coa operadora, instrucións ao accidentado para a activación do Google Maps e actuación do WhatsApp para trasladar a súa localización) estaban ao alcance dos membros do 112».

REGAP



NOTAS

8 Tributos

8.1 Imposto sobre o incremento de valor de bens de natureza urbana (plusvalía). Devolución de ingresos indebidos tras a declaración de inconstitucionalidade parcial da súa regulación. O reclamante debe acreditar que non se produciu un incremento do valor do ben

Así o establece o TS na súa Sentenza do 21 de novembro de 2018, referida a Galicia (rec. 4983/2017, relator: Toledano Cantero), con estes argumentos:

«(...) é evidente que, tras a declaración de inconstitucionalidade dos artigos 107.1, 107.2 a) e 110.4 do TRLFL contida na STC 59/2017, o principio de igualdade tributaria non “obriga en todo caso –reproducimos neste punto a interrogante formulada na cuestión casacional obxectiva fixada no auto de admisión– á anulación das liquidacións e ao recoñecemento do dereito á devolución de ingresos indebidos nas solicitudes de rectificación de autoliquidacións polo imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana, sen entrar a valorar a existencia ou non en cada caso dunha situación inexpressiva de capacidade económica”. E é que, se así fose, estaríase a atribuír a mesma consecuencia xurídica –isto é, a non-aplicación do imposto– a supostos disímiles –nuns casos someteríanse a tributación

no IIVTNU manifestacións de riqueza existentes (plusvalías reais) e noutros non (minusvalías efectivas)– e, polo tanto, estariase a aplicar o corolario que dimana do mandato constitucional de igualdade en casos en que este principio, simplemente, non resulta aplicable. Como reiterou incesantemente o Tribunal Constitucional, nin a igualdade que reclama o artigo 14 CE, nin a que impón o artigo 31.1 CE se aplican a supostos de falta de identidade dos termos de comparación. E resulta obvio que no caso que nos ocupa os termos de comparación serían disímiles” (...).

En consecuencia, conforme os fundamentos expostos na recente sentenza do 9 de xullo de 2018, cit., e segundo ordena o artigo 93.1 LXCA, procede fixar a seguinte interpretación dos preceptos legais concernidos neste litixio:

1.º) Os artigos 107.1 e 107.2 a) do TRLFL, a teor da interpretación que fixemos da decisión e do fundamento xurídico 5 da STC 59/2017, presentan só dunha inconstitucionalidade e nulidade parcial. Neste sentido, son constitucionais e resultan, pois, plenamente aplicables, en todos aqueles supostos en que o obrigado tributario non logrou acreditar, por calquera dos medios que expresamos no fundamento de dereito quinto, que a transmisión da propiedade dos terreos por calquera título (ou a constitución ou transmisión de calquera dereito real de desfrute, limitativo do dominio, sobre os referidos terreos), non puxo de manifesto un incremento do seu valor ou, o que é igual, unha capacidade económica susceptible de ser gravada con fundamento no artigo 31.1 CE.

2.º) O artigo 110.4 do TRLFL, non obstante, é inconstitucional e nulo en todo caso (inconstitucionalidade total) porque, como sinala a STC 59/2017, “non permite acreditar un resultado diferente ao resultante da aplicación das regras de valoración que contén”, ou, dito doutro xeito, porque “imp[ide] aos suxeitos pasivos que poidan acreditar a existencia dunha situación inexpressiva de capacidade económica (SSTC 26/2017, FX 7, e 37/2017, FX 5)”. Esa nulidade total do dito precepto, precisamente, é a que posibilita que os obrigados tributarios poidan probar, desde a STC 59/2017, a inexistencia dun aumento do valor do terreo ante a Administración municipal ou, seu é o caso, ante o órgano xudicial, e, no caso contrario, é a que habilita a plena aplicación dos artigos 107.1 e 107.2 a) do TRLFL.

