

Revista Galega de Administración Pública

67

Revista Galega de Administración Pública

Núm. 67 (xaneiro-xuño 2024)

_ESTUDIOS [01] ALEMANY GARCÍAS, Juan. As sociedades urbanísticas mixtas no ámbito local
[02] CLEMENTE MARTÍNEZ, Jaime. A Defensoría Veciñal e o seu papel garante do bo goberno local
[03] FERNÁNDEZ SCAGLIUS, María de los Ángeles. O protagonismo dos principios xerais no Código italiano de contratos públicos
[04] ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. A ideoloxía da perspectiva de xénero
[05] RIVERO ORTEGA, Ricardo. Temos balas de prata contra a corrupción na contratación pública?
_COMENTARIOS E CRÓNICAS [06] GONZÁLEZ DONA, José Manuel. O imposto compensatorio ambiental mineiro como tributo propio de Galicia: exame conforme o ordenamento xurídico da Unión Europea
[07] DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Xurisprudencia contencioso-administrativa
_RECENSIÓNS [08] ANTOUN, Sophie. Martín Fernández, Carmen, El régimen sancionador de la seguridad ciudadana, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2023

_ESTUDIOS [01] ALEMANY GARCÍAS, Juan. Las sociedades urbanísticas mixtas en el ámbito local
[02] CLEMENTE MARTÍNEZ, Jaime. La Defensoría Vecinal y su papel garante del buen gobierno local
[03] FERNÁNDEZ SCAGLIUS, María de los Ángeles. El protagonismo de los principios generales en el Código italiano de contratos públicos
[04] ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. La ideología de la perspectiva de género
[05] RIVERO ORTEGA, Ricardo. ¿Tenemos balas de plata contra la corrupción en la contratación pública?
_COMENTARIOS Y CRÓNICAS [06] GONZÁLEZ DONA, José Manuel. El impuesto compensatorio ambiental minero como tributo propio de Galicia: examen conforme al ordenamiento jurídico de la Unión Europea
[07] DE COMINGES CÁCERES, Francisco. Jurisprudencia contencioso-administrativa
_RECENSIONES [08] ANTOUN, Sophie. Martín Fernández, Carmen, El régimen sancionador de la seguridad ciudadana, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2023



XUNTA
DE GALICIA

A REGAP, que iniciou a súa andaina en 1992, estruturárase ao xeito clásico das publicacións deste tipo con estudos doutrinarios, xurisprudenciais e normativos. Pero é vontade desta Administración que se dedique a temas de actualidade, que analice e achegue a contribución dos máximos e máis destacados especialistas en temas como o dereito autonómico, as novas tecnoloxías, os retos da Administración no século XXI, o estatuto dos empregados públicos ou a ordenación do territorio e o medio. E en especial, pretende reservarlle un espazo destacado á Administración local, aos seus funcionarios, ao réxime xurídico destas administracións e a problemas que lle afectan directamente, como a súa articulación territorial, financiamento, réxime xurídico dos seus bens, urbanismo, etc. Os principais destinatarios desta revista son os empregados públicos e os profesionais do sector privado que desenvolven as súas actividades no eido do dereito.

En suma, pretende converterse na publicación de dereito público de referencia da Comunidade Autónoma de Galicia, e ao tempo alcanzar as máis altas cotas de calidade científica. Actualmente atópase catalogada no Directorio Latindex e está incluída na base de datos DICE (Difusión e Calidade Editorial das Revistas Españolas de Humanidades e Ciencias Sociais e Xurídicas - CSIC), REBUIN (Rede de Bibliotecas Universitarias) e DIALNET.

CONSELLO DE REDACCIÓN:

Directora: **Sonia Rodríguez-Campos González**, Directora de la EGAP, España, directora técnica: **Diana Santiago Iglesias**, Universidade de Santiago de Compostela, España, secretario: **Alejandro Villanueva Turnes**, Universidade de Santiago de Compostela, España, vogais do Consello editorial: **Luis Míguez Macho**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **Juan José Raposo Arceo**, Universidade de A Coruña, España; **Marcos Almeida Cerredá**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **Beatriz Allegue Requeijo**, Xunta de Galicia, España; **José Manuel Blanco González**, Xunta de Galicia, España; **José Julio Fernández Rodríguez**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **Juan José Gallego Fouz**, Consello Consultivo de Galicia, España; **Patricia Iglesias Rey**, Consello de Contas de Galicia, España; **Jacinto Lareo Jiménez**, Universidade de Vigo, España; **Ana María López Guizán**, Consello Consultivo de Galicia, España; **Antonio Cándido Macedo de Oliveira**, Universidade do Minho, Portugal; **Jesús Martínez Girón**, Universidade de A Coruña, España; **Montserrat María Otero Oitavén**, Universidade de Vigo, España; **Portugal; Antonio Antonio Roura Gómez**, Universidade de A Coruña, España; **Carlos Pérez González**, Consello de Sada, España; **Manuel Pillado Quintáns**, Xunta de Galicia, España; **José Antonio Redondo López**, Universidade de Santiago de Compostela e Consello de Contas, España; **Xosé Antón Sarmiento Méndez**, Universidade de Santiago de Compostela, España

COMITÉ CIENTÍFICO:

Jean-Bernard Auby, SciencesPo, Francia; **Luis Béjar Rivero**, Universidad Panamericana, México; **Roberto Blanco Valdés**, Universidade de Santiago de Compostela, España; **María José Bravo Bosch**, Universidade de Vigo, España; **María Pilar Canedo Arrillaga**, Deustuko Unibertsitatea, España; **Pedro Costa Gonçalves**, Universidade de Coimbra, Portugal; **Iñigo Del Guayo Castiella**, Universidade de Almería, España; **Antonio Fernández de Buján y Fernández**, Universidad Autónoma de Madrid, España; **Juan Ramón Fernández Torres**, Universidad Complutense de Madrid, España; **Giuseppe Franco Ferrari**, Università Luigi Bocconi, Italia; **Jesús Fuentetaja Pastor**, Universidad Nacional a Distancia, España; **José García Pita y Lastres**, Universidade de A Coruña, España; **Julio González García**, Universidad Complutense de Madrid, España; **Vicente González Radio**, Universidade de A Coruña, España; **Carlos Lema Devesa**, Universidad Complutense de Madrid, España; **María Belén Noguera de la Muela**, Universidade de Barcelona, España; **Fernanda Paula Oliveira**, Universidade de Coimbra, Portugal; **Miguel Pérez Álvarez**, Universidade de A Coruña, España; **Thomas Perroud**, Université Panthéon-Sorbonne, Francia; **Johann-Christian Pielow**, Ruhr-Universität Bochum, Alemania; **Giuseppe Piperata**, Universidade de Venecia, Italia; **Ricardo Rivero Ortega**, Universidade de Salamanca, España; **Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**, Universidade de A Coruña, España; **Joan Manuel Trayter Jiménez**, Universidade de Girona, España; **Claudia Tubertini**, Universidade de Bolonia, Italia

Entidade editora:

ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Rúa de Madrid 2-4 – As Fontiñas

15707 Santiago de Compostela (Galicia, España)

Tel. +34 981 546 040 - Fax +34 981 546 249

Web: <http://egap.xunta.es/publicacions> | correo-e: regap@xunta.gal

Periodicidade: semestral Formato: en liña papel ISSN-L: 1132-8371 DOI: https://doi.org/10.36402/regap.v0i67 Depósito legal: C-1.596-91 Tradución e supervisión lingüística: Ramiro Combo García Deseño cuberta: Campus na nube, SL Deseño gráfico e impresión: Campus na nube, SL	Siglas utilizadas: UDC: Universidade da Coruña USC: Universidade de Santiago de Compostela UVigo: Universidade de Vigo UAM: Universidad Autónoma de Madrid UB: Universitat de Barcelona UCM: Universidad Complutense de Madrid UdG: Universitat de Girona UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia USAL: Universidad de Salamanca IUAV: Università IUAV di Venezia RUB: Ruhr-Universität Bochum UC: Universidade de Coimbra UNIBO: Università di Bologna
---	---

A EGAP non se identifica necesariamente cos xuízos emitidos polos autores dos artigos que aparezan nesta revista, senón que serán única e exclusivamente responsabilidade do ou dos seus autores.
Ningunha parte desta revista poderá ser reproducida sen o consentimento expreso dos titulares do *copyright*.

Revista Galega de Administración Pública

ISSN-L: 1132-8371

Núm. 67, xaneiro-xuño 2024 \ Number 67, January June 2024

Sumario/Summary

1 ESTUDOS / STUDIES

Juan Alemany Garcías

As sociedades urbanísticas mixtas no ámbito local.

Unha nova perspectiva tras a crise sanitaria. 5

Mixed urban societies in the local scope.

A new perspective after the sanitary crisis

Jaime Clemente Martínez

A Defensoría Veciñal e o seu papel garante do bo goberno local. 29

The Neighbourhood Ombudsman and its role as guarantor of good local government

María de los Ángeles Fernández Scaglius

O protagonismo dos principios xerais no Código italiano de contratos públicos55

The prominence of general principles in the Italian Code of Public Contracts

Ignacio Álvarez Rodríguez

A ideoloxía da perspectiva de xénero. 83

The ideology of gender mainstreaming

Ricardo Rivero Ortega

Temos balas de prata contra a corrupción na contratación pública? 107

Are there silver bullets in the war against corruption in public procurement?

2 COMENTARIOS E CRÓNICAS / COMMENTS AND CHRONICLES

José Manuel González Dona

O imposto compensatorio ambiental mineiro como tributo propio de

Galicia: exame conforme o ordenamento xurídico da Unión Europea 125
*The mining environmental compensatory tax as a Galician specific tribute:
examination in accordance with the legal system of the European Union*

Francisco de Cominges Cáceres

Xurisprudencia contencioso-administrativa 143
Contentious-administrative jurisprudence

3 RECENSIÓNS / REVIEWS

Sophie Antoun

Martín Fernández, Carmen, El régimen sancionador de la seguridad
ciudadana, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2023. 169

Regap

Estudios

1



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_xaneiro-xuño 2024 | pp. 5-28
Santiago de Compostela, 2023
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5115>
© Juan Alemany Garcías
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 06/06/2023 | Aceptado: 19/12/2023
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

As sociedades urbanísticas mixtas no ámbito local.

Unha nova perspectiva tras a crise sanitaria

Mixed urban societies
in the local scope.

A new perspective after
the sanitary crisis

67 Regap

Regap



ESTUDIOS

JUAN ALEMANY GARCÍAS
Avogado e doutor en Dereito
Profesor asociado de Dereito Administrativo
Universidade das Illas Baleares (España)

Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0005-1921-8282>

alemany10@icaib.org

Resumo: As sociedades municipais mixtas no ámbito urbanístico foron creadas, en opinión unánime da doutrina consolidada, como alternativa á xestión urbanística das sociedades de capital integramente público. Non obstante, na práctica non tiveron o éxito esperado, especialmente no ámbito urbanístico, pola participación do sector privado, cuxos resultados foron moitas veces confusos, sendo a participación privada un verdadeiro obstáculo aos obxectivos urbanísticos, mesturándose réximes xurídicos diferenciados, que dificultaron na práctica a xestión urbanística que inicialmente se lles encomendara. A época poscovid debería servir para reflexionar sobre a colaboración público-privada institucionalizada, especialmente nos ámbitos de rexeneración, rehabilitación e renovación urbana.

Palabras clave: Colaboración público-privada, socio privado, crise sanitaria, urbanismo concertado, rexeneración, renovación, rehabilitación urbana.

Resumen: Las sociedades municipales mixtas en el ámbito urbanístico, fueron creadas, en opinión unánime de la doctrina consolidada, como alternativa a la gestión urbanística de las sociedades de capital

íntegramente público. Sin embargo, en la práctica no han tenido el éxito esperado, especialmente en el ámbito urbanístico, por la participación del sector privado, cuyos resultados han sido muchas veces confusos, siendo la participación privada un verdadero obstáculo a los objetivos urbanísticos, mezclándose regímenes jurídicos diferenciados, que han obstaculizado en la práctica la gestión urbanística que inicialmente se les había encomendado. La época poscovid debería servir para reflexionar sobre la colaboración público-privada institucionalizada, especialmente en los ámbitos de regeneración, rehabilitación y renovación urbana.

Palabras clave: Colaboración público-privada, socio privado, crisis sanitaria, urbanismo concertado, regeneración, renovación, rehabilitación urbana.

Abstract: Mixed municipal companies in the urban area were created, in the unanimous opinion of the consolidated doctrine, as an alternative to the urban management of fully public capital companies. However, in practice they have not had the expected success, especially in the urban sphere, due to the participation of the private sector, the results of which have often been confusing, with private participation being a real obstacle to the urban objectives, mixing differentiated legal regimes, that have hindered in practice the urban management that had initially been entrusted to them. The post-COVID era should serve to reflect on institutionalized public-private collaboration, especially in the fields of regeneration, rehabilitation and urban renewal.

Keywords: public-private collaboration, private partner, sanitary crisis, concerted urban planning, regeneration, renewal, urban rehabilitation.

SUMARIO: 1 A colaboración público-privada institucionalizada no dereito comparado como punto de partida. 1.1 Análise xeral do concepto de colaboración público-privada institucionalizada no ámbito urbanístico-local en España. 1.2 A influencia da Lei 27/2013 de racionalización do sector público na creación de sociedades mixtas no campo do urbanismo. 1.3 Vantaxes e inconvenientes en relación coa creación de sociedades mixtas (capital público-privado) no ámbito urbanístico. 1.4 O procedemento de constitución das sociedades mixtas e a elección de socio privado. 2 O obxecto social das sociedades urbanísticas mixtas. 3 A transformación dunha sociedade mercantil integramente pública nunha sociedade de economía mixta. A decisión de transformación da sociedade pública. 4 Conclusión. 5 Bibliografía.

1 A colaboración público-privada institucionalizada no dereito comparado como punto de partida

A atribución das funcións públicas ao sector privado en forma de colaboración público-privada, a pesar da privatización predominante dos servizos públicos, orixínase e está moi estendida no Reino Unido, mentres que en Alemaña sempre se impuxo unha resistencia tradicional a adxudicar as concesións mediante licitación a privados ou mediante empresas mixtas, mentres que predominou a lóxica da xestión directa con adxudicadores “*fiduciarias*” a actores privados sen licitación pública. Francia sitúase nunha posición intermedia. Existen diferenzas significativas, pero é evidente a existencia dunha resistencia á solución da competencia no sector dos servizos públicos; en Francia xeneralizouse sobre todo a xestión local delegada en forma de adxudicacións por medio dun acordo privado, mentres que estaba prevista a licitación para as adxudicacións dos servizos públicos e para os relacionados coa execución das operacións de *aménagement*. Por todo iso, e antes de entrar no éxito ou no fracaso da fórmula sociedade mixta urbanística no noso país, é interesante, aínda que sexa de maneira simbólica, ter unha breve referencia á cooperación público-privada no

Reino Unido, onde tivo unha gran tradición a privatización dos servizos públicos, e onde a colaboración público-privada foi bastante valorada durante moito tempo polo Goberno británico. Xa desde 1980, este utilizou sistemas contractuais como condición previa para as novas formas de colaboración entre o público-privado, e, a continuación, precisamente para a prestación de servizos públicos¹, adoptáronse diferentes solucións do *command model* da xestión pública directa, desde o convencemento de que a participación do sector privado podería garantir unha maior eficiencia e especialización. Esta solución afectou aos servizos públicos que aínda non se privatizaron pero que, de todos os xeitos, por motivos principalmente orzamentarios, debían someterse a unha xestión indirecta a través da súa concesión a actores privados mediante contratos de colaboración público-privada, asociacións ou empresas mixtas, e esta fórmula representou un obxectivo primordial do programa de goberno en relación coa prestación de servizos de calidade e a mellora da competitividade². Na variedade de formas de cooperación tamén se incluíu a venda de participacións públicas das empresas públicas; por conseguinte, a privatización dos activos e as empresas estatais, a contractualización da prestación dos servizos e o establecemento da colaboración público-privada caracterizan as decisións políticas predominantes a partir do Goberno de Thatcher³. De feito, en 1992 o Goberno conservador de Major promoveu a política denominada *private finance initiative* (PFI), co obxectivo de implicar o sector privado na xestión dos servizos públicos e na execución das obras públicas. O obxectivo principal de todo iso era aumentar a participación do sector privado na prestación de servizos e na construción de obras públicas tamén a través da creación de empresas de económica mixta⁴. Polo tanto, é evidente a importancia da colaboración público-privada institucionalizada na modernización do ordenamento xurídico do Reino Unido, pioneiro nestas experiencias experimentais, e, como tal, representa unha referencia para outros países europeos tendo en conta a experiencia adquirida. O acordo de tipo PFI é esencialmente un mecanismo para reducir ao mínimo o gasto público a curto prazo, sen deixar de investir nos servizos públicos, e representa unha forma de colaboración público-privada que se manifesta en diversas fórmulas organizativas flexibles⁵. Outro propósito é transferir ás empresas

Regap



ESTUDIOS

¹ Véxase o Proxecto de decreto lexislativo (acto de goberno n.º 308), traslado á Presidencia do Senado, 1 de xuño de 2016; Nota de lectura n.º 137 (xullo de 2016), Servizo de Orzamento do Estado; Audición da Autoridade de Vixilancia da Competencia e o Mercado (13 de xullo de 2016), en www.astrid-online.it, nas seccións "*Competencia, mercado e regras*"; "*Servizos públicos locais*". Tamén se remite ao ditame do Consello de Estado, Pleno da Comisión Especial, 6 de abril de 2016 (n.º 01075/2016, do 3 de maio de 2016) en www.giustizia-amministrativa.it. O decreto lexislativo foi aprobado polo Consello de Ministros do 24 de novembro de 2016, pero a continuación foi derrogado en cumprimento da Sentenza do Tribunal Constitucional n.º 251 de 2016 (en www.giurcost.org), que declarou a inconstitucionalidade dalgunhas normas da Lei 124 de 2015 pola non participación nelas da Conferencia Estado-Rexións. O texto prevé, entre outras disposicións, a función reguladora en materia de residuos transferida á autoridade para a electricidade, o gas e a auga.

² Remítese a ENDICOTT, T., *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 585.

³ CANE, P., *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 26 e ss.

⁴ O programa de goberno está incluído na publicación *The Private Finance Initiative-Breaking New Ground: Towards a New Partnership between the Public and Private Sectors*, Central Office of Information, Treasury, 1993. Para documentos específicos, véxase HM Treasury, *Public Priv*.

⁵ A definición da colaboración público-privada expresada polo HM Treasury é moi extensa e refírese a "*formas de traballo conxunto entre o sector público e o privado. Nun sentido máis amplo, as colaboracións público-privadas institucionalizadas poden cubrir todos os tipos de cooperación entre o sector público e o privado para executar políticas, servizos e infraestruturas. Se a*

privadas unha parte do risco asociado ao proxecto, o que lle permite ao Goberno definir os niveis de prestación no contrato e impoñer sancións económicas en caso de incumprimento. En definitiva, ao actor privado asígnaselle a carga do proxecto, o prefinanciamento das obras de construción e da xestión a longo prazo, a cambio de pagamentos da Administración por un período de polo menos dez anos. A política de promoción continuou co Executivo laborista de Blair (desde 1997) mediante a creación dun grupo de traballo sobre a PFI como apoio para a Administración pública na implementación de proxectos. Para os proxectos a nivel local lanzouse ese mesmo ano o Grupo de Revisión de Proxectos e posteriormente o libro branco *Modern Local Government – in Touch with the people* (1998) con obxectivos tales como a prestación de servizos de alta calidade, mellorar a responsabilidade económica local, proporcionar recursos adicionais para os investimentos de capital nos servizos públicos, a simplificación do sistema de capital económico e a colaboración público-privada en termos xerais e específicos. Todas as propostas das autoridades de colaboración público-privada locais estudáronse entón á luz do sistema de análise de rendemento *best value* contido na Lei de goberno local, *Local Government Act 1999*. En Canadá⁶, as *business improvement districts* (BID) son organizacións de carácter privado ou consorciado coas autoridades locais creadas para ofrecer unha maior oferta de servizos adicionais dirixidos á promoción económica e á rexeneración⁷ dunha área urbana. Desde que nacesen en Canadá, hai máis de catro décadas, esa orixinal forma de colaboración público-privada no goberno local foi proliferando en diferentes países. Non obstante, en España non foi especialmente popular, aínda que quizais tampouco o fosen as sociedades urbanísticas mixtas como unha frecuente colaboración público-privada institucionalizada. Estes BID de Canadá teñen unha natureza híbrida entre o público e o privado, fórmula de colaboración pouco coñecida no dereito español, xa que en Canadá son axentes colaboradores ou delegados da Administración, polo que esta delega determinadas funcións públicas de carácter administrativo en entidades particulares, sen que por iso perdan a súa natureza xurídico-privado nin moito menos se convertan en administracións públicas. Nos BID⁸, a Administración pública encoméndalle o exercicio das funcións urbanísticas, comerciais e de explotación do negocio, así como o financiamento necesario para levarse a cabo, reservando para si a Administración determinadas competencias para verificar a xestión e comprobar que o exercicio destas se axusta ás exixencias do dereito público. En España é certo que non tiveron unha proliferación frutífera, xa que o ordenamento xurídico español

prestación dos servizos públicos implica o investimento do sector privado nas infraestruturas públicas, a forma máis común de colaboración público-privada é a iniciativa de financiamento privado" (véxase en www.hm-treasury.gov.uk/ppp_index.htm).

⁶ VILLAREJO GALENDE, H., "Colaboración público-privada para a revitalización de espazos urbanos: a introdución dos business improvement districts no ordenamento xurídico español", *Revista de Xestión Pública*, Volume III, n. 2, 2014, pp. 235-277.

⁷ ALEMANY GARCÍAS, J. A., *colaboración público-privada institucionalizada no ámbito urbanístico local*, Editorial Reus, Madrid, 2018, p. 53.

⁸ VILLAREJO GALENDE, H., "Colaboración público-privada para a revitalización de espazos urbanos: la introducción de los *business improvement districts* en el ordenamiento jurídico español", *Revista de Gestión Pública*, volume III, n. 2, 2014, p. 249. Señala a autora que "*boa parte das actividades dos BID se centran na promoción e márketing do distrito empresarial. Os BID pretenden facer da súa área xeográfica un lugar máis atractivo para o desenvolvemento da actividade económica e, para iso, non só se ocupan das melloras do espazo físico, senón que prestan asistencia directa aos negocios, promoven comercialmente o distrito, recrutan novas empresas, tratan de consolidar as xa instaladas, atraen turistas e consumidores*".

tivo diferentes lagoas xurídicas no que fai referencia á colaboración público-privada, e máis se esta está institucionalizada. Outra cousa diferente é que a colaboración institucional, no ámbito urbanístico, fose referendada nestes momentos pola incentivación das lexislacións urbanísticas que fan referencia á cidade consolidada. Sobre esa regulación canadense dos BID, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ⁹ opina que “*estamos ante un suposto que cualifica como autoadministración, é dicir, xestión autónoma polos propios interesados de funcións inicialmente administrativas*”. Un fenómeno, segundo o autor, “*característico do moderno dereito administrativo que se dá en numerosos sectores (comunidades de regadores, asociacións administradoras de concentracións forestais, colexios profesionais, xuntas de compensación, entidades urbanísticas de conservación, entre outros). Unha alternativa á xestión burocrática de funcións públicas que son delegadas dentro de certos límites nos interesados, cuxas organizacións se convierten así en axentes descentralizados da Administración*”. En España, o máis parecido á figura BID son as sociedades urbanísticas mixtas, onde o socio privado, ademais do financiamento dos proxectos urbanísticos e as obras, asumise tamén a explotación destas, ampliando a rede comercial ao redor dun contorno urbano baixo o concepto de maior calidade na rexeneración deste.

1.1 Análise xeral do concepto de colaboración público-privada institucionalizada no ámbito urbanístico-local en España

As sociedades urbanísticas de carácter mixto¹⁰ durante bastante tempo foron un instrumento eficaz para que as administracións locais realizasen actuacións de promoción de vivenda e solo co apoio e intervención do capital privado. ALBI¹¹ definía a sociedade de economía mixta como “*un modo de xestión en forma de sociedade mercantil, en cuxos capitais e dirección cooperan a Administración e os particulares para realizar finalidades económicas da Administración*”. Contemplada con relativa atención na lexislación de réxime local, xa constitúe esta un modo de xestión indirecta de servizos públicos a través dunha sociedade mercantil de capital. Xestión indirecta caracterizada por dar entrada ao capital privado na dirección da empresa e na xestión do servizo público, sen excluír a participación da Administración. SALA ARQUER¹² sinala, respecto diso, que “*o socio privado achega axuda financeira, experiencia industrial e eficacia xerencial a un servizo público, sen que a Administración perda por iso presenza na dirección e xestión*”. O interese manifestado polas sociedades de economía mixta de actuación urbanística acrecéntase coa consideración da axilidade e flexibilidade propias da súa constitución e funcionamento que se contraponen ás excesivas rixideces que obstaculizan a xestión pública, e con certas vantaxes respecto

⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El derecho a una buena administración. Una nueva mirada a la Administración y al derecho administrativo”, *Anuario de Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación: ABGCR*, n. 1, 2020, pp. 81-100.

¹⁰ SERRA SERRA, N., ROCA JUNYENT, M.; SOLER LLUSÁ, J., *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Editorial Cocin, Barcelona, 1969, p. 31.

¹¹ ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Editorial Aguilar, Madrid, 1960.

¹² SALA ARQUER, J.M., “La empresa mixta como modo de gestión de los servicios públicos en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 90, 1996, p. 233-244.

ás sociedades urbanísticas de capital integramente público como máis adiante sinalaremos. Por iso as sociedades mixtas se inscriben no marco dunha actuación pública dinámica e deben permitir á iniciativa dos entes locais sinalar prioridades urbanísticas con garantías de éxito, atraendo a iniciativa privada a colaborar de forma decisiva na consecución de obxectivos que, doutra forma, ou dificilmente estarían ao alcance da iniciativa pública –a causa das devanditas rixideces, xurídicas ou de orde financeira– ou tampouco serían alcanzables confiando exclusivamente na iniciativa privada¹³. Trátase, pois, de ver nas sociedades de economía mixta de actuación urbanística un poderoso instrumento de grande utilidade polas súas maiores posibilidades de xestión fronte á xestión pública directa, mesmo cando a participación privada non fose significativa ou non comportase vantaxes no financiamento e no réxime económico das operacións a emprender. Se a participación privada engade á flexibilidade do instrumento unha maior capacidade financeira, parece xustificada, dentro do esforzo sinalado tendente a atopar novos instrumentos que amplíen a capacidade de actuación urbanística, a elección da fórmula para explorar as súas verdadeiras posibilidades dentro do marco xurídico e financeiro español. Por iso o interese suscitado polas sociedades de economía mixta de actuación urbanística atopa a súa concreción máxima na preparación do solo, coa consecuente oferta deste a prezos que constitúan un custo adecuado para asentamentos posteriores. Tamén cabe asignarlles outros labores, como pode ser o da construción de vivendas, e incluso edificios industriais e a renovación urbana, futuro destas, como comentaremos posteriormente, ao estudar o seu obxecto. Existen, en segundo termo, dous obxectos posibles que non son de carácter estritamente urbanístico pero que están vinculados á actuación das sociedades anteriormente suxeridas. Trátase da construción de grandes obras de infraestrutura (autoestradas, abastecementos de augas, túneles, etc.) e da prestación de servizos públicos derivados da actuación urbanística. O primeiro deles, sobre todo, pode convir perfectamente ás posibilidades das sociedades de economía mixta como instrumento de actuación eficaz e coordinación de vontades, como poden ser os convenios¹⁴ de colaboración público–privada. O menor desenvolvemento da actuación urbanística, impropriamente confiada desde o meu punto de vista a unha iniciativa privada, cuxos intereses se fixeron en numerosas ocasións incompatibles

¹³ GASCÓN MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo, Principios y Legislación Española*, tomo I, C. Bermejo, Madrid, 1935, p. 239.

¹⁴ Trataríase dun contrato interadministrativo, é dicir, dun contrato en que unha Administración pública contrata con outra como se fose un particular. Sobre esta cuestión, ENTRENA CUESTA, R., "Consideración sobre la teoría general de los contratos de la administración", *Revista de Administración Pública*, n. 24, 1957, pp. 70 e ss. Con todo, hai que sinalar que a posibilidade de subscribir un contrato interadministrativo de xestión de servizos públicos, que existe no plano teórico, non é frecuente na práctica, pois, como dixó en reiteradas ocasións a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, o xeito normal de colaboraren as administracións públicas non é o contrato, senón o convenio. Así, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, no seu Informe 68/96, do 18 de decembro de 1996, "*Convenios de celebración. Convenio de colaboración entre un organismo autónomo e unha universidade*", consideración xurídica 2, di que "con carácter reiterado e uniforme vén sostendo esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa que a forma normal de se relacionaren as administracións públicas, como antes da lexislación de contratos do Estado, é a vía do convenio de colaboración e, só excepcionalmente cando unha das partes que entran en relación coa Lei de contratos das administracións públicas, como antes da lexislación de contratos do Estado, é a vía do convenio de colaboración, e, só excepcionalmente cando unha das partes que entran en relación sexa un ente público, poderá acudirse á celebración dun verdadeiro e propio contrato suxeito á Lei de contratos das administracións públicas". Sobre este instrumento de colaboración, en xeral, véxase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., "Los convenios interadministrativos en el Derecho italiano", *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2004, p. 393-396.

coa res pública, facendo difícil acudir a formas instrumentais de carácter mixto, debendo responder estas a un intento de acrecentar unha actuación urbanística deficiente recollendo simultaneamente a seguridade que dá unha Administración pública, xunto cos capitais particulares.

1.2 A influencia da Lei 27/2013 de racionalización do sector público na creación de sociedades mixtas no campo do urbanismo

A disposición novena da Lei 27/2013 de racionalización do sector público foi limitando a creación, participación de entidades, organismos públicos e administracións públicas. Por iso, afecta plenamente ás sociedades urbanísticas mixtas e, aínda que a lei non prohíbe taxativamente a súa nova creación, enumérasas en dúas categorías diferentes. A primeira delas son as que se atopan encadradas dentro do endebedamento, pero están sometidas a un plan de axuste, ou de saneamento. Neste caso, excepcionalmente, pódese evitar a súa disolución; porén, as empresas urbanísticas mixtas que non realizasen un plan de axuste, e que non poidan cubrir as súas débedas con ingresos propios¹⁵, veranse abocadas á súa disolución e liquidación. Decatámonos de que a disposición que tivemos a oportunidade de estudar a fondo inicialmente parecía unha solución eficaz e eficiente para a Administración pública, sobre todo apoiada polo socio privado, para a xestión do urbanismo. Con todo, non é o suficientemente eficaz polos problemas derivados da convivencia público-privada en materia de contratación, e polas limitacións orzamentarias-financeiras, ao seren cualificadas estas como sociedades de segundo nivel. O chamamento á iniciativa privada para poñer fin aos abusos que os propios particulares están a cometer en materia urbanística no seu día supuxo para as sociedades mixtas un freo á especulación inmobiliaria; non obstante, na actualidade as realizacións urbanísticas tradúcense en notables incrementos de valor duns poucos propietarios que se benefician en exclusiva e, desde o meu punto de vista, minguan o rendemento social. Na nosa opinión, as sociedades mixtas deberían recuperar ese rendemento, como espírito da súa creación e como alternativa á crise inmobiliaria en que estamos inmersos. Debeu terse en conta, ao limitar a creación destas sociedades, e especialmente na argumentación que a Lei 27/2013 manexa en canto á súa disolución, sometida á condición fundamental de non estar inmersa nun plan económico de axuste, sen ter en conta, á parte dos argumentos de índole xurídica e social, a capacidade de financiamento do socio privado como garantía de autofinanciamento da propia sociedade, fronte a terceiros ou a posibles acredores dela, argumento que ata a data servía para xustificar no expediente acreditativo de oportunidade e conveniencia na xestión urbanística, como un sistema indirecto de prestación de servizo público. Que a Lei 27/2013 cualifique as sociedades urbanísticas

¹⁵ PAGÈS I GALTÉS, J., *Fiscalidad de las sociedades municipales*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 237; Gramaticalmente, na acepción que aquí nos interesa do vocábulo “xestionar”, temos que, segundo o Dicionario da Real Academia Española, significa “Facer dilixencias conducentes ao logro dun negocio ou dun desexo calquera. Por tanto, xestionar un ingreso público será facer dilixencias conducentes ao logro dun ingreso público. Cales sexan estas dilixencias dependerá, loxicamente, do tipo de ingreso público; sexa cal for a súa natureza, xira arredor da declaración da existencia e determinación da contía do ingreso, así como da realización deste.

mixtas como de segundo grao non ten, desde o meu punto de vista, ningunha lóxica, xa que numerosas leis urbanísticas, tanto estatais como autonómicas, adoitan utilizalas de maneira habitual para desenvolver solos ou actividades que teñan que ver co seu obxecto social, todo iso sen prexuízo de que esta lei non respecta o espírito do lexislador europeo e por suposto do noso ordenamento xurídico, que potencian de maneira evidente e clara a colaboración público-privada¹⁶, especialmente a través dos novos plans da vivenda. A nosa crítica aínda é maior no que fai referencia ao tratamento do lexislador respecto ás sociedades urbanísticas mixtas que a referencia que xa fixen en relación ás sociedades de capital integramente público. Dicimos isto porque a propia lei, cando sinala a disolución de instrumentos ou sociedades de segundo grao, distingue entre os controlados, de pertenza ou de capital exclusivo, da pertenza non exclusiva ao capital público, referíndose ás sociedades urbanísticas mixtas, cuxo efecto inmediato será que estas, sen consideración ningunha á súa viabilidade económica, deberán proceder á transmisión da súa participación no prazo de tres meses desde a entrada en vigor da lei. Todo iso non só é absurdo desde a perspectiva social e económica, senón que suscita moitas dúbidas sobre a súa posible inconstitucionalidade respecto á autonomía das entidades locais e, sobre todo, do principio de suficiencia financeira, invadindo competencias respecto a leis urbanísticas estatais e autonómicas que apoian e incentivan a creación e colaboración público-privada, inspirada polo ordenamento xurídico europeo.

1.3 Vantaxes e inconvenientes en relación coa creación de sociedades mixtas (capital público-privado) no ámbito urbanístico

Na proliferación das sociedades mixtas, e na súa utilización pola Administración local, pode destacarse o seguinte. En primeiro lugar, manter certo control directo sobre a xestión do servizo público de que se trate, mellorar a eficacia e a eficiencia na prestación do servizo, para o que se conta coa experiencia empresarial e de xestión do socio privado no ámbito do obxecto material do devandito servizo público. Finalmente, obter, a través da entrada de capital privado, unha fonte de financiamento complementario para a implantación ou prestación do servizo público en cuestión. Ademais, a responsabilidade económica das corporacións locais limítase á súa achega á sociedade, xa que estas presentan para os concellos certas vantaxes con respecto á entrega a un particular da xestión que supón a xestión indirecta, como na figura da concesión. Desta forma, faise “visible”, cara ao exterior, que a Administración local ten o control sobre o servizo e que é a responsable última da súa prestación, aínda que coa colaboración do socio privado (ou os socios, se é o caso), aínda que

¹⁶ GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, p. 239. O autor aborda o tema da natureza xurídica das sociedades de economía mixta, aínda que xa sinalara ambas as posibilidades manifestando, con todo, certa preferéncia pola adopción, á hora de crear este tipo de entes, dunha personificación xurídico-pública. Neste sentido, sinala o autor que “*como sistemas intermedios figura o de compartir a propiedade o Estado e os particulares, establecendo sociedades de economía mixta; a propiedade está distribuída entre o Estado e outras colectividade e accionistas. As modalidades deste réxime son moi diversas, podendo utilizarse mesmo formas xurídicas do dereito privado (sociedades de responsabilidade limitada), en que as accións pertencen en parte a entidades públicas e en parte a particulares ou a diversas entidades públicas (Estado e municipios), e os postos do consello de administración distribuídos en relación coa achega de cada elemento*”.

é certo que, na realidade, frecuentemente é o socio privado o que ten a dirección e administración efectiva do servizo, reservando para si a Administración unha función de mero control. E, así, con frecuencia denúnciase a opacidade no funcionamento destas sociedades, que están escasamente dotadas de recursos humanos e de control de xestión, provocando carencias, e da tutela que exerce o respectivo concello. Nestes casos, é o socio privado, con máis coñecementos técnicos e experiencia, o que en realidade xestiona un servizo tan complexo como é o urbanismo, vantaxe inherente á propia composición da sociedade mixta respecto á sociedade integramente pública. Dentro destas sociedades¹⁷ de economía mixta, podemos distinguir entre aquelas en cuxo capital é maioritaria a participación da Administración pública (e que son as que propiamente se denominan “sociedades de economía mixta”) e as sociedades nas que o capital público é minoritario, que son denominadas “sociedades participadas”. Ao non seren de capital integramente público da Administración matriz, xa non estamos ante unha forma de xestión directa, senón indirecta. Estaremos en presenza dunha xestión indirecta cando a participación non sexa íntegra, con independencia de que esta sexa maioritaria ou minoritaria, e isto aínda que haxa outros partícipes públicos. A empresa pública de capital maioritario pode ser forma de xestión pública, pero indirecta, e, polo tanto, require a súa instrumentación mediante contrato de xestión de servizos públicos. Unha sociedade mercantil de propiedade integramente pertencente a un ente público é unha personificación estritamente instrumental. Esta está matizada, porén, cando o ente público maioritario comparte a súa condición de accionista con outras persoas, xa que neste caso a empresa non pode limitarse a servir o puro interese xeral, senón que debe atender tamén o interese particular dos restantes socios privados. E a relación de instrumentalidade cambia de sentido coa participación en si, a cal pode desempeñar diversas funcións. A este diverso papel que o Estado pode desempeñar, segundo o grao de participación, responde a distinción elaborada por VILLAR PALASÍ¹⁸ entre *accionariado xestor* (cando o ente público ten unha posición de claro predominio, ben polo seu carácter maioritario, ben por un dominio de feito –socio minoritario, pero hexemónico– nunha sociedade de capital moi dividido, ou combinada coa existencia dun delegado do Goberno) e *accionariado fiscal* (cando a participación pública é de carácter meramente patrimonial, perseguindo unha finalidade de obtención de rendementos). A esta dualidade engadiu GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁹ a posición de “*accionariado testemuña ou de presenza*”, xustificando

¹⁷ ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Editorial Aguilar, Madrid, 1960, p. 364. Sinala o autor que o contido da dita disposición regulamentaría, aplicando a mesma argumentación que utiliza ao tratar esta cuestión para as sociedades integramente públicas, cando sinala que a non existencia do desembolso íntegro ás entidades locais “*habría de permitir ás corporacións manobras de escasa ortodoxia económica e xurídica, obrigando as empresas por elas organizadas a operar con capitais ficticios, en prexuízo dos acredores e, a longo prazo, en detrimento do crédito destas. En evitación de todo isto, o núm. 3 do art. 89 do Regulamento obriga a que a doación da empresa estea desembolsada desde o momento da súa constitución, é dicir, plenamente desligada do patrimonio da entidade local creadora*”.

¹⁸ VILLAR PALASÍ, J.L., “La actividad industrial del estado en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 3, p. 53-129.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Editorial Civitas, Navarra, 2006, p. 827. Sinala o autor que “*este dobre sistema se xustifica pola dificultade de que os socios fundadores asuman todo o capital na constitución de sociedades con capital cuantioso. Entón o procedemento de subscripción pública das accións pode facilitar a formación do capital. Pero, na práctica, dadas as formalidades e os trámites deste procedemento, a constitución das grandes sociedades adoita facerse tamén polo*

na finalidade de estar presente na xestión de empresas relevantes para fiscalizar internamente a súa xestión (por exemplo, as participacións en diversas sociedades privadas de radiodifusión). Xunto a estas, SANTAMARÍA PASTOR²⁰ engade a situación de “*accionariado promotor*”, en que a participación do ente público responde á finalidade de financiar parcialmente e apoiar proxectos privados de rendibilidade problemática (así, por exemplo, as participacións múltiples que posúen as sociedades de desenvolvemento industrial de diversas rexións). De forma moi resumida, pódese afirmar que estas sociedades xestoras de servizos públicos teñen unha natureza xurídica privada, pero un réxime xurídico mixto, público-privado, esencialmente de dereito privado, aínda que con importantes peculiaridades de dereito público. A Administración, así, toma do dereito privado a fórmula societaria pero, unha vez que esta figura, propia do dereito mercantil, entra na esfera pública, o seu réxime xurídico sofre inevitablemente modificacións. De entrada, que un dos socios sexa unha Administración pública determina algunhas especialidades no réxime de funcionamento destas sociedades (como pode ser a posibilidade de que esta Administración poida vetar as decisións do consello de administración). Ademais, existen unha serie de normas imperativas de dereito público que se aplican en diferente medida, o que determina que se produzan modulacións no réxime xeral de persoal ou de contratación destas sociedades. Así, o TS (Sala do Contencioso-Administrativo), no recurso de apelación do 24 de marzo de 1987, afirma que “*as empresas mixtas constituídas en forma de sociedade mercantil para a xestión de servizos públicos son entidades sometidas na súa constitución, organización e funcionamento interno ao dereito mercantil, en que as corporacións participan, en concepto de socios, cos dereitos que, como a tales, lles recoñecen os estatutos e a lexislación mercantil, pero sen que dentro de cada sociedade teñan facultades exorbitantes derivadas das súas potestades públicas, porque esas empresas mixtas, con personalidade distinta dos socios, actúan na prestación de servizo dunha maneira análoga á dun contratista particular*”. Polo tanto, a estas sociedades locais de economía mixta resúltalles de aplicación, en primeiro lugar, a lexislación básica contida na TRLCSP, de conformidade coa remisión que o artigo 85.3.B) LBRL realiza á regulación do contrato de xestión de servizos públicos do artigo 275 e ss. TRLCSP. Igualmente, resúltalles de aplicación o TRRL, no que non se opoña ao contido do anterior. Tamén, a lexislación de desenvolvemento ditada polas comunidades autónomas, en materia de contratación administrativa²¹ e de Administración local; e, por último, en defecto de normativa autonómica, pola lexislación estatal non básica (TRRL e RSCL, en canto non se opoñan a ningunha das normas citadas, e os preceptos non básicos do TRLCSP). Neste sentido, hai que ter en conta un importante trazo destas sociedades, e é a limitación da duración temporal máxima destas, que é de cincuenta anos, conforme impoñen os artigos 108 TRRL e 111 RSCL. Unha vez

sistema de fundación simultánea, mediante a intervención de entidades financeiras que asumen inicialmente todo o capital para repartilo ou colocalo despois, se é o caso, entre a súa clientela ou entre os seus investidores”.

²⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Gobierno y administración: Una reflexión preliminar”, *Revista Documentación Administrativa*, n. 215, 1988, p. 67-84.

²¹ SANTIAGO IGLESIAS, D., *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Editorial Iustel, Madrid, p. 220-223.

expirado o período que se fixase, reverterá á entidade local o seu activo e pasivo, en condicións normais de uso todas as instalacións, bens e material integrante do servizo. Ademais, na constitución ou estatutos da empresa deberá preverse a forma de amortización do capital privado durante o prazo de xestión do servizo por esta e, expirado o prazo que se fixe, reverterán á entidade local, sen indemnización, o activo e pasivo. Esta intervención, colaboración público-privada, en ocasións era necesaria para lograr integrar aos propietarios dun sector determinado (en moitos casos sociedades promotoras ou entidades financeiras); noutras, para permitir que certas actuacións se realizasen cunha dobre perspectiva de actuación, a pública e a privada coas súas distintas finalidades e motivacións; noutros supostos, era necesario para a obtención de financiamento²² do socio privado, que subscribía as accións, ante a insuficiencia de fondos públicos para acometer actuacións de gran calado.

1.4 O procedemento de constitución das sociedades mixtas e a elección de socio privado

O procedemento de constitución e de selección do socio privado estaba perfectamente claro a nivel local, pois o regulamento de servizos das corporacións locais, en vigor desde o ano 1955, establecía con bastante claridade. Ademais, unha vez constituída a sociedade, o concello podía perfectamente encargarlle calquera actividade relativa á vivenda ou ao urbanismo de forma directa sen necesidade de sometela a concurso, pois esta sociedade, mesmo cando participaba nela un socio privado, considerábase un medio propio da Administración. O sistema era efectivo, constituíase a sociedade mixta cun socio privado construtora, urbanizadora ou entidade financeira establecendo como vantaxes inherentes á condición de socio privado a posibilidade do encargo directo polo concello de obras ou servizos, ou dereitos de preferencia na adxudicación en procesos de selección das obras de urbanización-construción ou dos contratos de financiamento de actuacións da sociedade. Naturalmente, estas vantaxes levaban inherentes as obrigas de colaborar na programación e no deseño das actividades, así como a obriga de realizar as obras ou o financiamento no caso de ausencia de licitadores a elas, co que a Administración se aseguraba así da súa realización. Expresamente, recoñecía esta posibilidade do encargo directo das obras de urbanización ou edificación na Lei de contratos de 1995²³, que no seu artigo 155²⁴ excluía das regras de adxudicación dos contratos de xestión de servizos públicos cando as administracións creasen para a súa prestación unha “*sociedade de dereito privado en cuxo capital sexa exclusiva ou maioritaria a participación da Administración*”

²² SERRA SERRA, N.; ROCA JUNYENT, M.; SOLER LLUSÀ, J., *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Editorial Cocin, Barcelona, 1969, p. 209.

²³ Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas.

²⁴ O referido artigo 155 (réxime xeral) da Lei 13/1995, nas súas disposicións xerais, ao definir o contrato de xestión de servizos públicos, establecía o seguinte: “1. Os contratos mediante os que as administracións públicas lle encomenden a unha persoa, natural ou xurídica, a xestión dun servizo público regularanse por esta lei e polas disposicións especiais do respectivo servizo. 2. Non serán aplicables as disposicións deste título aos 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 en cuxo capital sexa exclusiva ou maioritaria a participación da Administración ou dun ente público dela”.

ou dun ente público desta”. Como se observa, excluíase a aplicación do sistema concorrential e permitía o encargo directo tanto a unha sociedade instrumental (100 % capital público) como mixta (capital maioritario pero non exclusivo público). A posibilidade do dito encargo directo ás sociedades mixtas foi cuestionada ao considerar que era contraria á normativa europea de contratación pública, que impón a aplicación dos principios de publicidade, concorrència e igualdade de trato, polo feito de se atoparen participadas por suxeitos privados. Tras distintas resolucións e mesmo sentenzas contrarias á regulación que da contratación pública facía a norma española, elabórase un texto refundido da lei en que o novo artigo 154, tendo unha redacción case idéntica ao anterior 155, deixa fóra as sociedades mixtas da exclusión antes indicada do parágrafo segundo²⁵. Polo que, para encargar directamente, se require que na sociedade en capital sexa “exclusiva” a participación da Administración ou dun ente público dela. A recente lei de contratos do sector público (Lei 30/2007, do 30 de outubro), no seu artigo 8, mantén este criterio utilizando a expresión “na súa totalidade²⁶”. Ante esta nova regulación, o problema que se suscitou é o de establecer un procedemento de selección do socio privado que outorgue a necesaria seguridade xurídica por ser acorde non só coa normativa interior, senón tamén cos principios de contratación pública ou mercado interior da Unión Europea, para poder establecer a posibilidade de que o socio privado puidese realizar parte das obras ou servizos obxecto da sociedade como vantaxes inherentes á súa condición. A realidade foi que, desde ese momento, non se constituíron apenas sociedades mixtas e as que o fixeron non gozaron de seguridade xurídica, ao non existir unha clara regulación, cos riscos que iso implica, e máis se se ten en conta que as operacións urbanísticas son de considerable contía e poden xerar millonarias indemnizacións en caso de nulidade de procedemento. Esta problemática, posta de manifesto polos promotores públicos de toda Europa, agrupados no Cecodhas, foi asumida polo Parlamento Europeo, que na súa resolución lexislativa sobre a colaboración público-privada, do 26 de outubro de 2006, tomaba nota de que os operadores desexaban claridade na aplicación da lexislación sobre contratos públicos á creación de empresas público-privadas en relación coa adxudicación dun contrato ou unha concesión, e convidaba a Comisión para expoñer “con moita brevidade, as aclaracións pertinentes”. En cumprimento desa invitación, a Comisión Europea emitiu recentemente unha comunicación interpretativa con data do 5 de febreiro de 2008, sobre o que en Europa se denominan PPPI (partenariado público-privado institucional) ou que se traduciron como colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) en España, concepto

²⁵ O artigo 154 do Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas establece no seu parágrafo segundo que: “non serán aplicables as disposicións deste título aos 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 en cuxo capital sexa exclusiva a participación da Administración ou dun ente público dela”.

²⁶ O artigo 8.2 da Lei 30/2007, do 30 de outubro, indica que “as disposicións desta lei referidas a este contrato non serán aplicables aos 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”.

que comprende as sociedades mixtas, a través de convenios²⁷, por expresa referencia no texto. Esta comunicación interpretativa parte do feito de que, durante anos, “o fenómeno da colaboración público-privada” se desenvolveu en numerosos ámbitos. A característica desta cooperación, en xeral a longo prazo, é a función asignada ao socio privado, que participa nas distintas fases do proxecto de que se trate (deseño, execución e explotación), soporta os riscos tradicionalmente asumidos polo sector público e contribúe con frecuencia ao financiamento do proxecto. Pero, malia todas estas vantaxes, a incerteza xurídica que, ao parecer, rodea a participación de socios privados nas colaboracións público-privadas institucionalizadas pode afectar ao éxito da fórmula. O risco de crear estruturas baseadas en contratos que máis tarde poderían non axustarse ao dereito comunitario pode, mesmo, disuadir as autoridades públicas e as entidades privadas de fundar colaboracións público-privadas institucionalizadas. Ante o dito problema, a comunicación sinala as modalidades de aplicación da normativa comunitaria en materia de contratos públicos e concesións en caso de creación e explotación destas sociedades mixtas, para reforzar a seguridade xurídica e, sobre todo, responder as dúbidas frecuentemente manifestadas de que a aplicación do dereito comunitario á participación de socios privados nas colaboracións público-privadas institucionalizadas converta estas fórmulas en pouco atractivas ou, mesmo, resulten imposibles. Polo tanto, a finalidade deste traballo de investigación é realizar a análise da referida comunicación, o proceso de constitución e o réxime subseguinte das sociedades mixtas que esta establece, efectuando previamente unha breve análise do concepto e réxime xurídico das sociedades urbanísticas mixtas.

Regap



ESTUDIOS

2 O obxecto social das sociedades urbanísticas mixtas

A Lei de contratos do sector público define a sociedade de economía mixta como aquela “en que a Administración participe, por si ou por medio dunha entidade pública, en concorrencia con persoas naturais ou xurídicas”²⁸. Nesta mesma liña, a normativa europea na comunicación interpretativa da Comisión Europea do 5 de febreiro de 2008 considera que esta sociedade mixta é a “cooperación entre actores públicos e privados que constitúen unha entidade con personalidade xurídica e capital mixto para executar obras ou servizos públicos”, precisando que “a achega privada aos traballos da colaboración público-privada institucionalizada, ademais da contribución ao capital ou outros activos, consiste na participación activa na execución das tarefas confiadas á entidade de capital mixto e/ou a xestión da dita entidade. En cambio, a simple achega de fondos por un investidor privado a unha empresa pública non constitúe unha colaboración

²⁷ ALONSO UREBA, A., *La sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*, Universidade Complutense de Madrid, 1988, p. 98. Sinala o autor que “na doutrina administrativa, nin sequera aqueles que participaron no relatorio que redactou estes preceptos, como é o caso de ALBI, chegan a delimitar con claridade que supostos están a considerarse no dito precepto. En segundo lugar, trátase, como dicimos, dun “convenio”, é dicir, dunha vinculación puramente contractual, o que parece excluir a adquisición de participacións ou accións nunha sociedade xa existente e o de participación na fundación dunha sociedade de capital nas distintas formas xa examinadas, supostos estes últimos previstos separadamente polo regulamento nos números 1 e 2 do art. 104. A pesar do indeterminado do suposto recollido no art. 104.3 do regulamento, cremos, con todo, que ten a virtualidade de poder operar como unha especie de cláusula aberta á que reconducir algúns casos diversos aos contemplados ata o de agora”.

²⁸ Artigo 253, da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público.

público-privada institucionalizada". Como características esenciais destas empresas mixtas pódense extractar as seguintes:

- A heteroxeneidade do seu capital (público/privado), ao concorreren a Administración e os particulares, o que establece vantaxes: compartir obxectivos públicos/privados, a rega compartida, a facilidade de financiamento e investimento conxunto e os beneficios mutuos económicos e de xestión.
- A permanencia e duración temporal desta. Tanto o texto refundido das disposicións vixentes en materia de réxime local como o regulamento de bens de corporacións locais como a Lei de contratos do sector público impoñían un límite de duración de cincuenta anos²⁹.
- A responsabilidade económica das corporacións locais limitárase á súa achega á sociedade, como en calquera outra sociedade mercantil de responsabilidade limitada.

É moi interesante a constitución dunha sociedade urbanística mixta, pois o obxecto, e polo tanto as finalidades para as que pode crearse, son moi variadas, xa que se constitúen *"para todos os fins desta natureza incluídos no ámbito urbanístico sen excluír ningún dos fins comprendidos no ámbito urbanístico"*³⁰. De forma máis concreta, o Decreto 1169/1978, do 2 de maio, sobre *"constitución de sociedades urbanísticas polo Estado, organismos autónomos e corporacións locais"*, ditado en desenvolvemento do artigo 115 do texto refundido de 1976³¹, no artigo 1.1 establece que:

"O Estado e as entidades locais poderán constituír sociedades anónimas ou empresas de economía mixta, para a execución do planeamento urbanístico. A mesma facultade corresponde ao Instituto Nacional de Urbanización e aos demais organismos autónomos con funcións urbanísticas que estean facultados pola súa normativa para crear ou participar nestas sociedades. Tamén poderán adquirir accións destas sociedades que se achen constituídas".

Para completar a análise do seu obxecto³² social, cómpre que se establezan dúas precisións que limitan a súa actuación nun dobre campo. Por unha banda, non son

²⁹ O artigo 254. (Duración) O contrato de xestión de servizos públicos non poderá ter carácter perpetuo ou indefinido, fíxándose necesariamente no prego de cláusulas administrativas particulares a súa duración e a das prórrogas de que poida ser obxecto, sen que poida exceder o prazo total, incluídas as prórrogas, dos seguintes períodos: a) Cincuenta anos nos contratos que comprendan a execución de obras e a explotación de servizo público, salvo que este sexa de mercado ou lonxa central almacenista de artigos alimentarios xestionados por sociedade de economía mixta municipal, pois nese caso poderá ser de ata 60 anos.

³⁰ Exposición de motivos do Regulamento de xestión urbanística (aprobado polo Real decreto 3288/1978).

³¹ O TR76, no seu artigo 115, dispón que *"o Estado e as entidades locais poderán constituír sociedades anónimas ou empresas de economía mixta, conforme a lexislación aplicable en cada caso para a execución dos plans de ordenación"*.

³² SANTIAGO IGLESIAS, D. *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios público*, Ed. Iustel, 2010, páx. 147. Sinala a autora que, *"se o obxecto social das sociedades de economía mixta son as actividades de contido económico que non implican o exercicio directo de poderes públicos e que se achan configuradas como un servizo público de competencia dunha Administración local, cuestiónase aquí cal pode ser o alcance das ditas actividades: o contido material dun só servizo público ou de varios servizos públicos. Dito doutro xeito, o problema que se expón aquí é se as sociedades de economía mixta deben ser monofuncionais ou se, pola contra, poden ser plurifuncionais. A conveniencia de que existan sociedades de economía mixta plurifuncionais fórmase desde o punto de vista económico: a xestión conxunta de varios servizos poden xerar economías de escala (por exemplo,*

administracións e, polo tanto, non poden realizar actos que impliquen autoridade; e, por outra, son sociedades xestoras de servizos públicos, non empresas construtoras, polo que non poden executar por si mesmas as obras. En primeiro lugar, ás sociedades urbanísticas non lles está permitido realizar actos de autoridade que se atopan reservados á Administración ou a esas personificacións sometidas ao dereito administrativo. No campo dos servizos públicos locais, a LBRL déixao perfectamente claro no seu artigo 85.3, ao indicar que: *“En ningún caso poderán prestarse por xestión indirecta nin mediante sociedade mercantil de capital social exclusivamente local os servizos públicos que impliquen exercicio de autoridade”*. No dereito urbanístico das comunidades autónomas, séguese claramente esta liña. Así, na Comunidade Autónoma de Valencia indícase que *“A actividade urbanística é unha función pública que se desenvolverá conforme o disposto nesta lei e en calquera das formas autorizadas pola lexislación reguladora da Administración actuante. En todo caso, as facultades que supoñan exercicio de autoridade exerceranse sempre en réxime de dereito público e de xestión directa”*³³. En segundo lugar, o artigo 3.5 do citado Decreto 1169/78 é perfectamente claro ao indicar que *“a execución de obras será adxudicada pola sociedade en réxime de libre concorrència, sen que, en ningún caso, poida esta sociedade executalas directamente”*. Non obstante, é interesante destacar a clasificación das sociedades urbanísticas mixtas, en relación co seu obxecto e coa súa actividade. Pódense clasificar cinco diferentes tipoloxías, tal como se establece no dereito comparado europeo, especialmente na lexislación francesa³⁴, que precisa a clasificación destas polo seu obxecto.

Regap



ESTUDIOS

2.1 Sociedades de economía mixta para a preparación do solo.

Son as que mellor responden á natureza da actuación urbanística. Trátase aquí de preparar e equipar –por esta razón denomínanse na lexislación francesa sociedades de equipamento– determinadas zonas ou terreos, non urbanizados, coa finalidade de facelas aptas para a localización nelas de polígonos industriais, de vivendas, terciarios ou combinando dúas ou tres destas finalidades nun mesmo polígono. Nestes supostos, trátase non só de realizar as obras necesarias para a construción da rede viaria, senón que, en moitos casos, pode tratarse dunha verdadeira conversión do terreo, explanándoo, demolendo edificacións, etc. Así mesmo, e nisto estriba a característica máis acusada da operación, a sociedade xestora procede a prover de servizos a zona onde actúa. Estes servizos poden ser moi diversos e están directamente vinculados á condición ou natureza do polígono resultante. Así, á parte das máis elementais obras de infraestrutura, comprensivas dos servizos de auga, luz e rede de sumidoiros nunha

pódense reducir os custos de xestión) e poden mellorar, entre outros aspectos, a eficacia e eficiencia na erogación do servizo. Para analizar correctamente esta cuestión, é necesario fraccionala en dúas. En primeiro lugar, debe estudarse se é posible constituír unha sociedade de economía mixta cuxo obxecto social englobe actividades económicas diversas de modo que se posibilite a adxudicación a ela da xestión de varios servizos públicos e, en segundo lugar, se a unha sociedade de economía mixta, constituída cun determinado obxecto social que se traduce na atribución da xestión dun ou varios concretos servizos, se lle pode encomendar a xestión dun novo servizo público”.

³³ Artigo 3.1 da Lei 16/2005, do 30 de decembro, da Generalitat Urbanística Valenciana – LUV.

³⁴ SERRA SERRA, N.; ROCA JUNYENT, M.; SOLER LLUSÀ, J., *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Editorial Cocin, Barcelona, 1969.

zona industrial, pode resultar imprescindible realizar unha estación ferroviaria ou marítima, segundo se trate. É máis, especialmente en polígonos de vivendas, toda unha serie de edificacións, etc., deben entenderse como servizos elementais dos que debe proverse a zona. Faise referencia a escolas, centros administrativos e deportivos, culturais e comerciais, xardíns, lugares públicos de lecer e repouso sen os que a zona se converte nunha absurda aglomeración. Desde un punto de vista urbanístico, a desconcentración que anima na actualidade a maior parte das actuacións daquela índole, especialmente nas grandes cidades, non ten sentido se no polígono resultante as familias que nel se sitúan non atopan os medios e servizos necesarios para atender todas as súas necesidades. Ata o momento fíxose referencia aos polígonos industriais e de vivenda, como resultado da actuación dunha sociedade cuxo obxecto fose a preparación do solo. Cabe tamén incluír dentro das súas posibles actividades a de construción de polígonos terciarios, dedicados fundamentalmente a grandes centros comerciais. Porén, en moitas ocasións estes responden a unha deficiencia inicial de non ter equipado ou ordenado correctamente os polígonos de vivenda; por iso, na práctica deben confundirse en moitas ocasións estas dúas distintas características. Sexa cal fose a natureza do polígono resultante da actuación da sociedade, é evidente, non obstante, que en ningún caso esta emprenderá, cando o seu obxecto social sexa exclusivamente a preparación do solo, a construción de vivendas ou a edificación en xeral. A súa actividade terminarase na venda dos terreos aptos para a súa edificación inmediata, nos cales se incluírán naturalmente, os edificios públicos, sociais, socioeducativos, escolares, comerciais, etc., no caso de que ningún organismo público ou concesionario deba facerse cargo deles.

2.2 Sociedades de economía mixta para a construción de vivendas.

Este tipo de obxecto social pode dar lugar a unha sociedade distinta ou constituírse como un aditamento a algunha sociedade das de preparación do solo. En ambos os supostos, a finalidade constante é a asunción directa da edificación de vivendas³⁵ para fins sociais³⁶. As características especiais deste tipo de operación, vinculada intimamente á política xeral da vivenda que en cada momento se siga, aconsellan a plena diferenciación coas sociedades de preparación do solo. Especialmente fundaméntase iso na necesidade dun control máis rixido nas de construción de vivendas, e nas súas posibles fontes de financiamento, distintas ás doutros tipos de sociedades de economía mixta, xa que a construción de vivendas de alugueiro moderado podería gozar dunhas subvencións ou primas de carácter estatal. A materia exige indubidablemente

³⁵ O Real decreto estatal 233/2013, do 5 de abril, define así o concepto de vivenda protexida: "En todo caso deberán cumprirse como mínimo cos requisitos seguintes: A vivenda protexida deberá destinarse a residencia habitual e permanente do propietario ou do inquilino. Deberán contar cun prezo máximo de venda da vivenda protexida en venda ou un alugueiro máximo de referencia da vivenda protexida en alugueiro. Dispoñer dunha superficie útil máxima de 90 m², sen incluír, de ser o caso, unha superficie útil máxima adicional de 8 m² para rochos anexos e doutros 25 m² destinados a unha praza de garaxe".

³⁶ A doutrina administrativa portuguesa interpreta o artigo 5 do RXSEL no sentido de que o lexislador decidiu con este precepto limitar o fin lucrativo que se pretende conseguir a través da creación de sociedades de economía mixta. Fálase dunha "subalternización" de fin lucrativo. Véxase COSTA GONÇALVES, P. *Regime jurídico das empresas municipais*, Ed. Almedina, 2007, páx. 131.

un minucioso estudo, distinguindo entre tipos de vivenda a construír e clasificando os recursos con que se poida contar. Por outra banda, é obvio que a escaseza de medios de actuación neste campo é moi inferior á existente con respecto á dos demais obxectos definidos. Por ese motivo, inicialmente a construción de vivendas pode quedar marxinada dos obxectos posibles dunha sociedade de economía mixta de actuación urbanística, tendo en conta, ademais, que resulta presumible que o abaratamento do prezo de venda dos soares teña unha repercusión igualmente beneficiosa no prezo ou na renda das vivendas que neles se constrúan e que nada impide, ademais, fixar estes extremos nos contratos de venda a subscribir cos construtores ou promotores.

2.3 Sociedades de economía mixta de renovación urbana³⁷.

A Lei 8/2013, do 26 de xuño, de rehabilitación, rexeneración e renovación urbanas, acerta no diagnóstico ao facer especial fincapé nas oportunidades económicas que xorden como consecuencia da Lei dos tres R, e sinala adecuadamente que o proxecto de futuro da cidade está na súa transformación interior, nas súas tres escalas de actuación, aínda que a lei non alcanza a resolver o marco económico en que se pode desenvolver e, ademais, abunda en técnicas de difícil aplicación e interpretación xurídica. Por iso, a Lei 8/2013 fomenta a colaboración público-privada a través da figura da colaboración público-privada institucionalizada. Doutra banda, a crise sanitaria da covid-19 obrígonos a pensar en novas perspectivas e solucións que xeren novas alternativas tanto para a convivencia poscovid dos cidadáns como para a mellora da cidade consolidada, con instrumentos de intervención máis sinxelos, claros e transparentes, con cidades con máis espazos abertos e máis sostibles. Con iso, pretendemos volver recolocar as sociedades urbanísticas mixtas no eixe de atención da colaboración público-privada en materia de urbanismo. A intervención na cidade consolidada, e en concreto a promoción da rehabilitación, constitúe unha materia onde as sociedades urbanísticas mixtas poden axudar a unha correcta xestión integral da zona, xa que fundamentalmente existe un problema de financiamento, de coordinación e incentivación de todos os axentes intervenientes. Consideramos que as sociedades mixtas poden ser útiles no marco dunha nova convivencia pospandemia, poden ser un instrumento de grande axuda para incentivar a transformación das nosas cidades baixo os auspicios da rexeneración, rehabilitación e renovación urbana. Todo iso vai implicar a necesidade de políticas transversais na potenciación da rehabilitación das nosas cidades como do sector da economía, dado que incentivar a construción é un motor de emprego e de riqueza. En época de pospandemia poderíase propoñer dar un novo impulso ás sociedades urbanísticas mixtas, porque se unha cousa demostrou a crise sanitaria da covid-19³⁸ é que Administración e particulares (no noso caso, promotores de solo e entidades financeiras) deberían ir

³⁷ CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*, Editorial La Ley, Madrid, 2013, p. 159. Respecto diso, o autor establece o seguinte: "As actuacións de rexeneración e renovación urbanas terán, ademais, carácter integrado cando articulen medidas sociais, ambientais e económicas enmarcadas nunha estratexia administrativa global e unitaria".

³⁸ ARAGÓN REYES, M., "Covid-19: Aproximación constitucional a una crisis", *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 32, 2020, pp. 1-5.

frecuentemente da man pactando, colaborando e chegando a acordos para temas que afecten á colectividade, ao interese público e, por suposto, ao urbanismo das nosas cidades. Esa etapa de poscovid debería fomentar a existencia da colaboración público-privada institucionalizada, precisamente para recolocar novos espazos no Plan Xeral de Ordenación Urbana, nos plans parciais ou nos plans especiais de nova convivencia social, con espazos abertos, con superficies redimensionadas que faciliten a cohesión social e a integración de todos os cidadáns. Redeseñar espazos máis abertos, moitos deles con terrazas que dean ao aire libre dentro do marco dun urbanismo máis social, buscando espazos enerxeticamente sostibles e cumprindo cos mandatos que veñen do vello continente, fará que propietarios de solo e promotores queiran reactivar o sector da construción mediante a colaboración público-privada institucionalizada, bastante golpeada, en primeiro lugar, polo estalido da burbulla inmobiliaria do ano 2008 e, na actualidade, pola crise sanitaria da pandemia da covid-19.

Polo tanto, as sociedades urbanísticas mixtas deben servir dentro do seu obxecto social para preparar, equipar e construír, pero coa circunstancia moi cualificada de facelo nunha zona xa urbanizada, para a súa remodelación e mellor encadramento dentro do conxunto urbanístico dunha maior ordenación. Iso supón importantes obras de demolición cos consecuentes problemas xurídicos que iso significa, especialmente de cara ás indemnizacións aos habitantes da zona. Nesta orde, non é o importe destas indemnizacións o que encarece e dificulta a operación, senón os problemas que leva consigo o desafiuamento e a necesidade de atender unha nova instalación dos habitantes da zona, mesmo cando sexa temporalmente e para regresar despois aos inmobles de nova construción. Aos problemas xurídicos deben engadirse os meramente técnicos, de importante envergadura. Trátase de aproveitar unhas instalacións que só o poden ser en parte, pero que obrigan a traballar nunhas condicións de limitación notables. Por outra banda, nas operacións de renovación urbana deben emprenderse, normalmente, obras que son exixidas, máis que pola mesma zona que se vai renovar, polo planeamento da mellora de todo o núcleo urbano en que esta se ache (grandes vías de desconxestionamento, etc.). Todo este conxunto de características repercuten nun custo económico de enorme transcendencia; son, as de renovación urbana, operacións moi custosas, que requiren grandes volumes de investimento, e nas cales, ademais, o autofinanciamento resulta practicamente imposible. Téñase presente que as sociedades de preparación do solo ou de construción de vivendas poden, mediante actuacións parciais, realizar con certa rapidez parte da zona xa equipada, o que repercute sensiblemente na marcha da súa situación financeira. Pola contra, na renovación urbana, a actuación parcial só é posible cando se efectuasen investimentos moi notables; practicamente só na etapa de construción, cando a demolición, preparación e equipamento supuxo xa un notable volume de gastos.

2.4 Sociedades de economía mixta para realizar grandes obras de infraestructura.

Considérase neste apartado a construción de túneles, autoestradas, abastecementos de augas e obras similares que, afectando aos municipios ou organismos territorialmente competentes, desbordan pola súa transcendencia os límites xurisdicionais destes, para incidir plenamente no campo do interese xeral nacional. Por outra banda, trátase de obras de grande envergadura que, sen a axuda estatal –nunha ou outra forma–, resultan practicamente inviables. Por iso o seu réxime xurídico e financeiro non pode ser o mesmo que para as restantes sociedades de economía mixta de actuación urbanística, exixindo un tratamento especial. Diversos problemas xorden no estudo deste tipo de sociedades. Estas grandes obras³⁹ de infraestructura configúranse normalmente á marxe dos plans ou proxectos, ou, en todo caso, o sistema elixido para a súa actuación non é ningún dos propiamente urbanísticos. Serían moitos os razoamentos que poderían avogar polo mantemento desta separación, especialmente en función da protección dos dereitos dos particulares. Non obstante, é evidente que estas grandes obras de infraestructura adoitan ir acompañadas dunha inmediata revalorización dos terreos lindeiros, que para perfeccionarse precisará a realización de típicas obras de urbanización. En tales supostos, o prezo de venda dos soares resultantes da actuación urbanística nas zonas lindeiras de grandes obras de infraestructura debería calcularse en razón do valor dos terreos adquiridos e custos das obras, necesarias para a urbanización daqueles soares, e mais a incidencia neles –determinada mediante un coeficiente– das grandes obras. Esta fórmula, á parte de supoñer un sistema de financiamento das obras de infraestructura, pon de manifesto a conveniencia de vincular a actuación urbanística á realización daquelas. O medio ou instrumento máis apropiado parece ser unha sociedade de economía mixta, á que cabería determinar dúas distintas orixes. En primeiro lugar mediante a constitución desta, co concurso das corporacións afectadas e particulares⁴⁰ interesados, co dobre obxecto da actuación urbanística na zona lindeira e construción das grandes obras de infraestructura. En tal suposto, á parte dos medios directos de financiamento destas últimas, o prezo de venda dos soares da zona, unha vez urbanizados, sería incrementado nun determinado coeficiente que se achegaría ao pagamento das obras de infraestructura. Iso só sería posible se o prezo de expropiación fose moi económico e a incidencia destas notable na orde de aproveitamento e utilización da zona. En segundo lugar, mediante a constitución dunha sociedade de economía mixta, coa exclusiva finalidade de construír determinadas grandes obras de infraestructura, e que contaría entre os seus medios de financiamento coas sumas que por aplicación

³⁹ SERRA SERRA, N.; ROCA JUNYENT, M.; SOLER LLUSÀ, J., *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Editorial Cocin, Barcelona, 1969.

⁴⁰ SANTIAGO IGLESIAS, D., *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Editorial lustel, Madrid, 2010, p. 144. Sinala a autora que “debe tratarse dunha actividade que, estando configurada como un servizo público, sexa susceptible de explotación por empresarios particulares, o que implica que esta actividade teña un contido económico. Esta exigencia é consecuencia do ánimo de lucro que subxace en todo proveito económico pode provir das tarifas que se perciban dos usuarios, do prezo que aboe a Administración ou ben da explotación dos bens ou dereitos que a Administración lles ceda aos ditos particulares”.

daquel coeficiente lle recoñecería outra ou outras sociedades mixtas de preparación do solo, que actuarían na zona que se considera como influenciada por aquelas. Conforme o criterio de discriminación e separación de obxectos, este último camiño sería o máis aconsellable, para os efectos de non confundir as distintas operacións a realizar, e impedir posibles abusos. Ademais, tal sistema non alteraría as normas xerais trazadas para o conxunto de sociedades de economía mixta de actuación urbanística, regulando unicamente o suposto especial das que se dedicasen ás grandes obras de infraestrutura. A única condición estribaría nos casos en que os terreos lindeiros xa estivesen urbanizados. Con todo, na práctica, nin o estarán totalmente nin será imposible atopar outros medios substitutivos.

2.5 Sociedades de economía mixta para a explotación de servizos públicos derivados da actuación urbanística.

Normalmente, dunha actuación urbanística programada e integral, derivan unha serie de servizos públicos, que, así mesmo, a lóxica impón que sexan atendidos polas propias corporacións, ás cales reverten de inmediato. Non obstante, como en moitas ocasións estes servizos son atendidos mediante a figura de concesionarios, xorde o problema de se as propias sociedades mixtas de preparación do solo ou de renovación urbana poden ser concesionarias daqueles servizos. Mesmo incorrendo nun desbordamento da finalidade orixinaria da sociedade de economía mixta de actuación urbanística, podería defenderse a procedencia de que esta fose, pola súa vez, titular, como concesionaria de determinados servizos públicos. Con todo, mantendo o argumentado antes, cremos que as sociedades mixtas deben ter obxectos exclusivos e perfectamente delimitados e delimitables que non requiran a utilización de técnicas diferentes, xa que deberían ser sociedades mixtas, específicas, as que acometesen a explotación de servizos públicos⁴¹ derivados da actuación urbanística. Nada impide vincular unha sociedade coa outra, mediante a determinación dos correspondentes convenios; de todas as maneiras, non se trataría de que a sociedade de economía mixta de preparación do solo contribuíse ao financiamento dunha sociedade de economía mixta posuidora dun determinado servizo público, senón viceversa. Esta, que nalgúns casos atoparía as instalacións xa realizadas, só debería atender o seu mantemento e explotación, podendo quedar obrigada a satisfacerlle determinados canons á sociedade mixta de preparación do solo, co que esta viría dispoñer duns ingresos regulares ou segundo fose a solvencia da que tivese que pagar; estaríamos en poder dun documento bancario negociable e capitalizable que axudaría ao financiamento das ditas sociedades. Por iso, desde o noso punto de vista, era moito máis optimista antano na prosperidade e practicidade desas empresas en relación co seu obxecto que na actualidade, nun marco de crise económica. Nestes momentos, o noso optimismo volveuse opaco debido á clasificación da Lei 27/2013

⁴¹ CHINCHILLA MARÍN, C., *Servicio Público, ¿crisis o renovación?, Régimen jurídico de los servicios públicos*, Consello Xeral do Poder Xudicial, Madrid, 1997, p. 92.

de racionalización e sustentabilidade da Administración local, ao cualificalas como sociedades de segundo grao, coas drásticas consecuencias económicas que para elas implica esta clasificación.

3 A transformación dunha sociedade mercantil integramente pública nunha sociedade de economía mixta. A decisión de transformación da sociedade pública

Os entes locais contan con total liberdade para elixir, de entre as opcións previstas no artigo 85.2 LBRL, pola constitución dunha sociedade local para a prestación dun servizo público local. En todo caso, o artigo 276 TRLCSP establece un límite: que non poderán ser xestionados de forma indirecta os servizos públicos que impliquen o exercicio de autoridade⁴². Na Empresa Municipal de Obras e Proxectos Urbanos de Palma de Mallorca (EMOP), tiven a oportunidade de participar na creación dunha empresa maioritariamente pública, pero con capital privado, e, como socio dela, outra Administración, de carácter supramunicipal, que interviñan no capital social, para un obxecto concreto e determinado, polo tempo que duren as obras e a explotación dela. Estamos a referirnos á empresa pública mixta do Palacio de Congresos, S.A., que empezou coa participación pública do Concello a través do EMOP (actualmente SMAP⁴³) e da Consellería de Turismo das Illas Baleares (a través do INESTUR, S.A.), con certo investimento privado de hostaleiros mallorquinos de prestixio consolidado. O gran problema que tivo a empresa mixta non estivo vinculado á súa estrutura interna e aos seus motivos de constitución, xa que coincidiu coa crise do sector inmobiliario. En relación coa súa localización na primeira liña da fachada do Paseo Marítimo de Palma, e a protección do edificio de GESA como ben de interese cultural (BIC), por parte do Consell Insular de Mallorca, que impedía a súa demolición ao ser un ben protexido, a pesar dos inconvenientes urbanísticos que existían na zona onde se situaba este edificio, para o desenvolvemento urbanístico da fachada, porque o problema das sociedades urbanísticas mixtas non sempre se reflicte na súa estrutura interna, e no motivo que levou á súa creación, xa que todo iso debe ir acompañado dunha vontade política clara e firme en materia de urbanismo, calculando os investimentos financeiros a realizar xuntamente coas unidades de actuación que están sometidas a un sistema de expropiación para a adquisición por parte do Consistorio de zonas verdes, calculando o custo destas. O anteproxecto de urbanización da fachada marítima de Palma, elaborado polo prestixioso arquitecto Patxi Mangado e

⁴² DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. e RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B. *El régimen de constitución, organización y contratación de las sociedades mercantiles locales*, Ed. La Ley, 2013, páx. 262. Sinalan os autores que "esta limitación é tamén moi frecuente na lexislación urbanística autonómica, que impide que as sociedades urbanísticas realicen actividades que impliquen exercicio de autoridade ou prerrogativas ou potestades públicas (salvo as expresamente autorizadas como a expropiación, en ocasións)".

⁴³ SOCIAS CAMACHO, J. M. e BLASCO ESTEVE, A., *Derecho local de las Islas Baleares*, Editorial Justel, Madrid, 2014, pp. 210-211. Sinalan os autores que "o Concello de Palma xestiona servizos públicos a través de catro sociedades mercantís de capital integramente municipal: EMAYA S.A., EMT S.A., EFM S.A. e SMAP S.A. Dispón, a través da sociedade SMAP S.A., do 50 % do capital social de PALACIO DE CONGRESOS DE PALMA S.A."

xestionado pola EMOP, tiña como eixe principal do “proxecto estrela” o Palacio de Congresos⁴⁴ e un hotel de luxo anexo a el. A día de hoxe, as administracións públicas responsables non chegaron a poñerse de acordo, principalmente por problemas de financiamento e falta de claras ideas urbanísticas consensuadas, con todos os axentes afectados, influíndo gravemente na imaxe urbanística e turística de Palma de Mallorca, xa que os números visitantes que chegan á illa, especialmente en época estival, provenientes do aeroporto de Son Sant Joan, se enfrontan ao enorme impacto visual que produce o Palacio de Congresos inacabado, nun soar totalmente inadecuado pola súa localización, tapando as vistas á nosa recoñecida catedral gótica palmesana. Todo iso con independencia dos numerosos litixios contencioso-administrativos que a empresa Núñez y Navarro, S.A., promotora delas, tivo que interpoñer ás administracións competentes de Baleares, derivadas de millonarias indemnizacións polos danos e perdas sufridos en materia de responsabilidade patrimonial, e que afectaron claramente á planificación do urbanismo da cidade. Precisamente pola falta de coherencia urbanística coa que se actuou, a día de hoxe temos as obras inacabadas, e sen perspectivas claras de solucionar o problema a curto prazo. Iso implica, pola nosa experiencia nunha sociedade urbanística mixta, que non sexa totalmente positiva, non tanto por ter un socio privado, senón pola falta de planificación e financiamento derivados do sector público, en colaboración co sector privado. Agora ben, cousa totalmente diferente é “transformar” unha sociedade de capital integramente público nunha sociedade de economía mixta, xa que para iso non é necesario tramitar o expediente regulado no artigo 97 LBRL, cuxo obxectivo fundamental é xustificar a conveniencia e oportunidade da implantación dun determinado servizo. Iso agora non é procedente, polo que é suficiente o acordo do pleno en que se decida o cambio da forma de xestión, xunto coa mención ás características da sociedade á que se lle pretende atribuír a xestión do servizo. Non imos profundar no estudo dos expedientes de municipalización en relación coa fase interna da sociedade e a súa relación coa Administración matriz. En relación coa constitución⁴⁵ dunha sociedade de economía mixta a partir doutra sociedade preexistente, o artigo 104 RSCL establece que a constitución da sociedade de economía mixta pode ter lugar, ben por “adquisición pola corporación interesada de participacións ou accións de empresas xa constituídas, en proporción suficiente para compartir a xestión social”, ben por “convenio cunha empresa única xa existente, no que se fixará o estatuto polo que se tivese que rexer no futuro”. Ningunha destas previsións encaixa coa modalidade de constitución da sociedade mixta que vemos neste apartado, pois ocúpase de supostos en que a entidade local adquire parte do capital de empresas privadas, e non é o caso. Polo tanto, a creación de

⁴⁴ SOCIAS CAMACHO, J. M. e BLASCO ESTEVE, A., *Derecho local de las Islas Baleares*, Editorial Iustel, Madrid, 2014, p. 211. Sinalan os autores que “o Palacio de Congresos de Palma S.A., con capital social ao 50 % de SMAP S.A. e de INESTUR S.A., se creou para a construción, xestión e promoción do Palacio de Congresos de Palma de Mallorca”.

⁴⁵ SERRA SERRA, N.; ROCA JUNYENT, M. e SOLER LLUSÀ, J., *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Editorial Cocin, Barcelona, 1969, p. 207. Sinalan os autores que “o expediente de municipalización, de axustarse ás normas que para o efecto prevé a lexislación local, contén algúns extremos que se presentan como practicamente insuperables no suposto dunha actuación urbanística. Fundamentalmente, o problema xerado pola fixación das tarifas. En todo expediente de municipalización ten que existir un cadro das tarifas do servizo. Que tarifas deberían incluírse nunha actuación urbanística? Para González-Berenguer, estas tarifas poderían substituírse por un cadro de prezos de venda dos terreos urbanizados. Pode admitirse que, como máximo, esta sexa unha solución teórica, pero nunca práctica, e case sempre inviable”.

sociedades de economía mixta a partir da privatización parcial de empresas públicas locais a través da venda de parte das súas accións non está prevista nin no RSCL, nin no TRRL, aínda que tampouco existe ningunha norma que prohiba expresamente esta posibilidade.

4 Conclusión

As sociedades mercantís locais de carácter mixto constituídas por empresas de capital público e socios privados presentábanse como unha solución alternativa á prestación directa por parte das sociedades de capital integramente público; porén, a nosa interpretación é moito máis restritiva, desde a aprobación hai agora dez anos da Lei de racionalización do sector público local, en referencia ás taxativas restricións que esta realiza á creación de entidades de segundo nivel, nas cales nos atrevemos a incluír as sociedades urbanísticas mixtas. Estas sociedades que ata o de agora no campo do urbanismo desenvolveran unha xestión bastante opaca, en tempo de pospandemia non debería ser totalmente desatinado apostar por un sistema de xestión indirecta a través das empresas mixtas, xa que é o socio privado o que xestiona o urbanismo, porque é o único que ten recursos técnicos e económicos. Non obstante, aínda que pola súa especial constitución puidesen supoñer un alivio para a crise do urbanismo, especialmente para o debilitado ámbito local, non o conseguiron debido ás especiais peculiaridades, máis que complicadas, do seu sistema de contratación pública, sobre todo na elección do socio privado e na xestión cotiá da empresa. Non foron na práctica as sociedades mixtas todo o áxiles que se lles presupoñía, malia que na época de crise económica en que aínda estamos inmersos non estou totalmente en desacordo en apostar por esa colaboración público-privada para axilizar o urbanismo e, por suposto, para chegar a unha actuación pública máis eficiente, na reestruturación do sector público-local, seguindo os criterios provenientes de Europa. Combinar dereito público-privado, no réxime xurídico dun mesmo ente instrumental como son as sociedades urbanísticas mixtas, moitas veces como vimos ao longo deste traballo non deu o resultado esperado, e quizais sería un bo momento para reformular o futuro delas.

Regap



ESTUDIOS

5 Bibliografía

- ALBI, F., Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales, Editorial Aguilar, Madrid, 1960.
- ALEMANY GARCÍAS, J., La colaboración público-privada institucionalizada en el ámbito urbanístico local, Editorial Reus, Madrid, 2018.
- ALONSO UREBA, A., La sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local, Universidad Complutense de Madrid, 1988.
- ARAGÓN REYES, M., “Covid-19: Aproximación constitucional a una crisis”, Revista General de Derecho Constitucional, n. 32, 2020.
- CANE, P. Administrative Law, Oxford University Press, Oxford, 2011.

- CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas*, Editorial La Ley, Madrid, 2013.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *Servicio Público, ¿crisis o renovación?*, Régimen jurídico de los servicios públicos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- COSTA GONÇALVES, P., *Regime jurídico das empresas municipais*, Editorial Almedina, 2007.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B. *El régimen de constitución, organización y contratación de las sociedades mercantiles locales*, Editorial La Ley, Madrid, 2013.
- ENDICOTT, T., *Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- ENTRENA CUESTA, R., “Consideración sobre la teoría general de los contratos de la administración”, *Revista de Administración Pública*, n. 24, 1957.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El derecho a una buena administración. Una nueva mirada a la Administración y al derecho administrativo”, *Anuario de Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación: ABGCR*, n. 1, 2020.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Editorial Civitas, Navarra, 2006.
- GASCÓN MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo, Principios y Legislación Española*, tomo I, C. Bermejo, Madrid, 1935.
- PAGÈS I GALTÉS, J., *Fiscalidad de las sociedades municipales*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., “Los convenios interadministrativos en el Derecho italiano”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2004.
- SALA ARQUER, J.M., “La empresa mixta como modo de gestión de los servicios públicos en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 90, 1996.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Gobierno y administración: Una reflexión preliminar”, *Revista Documentación Administrativa*, n. 215, 1988.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales*, Editorial Iustel, Madrid, 2010.
- SERRA SERRA, N.; ROCA JUNYENT, M. y SOLER LLUSÁ, J., *Las sociedades de economía mixta de actuación urbanística*, Editorial Cocin, Barcelona, 1969.
- SOCIAS CAMACHO, J.M. e BLASCO ESTEVE, A., *Derecho local de las Islas Baleares*, Editorial Iustel, Madrid, 2014.
- VILLAR PALASÍ, J.L., “La actividad industrial del estado en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 3.
- VILLAREJO GALENDE, H., “Colaboración público-privada para la re-vitalización de espacios urbanos: la introducción de los business improvement districts en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Gestión Pública*, volumen III, n. 2, 2014.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_xaneiro-xuño 2024 | pp. 29-54
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5125>
© Jaime Clemente Martínez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 06/10/2023 | Aceptado: 19/12/2023
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A Defensoría Veciñal e o seu papel garante do bo goberno local

La Defensoría Vecinal y su papel garante del buen gobierno local

The Neighbourhood Ombudsman and its role as guarantor of good local government

67 Regap

Regap



ESTUDIOS

JAIME CLEMENTE MARTÍNEZ
Profesor de Dereito Constitucional da Universitat Jaume I de Castelló

ORCID 0000-0002-3092-0401

jaime.clemente@urv.cat

Resumo: Este traballo versa sobre a utilidade que ten na Administración local a creación dunha Defensoría Veciñal, como unha ferramenta para previr actuacións arbitrarias que poidan levar a cabo o executivo municipal. Abórdase a regulación que permite a súa creación e como iso se viu ampliado pola lexislación autonómica. Así mesmo, estúdase o réxime xurídico de designación das defensorías, as competencias asignadas e os recursos que se puxeron á súa disposición. Todo iso, co obxecto de poñer en valor unha figura que, malia que descoñecida no ámbito local, pode axudar notoriamente a garantir o bo goberno nas entidades territoriais máis próximas á cidadanía.

Palabras clave: Defensoría Veciñal, bo goberno, autonomía local, incompatibilidades, interese xeral, Defensor do Pobo.

Resumen: El presente trabajo versa sobre la utilidad que tiene en la Administración local la creación de una Defensoría Vecinal, como una herramienta para prevenir actuaciones arbitrarias que puedan llevar a cabo el ejecutivo municipal. Se aborda la regulación que permite su creación y como ello se ha visto

ampliado por la legislación autonómica. Asimismo, se estudia el régimen jurídico de designación de las defensorías, las competencias asignadas y los recursos que se han puesto a su disposición. Todo ello, con el objeto de poner en valor una figura que, aunque desconocida en el ámbito local, puede ayudar notoriamente a garantizar el buen gobierno en las entidades territoriales más cercanas a la ciudadanía.

Palabras clave: Defensoría Vecinal, buen gobierno, autonomía local, incompatibilidades, interés general, Defensor del Pueblo.

Abstract: This work deals with the usefulness of the creation of a Neighborhood Ombudsman in the local administration, as a tool to prevent arbitrary actions that the municipal executive may carry out. The regulation that allows its creation is addressed and how this has been expanded by regional legislation. Likewise, the legal regime for appointing ombudsmen, the powers assigned and the resources that have been made available to them are studied. All of this, with the aim of highlighting a figure that, although unknown at the local level, can help, notably, to guarantee good government in the territorial entities closest to citizens.

key words:

SUMARIO: 1. Introducción ao papel do Defensor Veciñal: competencias e actuacións. 2. A regulación normativa dos defensores veciñais. 3. A elección da Defensoría: requisitos, incompatibilidades e converxencia con outras figuras. 4. A Defensoría Veciñal como vixiante do bo goberno local 5. A asignación de recursos e a eficacia das accións emprendidas polas defensorías veciñais: unha materia pendente. 6. Institucións análogas ás defensorías veciñais e vínculos co Defensor do estatal e os autonómicos. 7. Conclusións. 8. Bibliografía.

1 Introducción ao papel do Defensor Veciñal: competencias e actuacións

Nos últimos anos, a Administración local mostrou numerosos casos de arbitrariedade que xeraron gran desconfianza da cidadanía cara á dita institución. Na procura de conseguir que a actuación destes entes locais sexa adecuada á normativa e aos intereses xerais, comezáronse a crear institucións como os defensores veciñais. De tal modo, resulta de interese abordar como actúan estes defensores e que ámbitos competenciais teñen, cal é o seu réxime de elección e incompatibilidades, o seu papel para garantir o bo goberno local, os recursos que se lles asignan e a súa efectividade, actuacións e a semellanza destas defensorías con outras similares coas que ademais deben colaborar para mellorar a eficiencia nas súas actuacións. Todo iso, co obxecto de poñer en valor a grande oportunidade que teñen os concellos de crear as ditas defensorías para protexer os intereses da súa comunidade local.

Malia que comeza a estenderse, a figura do Defensor Veciñal é aínda pouco habitual en España, pero, como apuntabamos, cun potencial inmenso. As entidades locais que quixeron implantalo fixeron que se trate dun verdadeiro garante dos dereitos da cidadanía fronte ás actuacións, non sempre axustadas a dereito, que realizan as administracións locais.

Así pois, as funcións que se adoita asignar ao citado Defensor por parte das entidades locais son as de recibir queixas sobre atrasos, erros ou deficiencias nos servizos municipais, vixiar arbitrariedades e falta de motivación de decisións, inexecucións de resolucións, trato indebido coa cidadanía, falta de resposta a solicitudes ou negativa

a facilitar información municipal¹. De tal forma, trátase principalmente de funcións de atención de queixas sobre unha inadecuada actuación da entidade local, aínda que non son as únicas que se asignan aos ditos defensores, xa que, por exemplo, no Concello de Cabra² asígnanselle ao seu Defensor da Veciñanza funcións de información á cidadanía sobre dúbidas que lles xurdan dos trámites que deban realizar coa entidade local. En efecto, tanto as funcións de investigación sobre queixas como a de información á cidadanía son tarefas que fan das defensorías institucións que permiten cumprir a necesaria inmediatez e proximidade que merece a cidadanía, dous principios propios da actuación destas defensorías, como apunta García-Calabrés Cobo³.

Así mesmo, no Concello de Alhama de Murcia, o Defensor do Veciño ten entre as súas competencias a realización de informes a pedimento do Pleno da Corporación⁴, o que lle serviría a ese órgano colexiado para ter un criterio adicional antes de tomar unha decisión de transcendencia local. Ademais, asígnaselles non só a vixilancia da legalidade, senón tamén funcións de informe aos defensores municipais que existan no ámbito da Comunidade Valenciana⁵, en concreto como órgano de consulta do Consello Social do concello. En consecuencia, apréciase que non sempre teñen un papel antagónico aos servizos municipais, senón que tamén poden apoialos no seu día a día.

En todo caso, téñase en conta que o traballo realizado polos defensores da veciñanza será percibido en moitas ocasións polos dirixentes públicos das entidades locais como unha traba ou unha inxerencia na súa actuación municipal, na medida en que poñerán de manifesto os erros ou actuacións reprochables que efectuasen. Porén, non debe verse de tal modo os ditos defensores, xa que o papel que poden desempeñar é unha verdadeira actividade de control cara á Administración para a que traballan, asegurándose de que non caen na prohibición constitucional de actuar de forma arbitraria. De feito, os defensores levan a cabo unha función mediadora entre a cidadanía e o concello, polo que non debe ser vista esta figura como un inimigo do consistorio, senón como unha oportunidade de mellorar unha situación que prexudicou un cidadán e á que se lle pode poñer remedio sen necesidade de acudir á vía xudicial. En efecto, como xa apuntaba o Ministerio de Xustiza á hora de abordar a eficiencia na xurisdición contencioso-administrativa⁶, a existencia de institucións

REGAP



ESTUDIOS

¹ Podemos atopar estas funcións na maioría de defensores veciñais, tales como os seguintes: Defensora do Cidadán do Cidadán do Concello de Aspe (<https://aspe.es/defensora-ciudadano/>), Defensoría da Cidadanía do Concello de Mataró (<https://entitatsmataro.cat/es/el-ayuntamiento/el-defensor-del-ciudadano>, consultado o 2/9/2023) ou a Oficina do Defensor do Veciño do Concello de Alboraya (<https://www.alboraya.es/es/oficina-del-defensor-del-vecino>, consultado o 2/9/2023).

² Véxase o artigo 2 do Regulamento do Estatuto do Defensor/a da Veciñanza do Concello de Cabra, publicado no *Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba* n. 32, do 26 de febreiro de 2022.

³ GARCÍA-CALABRÉS COBO, F., "Derechos vecinales y defensores locales de la ciudadanía", Escobar Roca, G. (ed.), *Protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional de PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 197-208, p. 197.

⁴ Así se indica no artigo 4.c do Estatuto do Defensor do Veciño do Concello de Alhama de Murcia do 2 de decembro de 2011, publicado no *Boletín Oficial de la Región de Murcia* do 15 de decembro de 2011.

⁵ Así o determina o artigo 32 da Lei 8/2010, do 23 de xuño, de réxime local da Comunidade Valenciana.

⁶ Comisión Xeral de Codificación, Informe explicativo e proposta de anteproxecto de lei de eficiencia da xurisdición contencioso-administrativa, Ministerio de Xustiza, Madrid, 2013. Dispoñible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/>

como a Defensoría Veciñal axuda a evitar que se leven certos litixios aos tribunais, o que serve para evitar unha saturación de tarefas no poder xudicial.

En efecto, as ditas defensorías teñen unha verdadeira función de intermediación, ao tramitaren queixas veciñais sobre a actuación das entidades locais, xa que son un punto de conexión entre ambas as partes. Algúns consistorios, como o citado de Alhama de Murcia⁷ ou o Concello de Elxe⁸, fan fincapé no seu papel mediador para resolver disputas, xa que, de feito, se as entidades crearon servizos de mediación para os conflitos veciñais⁹, crear ferramentas como o Defensor da Veciñanza para mediar entre conflitos de cidadáns co concello é tamén unha oportunidade de mellora continua, e isto, ao mesmo tempo, permite buscar métodos de resolución de conflitos xurídicos sen necesidade de acudir aos tribunais, o cal, como apunta Rojas Pozo¹⁰, implica tamén un “reforzamento dos controis administrativos de legalidade”.

A actuación dos defensores para levar a cabo as súas funcións encomendadas consiste, principalmente, en realizar unha investigación sobre os feitos denunciados por un interesado ante unha posible actuación incorrecta por parte do consistorio local. Así pois, os defensores emiten unha recomendación aos servizos municipais¹¹ para aconsellar, se é o caso, un cambio de criterio nunha decisión que se adoptou e que pode ser contraria ao interese xeral. Adicionalmente, estes defensores adoitan presentar un informe anual ao pleno da corporación¹² coas principais actuacións realizadas, de maneira que sirva como síntese do traballo de protección de dereitos cidadáns que efectuou esta institución. En efecto, como sinala Pajares Montolio¹³, este informe debe centrarse no “estado dos dereitos” non no “estado da defensoría”, xa que o obxectivo é coñecer os motivos da actividade da defensoría municipal, o que nos dará unha idea de en que situacións se prexudicou a cidadanía pola actuación

ActividadLegislativa/Documents/1292430803259-Informe_explicativo_y_propuesta_de_anteproyecto_de_ley_de_eficiencia_de_la_Jurisdiccion_Contencioso.PDF, consultado o 7/9/2023 p. 29.

⁷ No artigo 3 do citado Estatuto do Defensor do Veciño do Concello de Alhama de Murcia indícase, de feito, que este defensor exerce unha función mediadora.

⁸ O Pleno do Concello de Elxe, en sesión do 30 de xaneiro de 2023, acordou a creación da figura do Defensor do Veciño, facendo fincapé no seu papel mediador, malia que aínda queda pendente a regulación de como levará a cabo esta tarefa o designado defensor ou defensora. Véxase a acta da dita sesión plenaria aquí: https://sede.elche.es/sta/CarpetaPublic/doEvent?APP_CODE=STA&PAGE_CODE=PTS2_PLENO_TABLON&lang=ES#, consultado o 7/9/2023.

⁹ Véxase, por exemplo, o servizo de mediación policial, onde as autoridades locais fan de intermediarios entre varios veciños, que podemos atopar amplamente arraigado, entre outros, no Concello de Vila-real (véxase aquí https://www.vila-real.es/portal/p_85_contenedor5.jsp?seccion=s_fdes_d4_v2.jsp&codbusqueda=609&codMenu=360&layout=p_85_contenedor5.jsp&codResi=1&language=es, consultado o 12/9/2023).

¹⁰ ROJAS POZO, C. “La mediación administrativa”. *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, n. 98, 2016, pp. 183-200, p. 186.

¹¹ Iso pódese observar, entre outros, no artigo 115.10 do Regulamento orgánico municipal do Concello de Salt, que regula os aspectos do Defensor do Cidadán do municipio (véxase aquí: https://www.seu-e.cat/documents/28465/6874759/02+-+No_rmativa+que+regeix+la+instituci%C3%B3/81715d99-8f07-4a7d-acac-48aa5f8e0014, consultado o 16/9/2023).

¹² Así o vemos, por exemplo, no artigo 9 do Regulamento do Estatuto do Defensor do Veciño do Concello de Mutxamel, publicado no *Butlletí Oficial de la Província d'Alacant* n. 93, do 18 de maio de 2017, que indica: “O defensor ou defensora do veciño dará conta anualmente ao Pleno do Concello sobre a xestión realizada nun informe que presentará en sesión extraordinaria convocada para o efecto. No seu informe anual dará conta do número e tipo de peticións presentadas, das que fosen rexeitadas e as súas causas, así como das que foron obxecto de investigación e o resultado destas, especificando as suxestións ou recomendacións admitidas polo Concello de Mutxamel”.

¹³ PAJARES MONTOLÍO, E. J., “Diez observaciones sobre los informes defensoriales y la promoción de los derechos humanos desde una perspectiva constitucional”, Escobar Roca, G. (ed.), *Protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional de PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 288-289.

da Administración, o cal poderá servir de exemplo para evitar futuras actuacións arbitrarias da entidade local.

2 A regulación normativa dos defensores veciñais

Como se analizou, as diferentes competencias asignadas aos defensores da veciñanza e a forma de exercelas lémbrennos as que ten o Defensor do Pobo¹⁴ ou os seus homólogos autonómicos correspondentes, aínda que neste caso centrados en vixiar que non se produzan actuacións de arbitrariedade unicamente nas entidades locais. A pesar de que debemos indicar que, aínda que a existencia do Defensor do Pobo ou os seus equivalentes autonómicos é unha exixencia constitucional ou dos respectivos estatutos de autonomía, os concellos, en cambio, non están obrigados a crear esa figura do Defensor da Veciñanza, na medida en que non é unha exixencia prevista na normativa básica de réxime local¹⁵, nin tampouco é unha obriga que deban cumprir as entidades locais froito da normativa autonómica de réxime local que poida existir.

En todo caso, debemos mencionar que algunhas das ditas comunidades si que establecen a posibilidade expresa de crear a figura do Defensor da Veciñanza, aínda que sen tratarse dunha exixencia. É só o caso de Cataluña, que establece a figura da Sindicatura Municipal de Greuges¹⁶, para defender os dereitos fundamentais e as liberdades públicas da veciñanza, e tamén da Comunidade Valenciana¹⁷, que na súa normativa de réxime local indica a posibilidade de crear un defensor ou defensora dos veciños para comprobar as queixas e as deficiencias dos servizos municipais. Trátase, por tanto, das dúas únicas autonomías españolas que incluíron no seu artigo unha referencia a estas defensorías municipais. Sen dúbida, se unha entidade local catalá ou valenciana quixese crear esta figura, debería seguir as pautas indicadas na normativa autonómica de réxime local, aínda que xorde a cuestión de se sería posible ou non a creación da Defensoría se se trata dunha entidade local non situada nas citadas comunidades autónomas.

Así pois, podemos considerar que a posibilidade de crear esa figura se ampara na creación de órganos complementarios prevista no artigo 20.3 LRBRL¹⁸, unha regu-

¹⁴ O artigo 9.1 da Lei orgánica 3/1981, do 6 de abril, do Defensor do Pobo, establece como competencia da dita institución comisionada das Cortes Xerais a vixilancia do cumprimento dos principios recollidos no artigo 103.1 CE nas administracións, feito que sucede de igual forma cos defensores veciñais, que teñen encomendadas estas tarefas de vixilancia de cumprimento dunha actuación pública adecuada nas súas entidades locais.

¹⁵ Non atopamos referencias á figura do Defensor da Veciñanza ou similar na principal normativa básica de réxime local, isto é, a Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local; e o Real decreto lexislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local, nin tampouco noutra normativa básica aplicable ás entidades locais.