(...) A lóxica consecuencia do ata aquí exposto non pode ser outra que a estimación do recurso de casación núm. 4983/2017, promovido polo Concello da Coruña (...). É na resolución das cuestións suscitadas neste recurso de casación onde esta sentenza debe diferir –por pura coherencia, fundada na inversión das posicións procesuais, froito á súa vez do sentido das respectivas decisións– da resposta contida na sentenza á que continuamente nos vimos referindo, pois, como arriba indicamos, a aquí impugnada anula a liquidación do IIVTNU, por considerar que o imposto non podía ser exixido por ter perdido vixencia total o precepto legal habilitante do gravame. Noutras palabras, a sentenza aquí impugnada é o expoñente claro da que viñemos considerar a mal chamada tese maximalista, pois mesmo descartando o uso da expresión, recollémola polo menos para facilitar a comprensión do seu sentido e alcance.

Iso condúcenos ás declaracións seguintes, que imos fundamentar no declarado con valor de doutrina, e amplamente transcrito, na nosa sentenza do 9 de xullo de 2018, pronunciada no recurso de casación 6226/2017:

A sentenza ditada polo Xulgado do Contencioso-Administrativo (...) debe ser casada e anulada, dado que contén un criterio contrario ao que establecemos, xa que considera

erroneamente que os artigos 107.1 e 107.2 a) do TRLFL, sobre determinación da base imponible do imposto municipal que nos ocupa, foron expulsados de xeito absoluto e incondicional do ordenamento xurídico, o que rexeitamos formalmente, ao afirmar que tales artigos “[...]a teor da interpretación que fixemos da decisión e do fundamento xurídico 5 da STC 59/2017, presentan só unha inconstitucionalidade e nulidade parcial”.

En canto á resolución sobre as pretensións da parte actora, debemos desestimar o recurso contencioso-administrativo interposto, xa que a demandante non negou a existencia de incremento de valor dos terreos obxecto de transmisión mortis causa, limitándose a cuestionar desde un punto de vista puramente especulativa a inviabilidade, ao seu xuízo, de acreditar unha situación de inexistencia de plusvalía baixo a aplicación do sistema previsto no art. 107 TRLFL, pero sen achegar o menor indicio de que tal circunstancia puidese acontecer, nin intentar proba ningunha ao respecto. Antes ben, dos datos que constan no expediente e proba documental achegada, e atendida a duración do período transcorrido entre transmisións, que neste caso é o máximo legal de 20 anos previsto no art. 107.1 TRLFL, non cabe albergar dúbidas sobre a existencia dunha situación de incremento do valor dos terreos que, en consecuencia, determina o nacemento do feito imponible gravado. Procede, en consecuencia, desestimar o recurso contencioso-administrativo».

9 Universidades

9.1 Distribución equitativa e proporcionada da carga docente entre o profesorado

O TSXG, na súa Sentenza do 18 de xullo de 2018 (rec. 136/2018, relator: López González), desestima o recurso promovido por unha profesora da Universidade de Vigo fronte ao incremento de horas de clase que se lle impuxo na última modificación do plan de ordenación docente do seu departamento, coa seguinte argumentación:

«(...) Sostiña a parte demandante que o Plan de Ordenación Docente impugnado, apartándose da inicial proposta da Área de Botánica do Campus de Ourense, e ante a xubilación de varios dos seus compañeiros, acordou incrementar o seu tempo de docencia presencial de 182 a 280 horas e de tres a cinco materias. Consideraba ese incremento arbitrario, excesivo, desigual e inasumible, pois non resultaba comprensible que, en lugar de repartir esa carga de traballo entre o profesorado, se lle atribuíse a ela con carácter exclusivo, o que non só menoscababa a súa saúde pola situación de estrés que lle producía, senón que lle impedía, tamén, o desenvolvemento do seu labor de investigación por falta do tempo preciso para tal fin.

(...) A sentenza apelada incorre nun dobre erro ao considerar, por un lado, que se produciu un incremento da carga docente da actora que cualifica de arbitrario, desproporcionado e desigual, cando en realidade a Universidade de Vigo, a través do Plan de Ordenación Docente aprobado, non fixo outra cousa que completar a capacidade docente da demandante para axustala á establecida para o resto de profesores e ás necesidades docentes desa universidade; e, por outro, en canto a dita sentenza aprecia ausencia de motivación que xustifique aquela decisión, cando do contido das actuacións e, especialmente, da propia resolución impugnada se deduce todo o contrario.

Regap



NOTAS

(...) O artigo 68 da Lei orgánica de universidades, no que afecta ao réxime de dedicación, establece (...) A Universidade de Vigo conta, ademais, con normativa propia e específica de cara ao recoñecemento de actividades docentes do persoal docente e investigador, que foi aprobada polo Consello de Goberno o 12 de febreiro de 2016.

(...) discriminatorio sería acoller a pretensión actora en detrimento dos seus compañeiros. Xustificar como fai a demandante unha minoración da súa capacidade docente, respecto destes, en razóns de idade, próxima á xubilación, ou no seu estado físico de saúde derivado do estrés que a fai ser tributaria de diversas baixas laborais ou, por último, no que ela considera mellora do sistema docente universitario, como vía para lograr a excelencia, non resulta de recibo. Se a súa idade ou a súa condición psicofísica non lle permiten desenvolver a súa actividade ao nivel dos seus compañeiros no profesorado, tales circunstancias poderán xustificar a súa anticipada xubilación ou as súas baixas temporais por enfermidade ou mesmo, se procedese, a súa declaración de incapacidade, pero nunca o trato privilexiado que pretende obter; e a alusión á excelencia universitaria pola canle da mellora do sistema docente universitario é un fin loable pero que escapa do seu ámbito de competencia».

Regap

Recensiones

3

Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico. Estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor

56
Regap

JAIME ANTONIO PINTOS PÉREZ

Avogado e investigador predoutoral
jaimepintosperez@gmail.com

Recibido: 08/11/2018 | Aceptado: 20/12/2018

Regap



RECESIÓN

MÍGUEZ MACHO, L., e ALMEIDA CERREDA, M. (coords.): *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado autonómico. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, 1537 pp. ISBN 975-84-948634-5-5.

"Hai que empeñarse sen cesar en recalcar a satisfacción de que en España acontezan experiencias como as que denota a traxectoria académica do profesor Carro". Poucas frases, como esta do profesor Martín-Retortillo Baquer, condensan mellor a idea sintética que esta obra laudatoria, *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado autonómico*, trata de glosar. Este empeño non é outro que o de eloxiar e agradecer, a través deste *Liber amicorum*, a dedicación de toda unha vida do profesor Carro Fernández-Valmayor, catedrático de Dereito Administrativo da Universidade de Santiago de Compostela.

Grazas ás descrições levadas a cabo por xuristas de primeira orde, como os profesores Otero Parga, Martín-Retortillo Baquer, Tomás-Ramón Fernández, Gómez-Ferrer Morant, Muñoz Machado, Martín Rebollo ou Guido Corso, podemos aproximarnos á personalidade e profesionalidade do profesor Carro Fernández-Valmayor. A través destas descrições podemos entrever claramente a figura dun dos avantaxados discípulos directos do profesor García de Enterría, que, xunto con gran parte dos encargados de realizalas, forman o legado da escola do eminentísimo mestre do dereito administrativo.

Para comezar a recensión desta obra, debemos felicitar os seus coeditores, a Fundación Democracia y Gobierno Local e Andavira Editora, así como os colaboradores que fixeron posible que saia á luz; ao Parlamento de Galicia, á Valedora do Pobo, á Escola Galega de Administración Pública e ao Observatorio Internacional da Regulación das Entidades do Sector Público (OIRESP). Tamén é necesario recoñecer o arduo traballo de coordinación aos profesores Míguez Macho e Almeida Cerrada, así como aos seus máis achegados compañeiros António Cândido Macedo de Oliveira, Elena Brea Bermejo e Carla Casanueva Muruais, sen a participación e dedicación dos cales esta obra non tería visto a luz.