¹⁶ O artigo 48.2.c do Decreto lexislativo 2/2003, do 28 de abril, polo que se aproba o Texto refundido da Lei municipal e de réxime local de Cataluña, establece que deberá existir a dita Sindicatura Municipal se o acorda o Pleno do Consistorio, e no artigo 59 da norma establece o procedemento de elección e as súas funcións.

¹⁷ En concreto, o artigo 29 da Lei 8/2010, do 23 de xuño, de réxime local da Comunidade Valenciana, establece a posibilidade de crear o dito Defensor en lugar de crear a Comisión Especial de Suxestións e Reclamacións, xa que ambos supervisan a actividade municipal.

¹⁸ Este artigo 20.3 LRBRL indica: "Os propios municipios, nos regulamentos orgánicos, poderán establecer e regular outros órganos complementarios, de conformidade co previsto neste artigo e nas leis das comunidades autónomas ás que se refire o número anterior".

lación que deberá facerse mediante o regulamento do órgano municipal e sempre de conformidade coa normativa estatal e autonómica. Iso parece traducirse en que sería posible crear órganos complementarios por parte do concello (como podería ser o caso da Defensoría da Veciñanza), e desta forma, como apunta Luciano Parejo¹⁹, crear órganos na entidade segundo as necesidades da súa comunidade local. Agora ben, da dicción do precepto parece que a creación destes está supeditada ao que poidan establecer a normativa autonómica ou estatal na materia, de maneira que, se esta regulación establece unha forma de configurar un determinado órgano complementario, deberá respectarse, como é o caso da normativa autonómica catalá e valenciana que regula a figura da Sindicatura e da Defensoría, polo que, se unha entidade local o regula no seu territorio, deberá seguir as súas pautas. Na mesma liña pronúnciase Serrano Torres²⁰, que indica que, á hora de crear órganos complementarios, unha entidade deberá dar prevalencia á normativa estatal e autonómica na materia.

Por tanto, entendemos que, malia que a normativa autonómica non estableza expresamente unha regulación sobre a Defensoría Municipal, iso non é impedimento para que se cree este órgano por parte dun consistorio local²¹, segundo o artigo 20.3 LRBRL, o que vai en consonancia tamén coa Sentenza do Tribunal Constitucional n. 214/1989, do 21 de decembro²², que, aínda que abordou a inconstitucionalidade duns incisos dos apartados 1.c e 2 do citado artigo 20, no seu fundamento xurídico sexto apuntou que, en referencia á creación de novos órganos complementarios, as entidades locais tiñan unha importante marxe de actuación, xa que o alto tribunal: “admite, asemade, a existencia dun ámbito reservado á autonomía organizativa municipal, ámbito este que non poderá ser descoñecido ou invadido polas normas que, en materia de organización municipal complementaria, diten as comunidades autónomas”, o que vai en consonancia coa potestade de autoorganización recoñecida co artigo 4.1.a LRBRL e a autonomía local constitucionalmente recoñecida no artigo 140 CE.

De feito, permitirilles ás administracións locais crear esta figura vai en consonancia co principio previsto no artigo 4.3 da Carta europea da autonomía local de 1985, que estableceu que, preferentemente, as competencias públicas deben ser asumidas polas autoridades máis próximas á cidadanía, polo que, se estes concellos asumen cada vez máis actuacións públicas, tamén resulta lóxico que exista un órgano nestas

¹⁹ PAREJO ALFONSO, L., “La potestad de autoorganización de la Administración Local”, *Revista de Documentación Administrativa*, n. 228, 1991, pp. 13-43. p.28. Aínda que o autor escribiu o artigo citado con anterioridade á aprobación da Lei 11/1999, do 21 de abril, de modificación da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, e outras medidas para o desenvolvemento do goberno local, en materia de tráfico, circulación de vehículos de motor e seguridade viaria e en materia de augas, que é a que estableceu o texto actual do artigo 20.3 LRBRL, o certo é que si que puxo entón xa de manifesto a idea de que a creación de novos órganos complementarios por parte dun concello permite atender as particularidades da comunidade veciñal.

²⁰ SERRANO TORRES, A., “La organización de la participación en el ámbito local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 14, 2016, p. 1663.

²¹ Proba diso son os defensores que podemos atopar en entidades locais que están en comunidades autónomas onde non existe unha regulación de réxime local sobre defensorías, como é o caso, por exemplo, do Valedor do Cidadán do Concello de Vigo (Galicia) ou o Defensor do Cidadán de Granada (Andalucía).

²² Sentenza do Tribunal Constitucional n. 214/1989, do 21 de decembro. *Boletín Oficial del Estado* núm. 10, do 11 de xaneiro de 1990.

entidades que vixie a adecuada execución das políticas municipais. Nesta mesma liña, Otaola e Trapote²³ apuntan que o xurdimento das defensorías está amparado na potestade de autoorganización prevista tamén no artigo 137 CE ou, como expón García-Calabrés Cobo²⁴, nunha capacidade dos entes locais de “autonormarse”, o que sería o fundamento xurídico da creación da dita figura.

Por tanto, os defensores configúranse como unha oportunidade que ten cada Administración de poder revisar as actuacións dos servizos municipais para conseguir unha mellor xestión local. De feito, como apunta a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña n. 1128/2003, a función que realizan os defensores é emitir recomendacións sobre actuacións públicas, sen invadir o ámbito competencial de cada consistorio nin anular ou modificar actos administrativos, senón só aconsellar sobre a súa modificación ao órgano competente²⁵. De feito, o único límite que cómpre ter en conta que indica esta resolución do TSX de Cataluña para este caso refírese a que non se lle poden dar ao Defensor funcións de vixilancia que excedan a Administración local onde as exerce, pero, máis alá da dita situación, ten plena capacidade de actuación como órgano complementario da entidade local.

3 A elección da Defensoría: requisitos, incompatibilidades e converxencia con outras figuras

Tras quedar clara a competencia de cada consistorio para poder aprobar a Defensoría, debemos deternos en primeiro lugar en como debe adoptarse a decisión de creala. O xeito de facelo, de forma xeral, para a maioría de concellos españois debe ser por regulamento orgánico, conforme establece o artigo 20.3 LRBRL, aínda que no caso das entidades locais da Comunidade Valenciana, ao ter preferencia a normativa de réxime local da autonomía, será suficiente mediante un acordo plenario por maioría simple, fronte á necesidade dunha maioría absoluta para aprobar o regulamento orgánico²⁶. Por iso, vemos como a normativa valenciana parece favorecer a creación do dito Defensor porque só exige unha maioría simple e, ademais, non require a aprobación ou modificación do regulamento orgánico municipal, cousa que adoita

²³ OTAOLA, J. e TRAPOTE, P., “Participación y mediación institucional: la defensoría local y la Comisión de Sugerencias: el caso de Vitoria-Gasteiz”, Escobar Roca, G. (ed.), *Protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional de PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 543-549, p. 545.

²⁴ GARCÍA-CALABRÉS COBO, F., “Derechos vecinales y defensores locales...”, *op. cit.*, p. 202.

²⁵ Así pois, esta Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña n. 1128/2003, do 19 de novembro, rec. 69/1999, establece respecto aos defensores que non supoñen inxerencia sobre outros órganos municipais na medida en que: “As súas funcións se limitan á formulación de advertencias, recomendacións ou suxestións, sen que en ningún caso poida modificar ou anular actos ou resolucións administrativas. De igual modo, intervén en funcións de conciliación ou, tras acordo das partes, de arbitraje, polo que en ningún caso cabe considerar que se produza unha invasión ou usurpación das facultades legalmente atribuídas a outros órganos municipais”.

²⁶ Téñase en conta que, ao referirse o artigo 29.1 da Lei 8/2010, do 23 de xuño, de réxime local da Comunitat Valenciana, a un simple acordo plenario, será suficiente cunha maioría simple dos membros da Corporación para decidir crear este defensor, mentres que, se nos rexemos pola normativa estatal, habería que acordar a aprobación mediante regulamento orgánico, que, conforme o artigo 47.2.f LRBRL, debe ser aprobado por maioría absoluta.

ser unha regulación que “levanta disputas” entre os cargos públicos, xa que afecta a outras cuestións de organización dos debates nos principais órganos colexiados e á regulación interna do consistorio. Por iso a súa modificación pode ser un motivo para desincentivar os concellos para crear a figura da Defensoría. No caso de Cataluña, que tamén establece unha regulación propia da súa Sindicatura Municipal, deberá adoptarse a decisión de crear a figura por maioría absoluta por proposta dun grupo municipal²⁷, aínda que sen necesidade de modificar o regulamento orgánico. Isto favorece a súa aprobación máis que a normativa estatal, malia que menos que a valenciana.

Unha vez acordada polo consistorio a decisión de crear a figura, procede elixir un candidato ou candidata, e, para iso, os regulamentos municipais adoitan exixir que sexan persoas residentes na localidade²⁸; de feito, nalgúns casos mesmo se exige antigüidade no empadramento, ou que sexa unha persoa de recoñecido prestixio no municipio²⁹. Isto reforzaría que o papel sexa asumido por unha persoa que teña fortes lazos coa localidade e, polo tanto, sexa escoitada, con maior probabilidade, polo goberno municipal. Os procedementos de votación de candidaturas adoitan ser por maiorías reforzadas de dous terzos³⁰ ou de tres quintos³¹, e nalgúns casos redúcense estas maiorías en segunda volta se na primeira volta non se conseguen³², co obxecto de tentar obter un candidato ou candidata de consenso, se é posible, pero tampouco impedir o nomeamento se non se logra a maioría reforzada. Para conseguir máis asenso e solvencia na proposta presentada, algúns consistorios solicitan mesmo que se consulte a candidatura previamente aos órganos de participación cidadá do concello³³, que os grupos municipais reciban propostas de candidaturas

²⁷ Conforme ao artigo 48.2.c do Decreto legislativo 2/2003, do 28 de abril, polo que se aproba o Texto refundido da Lei municipal e de réxime local de Cataluña.

²⁸ Véxase, por exemplo, o artigo 5.1 do Regulamento orgánico do Estatuto do Veciño do Concello de Aspe, publicado no *Butlletí Oficial de la Província d'Alacant* n. 182, do 24 de setembro de 2013.

²⁹ O artigo 5.1 do Regulamento orgánico do Estatuto da figura do Defensor/a do Veciño/a do Concello de Librilla, aprobado en Pleno do Consistorio do 29 de marzo de 2019, véxase aquí: <https://librilla.sedelectronica.es/transparencia/f4219b03-16d7-4614-8915-4034ab843f41/>, consultado o 20/9/2023.

³⁰ Así se indica, por exemplo, no artigo 3 do citado Regulamento do Estatuto do Defensor/a da Veciñanza do Concello de Cabra e tamén no artigo 2 do Regulamento de Constitución, Organización e Funcionamento do Defensor do Cidadán ante o Concello de Mislata (véxase aquí: <https://www.mislata.es/sites/default/files/2021-12/reglament-del-defensor-del-ciudadana.pdf>).

³¹ Como expón o artigo 2.1 do citado Regulamento do Estatuto do Defensor do Veciño do Concello de Mutxamel ou o artigo 5 do Regulamento do Defensor/a Veciñal do Concello de Vitoria-Gasteiz (véxase aquí: <https://www.vitoria-gasteiz.org/docs/wb021/contenidosEstaticos/adjuntos/es/11/10/1110.pdf>, consultado o 14/9/2023).

³² É o caso de Amposta, onde se realiza unha primeira volta por maioría de tres quintos e, se non, aprobarase un candidato por maioría absoluta; así se indica no artigo 9 do Regulamento Municipal regulador do Defensor/a da Cidadanía de Amposta, véxase aquí: <https://www.amposta.cat/ca/n3/ajuntament/defensora-ciudadania/reglament>, consultado o 17/9/2023. Idéntico procedemento dunha primeira volta por tres quintos e unha maioría absoluta en segunda volta se indica para o Concello de Palma; véxase o artigo 2.1 do Regulamento orgánico dos dereitos da cidadanía do Concello de Palma, publicado no *Bulletí Oficial de Illes Illes Balears* n. 36, do 3 de marzo de 2005.

³³ É o caso do artigo 3.1 do Regulamento do Defensor da Cidadanía do Concello de Sagunto; véxase aquí: https://aytosagunto.es/media/xkrjuen/reglamento_-_defensorciudadan%C3%ADa.pdf

polas organizacións sociais municipais³⁴ ou que a persoa candidata presente unhas liñas básicas do traballo que vai desempeñar no posto³⁵.

Especial referencia merece o réxime de incompatibilidades ao que deben estar suxeitas as defensorías. Isto xustifícase en que os defensores ou defensoras deberán realizar un labor de supervisión da actividade municipal, o que exige necesariamente altas cotas de obxectividade, e por iso debe vixiarse a ausencia de conflitos de intereses, cousa que pode darse se desempeñan ou desempeñaron algún outro cargo que poida afectar á súa imparcialidade. De tal modo, a maioría das entidades locais regularon a incompatibilidade para o cargo, aínda que varíe dependendo do consistorio. Debemos determos, en primeiro lugar, nas prohibicións relativas a aspectos políticos, e deberíase impedir exercer o cargo a quen ten un cargo representativo³⁶, un de libre designación ou unha afiliación a un partido político, sindicato ou organización empresarial³⁷. O motivo desta prohibición xustifícase en evitar que unha defensoría sexa ocupada por unha persoa que se mova por intereses políticos unicamente, o que prexudicaría o propósito da institución e, como expón Pintado³⁸, a crearse unha “politización” da figura en lugar de que se centren os esforzos en mellorar o municipio. En determinadas ocasións esta incompatibilidade amplíase mesmo a que non se tivese desempeñado un posto como cargo electo nos últimos anos³⁹ ou mesmo que non se tivese formado parte dunha lista electoral na circunscrición da que forme a entidade⁴⁰, de maneira que con iso se pretende evitar que os partidos políticos propoñan candidatos para o posto que, ao teren vínculos con eles, sirvan máis os seus intereses que o interese xeral municipal.

En segundo lugar, atopamos as incompatibilidades en relación con ser empregado público, establecendo que non se permite estar en servizo activo no consistorio ou coas súas entidades dependentes⁴¹. Algunha entidade local posibilita a compatibilidade entre ser defensor ou defensora e empregada ou empregado público do mesmo consistorio, pero establece que nas queixas recibidas como defensor ou defensora

Regap



ESTUDIOS

³⁴ Así se indica no artigo 6 do citado Regulamento orgánico do Estatuto do Veciño do Concello de Aspe.

³⁵ Así se expón no artigo 6.1 do Regulamento do Defensor/a de a Cidadanía de Ripollet; véxase aquí: <http://upload.ripollet.cat/FILES/PDF/ripollet-reglament-defensor-270218.pdf>, consultado o 9/9/2023.

³⁶ Concellos como o de Palma establecen que é incompatible cun cargo representativo local, mentres que outros, como o de Aspe, amplían a prohibición e indican que non poderán ter ningún cargo representativo de elección popular, sexa local ou non. De forma similar actúa o Concello de Amposta, que establece a prohibición para calquera cargo político, o que mesmo parece estenderse, por exemplo, a postos de persoal eventual.

³⁷ Así se indica, entre outros, no Concello de Mutxamel.

³⁸ PINTADO SÁNCHEZ, F., “La participación ciudadana en el ámbito local”, *FEMP*, Madrid, 2008. Dispoñible en: <http://documentos.famp.es/documentacion/publicaciones/2004grupo12.pdf>, p. 14.

³⁹ É o caso do artigo 11 do citado Regulamento do Defensor/a da Cidadanía de Ripollet, que establece que é incompatible o posto de defensor ou defensora con ter sido cargo electo nos últimos catro anos.

⁴⁰ Establécese de tal modo no artigo 5.e do citado Regulamento do Estatuto do Defensor/a da Veciñanza que expón que: “Será unha persoa allea á Corporación Municipal e non poderá formar parte de ningunha lista electoral, municipal, autonómica, estatal ou europea en calquera partido con ou sen representación municipal no Concello de Cabra nas últimas tres lexislaturas ou mandatos corporativos”.

⁴¹ Establécese de tal modo, por exemplo, no Concello de Sagunto ou no Concello de Mislata.

que afecten ao servizo onde traballa se deberá abster⁴², o que permite o cumprimento tamén do requisito previsto no artigo 23 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público. A opción de elixir un empregado ou empregada municipal, malia que poida parecer unha situación en que se xeren numerosos conflitos de intereses, pode ser positiva porque o defensor ou defensora será unha persoa que coñece sobradamente o funcionamento do concello (xa que traballa nel) e por iso pode aproveitar o seu coñecemento sobre as dinámicas internas deste para axudarlle á cidadanía ante un problema que lle xurdise, se ben será necesario establecer un sistema áxil no caso de que esta persoa deba absterse, xa que, pola contra, as queixas sobre o servizo en que traballa o defensor ou defensora poderán retardarse. O obxecto de garantir a dita abstención baséase, como lembra Martínez López-Muñiz⁴³, en motivos de precaución, para evitar que interveña no procedemento unha persoa que poida “comportar risco para a imparcialidade na súa actuación”, aínda que, como apuntamos, a necesidade de que o concello concrete un procedemento rápido para esa abstención resulta esencial, xa que, se non, o procedemento establecido pola norma, tal como lembra o autor⁴⁴, se trata só dun elemental, tal como está regulado na norma, o que pode facer que, ante a ausencia de detalles de como aplicalo, algunhas entidades locais non o utilicen sempre que debesen.

Por último, algunhas entidades locais amplían a lista de supostos de incompatibilidade para desempeñar o cargo a aquelas persoas que realicen unha actividade profesional que teña intereses co consistorio⁴⁵. Serían os supostos, por exemplo, de contratistas ou subcontratistas do concello que se poidan ver beneficiados polas decisións de compra pública da entidade e onde eventualmente poderían xurdir conflitos de intereses. De feito, esta restrición iría en consonancia co sentido das diferentes prohibicións para contratar que se fixan na Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, xa que, aínda que o defensor ou defensora non é propiamente empregado ou empregada municipal, e se fose contratista do consistorio en sentido estrito non se tería por que producir necesariamente unha prohibición do artigo 71.1.g LCSP, o certo é que, sen dúbida, si que está estreitamente unido ao concello ao vixiar a súa actividade e, obviamente, xeraríanse conflitos difíciles de resolver se o defensor ou defensora fose contratado por este.

En efecto, en liñas xerais, vemos que a maioría das incompatibilidades previstas polos regulamentos de defensores son similares ás previstas para os cargos electos

⁴² Así o prevé o artigo 6.3 do Regulamento regulador da Oficina do/a Defensor/a da Cidadanía do Concello de El Puerto de Santa María: “Se o cargo recaese en funcionario/a ou empregado/a do Concello, o seu desempeño será compatible coas funcións que veña realizando para o Concello. No caso de que deba absterse nalgún asunto puntual relativo ao funcionamento da súa Dependencia ou Servizo, o Pleno encomendaralle a tramitación do dito asunto a outro/a funcionario/a ou empregado/a municipal, mediante acordo adoptado co quórum establecido no artigo 5.1^o. Véxase o regulamento en cuestión aquí: <http://transparencia.elpuertodesantamaria.es/trans/D-normativa/ordenanzas/Ordenanzas%20Municipales/Participacion%20Ciudadana/MAQ-REGLAMENTO%20DEFENSOR%20CIUDADANIA.pdf>, consultado o 20/9/2023.

⁴³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Ética pública y deber de abstención en la actuación administrativa”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 67, 2011, pp. 329-357, p. 338.

⁴⁴ *Ídem*, p. 340.

⁴⁵ Indícase de tal modo no artigo 5.1.b do citado Regulamento do Defensor ou Defensora da Cidadanía do Concello de Sagunto, que establece que é incompatible con ser defensor/a: “Calquera actividade profesional, mercantil ou laboral que implique uns intereses particulares co Concello”.

locais no artigo 178.2 da Lei orgánica 5/1985, do 19 de xuño, do réxime electoral xeral, onde se establece tamén a imposibilidade de compaxinar o cargo cun posto de traballo na entidade local ou con ser contratista do concello, todo iso de cara a evitar conflitos de intereses no desempeño do cargo, xa que, como expón Galindo Caldés⁴⁶, estas prohibicións previstas na LOREX non pretenden prexudicar os contratistas locais, senón ser “unha salvagarda do interese público e do principio de imparcialidade do artigo 103.3 CE”. Por tanto, evitar estes conflitos é algo que tamén debe previr-se na elección das defensorías veciñais, xa que exercen un papel de relevancia para protexer os intereses xerais locais e, por iso, debe asegurarse a súa máxima equidade.

Ante este réxime de incompatibilidades para as defensorías, vemos que o cargo de Defensoría debe ser exercido por unha persoa, en principio, allea á entidade local para así salvagardar os intereses da cidadanía que acuda ao Defensor. Aínda que, como observamos, a falta dunha obrigatoriedade para as entidades locais de crear o órgano da Defensoría fai que, ao ter que buscar unha persoa allea á actividade para levalo a cabo supoña un labor tan arduo, se desista de realizala. Por ese motivo, co obxectivo de tratar de persuadir as entidades locais para que creen o posto de Defensoría e que a elección dun candidato non sexa un problema, pensamos na posibilidade de que este cargo sexa exercido por outras persoas da institución que realizan labores distintos ou de vixilancia da legalidade da entidade local. De tal xeito, unha primeira opción de persoa que podería ocupar, *a priori*, o posto de Defensoría podería ser o xuíz ou a xuíza de paz do concello. Teñamos en conta que realiza un labor en gran parte mediador e, de feito, resolve disputas entre veciños e veciñas, polo que na práctica realiza un papel bastante similar ao que executaría como defensor ou defensora. Non obstante, neste caso, a pesar da honorabilidade do xuíz ou da xuíza de paz, non podería exercer o cargo porque, segundo a normativa aplicable, resulta incompatible o cargo de xuíz ou xuíza con outros de designación política das entidades locais⁴⁷, co cal, como o cargo de defensor é elixido polos representantes electos da entidade local, non sería posible unificar os postos.

Así pois, cabería tamén a posibilidade de pensar en que o posto de defensor o ocupase unha persoa que se encargue da vixilancia da legalidade da entidade; por exemplo, o delegado de protección de datos da entidade local, ao tratarse dun posto obrigatorio nestas entidades⁴⁸. Neste sentido, non parece existir impedimento en que o posto se poida compaxinar; de feito, isto resultaría altamente aconsellable, porque

⁴⁶ GALINDO CALDÉS, R., “Prohibición de contratar e incompatibilidades de los concejales”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 51, 2019, pp. 118-139, p. 123-124.

⁴⁷ O artigo 389 da Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do poder xudicial, indica que: “Con calquera cargo de elección popular ou designación política do Estado, comunidades autónomas, provincias e demais entidades locais e organismos dependentes de calquera deles”. Esta incompatibilidade prevista no artigo 389 da Lei orgánica 6/1985 é de aplicación aos xuíces de paz segundo prevé o artigo 14 do Regulamento 3/1995, do 7 de xuño, dos xuíces de paz, que establece que: “Durante o seu mandato, os xuíces de paz estarán suxeitos ao réxime de incompatibilidades e prohibicións reguladas nos artigos 389 a 397 da Lei orgánica do poder xudicial no que lles sexa aplicable”.

⁴⁸ Conforme o artigo 37.1.e do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeo e do Consello do 27 de abril de 2016.

o delegado adoita ser unha persoa allea á entidade local que vixía o cumprimento da normativa de protección de datos⁴⁹.

En última instancia, debemos mencionar a posibilidade de unir o cargo de defensor coa persoa responsable do Sistema Interno de Información, creado no título II da recente Lei 2/2023, do 20 de febreiro, reguladora da protección das persoas que informen sobre infraccións normativas e de loita contra a corrupción, que crea un sistema interno onde se poida alertar dunha infracción normativa antes de acudir ao sistema xudicial⁵⁰. Así pois, o artigo 8 da citada Lei 2/2023 non parece establecer ningún impedimento a que o responsable de xestionar ese sistema poida ser tamén o defensor veciñal. De feito, o apartado 6.º dese artigo establece que, se existe na entidade unha “persoa responsable da función de cumprimento normativo ou de políticas de integridade”, pode ser este suxeito o que asuma tamén as funcións de vixiante do sistema interno, o que encaixaría perfectamente coa figura do defensor, que tamén vixía posibles incumprimentos das normativas da entidade local.

Por iso, aproveitar a existencia de determinados postos nos concellos que vixían o cumprimento normativo (como é o caso do delegado en materia de protección de datos ou o responsable do Sistema Interno de Información) pode servir para ampliar o ámbito competencial dese posto e así poder nomear facilmente un defensor da cidadanía.

4 A Defensoría Veciñal como vixiante do bo goberno local

Como expuxemos, o Defensor da Veciñanza é unha institución que poden crear voluntariamente as entidades locais e que se regula, en gran medida, pola organización regulamentaria que fixe o concello. No seu labor de investigación, vemos que estes defensores serven para vixiar posibles arbitrariedades na actuación da Administración local, o que permite exixir responsabilidades no caso de que unha actuación sexa contraria á normativa vixente. Neste sentido, vemos nos defensores unha oportunidade de poder cumprir mellor o previsto no título II da Lei 19/2013, do 9 de decembro, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno, que regula unhas obrigas de bo goberno que as entidades locais adoitan obviar. Trátase, na maioría dos casos, da aplicación dunha serie de principios que os dirixentes públicos locais acostuman esquecer: a aplicación das súas políticas públicas municipais. Así pois, os defensores poden axudar notoriamente a verificar a correcta aplicación destes principios, baseados, sobre todo, na obxectividade, na ausencia de conflitos de intereses ou nunha

⁴⁹ Neste sentido, habería que indicar que, se o delegado de protección de datos é designado Defensor da Cidadanía e, como Defensor, recibe unha queixa en materia de protección de datos dun veciño debido á súa actuación como delegado do consistorio, debería absterse e encomendar este labor de investigación a outro funcionario, en cumprimento do citado artigo 23 LRXSP.

⁵⁰ Neste sentido, como apunta Viguri Cordero: “é máis que evidente que este sistema debería empregarse de maneira preferente para canalizar a información, aínda que o informante pode elixir a canle interna ou externa, segundo as circunstancias e os riscos de represalias que poida considerar”. VIGURI CORDERO, J., “La protección de las personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023: el derecho en vías de consolidación”, *Revista Española de la Transparencia*, n. extraordinario 17, 2023, pp. 271 p. 280.

conduta digna, entre outros. De feito, ao noso xuízo, este pode ser un dos principais ámbitos de actuación que poderían efectuar os defensores e isto é así porque, se un interesado ve que o seu concello lle prexudica gravemente os dereitos, normalmente acode a exixir tutela aos tribunais do contencioso-administrativo. En efecto, como apuntan Otaola e Trapote⁵¹, as defensorías veciñais levan a cabo un labor que se complementa co que realiza a xurisdición contencioso-administrativa e que, aínda que inicialmente pode concibirse como unha “certa concorrencia en canto ao obxecto de control”, deben verse esas defensorías como unha ferramenta de utilidade para seguir vixiando o cumprimento normativo que non prexudica o labor dos tribunais.

Cando se produce unha cuestión que afecta só aos principios do bo goberno, acostuma ser percibida pola cidadanía como unha irregularidade menor realizada pola Administración, e isto adóitase traducir en que non se acode aos tribunais para exixir a súa rectificación. Por exemplo, unha situación en que se lle dá un dato incorrecto a un cidadán á hora de explicar un trámite administrativo, ou cando non se publicou no portal de transparencia municipal unha determinada información. O feito de que exemplos como os indicados sexan percibidos polo cidadán como unha cuestión formal ou de escasa relevancia fai que moitas veces non se presente unha queixa sobre o incumprimento dese principio de bo goberno (aínda que lle puidese xerar un prexuízo considerable ao cidadán), polo que pasa inadvertido. Por iso neste ámbito adquiren especial importancia os defensores, xa que o feito de que sexa un servizo sen custo fai que a cidadanía acuda a eles cando se poida producir unha irregularidade na actuación da Administración que vaia en contra do bo goberno local.

A modo de exemplo, un dos principios xerais previsto no artigo 26.2.a.5° LTBG é a obriga dos poderes públicos de fomentaren o uso da calidade. Se poñemos por situación unha en que un cidadán se queixa da escasa calidade do servizo, por exemplo, de atención domiciliar en materia de servizos sociais que presta o concello, o feito de que o servizo prestado non cumpra uns estándares mínimos que o cidadán considere necesarios non implica por forza un incumprimento da normativa vixente, aínda que esta diminución da calidade podería ser revisada pola defensoría, como garante dos principios de bo goberno⁵², que podería comprobar a xestión diaria efectuada pola entidade e así verificar a súa adecuación aos principios de bo goberno. Precisamente, como apunta Merino Estrada⁵³, a calidade debe ser medida a través da xestión, polo que as defensorías poderían axudar notoriamente á tarefa de supervisión e vixilancia do traballo do concello para cumprir os estándares de calidade esperados.

⁵¹ OTAOLA, J. e TRAPOTE, P., “Participación y mediación...”, *op. cit.*, p. 545.

⁵² Neste sentido, poden verse as seguintes noticias de prensa onde se observa unha situación de perda de calidade en servizos públicos, que son exemplos onde as defensorías poderían actuar, xa que se trata de situacións que non implican necesariamente unha especial gravidade que poida facer que os veciños soliciten unha tutela xudicial, pero si podería verse unha resposta á súa preocupación a través desta Defensoría Veciñal:
O Concello de Madrid coñecía desde maio os “riscos” para a “calidade do servizo” do novo Bicimad. <https://www.epe.es/es/madrid/20230328/bicimad-madrid-emt-riesgos-85243494>, consultado o 19/9/2023.
Denuncia ante o Defensor da Cidadanía do Concello de Granada polo perigoso estado do parque infantil do Ambulatorio da Chana. <https://www.granada.org/inet/defenci.nsf/2a20d3ad59c6c498c12581d900364e38/0088854598cfc11ec1258472006b89d6?OpenDocument>, consultado o 19/9/2023.

⁵³ MERINO ESTRADA, V., “La calidad total en la administración local. fundamentos y orientaciones básicas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 291. 2011, pp. 681-703, p. 685.

Outro dos principios de bo goberno que poden ser estreitamente vixiados polas defensorías é o relativo aos conflitos de intereses, en que non deben incorrer os cargos electos. Téñase en conta que cada vez máis se trata dun elemento que pode producirse e que, aínda que está sendo máis vixiando pola normativa, en especial pola que regula a xestión dos fondos europeos⁵⁴, na práctica atopamos tamén múltiples situacións de conflitos de intereses que poden pasar desapercibidas no ámbito local. Precisamente, Campos Acuña⁵⁵ sinala como a xestión dos conflitos de intereses nos concellos é “unha das áreas en que se manifestou unha maior debilidade fronte aos comportamentos corruptos”, e por iso as defensorías poderían axudar notoriamente a evitar que estes conflitos, que poden afectar á imparcialidade, poidan influír nos procedementos.

A normativa de bo goberno, en efecto, no seu artigo 26.2.b.1º LTBG establece a obriga dos cargos electos de non incorrer nos ditos conflitos, o que implicaría cumprir a existencia sobre abstención prevista na LRXSP. De tal forma, a cidadanía pode coñecer a existencia deses conflitos, e unha maneira rápida de atallalos é poñéndoos en coñecemento da Defensoría para que o investigue. De tal modo, poderíasele exigir ao concelleiro que cumpra a súa obriga de absterse, por exemplo, no caso de que un cidadán advertise que este cargo electo vai contratar unha empresa dun familiar desde o concello⁵⁶. Así pois, situacións como esta poderían ser vixiadas a través das defensorías veciñais, xa que axudarían a detectalas e corrixilas rapidamente, sobre todo debido a que habitualmente adoita haber pouco tempo dispoñible para abordar os citados conflitos nas entidades locais (xa que, por exemplo, deben adjudicarse contratos antes dun prazo para xustificar unha subvención recibida polo consistorio) e por tanto os conflitos adoitan ser mal xestionados ou directamente ignorados. As defensorías poderían poñer de manifesto estas situacións con celeridade e emitir unha recomendación con maior rapidez que a actuación que, quizais, podería ofrecer un xulgado do contencioso-administrativo.

⁵⁴ Así o vemos no caso da xestión polas administracións españolas dos fondos do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia, que derivou na aprobación da seguinte disposición do Ministerio de Facenda e Función Pública: Orde HFP/55/2023, do 24 de xaneiro, relativa á análise sistemática do risco de conflito de interese nos procedementos que executan o Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia.

⁵⁵ CAMPOS ACUÑA, C., “Transparencia en la contratación pública y prevención de los conflictos de intereses”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2017.

⁵⁶ Son numerosas as situacións de conflito de interese que poden producirse no ámbito local, sobre todo debido á proximidade entre cargos electos e cidadanía, que fai que facilmente poida producirse a coincidencia nun asunto público municipal de dúas persoas que teñan intereses semellantes. Así pois, pode verse, a modo de exemplo, o seguinte informe da Xunta Superior de Contratación Administrativa da Generalitat Valenciana sobre un posible conflito de intereses na contratación da empresa do marido dunha concelleira do Concello de Camporrobles. Informe n. 3/2017 do 12 de abril de 2017: <https://hisenda.gva.es/documents/90598054/164164130/Informe+03-2017+de+12+de+abril+de+2017.+Prohibici%C3%B3n+de+contratar+o+c onflito+de+intereses++en+la+contrataci%C3%B3n+de+la+empresa+del+marido+de+una+concejala.pdf/06b621c7-c946-4b48-ad70-44839574b5be?t=1516960528391>, consultado o 22/9/2023.

De igual modo, podemos localizar noticias de prensa onde se observan situacións de conflito de intereses nas entidades locais:

O PP de Lloseta ve un “conflito de intereses” no contrato dun seguro a unha empresa en que traballa unha concelleira. <https://www.20minutos.es/noticia/4737959/0/el-pp-de-lloseta-ve-un-conflito-de-intereses-en-el-contrato-de-un-seguro-a-una-empresa-en-la-que-trabaja-una-concejala/>, consultado o 16/9/2023.

Un edil de Ciudadanos reconece conflito de intereses pola súa profesión. <https://www.hoy.es/caceres/201507/03/edil-ciudadanos-reconoce-conflito-20150703003426-v.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>, consultado o 18/9/2023.

Así pois, outro dos principios de bo goberno local que pode ser amplamente vixiado polas defensorías é de eficiencia e eficacia e satisfacción do interese xeral, previsto no artigo 26.2.a.1º LTBG e tamén constitucionalmente previsto no artigo 103 da carta magna. Trátase este doutro dos principios sobre o que as ditas defensorías poden ter unha gran marxe de actuación, porque a garantía da eficiencia ou do interese xeral son conceptos xurídicos indeterminados que habitualmente poden ser entendidos polo goberno local nun sentido cando verdadeiramente beneficia a cidadanía noutro distinto.

A este respecto, un exemplo sería a existencia da cita previa obrigatoria, unha situación que, *a priori*, poderíamos entender como algo que permitirá mellorar estes principios de bo goberno ao posibilitar organizar mellor a atención cidadá das entidades locais pero que pode acabar xerando un prexuízo á cidadanía. Nese sentido, Gómez Fernández⁵⁷ indica que esta cita impide realizar un servizo público de proximidade que sexa efectivo. O autor defende que o motivo se basea en que non existe ningunha norma, nin disposición na Lei 39/2015, que apoie a Administración para exixir a dita cita previa como elemento obrigatorio. Sen dúbida, a existencia de cita pode ser unha ferramenta que usen as entidades locais para mellorar a súa xestión diaria e dar preferencia á atención das persoas que a teñan, pero non debe ser un motivo para excluír e non atender un cidadán que non a ten. Neste mesmo sentido pronunciouse a Sindicatura de Greuges da Comunitat Valenciana e indicou que a obrigatoriedade da dita cita infrinxe a normativa da LPACAP e a LRXSP, porque vai en contra dos principios de servizo efectivo, proximidade e eficacia⁵⁸. Ademais, a Sindicatura indica que aínda lle produce “maior trastorno” á cidadanía que a cita só se poida conseguir por medios electrónicos⁵⁹, o que acaba xerando “un bloqueo e venda de citas”; por tanto, dificúltase aínda máis o acceso á Administración.

Neste sentido, as defensorías veciñais poderían axudar notoriamente a controlar esas citas e evitar que a cidadanía se vexa ante a imposibilidade de poder realizar un trámite, por sinxelo que sexa, por non dispoñer de cita previa. En efecto, pódense xerar notorios prexuízos para o cidadán, como ocorreu no Concello de Alacante, onde

⁵⁷ GÓMEZ FERNÁNDEZ, D., “Por qué la obligación de cita previa para hacer gestiones con la administración es ilegal”, *Economist & Jurist*, n. 270, 2023, pp. 76-83, pp. 80-81.

⁵⁸ Así se indica en p. 15 do Informe anual da Sindicatura de Greuges da Comunitat Valenciana do ano 2022; véxase aquí: <https://www.elsindic.com/wp-content/uploads/2023/03/informe-anual-2022-castellano.pdf>, consultado o 20/9/2023.

⁵⁹ Véxase neste sentido as seguintes noticias de prensa onde se observa a existencia dun “mercado negro” de venda de citas previas, o que fai aínda máis necesario que se adopten medidas para que estas deixen de ser necesarias para acceder á Administración:

O mercado negro das citas esténdese pola Administración: <https://elpais.com/economia/2023-03-20/el-mercado-negro-de-las-citas-se-extiende-por-la-administracion.html>, consultado o 19/9/2023.

Un xulgado de Castelló investiga as mafias que venden por 20 ou 50 € as citas de acceso a Estranxeiría: <https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/castellon/2023/01/22/63cc4fd4fc6c83ab348b458c.html>, consultado o 19/9/2023.

O negocio da venda de citas: «Te puedo conseguir una en la Seguridad Social por 15 euros»: <https://www.abc.es/economia/negocio-venta-citas-puedo-conseguir-seguridad-social-20230306180645-nt.html>, consultado o 19/9/2023.

se lle impediú a un veciño empadroarse por non ter cita⁶⁰, o que demostra unha mala atención cidadá⁶¹ en prexuízo dos citados principios de bo goberno.

Por tanto, a práctica demostra a dificultade para obter citas previas, xerándose situacións que fan que a cidadanía non poida ver satisfeitas as súas pretensións ao non poder tramitar con ela. Por isto, ante a dita situación, as defensorías poden ser de utilidade, xa que actúan con celeridade, na medida en que, se se exige ante os tribunais que a Administración atenda un cidadán sen cita, na práctica vémonos ante unha situación en que os xulgados tardarán meses en emitir unha resposta rápida e, por tanto, non dar unha resposta adecuada á cidadanía que non pode obter esta atención da Administración.

En efecto, como vemos, as defensorías veciñais son unha oportunidade para poder dar solución a unha actuación incorrecta da Administración que, de se exixir ante tribunais, se demoraría moito, polo que resulta máis útil acudir á dita institución para garantir unha actuación correcta da entidade local. De feito, non podemos esquecer que o papel das defensorías é complementario a outras vías de vixilancia da legalidade e da boa actuación dos poderes públicos locais que realizan outros organismos externos, como os xulgados ou o Tribunal de Contas e os seus homólogos autonómicos, que exercen funcións de control externo, entre outras entidades que vixían o cumprimento da normativa en vigor, aínda que debemos apuntar que o que diferencia as defensorías do resto de institucións de control é que serían de simple e gratuito acceso para a cidadanía para calquera cuestión en que o concello actúe incorrectamente, por escasa relevancia que puidese ter, o que permite garantir con eficacia o interese xeral municipal.

5 A asignación de recursos e a eficacia das accións emprendidas polas defensorías veciñais: unha materia pendente

Tras analizar a forma de designación, o ámbito competencial e as posibles actuacións que poden levar a cabo as defensorías, procede estudar que medios teñen á súa disposición realizar cabo as actuacións encomendadas.

A gran maioría de regulamentos destas defensorías establecen que a entidade local deberá poñer á súa disposición recursos materiais e locais para desenvolver as súas funcións, en especial para garantir unha atención ao público e darlle á cidadanía un

⁶⁰ Véxase a Resolución de peche da queixa n. 2202855, de 15/12/2022 da Sindicatura de Greuges da Comunitat Valenciana, que aborda a protesta dun veciño por non poder ser atendido presencialmente para empadroarse no municipio de Alicante por non ter cita previa.

⁶¹ Outro exemplo de como a atención á cidadanía non sempre é adecuada podémolo ver no caso do Concello de Valencia, onde, ante as grandes colas que se forman para o empadroamento, se reparten paraugas á porta da entrada ao consistorio para evitar que a cidadanía pase calor na espera:

Paraugas contra o sol nas colas do padrón en Valencia: <https://www.lasprovincias.es/valencia-ciudad/paraguas-sol-colas-padrón-20230509131237-nt.html>, consultado o 19/9/2023.

Isto é síntoma de que podería xestionarse mellor o servizo para evitar as reiterativas colas, o que demostra que, neste ámbito, as defensorías veciñais poderían axudar a paliar esas situacións.

trato illado e confidencial⁶² para entender as súas queixas sobre o funcionamento da entidade local. Outras entidades, en cambio, establecen que o acordo de nomeamento do defensor ou defensora será o que determine os medios que se lle asignan; polo tanto, déixalle ao pleno de cada corporación que designe a decisión sobre os recursos que se lle asignarán⁶³ ou, noutras entidades, déixase o acordo á vontade que orzamentariamente queren establecer os seus dirixentes⁶⁴. Todas as opcións son lexítimas, na medida en que non existe unha normativa básica estatal que regule esta figura e a lexislación autonómica valenciana e catalá non se pronuncian respecto aos medios para asignar ás defensorías.

Aínda que debemos apuntar que pospoñer a asignación de medios ao momento da designación do defensor ou defensora ou a un momento posterior, como a aprobación de orzamento, en lugar de indicalo nun regulamento municipal, supón unha decisión que pode poñer en risco a tarefa do defensor ou defensora. Iso é así porque unha corporación nova podería designar unha persoa que ocupe o posto sen darlle medios para realizar as súas tarefas (espazo físico para atender a cidadanía, recursos humanos que lle axuden na súa tarefa, etc.), o que na práctica lle impediría levar a cabo as súas competencias e por tanto sería como se non se estivese ocupando o cargo. Certo é que o regulamento polo que se rexa a Defensoría tamén pode ser modificado polo pleno da corporación e, polo tanto, a designación de medios que se lle outorgue á Defensoría podería alterarse. Non obstante, como esta cuestión está recollida no regulamento municipal, o feito de querer deixar sen medios a Defensoría resulta máis complexo de levar a cabo ou chama máis a atención porque para iso hai que modificar un regulamento municipal que, como indicamos, requirirá en moitas ocasións dunha maioría absoluta para o seu cambio, xa que, se se trata de regular a figura nunha entidade local cunha comunidade autónoma sen regulación na materia, como comentamos antes, deberá facerse no regulamento orgánico municipal (art. 20.3 LRBRL) e, ademais, deberá ser aprobado por maioría especial.

Para poder efectuar con éxito o seu labor, a Defensoría debe dispoñer non só de medios materiais, senón especialmente de medios humanos que lle permitan vixiar a actuación incorrecta da entidade local. Esta exigencia atópase indicada nalgúns regulamentos, establecendo mesmo que algunhas defensorías deben enviar a súa proposta de necesidades de recursos humanos e materiais ao consistorio do que dependen para que, se é o caso, este o aprrobe⁶⁵, aínda que observamos como a asig-

⁶² Así o vemos, por exemplo, no artigo 44 do citado Regulamento orgánico de dereitos da cidadanía do Concello de Palma.

⁶³ É o caso do Concello de Amposta, como se indica no artigo 13 do seu Regulamento municipal regulador do/a Defensor/a da Cidadanía de Amposta, ou tamén do Concello de Salt, conforme o artigo 114.3 do seu Regulamento orgánico municipal do Concello de Salt.

⁶⁴ Así se indica no artigo 27 do citado Regulamento de constitución, organización e funcionamento do Defensor do Cidadán ante o Concello de Mislata, que indica: "Orzamentariamente consignaranse as cantidades necesarias para atender os medios persoais e materiais que se precisen para o funcionamento do Defensor do Cidadán".

⁶⁵ Exponse de tal xeito no Concello de Sagunto, que no seu artigo 19 do seu citado Regulamento indica: "1. Para cumprir as súas funcións, o defensor ou defensora da cidadanía de Sagunto dispoñerá dunha oficina, cuxa organización e funcionamento coordinará e dirixirá. Esta oficina terá que dispoñer dos medios persoais e materiais necesarios, de acordo coas partidas orzamentarias que se inclúan no orzamento do Concello. 2. Corresponderalle ao defensor ou defensora da cidadanía de Sagunto a elaboración do proxecto de previsión de gastos, para que o Concello leve a termo a necesaria dotación orzamentaria".

nación de medios humanos non parece realizarse con tanta facilidade como, se é o caso, os materiais, xa que nalgúns consistorios simplemente se expón que se dará apoio administrativo⁶⁶ (non parecendo que se lle asigne persoal técnico cualificado á Defensoría). A existencia de persoal técnico con cualificación suficiente para estar á disposición da Defensoría é fundamental, na medida en que para poder desempeñar o seu labor debe facer unha valoración xurídica dos feitos denunciados polo veciño ou a veciña sobre a incorrecta actuación municipal e para iso non é suficiente coa existencia de persoal administrativo, senón que se necesitan empregados con cualificación suficiente para poder valorar conforme dereito os feitos denunciados e facilitarlle á Defensoría unha proposta de resolución ao caso.

A asignación ás defensorías de persoal técnico con cualificación xurídica adquire aínda máis relevancia cando o cargo de defensor ou defensora se exerce sen ningunha retribución, como adoita ser habitual na maioría de entidades locais⁶⁷. Se a persoa que ocupa este posto non percibe un salario, non resulta lóxico non asignarlle recursos humanos cualificados que a poidan auxiliar no seu labor, xa que, pola contra, se tratará dunha tarefa de difícil execución, máxime cando o defensor ou defensora non percibe retribución e por iso debe seguir realizado outro traballo que viña desempeñando ata a data. En efecto, como expón Toda Castán⁶⁸ en referencia a unha figura de Defensoría similar á veciñal: “a defensa dos dereitos das persoas non «sae gratis»”, polo que debe tanto dotarse de medios suficientes como acordarse unha remuneración adecuada para a Defensoría co obxecto de que poida desenvolver o labor encomendado adecuadamente. De feito, se á hora de crear a dita Defensoría se descoidan estas circunstancias, isto acabará prexudicando a cidadanía que acuda a esa institución, que non verá satisfeitas as súas pretensións ante a falta de recursos e de dispoñibilidade da Defensoría para protexelas ante unha posible vulneración de dereitos que levase a cabo a entidade local.

En efecto, unha correcta asignación de recursos humanos e materiais resulta fundamental para lograr os obxectivos destas defensorías, algo en que tamén coincide Ricardo Hoyos⁶⁹, e, de feito, a efectividade nas actuacións das defensorías verase condicionada, en gran medida, por iso. Neste sentido, atopamos consistorios onde se

⁶⁶ É o caso do artigo 6 do citado Regulamento do Estatuto do Defensor/a da Veciñanza do Concello de Cabra, en que se indica que: “Para o exercicio das súas funcións, dispoñerá do apoio administrativo de persoal do Ilmo. Concello de Cabra e dun despacho nun local municipal debidamente equipado con medios electrónicos e telemáticos, a condición de que sexa posible”. De forma semellante vémosto no artigo 19.2 do citado Regulamento do Concello de Librilla, que parece indicar que o defensor ou defensora poderá ter asistencia do “persoal administrativo no rexistro e tramitación da documentación achegada no exercicio das súas funcións”.

⁶⁷ É o caso do Concello de Mutxamel, onde no seu artigo 10.1 do citado Regulamento do Estatuto do Defensor do Veciño se expón que: “O cargo do defensor do veciño terá carácter honorífico”. Igualmente vémosto no Concello de Mislata, onde o artigo 5 do seu citado Regulamento de constitución, organización e funcionamento do Defensor do Cidadán establece que o cargo é non retribuído, aínda que neste caso si se lle asigna unha compensación por gastos ocasionados: “O exercicio do cargo de defensor do cidadán é honorífico e non retribuído. Con todo, no decreto de nomeamento establecerase o pagamento dunha compensación económica global na cal estarán comprendidos todos os gastos que se lle orixinen polo exercicio do cargo, sen que haxa que xustificalos”.

⁶⁸ TODA CASTÁN, D., “El nuevo Defensor de las personas mayores del Ayuntamiento de Salamanca: análisis de su régimen jurídico y propuestas de mejora”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 5, 2022, p. 137.

⁶⁹ RICARDO HOYOS, J., “Competencias y atribuciones de los síndicos o defensores locales”, *Revista Ayuntamiento XXI*, n. 8. 2003, p. 50.

apostou por dotar de numerosos recursos estes organismos, tanto no que respecta a recursos humanos como materiais⁷⁰, o que acaba redundando nunha mellor xestión do servizo ofrecido á cidadanía.

Porén, ao mesmo tempo, noutras entidades, esas defensorías directamente non dispoñen de recursos ou persoal asignado⁷¹ ou o persoal asignado é tan escaso que resulta insuficiente⁷². Precisamente, o feito de asignar escasos ou inexistentes recursos a estas defensorías pode acabar desembocando en que simplemente non estean operativas⁷³.

6 Institucións análogas ás defensorías veciñais e vínculos co defensor estatal e os autonómicos

Como vemos, a asignación de recursos ás defensorías para levar a cabo as súas funcións supón un elemento imprescindible e, de feito, a efectividade nas súas actuacións depende en gran medida diso. Aínda que, visto que esta institución non é obrigatoria, as entidades non teñen por que creala, xa que o concello pode optar por establecer outros medios para protexer os intereses da veciñanza. Por iso, consideramos relevante analizar que figuras similares a estas defensorías veciñais poden existir nas entidades locais e como poden suplir ou complementar a dita institución, se é que ambas coexisten nunha mesma organización.

Así pois, sen dúbida, a principal institución cunha función semellante ás defensorías veciñais atopámola nos municipios de gran poboación coa Comisión Especial de Suxestións e Reclamacións, que si que é unha exixencia legal para as ditas entidades conforme o artigo 132 LRBR. O funcionamento das ditas comisións, na práctica, desempeñaría un papel bastante similar ao que poderían efectuar as defensorías, xa que recollerían queixas sobre actuacións incorrectas realizadas polas entidades para

Regap



ESTUDOS

⁷⁰ Resulta especialmente chamativo o caso do Concello de Palma, que o ano 2022 dispuxo dun orzamento total de 257.777,42 €, que supoñía un 0,054% do total do orzamento municipal, e dun total de 5 persoas asignadas: un defensor ou defensora, un adxunto ou adxunta ao defensor ou defensora, un administrativo ou administrativa e dous auxiliares administrativos ou administrativas. De forma similar, atopamos o caso da Sindicatura de Greuges da cidade de Barcelona, con numerosos recursos humanos asignados, tales como sete técnicos ou técnicas superiores, tres persoas da escala administrativa, un ou unha responsable de prensa, un xefe ou xefa de gabinete e un adxunto ou adxunta ao síndic ou síndica. Isto demostra un claro compromiso da entidade por potenciar a dita Sindicatura.

⁷¹ É o caso, por exemplo, do Concello de Mislata, segundo confirma a entidade con data do 10/7/2023 en expediente de acceso a información pública n. 1497917Q.