No tocante ao tema elixido para a obra, non podería estar máis de actualidade. Nunha situación de grave crise institucional e política como a existente, nada é máis necesario que ter un coñecemento do dereito *in profundis*, e en especial do dereito administrativo, que é, sen lugar a dúbida, a base do funcionamento tanto da Administración xeral do Estado como dos demais entes locais e do sector público.

Este labor de estudo ten a obriga, tanto académica como social, de encher as lagoas de coñecemento xurídico que a sociedade tanto revela, abstraendo en todo caso o debate dos foros en que hai máis *potestas* que *auctoritas* e baixando a cuestión á area do foro netamente técnico-xurídico. Aquí entra de cheo a auténtica utilidade desta obra, que trata temas de candente actualidade, tanto xurídica como social, posto que o binomio de sociedade e dereito sempre adoitan ser ambas as dúas caras dunha mesma moeda.

A obra estrutúrase en dous volumes, diferenciándose á súa vez dous grandes bloques, un de parte xeral e outro de parte especial. A parte xeral trata fundamentalmente cinco áreas do dereito administrativo, que son: as bases histórico-dogmáticas do dereito administrativo, a organización administrativa, o réxime xurídico do sector público e o procedemento administrativo, a contratación do sector público e a tutela xurisdiccional do administrado. Na parte especial incardínanse temas de tanta relevancia e interese como: a acción administrativa e os seus medios, a Administración prestacional, a intervención administrativa na economía, ou o dereito urbanístico e bens públicos.

Non cabería, nesta breve reflexión, reflectir a totalidade dos excelentes capítulos que a integran; por iso, poremos de relevo algúns dos temas xerais de sumo interese que trata. Nesta obra atoparemos temas tan acredores de debate como a influencia do constitucionalismo no dereito administrativo, a modernización da Administración –cuestión esta moi demandada polos distintos operadores xurídicos– ou aspectos de índole municipal e de autonomía local, así como de organización institucional.

Tamén se recollen brillantísimos capítulos, sen dúbida á altura dos seus autores, nos que se tratan temas esencialmente técnicos, de aplicación á práctica diaria, como son os referidos á nova Lei de procedemento administrativo de 2015, o procedemento de revisión de oficio ou a aplicación e transposición de directivas da Unión Europea, entre outros.

Por outro lado, na parte especial, recóllense asuntos de tanto calado como os problemas dos dereitos dixitais –de tanto proveito na sociedade das TIC– ou a potestade sancionadora e disciplinaria das administracións públicas. No tocante á intervención e impacto da actividade administrativa na esfera económica, sobresaen temas como a intervención no modelo turístico –de grande importancia na economía española–, a xestión dos dereitos audiovisuais ou cuestións tan novidosas como os fenómenos das vivendas particulares dedicadas ao uso

turístico e o seu tratamento polos poderes públicos. Igualmente saen a colación contidos relacionados coas costas, os usos do solo agrario, os bens comúns ou a ordenación do territorio dentro do apartado que versa sobre o dereito urbanístico e os bens públicos.

Así mesmo, ao final do segundo volume da obra, faise un sincrética referencia ao vasto *curriculum vitae* do profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor, no cal se pode consultar a súa traxectoria tanto docente como investigadora. Por último, e como broche de ouro á obra, repórtase unha *tabula gratulatoria* en que destacadísimos nomes do dereito, tanto españois como estranxeiros, felicitan o homenaxeado pola súa traxectoria, e desexan para el unha venturosa xubilación afastada dos rigores da vida funcional universitaria, que, aínda lonxe dos focos do *rigoroso directo*, continuará sendo sen dúbida moi frutífera.

Por todo o dito, recoméndase a atenta lectura e análise dos dous volumes que conforman a obra obxecto de recensión a todas e a todos os xuristas interesados en afondar no coñecemento do dereito administrativo, pois sen dúbida obterán un gran beneficio dela.

Regap



RECENSIONES

El interés casacional objetivo en su interpretación auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa

ANA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ

Profesora de Dereito Procesual
Universidade de Santiago de Compostela
ana.rodriguez.alvarez@usc.es

Recibido: 12/11/2018 | Aceptado: 20/12/2018



CANCIO FERNÁNDEZ, R. C., e CAZORLA PRIETO, L. M. (dirs.): *El interés casacional objetivo en su interpretación auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, 360 pp.