⁷² Este podería ser o caso do Concello de Vilafranca del Penedès, onde a Sindicatura de Greuges municipal só dispón dun administrativo ou administrativa asignado, segundo información municipal con data do 14/7/2023, facilitada en expediente de información pública n. 2023_EXP_896716. De forma semellante, vemos o caso do Concello de Mataró, que só ten asignada unha auxiliar administrativa, que ademais non realiza unha xornada completa na súa Defensoría, segundo o expediente de información pública n. 2023/000042477 con data do 20/7/2023. Nestes dous casos expostos vemos non só como existe pouco persoal para poder cumprir coas funcións, senón que ademais se trata de persoal ao que non se lle exige unha titulación universitaria superior; en consecuencia, isto dificulta máis poder levar a cabo as funcións da Defensoría coa mellor solvencia.

⁷³ Como ocorre, por exemplo, co Concello de Mutxamel, onde, a pesar de crearse a figura en 2017, actualmente aínda non se puxo en funcionamento. Así o confirma a entidade local o día 14/7/2023 segundo solicitude de información pública realizada en expediente da entidade n. 2023/3628.

así darlles a estas entidades a oportunidade de rectificar os erros⁷⁴. Non obstante, como diferenza principal respecto á figura da Defensoría, debemos indicar que na dita comisión forman parte concelleiros da entidade local e, aínda que tamén están os que se atopan na oposición política, o certo é que quizais determinadas actuacións que realiza o concello teñan o visto e prace de todos os edís do pleno municipal. Polo tanto, se un veciño considera que unha decisión tomada por unanimidade no pleno vai en contra do interese xeral e presenta unha queixa ante a dita comisión, seguramente non conseguirá resolver o problema, xa que os que deben tramitalo son os propios concelleiros que votaron a favor desa decisión.

En cambio, se presenta unha queixa ante a Defensoría, existe a oportunidade de que unha persoa diferente aos cargos electos locais estude en profundidade o asunto e, polo tanto, poida achegar unha solución desde un punto de vista máis obxectivo do que quizais poidan ofrecer os concelleiros que decidiron sobre o tema. Ademais, como apuntan Otaola e Trapote⁷⁵, outra problemática que presenta esta Comisión respecto á Defensoría é que, ao non tratarse esta dun órgano unipersonal, non pode ter a inmediatez das actuacións que quizais farían falta para poder levar a cabo o seu labor coa rapidez que pode necesitar un cidadán ou cidadá.

En todo caso, aínda que esta Comisión Especial de Queixas e Reclamacións supón a grande alternativa á Defensoría Veciñal, o certo é que atopamos na xeografía local española outras figuras con tarefas semellantes que foron creadas polos consistorios cun propósito similar de protección cidadá. Un primeiro exemplo encontrámolo co Defensor das Persoas Maiores do Concello de Salamanca, que realizaría unha función de asesoramento e axuda á cidadanía nas súas relacións coa entidade local (como unha Defensoría da Cidadanía), pero sendo o seu público obxectivo unicamente as persoas maiores de 60 anos⁷⁶. Deste xeito, o Consistorio salmantino recoñece as dificultades que pode ter este colectivo para solicitar calquera trámite ante unha entidade local e por iso pon o foco en prestarlles unha asistencia adicional para que se poidan comunicarse axeitadamente coa entidade local.

Outro exemplo de figura similar á Defensoría da Veciñanza atopámolo no Defensor do Contribuínte, que, neste caso, en lugar de centrarse nuns suxeitos concretos que necesitan tramitar coa entidade local (como acontece co Defensor de Persoas Maiores), se focaliza nunha materia concreta que pode xerar conflitos coa cidadanía, como é a xestión tributaria municipal. De tal xeito, atopamos de novo no Concello de Salamanca esta figura, para asistir a cidadanía nas queixas, reclamacións e suxestións que poidan formular sobre a xestión económica e recadatoria do consistorio⁷⁷.

⁷⁴ En concreto, o artigo 132.3 LRBRLE establece que será tarefa da Comisión tramitar: “as queixas presentadas e as deficiencias observadas no funcionamento dos servizos municipais, con especificación das suxestións ou recomendacións non admitidas pola Administración municipal”.

⁷⁵ OTAOLA, J. e TRAPOTE, P., “Participación y mediación...”, *op. cit.*, p. 548.

⁷⁶ Así se expón nos artigos 2 e 3 do Regulamento do Defensor das Persoas Maiores do Concello de Salamanca, publicado no *Boletín Oficial de la Provincia de Salamanca* n. 59 de 26/03/2021.

⁷⁷ Así pode verse na carta de servizos do Defensor do Contribuínte do Concello de Salamanca. Véxase aquí: <https://www.oager.com/contenidos.aspx?ID=195>, consultado o 16/9/2023.

Como expón Serrano Antón⁷⁸, os propósitos dos ditos defensores do contribuínte son, por unha banda, evitar a desprotección fiscal dos contribuíntes e, por outra, facelos partícipes das políticas tributarias para detectar anomalías a través das queixas veciñais que se presenten.

En efecto, este Defensor dálle un trato personalizado a cada veciño que necesita axuda sobre unha cuestión recadatoria, e fai fincapé, entre outros aspectos, en que a cidadanía entenda de forma clara o contido da súa obriga tributaria, xa que en numerosas ocasións radica aí a problemática principal sobre as queixas cidadás⁷⁹.

O Defensor do Contribuínte tamén se creou no Concello de Madrid⁸⁰, onde ademais se coordinaba coa Comisión Especial de Queixas e Reclamacións, a quen enviaba, de forma trimestral, unha copia dos asuntos tramitados, de maneira que, así, este órgano podía coñecer as principais problemáticas en materia tributaria dos madrileños. No entanto, esta Oficina do Defensor do Contribuínte do Consistorio madrileño suprimíuse en 2019⁸¹, o que supuxo unha oportunidade perdida para que a cidadanía puidese seguir protexendo os seus dereitos tributarios, xa que, de feito, se tramitaron un total de 72.533 queixas⁸² en todo o período que estivo operativa a oficina, o que denota un grande uso dela por parte da cidadanía.

As entidades do Defensor do Maior ou do Defensor do Contribuínte poñen o foco nuns suxeitos concretos (persoas maiores) ou nunha actuación determinada do consistorio (a xestión tributaria) en que se pode producir unha incorrecta xestión. Pola contra, os defensores veciñais, alí onde existen, efectúan unha vixilancia da legalidade e do interese xeral sobre o total de funcións e o conxunto de persoas que interactúan coas entidades locais. Esta é a diferenza principal, as figuras similares á Defensoría Veciñal céntranse nuns suxeitos ou obxectos concretos, é dicir, permiten axudar só parcialmente a conseguir un concello máis protexido das actuacións arbitrarias. Sen dúbida, a existencia das ditas figuras supón unha oportunidade mellor que simplemente a ausencia delas, aínda que apostar preferentemente polas defensorías veciñais permitirá cumprir mellor cuns estándares de bo goberno local.

Unhas institucións que non podemos deixar de mencionar, neste labor de vixiar a ausencia de arbitrariedade nas decisións locais, son o Defensor do Pobo e os seus homólogos autonómicos. Como apuntabamos anteriormente, realizan o mesmo labor

Regap



ESTUDIOS

⁷⁸ SERRANO ANTÓN, F., "El defensor del contribuyente: ¿procedimiento para dar respuesta al principio de participación ciudadana, procedimiento de gestión o de revisión?", *Jornadas de estudio sobre la nueva ley general tributaria*, n. 22-25, 2004, Madrid, pp. 129-132, p. 129.

⁷⁹ Neste sentido, na seguinte noticia de prensa vemos como dunha análise das queixas presentadas ante o dito Defensor un número relevante é porque "non se lle explicou correctamente o asunto" á cidadanía: *O Concello de Salamanca recibiu 149 consultas a través da Oficina do Defensor do Contribuínte*:

<https://www.europapress.es/castilla-y-leon/noticia-ayuntamiento-salamanca-recibido-149-consultas-traves-oficina-defensor-contribuyente-20120813143636.html>, consultado o 19/9/2023.

⁸⁰ Mediante o decreto do 9 de xullo de 2004 do alcalde, créase a Oficina do Defensor do Contribuínte, feito publicado no *Boletín del Ayuntamiento de Madrid* n. 5619 de 30/09/2004.

⁸¹ Suprimíuse mediante decreto do 10 de maio de 2019 da alcaldesa, polo que se deixan sen efecto os decretos da alcaldía do 9 de xullo de 2004, polo que se crea a Oficina do Defensor do Contribuínte, e do 17 de xaneiro de 2005, de Atención ao Cidadán no Concello de Madrid, publicado no *Boletín del Ayuntamiento de Madrid* n. 8399 de 20/05/2019.

⁸² Este número total de queixas débese ao período de 2004 a 2019, que foi todo o tempo que estivo a levar a cabo o seu labor a Oficina, segundo datos facilitados polo Concello en solicitude de acceso a información pública efectuada no expediente n. 213/2023/00849.

que se lle encomendaría a un Defensor Veciñal, pero sobre un ámbito subxectivo moito máis amplo. Isto implica que nas entidades locais onde existe este Defensor Veciñal poderían iniciarse paralelamente actuacións, tanto por el como polo Defensor do Pobo. Se se produce esta consecuencia, poderíamos estar ante dous escenarios. O primeiro deles, e quizais o máis frecuente, sería que ambas as institucións realizan o seu labor de investigación sobre os feitos denunciados, aínda que esta situación podería facer que os dous defensores recomendasen actuacións diferentes á entidade local, co que se podería perder lexitimidade no traballo desas institucións ao non poder chegar a unha solución consensuada. Neste sentido, autores como García Álvarez e García López⁸³ manifestan que pode existir unha “proliferación, quizais desmesurada, de defensores sectoriais e locais en numerosos ámbitos”, unha idea que pode verse reforzada se vemos solucións contraditorias ante un mesmo feito denunciado en ambas as institucións.

Por este motivo, unha adecuada solución para evitar que esas defensorías veciñais sexan concibidas como unha perda de eficiencia na actuación das administracións (constitucionalmente exixida no artigo 31.2 CE) sería a subscrición de convenios de colaboración entre as dúas institucións, conforme o artigo 47 LRXSP, o que permitiría coordinar accións⁸⁴ e protexer mellor os intereses da veciñanza.

Así pois, a subscrición do dito acordo entre institucións permitiría organizar mellor os esforzos no caso dun asunto que fose reclamado ante ambos os defensores, sobre todo para encargarlle a un deles a dirección desa investigación co obxectivo de actuar de forma máis eficiente e aproveitando mellor os recursos dispoñibles. En efecto, como lembran Jiménez Vacas, Morillas Padrón e Gallardo Romeu⁸⁵, estes convenios permiten a colaboración interadministrativa, o que fai posible conseguir os principios de eficiencia e eficacia constitucionalmente previstos.

Deste xeito, ante un caso que se lles presente aos dous defensores, resultará de máis utilidade encargarlle estas investigacións á Defensoría Veciñal, por ser a máis próxima á entidade local, co cal coñecerá mellor a situación e organización interna do consistorio e, por iso, poderá obter datos máis precisos sobre o acontecido. Da mesma maneira, tamén resulta posible que se prefira que as investigacións as realice o Defensor do Pobo ou un homólogo autonómico, sempre que poida ser un asunto que require da intervención dunha institución o máis afastada posible da corporación local co obxecto de actuar con maior imparcialidade e ausencia absoluta de conflitos de intereses. Por todo iso, a decisión final sobre as investigacións, aínda que exista un convenio entre institucións, deberá depender da vontade das persoas interesadas,

⁸³ GARCÍA ÁLVAREZ, M., e GARCÍA LÓPEZ, R., “El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico: una garantía adicional de desarrollo del estado social”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 26, 2010, pp. 127-166, p. 129.

⁸⁴ A idea de establecer fórmulas baseadas na cooperación e colaboración entre as ditas institucións de defensorías locais co Defensor do Pobo e os seus equivalentes autonómicos tamén se reiterou no Informe do Ararteko ao Parlamento Vasco do ano 1999. Dispoñible en liña en: <https://w390w.gipuzkoa.net/WAS/CORP/DBK/visorBibliotecaWEB/visor.do?ver&amicus=672673>, consultado o 19/9/2023, p. 576.

⁸⁵ JIMÉNEZ VACAS, J. J., MORILLAS PADRÓN, L. e GALLARDO ROMERA, E., “La figura del convenio administrativo en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y su tipología”, *Auditoría Pública*, n. 70, 2017, pp. 119 - 126, p. 122.

que deberían poder decidir, en última instancia, se prefiren que as investigacións sobre os feitos denunciados as realice unha institución ou outra.

Así pois, o convenio de colaboración entre o Defensor do Pobo ou os seus homólogos autonómicos e as defensorías veciñais resultaría de grande utilidade para unir esforzos e conseguir unha maior protección da cidadanía ante posibles arbitrariedades en que caían as entidades locais. De feito, isto axuda a profundar na idea que expoñía Colomer Viadel⁸⁶ de crear unha “rede simbiótica” de defensorías entre o Defensor do Pobo estatal, os defensores autonómicos e os municipais. Porén, debemos indicar que non atopamos con frecuencia estes convenios⁸⁷, aínda que algunhas entidades como o Defensor do Pobo Andaluz subscribiu un convenio coa Federación Andaluza de Municipios e Provincias para potenciar a creación de defensorías veciñais nas entidades locais andaluzas⁸⁸, unha iniciativa que debería potenciarse a nivel estatal en beneficio da cidadanía municipal.

7 Conclusións

En definitiva, expúxose neste traballo a grande oportunidade que teñen as entidades locais para crearen a figura da Defensoría Veciñal en protección dos intereses dos seus cidadáns. Malia a importante oportunidade que implica a dita Defensoría para vixiar a correcta xestión que realizan as entidades locais, a ausencia dunha obriga legal de creala e o feito de que a cidadanía non exixa habitualmente a creación da figura propiciaron que, na práctica, non sexa un elemento habitual na planta local española.

Sen dúbida, o feito de que só dúas normativas autonómicas españolas, a catalá e a valenciana, regulasen expresamente a posibilidade de crear a figura é causa e tamén consecuencia de que de forma xeneralizada non atopemos a Defensoría nos concellos españois, aínda que, como se afirmou, a ausencia dunha regulación autonómica de réxime local que o prevexa non é impedimento para que as entidades que o desexen poidan crear a figura pola vía do artigo 20.3 LRBRL.

O seguinte reto á hora de considerar a creación da figura é o establecemento das funcións que se lle asignen, o procedemento de elección da persoa que ocupe o posto, o seu estatuto e o seu réxime de incompatibilidades.

A este respecto, debemos destacar a necesidade de que o procedemento de elección trate de conseguir o maior consenso posible dentro do pleno municipal co obxectivo de que a persoa que exerza o posto teña un recoñecido prestixio no municipio do que debe defender os intereses da veciñanza fronte a posibles arbitrariedades da entidade local. Así mesmo, cómpre establecer claramente que a figura do defensor

⁸⁶ COLOMER VIADEL, A., “El Defensor del pueblo: un órgano político-administrativo de protección de los derechos”, *Revista de Derecho Político*, n. 71-72, 2008, pp. 59-83, p. 62.

⁸⁷ Así pois, por exemplo, vemos que, segundo a consulta n. 2320004 realizada á Sindicatura de Greuges da Comunitat Valenciana, a institución non ten subscrito, con data do 30/6/2023, ningún convenio cos defensores dos veciños que poidan existir no ámbito da súa comunidade autónoma.

⁸⁸ Aínda que este convenio xa non se atopa en vigor desde o 2009, segundo manifesta o Defensor do Pobo Andaluz en solicitude de información pública realizada no expediente n. G23/196 con data do 13/7/2023. De aquí, obsérvase a necesidade de seguir potenciando convenios de colaboración entre os diferentes defensores territoriais existentes, o que acabará beneficiando o interese xeral municipal.

non caia en conflitos de intereses á hora de realizar os seus labores, o cal tampouco debe ser impedimento, como expoñiamos, para poder unificar esta figura con outras que realicen a vixilancia da legalidade das entidades locais, todo iso co obxectivo de persuadir os concellos para que creen a figura da Defensoría sempre que a persoa que a ocupe desempeñe tamén outros labores que son necesarios nos concellos.

Púxose en valor tamén a importancia de que esa Defensoría Veciñal axude a garantir o bo goberno local, un aspecto frecuentemente esquecido na xestión diaria e onde a Defensoría pode, coa súa actuación, vixiar o cumprimento dos principios xerais de actuación que toda entidade debe cumprir. Para poder desenvolver esta función de vixilancia sobre as actuacións dos entes locais, remarcouse a necesaria asignación de recursos ás defensorías, tanto humanos como materiais, todos eles imprescindibles para que a tarefa do defensor ou defensora non sexa en balde por non poder chegar a cubrir as necesidades da cidadanía ante a ausencia de dotación económica ou de persoal que o/a asista no seu traballo. De feito, os datos reflectidos sobre os recursos ás defensorías demostran que a súa efectividade se atopa en gran medida limitada, froito desa falta de recursos.

En última instancia, abordouse a existencia de figuras análogas á Defensoría Veciñal para remarcar a relevancia de crear a dita Defensoría fronte a outras que só actúan sobre un ámbito concreto ou axudando a uns suxeitos determinados. Sen dúbida, púxose de manifesto a necesidade de que as defensorías veciñais establezan convenios co Defensor do Pobo e os seus homólogos autonómicos co fin de coordinar accións que eviten duplicidades, que garantan unha maior investigación de actuacións fraudulentas que se poidan producir nas entidades locais e que os veciños denuncien ante ambas as institucións de forma simultánea.

Por todo iso, resáltase a necesidade de potenciar as defensorías veciñais como instrumento de axuda á cidadanía ante actuacións por parte das entidades locais que non satisfagan necesariamente o interese xeral. Requírese, sen dúbida, un gran compromiso das entidades locais de querer implantar estas institucións ante a ausencia de existencia legal para crealas, e sobre todo porque, ademais, deben terse en conta outros condicionantes para lograr que a Defensoría poida levar a cabo feitos subxectivos de forma satisfactoria, a saber: nomear unha persoa con suficiente lexitimidade (para o que debe buscarse o maior consenso posible á hora de elixilo no pleno municipal), establecer un réxime que garanta a ausencia de conflito de intereses, dotar a Defensoría de suficientes recursos para levar a cabo as súas tarefas sen problema na súa xestión diaria e establecer mecanismos de coordinación con figuras análogas ás defensorías, co obxectivo de mellorar a súa eficiencia e garantirlle á cidadanía un trato adecuado uniforme ante unha queixa.

A creación das defensorías veciñais supón unha oportunidade de mellora para as entidades locais que desexen creala, e facelo implica un reto para conseguir uns niveis de calidade exixidos na institución que sexan verdadeiramente adecuados para protexer os intereses da cidadanía, aínda que, de se lograren estes estándares, conseguiríase protexer verdadeiramente o interese xeral municipal mediante unha Defensoría que vixie o cumprimento do bo goberno local a prol dos intereses veciñais.

8 Bibliografía

- CAMPOS ACUÑA, C., “Transparencia en la contratación pública y prevención de los conflictos de intereses”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2017.
- COLOMER VIADEL, A., “El Defensor del pueblo: un órgano político-administrativo de protección de los derechos”, *Revista de Derecho Político*, n. 71-72, 2008, pp. 59-83, p. 62.
- GALINDO CALDÉS, R., “Prohibición de contratar e incompatibilidades de los concejales”, *Cuadernos de derecho local*, n. 51, 2019, pp. 118-139, p. 123-124.
- GARCÍA ÁLVAREZ, M., e GARCÍA LÓPEZ, R., “El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico: una garantía adicional de desarrollo del estado social”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 26, 2010, pp. 127-166, p. 129.
- GARCÍA-CALABRÉS COBO, F., “Derechos vecinales y defensores locales de la ciudadanía”, Escobar Roca, G. (ed.), *Protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional de PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 197-208, p. 197.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, D., “Por qué la obligación de cita previa para hacer gestiones con la administración es ilegal”, *Economist & Jurist*, n. 270, 2023, pp. 76-83, pp. 80-81.
- JIMÉNEZ VACAS, J. J., MORILLAS PADRÓN, L. e GALLARDO ROMERA, E., “La figura del convenio administrativo en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y su tipología”, *Auditoría Pública*, n. 70, 2017, pp. 119 - 126, p. 122.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “Ética pública y deber de abstención en la actuación administrativa”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n. 67, 2011, pp. 329-357, p. 338.
- MERINO ESTRADA, V., “La calidad total en la administración local. fundamentos y orientaciones básicas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 291. 2011, pp. 681-703, p. 685.
- OTAOLA, J. e TRAPOTE, P., “Participación y mediación institucional: la defensoría local y la Comisión de Sugerencias: el caso de Vitoria-Gasteiz”, Escobar Roca, G. (ed.), *Protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional de PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 543-549, p. 545.
- PAJARES MONTOLÍO, E. J., “Diez observaciones sobre los informes defensoriales y la promoción de los derechos humanos desde una perspectiva constitucional”, Escobar Roca, G. (ed.), *Protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional de PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 288-289.
- PAREJO ALFONSO, L., “La potestad de autoorganización de la Administración Local”, *Revista de Documentación Administrativa*, n. 228, 1991, pp. 13-43. p. 28.
- PINTADO SÁNCHEZ, F., “La participación ciudadana en el ámbito local”, *FEMP*, Madrid, 2008. Disponible en: <http://documentos.famp.es/documentacion/publicaciones/2004grupo12.pdf>, p. 14.

Regap



ESTUDIOS

- RICARDO HOYOS, J., “Competencias y atribuciones de los síndicos o defensores locales”, *Revista Ayuntamiento XXI*, n. 8. 2003, p. 50.
- ROJAS POZO, C. “La mediación administrativa”. *Icade. Revista De La Facultad De Derecho*, n. 98, 2016, pp. 183–200, p. 186.
- SERRANO ANTÓN, F., “El defensor del contribuyente: ¿procedimiento para dar respuesta al principio de participación ciudadana, procedimiento de gestión o de revisión?”, *Jornadas de estudio sobre la nueva ley general tributaria*, n. 22-25, 2004, Madrid, pp. 129-132, p. 129.
- SERRANO TORRES, A., “La organización de la participación en el ámbito local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 14, 2016, p. 1663.
- TODA CASTÁN, D., “El nuevo Defensor de las personas mayores del Ayuntamiento de Salamanca: análisis de su régimen jurídico y propuestas de mejora”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 5, 2022, p. 137.
- VIGURI CORDERO J., “La protección de las personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023: el derecho en vías de consolidación”, *Revista Española de la Transparencia*, n. extraordinario 17, 2023, pp. 271 p. 280.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_xaneiro-xuño 2024 | pp. 55-82
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5185>
© María de los Ángeles Fernández Scagliusi
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 07/02/2024 | Aceptado: 03/12/2024

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

O protagonismo dos principios xerais no Código italiano de contratos públicos

El protagonismo de los principios generales en el Código italiano de contratos públicos

67 Regap

The prominence of general principles in the Italian Code of Public Contracts

Regap



ESTUDIOS

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI
Profesora titular de Dereito Administrativo
Universidade de Sevilla
[scagliusi@us.e](mailto:scagliusi@us.es)

Resumo: Sete anos despois da aprobación do Decreto legislativo número 50, do 18 de abril de 2016, Italia promulgou un novo código de contratación pública: o Decreto legislativo número 36, do 31 de marzo de 2023. O código destaca tanto polo seu contido innovador como polo seu proceso de aprobación particular. Este estudo pretende analizar un dos cambios máis importantes incorporados pola norma: a inclusión do catálogo de principios xerais que deben guiar a contratación pública e o comportamento dos que operan no sector, prestando especial atención á función que cumpre cada un deles e como deben relacionarse entre si.

Palabras clave: Contratos públicos, reforma normativa, principios xerais, simplificación, dixitalización.

Resumen: Siete años después de la aprobación del Decreto Legislativo número 50, de 18 de abril de 2016, Italia promulgó un nuevo Código de contratación pública: el Decreto Legislativo número 36, de 31 de marzo de 2023. El Código destaca tanto por su contenido innovador como por su proceso de aprobación particular. El presente estudio se propone analizar uno de los cambios más importantes incorporados por la norma: la inclusión del catálogo de principios generales que deben guiar la contratación pública

y el comportamiento de quienes operan en el sector, prestando especial atención a la función que cumple cada uno de ellos y cómo han de relacionarse entre sí.

Palabras clave: Contratos públicos, reforma normativa, principios generales, simplificación, digitalización.

Abstract: Seven years after the approval of Legislative Decree number 50 of 18 April 2016, Italy enacted a new Public Procurement Code: Legislative Decree number 36 of 31 March 2023. The Code stands out both for its innovative content and for its particular approval process. This study aims to analyse one of the most important changes introduced by the regulation: the inclusion of the catalogue of general principles that should guide public procurement and the behaviour of those operating in the sector, paying particular attention to the role of each of them and how they should relate to each other.

Key words: Public contracts, regulatory reform, general principles, simplification, digitization.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. O proceso de elaboración do novo Código italiano de contratos públicos. 3. Principais novidades introducidas polo código. 4. Os principios xerais do Código de contratos públicos. 4.1. Consideracións xerais. 4.2. As funcións que cumpren os principios. 4.3. Os principios introducidos polo código. a) Principio de resultado. b) Principio de confianza. c) Principio de acceso ao mercado. d) Criterio interpretativo e aplicativo. e) Principio de boa fe e tutela da confianza. f) Principio de solidariedade e subsidiariedade horizontal, relacións cos entes do terceiro sector. g) Principio de autoorganización administrativa. h) Principio de autonomía contractual, prohibición de prestar obras intelectuais a título gratuito. i) Principio de conservación do equilibrio contractual. j) Principio de taxatividade das causas de exclusión e de máxima participación. k) Principio de aplicación dos contratos colectivos nacionais de sector, incumplimentos contributivos e atraso nos pagamentos. l) Remisión externa. 5. Conclusións. Bibliografía.

1 Introducción

Sete anos despois da aprobación do Decreto legislativo número 50, do 18 de abril de 2016, polo que se traspoñen as directivas europeas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sobre os contratos públicos, Italia promulgou un novo código de contratación pública: o Decreto legislativo número 36, do 31 de marzo de 2023, titulado “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, numero 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”¹. O código está publicado na *Gazzeta Ufficiale* núm. 77, do 31 de marzo de 2023.

A entrada en vigor desta nova norma tivo lugar o 1 de abril de 2023, derogando o Decreto legislativo do 18 aprile 2016, número 50. Non obstante, como establece o artigo 229, aplícase –e, polo tanto, as súas disposicións son efectivas– a partir do 1 de xullo de 2023².

¹ O artigo 1 desta norma delega no Goberno a adopción dun ou varios decretos legislativos relativos á regulación da contratación pública, no prazo de seis meses desde a entrada en vigor desta lei, co fin de adaptala ao dereito europeo e aos principios expresados pola xurisprudencia do Tribunal Constitucional e dos tribunais superiores, tanto internos como supranacionais, e de racionalizar, reorganizar e simplificar a normativa existente en materia de contratación pública de obras, servizos e subministracións, así como de evitar a incoación de procedementos sancionadores por parte da Comisión Europea e lograr a resolución dos procedementos incoados.

² O artigo 229, que leva por título “Entrata in vigore”, afirma: 1. Il codice entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023. 2. Le disposizioni del codice, con i relativi allegati, acquistano efficacia il 1° luglio 2023. MASSARI, A., *Gli appalti pubblici dopo il nuovo Codice*, Maggioli editore, Rimini, 2023, explica no capítulo 1 cando se produce a entrada en vigor, cal é o réxime transitorio e as derogacións, sinalando que o código realiza unha distinción inusual no dereito italiano entre entrada en vigor da norma e eficacia dela.

Neste punto, debe precisarse que existe un complexo período transitorio³, ata o 31 de decembro de 2023, que prevé a prórroga da vixencia de determinadas disposicións do Decreto legislativo 50/2016 e dos decretos de simplificacións (Decreto-lei número 76, do 16 de xullo de 2020, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*, e Decreto-lei número 77, de 31 de mayo de 2021, *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*).

Así mesmo, non só se prevén excepcións na entrada en vigor, senón que, para permitir a aplicación efectiva dos novos artigos, moitas das institucións son realmente aplicables a partir do 1 de xaneiro de 2024, o que significa que ata principios do ano 2024 o código non estaba operativo na súa totalidade.

As licitacións convocadas entre o 1 de abril de 2023 e o 30 de xuño de 2023 deberon seguir, polo tanto, a regulación do código anterior (Decreto legislativo núm. 50/2016), mentres que as publicadas con posterioridade deberon adaptarse á nova norma (Decreto legislativo núm. 36/2023).

O código destaca tanto polo seu contido innovador como polo seu proceso de aprobación particular⁴. Resulta interesante repasar este proceso estreitamente re-

³ Sobre esta cuestión, véxase o artigo 225 do código, que se ocupa das disposicións transitorias e de coordinación. En concreto, permanecen en vigor ata o 31 de decembro de 2023 os seguintes artigos do Decreto legislativo 50/2016: artigo 70 avisos de preinformación; artigo 72 redacción e modalidades de publicación dos pregos e avisos; artigo 73 publicación a nivel nacional (incluído o Decreto do Ministerio de Infraestruturas e Transportes, aprobado en virtude do artigo 73, apartado 4 do mesmo código, segundo o Decreto legislativo 50/2016); artigo 127, apartado 2 publicidade e aviso periódico indicativo; artigo 129, apartado 4 pregos de licitación e avisos relacionados cos contratos adjudicados. Ata o 31 de decembro de 2023 continúan as publicacións na plataforma do servizo de contratos públicos do Ministerio de Infraestruturas e Transportes, segundo o anexo "B" ao Decreto legislativo 33/2013.

Os seguintes artigos do Decreto legislativo 36/2023 serán efectivos a partir do 1 de xaneiro de 2024: artigo 27 publicidade legal dos actos; artigo 81 avisos de preinformación; artigo 83 pregos e avisos: contidos e modalidades de redacción; artigo 84 publicación a nivel europeo; artigo 85 publicación a nivel nacional.

As disposicións do Decreto legislativo 50/2016 aplicaranse de maneira transitoria ata o 31 de decembro de 2023 para a realización de actividades específicas, contidas nos seguintes artigos: artigo 21, apartado 7 programa de compras e planificación de obras públicas; artigo 29 principios en materia de transparencia; artigo 40 obriga de usar medios de comunicación electrónicos nos procedementos de adjudicación; artigo 41, apartado 2-bis, medidas de simplificación dos procedementos de licitación realizados por centrais de contratación; artigo 44 dixitalización de procedementos; artigo 52 regras aplicables ás comunicacións; artigo 53 acceso aos documentos e confidencialidade; artigo 58 procedementos realizados a través de plataformas telemáticas de negociación; artigo 74 dispoñibilidade electrónica dos documentos de licitación; artigo 81 documentación de licitación; artigo 85 documento europeo único de contratación; artigo 105, apartado 7, subcontratación (depósito do contrato de subcontratación na entidade contratante por parte do adjudicatario); artigo 111, apartado 2-bis, control técnico, contable e administrativo (metodoloxías e ferramentas electrónicas para conexión á base de datos da Autoridade Nacional Anticorrupción - ANAC); artigo 213, apartados 8, 9 e 10 ANAC (Xestión por parte da ANAC da base de datos nacional de contratos públicos); artigo 214, apartado 6 Ministerio de Infraestruturas e Transportes e Estrutura Técnica de Misión, que ten tarefas de dirección estratéxica, desenvolvemento de infraestruturas e apoio ás funcións de alta vixilancia (habilitación por parte do Ministerio de comisionados extraordinarios en caso de incumprimento dos suxeitos competentes). Desde o 1 de xaneiro de 2024 entran en vigor as disposicións dos seguintes artigos do novo código: artigo 19 principios e dereitos dixitais; artigo 20 principios en materia de transparencia; artigo 21 ciclo de vida dixital dos contratos públicos; artigo 22 ecosistema nacional de contratación pública (*e-procurement*); artigo 23 base de datos nacional de contratos públicos; artigo 24 expediente virtual do operador económico; artigo 25 plataformas de contratación pública dixital; artigo 26 regras técnicas; artigo 27 publicidade legal dos actos; artigo 28 transparencia dos contratos públicos; artigo 29 regras aplicables ás comunicacións; artigo 30 uso de procedementos automatizados no ciclo de vida dos contratos públicos; artigo 31 rexistro de operadores económicos participantes en licitacións; artigo 35 acceso aos documentos e confidencialidade; artigo 36 normas procedementais en materia de acceso; artigo 37, apartado 4 planificación de obras e adquisicións de bens e servizos; artigo 81 avisos de preinformación; artigo 83 pregos e avisos: contidos e modalidades de redacción; artigo 84 publicación a nivel europeo; artigo 85 publicación a nivel nacional; artigo 99 verificación do cumprimento de requisitos para participar na licitación; artigo 106, apartado 3, garantías para a participación no procedemento.

⁴ GIUFFRIDA, V., "Italia adopta un nuevo Código de contratación pública en aras de la simplificación y la lógica del resultado", *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, mes 4, 2023.

lacionado coa motivación da reforma: simplificar e racionalizar a regulación dos contratos públicos. Precisamente, co fin de conseguir esa simplificación formal, o novo código é un libro único de 229 artigos distribuídos en cinco libros⁵ sen referencias a outras normas e leis. Os 36 anexos substituíron as 104 normas secundarias existentes con anterioridade. A pesar de que o número de artigos é similar ao do código anterior, a nova norma reduce considerablemente o número de parágrafos, palabras e caracteres utilizados. Ademais, a través dos seus anexos –que substitúen todas as demais fontes de implementación–, elimina significativamente o número de normas, de regulamentos anteriores e as Directrices da ANAC, contribuíndo así a simplificar e racionalizar o marco normativo dos contratos públicos, tal como o require o PNRR⁶. Tamén é innovadora a ambición do novo código, que vai máis alá da propia lei delegada, que simplemente lle pedía ao lexislador que incorporase as liñas xurisprudenciais máis recentes en materia de contratos públicos. O novo código ten a ambición de establecer “unha xerarquía de valores” capaz de xerar principios xurídicos e directrices interpretativas na materia.

O código preséntase como “autoexecutivo”, na medida en que non require ulteriores medidas de aplicación, como regulamentos ou directrices. Así pois, a diferenza do ocorrido no pasado, garántese a aplicación inmediata de toda a normativa e, en consecuencia, unha maior seguridade xurídica. Este obxectivo logrouse mediante a incorporación de 35 anexos, que concentran os 47 anexos das directivas europeas, así como as directrices da Axencia Nacional Anticorrupción Italia –en diante ANAC– e os regulamentos vixentes. Desta maneira preténdese superar a variedade das fontes de aplicación do código anterior, que xeraba moita controversia na materia.

Ademais, os anexos están suxeitos a un innovador mecanismo de desregulación: son de natureza lexislativa en primeira aplicación, pero poden ser modificados por un regulamento, como se explica na exposición do Consello de Estado adxunto ao esquema definitivo de código⁷. Así, aínda que os anexos comezan sendo parte do corpo lexislativo formal, hai un procedemento innovador que permite que posteriormente sexan modificados de maneira máis áxil e flexible por medio dun regulamento. Esta previsión pretende facilitar a actualización e adaptación deses anexos a condicións cambiantes sen necesidade de someterse novamente a todo o proceso lexislativo.

2 O proceso de elaboración do novo Código italiano de contratos públicos

A aprobación do novo código é unha das reformas levadas a cabo como consecuencia do Plan Nacional de Recuperación e Resiliencia –en diante, PNRR–, isto é, insírese

⁵ O libro I titúlase “Dei principi, della digitalizzazione, della programmazione, della progettazione”, o libro II “Dell'appalto”, o libro III “Della selezione dei partecipanti e delle offerte”, o libro IV “Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni” e o libro V “Del contenzioso e dell'ANAC. Disposizioni finali e transitorie”.

⁶ BUONANNO, A. e COSMAI, P., *La riforma del Codice degli appalti*, Wolters Kluwer, Milano, 2023.

⁷ GIUFFRIDA, V., “Italia adotta un nuovo Código de contratación pública en aras de la simplificación y la lógica del resultado”..., *op. cit.*

no ámbito dun dos obxectivos do novo PNRR. Realmente, non había unha necesidade inmediata de adoptar un novo código, como ocorreu en 2014 debido á transposición das directivas⁸, pero si se considerou que facía falta unha reforma do marco legislativo da contratación pública de cara á simplificación e dixitalización desta.

O PNRR está conformado por seis obxectivos: 1 “Dixitalización, innovación, competitividade, cultura e turismo”; 2 “Revolución verde e transición ecolóxica”; 3 “Infraestruturas para unha mobilidade sostible”; 4 “Instrución e investigación”; 5 “Inclusión e cohesión”; 6 “Saúde”.

Dentro do primeiro obxectivo, Italia adopta no PNRR medidas nos seguintes campos: a dixitalización, innovación e seguridade na Administración pública; a dixitalización, innovación e competitividade no sistema produtivo; o turismo e a cultura.

Concretamente, para conseguir a dixitalización, innovación e seguridade na Administración pública, incorpóranse cinco eixes, dentro dos cales está a contratación pública.

O eixe 1, “Dixitalización da Administración pública”, contén medidas dirixidas a fomentar a dixitalización da Administración pública italiana e inclúe sete investimentos e tres reformas. Os investimentos teñen por obxecto, en particular: a) racionalizar e consolidar as infraestruturas dixitais existentes da Administración pública; b) priorizar o aprovisionamento de servizos baseado en tecnoloxías na nube, c) prestar especial atención á harmonización e á interoperabilidade das plataformas e os servizos de datos, á aplicación do principio de «só unha vez» e á accesibilidade dos datos a través dun catálogo de interfaces de programación de aplicacións (API); d) mellorar a dispoñibilidade, a eficiencia e a accesibilidade de todos os servizos públicos dixitais co fin de aumentar o nivel de adopción e satisfacción dos usuarios, e) reforzar os medios de defensa de Italia contra os riscos que supón a ciberdelincuencia, f) fomentar a transformación dixital das grandes administracións centrais; e g) abordar a fenda dixital reforzando as competencias dixitais da cidadanía.

As reformas no marco deste eixe teñen por obxecto, en particular: a) racionalizar e acelerar o proceso de contratación de servizos de tecnoloxías da información e a comunicación (TIC) por parte da Administración pública; b) apoiar a transformación dixital da Administración pública; e c) eliminar os obstáculos ao uso dos servizos na nube por parte das administracións públicas e racionalizar os procesos de intercambio de datos entre administracións.

Os investimentos e as reformas no marco deste compoñente pretenden contribuír a abordar as recomendacións específicas dirixidas a Italia en 2020 e 2019 sobre a necesidade de «mellorar a eficacia da Administración pública, en particular investindo nas capacidades dos empregados públicos, acelerando a dixitalización e aumentando a eficiencia e a calidade dos servizos públicos locais» (recomendación específica por país 3, 2019), e de «centrar o investimento na transición ecolóxica e dixital, en

⁸ A decisión de adoptar un novo código cando probablemente nos atopemos próximos a unha 6.ª xeración de directivas, que obrigan a incorporar ao ordenamento nacional as súas previsións, non estivo exenta de críticas. Mesmo con anterioridade a 2023, PARDI, L., “Brief Overview on Latest Intervention on Italian Public Procurement Discipline Aimed at Hindering the COVID-19 Economic Crisis”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 16, 2021, pp. 250-251.

particular en [...] infraestruturas dixitais reforzadas para garantir a prestación de servizos esenciais» (recomendación específica por país 3, 2020).

O eixe 2, “Xustiza”, incorpora medidas orientadas a aumentar a eficiencia do sistema xudicial, reducindo a duración dos procedementos e achegando Italia á media da Unión Europea. O funcionamento do sistema xudicial italiano dista moito do doutros Estados membros en termos de duración dos procedementos, como se indica no último informe da Comisión Europea para a eficiencia da xustiza (CEPEX). Este compoñente aborda as recomendacións específicas por país dirixidas a Italia en 2020 e 2019 sobre a redución da duración dos procedementos xudiciais civís e a mellora da eficacia da loita contra a corrupción (recomendacións específicas por país 4, 2019 e 4, 2020). Ademais, foméntase a dixitalización do sistema xudicial como requisito para a transición dixital.

O eixe 3, “Administración pública”, inclúe medidas destinadas a reformar a Administración pública italiana e a mellorar a capacidade administrativa. Italia sitúase por debaixo da media dos países da Unión Europea tanto polo que se refire á eficacia do Goberno como pola confianza no goberno.

As reformas da Administración pública italiana víronse afectadas por un grave déficit na súa aplicación e polo escaso recoñecemento e difusión das innovacións. Deben proseguir os esforzos para reforzar a capacidade de planificación estratéxica, os mecanismos de seguimento e avaliación e os instrumentos de formulación de políticas baseados en probas.

O principal obxectivo deste compoñente é mellorar a capacidade administrativa das administracións públicas italianas a nivel central e local, tanto en termos de capital humano como en termos de simplificación dos procedementos administrativos. Nesta sección preséntase a estratexia global estrutural de recursos humanos, que vai desde os procesos de selección ata as traxectorias profesionais.

A reforma inclúe tamén medidas para simplificar os procedementos. Este compoñente aborda as recomendacións específicas por país dirixidas a Italia en 2020 e 2019 sobre a mellora da eficacia da Administración pública (recomendacións específicas por país 3, 2019 e recomendacións específicas por país 4, 2020).

O eixe 4, “Contratación pública e pagamentos das administracións públicas”, considera accións para reformar determinados aspectos clave do marco legislativo italiano en materia de contratación pública e para reducir a morosidade das administracións públicas a nivel central, rexional e local, así como das autoridades sanitarias rexionais. O principal obxectivo da reforma é simplificar as normas de contratación pública, aumentar a seguridade xurídica das empresas e acelerar a adxudicación de contratos públicos, mantendo ao mesmo tempo as garantías procedementais en termos de transparencia e igualdade de trato.

O primeiro paso desta reforma consistía na adopción dun primeiro conxunto de medidas urxentes de simplificación cun decreto legislativo para maio de 2021 co fin de: simplificar e dixitalizar os procedementos das centrais de compras; rexistrar os contratos na base de datos anticorrupción da autoridade nacional de loita contra a corrupción (ANAC); crear oficinas especializadas encargadas dos procedementos

de contratación pública en ministerios, rexións e cidades metropolitanas; fixar un obxectivo para reducir o tempo entre a publicación e a adxudicación do contrato e entre a adxudicación do contrato e a finalización das infraestruturas; e incentivar mecanismos alternativos de resolución de litixios na fase de execución dos contratos.

A segunda etapa desta reforma consistía en levar a cabo unha serie de modificacións do Código de contratación pública que se aplicarían, como moi tarde, no segundo trimestre de 2023, con accións encamiñadas a: reducir a fragmentación dos poderes adxudicadores; exixir a creación dunha plataforma electrónica como requisito básico para participar na avaliación a escala nacional da capacidade de contratación pública; e facultar a autoridade nacional de loita contra a corrupción para revisar a cualificación dos poderes adxudicadores.

Esta reforma aspiraba tamén a facer operativo o sistema nacional de contratación electrónica a finais de 2023.

Por último, o eixe 5, “Reformas orzamentarias estruturais (fiscalidade e gasto público)”, inclúe varias reformas destinadas a apoiar a sustentabilidade das finanzas públicas de Italia (recomendacións específicas por país 1 e 2019). Desde o punto de vista dos ingresos, as reformas teñen por obxecto mellorar o proceso de recadación de impostos, fomentar o cumprimento das obrigas tributarias e loitar contra a evasión fiscal, co fin de reducir os custos de cumprimento para os contribuíntes e aumentar os ingresos das administracións públicas, contribuíndo a mellorar a sustentabilidade das finanzas públicas. Desde o punto de vista dos gastos, as reformas teñen por obxecto mellorar a eficiencia do gasto público, tanto a nivel central, reforzando o marco existente para as revisións anuais do gasto, como a nivel subnacional, completando a reforma das relacións fiscais entre os distintos niveis de goberno.

Dando cumprimento ás citadas previsións do PNRR, en maio de 2021 apróbase o Decreto legislativo núm. 77, do 31 de maio⁹, que –como sinala no seu artigo 1– define o marco normativo nacional dirixido a simplificar e facilitar a realización das metas e obxectivos establecidos polo Plan Nacional de Recuperación e Resiliencia, segundo o regulamento (UE) 2021/241 do Parlamento Europeo e do Consello do 12 de febreiro de 2021, polo Plan nacional para os investimentos complementarios segundo o Decreto-lei do 6 de maio de 2021, n.º 59, así como polo Plan Nacional Integrado de Enerxía e Clima 2030 segundo o Regulamento (UE) 2018/1999 do Parlamento Europeo e do Consello do 11 de decembro de 2018. Esta norma introduce, no seu título IV (arts. 47 a 56), medidas referidas á aceleración dos procedementos relativos ás intervencións en materia de transición ecolóxica e dixital e de contratos públicos.

Posteriormente, en xuño de 2022, entra en vigor a Legge delega 78/2022, que habilita o Goberno para a adopción, dentro dos seis meses seguintes á entrada en vigor desta lei, dun ou máis decretos legislativos que conteñan a normativa dos contratos públicos, co fin de adecuala ao dereito europeo e aos principios expresados pola xurisprudencia do Tribunal Constitucional e das xurisdicións superiores, tanto internas como supranacionais, e de racionalizar, reordenar e simplificar a normativa vixente en materia de contratos públicos relativos a obras, servizos e subministracións, así

⁹ A entrada en vigor da norma tivo lugar o 1 de xuño de 2021.

como para evitar o inicio de procedementos sancionadores por parte da Comisión Europea e chegar á resolución dos procedementos iniciados.

3 Principais novidades introducidas polo código

Como indicamos, os obxectivos xerais desta nova norma son a simplificación (coa consecuente eliminación da sobrerregulación), a dixitalización e a axilización da contratación pública, polo que os cambios incorporados están orientados á consecución destes.

Entre as novidades máis significativas que introduciu o código, cabe citar:

3.1. A incorporación dun catálogo de principios.

Unha das principais novidades introducidas polo novo Código de contratos públicos consiste na promulgación dos principios xerais, aos que se dedican os primeiros doce artigos, que deben guiar a materia e o comportamento de quen opera no sector. Os principios son as directrices fundamentais que rexen e orientan os procesos de contratación pública.

A parte I do código, dedicada aos principios xerais, é considerada, case de maneira unánime, a novidade máis significativa da norma, que abertamente aspira a enunciar principios reitores para a interpretación e aplicación dos contratos públicos.

En concreto, o título I (arts. 1 a 12) do código leva por título “Os principios xerais” e regula os seguintes principios: principio de resultado (art. 1); principio de confianza (art. 2); principio de acceso ao mercado (art. 3); criterio interpretativo e aplicativo (art. 4); principio de boa fe e tutela da confianza (art. 5); principio de solidariedade e subsidiariedade horizontal, relacións cos entes do terceiro sector (art. 6); principio de autoorganización administrativa (art. 7); principio de autonomía contractual, prohibición de prestar obras intelectuais a título gratuito (art. 8); principio de conservación do equilibrio contractual (art. 9); principio de taxatividade das causas de exclusión e de máxima participación (art. 10); principio de aplicación dos contratos colectivos nacionais de sector, incumprimentos contributivos e atraso nos pagamentos (art. 11) e remisión externa (art. 12).

Como se sinalou, a súa inclusión como un catálogo pode considerarse o elemento máis innovador da reforma, tentando outorgarlles aos principios un contido concreto, á vez que se busca fortalecer a relación entre a Administración pública e os diferentes actores implicados no proceso de contratación. A invocación a estes principios tamén cumpre unha función de completitude do ordenamento xurídico (tentando suplir as posibles lagoas xurídicas) e de garantía da protección de intereses en xogo na contratación pública.

Como destacou o Consello de Estado, a sistematicidade destes implica que non deben interpretarse de forma illada ou independente, senón que están interconectados e

deben aplicarse de maneira conxunta para lograr un sistema de contratación pública eficiente, transparente e xusto¹⁰.

3.2 A dixitalización de todo o ciclo de vida do contrato.

Outra das novidades máis importantes do novo código é a dixitalización de todo o ciclo de vida do contrato, incluído o procedemento de licitación. En efecto, un dos piares do Código de contratos públicos é a dixitalización de todas as fases dos contratos públicos de obras ou de concesión, de calquera importe, obxectivo que tamén é dos máis relevantes do PNRR (fito M1C1-75). Por conseguinte, un ente adxudicador ou concedente que pretenda formalizar un contrato de obra ou servizo, ou de concesión de obra ou servizo, de calquera importe, debe recorrer a unha plataforma de subministración dixital certificada para levar a cabo esta adxudicación¹¹.

Este proceso de innovación dixital marca un fito na contratación pública italiana, un avance que se alia coa modernización e expansión no contexto europeo. Esta transformación está destinada a ter unha influencia considerable nos cidadáns, así como nas administracións e empresas do país. Certamente, a dixitalización da contratación pública é un compoñente esencial desta transformación e contribúe a axilizar e acelerar os procedementos de compra das administracións: ampliar a participación dos axentes do mercado e facer o ciclo de vida das contratacións máis transparente, facilitando os controis necesarios¹².

Os obxectivos que se pretenden lograr mediante a dixitalización do ciclo de vida dos contratos públicos son diversos e abarcan¹³:

- a) Maior eficiencia na xestión dos procedementos mediante unha rápida circulación dos datos relevantes.

¹⁰ O Consello de Estado no seu Ditame Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della Legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", do 7 de decembro de 2022, p. 11, indica que os principios xerais dun sector expresan, de feito, valores e criterios de avaliación inherentes ao ordenamento xurídico, que teñen unha "memoria total" que as disposicións individuais e específicas non poden ter, aínda que sexan atribuíbles a el. Ademais, os principios caracterízanse por unha prevalencia de contido deontolóxico en comparación coas normas individuais, mesmo cando se reconstrúen no seu sistema, coa consecuencia de que, como criterios de avaliación constitúen o fundamento xurídico da disciplina considerada.

¹¹ As instrucións detalladas con respecto ao inicio do proceso de dixitalización propórínanse no Comunicado adoptado, de acordo co Ministerio de Infraestruturas e Transportes, mediante a resolución núm. 582 do 13 de decembro de 2023. A obriga de recorrer exclusivamente a plataformas de subministración dixital certificadas débese ao feito de que só estas últimas forman parte do ecosistema nacional de abastecemento dixital e, polo tanto, son as únicas que poden intercambiar datos e información coa Base de Datos Nacional de Contratos Públicos (BDNCP) e adquirir os CIX (Códigos de Identificación de Xestión). A partir do 1 de xaneiro de 2024, a adquisición do CIX realízase directamente desde as plataformas de subministración dixital certificadas que xestionan o ciclo de vida do contrato, a través do intercambio de datos e información coa Base de Datos Nacional de Contratos Públicos (BDNCP).

¹² RACCA, G.M., "La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle Pubbliche Amministrazioni e qualificazione delle imprese", CAVALLO, P. R. e GALETTA, D.U. (coords.), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giapicchelli, Torino, 2020, pp. 321-322.