Unha das principais novidades da Lei orgánica 7/2015, do 21 de xullo, pola que se modifica a Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial, foi, sen dúbida, a reforma do recurso de casación contencioso-administrativo. A través da disposición derradeira terceira desta norma, modificáronse os artigos 86 e seguintes da LXCA, establecéndose un novo modelo que orbita arredor dun elemento clave: o interese casacional obxectivo.

Transcorrido un tempo prudencial desde a entrada en vigor da lei, chegou o momento de preguntarnos, partindo dunha perspectiva práctica, se o novo modelo de casación cumpriu –ou non– co seu cometido, cales son as eivas detectadas e que melloras cabería desenvolver. Precisamente, a dar resposta a estas interrogantes diríxese esta obra: *El interés casacional*

objetivo en su interpretación auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa, dirixida por Raúl César Cancio Fernández e Luis María Cazorla Prieto.

Tras un prólogo que corre a cargo do maxistrado do Tribunal Supremo Diego Córdoba Castroverde, esta obra colectiva divídese en nove capítulos. En cada un deles, abórdase unha cuestión concreta do tema que nos ocupa.

No primeiro, «Respuestas a los problemas procesales derivados de la entrada en vigor del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo o cuando el recurso de queja dejó de ser arte menor», Raúl César Cancio Fernández centra o seu estudo nos recursos de queixa que se formulan cando a casación se tivo por non preparada na instancia.

Como nos explica o autor, o actual sistema supuxo o «rexurdimento» do auto, cuxo contido dispositivo –dadas as cuestións suscitadas neles– é agora de extraordinaria relevancia. Tanto é así que chega a cualificalos de «verdadeiras guías de uso do novo recurso».

Lonxe de limitarse a estas afirmacións, Cancio Fernández realiza un completo percorrido sobre os recursos de queixa resoltos polo Tribunal Supremo, analizando cuestións como o rol dos órganos *a quo* na verificación dos requisitos do escrito de preparación do recurso; a acreditación da recorribilidade da resolución impugnada; a pautación dos elementos configuradores do interese casacional obxectivo; os problemas derivados da ausencia de previsións de dereito transitorio; a extemporaneidade como causa para non ter por preparado o recurso; ou as exigencias formais dos escritos. Tampouco esquece as dúbidas xurdidas arredor do recurso de casación autonómico, as cales derivan da súa insuficiente regulación legal.

O segundo capítulo –«El Derecho tributario, sin el muro cuantitativo, conquista la última instancia en casación»–, de Mercedes Ruiz Garijo, aborda, como xa adianta o seu propio título, os asuntos de dereito tributario que chegaron á casación. A este respecto, non está de máis recordar que o anterior límite mínimo da contía do recurso –fixado en 600.000 €–, vedaba *de facto* o acceso á casación de materias como os tributos locais ou os impostos con períodos de autoliquidación trimestral. Suprimida esta limitación tras a reforma, o número de admisións en materia tributaria elevouse, e prevese que no futuro o faga aínda máis.

Sendo consciente das fallas do sistema, Ruiz Garijo destaca como aspecto positivo a unificación dos criterios xurisprudenciais que a nova casación traerá consigo, o cal implicará, ao cabo, unha maior protección dos dereitos dos contribuíntes.

O aspecto máis destacado do capítulo constitúeo o apartado referido ás principais pautas interpretativas do interese casacional obxectivo en materia tributaria, as cales constan nas resolucións da Sección de Admisión. A análise que nel se contén resultará de grande interese para os estudosos do proceso contencioso-administrativo.

Pola súa banda, o capítulo terceiro –«Sección 3. Organismos reguladores, agencias estatales y los “big four”»–, a cargo de Marta Timón Herrero, ocúpase das resolucións da Sección de Admisión sobre asuntos cuxo coñecemento se atribúe á Sección Terceira da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, en virtude da repartición establecida no Acordo do 10 de outubro de 2017 da Sala de Goberno do Tribunal Supremo, sobre composición e funcionamento das salas e seccións e asignación de relatorios que deben alternar os maxistrados en 2018.