¹³ CARLOTTI, G., "I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione", *Giustizia Amministrativa*, 2023, dispoñible en: <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/carlotti-i-principi-nel-codice-dei-contratti-pubblici-la-digitalizzazione>

- b) Redución dos tempos reais de duración dos procedementos, especialmente grazas ao expediente virtual do operador económico, na fase de controis sobre os suxeitos participantes nas licitacións.
- c) Contrarresto efectivo, de maneira preventiva, de fenómenos patolóxicos de mala administración, incluída a corrupción.
- d) Máxima transparencia dos procedementos, grazas ás maiores posibilidades de acceso.
- e) Rastrexabilidade das operacións de pagamento.
- f) Control en tempo real da asignación do gasto público en todo o territorio nacional.
- g) Redución dos custos dos procedementos.
- h) Maior facilidade no cumprimento das obrigas de publicidade e comunicación a cargo das entidades adxudicadoras.
- i) Simplificación e redución das cargas para os operadores económicos.
- j) Certeza xurídica dos datos e información utilizados polas entidades adxudicadoras, especialmente no caso do emprego de tecnoloxías baseadas en rexistros distribuídos (chamadas *blockchain*).
- k) Mellor exercicio dos dereitos de cidadanía dixital, previstos polo CAD.
- l) Redución das variacións (e das posibles impugnacións) na fase de execución co uso da metodoloxía BIM –pola súa sigla en inglés, *building information modeling*– (tecnoloxía que tamén facilita a xestión posterior da obra ao longo do seu ciclo de vida residual). É unha forma de traballo colaborativa baseada na dixitalización e na colaboración entre axentes ao longo de todo o ciclo de vida dunha edificación ou infraestrutura, que busca unha maior eficiencia económica e medioambiental no investimento, o que permite tamén a redución de riscos e incertezas e o incremento da calidade. Consiste no uso dunha representación dixital compartida dun activo para facilitar os procesos de deseño, construción e operación e proporcionar unha base confiable para a toma de decisións.

O uso de BIM na contratación pública persegue un obxectivo dobre: mellorar a eficiencia do gasto público e servir de impulso para a transformación dixital do sector da construción¹⁴.

¹⁴ En España o Plan BIM na contratación pública foi aprobado polo Consello de Ministros na súa reunión do 27 de xuño de 2023, e está publicado no BOE núm. 172, do xoves 20 de xullo de 2023 (Orde PCM/818/2023, do 18 de xullo, pola que se publica o Acordo do Consello de Ministros do 27 de xuño de 2023, polo que se aproba o Plan de Incorporación da Metodoloxía BIM na contratación pública da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos e entidades de dereito público vincu-

Ademais, co fin de preparar todos os participantes do sistema de contratación –incluíndo as entidades adxudicadoras, os operadores económicos e as entidades públicas– para este cambio significativo previsto para o 1 de xaneiro de 2024, a ANAC está a traballar activamente no desenvolvemento e provisión da infraestrutura necesaria para levar a cabo os procesos de licitación de maneira dixital. Así mesmo, a ANAC e o Departamento para a Transformación Dixital da Presidencia do Consello de Ministros publicou recentemente unha medida que contén os requisitos técnicos e as modalidades de certificación das plataformas de abastecemento dixital, como o estipula o artigo 26 do novo Código de contratos públicos. Isto indica un paso importante cara á implementación de sistemas dixitais nos procesos de contratación pública, co obxectivo de incrementar a transparencia, a eficiencia e a conformidade coa estándares anticorrupción.

Para implementar a dixitalización, desenvolveuse un complexo sistema denominado “Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale¹⁵ –Ecosistema nacional de abastecemento dixital– (*e-procurement*)”. O ecosistema baséase na infraestrutura tecnolóxica da Piattaforma Digitale Nazionale Dati –Plataforma Dixital Nacional de Datos– (PDND) para a interoperabilidade dos sistemas informáticos e as bases de datos. Estas plataformas e servizos de infraestrutura dixital permiten, en particular: a redacción ou adquisición de documentos en formato dixital nativo; a publicación e transmisión de datos e documentos á Base de Datos Nacional de Contratos Públicos; o acceso electrónico aos documentos de licitación; a presentación do documento único europeo de licitación en formato dixital e a interoperabilidade co expediente virtual do operador económico; a presentación das ofertas; a apertura, xestión e almacenamento do expediente de licitación en modo dixital; o control técnico, contable e administrativo dos contratos, mesmo durante a fase de execución e a xestión das garantías.

O Ecosistema nacional ten como núcleo a Base de Datos Nacional de Contratos Públicos (BDNCP) xestionada por ANAC, que interactúa, por unha banda, coas

lados ou dependentes). O plan establece un obxectivo único, relativo a solicitar o uso de BIM nalgúns contratos públicos, en función do valor estimado destes e do nivel BIM do órgano de contratación, e conforme un calendario gradual e progresivo. O establecemento dos limiares dos contratos e o citado calendario toman en consideración o acceso da pequena e mediana empresa (peme) á contratación pública. Así mesmo, o plan establece unha serie de accións para facilitar o cumprimento do dito obxectivo. Este plan será de aplicación á Administración xeral do Estado e aos seus organismos públicos e entidades de dereito público vinculados ou dependentes. Así mesmo, recoméndase a aplicación do Plan BIM polo resto de entidades integrantes do sector público institucional estatal non recollidas no parágrafo anterior, é dicir, as autoridades administrativas independentes, as sociedades mercantís estatais, os consorcios, as fundacións do sector público, os fondos sen personalidade xurídica e as universidades públicas non transferidas, das letras b) a g) do apartado 1 do artigo 84. Composición e clasificación do sector público institucional estatal, da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público. O uso de BIM na contratación presenta vantaxes fronte á forma tradicional de realizar contratos relacionados coa construción, reducindo prazos e custos na execución de contratos do sector público e mellorando a produtividade.

¹⁵ O artigo 22 do Código de contratos públicos sinala que o Ecosistema Nacional de Contratación Dixital está formado polas plataformas e servizos de infraestrutura dixital que permiten a xestión do ciclo de vida dos contratos públicos, aos que se refire o artigo 23, e as plataformas de contratación dixital utilizadas polos poderes adxudicadores, aos que se refire o artigo 25. Estas plataformas e servizos de infraestrutura dixital permiten, en particular: a redacción ou adquisición de documentos en formato dixital nativo; a publicación e transmisión de datos e documentos á Base de Datos Nacional de Contratos Públicos; o acceso electrónico aos documentos de licitación; a presentación do documento único europeo de licitación en formato dixital e a interoperabilidade co expediente virtual do operador económico; a presentación das ofertas; a apertura, xestión e almacenamento do expediente de licitación en modo dixital; o control técnico, contable e administrativo dos contratos, mesmo durante a fase de execución e a xestión das garantías.

plataformas de abastecemento dixital certificadas utilizadas polos entes adxudicadores e os concedentes para xestionar o ciclo de vida dos contratos, e, pola outra, coas bases de datos estatais que posúen a información necesaria para que entes adxudicadores e concedentes manexen as diversas fases do ciclo de vida dos contratos públicos. A BDNCP intercambia datos e información de maneira interoperable con todos os demais compoñentes do ecosistema.

Neste ámbito, debe indicarse que o artigo 43 do Código de contratos públicos sinala que, a partir do 1 de xaneiro de 2025, as entidades adxudicadoras e os órganos de contratación adoptan métodos e ferramentas de xestión informativa dixital das construcións, para o deseño e a realización de obras de nova construción e para as intervencións en construcións existentes por un importe base de licitación superior a 1 millón de euros. A disposición do primeiro período non se aplica ás intervencións de mantemento ordinario e extraordinario, a menos que se refiran a obras previamente executadas co uso dos ditos métodos e ferramentas de xestión informativa dixital.

Mesmo fóra dos casos mencionados no parágrafo 1 e de acordo cos principios do artigo 19, as entidades adxudicadoras e os órganos de contratación poden adoptar métodos e ferramentas de xestión informativa dixital das construcións, posiblemente prevendo na documentación da licitación unha puntuación adicional relativa ás modalidades de uso de tales métodos e ferramentas. Esta facultade está subordinada á adopción das medidas establecidas no anexo I.9¹⁶.

1. O contrato integrado, que estaba prohibido no anterior código, agora permítese no ámbito dun mesmo contrato. Este orixínase como un contrato cuxo obxecto lle proporciona ao contratista dous servizos: 1) o deseño da obra ou traballo público; 2) a realización dela.

Actualmente non está representado por unha única figura xurídica, senón que se presta a diversas aplicacións en función tanto do procedemento de adxudicación como do contido do contrato¹⁷.

2. O novo código eliminou a prohibición da subcontratación en fervenza. En concreto, introduciuse esta posibilidade no artigo 119.17 que prevé que a subcontratación é o contrato polo cal o contratista lles confía a terceiros a execución de parte das prestacións ou traballos obxecto do contrato, correspondéndolle a organización dos medios e riscos ao subcontratista. Así, a norma posibilita a

¹⁶ No anexo I.9 defínense: a) as medidas relativas á formación do persoal, as ferramentas e a organización necesaria; b) os criterios para asegurar a uniformidade de utilización dos métodos e ferramentas dixitais para a xestión da información; c) as medidas necesarias para a implementación dos procesos de xestión da información soportada pola modelaxe informativa, incluída a previsión da interoperabilidade do rexistro patrimonial de cada entidade adxudicadora ou ente concesionario co arquivo informático nacional de obras públicas; d) as modalidades de intercambio e interoperabilidade dos datos e a información; e) as especificacións técnicas nacionais e internacionais aplicables; f) o contido mínimo do prego de condicións informativo para o uso dos métodos e ferramentas de xestión informativa dixital.

¹⁷ FORTUNATO, G., *L'appalto integrato dopo il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Maggioli editore, Rimini, 2023.

figura da subcontratación en fervenza (aquela na cal as entidades adjudicadoras subcontratan, pola súa vez, unha serie de actividades a outras entidades)¹⁸.

3. O artigo 14 confirma os limiares comunitarios establecidos polos decretos de simplificacións (Decreto-lei número 76, do 16 de xullo de 2020, *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale* e Decreto-lei número 77, do 31 de maio de 2021, *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*), que obrigan a cualificar os contratos que superen estes importes como suxeitos a regulación harmonizada. Así mesmo, establece os métodos para calcular o importe estimado dos contratos públicos.

4 Os principios xerais do Código de contratos públicos

4.1 Consideracións xerais

Como indicamos anteriormente, o Código de contratos dedica unha parte xeral á codificación dos principios polos que se rexen os contratos públicos. O lexislador considerou que debía recoller os principios idóneos de actuación no sector da contratación pública. A través da codificación destes, o novo código considera expresamente como obxectivo favorecer unha maior liberdade de iniciativa e autorresponsabilidade das entidades contratantes, aumentando a súa autonomía e discrecionalidade (administrativa e técnica). Desta forma, indirectamente, outórgaselle á Administración pública unha ampla discrecionalidade, ao longo de todo o deseño da licitación, que fora reducida drasticamente polas Directrices ANAC.

Xunto a eles, establece unha serie de regras que teñen un contido específico de natureza técnica¹⁹, como sucede coas previstas para a dixitalización. En efecto, sería erróneo considerar que os principios son só os primeiros doce artigos. En realidade, os primeiros doce artigos conteñen un elenco, que non é exhaustivo nin pechado. Estas regras, principios manifestos contidos neses artigos, acompañanse doutra pluralidade, como os principios derivados da interpretación xurisprudencial.

¹⁸ O apartado 19 do artigo 105 do Decreto legislativo 50/2016 dispoñía que "*L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto*". Agora o apartado 17 do artigo 119 prevé: 17. "*Le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto che, pur subappaltabili, non possono formare oggetto di ulteriore subappalto, in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto e dell'esigenza, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori oppure di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali. Si prescinde da tale ultima valutazione quando i subappaltatori ulteriori siano iscritti nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229*".

¹⁹ DE BENEDETTO, M.; MARTELLI, M. e RANGONE, N., *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 12-13.

O código anterior –aprobado polo Decreto legislativo 18 aprile 2016, núm. 50– contiña unha aproximación moi diversa á realidade dos principios²⁰, sobre todo porque comprendía principios de tipo clásico, orixinariamente elaborados pola xurisprudencia, en particular polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea en aplicación das diversas directivas europeas. Noutros termos, o Código 50/2016 non facía outra cousa que, nalgúns casos, mencionar os principios contractuais clásicos (eficacia, concorrencia, non discriminación, proporcionalidade e publicidade...) ²¹.

O novo código, en cambio, efectúa unha regulación completamente diversa. En primeiro lugar, porque non regula os principios clásicos, senón de nova formulación (principios inéditos). En segundo lugar, porque non se limita a unha mera enunciación dos principios, senón que explica o contido concreto deles. En terceiro lugar, porque pretende indicar de que maneira poden actuar os principios, isto é, como deben aplicarse²². Sen dúbida, agora a función dos principios contractuais parece ser diferente da dos principios de códigos anteriores, que esencialmente servían para delimitar o ámbito de aplicación do texto normativo e as definicións dos termos utilizados no propio texto²³.

A novidade que supón a inclusión dunha sección sobre principios no código vai máis alá dunha simple formalidade legal, é dicir, non se reduce ao feito de que a comisión especial constituída no Consello de Estado, seguida polo lexislador delegado, lles asignase a estes principios un lugar destacado e relevante no texto do código –a diferenza do que ocorría na normativa anterior–.

O verdadeiro valor de incluír principios no código é que estes serven para reflectir os valores xurídicos esenciais do sector en cuestión. Máis aínda, estes principios actúan como unha guía clara e práctica para todos os suxeitos implicados no proceso de contratación, proporcionando unha referencia rápida e útil que axuda aos operadores a actuar ante situacións ambiguas e a atopar a normativa aplicable a cada caso específico.

Trátase nalgúns casos de principios innovadores e orixinais que se engaden e completan os principios europeos de libre competencia, non discriminación, transparencia, proporcionalidade, publicidade e os xerais da actividade administrativa.

Concretamente, é o título I da parte I do código o que codifica os principios xerais. Estes inclúen: principio de resultado (art. 1); principio de confianza (art. 2); principio de acceso ao mercado (art. 3); criterio interpretativo e aplicativo (art. 4); principio de boa fe e tutela da confianza (art. 5); principio de solidariedade e subsidiariedade horizontal, relacións cos entes do terceiro sector (art. 6); principio de autoorganización administrativa (art. 7); principio de autonomía contractual, prohibición de prestar

²⁰ Os artigos 29 e 30 ocupábanse, respectivamente, dos principios en materia de transparencia e para a adxudicación e execución dos contratos públicos.

²¹ SAITTA, F., "I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici", *Giustizia insieme*, 8 giugno 2023, dispoñible en <https://www.giustiziasieme.it/en/diritto-e-processo-amministrativo/2799-i-principi-general-del-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici?hitcount=0>

²² Estas diferenzas son importantes, posto que é inédito que o lexislador explique os principios. Normalmente os principios eran enchidos de contido pola xurisprudencia, pero non polas normas sobre contratos públicos.

²³ Sobre a necesidade de recorrer aos principios xerais, na tradición xurídica italiana, véxase PIZZORUSSO, A., "Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 3, 1989, pp. 269-321.

obras intelectuais a título gratuito (art. 8); principio de conservación do equilibrio contractual (art. 9); principio de taxatividade das causas de exclusión e de máxima participación (art. 10); principio de aplicación dos contratos colectivos nacionais de sector, incumprimentos contributivos e atraso nos pagamentos (art. 11) e remisión externa (art. 12). Esta localización sistemática e a solidez dos principios demostran claramente a importancia que o legislador lles atribúe²⁴.

Como veremos, hai algúns deles (principios de resultado, de confianza e de acceso ao mercado) que teñen unha importancia mesmo maior, pois actúan como criterios de interpretación das demais normas do código.

4.2 As funcións que cumpren os principios

A intención do legislador, ao regular os principios, é dotalos dun valor operativo puntual co dobre obxectivo explícito de:²⁵

1. Aclararlles aos operadores e intérpretes os obxectivos que subxacen á adopción deste novo texto normativo;
2. Permitirlles unha marxe de discrecionalidade aos poderes adxudicadores, que se verán inducidos a considerar estes principios como criterios de orientación para a determinación das normas que deben seguir nas súas actuacións administrativas.

Os principios xerais, polo tanto, deben entenderse non só como máximas xerais e abstractas, senón como directrices prácticas para os operadores xurídicos. O seu valor radica non só en achegar orde e coherencia a unha disciplina marcada por tensións significativas entre as súas institucións individuais, senón tamén en situar correctamente o contrato público dentro da teoría xeral do contrato.

Así, os principios introducidos polo código cumpren dúas funcións primordiais²⁶:

- 1.^a Os principios teñen un contido valorativo, é dicir, implican un valor que o ordenamento tenta manter por un longo período. Noutros termos, os principios sintetizan os valores que o ordenamento quere destacar e protexer.
- 2.^a Os principios serven para orientar a aplicación das normas, sobre todo cando estas non son adecuadas para un contexto económico-social diferente ou cando se quere dirixir a súa aplicación cara a novos obxectivos.

²⁴ A elección da localización sistemática dos principios no novo código é significativamente diferente da do código anterior, onde os principios se enuncian no artigo 30, e é máis similar á do primeiro código, onde os principios tamén se regularon ao comezo (artigo 2). En canto á solidez, o código actual distínguese de ambos os códigos anteriores porque dedica doce artigos só aos principios xerais (xunto a outros principios que se atopan en diferentes partes do texto, como o de dixitalización), compostos por varios parágrafos que conteñen indicacións moi detalladas.

²⁵ BERTELLI, A.; GALLO, L. e PANCONI, M.C., "Il ruolo dei principi nel nuovo codice dei contratti pubblici", DOTA, S. e DI BARI, A. (coords.), *Le principali novità del nuovo Codice dei contratti, I quaderni*, n. 43, xuño, 2023, p. 5.

²⁶ DE VINCI, d. G., "Capitolo III. I principi"; SAITTA, F. (coord.), *Appalti e contratti pubblici*, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2016.

Tamén pode engadirse que a regulación por principios cumpre con tres niveis diversos de funcións:

- 1) Os principios son parámetros interpretativos, isto é, cumpren cunha función hermenéutica (interpretación do código no seu conxunto);
- 2) Os principios levan a cabo a función de completar eventuais lagoas, función tradicional e típica dos principios. Con todo, neste código, dada a meticulosa estrutura e sistematización dos seus artigos, esta función é menos relevante;
- 3) Os principios permiten escoller a regulación adecuada para cada situación; por exemplo, decidir entre promover a libre competencia ou apoiar a economía local. É crucial saber organizar e priorizar os principios aplicables. Por exemplo, o principio de resultado ofrece unha directriz: o resultado ten prioridade fronte a certas realidades, como a situación das pemes, exercendo así unha función directiva.

En resumo, pode afirmarse que a idea fundamental é non tanto lembrar os principios xerais da acción administrativa (xa deducibles da propia Constitución), senón proporcionar unha base normativa máis precisa para unha serie de principios preceptivos, cun valor operativo inmediato, co fin de lograr, entre outros, os seguintes fins:

- a) Reafirmar que a competencia é un instrumento cuxo fin é alcanzar, da mellor maneira posible, o obxectivo dun contrato adxudicado e executado conforme o interese preeminente do licitante (e da comunidade) (véxase o artigo 1, parágrafo 2);
- b) Potenciar e promover a capacidade de avaliación e a iniciativa das entidades adxudicadoras, co fin de contrarrestar, nun contexto de renovada confianza na actuación administrativa, o fenómeno coñecido como “burocracia defensiva”, que pode provocar atrasos ou ineficacias na adxudicación e execución de contratos (véxase o artigo 2, parágrafo 2).

4.3 Os principios introducidos polo código

A continuación, analizaremos os principios introducidos polo lexislador italiano. Ao examinalos, poderemos comprobar que non todos son claramente innovadores. Nalgúns casos trátase máis ben da incorporación expresa no ámbito da contratación pública de principios xerais da actividade administrativa ou principios identificados pola xurisprudencia en materia de contratos públicos que xa eran aplicables a este ámbito. Por exemplo, os principios de boa fe e de protección da confianza (art. 5).

a) Principio de resultado

O Código comeza a enumeración de principios, no artigo 1, co principio de resultado, que establece cal é o interese primordial que deben perseguir os entes adxudicadores e concedentes, a saber, a adxudicación do contrato e a súa execución deben realizarse coa máxima celeridade; debe buscarse sempre a mellor relación calidade-prezo; debe darse cumprimento aos principios de legalidade, transparencia e concorrencia; todo iso en interese da comunidade, para a consecución dos obxectivos da Unión Europea.

O principio do resultado pódese definir, así, como o esforzo por parte dos entes adxudicadores e concedentes para lograr o resultado desexado na adxudicación e execución do contrato, o cal debe levarse a cabo:

- coa máxima prontitude;
- tratando de lograr o mellor equilibrio entre a calidade e o prezo;
- respectando os principios de legalidade, transparencia e competencia (onde a competencia entre operadores económicos é funcional para conseguir o mellor resultado posible na adxudicación e execución de contratos, mentres que a transparencia é fundamental para a máxima simplicidade e rapidez na aplicación correcta das regras do código, asegurando polo tanto o seu cumprimento).

O principio de resultado constitúe, polo tanto, a aplicación, no ámbito da contratación pública, do principio de boa administración e dos principios conexas de eficiencia, eficacia e economía, e perséguese en interese da colectividade e para a consecución dos obxectivos da Unión Europea.

Por último, constitúe o criterio primordial para o exercicio da potestade discrecional, que determine a norma aplicable a cada caso e para a avaliación da responsabilidade do persoal que desempeña funcións administrativas ou técnicas nas fases de planificación, adxudicación e execución dos contratos, así como para a asignación de incentivos de acordo coas modalidades previstas na negociación colectiva.

A introdución do principio de resultado pon de relevo como a lexitimidade xa non é suficiente para considerar eficaz unha licitación. O resultado enmárcase no contexto da legalidade e da competencia, pero coa nova norma preténdese reafirmar que a legalidade e a competencia por si soas non bastan para conseguir a satisfacción do interese da colectividade.

Os propios termos do código aclaran que o resultado representa o interese público primario do código, como finalidade principal que as entidades adxudicadoras deben asumir sempre no exercicio da súa actividade²⁷.

Ademais, debe terse en conta que este principio de resultado está fortemente condicionado por numerosos parámetros, como a protección da saúde, do patrimonio cultural, do medio ambiente...

²⁷ O Consello de Estado no citado Dítame Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", do 7 de decembro de 2022, afirma que: "Il comma 1 codifica il principio del risultato ed enuncia quindi l'interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività: l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che vengono espressamente richiamati".

Non obstante, o Tribunal Administrativo Rexional de Sicilia, sección IIII, na súa Sentenza núm. 3738, do 12 de decembro de 2023, afirma que, aínda que o poder adxudicador ten a obriga de indicar de forma clara e perceptible os requisitos para participar nunha licitación, a persoa que decide participar nela actúa como persoa profesionalmente cualificada e faino coa dilixencia que lle exige a lei. Diso dedúcese que, malia incumbirle ao poder adxudicador a carga de aclarar nas bases da licitación o alcance e a natureza reais dos requisitos, lle corresponde ao operador económico, en virtude do principio de autorresponsabilidade, como corolario das obrigas de boa fe e lealdade, adoptar unha conduta adecuada á dilixencia exigible a unha persoa cunha cualificación profesional específica.

O procedemento de adxudicación cumpre un papel destacado en relación co principio de resultado, pois o mellor resultado posible conséguese tamén seleccionando operadores que demostren, desde as primeiras fases da licitación, dilixencia e profesionalidade, como características dunha confianza que debe depositarse neles. Esas dilixencia e profesionalidade deben manterse tamén con posterioridade, cando, unha vez adxudicado o contrato, vaian realizar o servizo que se lles encomendou.

b) Principio de confianza

O artigo 2 do código está dedicado ao innovador principio de confianza na acción lexítima, transparente e correcta da Administración pública, dos seus funcionarios e dos operadores económicos.

O principio de confianza está estreitamente relacionado co principio de resultado, enlazando co concepto expresado no apartado 4 do artigo 1, segundo o cal a confianza favorece e potencia a iniciativa e a autonomía de decisión dos funcionarios públicos, con especial referencia ás avaliacións e eleccións para a adquisición e execución de servizos de acordo co principio de resultado.

Este principio, bilateral e recíproco, debe orientar o comportamento de todos os suxeitos implicados, isto é, tanto da parte pública (a Administración que confía no mercado para abastecerse de bens ou servizos) como da parte privada (o operador que pretende conseguir a utilidade que supón a celebración do contrato)²⁸. O principio de confianza debe, polo tanto, constituír a base da relación entre os funcionarios públicos e os operadores privados, xa que ambos deben confiar, por unha banda, no exercicio dunha acción lexítima, transparente e correcta por parte da Administración pública e, por outra, no comportamento igualmente exemplar dos suxeitos concurrentes na licitación.

O apartado 2 do artigo 2 establece que o principio de confianza favorece e potencia a iniciativa e a autonomía de decisión dos funcionarios públicos, con especial referencia ás avaliacións e eleccións para a adquisición e execución de servizos segundo o principio de resultado. Os contornos do principio en cuestión quedan así delineados: a confianza que o sistema lles reconece aos funcionarios públicos é preparatoria

²⁸ AA.VV., "I principi generali", REALFONZO, U. e BERLOCO, R. (coords.), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Tomo I I principi e le procedure di affidamento, Graffil, Palermo, 2023, p. 22.

da consecución do resultado a que se refire o artigo 1. Tamén se pretende acabar co chamado “medo a asinar” e a “burocracia defensiva”²⁹, que son fonte de ineficacia e, en consecuencia, un obstáculo para a recuperación económica, que require, pola contra, unha Administración pública dinámica e eficaz. A desconfianza na corrección da acción administrativa e o medo para cometer erros contribuíran, de feito, á retardación –cando non paralización– de moitos procedementos administrativos, polo que unha confianza renovada en todos os participantes debería favorecer a reactivación da iniciativa pública e o relanzamento da actividade administrativa.

Seguidamente, o apartado 3 do artigo 2 sostén que, no marco das actividades desenvolvidas nas fases de planificación, deseño, adxudicación e execución dos contratos, constitúen falta grave, para os efectos de responsabilidade administrativa, a infracción das normas xurídicas e dos límites administrativos autoimpostos, así como a vulneración flagrante das normas de prudencia, pericia e dilixencia e a omisión das cautelas, comprobacións e informacións preventivas normalmente exixibles na actividade administrativa, na medida en que sexan exixibles ao funcionario público en función das súas competencias específicas e en relación co caso concreto. Non constitúe negligencia grave unha infracción ou omisión determinada por referencia á xurisprudencia vixente ou aos ditames das autoridades competentes.

Desta maneira, o apartado 3 reintroduce o concepto de negligencia grave³⁰ en caso de violación da lei, da *lex specialis*, así como das regras de prudencia, pericia e dilixencia, á vez que prevé que non existe negligencia grave en caso de violación da xurisprudencia (aínda que prevaleza), e dos ditames das autoridades competentes.

Por último, o apartado 4 dispón que, co fin de fomentar a confianza na actuación lexítima, transparente e correcta da Administración, os poderes adxudicadores e adxudicatarios adoptarán medidas para a cobertura dos riscos do persoal, así como para a reciclaxe dos poderes adxudicadores e para o reforzo e valoración das competencias profesionais dos empregados, incluídos os plans de formación a que se refire o apartado 7 do artigo 15³¹.

c) Principio de acceso ao mercado

O terceiro principio fundamental, introducido no artigo 3, é o de acceso ao mercado, que desempeña unha función complementaria ás dos principios mencionados

²⁹ Para entender esta cuestión, véxase BOTO ÁLVAREZ, A., «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», *Documentación Administrativa*, núm. 10, 2023, pp. 43-44, quen explica que, desde hai un tempo, en Italia se vén alertando de maneira intensa sobre un fenómeno de “medo” ou “fuxida” da sinatura, tamén denominado burocracia defensiva, como causa do bloqueo do funcionamento administrativo. É un argumento de presenza recorrente no debate público e académico transalpino, que foi mesmo obxecto de consideración por parte da súa Corte Constitucional, na Sentenza 8/2022, do 25 de novembro de 2021, publicada no *Diario Oficial* do 19 de xaneiro de 2022. Sintéticamente, os empregados públicos escúdanse na burocracia para evitar tomar decisións que poden supoñerlles riscos en materia de responsabilidade, e fano porque se senten máis protexidos con esa actuación defensiva, que non é necesariamente ilegal, aínda que si ineficiente.

³⁰ No pasado a difusa fronteira entre falta grave e falta leve xerara incertezas interpretativas, motivo polo cual o novo código tratou de delimitar o concepto de falta grave.

³¹ Este apartado dispón: “*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, in coerenza con il programma degli acquisti di beni e servizi e del programma dei lavori pubblici di cui all’articolo 37, adottano un piano di formazione per il personale che svolge funzioni relative alle procedure in materia di acquisti di lavori, servizi e forniture.*”

anteriormente e dispón que os poderes adxudicadores deben favorecer ao máximo o acceso ao mercado dos operadores económicos, respectando os principios de competencia, imparcialidade, non discriminación, publicidade, transparencia e proporcionalidade (art. 41 da Constitución³²).

O artigo 3 codifica este principio nos seguintes termos: “*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l’accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità*”.

O principio en cuestión responde, polo tanto, á necesidade de preservar e poñer en práctica un mercado competitivo que lles garanta aos operadores económicos a igualdade de oportunidades de acceso aos contratos públicos, e representa, ao mesmo tempo, un resultado que os entes adxudicadores e os concedentes deben perseguir mediante a implementación dos principios máis xerais mencionados.

O obxectivo do lexislador, polo tanto, non é só favorecer a competencia –o que non significa que todos os operadores teñan dereito a participar en todas as licitacións, senón que todos deben poder concorrer nas mesmas condicións–, senón permitir a participación do maior número posible de suxeitos nos procedementos de licitación, tratando así de reducir as barreiras de acceso que a miúdo limitan esta participación.

Así pois, o principio de acceso ao mercado está chamado a representar unha formidable “clave de bóveda” na interpretación, por exemplo, das especificacións técnicas que describen o obxecto da licitación, ou da subdivisión dos procedementos en lotes, xa que, como pode comprenderse perfectamente, se o obxectivo que debe perseguir en diante o redactor da *lex specialis* é o de obter un acceso o máis libre posible ao mercado por parte de todos os operadores económicos do sector, calquera barreira ou limitación a este non pode senón constituír unha violación da lei.

d) Criterio interpretativo e aplicativo

O artigo 4 do código sostén que as disposicións do código se interpretan e se aplican baseándose nos principios dos artigos 1, 2 e 3. Polo tanto, os principios do código non son absolutos, senón relativos, isto é, é necesario buscar un equilibrio entre eles.

Con esa finalidade, o código establece unha xerarquía de principios³³. Concretamente, hai tres principios (os mencionados nos tres primeiros artigos – principios de resultado, confianza e acceso ao mercado –) que desenvolven un papel de principios prevalentes. Quere dicirse que constitúen os criterios de interpretación que cómpre ter en conta ao aplicar outras regras do código.

Mediante esa interpretación, o código pretende aumentar a iniciativa e a discrecionalidade das administracións públicas.

Desta maneira, mentres o código anterior afirmaba que os distintos principios debían observarse en pé de igualdade (art. 30 do Decreto legislativo núm. 50/2016),

³² O artigo 41 da Constitución italiana establece que “*L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*”.

³³ Sobre a posición xerarquica dos novos principios, véxase PERFETTI, L., “Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio”, *Urbanistica e Appalti*, 1/2023, pp. 9 ss.

o código actual achega criterios para que ningún prevaleza de forma absoluta e para que exista un criterio relativo de prioridade, explicitamente indicado para os tres primeiros (resultado, confianza, acceso ao mercado), aos que o lexislador quixo dar especial relevancia.

Ademais, no código atopamos as seguintes indicacións particulares relativas á aplicación específica destes tres principios:

1. Os principios de resultado, confianza e acceso ao mercado débense ter en conta tamén para os contratos en que as disposicións do novo código non se aplican e, polo tanto, para os contratos excluídos, os contratos activos e contratos a título gratuito (art. 13, apdo. 2), así como para os contratos precomerciais (art. 135, parágrafo 2) e para a selección do socio privado en sociedades mercantís con participación pública, ás que se refire o Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* (artigo 174, parág. 4);
2. O apartado 1 do artigo 76³⁴ (así como o artigo 158³⁵) –ao regular a adxudicación de contratos públicos que superen os limiares comunitarios mediante procedemento negociado sen publicidade– establece que estes se levarán a cabo respectando os principios de resultado, confianza e acceso ao mercado;
3. O apartado 2 do artigo 119, sobre a subcontratación dos contratos públicos, permítelles aos poderes adxudicadores establecer, respectando os principios de resultado, confianza e acceso ao mercado, que, debido ás características do contrato, determinados servizos ou obras non poidan subcontratarse, senón que deban ser realizados directamente polo adxudicatario³⁶.

e) Principio de boa fe e tutela da confianza

Corolario do principio de confianza –previsto no artigo 2– é o principio de boa fe e tutela da confianza –regulado no artigo 5–, que se diferencia do anterior polo seu

³⁴ O artigo 76.1 dispón: "*Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dai commi seguenti, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*".

³⁵ O artigo 158 indica: "*Le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dal comma 2, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*".

³⁶ O artigo 119.2 afirma: "*Nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, previa adeguata motivazione nella decisione di contrarre, le stazioni appaltanti, eventualmente avvalendosi del parere delle Prefetture competenti, indicano nei documenti di gara le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, ivi comprese quelle di cui all'articolo 104, comma 11, in ragione dell'esigenza di rafforzare, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare, il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro o di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali*".

perfil máis obxectivo fronte a unha connotación máis subxectiva do principio do artigo 2.

O artigo 5 supón, noutras palabras, unha advertencia do lexislador ás partes (empregados públicos e operadores económicos) que interveñen nos procedementos de licitación, para que ambos se comporten baseándose nunha confianza mutua, é dicir, confiando os primeiros na boa fe dos participantes e os segundos, na lexitimidade da conduta dos primeiros. No marco da fase de licitación, mesmo antes da adxudicación do contrato, existe unha expectativa por parte do operador económico en canto ao exercicio lexítimo da potestade e á conformidade co principio de boa fe do comportamento da Administración.

Resultan de interese os apartados 3 e 4 do artigo 5, que prevén que, no caso dunha adxudicación anulada por instancia dun terceiro ou de oficio, a confianza non se considera indebida se a ilegalidade é facilmente detectable sobre a base da dilixencia profesional exixida aos operadores. Nos casos en que a adxudicación non sexa debida, o prexuízo resultante do incumprimento do contrato límitase ao prexuízo económico efectivamente sufrido e que se demostre que xurdiu da interferencia da conduta indebida nas decisións contractuais do operador económico.

Para os efectos de calquera acción do ente adxudicador e concedente que sexa condenado ao pagamento de danos e perdas a favor do terceiro non adxudicatario, a responsabilidade concorrente do operador económico que obtivese a adxudicación ilícita mediante unha conduta ilícita permanece inalterada.

f) **Principio de solidariedade e subsidiariedade horizontal**

Entre os principios xerais introducidos polo novo código, destaca como novidade o de solidariedade e subsidiariedade horizontal.

De acordo co artigo 6 do código, a Administración pública poderá prever, en relación con actividades de mercado valor social, modelos organizativos de Administración compartida, sen relacións sinalagmáticas, baseados na repartición da función administrativa coas entidades do terceiro sector, sempre que contribúan á consecución de fins sociais en condicións de igualdade, de forma eficaz e transparente e de acordo co principio de resultado. As entidades reguladas polo título VII do Decreto legislativo núm. 117, do 3 de xullo de 2017 (o chamado Código do terceiro sector), non entran no ámbito de aplicación do Código de contratos públicos.

O precepto incorpora a Sentenza número 131 de 2020 do Tribunal Constitucional italiano, que estableceu a coexistencia de dous modelos organizativos alternativos para a xestión dos servizos sociais, un baseado na competencia e outro na solidariedade e na subsidiariedade horizontal. O segundo tipo de asignacións (directas) refírese en particular aos servizos sociais de interese xeral proporcionados polas entidades do terceiro sector e non representa unha excepción, que debe interpretarse

de maneira restritiva, ao modelo xeral baseado na competencia, senón un esquema en si mesmo xeral que debe coordinarse co primeiro³⁷.

g) Principio de autoorganización administrativa

Segundo o artigo 7 do código, as administracións públicas organizan de forma autónoma a execución de obras ou a subministración de bens e servizos mediante autoprodución, externalización e cooperación³⁸, de conformidade coas normas do código e do dereito da Unión Europea.

En particular, os entes adxudicadores e concedentes poderán encargarlles directamente aos seus medios propios a realización de obras, servizos e subministracións, respectando os principios establecidos nos artigos 1, 2 e 3.

Para cada encomenda, adoptarán unha medida motivada na cal teñan en conta os beneficios para a colectividade, as externalidades asociadas e a oportunidade económica da prestación, tamén en relación coa persecución dos obxectivos de universalidade, solidariedade, eficiencia, rendibilidade, calidade da prestación, celeridade do procedemento e utilización racional dos recursos públicos. No caso dos servizos instrumentais, a medida considérase suficientemente xustificada se dá conta das vantaxes en termos de economía, celeridade ou persecución de intereses estratéxicos.

h) Principio de autonomía contractual, prohibición de prestar obras intelectuais a título grauíto

Outro precepto completamente novo é o artigo 8, que introduce no ordenamento xurídico italiano o principio de autonomía contractual, entendido como a liberdade absoluta das administracións públicas –como xa se lles recoñecía aos particulares– de formalizar calquera tipo de contrato (polo tanto, tamén contratos atípicos), sen ter que acudir necesariamente aos contratos típicos.

Este artigo ten, polo tanto, un alcance que vai máis alá da contratación pública, pois recoñece a citada autonomía en termos xenéricos e á marxe de limitacións sectoriais ou temáticas, sempre que se persigan os fins institucionais e non se vulneren as prohibicións impostas polo código e outras disposicións legais³⁹.

³⁷ Así o aclara a *Relazione illustrativa del Governo degli articoli e degli allegati*, dispoñible en: https://documenti.camera.it/apps/nuovovisito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0019_F001.pdf&leg=XIX

³⁸ A cooperación entre *stazioni appaltanti e gli enti concedenti* destinada a perseguir obxectivos de interese común non entra no ámbito de aplicación do Código cando se cumpren todas as condicións seguintes:

- a) ten lugar exclusivamente entre dúas ou máis *stazioni appaltanti e gli enti concedenti*, mesmo con competencias diferentes;
- b) garante a participación efectiva de todas as partes na realización de tarefas funcionais á actividade de interese común, nunha perspectiva exclusivamente colaborativa e sen relación sinalagmática entre servizos;
- c) determina unha converxencia sinérxica nas actividades de interese común, aínda que a finalidade perseguida por cada Administración sexa diferente, sempre que o acordo non tenda a cumprir a misión institucional dunha soa das administracións participantes;
- d) os poderes adxudicadores ou contratantes participantes realicen menos do 20 % das actividades obxecto da cooperación no mercado aberto.

³⁹ CIOFFI, A., “Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali”, *Aperta Contrada*, 2023, p. 1, afirma que a autonomía da que se dota á Administración pública, como persoa xurídica, se reflicte en varios preceptos do código: o artigo 1 establece que o resultado é o criterio prioritario para o exercicio da potestade discrecional; o artigo 2 favorece e

Polo tanto, se se quere equiparar plenamente a Administración pública co particular en materia de autonomía contractual, debe presumirse, en consecuencia, que tamén se debe cumprir o disposto no artigo 1325 do Código civil italiano⁴⁰, segundo o cal os requisitos dun contrato son unicamente o acordo das partes, a causa, o obxecto e a forma (que, como é sabido, no ámbito público só pode ser escrita).

Consecuencia lóxica desta autonomía é tamén que as administracións públicas poidan recibir bens ou servizos de interese público mediante doazón ou outros servizos a título gratuito, sempre que respondan ao interese público e –outra aclaración non irrelevante– non se exige neste caso ningún procedemento de licitación.

i) Principio de conservación do equilibrio contractual

O artigo 9 introduce o principio de preservación do equilibrio contractual, o que representa unha grande innovación no ámbito dos contratos públicos, que sempre se caracterizaron pola inalterabilidade do prezo do contrato, dada a obriga de respectar os principios de contabilidade pública.

En efecto, tendo en conta a obriga –previa á sinatura do contrato– de imputar un gasto público a un capítulo orzamentario da Administración, iso sempre deu lugar á prohibición absoluta de calquera modificación das partidas de custos por parte dunha Administración pública.

Porén, o dramático período da pandemia da covid, ao que seguiron os acontecementos bélicos que aínda perduran, induciu o lexislador italiano a introducir unha serie de correccións a esta inmodificabilidade dos contratos públicos, co fin de reconducilos á súa natureza de contratos sinalagmáticos.

Por este motivo, é necesario introducir medidas correctoras que teñan por obxecto preservar ese equilibrio contractual alcanzado na sinatura do contrato.

Polo tanto, ante continxencias extraordinarias e imprevisibles que provoquen unha alteración substancial do equilibrio contractual, débese recoñecer á parte prexudicada o dereito para renegociar de boa fe os termos do contrato co fin de restablecer o equilibrio orixinario sen alteración da substancia económica. Porén, estas modificacións son aplicables só cando tal alteración sexa significativa e non causada por circunstancias estrañas á normal continxencia contractual, á flutuación económica ordinaria e ao risco de mercado.

j) Principio de taxatividade das causas de exclusión e de máxima participación

O artigo 10 ocúpase dun principio que non podía faltar no elenco de regras que constitúen a pedra angular da correcta actuación das administracións no ámbito da contratación pública: o principio de taxatividade das causas de exclusión e de máxima participación, que se enlaza co principio de acceso ao mercado do artigo 3.

potencia a iniciativa e autonomía decisoria dos funcionarios públicos; o artigo 7 recoñece o principio de autoorganización administrativa, mentres que o artigo 8 recoñece o principio de autonomía contractual da Administración.

⁴⁰ O artigo 1325 do Código civil italiano dispón: "I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità".

En virtude deste principio, non se adxudicarán contratos públicos a operadores económicos respecto dos cales se determinase a existencia de causas de exclusión expresamente definidas no código. Os poderes adxudicadores non poden permitir, polo tanto, que os operadores económicos que carezan dos chamados “requisitos de moralidade” participen en licitacións públicas, ordenando así a súa exclusión mesmo cando a posesión dos ditos requisitos non fose exixida para os efectos de participación.

Os motivos de exclusión recollidos nos artigos 94 e 95 serán exhaustivos e completarán automaticamente os anuncios de licitación. As cláusulas que prevexan outros motivos de exclusión serán nulas de pleno dereito.

Sen prexuízo dos requisitos de cualificación profesional necesarios, os entes adxudicadores e concedentes poden introducir requisitos especiais de carácter económico-financeiro e técnico-profesional que sexan pertinentes e proporcionados ao obxecto do contrato, tendo en conta o interese público no maior número de competidores potenciais e favorecendo, sempre que sexa compatible cos servizos para contratar e coa necesidade de conseguir economías de escala funcionais á redución do gasto público, o acceso ao mercado e a posibilidade de crecemento das pequenas e medianas empresas.

k) Principio de aplicación dos contratos colectivos nacionais de sector, incumprimentos contributivos e atraso nos pagamentos.

O artigo 11 do código regula o principio da aplicación dos convenios colectivos nacionais do sector e, polo tanto, establece a obriga de aplicar:

- o convenio colectivo nacional e territorial vixente para o sector e ámbito en que se realiza o traballo, celebrado polas asociacións de empresarios e traballadores máis representativas a nivel nacional;
- o contrato cuxo ámbito de aplicación estea estreitamente relacionado coa actividade obxecto do contrato ou concesión realizada pola empresa, mesmo de forma prevalente.

De conformidade co principio de aplicación do convenio colectivo, os entes adxudicadores e concedentes deberán indicalo nos anuncios de licitación.

Os operadores económicos son libres de sinalar nas súas ofertas o convenio colectivo que aplican, sempre que lles garanta aos traballadores a mesma protección que o indicado polo poder adxudicador. Nestes casos, antes de adxudicar o contrato ou de proceder á súa adxudicación, os entes adxudicadores deberán solicitar unha declaración en que o operador económico indicado se comprometa a aplicar o convenio colectivo nacional e territorial sinalado na execución das prestacións obxecto do contrato durante toda a súa duración, ou unha declaración de equivalencia de protección.

l) **Remisión externa**

En virtude do artigo 12, no non previsto expresamente no código deberanse ter en conta as seguintes regras:

- a) As disposicións da Lei n.º 241, do 7 de agosto de 1990, aplicaranse aos procedementos de adxudicación e demais actividades administrativas relativas aos contratos;
- b) As disposicións do Código civil aplicaranse á celebración do contrato e á fase de execución.

5 Conclusións

Como observamos, sete anos despois da aprobación do Decreto legislativo número 50, do 18 de abril de 2016, Italia promulgou un novo Código de contratación pública: o Decreto legislativo número 36, do 31 de marzo de 2023. O código destaca tanto polo seu contido innovador como polo seu proceso de aprobación particular. A aprobación do novo código é unha das reformas levadas a cabo como consecuencia do PNRR, isto é, insírese no ámbito dun dos obxectivos do novo PNRR. Realmente, non había unha necesidade inmediata de adoptar un novo código como ocorreu en 2014 debido á transposición das directivas, pero si se considerou que cumpría unha reforma do marco legislativo da contratación pública de cara á simplificación e dixitalización desta.

Como podemos comprobar, unha das principais novidades introducidas por este Código de contratación pública consiste na promulgación dos principios xerais, aos que se dedican os primeiros doce artigos, que deben guiar a materia e o comportamento dos que operan no sector. Os principios son as directrices fundamentais que rexen e orientan os procesos de contratación pública.

A parte I do código, dedicada aos principios xerais, é considerada, case de maneira unánime pola doutrina, a novidade máis significativa da norma, que abertamente aspira a enunciar principios reitores para a interpretación e aplicación dos contratos públicos.

O código anterior –aprobado polo Decreto legislativo 18 aprile 2016, núm. 50– contiña unha aproximación moi diversa á realidade dos principios, sobre todo porque comprendía principios de tipo clásico, orixinariamente elaborados pola xurisprudencia, en particular polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea en aplicación das diversas directivas europeas. Noutros termos, o Código 50/2016 non facía outra cousa que, nalgúns casos, mencionar os principios contractuais clásicos (eficacia, concorrencia, non discriminación, proporcionalidade e publicidade...).

O novo código, en cambio, efectúa unha regulación completamente diversa. En primeiro lugar, porque non regula os principios clásicos, senón de nova formulación (principios inéditos). En segundo lugar, porque non se limita a unha mera enunciación dos principios, senón que explica o contido concreto deles. En terceiro lugar,

porque pretende indicar de que maneira poden actuar os principios, isto é, como deben aplicarse. Sen dúbida, agora a función dos principios contractuais parece ser diferente da dos principios de códigos anteriores, que esencialmente servían para delimitar o ámbito de aplicación do texto normativo e as definicións dos termos utilizados no propio texto.

A novidade que supón a inclusión dunha sección sobre principios no código vai máis alá dunha simple formalidade legal, é dicir, non se reduce ao feito de que a comisión especial constituída no Consello de Estado, seguida polo lexislador delegado, asignase a estes principios un lugar destacado e relevante no texto do código –a diferenza do que ocurría na normativa anterior–.

Neste contexto non podemos deixar de preguntarnos: estamos seguros de que un código de principios é o máis adecuado para a contratación pública? Os principios son útiles, pero tamén perigosos ao mesmo tempo. A especificación do seu contido serve para evitar que estes teñan un excesivo poder interpretativo para os xuíces, pero provocan tamén incerteza aos operadores no sector.

Tendo en conta a complexa entrada en vigor do código, que prevé que para permitir a aplicación efectiva dos novos artigos, moitas das institucións fosen realmente aplicables a partir do 1 de xaneiro de 2024, haberá que esperar a que este leve máis tempo vixente para comprobar o alcance e a conveniencia ou non destes cambios.

6 Bibliografía

- BERTELLI, A.; GALLO, L. y PANCONI, M.C., “Il ruolo dei principi nel nuovo codice dei contratti pubblici”, DOTA, S. y DI BARI, A. (coords.), *Le principali novità del nuovo Codice dei contratti*, I quaderni, n. 43, junio, 2023, pp. 5-13.
- BOTO ÁLVAREZ, A., “Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital”, *Documentación Administrativa*, n. 10, 2023, pp. 40-58.
- BUONANNO, A. y COSMAI, P., *La riforma del Codice degli appalti*, Wolters Kluwer, Milano, 2023.
- CARLOTTI, G., “I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione”, *Giustizia Amministrativa*, 2023, disponible en: <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/carlotti-i-principi-nel-codice-dei-contratti-pubblici-la-digitalizzazione>
- DE BENEDETTO, M.; MARTELLI, M. y RANGONE, N., *La qualità delle regole*, Il Mulino, Bologna, 2011.
- FORTUNATO, G., *L'appalto integrato dopo il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Maggioli editore, Rimini, 2023.
- GIUFFRIDA, V., “Italia adopta un nuevo Código de contratación pública en aras de la simplificación y la lógica del resultado”, *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, mes 4, 2023.
- MASSARI, A., *Gl appalti pubblici dopo il nuovo Codice*, Maggioli editore, Rimini, 2023.
- PARDI, L., “Brief Overview on Latest Intervention on Italian Public Procurement Discipline Aimed at Hindering the COVID-19 Economic Crisis”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 16, 2021, pp. 250-251.

Regap



ESTUDIOS

- PERFETTI, L., “Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio”, *Urbanistica e Appalti*, n. 1/2023, pp. 5-13.
- PIZZORUSSO, A., “Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 3, 1989, pp. 269-321.
- RACCA, G.M., «La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle Pubbliche Amministrazioni e qualificazione delle imprese», CAVALLO, P.R. y GALETTA, D.U. (coords.), *Il Diritto dell’Amministrazione Pubblica digitale*, Giapicchelli, Torino, 2020, pp. 321-342. *Revista Galega de Administración Pública*, EGAP



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_xaneiro-xuño 2024 | pp. 83-105
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5200>
© Ignacio Álvarez Rodríguez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 27/03/2024 | Aceptado: 03/12/2024
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

A ideoloxía da perspectiva de xénero

La ideología de la perspectiva de género

The ideology of gender mainstreaming

67 Regap

Regap



ESTUDIOS

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesor titular de Dereito Constitucional
Universidade Complutense de Madrid

Resumo: Este traballo é unha reflexión en voz alta, desde o dereito constitucional, acerca dun concepto tan brumoso e controvertido como a perspectiva de xénero. ¹Analízase en primeiro termo o concepto en canto noción pretendidamente xurídica, cuxo estudo transloce unha confusión e indeterminación notorias. En segundo lugar, estúdase como se introduciu esta noción na lexislación igualitaria máis recente. En terceiro lugar, abórdase o concepto na medida en que fixo acto de presenza nalgúns sentenzas constitucionais, especialmente nalgúns votos particulares. Finalízase cunha reflexión de fondo sobre o problemático da noción desde a óptica constitucional.

Palabras clave: Dereito constitucional, Constitución, igualdade, feminismo, perspectiva de xénero.

Resumen: El presente trabajo es una reflexión en voz alta, desde el Derecho Constitucional, acerca de un concepto tan brumoso y controvertido como la perspectiva de género. Se analiza en primer término

¹ Este traballo realízase no marco do Proxecto de Investigación: *Identities colectivas y justicia penal: un enfoque interdisciplinar*, financiado polo Ministerio de Ciencia e Innovación. IPs: Alicia GIL GIL e José NÚÑEZ, e tamén no marco do Proxecto *EU-CIEMBLy: Creating an Inclusive European Citizens' Assembly*, financiado por la Unión Europea. IP: Dulce Lopes.

el concepto en cuanto noción pretendidamente jurídica, cuyo estudio trasluce una confusión e indeterminación notorias. En segundo lugar, se estudia cómo se ha introducido dicha noción en la legislación igualitaria más reciente. En tercer lugar, se aborda el concepto en tanto que ha hecho acto de presencia en algunas sentencias constitucionales, especialmente en algunos votos particulares. Se finaliza con una reflexión de fondo sobre lo problemático de la noción desde la óptica constitucional.

Palabras clave: Derecho constitucional, Constitución, igualdad, feminismo, perspectiva de género.

Abstract: This work is an out-loud reflection on Constitutional Law about a concept as nebulous and controversial as the gender perspective. We start by analyzing the concept as a supposedly legal notion, the study of which reveals notorious confusion and indeterminacy. Secondly, we study how this notion is a product of the most recent egalitarian legislation. Thirdly, we address the concept as it has appeared in some constitutional rulings, especially in individual votes. It ends with a background reflection on the problematic nature of the notion from a constitutional perspective.

Key words: Constitutional Law, Constitution, equality, feminism, gender mainstreaming.

1 Enfoque

Neste texto analízase detidamente a chamada “perspectiva de xénero” e a súa introdución no sistema constitucional español, especialmente nalgunhas sentenzas do noso Tribunal Constitucional, idea usualmente defendida –de momento– non tanto no corpo da sentenza como nos votos particulares (tanto disidentes como concorrentes).

Para iso, en primeiro lugar, tentaremos ofrecer unha aproximación conceptual a unha realidade practicamente inasible. É máis que difícil definir o que é a perspectiva de xénero, pero, por mor do obxectivo do traballo, non debemos eludir o reto. En segundo lugar, expoñeremos onde e como o recente lexislador español introduciu a noción e con que alcance. En terceiro lugar, debemos facer o propio co manexo que realiza o Tribunal Constitucional da perspectiva de xénero, pois comeza a facer acto de aparición nalgunhas resolucións (sobre todo nos votos particulares referidos anteriormente). Por último, reuniremos unha serie de consideracións críticas que desembocarán na consabida reflexión final.

Estamos en condicións de demostrar, polo menos a título de hipótese, que se está empezando a perfilar no dereito Constitucional español contemporáneo o emprego dunha ferramenta estraña a este para operar un cambio de paradigma –polo menos tentalo–: a perspectiva de xénero pretende actuar como crebaxeos constitucional para situarnos máis alá do dereito constitucional, destruíndo ao seu paso algúns dos valores constitucionais esenciais, tales como o dereito a non ser discriminado, a liberdade ou a presunción de inocencia, por mencionar só tres (DOMINGO, 2023; GALINDO e UJALDÓN, 2022; e SOLEY, 2022).

2 A perspectiva de xénero como concepto

En traballos previos deixamos constancia de que a perspectiva de xénero é un concepto equívoco, desnortado, tendencialmente tendencioso, e bastante pobre desde o punto de vista intelectual. Se resumimos tales asertos, a operación para desentrañar

o que é a perspectiva de xénero debería valerse dos seguintes pasos. Así, filósofos políticos como Félix Ovejero entenden que a perspectiva de xénero ten os biólogos baixando a cabeza e calando cando estes saben con seguridade que certos aspectos da humanidade teñen base biolóxica suficiente como para desmontar as teses dun movemento feminista que, polo demais, abraza tales radicalismos na actualidade que os seus próceres acabarán por convertelo en residual (VALDEÓN, 2023: 134).

En primeiro termo, dar por bo o “xénero”. Para o feminismo, *xénero* define a construción social que serviu para que os homes gobernen e dominen o mundo en xeral e as mulleres en particular. Sexo é un concepto biolóxico e emprégase como soporte para realizar tal construción cultural. A operación quedaría así, segundo estas teses: o home, baseándose nas características biolóxicas sexuais de homes e mulleres, copa o espazo público e relega a muller ao espazo privado. Mentres que a muller é persoa que debe dedicarse á crianza, ao fogar e aos coidados, o home debe saír a gañar o sustento familiar, aproveitando de paso para gobernar, sentenciar e para mandar en todas as ordes da vida, en definitiva.

Unha filósofa experta nestes debates como o é Kathleen Stock distinguiu ata catro acepcións de “xénero” que adoitan empregarse indistintamente nos debates igualitarios. Aínda que o aconsellable, desde a pulcritude intelectual, sería distinguir e rozar, a brochada adoita ser a regra. A primeira acepción sería unha forma de expresar a división entre homes e mulleres entendida como alternativa tradicional á división biolóxica home-muller. A segunda é unha forma de designar os estereotipos sociais e expectativas que se predicán de homes e mulleres. A terceira designa a división entre homes e mulleres, entendida como dous grupos que se brande contra un presunto determinismo biolóxico. Finalmente, a cuarta acepción daría entrada á identidade de xénero, que é tanto como dicir para os seus defensores a experiencia privada do rol de xénero.

En segundo termo, transitar sen ousadía desde “a perspectiva”, que é tanto como dicir o enfoque, a visión, o filtro, ou a mirada. Así que, en todos os casos en que xurda unha presunta discriminación, debemos poñer como filtro de intermediación a mirada de xénero, a necesidade de asumir que esa relación está matizada polo poder secular que exerceu e exerce o home sobre a muller. Só mediante o xénero se conseguirá destruír o xénero. Se as discriminacións sociais máis lacerantes se producen *por culpa* do xénero, será a través do xénero como debemos eliminalas. Chegados a este paso, non está de máis facer notar que, aínda que estas teses levan décadas entre nós, por máis que legislan para paliar os efectos perniciosos do patriarcado, nunca parecen ter fin e sempre atopan novas discriminacións que abordar e novas leis, en consecuencia, que aprobar. Dise que o termo patriarcado significa literalmente goberno dos pais. Mentres que os antropólogos empregaban a expresión nese sentido desde o século XIX, a teoría feminista importouna ao seu pensamento para equiparala co goberno dos homes. Nas sociedades democráticas – moito menos nas actuais – ser pai non é un factor significativo para alcanzar ou reter o poder e/ou os postos de autoridade (REEVES, 2023; JIMÉNEZ, 2019; e CONTRERAS, 2023). Dito con outras palabras: en materia de igualdade de xénero ben podería darse o chamado



efecto trinquete, descrito polo economista Robert Higgs, quen dixo que o Estado aproveita calquera situación de crise para aumentar o seu tamaño e capacidade de control sobre a economía. *Mutatis mutandis*, o feminismo institucional aproveitaría calquera situación, crítica ou non, para levar un paso máis alá as súas propostas, autolexitimarse nas súas reivindicacións e seguir cegamente o camiño que conduce –oxalá nos equivoquemos– cara ao abismo.

Algúns xuristas inciden na idea de que estamos, máis que ante un concepto acabado ou operativo, ante unha estratexia que, en función de quen a enarbore, cambia os seus contornos e labores, mesmo ao momento de facelos non diremos diametralmente opostos, pero si pouco compatibles entre si. Os tratados e documentos internacionais auspiciados polas principais organizacións internacionais (ONU, Consello de Europa) terían como un dos seus fins alcanzar a igualdade de xénero, e a perspectiva de xénero sería a estratexia para logralo. Isto é, unha relación de fins e medios. Así entendida, estaríamos ante “o proceso de avaliación das consecuencias para as mulleres e os homes de calquera actividade planificada, inclusive as leis políticas ou programas, en todos os actores e a todos os niveis”. Garántese, desta maneira, que as preocupacións e as experiencias das mulleres, tamén dos homes, poidan ser elementos integrantes da elaboración, aplicación, supervisión e avaliación das políticas públicas. Con razón dixo Jon Elster que nada hai externo á sociedade, salvo o precompromiso mediante organizacións e tratados internacionais (ELSTER, 2009: 117).

Non podemos obviar que a finais dos anos noventa o Consello Económico e Social das Nacións Unidas axuntou a transversalidade e a perspectiva de xénero para dicir que: “Transversalizar a perspectiva de xénero é o proceso de valorar as implicacións que ten para os homes e para as mulleres calquera acción que se planifique, xa se trate de lexislación, políticas ou programas, en todas as áreas e en todos os niveis. É unha estratexia para conseguir que as preocupacións e experiencias das mulleres, do mesmo xeito que as dos homes, sexan parte integrante na elaboración, posta en marcha, control e avaliación das políticas e dos programas en todas as esferas políticas, económicas e sociais, de maneira que as mulleres e os homes poidan beneficiarse deles igualmente e non se perpetúe a desigualdade. O obxectivo final da integración é conseguir a igualdade dos xéneros” (ONU, 2022).

Outra acepción da perspectiva de xénero viría trufada de ideoloxía de xénero, noción que tenta facer ver que as mulleres viven seducidas e enganadas polo patriarcado aberrante que, polo demais, nos subxuga a todos. Así as cousas, toman decisións que as prexudican froito desa confusión, tales como ser nais ou formar unha familia. Estas decisións só contribúen a oprimir a muller, quen se cre libre de decidir e é –como non– unha enganada. Por algo dixo Simone de Beauvoir naquela famosa entrevista de infausto recordo que non se debía permitir baixo ningún concepto a opción de que a muller quedase na casa para criar os seus fillos: de existir tal elección, “demasiadas mulleres optarían por ela” (TRILLO-FIGUEROA, 2009).

A doutrina crítica fai fincapé en que a mutación do feminismo nun identitarismo de xénero baseado na ideoloxía de xénero é un proceso que leva en marcha décadas.

Unha das súas conspicuas representantes, Sulamith Firestone, non dubidou en explicar a quen quixese oíla, alá por 1970, que o obxectivo final da revolución feminista non era eliminar os privilexios dos homes, senón facer boa a diferenza sexual entre homes e mulleres, para poñer fin “á tiranía da familia biolóxica e permitir todas as formas de sexualidade”. Rexorde con forza a idea, vistas así as cousas, que tanto pábulo ten nalgúns foros académicos: a muller e o home son diferenzas obsoletas a superar. Por iso é polo que necesitan de constante lexislación de xénero para impoñer as súas diatribas, porque estamos ante unha proposta marcadamente antinatural (AYLLÓN, 2019; e RUBIO, 2021).

Ao fío destas reflexións, xorde a dúbida de se determinados sectores feministas non estarán presos da coñecida *síndrome de Münchhausen por poderes*. Dise que se dá este fenómeno cando os pais fan enfermar os seus fillos para logo poder levalos ao médico e dese xeito salvalos. Se o fillo está ben, necesita menos os seus pais; se está mal, tal estado permite protexelo, sobreprotexelo e presentarse como o seu salvador. Cámbiese “fillos” por “mulleres” e probablemente entenderemos por que non é infrecuente escoitar mulleres abxurar do feminismo en calquera das súas variantes. Estes sectores necesitan dunha situación case apocalíptica para traer os seus remedios, tan incisivos pero tan necesarios aos seus ollos; se esta situación non existe (e non existe), necesitan construír un relato que diga que existe ou que se atopa en cernes de existir. E así poden seguir insistindo e empuxando un pouco máis sen solución de continuidade (BOUCHOX, 2022: 45).

Por suposto, estas cuestións do xénero ás veces enmascaran auténticas atrocidades. Cando unha activista de orixe somalí e declarada feminista fixo públicos os datos que obtivera, o feminismo académico e institucional non dixo nada. O que a súa investigación demostraba era que nunha escola concreta de Suecia unha porcentaxe considerable sufriran ablación xenital. Por suposto, si houbo voces que defenderon que o multiculturalismo impón peaxes como este, pois parecen máis preocupados de que os “colectivos vulnerables” non protagonicen titulares negativos en prensa que da aberración que tiveron que padecer as nenas (MOUNK, 2022: 152).

3 A perspectiva de xénero na lexislación

En España existe desde hai décadas un proxecto igualitario en marcha que, tamén en sede lexislativa, apostou por introducir unha batería de conceptos abstrusos e confusos. Nocións como a perspectiva de xénero, o enfoque de xénero, o *mainstreaming* de xénero ou a discriminación múltiple e/ou interseccional son, se se permite a expresión, os novos unicornios. Ninguén sabe moi ben que significan, e moito menos as súas implicacións reais, pero si sabemos que son enarborados sistematicamente por quen alcanza o poder institucional para poder executar sen atrancos a súa axenda. Como puidemos seguir de cerca a cuestión nos últimos traballos doutrinais, prestaremos atención agora ás novidades lexislativas máis recentes.

A norma legal máis recente é a Lei orgánica 1/2023, do 28 de febreiro, pola que se modifica a Lei orgánica 2/2010, do 3 de marzo, de saúde sexual e reprodutiva e

da interrupción voluntaria do embarazo, que define esta perspectiva no seu artigo único, apartado tres, como unha tarefa obrigatoria para as administracións públicas de incluír:

“un enfoque de xénero fundamentado na comprensión dos estereotipos e as relacións de xénero, as súas raíces e as súas consecuencias na aplicación e a avaliación do impacto das disposicións desta lei orgánica, e promoverán e aplicarán de maneira efectiva políticas de igualdade entre mulleres e homes e para o empoderamento das mulleres e as nenas”.

Dous apuntamentos respecto diso. Por unha banda, que a Lei orgánica 10/2022, do 6 de setembro, de garantía integral da liberdade sexual, reitera no seu artigo 2.c) o concepto arriba apuntado nos seus exactos termos literais. O texto inspírase no artigo 6 c) da Lei foral 14/2015, do 10 de abril, para actuar contra a violencia cara ás mulleres, da Comunidade Foral de Navarra, onde se di que tal loita debe facerse desde a “comprensión dos estereotipos e as relacións de xénero, as súas raíces e as súas consecuencias”.

Atopamos a perspectiva de xénero no artigo 4.4 da Lei 15/2022, do 12 de xullo, integral para a igualdade de trato e a non discriminación, co seguinte teor literal:

“Nas políticas contra a discriminación terase en conta a perspectiva de xénero e prestarase especial atención ao seu impacto nas mulleres e as nenas como obstáculo ao acceso a dereitos como a educación, o emprego, a saúde, o acceso á xustiza e o dereito a unha vida libre de violencias, entre outros”.

A lei, acto seguido, pasa a definir unha panoplia de discriminacións con exhaustividade –e con bastante imaxinación creativa, todo sexa dito–, pero curiosa e misteriosamente nada di sobre a perspectiva de xénero.

Se un acode á Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes, auténtico faro que guía no tocante a políticas igualitarias, tampouco se observa ningunha definición da perspectiva de xénero. Si vemos como aparece, sen concretar, para exixila á hora de elaborar estatísticas e estudos oficiais (art. 20); ao realizar o planeamento urbanístico (art. 31); como formación continuada dos integrantes da carreira xudicial (disposición adicional terceira); na actuación sanitaria no ámbito da saúde laboral (disposición adicional oitava); e nas actividades formativas en materia de saúde (disposición adicional novena, apartado cuarto).

Na Lei 3/2022, do 24 de febreiro, de convivencia universitaria, aparece un intento de definición do enfoque de xénero, en concreto no artigo 4.4 a), que reza da seguinte maneira:

“(…) a comprensión dos estereotipos e as relacións de xénero, as súas raíces e as súas consecuencias na aplicación e a avaliación do impacto das disposicións desta lei (...)”.

Isto é, o enfoque de xénero será o que queiran en cada momento quen integre as institucións, neste caso as institucións universitarias. Amparándose en conceptos

tan abstrusos e brumosos, non atopamos a maneira de que poidan ser medianamente operativos no tráfico xurídico real.

Encontramos unha definición na Lei 4/2005, para a igualdade de mulleres e homes do País Vasco, en concreto no seu artigo 3.5 (aínda que en puridade o que se define é “a integración con perspectiva de xénero”, mandato que a propia lei fai obrigatorio para todos os poderes públicos):

“(…) a consideración sistemática das diferentes situacións, condicións, aspiracións e necesidades de mulleres e homes, incorporando obxectivos e actuacións específicas dirixidas a eliminar as desigualdades e promover a igualdade en todas as políticas e accións, a todos os niveis e en todas as súas fases de planificación, execución e avaliación (...)”.

A Lei 12/2007, do 26 de novembro, para a promoción da igualdade de xénero en Andalucía, regula a cuestión de forma similar. Dirá que os poderes públicos deben integrar a perspectiva de xénero de forma transversal en todas as súas actuacións (art. 4), definindo esta integración transversal así:

“(…) Os poderes públicos potenciarán que a perspectiva da igualdade de xénero estea presente na elaboración, execución e seguimento das disposicións normativas, das políticas en todos os ámbitos de actuación, considerando sistematicamente as prioridades e necesidades propias das mulleres e dos homes, tendo en conta a súa incidencia na situación específica dunhas e outros, co obxecto de adaptalas para eliminar os efectos discriminatorios e fomentar a igualdade de xénero (...)”.

Outro tanto sucede coa Lei 2/2011, do 11 de marzo, para a igualdade de mulleres e homes e a erradicación da violencia de xénero, aínda que o seu teor literal varía algo, facéndoo, quizais, menos militante. Di o artigo 3:

“(…) O principio de igualdade de trato e oportunidades entre mulleres e homes informará, con carácter transversal, a actuación da Administración do Principado de Asturias. Para ese efecto, a Administración do Principado de Asturias integrará o principio de igualdade de oportunidades entre mulleres e homes de forma activa na adopción e execución das súas disposicións normativas, na definición e orzamentación de políticas públicas en todos os ámbitos e no desenvolvemento do conxunto de todas as súas actividades (...)”.

Outro exemplo é o da Lei 7/2018, de igualdade de oportunidades entre mulleres e homes en Aragón, cuxo articulado menciona ata case cincuenta veces a perspectiva de xénero, aínda que non a defina. En cambio, o anexo á Lei 1/2010, do 26 de febreiro, canaria de igualdade entre mulleres e homes, entende por perspectiva de xénero:

“(…) a consideración sistemática, no conxunto da actividade política, social, institucional, das diferentes situacións e condicións de vida, obstáculos ou limitacións, participación, recursos, dereitos, prioridades ou necesidades, valores e comportamentos de mulleres e homes, determinados polos roles tradicionais de



xénero, que provocan desigualdades sociais ou discriminacións reais e efectivas entre ambos os sexos (...)”.

Un cambio sutil e diferente é o que se observa na Lei 8/2011, do 23 de marzo, de igualdade entre mulleres e homes e contra a violencia de xénero, de Estremadura, cando enuncia o principio da transversalidade de xénero no seu artigo 21 e di que:

“(…) Os poderes públicos extremeños incorporarán a perspectiva da igualdade de xénero na elaboración, execución e seguimento das disposicións normativas, así como das políticas e actividades en todos os ámbitos de actuación, considerando sistematicamente as prioridades e necesidades propias das mulleres e dos homes, tendo en conta a súa incidencia na situación específica dunhas e outros, co obxecto de adaptalas para eliminar os efectos discriminatorios e fomentar a igualdade de xénero (...)”.

Finalmente, atopamos outra definición na Lei 11/2016, do 28 de xullo, de igualdade de mulleres e homes das Illas Baleares, onde o seu artigo 5.2 entende por perspectiva de xénero:

“(…) a toma en consideración das diferenzas entre mulleres e homes nun ámbito ou unha actividade para a análise, a planificación, o deseño e a execución de políticas, tendo en conta a maneira en que as diversas actuacións, situacións e necesidades afectan ás mulleres (...)”.

Como se puido observar, entre outros detalles que despuntan da letra das leis extractadas, o binomio que se adoita defender, ou do cal parte implicitamente, moito peor, é o das violencias que exercen os homes sobre as mulleres. Por suposto, e desgraciadamente, esa violencia existe. Sucede que non é a única, nin moito menos, pois ao contrario tamén existe unha violencia clara, pero cuxo estudo e difusión se consideran tabú en España. Dito con outras palabras, existe unha violencia da muller contra o home que apenas é analizada e, cando se fai, gárdase baixo sete chaves. Afortunadamente, quedan investigadores valentes e dedicados que denunciaron tal estado de cousas (REEVES, 2023; e FOLGUERA, 2014).

Polo demais, cursan actualmente algúns exemplos “menores” (o diaño está nos detalles) que seguen a liña trazada pola lexislación referida. Para tal fin, podemos traer a colación o Acordo do Consello de Ministros do 31 de agosto de 2018, polo que se crea un Consello Asesor para a revisión da Lei de axuízamento criminal *desde unha perspectiva de xénero* (sic), composto por algo máis dun 70 % de mulleres e ao redor dun 30 % de homes, e chamado a informar sobre a dita reforma. Nos últimos tempos apréciase un aumento sostido da literatura tanto académica como xeneralista que reflexiona sobre as coitas do home en canto tal, desde unha perspectiva do que poida significar a masculinidade hoxe en día (BENNETT, 2022; JIMÉNEZ, 2019; e VINCENT, 2007).

Tampouco podemos eludir como se foi filtrando a exigencia de perspectiva de xénero aos xuíces coas últimas reformas operadas na Lei orgánica do poder xudicial. Por unha banda, “para acceder ás probas selectivas ou de especialización será preciso

acreditar ter participado en actividades de formación continua con perspectiva de xénero” (art. 312.3 LOPX). Por outro, “todas as probas selectivas para o ingreso e a promoción nas carreiras xudicial e fiscal contemplarán o estudo do principio de igualdade entre mulleres e homes, incluíndo as medidas contra a violencia de xénero, e a súa aplicación con carácter transversal no ámbito da función xurisdiccional” (art. 310 LOPX).

Quizais, á fin e ao cabo, a tan traída e levada igualdade en realidade só disfraz a a querenza e a pulsión de “querer inverter as tornas” e situar agora a muller por encima. Para esa viaxe non facían falta tales alforxas (lexislativas). Ao peor o que sucede neste debate é que, por motivos que só coñece quen promove estas teses, se lles quere furtar ás persoas o feito de que os seres humanos levamos polo menos cincocentos millóns de anos sendo seres sexuais e non “seres con xénero”. Que nos queiramos comportar de forma feminina non significa que sexamos mulleres. Que busquemos pelexa nun bar non nos converte en homes. Hai tantas diferenzas entre homes e mulleres que é imposible clasificalas todas. As preferencias difiren, polo tanto difiren as eleccións vitais de toda orde que realicemos unhas e outros. Todo o demais é ir contra a propia natureza. Actuar como se fósamos idénticos é pretender contaminar a convivencia. Por iso é polo que estas posturas argúan que a ideoloxía de xénero é perigosa e contaxiosa. Por iso é polo que avoguen por recoñecer as diferenzas entre os dous sexos, paso fundamental para erixir unha sociedade que conceda de verdade as mesmas oportunidades a todos (HEYING e WEINSTEIN, 2022: 145).

Antóllase pertinente traer a estas páxinas a quen de verdade sabe para poñer o broche final a este apartado. Desculpe o lector a cita tan sumamente extensa pero non dubidamos da calidade e perspicacia que atesoura. Di Stamos:

“(…) Ninguén dúbida de que hai moita flexibilidade nos roles de xénero. Á fin e ao cabo, as mulleres demostraron amplamente que poden ser moi boas como médicos, avogados, científicos e mesmo como bombeiros (...). O que se está discutindo é máis ben se existen diferenzas xenéticas fundamentais entre homes e mulleres, diferenzas estatísticas, tanto físicas como condutuais, enraizadas na nosa historia evolutiva (...) que (...) predispoñen as mulleres para seren dunha maneira e os homes doutra. Podemos discutir como deberían ser as cousas (...), pero non debemos permitir que isto afecte á nosa comprensión de como son as cousas, especialmente se as cousas das que falamos son profundamente biolóxicas (...). Se este denominador común é en boa parte biolóxico, evolución mediante, entón o experimento feminista ten tan poucas probabilidades de triunfar como as do experimento comunista. Neste caso, a única esperanza é promulgar leis específicas pensando no xénero (...), leis que castiguen máis fortemente un xénero que o outro (...) leis que establezan pola forza a igualdade de xénero (...), leis que traten de facer de contrapeso ás diferenzas innatas (...). A única esperanza (...) sería a práctica a fondo da enxeñaría xenética, unha esperanza opacada polo soño convertido en pesadelo de Parque Xurásico (...)” (STAMOS, 2009).

Aínda que non poidamos falar en sentido estrito de lexislación, non podemos deixar de facer referencia a como o Executivo, ou certo Executivo, deu un golpe

regap



ESTUDIOS

mediante plans nacionais a este mecanismo. Sinal do que se acaba de explicitar e froito do *zeitgeist* que impera por todas as partes, preñado de desenfoque e radicalismo, de odio puro e vinganza cega ebria de presunta xustiza social, podemos observar a *Estratexia estatal para combater as violencias machistas 2022-2025*, presentada polo Ministerio de Igualdade do Goberno de España. Nela dise, basicamente, que hai unha reacción ideolóxica contra os dereitos das mulleres; que esta reacción constitúe discurso de odio por razón de xénero e sexo; e que este discurso está castigado no Código penal vixente, ben sexa como delito autónomo (art. 510) ou como agravante (art. 22).

Isto materialízase en diversos enfoques de xénero, tan intensos como desnortados. Por exemplo, utilízase a técnica do *concepto paraugas* para dicir que será violencia política contra a muller todo o que sexa “menoscar, obstaculizar, restrinxir, impedir ou eliminar a súa participación nos asuntos públicos e/ou políticos”. Que tenten castigar a vida, ou a propia política, e así acaban antes. Outro caixón de xastre máis no ordenamento constitucional, para que sexa empregado a discreción pola turbamulta de sempre constituída no poder conxuntural de quenda (MINISTERIO DE IGUALDADE, 2023). Igualmente sucede coa pretendida obriga de que os medios de comunicación informen con perspectiva de xénero, establecida no dito plan orwelliano, levando por diante sen recato a liberdade de expresión e información, ademais de redundar en ofrecer unha visión totalizadora e discriminatoria: o filtro debe ser a perspectiva de xénero e todo o demais debe quedar convenientemente silenciado ou, peor aínda, castigado. Poucos xornalistas, sempre valentes, denunciaron este atropelo (LAVINIA, 2023; ONDARRA, 2023).

4 A perspectiva de xénero na xurisprudencia constitucional

Neste apartado estúdase en que contexto e con que consecuencias aparece a perspectiva de xénero na xurisprudencia do noso Tribunal Constitucional. Adiántase xa, se co anterior non o conseguimos, que estamos ante un concepto máis que xuridicamente indeterminado, unha noción en realidade metaconstitucional, por iso é polo que resulte como petición de principio de difícil encaixe na doutrina constitucionalista. Pero a realidade dos feitos demostra que xa fixo acto de aparición e moi posiblemente vexamos como cobra forza no seo do propio xuíz da Constitución nos próximos anos. Ao tempo.

Poderíase argüír que algunhas sentenzas de principios de século sementaron a conciencia para os ventos da perspectiva de xénero hoxe. Por unha banda, a moi polémica mesmo hoxe STC 59/2008, confirmada pola 45/2009, onde se validou a constitucionalidade da Lei de violencia de xénero, especialmente o castigo máis duro ao home que á muller por cometer o mesmo ilícito, o cal constitúe, entre outros, unha lesión do dereito fundamental á non discriminación, recoñecido (tamén aos homes, vai de seu e pésele a quen lle pese) no artigo 14 CE.

Doutra banda, a STC 12/2008, reiterada na STC 13/2009 e na STC 40/2011, onde se validaron as cotas electorais en favor da muller tanto a nivel estatal como a nivel

autonómico. Tal medida fora declarada inconstitucional cando foi empregada por primeira vez en Francia, polo seu Consello Constitucional en 1982, e en Italia, pola Corte Constitucional, en 1993. É curioso e sintomático que algunhas disposicións declaradas inconstitucionais en sistemas moi similares parecidos ao noso, que empregamos como modelos no noso momento constituínte do 78, aquí non o sexan.

Ningunha aplica expresamente a perspectiva de xénero, pero, vistas en retrospectiva, sen dúbida serviron de marco conceptual no itinerario da axenda feminista. Algo do que xa advertiu, con outras palabras, moito máis sabias e ponderadas que as nosas, o maxistrado Rodríguez Zapata nunha serie de votos particulares que formulou a diversas sentenzas constitucionais, sobre todo á STC 13/2009. Neste fíxose eco de certas directrices da ONU, que recomendaban aplicar a perspectiva de xénero, o cal ao seu mellor entender non podía facerse sen destruír institucións capitais e centrais para a nosa democracia representativa como, sen ir máis lonxe, o corpo electoral. Por fragmentar unha institución refractaria a tal cousa, ao ser “a voz do pobo, no sentido de que a vontade deste se manifesta a través daquel” (DÍEZ-PICAZO, 2020: 69).

Agora podemos dicir, sen marxe para a dúbida e probablemente menos para o erro, que vivimos o seguinte paso na estratexia de xénero que chegou ás altas institucións. E é que desde hai algúns anos, catro en concreto, determinados votos particulares emitiron algúns maxistrados facendo alusión expresa a que a maioría do TC debía ter empregado a perspectiva de xénero. Vexámolo con algo de detemento.

No ATC 170/2016 declarouse inconstitucional a resolución do Parlamento catalán 263/XI, do 27 de xullo de 2016, onde se declaraba que se iniciaba formalmente o proceso de desconexión de España e facía saber que o proceso constituínte catalán incorporaba a perspectiva de xénero na súa formulación. Aquí, certo iso, o Tribunal Constitucional non tivo responsabilidade ningunha e limitouse a aplicar a Constitución.

No ATC 114/2018 parece que vén o golpe. Emítense voto particular por parte de Balaguer Callejón, baixo o argumento de que a perspectiva de xénero era necesaria á hora de interpretar as normas; serviría esta perspectiva, segundo a xuíz, para que normas aparentemente neutrais que producen situacións inxustas atentatorias contra o dereito á igualdade, acaban por producir, ademais, “discriminacións veladas ou indirectas que obrigan o intérprete a unha actividade que supere o contido literal”. Isto adoita significar que, independentemente do que diga a norma aprobada, cómpre ir máis alá dela, en función do que exixa a operación de enxeñaría social correspondente.

Polo demais, o auto inadmítense a trámite por estar notoriamente infundada a cuestión de inconstitucionalidade exposta contra o Real decreto lexislativo 8/2015, do 30 de outubro, que exclúe do complemento de pensión por maternidade as nais que se acollen voluntariamente á xubilación anticipada. Segundo a maioría do TC, a diferenza introducida polo lexislador posúe unha xustificación obxectiva e razoable, xa que este complemento está pensado para compensar as nais que, por dedicarse ao coidado dos seus fillos, ven forzosamente reducido o seu período de cotización, o que non se aplica ás que, podendo cotizar máis, se acollen voluntariamente á xubilación

anticipada. A medida resulta tamén proporcional pola restrinxida relevancia do complemento e da ampla marxe do lexislador para regular as prestacións sociais.

Posteriormente ditouse o ATC 119/2018. Neste caso a recorrente, aspirante a presidir o Tribunal Superior de Xustiza da Rexión de Murcia, impugnou o acordo do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial polo que se nomeaba outro candidato. A Sala Terceira do Tribunal Supremo declarou nulo o acordo, ordenando retrotraer as actuacións para que se ditase nova resolución que emendase o déficit de motivación referido aos méritos subxectivos dos candidatos e á inaplicación da regra de preferencia das mulleres a igualdade de méritos cos aspirantes homes. O segundo acordo, polo que se nomeou o mesmo candidato, foi novamente impugnado pola recorrente, sendo esta vez desestimado o recurso pola Sala Terceira do Tribunal Supremo.

O Tribunal Constitucional inadmite o recurso de amparo por inexistencia de vulneración dos dereitos fundamentais alegados. No que aquí interesa, rexéitase a vulneración do dereito a non ser discriminada, baseada na exigencia dunha acción positiva, tanto por unha razón formal –o precepto constitucional afectado polas resolucións impugnadas sería, no seu caso, o artigo 9.2 CE, que contén un mandato de substantivación da igualdade formal, non susceptible de protección en amparo –como por outra material– a acción positiva solicitada na demanda susténtase nun automatismo que prescinde indebidamente dos principios constitucionais de mérito e capacidade. O auto fai especial fincapé no carácter discrecional do procedemento de selección da praza obxecto da convocatoria –caracterizado por un perfil gubernativo-xurisdiccional–, o que lle permite ao CXPX ponderar “en conxunto” os méritos do candidato (obxectivos e subxectivos), sen que exista previsión normativa que autorice a imposición dun resultado en favor dun sexo, en detrimento dos principios de mérito e capacidade.

Formúlase voto particular por parte de Balaguer Callejón, pois entende que se desatenden exigencias legais. A xuíz di, literalmente, que “a falta de consideración da perspectiva de xénero na actividade interpretativa desenvolvida nas resolucións da maioría do tribunal desatende o mandato do artigo 4 da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes, que establece que “a igualdade de trato e de oportunidades entre mulleres e homes é un principio informador do ordenamento xurídico e, como tal, se integrará e observará na interpretación e aplicación das normas xurídicas”. E a partir de aí constrúe un razoamento onde o que importa ante todo é “asegurar a presenza equilibrada de homes e mulleres nos postos de goberno do poder xudicial”.

Tales formulacións tiveron continuidade nalgunhas sentenzas recentes. Comezaremos traendo a colación a STC 87/2020. Nesta resolución o Tribunal Constitucional declarou vulnerado o dereito á tutela xudicial efectiva da recorrente porque os tribunais ordinarios non investigaron a súa denuncia por violencia de xénero de forma suficiente e eficaz. Citándose o Convenio de Istambul e os artigos onde este alude á perspectiva de xénero presente na violencia de xénero (FFXX 2 e 6, con expresa alusión da fiscal á dita perspectiva), o tribunal declara lesionado o dereito fundamental do artigo 24 CE.

Posteriormente ditouse a resolución que validou a Lei de seguridade cidadá, a STC 172/2020, unha sentenza polémica para unha norma non menos polémica, que acabou validando a constitucionalidade de boa parte do redactado dela. Non obstante, aquí a perspectiva de xénero volveu aparecer nun voto particular suscrito por Balaguer Callejón. A xuíz entende que “autorizar a práctica dun rexistro corporal externo que poida implicar un eventual espido para previr ou investigar, dado o caso, calquera infracción administrativa resulta claramente desproporcionado, e ignora ademais a perspectiva de xénero e o impacto diferente que ten sobre a intimidade persoal un espido en virtude do sexo da persoa que o sofre”.

Non se aclara en que sentido se fala de perspectiva de xénero, nin por que “impacta de forma diferente” a intimidade persoal de dous seres humanos, home e muller, igualmente espidos ante a autoridade policial. Quizais sexa porque o espido da muller exhibe atributos cunha connotación máis íntima que o home; de feito, o único factor diferencial que se consegue albiscar é o dos seos, porque non ten a mesma carga expoñer os da muller que os do home. O cal, de ser certo, faría que o argumento caese irremediabilmente na cousificación do corpo da muller, cuestión moi lonxe seguramente da intención deste voto particular.

Posteriormente ditouse a STC 66/2022, unha resolución sumamente interesante e discutida no seo da nosa xurisdición constitucional. A demandante de amparo achábase na semana 42 de embarazo cando os servizos médicos lle indicaron a conveniencia de someterse a un parto inducido. A xestante negouse, pois desexaba dar a luz no seu domicilio, o que levou o servizo médico a remitir un informe ao xulgado de garda indicando que o *nasciturus* corría perigo. Un xulgado de instrución de Oviedo ordenou *inaudita parte* o ingreso hospitalario non voluntario da recorrente en amparo, decisión que se mantivo ata o parto, que tivo lugar un día despois. As resolucións xudiciais confirmounas posteriormente a Audiencia Provincial.

Desestímase o recurso de amparo por non existir quebra do dereito á tutela xudicial efectiva en relación co dereito á intimidade persoal e familiar. O dereito da nai para decidir o lugar do parto, incardinado no seu dereito á intimidade persoal e familiar, foi obxecto dunha limitación proporcionada ao salvagardar un ben constitucionalmente protexido como a vida e saúde do *nasciturus*. A ponderación xudicial foi acorde co seu contido constitucional e non xerou indefensión, tendo en conta que a omisión da audiencia á xestante respondeu á extrema urxencia de preservar a vida do *nasciturus*, pois corría grave risco de hipoxia e morte fetal. Ao fío da autorización xudicial de ingreso hospitalario forzoso, Presno Linera entendeu que determinar cando un embarazo é de alto risco constitúe unha cuestión médica controvertida, entendendo que debeu aplicarse parte da doutrina do TEDH, especialmente a STEDH (Gran Sala) no asunto *Dubská e Krejzová c. República Checa*, do 15 de novembro de 2016), da cal resultaría amparado, en principio, o parto domiciliario (PRESNO, 2019; e GODOY, 2018).

A perspectiva de xénero fai acto de aparición en tres votos particulares, o que subscribe o xuíz Xiol Ríos, o que subscribe a xuíz Balaguer Callejón e o que emite a xuíz Montalbán Huertas.

Regap



ESTUDIOS

Xiol Ríos di, no apartado V do seu voto (*A cousificación da muller no debate xudicial*), apartado 11, que, para a muller, a decisión xudicial “(...) implicou a desapropiación da súa vontade sen darlle a posibilidade de mostrar o seu parecer (...)”. Segundo o xuíz, “(...) isto evoca unha idea de redución da persoa a un simple ente sen vontade sobre o que se dispón. Foi obxecto do sistema de xustiza, pero non suxeito dese sistema. A cousificación da demandante de amparo resulta inasumible por imperativo do principio de dignidade que, como se destacou anteriormente, está vinculado co dereito para ser oído no marco dun proceso xudicial en que se dilucidan dereitos e intereses propios, máxime cando estes afectan a un ámbito tan persoalísimo como os que se expuñan nese caso. Ademais, as circunstancias concorrentes de que se trata dunha muller embarazada enfrontada á decisión de como xestionar o acto do parto fan que este recurso adquira uns matices intimamente relacionados coa resolución dun conflito asociado á condición de muller. Nese contexto resulta moi perturbadora a pobre valoración que cabe facer dos avances materiais e non só formais na loita polos dereitos das mulleres e da súa autodeterminación en determinados ámbitos de decisión (...)”.

O cal lle serve de preludeo para asegurar que “(...) neste caso se alzaban poderosas razóns pola natureza da media adoptada e pola necesidade de proxectar unha perspectiva de xénero na resolución deste tipo de conflitos que tería debido determinar que este tribunal fixase un parámetro de control constitucional sobre o cumprimento da garantía de audiencia cun estándar máis acorde aos retos que as democracias máis avanzadas teñen na remoción dos obstáculos sociais e institucionais —propiciados por ancestrais inercias— para a consecución da igualdade real de xénero (...)”.

Pola súa banda, a xuíz Montalbán Huertas comeza o seu voto cun apartado primeiro rotulado *Da necesaria incorporación da perspectiva de xénero no exercicio da potestade xurisdiccional*.

A xuíz cre que o marco teórico doutrinal da resolución da maioría “(...) debeu ser completado coa necesaria perspectiva de xénero. Elemento estrutural do ordenamento xurídico de carácter transversal e prevalente na interpretación das normas xurídicas, tanto substantivas como procesuais, que ha de presidir a resolución de todas as cuestións referidas a situacións en que se vexan comprometidos, de maneira prioritaria, os dereitos das mulleres, como son as relacionadas coa maternidade, a xestación e o parto. Neste caso “(...) a muller embarazada e os seus dereitos como persoa titular de dereitos están ausentes do relato histórico e xudicial (...)”.

Para Montalbán, “(...) a perspectiva de xénero ten a súa ancoraxe constitucional no artigo 9.2 CE, norma que contén a noción de igualdade material e de obriga promocional dos poderes públicos, así como no artigo 14 CE que recolle a idea de igualdade formal e a interdicción expresa de discriminación (...). Considero que o recurso de amparo debeu estimarse porque a decisión do xulgado de garda —e da Audiencia Provincial ao ratificar aquela— están ausentes de perspectiva de xénero e contaminadas con prexuízos de xénero. Vulneraron os dereitos fundamentais da muller embarazada (...)”.

Despois de realizar un repaso selecto (selectivo) por algunhas normas e decisións internacionais, acaba concluíndo que: “(...) os poderes públicos, tamén os órganos do poder xudicial español, deben incorporar no seu proceso de toma de decisións a perspectiva de xénero para garantir que as mulleres serán tratadas como suxeitos autónomos titulares de dereitos e liberdades (...)”.

Chegamos así ata a STC 106/2022, unha das últimas da que se ten constancia, onde se resolve un recurso de inconstitucionalidade interposto polo grupo parlamentario VOX do Congreso dos Deputados, contra algunhas disposicións da Lei 8/2021, do 2 de xuño, pola que se reforma a lexislación civil e procesual para o apoio ás persoas con discapacidade no exercicio da súa capacidade xurídica. O recurso é desestimado pero tres maxistrados, Balaguer Callejón, Xiol Ríos e Montalbán Huertas formulan conxuntamente voto particular concorrente.

O alcance do dito voto queda establecido no seu inicio: discrepar da argumentación empregada pola maioría porque “ignora a perspectiva de xénero”. Desenvolven con detalle tal aseveración partindo da base de que se debe asumir “a condición de suxeito xurídico das mulleres”, o cal supón “asumir que as disposicións normativas teñen ou poden ter efectos diversos sobre as persoas, en virtude do sexo destas últimas”.

Continúan os tres xuíces: “(...) Neste contexto, a perspectiva de xénero no exame da constitucionalidade (...) exixiría analizar por que e como as medidas cuestionadas afectan en particular (aínda que non en exclusiva) ás relacións de poder entre un pai e unha nai que, atopándose nunha situación de violencia, teñen fillos ou fillas en común (...)”. Despois de facer un repaso polas principais normas que castigan a violencia de xénero en España, e tamén algunha sentenza que lles resulta de importancia, apróvéitase para coar por detrás un concepto que provén dos debates feministas (ideolóxicos) e mediáticos tan das redes sociais: a violencia vicaria.

Fano da seguinte maneira: “A deliberada omisión na sentenza de toda referencia á violencia de xénero en xeral e á violencia vicaria en particular constitúe unha auténtica invisibilización destas realidades desgraciadamente presentes de maneira notoria na nosa sociedade, invisibilización que resulta particularmente incomprensible no que se refire á violencia vicaria (...). A invisibilización da violencia de xénero, que constitúe a manifestación máis grave da desigualdade entre mulleres e homes supón tamén ignorar por completo que o principio de igualdade entre mulleres e homes, como regra hermenéutica xeral, ha de integrarse e observarse na interpretación e aplicación das normas xurídicas (art. 4 da Lei orgánica 3/2007 para a igualdade efectiva de mulleres e homes)”.

Este voto particular é especialmente interesante porque se vai un pouco máis alá do que se adoita, mesmo en materias así. Agora xa non hai que implementar a perspectiva de xénero, senón que debemos empezar a afacernos a que o noso Tribunal Constitucional sexa “feminista”. Nese voto concorrente din os maxistrados: “(...) O principio feminista de que “o que non se nomea non existe”, é unha exixencia universal que o feminismo particulariza para as mulleres e integra na súa reivindicación da igualdade como un elemento de importancia. E, nesta sentenza, non se interioriza (...). Non se nomea a violencia contra a muller. E non se considera que as medidas

REGAP



ESTUDIOS

controvertidas teñen por finalidade non só a protección dos fillos e fillas que viven sometidos a situacións de violencia directa ou indirecta, senón a protección das súas nais que poden sufrir, a través do trato que os pais dispensan aos menores, situacións de violencia vicaria (...).”

Enténdese mellor así que as discrepantes concorrentes digan que “o disenso na argumentación ten que ver coa ausencia do enfoque feminista na sentenza do Pleno”. Esa é a clave de todo: aplicar ás claras, sen disimular, un criterio puramente ideolóxico e político, nesgado e nada pacífico, para resolver os asuntos que cheguen ao Tribunal Constitucional (MARTÍNEZ-SICLUNA, 2021; CARABANTE, 2021).

Sen irmos moi lonxe, xa na STC 12/2018 (FX 6), e na STC 13/2009 (FX 13), o xuíz Constitucional incardinou o feminismo na liberdade ideolóxica, o cal significa para o observador medio que estamos ante un principio máis, sometido como calquera outro ao mercado das ideas, en pugna e liza con outras tantas que defendan algo parecido, algo diametralmente oposto, algo a medio camiño ou nada en absoluto: é o que ten a auténtica liberdade, que cabe a defensa, desde o pluralismo e a tolerancia, de calquera idea *por máis que perturben, molesten, choquen, inquieten ou ofendan*. Nas SSTC 152/2009 e 180/2009 o termo feminismo aparece nos antecedentes do caso, pero por outro motivo. Varios xulgados do penal interpuxeron no seu día cuestión de inconstitucionalidade contra a Lei de violencia de xénero de 2004, alegaron que a filosofía que inspiraba esta lei era un feminismo “esencialista ou da diferenza” oposto á ética universal. Á luz de como evolucionaron os acontecementos, desde entón, non lles faltaba razón.

A última ata a data é a STC 44/2023, do 9 de maio, onde estipula o TC que o réxime de aborto introducido por unha lei de 2010 é constitucional. Nin que dicir ten que a maioría do TC era “progresista” cando se ditou a sentenza aludida. No FX 10 dela establécese que a perspectiva de xénero non é un concepto ideolóxico nin cuxo fin sexa o adoutramento, senón un criterio hermenéutico máis que incorporan tanto as normas internacionais (“que, en ningún caso, poden ser tomadas como canon de constitucionalidade”, segundo o voto particular dos maxistrados Enríquez, Arnaldo e Tolosa) como as nacionais, así como a xurisprudencia do Tribunal Supremo español. Por suposto, o criterio da “living Constitution” volve facerse presente no argumentario do TC, falando mesmo dun “dereito” ao aborto, o que constitúe un manifesto exceso de xurisdición no sentido que explica de forma meridiana no voto particular antecitado. Tamén constitúe unha actitude excesiva o feito de que a maioría do TC decida xulgar un “modelo legal” ao completo, en lugar de preceptos concretos. Non é un exemplo esta sentenza de *self-restraint*, sen dúbida.

Ademais, a maxistrada Espejel tamén emite voto particular onde, entre os distintos aspectos de relevancia que trata, lembra que na STC 11/2023, do 23 de febreiro, xa se dixo que os ditames dos comités das Nacións Unidas, e especificamente do CEDAW, conteñen recomendacións para os Estados parte pero non funcións xurisdicionais (en sentido similar, STC 46/2022, do 24 de marzo, FX 6).

5 Consideracións críticas

Realizado o repaso anterior, toca expoñer as consideracións críticas que tales formulacións merecen.

En primeiro termo, destaca que nin sequera os que branden a perspectiva de xénero conseguen explicar que é a perspectiva de xénero ou en que consiste. Ás veces, só se enuncia a expresión, como se coa súa mera escritura se operasen efectos taumáticos. Noutras ocasións dise que ten que ver cun enfoque de xénero que tampouco se define. Nas de máis alá apélase a algún precepto normativo que, cando se le, non di nada da dita perspectiva, senón que define cuestións relacionadas pero en absoluto idénticas, como sucede co artigo 4 da Lei de igualdade (que recoñece a igualdade de trato e de oportunidades entre homes e mulleres, non a perspectiva de xénero).

En segundo termo, empregar ese tipo de nocións adoita dar pé a introducir outros que tampouco se caracterizan pola súa claridade ou concisión. É o que sucede “coa violencia vicaria”, que quere significar a violencia que supostamente exerce o pai contra os fillos comúns para facer dano á nai. Sucede que, en puridade, tamén debería englobar a que exercen as mulleres contra os fillos comúns para danar o pai. Esta última acepción fúrtase nos debates feministas ao uso, pois os que pontifican neles xamais aceptan a realidade cando non lles resulta favorable (ÁLVAREZ, 2023). Ítem máis: por moi brutal que resulte a realidade, non pode furtarse ao debate. Os datos din que nese contexto a nai mata igual ou máis que o pai, aspecto recoñecido polo propio Goberno de España en 2022. Como isto non resulta útil á súa noción de violencia machista, déixase a un lado. Por certo, do mesmo xeito que sucede cando o asasino é home pero pertence a algún *colectivo racializado* ou *minoría desfavorable*, signifique isto o que signifique (HUGHES, 2022).

En terceiro lugar, vai de seu que os maxistrados constitucionais deben exercer o cargo con independencia e imparcialidade. Aínda que foi cuestión amplamente debatida pola doutrina, o sentir xeral da comunidade de constitucionalistas é que non cabe exixir pureza prístina aos que, polo demais, teñen xa unha ampla traxectoria previa á chegada ao cargo. Xuristas como Torres Muro, Sosa Wagner ou Fuertes argumentaron nese sentido de forma convincente resaltando que noutros sistemas se dá por suposto que os seus maxistrados constitucionais teñen ideoloxía e os debates se centran na calidade das súas sentenzas, non tanto na súa escoramento cara aquí ou cara a alá (TORRES MURO, 2013 e 2016; SOSA e FUERTES, 2021; e MATIA, 2014). Con todo, lembremos que a normativa impón nomear para o cargo persoas de recoñecida competencia, non de recoñecida ideoloxía, do mesmo xeito que impón o seu desempeño coa dignidade inherente a este (art. 22 LOTC).

En cuarto lugar, desde o dereito penal Ramírez Ortiz explícanos como, para os efectos, non pode falarse dunha única perspectiva de xénero senón de varias, porque as análises se fan desde concepcións políticas e culturais concretas. Insiste en dotar de contido algo que ela mesma caracteriza pola súa pluralidade intrínseca. Salvado iso, aplicar a perspectiva de marras no ámbito penal exige, por unha banda, manexar un adecuado entendemento da desigualdade e a violencia contra as mulleres,



comprendendo causas e efectos das relacións de poder e, por iso, de dominación, dos homes sobre as mulleres. Por outra, identificar tales extremos no caso concreto e como impactan “as estruturas de dominación” na interpretación dos feitos en litixio e ver se concorren regras discriminatorias. Ademais, tal perspectiva de xénero exige utilizar unha linguaxe non sexista, evitar os prexuízos e estereotipos de xénero e incorporar os estándares internacionais atendendo ao contexto do caso concreto.

Aínda con todo e con iso, o autor argúe que a perspectiva de xénero está en declive. Entende que abordar o dereito desde o postulado feminista é unha exigencia convencional, legal e social, ademais dunha oportunidade para reflexionar sobre como se crean e aplican as normas. Aposta por un dereito máis igualitario, tamén xudicial. Faino con estas palabras: “o feito de que os propios xuíces tomen conciencia da existencia de nesgos, de estereotipos, de esquemas e guións cando avalían a realidade constitúe xa un gran paso adiante nun contexto cultural e institucional tradicionalmente pouco propicio á reflexión superadora dos límites do formalismo positivista, pretendidamente apolítico, obxectivo e neutral, pero de facto decididamente parcial e partidista”.

Ramírez Ortiz cre que estamos, ben ante un potente motor de cambio, ben ante unha fórmula baleira e polivalente que serve a outros fins, tales como estender os confíns do ámbito punitivo, en lugar de limitalo; enmascarar as verdadeiras raíces do problema; ou dar pábulo a certos movementos sociais cuxo único rédito é promover a idea de que pode acusarse indiscriminadamente e sen necesidade de probas, penalizar o home, instrumentalizar casos concretos e impoñer penas espectaculares a modo de aviso a navegantes. Por iso é polo que o autor conclúe que a perspectiva de xénero debe garantir a perspectiva democrática, non desprazala (e menos esnaquizala, poderíamos engadir). O proceso penal non é lugar para recompoñer desigualdades estruturais, “senón só para reaccionar civilizadamente fronte a concretas situacións de violencia” (RAMÍREZ, 2019; MARTÍNEZ, 2018, e LLORENTE, 2021).