A devandita distribución atribúe competencia á Sección Terceira en sectores tan importantes como a enerxía, o gas, o mercado de valores, as telecomunicacións e o audiovisual; e en materias de gran proxección mediática como a prestación de servizos de transporte a través de plataformas dixitais ou o dereito ao esquecemento en Internet.

Dentro deste marco competencial –e como sinala a propia autora–, o seu estudo detense nos casos que revisten unha especial relevancia «ben por interpretar os presupostos de recorribilidade ou delimitar o alcance dos supostos de interese casacional obxectivo, ben por formular cuestións de fondo de indubidable interese».

Do mesmo xeito que o capítulo terceiro se centraba no labor da Sección Terceira, o cuarto fai o propio cos asuntos competencia da sección do mesmo ordinal. Baixo o título «De defensa a personal, pasando por los órganos constitucionales: una Sección omnicomprendiva», Susana de la Sierra, tras sinalar o heteroxéneo ámbito competencial desta sección, expón os principais criterios interpretativos nas súas correspondentes materias.

A autora indícanos que boa parte dos asuntos que chegaron a esta sección teñen que ver con cuestións relativas ao persoal ao servizo das administracións públicas, un asunto que, co anterior réxime, dificilmente accedía á casación. Véxanse, por exemplo, os relativos ao réxime xurídico do persoal temporal, ao nacemento e extinción da relación de servizo ou aos complementos retributivos.

Outra materia atribuída a esta sección é a de contratación pública, de máximo interese se temos en conta a recente entrada en vigor da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, o que exixirá a intervención do alto tribunal para resolver as dúbidas interpretativas que esta xerou –e as que xerará–.

Non son, porén, os únicos sectores aos que De la Sierra se refire na súa achega. Tamén atoparemos bloques temáticos como dereitos fundamentais, Administración local, Seguridade Social ou aplicación de normas de dereito internacional público en España, entre outros.

Seguindo o esquema dos capítulos precedentes, o capítulo quinto dedícase á sección homónima da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo. En «El Derecho administrativo más genuino y la Sección con la tasa más alta de registro», José Antonio Domínguez Luis explica de maneira pormenorizada e sistemática os casos sobre os que a Sección de Admisión se pronunciou e cuxo coñecemento corresponde á mencionada Sección Quinta: urbanismo e ordenación do territorio; medio ambiente; expropiacións; responsabilidade patrimonial; autorizacións e licenzas relativas ao desenvolvemento de actividades comerciais e industriais; dominio público marítimo-terrestre; augas, montes, minas e vías pecuarias; así como asuntos referidos ao Ministerio de Xustiza e ao Ministerio de Interior.

O autor faino partindo dunha peculiaridade desta sección, apuntada xa ao comezo do seu traballo: sobre as materias competencia da Sección Quinta xa existe, polo xeral, unha abundante xurisprudencia, «tendo en conta a veteranía das normas que disciplinan esta clase de asuntos». En consecuencia, non sempre resultará sinxelo apreciar a existencia do interese casacional obxectivo.

No sexto capítulo «Recurso de casación y “vicios *in procedendo*”», Pilar Cancer Minchot pon de manifesto os atrancos que a exixencia de interese casacional obxectivo xera de

cara a remediar as infraccións procesuais cometidas en procesos cuxas resolucións son, en principio, recorribles.

Tal como afirma a autora, a pesar de que a LXCA non exclúe a alegación dos vicios *in procedendo*, os imperativos do novo modelo dificultan a admisión dun recurso de casación baseado na alegación da infracción de actos e garantías procesuais ou de normas reguladoras da sentenza. Isto é, aínda que non se debe descartar que a alegación dun vicio *in procedendo* poida ter interese casacional, hai que recoñecer que as posibilidades de éxito son escasas.

Asemade, Cancer Minchot detense con perspectiva crítica no suposto de incongruencia omisiva, así como no vínculo entre a casación e o incidente de nulidade de actuacións. Por exemplo, con respecto a este último, considera que a solución apuntada polo Tribunal Supremo –a cal exige a preparación previa do recurso de casación e a súa posterior inadmisión para poder emendar a infracción a través do incidente de nulidade de actuacións– resulta excesivamente gravosa.

No capítulo 7, titulado «Un no tan nuevo actor casacional: los Juzgados de lo contencioso-administrativo», Ángel Ardura Pérez centra o seu traballo no acceso á casación das resolucións dos xulgados do contencioso-administrativo. A este respecto, cómpre lembrar que o novo sistema de casación incrementou o número de resolucións destes órganos xurisdiccionais que, polo menos potencialmente, poden acceder ao recurso extraordinario.

Ardura Pérez expón os modos de acceso á casación –directo e indirecto–, así como o papel que os xulgados cumpren na fase de preparación do recurso e na fase de execución das resolucións ditadas en casación. E, como vén sendo habitual nos diversos capítulos que compoñen esta obra, faino cunha mirada crítica, apuntando non só cal é a actual regulación ou as resolucións do Tribunal Supremo ao respecto, senón tamén cales son os criterios pendentes de pronunciamiento.

O penúltimo dos capítulos –o oitavo– leva por título «El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo». Juan Pedro Quintana Carretero realiza nel unha completa exposición acerca do recurso de casación autonómica.

O discurso artículase arredor da súa deficiente regulación na LXCA. Para que nos fagamos unha idea, son tales as lagoas existentes –e de tal alcance– que tribunais superiores de xustiza como o de Madrid ou o da Comunidade Valenciana se tiveron que pronunciar corroborando a propia existencia do recurso.

Os problemas, desde logo, non se esgotan aquí. A isto hai que sumar dúbidas de tanta transcendencia como as de que resolucións son susceptibles de ser recorridas por esta vía ou cal é o procedemento que se debe seguir para a súa tramitación; e tampouco se deixan a un lado cuestións como, por exemplo, a presentación simultánea dun recurso de casación ante o Tribunal Supremo e dun recurso de casación autonómica contra a mesma resolución, ou a dificultade de constituír unha sección especial de casación autonómica, todas elas abordadas neste capítulo.

O noveno e último capítulo –«La visión del abogado tras un año de aplicación del nuevo recurso contencioso-administrativo»–, de Ignacio M. Martín Fernández, parte da perspectiva

dos letrados co obxectivo de plasmar algunhas reflexións suscitadas por mor da implementación da reforma.

Na opinión do autor, a nova casación exixiralles aos avogados un plus de especialización, xa que a identificación e acreditación da existencia de interese casacional obxectivo «pode chegar a constituír toda unha nova área de especialización profesional, pois só o profundo coñecemento dos novos criterios [...] vai permitir formular con éxito a admisión».

Tras destacar o esforzo de actualización e modernización por parte da Sala Terceira, Martín Fernández ofrece datos e estatísticas referidos ao período comprendido entre xullo de 2016 e decembro de 2017. Neles explicitáanse cales son as porcentaxes de admisión e de inadmisión, a procedencia dos recursos, a distribución por materias, etc.

Tras iso, a súa achega analiza certos aspectos procesuais de gran transcendencia para a elaboración dos escritos de preparación, ofrecendo así unha útil guía forense sobre a comparecencia nos recursos xa admitidos a trámite ou a alegación respecto da incongruencia omisiva da resolución impugnada, entre outros.

De todo o apuntado ata o momento, despréndese o enorme interese e actualidade desta obra colectiva. Un traballo útil e moi recomendable tanto para os teóricos como para os prácticos do proceso contencioso-administrativo. En resumidas contas, *El interés casacional objetivo en su interpretación auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa* ofrécenos un completo e rigoroso mapa que nos permitirá explorar, coñecer e comprender un territorio aínda por descubrir: o da nova casación contencioso-administrativa.

REGAP



RECESIÓN