Con razón autores como Díez Ripollés escribiron unha acesa defensa do Estado de Dereito e se posicionasen, loxicamente, en contra do que o mesmo autor deu en chamar “dereito penal sexual identitario”, onde se protexen intereses propios de colectivos sociais que desprazan o dereito penal máis imparcial; onde se utiliza a punición para a transformación social; onde se introducen diversos nesgos valorativos atentatorios da máis elemental medida no xuízo; onde se elevan as penas ata cotas intolerables desde a óptica do principio de proporcionalidade (DÍEZ-RIPOLLÉS, 2019; PEREIRA GARMENDIA, 2021). Outro tanto argumentaron desde a Filosofía do Dereito (APARISI, CASTILLA e MIRANDA, 2017).

A pesar destas críticas tan atinadas, subsiste no dereito constitucional español unha minoría que exige a aplicación inmisericorde da perspectiva de xénero. Dise minoría porque basta con consultar os traballos académicos ao uso respecto do exercicio das funcións propias tanto do Tribunal Constitucional como das maxistraturas constitucionais para colixir que a perspectiva de xénero non se observa como unha demanda necesaria nin como unha exigencia aparellable ao exercicio de potestade

xurisdiccional ningunha. Pero esa minoría si defende estes principios e por tal razón deben ser traídos aquí.

Un autor como Salazar Benítez reprocha a pouca perspectiva de xénero do TC. Para contrarrestar tan nefasta tendencia, propón algunhas solucións. Por exemplo, á hora de nomear maxistrados, estes non só deben demostrar recoñecida competencia no seu, senón tamén “en materia de igualdade de xénero”, cuestión que debería ser avaliada nas comparecencias parlamentarias pertinentes. Ademais, hai que deixar moi claro que “non é necesario partir da intencionalidade de oprimir por parte dos homes, senón da realidade estrutural da subordinación da metade feminina”. E, en asuntos como os amparos, débese entender en todo caso que a especial transcendencia constitucional se xustifica cando o litixio trate “da subordinación das mulleres”.

En fin, “a perspectiva de xénero, ou, mellor, feminista, supón interpretar e aplicar o dereito, e polo tanto interpretar e aplicar tamén a Constitución, tendo presente a urxencia de superar os nesgos de xénero do sistema constitucional e o obxectivo de alcanzar «unha sociedade democrática avanzada», a cal só pode ser aquela en que mulleres e homes gocemos dun status equivalente”. Esta metodoloxía, insístese, é “ao mesmo tempo unha aposta epistemolóxica e ética” (SALAZAR, 2021; e GÓMEZ, 2019). Entendemos implicitamente que defender unha postura oposta é antiético e anticientífico. Rogamos que se nos perdoe por iso, se é que tal cousa pode escusarse.

Un último apuntamento: estas teses da perspectiva de xénero, en realidade, beben de doutrinas moi coñecidas e convenientemente abeiradas pola realidade. Ás veces denomínase “uso alternativo do dereito”, outras “teoría crítica do dereito”, en ocasións “fuxida do dereito”, e sempre estamos ante a teoría evolutiva da Constitución que entende esta como “árbore viva” e nunca como cerrazón orixinalista do marco de convivencia.

Respecto diso só podemos traer as palabras do profesor Ollero, quen cre que estamos ante unha sorte de versión da teoloxía da liberación para xuristas, baseada na función creativa (non xa creadora) do xuíz. Así as cousas, “o xurista alternativo –ebrio de revolución pendente– acábaos vendo todo dobre; non hai solución única nin múltiples, senón dual: burguesa-conservadora ou emancipatoria-progresista (...). A Xustiza, en todo caso, politízase, non porque pase a cobrar dimensión política (toda creación xurídica, dun ou doutro modo, a implica) senón porque se converte en confesadamente parcial, para (...) non acabar séndoo inconfesadamente (...)”.

Para Andrés Ollero, aínda que referido ao estudo do realismo xurídico, as súas observacións valen para o tema que aquí nos ocupa, este tipo de propostas pretenden darlle fuste á súa reivindicación ao substituír ao torpe repetidor de tópicos por un “rigoroso e fiable enxeñeiro social”. De aí que a teoría crítica como ciencia social atope no xuíz crítico o seu fiel aliado, capaz de elixir (cominado a iso?), de entre as máis diversas posibilidades xurídicas, a máis favorable á emancipación. No noso ámbito, á perspectiva de xénero interpretada conforme a visión e intereses de quen enarbora tal bandeira, que polo demais empeza a estar ben deteriorada.

Estas teses son recursos á forza, aínda que se presenten como todo o contrario. Exixen unha obediencia férrea aos seus postulados mentres negan a posibilidade de

Regap



ESTUDIOS

que outros fagan o propio. Aluden ao “mínimo ético” (a perspectiva de xénero) e tratan de vinculalo a unha realidade social (o patriarcado, o machismo, a violencia contra as mulleres) co obxectivo, confeso ou inconfesable, de deseñar a sociedade futura, meta á que xa se adscribe unha orgullosa minoría autoconvencida diso. Invócanse as exixencias éticas socialmente vixentes (a igualdade de xénero) e non se tolera a máis mínima disidencia, sinal do precario e non da fortaleza dos seus argumentos. Tal como Ollero nos ensina: “revive así o despotismo ilustrado, que permitirá á lúcida minoría que se mostra capaz de captar esa realidade social de obrigado cumprimento impoñer paternalistamente os seus ditados aos demais, sen tomar sequera o traballo de convencelos do obrigado do empeño” (OLLERO, 2022).

6 Reflexión final

Como reflexión final imos sintetizar as principais conclusións ás que conduce o traballo realizado en páxinas anteriores.

Por unha banda, a perspectiva de xénero é un termo máis ideolóxico ou político que xurídico, de aí que sexa tan difícil de acoutar desde a perspectiva do dereito constitucional que signifique ou como deba facerse operativo. Conceptualmente inasible, con certeza, tal cousa non obstou a que leven a cabo diversas manobras xurídicas que foron filtrando a noción en diferentes plans, libros, normas e sentenzas, ata o punto de que algunhas voces doutriniais reclaman que se legisle con perspectiva de xénero ou que se adopten decisións xudiciais con semellante perspectiva. Moito tememos que é imposible o éxito da empresa: se nin tan sequera sabemos a que estamos a aludir, como imos tomar decisións ou a ditar normas, ou a ditar sentenzas ou a aprobar presupostos baseándose en tal criterio?

Doutra banda, independentemente do que se acaba de dicir, o lexislador español non se amedrentou e inclúe tal concepción nalgúns disposicións normativas. Outro tanto sucede con algunhas sentenzas do Tribunal Constitucional, aínda que en honra á verdade debe dicirse que a aparición da perspectiva de xénero de realizou maiormente en votos particulares de maxistrados pertencentes á minoría creada ao redor do asunto concreto.

En fin, expuxemos algúns argumentos doutriniais que proveñen tanto da doutrina penalista como da constitucionalista, os primeiros escandalizados por aplicar algo que os segundos exixen da xurisprudencia constitucional, da lexislación e, por suposto, da propia Constitución. O artigo 9.2 CE devén cheque en branco a encher conforme dite a perspectiva de xénero. Ou, mellor dito, conforme digan uns poucos que dite a perspectiva de xénero. Un auténtico secuestro elitista, dogmático e sectario das vidas correntes das persoas.

Dito con outras palabras, a perspectiva de xénero está a utilizarse como un concepto metaconstitucional, máis alá do dereito constitucional pero coa vocación de penetrar neste, traendo unha visión que subverte –como pouco, sacode– os valores esenciais do ordenamento xurídico. O proceso non fixo máis que empezar.

7 Bibliografía

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.; *Nueva crítica del constitucionalismo feminista. La ideología de género como caballo de Troya*, Colex, Madrid, 2023.
- APARISI MIRALLES, A.; CASTILLA CORTÁZAR, B.; MIRANDA NOVOA, M.; *Los discursos sobre el género. Algunas influencias en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, 2017.
- AYLLÓN, J.R.; *El mundo de las ideologías*, Homo Legens, Madrid, 2019.
- BENNETT, W.J.; *El libro del hombre. Un camino a la masculinidad*, Homo Legens, Madrid, 2022.
- BOUCHOX, J-C.; *La violencia invisible*, Arpa, Barcelona, 2022.
- CARABANTE MUNTADA, J.M.^a; “Entre la ciencia del derecho y la búsqueda de la justicia. Pensamiento jurídico en la primera mitad del siglo XX”, *Aforismos: instituciones, ideas, movimientos*, n. 3, 2021.
- CONTRERAS, F.J.; *Contra el totalitarismo blando*, Libros Libres, Madrid, 2022.
- Díez-Picazo, L.M.^a; *Ordenamiento constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 21-10, 2019.
- DOMINGO, C.: *#Cancelado. El nuevo Macartismo*, Círculo de Tiza, Madrid, 2023.
- ELSTER, J.; *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Madrid, 2009.
- FOLGUERA, L.; *Hombres maltratados. Masculinidad y control social*, Bellaterra, Barcelona, 2014.
- GODOY, O.; “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE, y Tribunal Supremo”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 34, 2018.
- GALINDO, A.; e UJALDÓN, E.: *Sexo, cuerpo, boxeo. Un alegato contra la izquierda reaccionaria*, Verbum, Madrid, 2022.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.; “Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2019.
- HEYING, H; e WEINSTEIN, B; *Guía del cazador recolector para el siglo XXI. Cómo adaptarnos a la vida moderna*, Planeta, Barcelona, 2022.
- HUGHES; *Dicho esto*, Ediciones Monóculo, Madrid, 2022.
- JIMÉNEZ, D.; *Deshumanizando al varón. Pasado, presente y futuro del sexo masculino*, Breslavia, Amazon, 2019.
- LAVIANA (Juan Carlos): “Periodismo y perspectiva de género”, *The Objective*, 24 de enero de 2023 (en línea: <https://theobjective.com/cultura/2023-01-24/periodismo-genero/>).
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.; *Justicia con perspectiva de género: el nuevo paradigma contra la violencia de género*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E.; *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Regap



ESTUDIOS

- MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, C.; “Argumentación jurídica”. En MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, C (dir); *Habilidades para juristas del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2021.
- MATIA PORTILLA, F.J.; “Sobre la adscripción partidaria de los magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 34, 2014.
- MINISTERIO DE IGUALDADE; *Estrategia Estatal para combatir las violencias machistas 2022-2025*, 2023.
- MOUNK, Y.; *El gran experimento. Por qué fallan las democracias diversas y cómo hacer que funcionen*, Paidós, Barcelona, 2022.
- ONDARRA (Marcos): “Igualdad propone castigar a los medios que no informen con perspectiva de género”, *The Objective*, 19 de enero de 2023 (en liña: <https://theobjective.com/espana/2023-01-19/igualdad-medios-perspectiva-de-genero/>).
- OLLERO, A; *La justicia en el escaparate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- OLLERO, A; *Votos particulares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- PEREIRA GARMENDIA, M; *Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales. Un enfoque desde la evolución de la legislación británica y un aviso a navegantes (o legisladores ociosos)*, Reus, Madrid, 2022.
- PRESNO LINERA, M.Á.; “Derechos fundamentales y parto en casa”, *El derecho y el revés*, 14 de mayo de 2019. En liña: <https://presnolinera.wordpress.com/2019/05/14/derechos-fundamentales-y-parto-en-casa/>. Último acceso: 25/11/2022.
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L.; *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- RUBIO, A.V.; *Feminismo sin complejos*, Sekotia, Córdoba, 2021.
- SALAZAR BENÍTEZ, O.; “La (in)trascendencia constitucional de la perspectiva de género. Reflexiones a partir de las dos decisiones del Comité CEDAW condenatorias de España”, *Revista de Derecho Político*, n. 111, 2021.
- SOLEY (Jorge): *Manual del buen ciudadano para comprender y resistir la cultura de la cancelación*, CEU Ediciones, Madrid, 2022.
- SOSA WAGNER, F.; e FUERTES, M.; *Panfleto contra la trapacería política. Nuevo Retablo de las Maravillas*, Triacastela, Madrid, 2021.
- STAMOS, D.N.; *Evolución. Los grandes temas: sexo, raza, feminismo, religión y otras cuestiones*, Biblioteca Buridán, Barcelona, 2009.
- TORRES MURO, I.; “Magistrados militantes”, *El Confidencial*, 25/07/2013: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2013-07-25/magistrados-militantes_12352/. Último acceso: 25/11/2022.
- TORRES MURO, I.; “Tribunal Constitucional: composición y funciones”. En FREIXÉS SANJUÁN, T.; e GAVARA DE CARA, J.L. (dirs.); *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera*, CEPC-BOE, Madrid, 2016.
- TRILLO-FIGUEROA, J.; *La ideología de género*, Libros Libres, Madrid, 2009.
- VALDEÓN, J.; *La razón en marcha. Conversaciones con Félix Ovejero*, Alianza, Madrid, 2023.

VINCENT, N.; *Un hombre hecho a sí mismo. Viaje de ida y vuelta de una mujer al mundo de los hombres*, EDAF, Madrid, 2007.

Regap



ESTUDOS



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_xaneiro-xuño 2024 | pp. 107-122
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5203>
© Ricardo Rivero Ortega
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 09/04//2024 | Aceptado: 03/12/2024

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Temos balas de prata contra a corrupción na contratación pública?

¿Tenemos balas de plata
contra la corrupción en la
contratación pública?

Are there silver bullets in
the war against corruption
in public procurement?

67 Regap

Regap



ESTUDIOS

RICARDO RIVERO ORTEGA
Catedrático de Dereito Administrativo
Universidade de Salamanca
ricriv@usal.es

Resumo: A persistencia da corrupción na contratación pública demostra o fracaso das medidas adoptadas ata agora. A súa insuficiencia explica as exixencias antifraude adicionais na execución dos fondos do plan de recuperación, así como unha nova proposta de directiva sobre corrupción. Este artigo cuestiona que tales reformas legais sexan efectivas sen as ferramentas de intelixencia artificial, aínda que tampouco nos achegarán “balas de prata” se non cambiamos a estratexia regulatoria.

Palabras clave: contratos públicos, corrupción, Dereito administrativo, intelixencia artificial

Resumen: La persistencia de la corrupción en la contratación pública demuestra el fracaso de las medidas adoptadas hasta ahora. Su insuficiencia explica las exigencias antifraude adicionales en la ejecución de los fondos del plan de recuperación, así como una nueva propuesta de Directiva sobre corrupción. Este artículo cuestiona que tales reformas legales sean efectivas sin las herramientas de inteligencia artificial, aunque tampoco nos aportarán “balas de plata” si no cambiamos la estrategia regulatoria.

Palabras clave: contratos públicos, corrupción, Derecho administrativo e intelixencia artificial

Abstract: The persistence of public procurement corruption shows the failure of measures applied till now. Their insufficiency explains the complementary requirements against fraud in the execution of the recovery plan funds, and a new proposal of Directive on corruption. This paper questions that these legal reforms will be effective without the tools of artificial intelligence, although AI not give us “silver bullets” if we don’t change our regulatory strategy.

Key words: public procurement, corruption, AI and administrative law

SUMARIO: I. Historias de corrupción na contratación pública. II. Por que non logramos evitala? III. Exemplos de sentenzas e casos. IV. Salvaranos Europa? Das directivas de contratos á proposta de directiva anticorrupción. V. Será a intelixencia artificial a panacea? VI. A necesaria avaliación da calidade *ex post* das compras públicas. Bibliografía.

1 Historias de corrupción na contratación pública

Hai tres décadas, un exdirector xeral da Garda Civil xa falecido adxudicaba contratos de obras públicas a cambio de comisións. Ao descubrirse esta trama de corrupción nas licitacións, sería detido e pasaría anos no cárcere, pero hoxe un dos cuarteis construídos naquela época ameaza ruína e sofre graves danos a resultas das súas pésimas condicións. Ademais de ser un esperpento estético e afezar a panorámica dunha cidade patrimonio da humanidade, os profesionais que alí residen coas súas familias teñen que manter precaucións e non usar determinados espazos, onde se abren gretas e se intúen serios problemas de cimentación.

Non é necesario recorrer á ficción para coñecer os graves danos da fraude en España, pero a cultura denota a percepción social do fenómeno. Un escritor vinculado á Coruña, Fernando Benzo, acaba de recibir o premio Azorín polo seu libro *Los perseguidos*, que relata unha trama criminal vinculada ao Ministerio do Interior. Alicia Giménez Bartlett tamén publicou *La presidenta*, novela sobre a corrupción na Comunidade Valenciana, antes feita literatura por Rafael Chirbes en *Crematorio* ou *En la orilla*. Poderíamos citar outras moitas obras literarias inspiradas nos casos coñecidos pola opinión pública, que ve sucederse un tras outro escándalos e detencións.

Algunhas das corruptelas máis soadas da nosa historia recente déronse no nivel local. O Concello de Marbella converteuse durante o Goberno de Jesús Gil no exemplo extremo das malas prácticas, herdadas despois por sucesivos alcaldes e alcaldesas. Aínda que tivo unha gran resonancia en Galicia, a operación *Pokemon* parece pouca cousa en comparación coas cifras e alcances da Costa do Sol, onde ata o día de hoxe a Alcaldía marbellí parece condenada ou maldita á vista das noticias sobre os seus sucesivos titulares.

Estas son historias recentes, pero o fenómeno non é novo, nin moito menos. A idea de corrupción xa estaba moi asentada hai dous séculos, con numerosos casos afectando ás institucións e prexudicando o erario en tantos países: Inglaterra, Francia e as novas repúblicas de América sufriron as súas consecuencias. Por suposto, hai exemplos destacables tamén en España¹.

¹ Wences, I.; De la Nuez, P. e Seoane, J. (Coords.), *La idea de corrupción en los siglos XVIII y XIX*, Marcial Pons, 2022.

Debido a que se coñeceron escándalos en España hai cen e douscentos anos, as primeiras normas sobre contratación pública aprobadas en España incluíron entre os seus propósitos evitar a corrupción e outras malas prácticas. Así, o Decreto Bravo Murillo, do 27 de febreiro de 1852, advertía da necesidade de prever circunstancias lesivas dos intereses públicos, xeneralizadas nas adxudicacións daquel tempo. Por iso ditábase:

“... co fin de establecer certas trabas saudables, evitando os abusos doados de cometer nunha materia de perigosos estímulos, e de garantir a Administración contra os tiros da maledicencia”. Esta norma introduciu as poxas e os pregos pechados para prever as fraudes, as colusións e as baixas temerarias. A corrupción na contratación pública ten unha versión pública (o suborno ás autoridades) e outra privada (as prácticas colusorias dos licitadores en prexuízo do interese xeral)².

Malia os intentos de Bravo Murillo e doutros reformistas, non creo que as normas ditadas servisen en realidade para prever estas patoloxías. A Restauración non sería unha época precisamente propicia para evitar a corrupción. O caciquismo imperaba entón ás súas anchas, protagonizado por “amigos políticos” que intercambiaban favores electorais e premiaban os seus “clientes” con empregos na Administración, beneficios e contratos. O sistema de botín (spoil system) levouse ata as súas últimas consecuencias, tal e como describiron os historiadores do período³.

Superado este réxime, as tentacións e corruptelas non cesaron. Hai que recordar que as sucesivas propostas de reforma local entre finais do século XIX e principios do século XX formulaban a necesidade de corrixir o caciquismo. Antonio Maura propoñía impulsar a “revolución desde arriba”, cambiando os malos hábitos do Goberno municipal e provincial, unha mensaxe que sería asumida polo seu ilustre copartidario, José Calvo Sotelo, durante a Ditadura de Primo de Rivera⁴.

Este ano celebramos o centenario do Estatuto de 1924, norma memorable por moitas razóns (a profesionalización dos secretarios municipais, o réxime de carta, as mancomunidades, os servizos públicos, o dereito de voto das mulleres cabeza de familia...). Ademais de todas estas innovacións, vén ao caso a prohibición no Estatuto Calvo Sotelo de presentarse concelleiro aos “que estean interesados en contratar ou subministracións dentro do municipio, por conta deste, da provincia, da rexión ou do Estado. Se o interese consistise en ser membro ou accionista de sociedade directamente ligada coa contrata ou a subministración, a incapacidade entenderase circunscrita aos que teñan cargo de xerencia ou administración e aos partícipes de, polo menos, nun 20 por 100 do capital social”.

² Parada Vázquez, J. R., *Los orígenes del contrato administrativo en España*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1964.

³ Valera Ortega, J., *Los amigos políticos: partidos, elecciones y caciquismo en la restauración (1875-1900)*, Marcial Pons, 2001.

⁴ González Hernández, M. J., *El universo conservador de Antonio Maura*, Biblioteca Nueva, 1996.

Esta prevención transloce o risco latente de confusión entre contratistas e postos políticos nos concellos. Tal afán de evitar o seu solapamento pon de manifesto unha tendencia a ocupar cargos públicos para interferir sobre a contratación.

Os perigos eran coñecidos, así como algúns remedios posibles, pero nin as boas intencións reformistas do maurismo, nin a II República, nin o franquismo nin a chegada da Democracia minorarían os riscos de fraude. Durante os anos oitenta e noventa do século pasado difundíronse moitos casos de corrupción na contratación pública, apenas limitados polas novas leis administrativas que se ditarían co propósito de facer máis transparentes os procedementos e incrementar a obxectividade das adxudicacións públicas (Lei 30/92, de procedemento administrativo, e Lei 13/95, de contratos das administracións públicas)⁵.

Ningunha destas normas, nin as anteriores, nos deron “balas de prata” contra a corrupción.

2 Por que non logramos evitala?

Se repasásemos as sucesivas xeracións de leis e medidas anticorrupción, desde o século pasado (e antes), sorprenderíanos a falta de eficacia de tantos esforzos normativos e institucionais. A crítica á falta de orientación en tal sentido do Tribunal de Contas, por exemplo, apenas propiciou reactivacións ou reconsideracións das súas funcións fiscalizadoras⁶. As leis de transparencia tampouco parecen ter sido remedios axeitados, a pesar de todas as expectativas que xeraron para combater a corrupción⁷.

Os nosos lexisladores non foron especialmente proactivos á hora de introducir estas novidades dirixidas á prevención, se comparamos as súas datas coas doutros países, e tampouco destacan as leis españolas pola súa contundencia ante o fenómeno. Entón, se hai ordenamentos comparados máis radicais contra as malas prácticas, debemos analizar cales sexan os puntos xurídicos débiles que propician a comisión deste tipo de condutas.

Unha primeira pregunta que cabería facerse para descubrir as razóns da persistencia da corrupción é se as sancións previstas –penais, administrativas e doutro tipo– son insuficientes no ordenamento español. Por suposto, existen alternativas máis gravosas no dereito comparado (co exemplo extremo de Nepal, que lles traslada aos herdeiros en varias xeracións a culpa dos seus antepasados corruptos, ou as previsións sobre delitos na contratación dos ordenamentos colombiano ou brasileiro). Pero non parece que as condenas en España sexan precisamente liviás, aínda que tarden moitos anos en confirmarse debido á lentitude do proceso penal e aos

⁵ ■ Nieto García, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.

⁶ Fernández Ajenjo, J. A., *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y la Intervención General del Estado*, Civitas, 2011. Jiménez Rius, P., *El control de los fondos públicos: propuestas de mejora*, Civitas, 2007.

⁷ Villoria Mendieta, M., *Combatir la corrupción*, Gedisa, 2019.

sucesivos recursos. As estatísticas de persoas investigadas e condenas con privación de liberdade non trasladan unha mensaxe de impiedade, precisamente⁸.

Cuestión distinta é que esta reacción dos tribunais penais produza efectos considerables sobre o funcionamento real dos mercados de encargos públicos, incorporando o punto de vista da análise económica do dereito. No ámbito da contratación pública, apenas dispoñemos de retorno real sobre a aplicación da metodoloxía das “listas negras” e todas as medidas impulsadas por requirimento do dereito europeo. Se fosen totalmente efectivas, non se seguirían detectando tantos casos⁹.

Outra das preguntas que cabe facerse é se os órganos de control existentes cumpren a súa función preventiva na detección de casos de corrupción ou os evitan dalgún xeito. A realidade móstranos que son os medios de comunicación e as forzas e corpos de seguridade, a través das súas técnicas de investigación, os principais descubridores dos delitos. Nin o Tribunal de Contas nin os OCEX autonómicos se destacaron por aflorar grandes redes de fraude. Outras instancias creadas ao abeiro das leis de transparencia e bo goberno tampouco parecen servir para cumprir este propósito. E haberá que ver o que dá de si a transposición da Directiva de protección dos denunciante e a creación de oficinas antifraude inspiradas por esa norma europea. De momento, xa se suscitaron controversias respecto da súa eficacia, a partir da proposta de eliminación da Oficina para a Recuperación de Activos valenciana, mentres se propón para o caso de Cataluña a atribución de poderes preventivos máis efectivos e dotación de potestades sancionadoras para castigar os incumprimentos¹⁰.

Unha terceira cuestión poderíase proxectar sobre os incentivos económicos e o seu bloqueio con técnicas de comiso previstas nas leis: Lógrase recuperar o beneficio económico acadado polos corruptos en prexuízo do interese público?¹¹ Máis alá das posibilidades de comiso, habería que cuestionarse se a teoría do “enriquecemento inxusto”, que obriga a aboar as facturas polas obras e servizos realizados mesmo en casos de corrupción, non limita outras medidas disuasorias para o pagamento de subornos por parte das empresas. Quizais a previsión dun réxime sancionador contundente, ou un maior desenvolvemento da responsabilidade penal das persoas xurídicas, poderían alterar tan insatisfactorio estado de cousas.

Por último, cabería preguntarse se existe un perfil definido predisposto, personalidades máis propensas a incorrer neste tipo de prácticas, ou se as estruturas internas dos partidos políticos e outras organizacións (empresas contratistas que teñen como principal cliente a Administración) necesitan suxeitos que fagan crecer os seus ingresos e beneficios defraudando cos contratos. Podería pensarse que existen factores sistémicos da corrupción, como o financiamento das campañas electorais, ou os riscos de sostibilidade de contratos complexos, difíciles de xestionar sen un

⁸ García Sánchez, B., *La corrupción en España: su persecución penal en la última década*, Iustel, 2024.

⁹ Medina Arnáiz, T., “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 104, 2016.

¹⁰ Capdeferro Villagrasa, Ó., “Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora. Límites y propuestas para la prevención de la corrupción, en particular el caso de la oficina antifraude de Cataluña”, *Revista Catalana de Derecho Público*, n. 53, 2016.

¹¹ Rodríguez García, N., *El decomiso de activos ilícitos*, Aranzadi, 2017.

ambiente de confianza e mesmo compadreo. O que parece claro é que existe unha psicoloxía social e individual da corrupción¹².

Quizais non reparamos o suficiente na importancia da selección de persoas con perfís éticos axeitados. Os códigos de conduta aplicados nas administracións públicas trasladan mensaxes de comportamento decoroso, pero non hai evidencias de que as desviacións estean sendo reprendidas, especialmente no nivel dos altos cargos. A cultura da dirección pública mantén elementos predominantes de confianza persoal sobre a profesionalización. E esta si é unha verdadeira materia pendente do noso sistema administrativo: lograr que os que son elixidos para executar orzamentos considerables e políticas públicas transcendentales para o interese xeral non sexan –como no século XIX– os “amigos políticos”, senón persoas capaces e orientadas con criterio técnico, alleas aos intereses curtopracistas dos partidos e as camarillas¹³.

En todo caso, polas razóns que fosen, o certo é que, tras a aprobación de leis e máis leis anticorrupción, da incorporación de máis exixencias de transparencia e a creación de institucións especializadas en previr, nin España nin outros países se libraron desta lacra. O caso Odebrecht, en Iberoamérica, é un exemplo extremo do grao de gravidade que pode alcanzar unha rede de subornos (con ministros e maxistrados implicados en moitos países). O recente caso Koldo en España, en menor escala, pon igualmente de manifesto o doado que pode chegar a ser para un desapreensivo enriquecerse á vista de responsables públicos de primeiro nivel.

Ademais do que atopamos nos medios de comunicación, tamén podemos repasar esta realidade nas sentenzas dos tribunais. O estudo destes casos podería ser parte da formación que deberan recibir os funcionarios responsables e altos directivos en todas as administracións, para coñecer os riscos reais e estar alerta fronte á súa posible existencia na propia organización. Isto é conveniente advertilo porque, cando nos falan da corrupción, como doutros males, parecemos crer que isto só lles acontece a outros, noutras institucións. E seguramente é o mesmo que pensaban os xestores das administracións das sentenzas que vou utilizar como exemplos a continuación¹⁴.

3 Exemplos de casos e sentenzas

Os tribunais penais intensificaron a súa resposta fronte ás ilegalidades na contratación pública. O número de condenas é crecente desde a segunda década deste século. Aínda que a tendencia agora mesmo mostra unha redución das persoas acusadas, entre 2017 e 2023 procesáronse centos de responsables públicos (441 en 2017, 235 en 2018, 254 en 2019, 261 en 2020, 344 en 2021, 200 en 2022 e 178 en 2023). O Consello Xeral do Poder Xudicial e as memorias da Fiscalía ofrecen datos precisos e diferenciados por comunidades autónomas.

¹² Fernández Ríos, L., *Psicología de la corrupción y los corruptos*, 1999.

¹³ Rivero Ortega, R., “La elección de las personas, clave para el buen gobierno local en Iberoamérica”, *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, Junio 2022.

¹⁴ A “habitación” é o proceso que explica que a xente non se alarme ante casos graves que poden estar sucedendo na súa organización, tal e como explican Cass R. Sunstein e Tali Sharot na súa columna “Why People Fail to Notice Horrors Around Them”, *The New York Times*, 25/02/2024.

O nivel de tolerancia e o grao de rigor na aplicación dos tipos penais tamén cambiaron ao longo do tempo. Malas prácticas contractuais que se consideraban meras irregularidades censurables –pero non delituosas– comézanse a integrar en tipos penais recentemente. Un exemplo relevante ofrécenolo a consideración do fraccionamento de contratos como delito de prevaricación, desde a condena a un viceconsejero do Goberno de Asturias por Sentenza do Tribunal Supremo.

Outras resolucións posteriores abundaron nesta interpretación, de modo que hoxe deben xustificarse documentalmente todos os contratos e motivar que non se trata de fraccionamento de obxecto, unha práctica que antes obedecía nun bo número de situacións, non a casos de corrupción, senón ao intento de axilizar a adxudicación e xestión dos contratos para executar orzamento, non perder subvencións e outras urxencias propias da realización de obxectivos públicos. Non estamos ante suposto de enriquecemento persoal, pois, que é a esencia do concepto de corrupción, senón ante infraccións legais que pasan a considerarse na súa versión máis drástica de tipo penal (prevaricación)¹⁵.

Outros casos, en cambio, móstrannos riscos reais de enriquecemento persoal a conta das arcas públicas. Un primeiro exemplo ofrécenolo o xefe de mantemento do Concello de Valladolid, condenado a sete anos e nove meses de cárcere por adxudicar ás súas propias empresas contratos municipais, condena rebaixada a cinco anos polo Supremo. Neste caso, non se trata dun funcionario que acepte subornos ou dádivas a cambio de adxudicar contratos, senón dun empregado público que crea empresas coa súa familia para adxudicarse a si mesmo contratos menores.

A trama empresarial descubriuse a resultas da adaptación aos requirimentos da Lei de transparencia e bo goberno, ao facer un inventario das empresas contratistas. O contrato menor favorecía este tipo de situacións. Recentemente o Concello de Valladolid pagoulles a estas empresas sete facturas por importe de 27.000 euros, suspendidas desde 2014.

Outro caso que nos mostra riscos de corrupción na contratación pública local é o do responsable de parques e xardíns do Concello de Zamora, quen foi condenado a un ano de prisión por estafa procesual en grao de tentativa. Este empregado adxudicaba contratos a unha empresa, pero executábaos cos recursos municipais. Quedaba co diñeiro e dáballe 500 euros por cada contrato ao empresario. Cando a policía buscou no seu ordenador información, atopou todo nunha carpeta que o investigado chamara “*fexchorías*”. Defraudara preto dun millón de euros.

Este non é un caso típico de corrupción, pero pon de manifesto outras prácticas patolóxicas que poden estar a suceder nas administracións públicas. Un exemplo extremo é o que dá lugar á condena de 10 anos e medio de cárcere para a exalcaldesa de Arrecife (Tenerife), elixida pola lista dun partido denominado independente (Partido Localista por Tenerife). A edil organizou con todo o aparato unha trama de adxudicacións de contratos con cobramento de comisións e sobreprezos.

¹⁵ Sostiven un concepto restrinxido de corrupción en Rivero Ortega, R., “instituciones administrativas y prevención de la corrupción”, en *La corrupción. Aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.

Tantos casos e que chamen tanto a atención escandalizan dentro e fóra do noso país, especialmente alí onde se toman decisións de concesión de recursos para proxectos públicos con diñeiro dos contribuíntes doutras nacións menos acostumadas a este tipo de comportamentos.

Por iso, Europa decidiu actuar. Igual que o Tribunal de Xustiza rematou coa irregularidade xeneralizada da aprobación dos modificados nos contratos de obra pública, unha técnica que desactivaba a competencia real nos concursos, agora as institucións comunitarias comprenderon que necesitan aproximar as lexislacións para previr a corrupción, para protexer os intereses financeiros da Unión e a libre competencia no mercado interior europeo.

4 Salvaranos Europa? Das directivas de contratos á proposta de directiva contra a corrupción

As primeiras normas europeas sobre contratación pública datan dos anos setenta, dedicadas aos contratos de obras e subministracións. Cando España ingresa na Comunidade Europea no ano 1986, incorpórase este acervo nunha primeira reforma da Lei de contratos do Estado (Real decreto lexislativo 9317/986, do 2 de maio). Despois aprobaríanse novas directivas (nos anos 88 e 89, que reformarían as de subministracións do 77 e obras do 71), e refundirían no ano 93, ademais de aprobarse as directivas de recursos en materia de contratos públicos, nos anos 89 e 92. A Lei de contratos das administracións públicas de 1995 ofrecería a ocasión de traspoñer as directivas substantivas, deixando as de recursos ás normas procedementais e procesuais, que se consideraba que xa cumprían o seu contido.

Neste século, a Directiva de 2004 propiciou a aprobación da Lei de contratos do sector público en 2007, igual que dez anos máis tarde se aprobaría a Lei 9/2017 para traspoñer as directivas de 2014. Entre unha e outra, e tamén despois, sucedéronse os documentos sobre boas prácticas, incluíndo os relativos a cláusulas ambientais e sociais, que cambiaron a filosofía orixinal desta política europea (cunha acentuada énfase no económico nas primeiras versións).

O interese e a preocupación da Unión Europea pola corrupción na contratación pública actívase no momento da aprobación do último paquete de directivas, hai dez anos. Entón publícase o primeiro informe anticorrupción, que fai referencia a estes riscos. Xa a nosa doutrina expoñía as súas dúbidas sobre a insuficiente orientación neste sentido da normativa de contratación pública¹⁶. As directivas de 2014 incorporaron algunhas previsións para evitar o conflito de intereses e excluiron os licitadores condenados por delitos de corrupción, unha previsión que xa se atopaba na lei española de 1995 e que resultaba ademais difícil de aplicar pola falta de bases de datos sobre condenas compartidas nos Estados membros¹⁷.

¹⁶ Gimeno Feliu, J. M., "La ley de contratos del sector público, ¿una herramienta eficaz para la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública, *REDA*, n. 147, 2010.

¹⁷ Aymerich Cano, C., "Corrupción y contratación pública: Análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45, 2015.

As medidas europeas anticorrupción neste ámbito teñen, pois, dez anos de percorrido, aínda que a OLAF (Oficina de Loita Antifraude) foi creada en 1999, pero é na última década cando se aproban ferramentas máis incisivas, como a Directiva de protección de denunciantes, 2019/1937, xa trasposta nos ordenamentos dos Estados membros. No caso español, mediante a Lei 2/2023, do 20 de febreiro, reguladora da protección das persoas que informen sobre infraccións normativas e de loita contra a corrupción, norma que xa entrou en vigor¹⁸.

Todas estas iniciativas foron insuficientes, pois, do contrario, non se formularía a proposta de Directiva sobre a loita contra a corrupción en 2024. Esta norma modificaría a Directiva 2017/1371, do Parlamento Europeo, que estableceu unhas normas comúns contra a fraude e as ameazas contra os intereses financeiros da Unión (branqueo de capitais, corrupción activa e pasiva, e malversación).

O asesoramento especializado para a elaboración da proposta asóciase ao informe *Strengthening the fight against corruption: assessment of the EU legislative and policy framework*, elaborado por EY e RAND Corporation. Chama a atención o enfoque eminentemente xurídico deste documento. A súa proposta céntrase en cubrir lagoas e harmonizar as medidas dos Estados membros de forma non totalmente vinculante.

Tamén apunta cara á recompilación exhaustiva de datos e a creación de autoridades especializadas e específicas. Varios Estados membros carecen de organismos especializados, e as competencias dos que existen son moi diversas. Este problema foi subliñado polos informes anuais sobre o Estado de Dereito. Así pois, establecer un modelo común parece ser un dos principais propósitos da directiva.

Á vista dos seus contidos, a aproximación do tratamento das infraccións penais é o obxecto máis relevante. As definicións dos tipos (suborno, malversación, apreciación indebida, tráfico de influencias, abuso no exercicio de funcións, enriquecemento ilícito, obstrución á xustiza) e as súas penas correspondentes poderían garantir uns niveis de prevención homologables en toda a Unión Europea, en concreto a fixación dun nivel mínimo da pena máxima. Estamos ante unha das normas máis relevantes do novo dereito penal da Unión Europea.

O repaso do articulado da proposta permítenos coñecer o seu obxecto e ámbito de aplicación (artigo 1), unha serie de definicións normalizadoras (artigo 2) e o seu principio inspirador, a prevención da corrupción (artigo 3). Chama a atención que se predique un enfoque preventivo, tendo en conta que a maioría da regulación é de carácter penal. O dereito penal, por suposto, tamén ten ese efecto preventivo (xeral e especial), pero as intervencións que evitan os riscos son doutra natureza (educación, formación de empregados públicos, por exemplo). E estas medidas menciónanse, pero apenas se desenvolven na proposta de directiva.

A creación de organismos especializados si podería contribuír a mellorar a prevención da corrupción. O artigo 5 da proposta demanda ademais que dispoñan dos recursos humanos, financeiros, técnicos e tecnolóxicos necesarios para o efectivo

¹⁸ Pérez Monguió, J. M. e Fernández Ramos, S. (Coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, La Ley, Madrid, 2023.

desempeño das súas funcións. Esta énfase nos recursos necesarios reitérase no artigo 5, probablemente desde a experiencia de que a súa carencia é unha das razóns principais da limitación de capacidades preventivas.

O artigo 6 apela á formación das autoridades competentes e o seu persoal en materia de loita contra a corrupción. Un repaso aos programas formativos das escolas de Administración pública en España e noutros países mostra a escasa atención monográfica a estas cuestións.

A partir destes preceptos, os seguintes ocúpanse das cuestións penais: suborno e suborno a funcionario; malversación e apropiación indebida; tráfico de influencias; abuso no exercicio de funcións; obstrución á xustiza; enriquecemento por delitos de corrupción; indución, complicidade e tentativa; sancións e medidas aplicables ás persoas físicas; responsabilidade das persoas xurídicas; circunstancias agravantes e atenuantes; inmunidade ou privilexios fronte á investigación e o procesamento de infraccións penais de corrupción.

Outras cuestións procesuais penais son obxecto tamén de regulación: as inmunidades e privilexios fronte a o a investigación; a xurisdición; a prescrición das infraccións penais; a protección dos que denuncien as infraccións penais ou colaboren na investigación; instrumentos de investigación.

Tamén se resalta a necesaria cooperación entre autoridades dos Estados membros, entidades especializadas (Europol, Eurojust, Oficina Europea de Loita contra a Fraude e Fiscalía Europea). Esta colaboración consistirá moitas veces no intercambio de información, outro dos eixes da proposta, tal e como sinalamos ao recordar os informes que se tiveron en conta no seu deseño. Este precepto tamén prevé a creación da “rede da UE contra a corrupción”, para favorecer o apoio recíproco de autoridades e propiciar o intercambio de boas prácticas. A recompilación de datos e estatísticas prevista no artigo 26 será, así, presuposto das medidas a adoptar.

Esta proposta de directiva avanza o futuro do ordenamento europeo anticorrupción, realmente sen grandes novidades. Onde si atopamos novas ferramentas e medidas máis incisivas é nas garantías exixidas e adoptadas para a execución dos fondos chamados Next Generation, que son os derivados do Plan de Recuperación e Resiliencia, aprobado para impulsar a recuperación económica tras a crise xerada pola pandemia da covid-19.

O Regulamento 2021/241, do Parlamento Europeo e do Consello, estableceu a necesidade de que os Estados membros adoptasen medidas para protexer os intereses financeiros da Unión. Tras un debate entre países pola procedencia dos fondos e os riscos da súa execución, a solución de compromiso incluíu o establecemento de garantías para previr irregularidades.

Cada Estado membro ten que adoptar pola súa parte medidas concretas para cumprir con estas exixencias. Aínda que en España se aprobou un Real decreto-lei para a execución dos fondos en decembro de 2020, as normas españolas que contemplan os plans antifraude están na Orde ministerial HFP/1030/2021, do 29 de setembro, pola que se configura o sistema de xestión do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia, e a Orde HFP/1031/2021, do 29 de setembro, pola que se establece o

procedemento e o formato da información a proporcionar polas entidades do sector público estatal, autonómico e local para o seguimento do cumprimento de fitos e obxectivos e de execución orzamentaria e contable das medidas dos compoñentes do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia.

Posteriormente aprobouse a Orde HFP/55/2023, do 24 de xaneiro, relativa á análise sistémica do risco de conflito de intereses nos procedementos que executen o Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia. En paralelo a este desenvolvemento normativo, despregáronse con maior efectividade as aplicacións de recompilación de datos que deberían utilizar os executores dos fondos para dar conta da prevención dos conflitos de intereses e a fraude: Coffe e Minerva¹⁹.

Ademais, cada entidade debe aprobar un plan propio para prever a fraude. Aquí vou poñer como exemplo o elaborado para os seus servizos pola Xunta de Galicia, un documento que describe pormenorizadamente as medidas do “ciclo antifraude”: prevención, detección, corrección e persecución.

Entre as medidas de prevención destacan as seguintes: formar o persoal directivo público; modificar o código ético; establecer protocolos de detección do conflito de intereses; establecer un catálogo de riscos xerais; establecer un catálogo de bandeiras vermellas; habilitar unha caixa de correo de integridade. Exemplos de medidas de detección son a canle de denuncias ou o plan de riscos específico de cada centro directivo.

Tamén localiza as funcións e responsabilidades na xestión dos fondos: o Consello da Xunta, as consellerías e centros directivos, e os órganos transversais implicados na integridade. Cada centro directivo debe realizar unha avaliación individualizada dos riscos asumidos. A certificación e avaliación dos riscos é un dos capítulos máis importantes do Plan de prevención.

O compromiso de integridade e o marco ético da integridade institucional concrétase na adopción dunha declaración institucional de integridade, a manifestación expresa dos responsables públicos, así como referencias á integridade na planificación estratéxica, difusión e formación en materia de integridade. Tamén se inclúen medidas para a prevención do conflito de intereses, tanto para os altos cargos como para os empregados públicos.

O sistema integrado de información e a canle de denuncias detállanse igualmente neste documento, incluíndo o comité de ética. A súa regulación está na Lei 2/2023, do 20 de febreiro, reguladora da protección das persoas que informen sobre infraccións normativas e de loita contra a corrupción.

O recordo de medidas adoptadas hai anos demostra que as accións de prevención dos conflitos de intereses presentan antecedentes relevantes. Así, por exemplo, o Código ético institucional da Xunta de Galicia, aprobado en 2014, cos principios básicos de conduta do persoal da Administración autonómica: imparcialidade e obxectividade no exercicio dos cargos; deber de proporcionalidade nas viaxes ou a

¹⁹ Sobre o funcionamento destas aplicacións e os seus problemas operativos poden pronunciarse os responsables da xestión dos fondos en todos os niveis administrativos. Aínda existe demasiada incerteza sobre as consecuencias posteriores de exportar datos e as incidencias que se produzan.

axenda pública; prohibición expresa de regalos e dádivas, ou o uso responsable de medios e recursos públicos.

Todo este plan, como a proposta de directiva, presenta desde o meu punto de vista unha lagoa importante: a súa escasa ou nula mención ás ferramentas de intelixencia artificial.

5 Será a intelixencia artificial a panacea?

Quizais ningunha tecnoloxía espertou tantas expectativas e medos na historia da humanidade como a intelixencia artificial. Aínda que o impacto doutros descubrimentos foi moito maior, nas súas implicacións sobre as persoas (antibióticos, vacinas, electricidade, telecomunicacións), as advertencias e promesas dos tecnólogos producen perplexidades e demandas regulatorias preventivas, recentemente atendidas pola Unión Europea ao impulsar mediante regulamento a primeira Lei da intelixencia artificial.

Unha das utilidades inequívocas das aplicacións masivas de xestión da información é o control, sen dúbida²⁰, pero hai outras moitas, descritas por Coglianese, entre as que cabe destacar a identificación de patróns de incumprimento de prazos ou outros compromisos por parte de certos entes, que poderían perfilarse e ser penalizados nas seguintes adxudicacións²¹.

O interese polo estudo das aplicacións de intelixencia artificial aplicables á prevención da corrupción na contratación pública creceu exponencialmente desde hai dez anos. Antes existían propostas de utilización do *big data* para controlar os prezos e evitar fraudes²², pero foi o progreso acelerado da intelixencia artificial o factor decisivo da nova énfase.

Son moitas as promesas e algúns menos os perigos de usar a IA para loitar contra a corrupción, con perspectivas escépticas se as aplicacións son creadas e controladas polos propios gobernos, en lugar de seren desenvolvidas de abaixo cara a arriba por iniciativas asociativas, organizacións non gobernamentais e periodistas²³. E, como o movemento se demostra andando, deben ser os feitos os que nos demostren con datos e casos que efectivamente están a producir o obxectivo desexado²⁴.

Así, xa se foi destacado o valor preventivo destas ferramentas²⁵ por varios autores: Capdeferro desde o dereito administrativo e desde a economía Félix López

²⁰ Rivero Ortega, R., *Derecho e inteligencia artificial. Cuatro estudios*, Olejnik, 2023.

²¹ Coglianese, C., "Procurement and Artificial Intelligence", *University of Pennsylvania Law School*.

²² Rivero Ortega, R., "El precio de los contratos públicos", en *Grandes temas de contratación pública*.

²³ Köbis, N.; Starke, C. e Rahwan, I., "The promise and perils of using artificial intelligence to fight corruption", *Nature Machine Intelligence*, 2022.

²⁴ Adam, I. e Fazekas, M., "Are emerging technologies helping win the fight against corruption? A review of the state of evidence", *Information Economics and Policy*, December 2021.

²⁵ Gallego, J.; Rivero, G. e Martínez, J., "Preventing rather than punishing: An early warning model of malfeasance in public procurement", *International Journal of Forecasting*, 2021.

Iturriaga²⁶. As experiencias comparadas tamén ofrecen bos resultados de control inicial do sobreprezo, quizais o dato máis doado de trazar con estas ferramentas, xunto á detección do conflito de intereses. Brasil e Colombia, entre outros países, xa utilizan ferramentas deste tipo²⁷.

Un exemplo é a ferramenta VigIA, desenvolvida pola Veeduría Distrital de Bogotá. Esta aplicación toma datos do Sistema Electrónico para a Contratación Pública (SECOP), unha plataforma creada pola Axencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente). A partir de técnicas de aprendizaxe das máquinas, identifica patróns de risco de ineficiencia ou irregularidades²⁸.

A detección de patróns e a activación das chamadas “bandeiras vermellas” (*red flags*) son a mostra máis concreta dos efectos destas aplicacións. Se concorren determinados indicadores nun contrato público, a súa correlación con riscos antes coñecidos fano sospeitoso de prácticas de corrupción. Así, por exemplo, a falta de competencia, a recorrencia dun único contratista, o sobreprezo, as reducións de prazos ou outras medidas de axilización do procedemento, etc.

O presuposto da compra pública electrónica e o manexo masivo de datos, sen os cales apenas nada se podería facer con aplicacións de intelixencia artificial, mostran a conexión das sucesivas etapas da Administración electrónica. Os países máis avanzados en compra electrónica son tamén probablemente os que nos poderán explicar mellor os usos para previr a corrupción.

Por exemplo, Chile foi un dos pioneiros, e a súa experiencia ensínanos que, unha vez que os licitadores comprenden o funcionamento do sistema, detectan os seus puntos vulnerables e adaptan os comportamentos a esas debilidades para sacar partido destas. Estamos, pois, ante unha “carreira armamentística” ou un “xogo do gato e o rato” en que as aplicacións non poden resolvelo todo sen a experiencia dos profesionais máis versados.

6 A necesaria avaliación da calidade *ex post* das compras públicas

Así pois, nin sequera a intelixencia artificial logrará rematar coas malas prácticas. Tantos esforzos contra a corrupción na contratación pública non acabaron con este fenómeno, como os escándalos máis recentes demostran unha vez máis. En cambio, desde as súas primeiras medidas, demasiadas prevencións produciron outros efectos iatroxénicos (secundarios) prexudiciais para o obxectivo de lograr adquisicións de maior calidade e aliñadas cos obxectivos estratéxicos das políticas públicas.

²⁶ López Iturriaga, F., “Podríamos evitar la corrupción en los contratos públicos con inteligencia artificial”, *The Conversation*, xullo 2023.

²⁷ Mojica Muñoz, K. S., “Inteligencia artificial para detectar la corrupción en la Administración pública municipal de Colombia”, 2022.

²⁸ Gallego, J., “¿Cómo puede la inteligencia artificial ayudar en la lucha contra la corrupción”, Banco de Desarrollo de América Latina y El Caribe, 2021.

Isto sucede coa poxa, que incorpora un elemento de obxectividade indubidable nos procesos selectivos, pero, ao facer fincapé unicamente no prezo, incrementa os riscos de adquisición de produtos de menor calidade e durabilidade. Tampouco permite este criterio cuantitativo incorporar elementos sociais á selección de contratistas. E, por suposto, non garante de ningún xeito que o que se compra sexa verdadeiramente necesario, pois, aínda que a xustificación das compras poida simularse *ex ante*, conviría demostrar tamén *ex post*.

Na loita contra a corrupción, sería conveniente evitar estes efectos iatroxénicos ou secundarios dalgunhas limitacións da regulación dos contratos públicos, como as relativas ás prórrogas. E deixar de temer á discrecionalidade se hai un control *ex post*, de resultados, tal e como propuxo e practicou os últimos anos do século pasado o profesor Steven Kelman á fronte da Oficina Federal de Compras, no período de “reinvencción do Goberno” impulsado polo vicepresidente Al Gore, un momento histórico en que Estados Unidos logrou un orzamento equilibrado, un dato vinculado á eficiencia nas adquisicións públicas²⁹.

A corrupción é unha patoloxía delituosa e un problema global, pero na xestión pública existen outras moitas malas prácticas daniñas do interese xeral. A desidia, por exemplo, ou a colusión entre contratistas, que eleva artificialmente os prezos e prexudica o interese público de forma grave³⁰.

Hai sesenta anos o profesor Ramón Parada, falecido en marzo de 2024, criticaba os erros da Lei de contratos do Estado. A lectura das súas agudas observacións, arredor dun texto central do dereito administrativo do seu tempo, demóstrannos o pouco que avanzamos, tamén neste ámbito de prevención da corrupción nas adquisicións públicas. Aínda non temos balas de prata, pero necesitamos porque sen elas o edificio do Estado entrará en fase de ruína, a mesma que ameazan algunhas zonas do cuartel da Garda Civil de Salamanca³¹.

7 BIBLIOGRAFÍA

ADAM, I. y FAZEKAS, M., “Are emerging technologies helping win the fight against corruption? A review of the state of evidence”, *Information Economics and Policy*, December 2021.

AYMERICH CANO, C., “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 2015

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, G., “Riesgos de corrupción en contratos públicos. Cómo prevenir malas prácticas”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n. 5, 2017.

CAPDEFERRO VILLAGRASA, Ó., “Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora. Límites y propuestas para la prevención de la corrupción,

²⁹ Kelman, S., *Procurement and Public Management. The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, 1999.

³⁰ Jones, A.; Konavic, V. e Anderson, R., *Combating Corruption and Collusion in Public Procurement: A Challenge for Governments Worldwide*, Oxford University Press, 2024.

³¹ Parada Vázquez, J. R., “La reforma de la Ley de Contratos del Estado”, *Revista de Administración Pública*, n. 47, 1965.

- en particular el caso de la oficina antifraude de Cataluña”, *Revista Catalana de Derecho público*, n. 53, 2016.
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, Ó., “Nudging e inteligencia artificial contra la corrupción en el sector público: posibilidades y riesgos”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 28, 2022.
- COGLIANESE, C., “Procurement and Artificial Intelligence”, *University of Pennsylvania Law School*, 2022.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *El control de las administraciones pública y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y la Intervención General del Estado*, Civitas, 2011.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *Instituciones de investigación administrativa y auditoria forense para la prevención del fraude y la corrupción en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- FERNÁNDEZ RÍOS, L., *Psicología de la corrupción y los corruptos*, 1999.
- GALLEGO, J.; RIVERO, G.; y MARTÍNEZ, J., “Preventing rather than punishing: An early warning model of malfeasance in public procurement”, *International Journal of Forecasting*, 2021.
- GALLEGO, J., “¿Cómo puede la inteligencia artificial ayudar en la lucha contra la corrupción?”, *Banco de Desarrollo de América Latina y El Caribe*, 2021.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La corrupción en España: su persecución penal en la última década*, Iustel, Madrid, 2024.
- GIMENO FELIU, J. M., “La Ley de contratos del sector público, ¿una herramienta eficaz para la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *REDA*, n. 147, 2010.
- GIMENO FELIU, J. M. y VILLORIA MENDIETA, M. (EDS.), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, 2018.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, M. J., *El universo conservador de Antonio Maura*, Biblioteca Nueva, 1996.
- JIMÉNEZ RIUS, P., *El control de los fondos públicos: propuestas de mejora*, Civitas, 2007.
- JONES, A.; KONAVIC, V.; y ANDERSON, R., *Combating Corruption and Collusion in Public Procurement: A Challenge for Governments Worldwide*, Oxford University Press, 2024.
- KELMAN, S., *Procurement and Public Management. The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, 1999.
- MEDINA ARNÁIZ, T., “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 104, 2016.
- KÖBIS, N.; STARKE, C. y RAHWAN, I., “The promise and perils of using artificial intelligence to fight corruption”, *Nature Machine Intelligence*, 2022.
- LÓPEZ ITURRIAGA, F., “Podríamos evitar la corrupción en los contratos públicos con inteligencia artificial”, *The Conversation*, julio 2023.

regap



ESTUDIOS

- MEDINA ARNAIZ, T., “La corrupción en la contratación pública: un burdo fraude al interés general”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n. 135, 2016.
- MOJICA MUÑOZ, Kevin Steven, “Inteligencia artificial para detectar la corrupción en la Administración pública municipal de Colombia”, 2022.
- NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, 1997.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1964.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., “La nueva ley de contratos del Estado”, *Revista de Administración Pública*, n. 47, 1965.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (Coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, La Ley, Madrid, 2023.
- RIVERO ORTEGA, R., “instituciones administrativas y prevención de la corrupción”, en *La corrupción. Aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.
- RIVERO ORTEGA, R., “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y Americana”, en Salamanca, 2002.
- RIVERO ORTEGA, R., “El precio de los contratos públicos”, en *Grandes temas de contratación pública*, Hamurabi, 2011.
- RIVERO ORTEGA, R., “La elección de las personas, clave para el buen gobierno local en Iberoamérica”, *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, Junio 2022.
- RIVERO ORTEGA, R., *Derecho e inteligencia artificial. Cuatro estudios*, Olejnik, 2023.
- Rodríguez García, Nicolás, *El decomiso de activos ilícitos*, Aranzadi, 2017.
- SUNSTEIN, C. y SHAROT, T., “Why People Fail to Notice Horrors Around Them”, *The New York Times*, 25 de febrero de 2024.
- VALERA ORTEGA, J., *Los amigos políticos: partidos, elecciones y caciquismo en la restauración (1875-1900)*, Marcial Pons, 2001.
- VILLORIA MENDIETA, M., *Combatir la corrupción*, Gedisa, 2019.
- WENCES, I.; DE LA NUEZ, P. y SEOANE, J. (Coords.), *La idea de corrupción en los siglos XVIII y XIX*, Marcial Pons, 2022.

Regap

Comentarios e crónicas

2



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_xaneiro-xuño 2024 | pp. 125-142
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regapv67i1.5137>
© José Manuel González Dona
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 15/11/2023 | Aceptado: 03/12/2024

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

O imposto compensatorio ambiental mineiro como tributo propio de Galicia: exame conforme o ordenamento xurídico da Unión Europea

El impuesto compensatorio ambiental minero como tributo propio de Galicia: examen conforme al ordenamiento jurídico de la Unión Europea

The mining environmental compensatory tax as a Galician specific tribute: examination in accordance with the legal system of the European Union

67 Regap

Regap



COMENTARIOS

JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ DONA
Doutorando en Dereito da USC

josemanuel.gonzalez.dona@rai.usc.es

Resumo: As facultades normativas das rexións pertencentes aos Estados membros atópanse limitadas polas disposicións comunitarias. Por este motivo, mediante este artigo realízase un estudo conforme as disposicións do dereito da Unión Europea dun tributo propio do sistema fiscal galego con finalidade de protección á natureza como é o imposto compensatorio ambiental mineiro. Con este fin, efectúase nun primeiro momento unha exposición dos diferentes elementos do tributo, tanto de carácter obxectivo como subxectivo para, posteriormente, levar a cabo unha análise deste consonte o dereito europeo da competencia e as diferentes liberdades de circulación interior proclamadas polos tratados.

Palabras clave: protección ambiental, tributo propio, libre mercado, axuda de Estado, libre circulación de mercadorías, liberdade de establecemento.

Resumen: Las facultades normativas de las regiones pertenecientes a los Estados Miembros se encuentran limitadas por las disposiciones comunitarias. Es por ello que mediante el presente artículo se realiza un estudio conforme a las disposiciones del Derecho de la Unión Europea de un tributo propio del sistema

fiscal gallego con finalidade de protección a la natureza como es el Impuesto Compensatorio Ambiental Minero. Con este fin, se efectúa en un primer momento una exposición de los diferentes elementos del tributo, tanto de carácter objetivo como subjetivo para, posteriormente, llevar a cabo un análisis del mismo con arreglo al Derecho europeo de la competencia y a las diferentes libertades de circulación interior proclamadas por los Tratados.

Palabras clave: protección medioambiental, tributo propio, libre mercado, ayuda de estado, libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento.

Abstract: The regulatory powers of the regions belonging to the Member States are limited by Community provisions. That is why this article carries out a study in accordance with the provisions of European Union Law of a tax of the Galician tax system with the purpose of protecting nature, such as the Mining Environmental Compensatory Tax. To this end, the various elements of the tax, both objective and subjective, are first set out and then an analysis of the tax is carried out in accordance with European competition law and the various freedoms of internal movement proclaimed by the Treaties.

Keywords: environmental protection, own taxation, free market, state aid, free movement of goods, freedom of establishment.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Exame xeral do imposto compensatorio ambiental mineiro. 3. Exame da norma á luz do dereito europeo da competencia. 4. Exame da norma á luz das liberdades de circulación comunitarias. 4.1 Libre circulación de mercadorías. 4.2 Liberdade de establecemento. 5. Conclusións. 6. Bibliografía empregada.

1 Introducción

Mediante a segunda parte deste traballo vaise proceder a levar a cabo unha análise da normativa fiscal ditada pola Comunidade Autónoma de Galicia ao regular un tributo propio á luz do dereito da Unión Europea.

A figura impositiva elixida para tal fin é un tributo considerado como ambiental, que é o imposto compensatorio ambiental mineiro (ICAM), o cal se acha regulado nos artigos 9 a 25 da Lei autonómica 12/2014, do 22 de decembro, de medidas fiscais e administrativas¹, preceptos que integran o capítulo III do título I deste instrumento normativo.

Esta análise vai ser dividida en tres partes: a primeira delas ten por obxecto realizar unha sucinta exposición dos trazos esenciais e a normativa ditada sobre o tributo, onde se destacará a disposición que se considera controvertida; nun segundo momento, analizarase esta disposición de acordo co dereito da Unión Europea no concernermente á posible vulneración do dereito comunitario da competencia. Finalmente, realizarase un exame da normativa que se considera controvertida tendo en conta as liberdades de circulación proclamadas polo dereito da Unión Europea, en particular a libre circulación de mercadorías e a liberdade de establecemento.

¹ DOG núm. 249, do 30 de decembro de 2014. BOE núm. 60, do 11 de marzo de 2015.

2 Exame xeral do imposto compensatorio ambiental mineiro

Xa desde o século pasado, e de xeito máis urxente durante o desenvolvemento dos momentos actuais, a poboación mundial atópase enfrontada a diversos retos que ameazan a estabilidade do planeta, como son a produción alimentaria, a xestión correcta da auga, a loita contra o cambio climático, a redución da dependencia dos nosos recursos enerxéticos das fontes de enerxías fósiles e o mantemento da nosa biodiversidade, paisaxe e cultura evitando o despoboamento rural².

Na procura de poder levar a cabo estas funcións, o dereito fiscal contribúe mediante a creación e imposición aos contribuíntes de tributos ambientais, que pretenden minguar os efectos adversos que a actuación humana leva a cabo sobre o medio e os recursos naturais, tal e como é o caso do imposto compensatorio ambiental mineiro.

Para poder tomar conciencia sobre a necesidade da creación do ICAM na nosa comunidade autónoma, débese ter en conta que a situación ambiental de Galicia, se ben non se atopa tan atacada como a doutros lugares do planeta, dista tamén moito de ser positiva posto que á grave deterioración paisaxística que está a sufrir o territorio nos últimos decenios pola acción humana se suma a acentuación de problemas ambientais comúns ao mundo desenvolvido, coa crecente contaminación do aire, augas, flora, fauna e terra, motivo polo cal con este tipo de tributos se incide para intentar corrixir este detrimento do medio natural³.

Polo que aos seus caracteres se refire, conforme determina o artigo 9.1 da Lei 12/2014, do 22 de decembro, consiste o ICAM nun imposto propio da comunidade autónoma, directo, real, obxectivo e orientado a unha finalidade extrafiscal.

Sobre esta finalidade que vai máis alá da mera recadación de ingresos públicos debe notarse o previsto no apartado 3 do mesmo precepto normativo, que sinala que o tributo constitúe un instrumento fiscal de carácter ambiental, compatible coas obrigas de recuperación ambiental dos terreos afectados polo desenvolvemento dos labores mineiros. En liña con isto, o artigo 10 establece que os ingresos derivados da recadación desta figura, unha vez que fosen deducidos os custos de xestión irrogados, se destinarán na súa totalidade a actuacións de compensación e reequilibrio ambiental e territorial, paisaxísticas e de desenvolvemento tecnolóxico mineiro. Tal misión efectuarase mediante o Fondo Mineiro Ambiental e Paisaxístico que se crea pola lei, regulado nos artigos 23 a 25 desta⁴.

² Cfr. PÉREZ, D., "Hacia un sector agrario sostenible", en *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, núm. 66, 2007, p. 86.

³ Cfr. GAGO RODRÍGUEZ, A. e LABANDEIRA VILLOT, X., "La imposición ambiental gallega", en *Revista Galega de Economía*, volume 11, número 2, 2002, pp. 1-2.

⁴ Sobre este Fondo, é interesante destacar, de modo sucinto, que se financia cos ingresos obtidos do ICAM, deducidos os custos de xestión, sen prexuízo doutros recursos que a el se lle poidan integrar. Entre os destinos concretos dos fondos recadados polo tributo encóntranse as actuacións orientadas á recuperación do medio natural e da paisaxe e a mellora das condicións socioeconómicas e do desenvolvemento sostible; a promoción da investigación, desenvolvemento e innovación das técnicas mineiras e das súas propiedades, aplicacións e melloras dos produtos mineiros producidos en Galicia; e o reforzo e dotación de medios de seguridade, control e vixilancia das explotacións e instalacións gravadas polo tributo.

Unha vez examinados estes primeiros trazos e o fundamento do tributo, procede a continuación analizar os distintos ámbitos de aplicación da figura impositiva, tanto obxectivos como subxectivos. Dentro dos primeiros serán examinados os ámbitos material, temporal e espacial do ICAM, mentres que nos segundos se estudarán quen son determinados *ex lege* como obrigados tributarios.

Comezando, xa que logo, co ámbito de aplicación material, débese sinalar que, conforme o artigo 12, constitúe o feito impoñible a alteración da superficie ou solo como consecuencia da extracción das concesións de explotación nos termos da lei de minas referidas a minerais metálicos industriais e metais preciosos. Estas actividades presúmeas realizadas o apartado 2 do precepto durante a vixencia temporal da concesión, aínda que esta se atope en suspensión temporal.

Pola súa banda, tamén constitúe feito impoñible o depósito ou almacenamento en vertedoiros públicos ou privados situados na Comunidade Autónoma de Galicia de residuos mineiros procedentes da extracción ou derivados do proceso de beneficio dos minerais metálicos industriais e metais preciosos. Igual que no suposto anterior, estas actividades presúmense, polo apartado 2 do precepto, realizadas mentres non sexa clausurado o depósito ou almacén de residuos, mesmo cando a actividade tivese cesado.

Noutra orde de ideas, prevé o artigo 14 do instrumento normativo unha serie de supostos de non suxeición ao tributo, como é o caso da alteración de superficie ou solo pola extracción e o depósito ou almacenamento de residuos vinculados á extracción de, entre outros, minerais non metálicos como os orgánicos naturais e hidrocarburos líquidos e gasosos; minerais para a agricultura e fertilizantes, para industria química e para a elaboración de pigmentos e pinturas; minerais para a industria do vidro e cerámica; arxilas especiais; augas minerais, termais, de manancial e de establecementos balnearios; extracción de granito, lousa e pedras ornamentais; extracción e depósito de recursos xeotérmicos e formacións xeolóxicas superficiais ou subterráneas, igual que a extracción e depósito de recursos minerais de escasa importancia sempre que o leve a cabo o propietario dun terreo para o seu uso exclusivo e non exixa a aplicación de técnicas mineiras.

Pola súa banda, en canto ao ámbito de aplicación temporal, débese sinalar *prima facie* que a norma xurídica entrou en vigor o 1 de xaneiro de 2015, conforme a súa disposición derradeira quinta, sinalando o apartado 2 de tal disposición que o ICAM se exixirá respecto das alteracións de superficie e solo e aos depósitos ou almacenamentos que teñan lugar ou se constitúan desde o momento da entrada en vigor da lei, para cuxos efectos os suxeitos pasivos deberán declarar a superficie total afectada polas explotacións ou instalacións e o peso ou volume dos residuos almacenados.

O artigo 13 do instrumento normativo, pola súa banda, prevé que o período impositivo coincidirá co ano natural. A devindicación do imposto producirase o 31 de decembro de cada ano, salvo no último ano de actividade, que se producirá cando cese o labor mineiro no caso de que o feito gravado sexa a extracción ou cando a autoridade competente clausure o almacén ou depósito de residuos cando o feito

impoñible sexa tal depósito ou almacenamento. No último ano o período impositivo enténdese comprendido entre o primeiro día do ano natural e a data de devindicación.

Polo que ao ámbito de aplicación espacial respecta, conforme o artigo 9.2 da lei, o tributo é aplicable no ámbito territorial da Comunidade Autónoma de Galicia, ao tratarse dunha figura impositiva propia da comunidade autónoma, respectando neste punto o anteriormente examinado do artigo 157.2 da norma constitucional referente a que as autonomías non poderán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bens situados fóra do seu territorio.

Centrándonos a continuación no ámbito de aplicación subxectivo do ICAM, sinala o artigo 15.1 da Lei 12/2014 que son suxeitos pasivos en calidade de contribuíntes as persoas físicas, xurídicas ou entes do artigo 35.4 LXT que realicen baixo calquera título as actividades constitutivas do feito impoñible do tributo, aínda que non sexan titulares das concesións mineiras. Presúmese *iuris tantum* que estas actividades son realizadas pola persoa ou entidade que figure como titular da concesión ou autorización administrativa do depósito ou almacén.

Pola súa banda, o apartado 2 do precepto sinala que tamén son suxeitos pasivos os que realicen estas actividades alterando superficies ou depositando ou almacenando residuos aínda que carezan de autorización administrativa, caso en que se exige o imposto independentemente da incoación do procedemento sancionador.

Finalmente, o apartado 3 sinala como responsables solidarios as persoas físicas, xurídicas ou entes do artigo 35.4 LXT que sexan titulares das concesións mineiras outorgadas para os recursos mineiros cando non coincidan cos que realicen as actividades constitutivas do feito impoñible, os titulares de autorización para depósito ou almacén dos residuos cando non coincidan cos que realicen as actividades constitutivas do feito impoñible, os titulares de instalacións ou terreos en que se almacenen os residuos cando non coincidan cos que realicen as actividades descritas no feito impoñible e os que transporten os residuos mineiros cando non sexa posible identificar a procedencia dos residuos.

Entrando a examinar os parámetros legais existentes para a cuantificación da débeda tributaria, temos que estudar en primeiro lugar a formación da base impoñible. Para o efecto, o artigo 16 da lei sinala que a base, en réxime de estimación directa⁵, se constitúe por:

- a) Na alteración de superficie ou solo por extracción: pola superficie total afectada polas explotacións e instalacións, expresada en unidades de superficie (que serán as hectáreas ou fraccións de superficie alteradas e non restauradas na data de devindicación).

⁵ Método que prevé o apartado 2 do precepto como sistema para determinar a base impoñible do ICAM como regra xeral. Iso non exclúe, non obstante, que o contribuínte poida determinar a base impoñible mediante estimación obxectiva, aplicando métodos e indicadores obxectivos vinculados á actividade ou por referencia a índices, módulos ou outros parámetros. Agora ben, se iso o fai así o suxeito pasivo, o método empregado terá que ser aplicado a todo o período impositivo.

- b) No almacenamento de residuos, polas toneladas depositadas ou almacenadas de residuos sólidos e/ou polos metros cúbicos de volume depositados ou almacenados de residuos non sólidos ao longo do período impositivo.

Pola súa banda, o artigo 17 do instrumento normativo sinala que a cota tributaria será, no caso da alteración da superficie ou do solo como consecuencia da extracción, de 12.500 euros por hectárea ou fracción de superficie alterada non restaurada.

Para o caso do almacenamento de residuos, prevense cotas diferentes que, co ánimo de levar a cabo un estudo de xeito máis simplificado, se detallan na seguinte táboa:

Feito gravado	Cota
Por cada tonelada ou metro cúbico de residuo perigoso depositado ou almacenado	0,125 euros
Por cada tonelada ou metro cúbico de residuo non perigoso non inerte depositado ou almacenado	0,0125 euros
Por cada tonelada ou metro cúbico de residuo non perigoso inerte depositado ou almacenado	0,00625 euros
Aos residuos xerados no proceso de beneficio do mineral	Aplícaselles un coeficiente de incremento do 1,2
Aos residuos procedentes de fóra de Galicia	Aplícaselles un coeficiente de incremento do 1,5

Fonte: Elaboración propia. Datos obtidos do artigo 17.1, epígrafe b), da Lei 12/2014.

Resulta interesante apreciar como a norma establece un coeficiente de incremento superior na cuantificación da débeda para o caso de que os residuos procedan de fóra de Galicia, medida que podería afectar, ao meu xuízo, á libre competencia dentro do mercado interior tutelada polo dereito da Unión Europea e a diversas liberdades de circulación proclamadas polos tratados. Será precisamente sobre este incremento respecto ao resto de situacións sobre o que centraremos a análise posterior das seguintes epígrafes.

Non obstante, antes de proceder a iso, considero que resulta interesante salientar que para a aplicación do tributo son competentes os órganos ou unidades administrativas da Administración Tributaria da Consellería de Facenda da comunidade autónoma, que cooperarán cos órganos administrativos competentes nas materias de minas, medio e industria, segundo detalla o artigo 18. Noutra orde de ideas, no referente ás obrigas formais do ICAM, conforme o artigo 19 da Lei 12/2014, os suxeitos pasivos atópanse obrigados a presentar na forma e tempo determinados regulamentariamente unha declaración inicial da súa actividade e autoliquidación do tributo por cada unha das concesións e instalacións que exploten, determinando nela a débeda tributaria e procedendo a ingresar o seu importe.

3 Exame da norma á luz do dereito europeo da competencia

Unha vez realizada unha sucinta exposición xeral do imposto compensatorio ambiental mineiro, resulta pertinente entrar a valorar de cheo a posible contradición manifestada no apartado anterior do artigo 17.1, epígrafe b), da Lei 12/2014, do 22 de decembro, co dereito da Unión Europea no que respecta á tutela da libre competencia dentro do mercado interior.

Con esta análise, de enfoque crítico, preténdese valorar se este incremento do coeficiente aplicable para determinar a débeda tributaria polo almacenamento de residuos mineiros procedentes de fóra de Galicia pode contradicir as normas europeas sobre exercicio da libre competencia ou se, pola contra, poden chegar a resultar lícito conforme estas disposicións do ordenamento xurídico comunitario.

Para iso debemos recordar con carácter previo que, segundo reiterada xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, se ben a fiscalidade directa (tal e como é a materia a tratar, ao ter sinalado anteriormente que o ICAM é un imposto directo *ex* artigo 9.1 da lei) é competencia dos Estados membros (e, atendendo á autonomía rexional e á liberdade de organización interna prevista polo dereito orixinario), todos estes entes deberán exercela respectando o ordenamento xurídico da Unión Europea. Poden apreciarse, para tal efecto, as recentes sentenzas do xulgador luxemburgués do 7 de setembro de 2022, *Cilevics*, asunto C-391/20⁶, ou do 11 de maio de 2023, *Manitou*, asuntos acumulados C-407/22 e C-408/22⁷.

Adicionalmente, recorrendo á xurisprudencia interna española, debemos recordar neste punto que, segundo manifestou a Sentenza do Tribunal Constitucional 28/1991, do 14 de febreiro⁸, a partir da data de adhesión, España e os seus entes administrativos están vinculados ao respecto e cumprimento do ordenamento xurídico das Comunidades Europeas, tanto no que respecta ao dereito orixinario como no referente ao dereito derivado, o cal implica tamén velar polo cumprimento das disposicións que diten as institucións desta organización internacional no que ao ámbito fiscal se refire.

No seo da Unión Europea ditáronse unha serie de normas referentes ás axudas que son outorgadas polas administracións públicas dos Estados membros aos particulares, en desenvolvemento da súa competencia para regular o mercado interior, xa que a incidencia de tales axudas públicas pode resultar incompatible co correcto desenvolvemento deste ao afectar a libre competencia. *De facto*, tal control das axudas estatais é considerado pola doutrina como unha das vertentes fundamentais da política europea de defensa da libre competencia⁹. Temos que ter en conta, ademais, que o dereito comunitario parte dun modelo baseado na economía de mercado, que se

⁶ Identificador ECLI:EU:C:2022:638.

⁷ Identificador ECLI:EU:C:2023:392.

⁸ BOE núm. 64, do 15 de marzo de 1991.

⁹ *Cfr.* CRUCELEGUI GÁRATE, J. L., "El control de las ayudas públicas en la Unión Europea", en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 61, 2006, pp. 136-137.

asenta sobre o principio da liberdade de concorrencia de oferentes coa finalidade de alcanzar a localización óptima dos recursos económicos, de tal forma que os factores de produción se sitúen no lugar en que reporten o máximo beneficio¹⁰.

Neste punto, débese recordar que as axudas públicas (se ben non todas) dadas polas administracións, tanto do Estado como dos entes subestatais, se integran na denominada actividade administrativa de fomento, concibida na doutrina como todas aquelas actividades ou medidas dos poderes públicos que teñen por finalidade estimular, promover, incentivar ou soste determinadas actividades ou iniciativas privadas, por entender que niso concorre un interese público¹¹.

Polo que ás normas europeas sobre axudas outorgadas polos Estados respecta, débese acudir especialmente ao previsto no artigo 107 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea. O primeiro apartado deste precepto sinala que, salvo que os tratados dispoñan outra cousa, serán incompatibles co mercado interior, na medida en que afecten aos intercambios comerciais entre Estados membros, as axudas outorgadas polos Estados ou mediante os seus fondos¹², baixo calquera forma, que falseen ou ameacen falsear a competencia favorecendo determinadas empresas ou producións.

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea levou a cabo un labor interpretativo deste precepto en diversas ocasións (máis alá do xa examinado), sinalando que as medidas tributarias poden ser consideradas susceptibles de xerar unha axuda, aínda que non impliquen necesariamente un transvasamento directo de fondos estatais. Para o efecto, poden consultarse resolucións tales como a Sentenza do 19 de setembro de 2018, *A-Brauerei*, asunto C-374/17¹³; ou a do 13 de maio de 2020, *Volotea/Comisión*, asunto T-607/17¹⁴.

Pois ben, tendo en conta todo o exposto ata o de agora, parece que o coeficiente superior establecido para o almacenamento de residuos procedentes de fóra de Galicia pode estar conculcando o disposto no artigo 107.1 TFUE, dado que, aínda que é certo que tamén resulta aplicable o incremento a residuos procedentes doutros lugares de España, a medida fiscal tamén está a afectar aos intercambios comerciais entre Estados membros (pénsese especialmente na República de Portugal, onde se poden atopar xacementos mineiros limítrofes ou de relativa proximidade coas provincias de Ourense e Pontevedra e pode afectar ao depósito en lugares de almacenamento da nosa comunidade autónoma derivada deste incremento na determinación da cota tributaria, ben porque a mesma empresa explotadora dos recursos mineiros non está

¹⁰ Cfr. DEL BLANCO GARCÍA, A. J., *El Derecho de la Unión Europea como límite al sistema de financiación de las Comunidades Autónomas*, Universidade Nacional de Educación a Distancia, 2014, p. 39.

¹¹ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, 14.ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2018, p. 816.

¹² Resulta interesante ter en conta que ata a Sentenza do Tribunal de Xustiza do 17 de marzo de 1993, *Sloman Neptum*, asuntos acumulados C-72/91 e C-73/91, se tomaban en consideración de maneira alternativa as axudas concedidas polo Estado ou por medio dos seus recursos, mais a partir desa data o factor fundamental que determina se hai elementos de axuda é a orixe pública do recurso atribuído. Ademais, o xulgador europeo determinou en resolucións tales como a Sentenza do 30 de xaneiro de 1985, *Comisión/Francia*, asunto C-290/83; que o órgano concedente pode ser unha Administración pública ou entes públicos ou privados que xestionen fondos públicos.

¹³ Identificador ECLI:EU:C:2018:741.

¹⁴ Identificador ECLI:EU:T:2020:180.

disposta a pagar o incremento para depositar en Galicia os residuos¹⁵ ou ben porque a empresa galega dedicada á almacenaxe dos recursos repele contratar a xestión destes residuos con empresas doutros Estados membros para non ter que sufragar unha maior carga fiscal derivada desta norma autonómica).

Esta medida de axuda pública derivada dun maior incremento da débeda fiscal e unha menor carga tributaria para os residuos xerados en Galicia parece ademais falsear a competencia ao favorecer a xestión destes recursos con depósitos mineiros asentados na comunidade Autónoma, conculcándose polo tanto o artigo 107.1 TFUE tamén neste aspecto.

Pola súa parte, se examinamos os apartados 2 e 3 do artigo 107 do Tratado de Funcionamento, observamos que non nos achamos ante ningún tipo de axudas que resulten compatibles co mercado interior e, consecuentemente, lícitas desde esta perspectiva do dereito comunitario, posto que nin se trata dunha axuda de carácter social concedida a consumidores individuais nin se trata dunha axuda destinada a reparar os prexuízos causados por desastres naturais ou outros acontecementos de carácter excepcional, nin son axudas para favorecer o desenvolvemento económico das rexións nin a promover o desenvolvemento de certas actividades económicas, nin para promover a cultura e conservación do patrimonio.

Malia todo isto, antes de realizar unha conclusión precipitada sobre a compatibilidade ou non da medida fiscal analizada co dereito europeo da competencia, temos que sinalar que a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (podéndose destacar, entre outras, a Sentenza do 7 de novembro de 2014, *autogrill España/Comisión*, asunto *T-219/10*¹⁶) determina que os requisitos que deben darse para que a axuda sexa considerada como incompatible co dereito da competencia europeo son o financiamento de tal medida polo Estado ou mediante recursos estatais, a existencia dunha vantaxe para unha empresa, a selectividade da dita medida e a repercusión desta sobre dúas cousas como son os intercambios comerciais entre Estados membros e a distorsión da competencia resultante dela.

De todos eles interesa neste punto destacar o requisito de selectividade da medida (isto é, o favorecemento a determinadas empresas ou producións á que se refire o artigo 107.1 TFUE), pois os restantes xa puidemos apreciar, en liñas xerais, que se poderían desenvolver neste caso, facendo a medida fiscal incompatible co dereito da Unión Europea.

Polo que respecta ao presuposto da selectividade da medida para facela incompatible co ordenamento xurídico comunitario, tense que facer alusión de forma obrigatoria á xurisprudencia sentada polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea desde a súa Sentenza do 6 de setembro de 2006, *Portugal/Comisión*, asunto *C-88/03*¹⁷, que senta a denominada (mesmo xa celeberrima) “*doutrina Azores*”, dado que os seus pronunciamentos versaban sobre beneficios fiscais do réxime fiscal especial do arquipélago dos Azores.

¹⁵ Aínda que iso, como veremos, terá unha relación máis estreita coa posible vulneración das liberdades de circulación.

¹⁶ Identificador ECLI:EU:T:2014:939.

¹⁷ Identificador ECLI:EU:C:2006:511.

Nesta resolución, o TXUE determinou diferentes escenarios que poderían existir na organización política e xurídica dos Estados membros para apreciar a compatibilidade da medida fiscal, igual que sinalou que a clave do asunto se atopa no efectivo grao de autonomía do que gocen os entes infraestatais en cuestión. Así, se a medida fiscal máis favorable foi inserida en calquera modo polo Estado, estamos ante un caso de medida selectiva contraria ao dereito da Unión, mais, se a medida escapa da competencia estatal na súa adopción e consecuencias, non poderá considerarse selectiva.

Deste xeito, o órgano xurisdiccional europeo sinala que a medida non será selectiva se é adoptada por unha entidade infraestatal que conte cun estatuto xurídico e fáctico que a faga o suficientemente autónoma (institucional¹⁸, económica e procedementalmente) do Goberno central na determinación do réxime xurídico aplicable ás empresas. Se iso se cumpre, entón o ámbito territorial en que debe medirse a selectividade da norma non será o territorio nacional, senón o territorio do ente infraestatal (neste caso, a autonomía galega).

Atendendo á autonomía institucional, Galicia, está dotada polo seu Estatuto de autonomía de independencia política e administrativa respecto ao Goberno estatal e, estando facultada tanto pola disposición adicional primeira dese Estatuto, xa examinada, como pola Constitución e a LOFCA a establecer a normativa fiscal analizada, como tributo propio que é e fonte, consecuentemente, do seu financiamento.

No referente á autonomía económica, as consecuencias do establecemento da cota superior fixada polo artigo 17.1, epígrafe b), da Lei 12/2014, do 22 de decembro, non recaen sobre o Goberno central español ao tratarse dun tributo propio da comunidade autónoma, senón que, como xa puidemos apreciar ao estudar en liñas xerais da figura impositiva, se destinan ao Fondo Mineiro Ambiental e Paisaxístico, unha vez deducidos os custos de xestión e recadación sufragados pola Consellería de Facenda da autonomía.

Pola súa banda, no referente ao requisito de ter a rexión autonomía procedemental, iso maniféstase ao ser adoptada a norma fiscal mediante unha lei autonómica por ter competencia para iso, cedida baseándose na norma constitucional e no Estatuto de autonomía, que faculta o poder lexislativo galego ao ditado de tales disposicións xurídicas, igual que ao Executivo autonómico a desenvolver por normas regulamentarias os preceptos legais expostos.

En consecuencia, os requisitos establecidos pola doutrina Azores para superar o triplo test de autonomía parecen manifestarse no caso galego, atopándonos en España no terceiro escenario previsto na Sentenza *Portugal/Comisión*, motivo polo que escapa do ámbito de regulación do Estado membro e polo que non pode ser considerada como selectiva nin, polo tanto, contraria ao dereito da Unión Europea encargado de tutelar a libre competencia no mercado interior ao faltar ese requisito establecido.

¹⁸ Segundo sinalou con respecto a esta cuestión GARCÍA NOVOA, a autonomía non ten por que ser a propia dun Estado federal, senón que basta calquera autonomía institucional que permita definir normativa tributaria propia. *Cfr.* GARCÍA NOVOA, C., "La Sentencia del caso Azores y su influencia en el poder normativo de las Comunidades Autónomas en España", en *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, volume 15, núm. 1, 2006, pp. 232-233.

Agora ben, debe terse en conta que a medida non pode ser selectiva para o territorio autonómico, aplicándose por igual a todos os operadores establecidos na rexión. Tal é o caso da cota examinada, que só discrimina se veñen os residuos mineiros de fóra da comunidade, póñanse onde se poñan, mentres que a medida de cota máis favorable é para todas as minarías de Galicia, non só para as dunha rexión ou área concreta da autonomía.

En conclusión, aplicando a xurisprudencia vista, se ben nun primeiro momento pode parecer que o incremento estimado para a almacenaxe de residuos prevista na regulación do ICAM resulta contrario ao dereito da Unión Europea, en verdade non o é ao non se tratar dunha medida selectiva. Sexa como fose, en realidade tamén nos acharíamos ante unha medida irrisoria en termos económicos, posto que a desviación non deixa de ser de 0,3 respecto á cota aplicable aos operadores que traían os residuos derivados da actividade mineira do territorio da comunidade autónoma galega.

4 Exame da norma á luz das liberdades de circulación comunitarias

Unha vez que foi examinada a plausible compatibilidade deste incremento fixado polo artigo 17.1, epígrafe b), da Lei 12/2014, do 22 de decembro, co dereito da Unión Europea no referente ás axudas públicas que poden perturbar a libre competencia e, consecuentemente, tamén o correcto funcionamento do mercado interior, procede a continuación examinar se este incremento se atopa conculcando ou non algunhas das liberdades proclamadas e desenvolvidas polo ordenamento xurídico comunitario.

A análise neste punto vaise centrar en dúas desas liberdades que poderían verse, nun primeiro momento, afectadas. Esas liberdades son, por unha parte, a de circulación de mercadorías e, por outra parte, a de establecemento.

4.1 Libre circulación de mercadorías

Polo que á liberdade de circulación de mercadorías se refire, tan intrinsecamente vinculada co mercado interior como examinamos nas cuestións preliminares formuladas, e malia a xa referida gran dificultade que teñen as comunidades autónomas de establecer fronteiras fiscais interiores, poderíamos acharnos neste suposto, segundo o punto de vista dalgún interesado na supresión do coeficiente de incremento establecido, cunha norma fiscal rexional que a vulnera, ao facer menos atractiva a idea de desprazar os residuos derivados da actividade mineira a depósitos ou almacéns situados na autonomía galega.

Se tomamos neste punto de novo en consideración as tres grandes figuras coas que se pode conculcar, desde a perspectiva do dereito fiscal, esta liberdade de circulación, temos que destacar os seguintes aspectos:

- 1) Con respecto a se nos atopamos cunha exacción de efecto equivalente a un dereito de alfándega proscrita polo Tratado de Funcionamento, a resposta debe ser



negativa, dado que non se cumpre neste caso a definición dada reiteradamente pola xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. Para o efecto, lembrando o concepto formulado no seu momento nas cuestións preliminares expostas, aínda que é certo que nos atopamos cunha carga pecuniaria, unilateralmente imposta pola comunidade autónoma, baixo o carácter dun tributo con finalidade extrafiscal, que se recada en beneficio do fondo autonómico creado *ex novo* pola lei, tamén é certo que o coeficiente de incremento do 1,5 se prevé polo depósito ou almacenaxe dos residuos no territorio da comunidade autónoma, e non polo mero pase polos límites territoriais do seu ámbito de aplicación (isto é, podería darse a situación de que o material fose transportado entrando e saíndo de Galicia en dirección a outra provincia limítrofe, a Portugal ou para ser cargado nun buque mercante ou aeronave, sen ser por iso gravado polo ICAM, xa que o feito imponible desta figura tributaria é a almacenaxe e depósito).

- 2) Con respecto a se nos achamos ante un tributo interno discriminatorio, se atendemos á dicción do artigo 110 TFUE, podemos observar que neste caso non nos atopamos co feito de que o coeficiente sexa superior ao que se aplicaría a outro español (posto que o residuo pode proceder doutra comunidade autónoma, *verbi gratia*, Castela e León, e ser gravado co mesmo coeficiente que se procede doutro Estado membro). Ademais, se atendemos ao obxecto da operación gravada, poderemos apreciar que os residuos xerados polo proceso de extracción da industria mineira non poden ser cualificados como *produto* nos termos en que é definido polo Tratado, máxime no sentido en que é definido pola xurisprudencia, xa que o TXUE sinalou que a similitude entre produtos discriminados fiscalmente se dá cando presentan propiedades análogas e satisfán as mesmas necesidades dos consumidores¹⁹, o que evidentemente non se pode apreciar cando os residuos mineiros, descritos no artigo 3.7, apartados c), d) e e), do Real decreto 975/2009, do 12 de xuño, sobre xestión dos residuos das industrias extractivas e de protección e rehabilitación do espazo afectado por actividades mineiras²⁰, sexan destinados a consumidor ningún, posto que nos atopamos con materiais sólidos, acuosos ou en pasta que se xeran tras a investigación e aproveitamento dos recursos xeolóxicos. Non obstante, esta última fundamentación pode cambiar se temos en conta que certos residuos poderían chegar a ser aproveitados para a elaboración de certos produtos (reguladores de acidez, elaboración de cal vivo...).

Por todo iso, pois, a norma fiscal analizada non parece tratarse tampouco, en termos xerais, dun suposto de tributo interno discriminatorio que conculque a liberdade de circulación de mercadorías.

¹⁹ Vide a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 4 de marzo de 1986, *Comisión/Dinamarca*, asunto C-106/84 (identificador ECLI:EU:C:1986:99).

²⁰ BOE núm. 143, do 13 de xuño de 2009.

- 3) Finalmente, respecto a se a norma establecida supón unha medida de efecto equivalente a unha restrición á importación proscriba polo artigo 34 TFUE, a resposta debe ser, de novo, negativa, posto que, se ben a medida pode obstaculizar a traída dos residuos á comunidade autónoma ao establecerse un coeficiente de incremento superior que xera unha maior presión fiscal, tamén é certo que non nos atopamos en verdade ante un suposto onde a norma fixe unhas condicións máis onerosas ou dificultosas para que se produza a almacenaxe, como son as descritas na xurisprudencia comunitaria anteriormente citada, que poden consistir en establecer formas, dimensións, continentes especiais, maiores dificultades de selección, maior cantidade de controis, etc., que poden redundar no establecemento dunhas condicións de comercialización máis onerosas.

Non se debe deixar sen sinalar, ademais, que, aínda que non sexa na súa raíz unha restrición cuantitativa á importación, para o caso de que puidese argumentarse que si se dá no incremento da cota tributaria establecida pola norma que estamos analizando tal prohibición do artigo 34 TFUE, o artigo 36 do mesmo instrumento normativo prevé que esa prohibición xeral non é obstáculo para unha restrición á importación xustificada por razóns de protección de saúde e vida das persoas e animais e preservación dos vexetais. Neste punto resulta interesante aludir á Sentenza do Tribunal de Xustiza do 19 de xuño de 2008, *Andibel*, asunto C-219/07²¹, que sinala como medida baseada en criterios obxectivos e non discriminatorios, completamente proporcionada, o establecemento de restricións á importación cuxo fin é a preservación do benestar animal.

Deste xeito, non parece existir, desde o meu punto de vista, unha vulneración da liberdade de circulación de mercadorías ao establecerse este coeficiente de incremento superior.

4.2 *Liberdade de establecemento*

Mención á parte merece a análise da medida fiscal establecida polo artigo 17.1, epígrafe b), da Lei 12/2014, do 22 de decembro, á luz das disposicións que proclaman e garanten a liberdade de establecemento dos nacionais comunitarios no territorio dos distintos Estados membros.

Con carácter previo, débese sinalar que tal liberdade se proclama no artigo 49 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, precepto que determina a prohibición de restricións á liberdade de establecemento dos nacionais dun Estado membro no territorio doutro Estado membro. Tal prohibición esténdese ás restricións que se poidan impoñer relativas á apertura de axencias, sucursais ou filiais no territorio doutro Estado membro.

²¹ Identificador ECLI:EU:C:2008:353.

En todo caso, a liberdade de establecemento comprenderá o acceso ás actividades non asalariadas e o seu exercicio, así como a constitución e xestión de empresas e sociedades.

Deste xeito, en función do suxeito activo desta liberdade, podemos discriminar entre a liberdade de establecemento das persoas físicas e a liberdade de establecemento das persoas xurídicas, podendo quedar conculcadas ambas as dúas clases polo precepto regulador do ICAM que estamos a analizar.

Así pois, no referente á liberdade de establecemento das persoas físicas, se atendemos á xurisprudencia do TXUE, podemos apreciar que en resolucións tales como a Sentenza do 28 de xaneiro de 1986, *Comisión/Francia*, C-270/83²², o xulgador sinalou que son titulares desta liberdade proclamada, en liñas xerais, os autónomos e traballadores por conta propia, así como os empresarios emprendedores.

Pola súa banda, son titulares da liberdade de establecemento das persoas xurídicas as empresas e sociedades, sexan de dereito civil ou mercantil (ou mesmo cooperativas ou demais persoas xurídicas de dereito público ou privado, exceptuándose as que non persigan un fin lucrativo, conforme o artigo 54 TFUE), e con domicilio estatutario ou administración central ou centro de actividade principal no interior da Comunidade Europea. Estas entidades adoitan exercer, segundo manifesta o TXUE, a liberdade en cuestión mediante a creación de sucursais ou filiais, tal e como se reflicte nos termos do Tratado (pode consultarse, respecto a este punto, a recente Sentenza do 21 de setembro de 2023, *Romaqua Group SA*, asunto C-510/22²³).

Un dos mandatos claros que dá o precepto ao proclamar a liberdade de establecemento, tanto de persoas físicas como de persoas xurídicas, tal e como detallou o xulgador europeo en copiosa xurisprudencia (poden apreciarse a STXUE do 20 de setembro de 2020, *Cali Apartments*, asunto C-724/18²⁴; ou a Sentenza do 20 de abril de 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e do Mercato*, asunto C-348/22²⁵); é que, aínda que as disposicións relativas á liberdade de establecemento pretenden asegurar o desfrute do trato nacional no Estado membro de acollida, opóñense, así mesmo, a que o Estado de orixe obstaculice o establecemento noutro Estado membro dun dos seus nacionais ou dunha sociedade (isto é, a interdicción de establecemento de restricións fiscais de saída ou *exit taxes*).

Se se realiza unha interpretación sobre a xurisprudencia dada, pódense apreciar, con respecto a este suposto, unha serie de cuestións. En primeiro lugar, respecto ao aseguramento do desfrute do trato nacional no lugar de acollida, se ben é certo que non se está a producir unha discriminación por razón da nacionalidade (xa que, como sinalamos, se aplica o coeficiente superior tamén aos españois polos residuos procedentes de fóra de Galicia, polo que non se vulnera o mandamento do artigo 18 TFUE de non levar a cabo discriminacións por razón da nacionalidade), si é certo que se está a producir un incremento da débeda tributaria polo mero feito de establecer

²² Identificador ECLI:EU:C:1986:37.

²³ Identificador ECLI:EU:C:2023:694.

²⁴ Identificador ECLI:EU:C:2020:743.

²⁵ Identificador ECLI:EU:C:2023:301.

a fonte de extracción dos residuos mineiros noutro punto da xeografía nacional (ou noutro Estado membro) fóra da autonomía galega. Así, iso xeraría, de forma tentadora, que as explotacións mineiras se asentasen en xacementos de Galicia e non noutros puntos xeográficos que poderían prever inicialmente, apreciándose, neste sentido, unha idéntica *ratio legis* que a fixada nas restricións de saída para persoas físicas e xurídicas mediante as *exit taxes*. O problema que iso carrexaría sería, á parte desa influencia na vontade empresarial²⁶, que se puidesen perder outro tipo de beneficios fiscais previstos na lexislación do outro territorio onde se quería situar a mina.

Pola súa banda, se atendemos aos obstáculos que a medida fiscal pode supoñer sobre o establecemento das explotacións xa constituídas, tamén se exercería un interesante estímulo para trasladar a mina a territorio galego perdendo beneficios fiscais ou económicos doutra índole do lugar onde se atopa situada ou, pola contra, para deixar de exercer as actividades de almacenaxe no territorio da nosa comunidade autónoma, articulando unha loxística no referente á xestión de residuos que sexa distinta ao situar os espazos de depósito noutros lugares ou ao contratar a xestión de tal servizo con empresas doutros puntos da xeografía española ou mesmo doutros Estados membros.

Unha vez recoñecida esta posible vía para conculcar a liberdade de establecemento por parte da norma autonómica (se ben é certo que pola súa escasa diferenza no coeficiente de incremento ou pola peculiaridade dos casos vistos pode ter pouca relevancia na *praxis*), temos que recordar neste punto que as liberdades comunitarias que pretenden garantir o bo funcionamento do mercado interior, como é o caso desta liberdade de establecemento, exixen que as normas tributarias respecten o principio de neutralidade, de modo que se evite calquera distorsión nas decisións dos axentes económicos que deriven dos sistemas tributarios, agás que resulten xustificadas e proporcionadas²⁷.

Sobre esa xustificación e proporcionalidade das medidas fiscais que poden atacar ás liberdades de circulación, débese ter presente, para o caso da concreta que estamos tratando, que o artigo 52 TFUE sinala que as disposicións legais, regulamentarias e administrativas que prevegan un réxime especial para os estranxeiros e que estean xustificadas por razóns de orde pública, seguridade e saúde públicas poden contrariar a liberdade de establecemento proclamada. Iso complementase ademais coa xurisprudencia dada polo TXUE, que sinalou en reiteradas ocasións que, ademais de ter que existir un obxectivo lexítimo que responsa a razóns imperiosas de interese xeral, a xustificación dunha restrición das liberdades fundamentais garantidas polo dereito orixinario supón que a medida de que se trate poida garantir o alcance do obxectivo que persegue e non vaia máis alá do necesario para alcanzalo. Ademais, unha norma

²⁶ Se ben neste sentido non resulta tan ilícita tal influencia, dado que o empresario, ao considerar o lugar de constitución da explotación ou empresa, debe valorar o contorno tanto xenérico como específico, entrando niso os custos fiscais que a súa actividade vai xerar nun futuro. Cfr. ALFARO GIMÉNEZ, J., GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, C. e PINA MASSACHS, M., *Economía de la Empresa*, editorial Mc Graw Hill, Aravaca (Madrid), 2009, p. 13.

²⁷ Cfr. NIETO MONTERO, J. J., "Límites derivados del reparto de la potestad tributaria entre el Estado central y los entes subcentrales en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en CABALTA NABAIS, J., TAVARES DA SILVA, S. (coords.) e AAVV., *Controlo de estabilidade orçamental e límites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da UE*, Imprenta da Universidade de Coímbra, Coímbra (Portugal), 2017, p. 192.

nacional só é adecuada para garantir a consecución do obxectivo alegado se responde verdadeiramente ao empeño por facelo de forma congruente e sistemática (véxase, *verbi gratia*, a Sentenza do 10 de marzo de 2009, *Hartlauer*, asunto C-169/07²⁸).

Tomando en consideración que no referido artigo 52 TFUE non se prevé, como si se fai expresamente con outras liberdades, a protección do medio ambiente e a saúde e a vida da flora e a fauna como motivo para establecer normas nacionais que poidan restrinxir a liberdade de establecemento, do mesmo xeito que as causas que foron recoñecidas como obxectivos lexítimos de interese xeral pola xurisprudencia do Tribunal luxemburgués (como é o caso da necesidade de salvagardar a eficacia dos controis fiscais e evitar a evasión fiscal, o mantemento do equilibrio na repartición da potestade tributaria e a coherencia do sistema fiscal nacional) non permitirían establecer este tipo de normas conculcando, de maneira lexítima, a liberdade de establecemento, débese sinalar que, *a priori*, non parece haber motivo que xustifique a adopción desta medida fiscal. Malia isto último, podería ser interesante, realizando unha interpretación máis extensiva do precepto (aínda que iso resulta perigoso ou mesmo reprochable desde certo grao de pulcritude técnico-xurídica, posto que a interpretación das normas excepcionais debe facerse sempre de xeito restritivo) realizar unha relación, se se tentase declarar a validez da norma respecto ao ordenamento xurídico comunitario, entre os motivos de protección de saúde e seguridade públicas coa protección do medio ambiente e a prevención da contaminación entre territorios, debido a que en traxectos de transporte, polo xeral máis dilatados (aínda que iso non teña por que ser necesariamente así sempre), como son os que existen entre comunidades autónomas ou desde outro Estado membro a Galicia sempre haberá un risco de contaminación superior que en traxectos curtos, debido a que, a maior distancia, se incrementan as posibilidades de accidentes de circulación, emisión de verteduras ao medio natural ou de gases á atmosfera, etc. Non obstante, esta plausible aplicación na práctica do precepto podería verse, polos motivos vistos, afectada e consecuentemente desestimada a pretensión que baseándose nela se pretendese articular.

5 Conclusións

Ao longo deste traballo puidemos ir apreciando a relevancia que teñen os entes políticos e administrativos infraestatais dos distintos países membros da Unión Europea en relación co seu ordenamento xurídico, posto que eles, igual que os Estados, poden vulnerar o dereito comunitario, impedindo ou obstaculizando, *de facto et de iure*, a consecución dos obxectivos formulados por esta organización internacional de integración en relación co desenvolvemento económico e o libre mercado interior.

Así pois, se ben é certo que a Unión non ten competencia específica no ámbito da imposición directa, no cal se inclúe o tributo obxecto de estudo, as institucións comunitarias si teñen un forte peso en canto á valoración do establecemento deste

²⁸ Identificador ECLI:EU:C:2009:141.

tipo de normas fiscais, no sentido de que as mesmas poden incidir prexudicando o mercado interior mediante a vulneración do principio de non discriminación fiscal derivado do artigo 18 TFUE, as diferentes liberdades de circulación e a libre competencia dentro do mercado interior mediante a adopción de axudas públicas incompatibles cos obxectivos dos tratados.

Por estes motivos, a Comisión no exercicio da súa función de salvagardar o dereito da Unión e mais o Tribunal de Xustiza con idéntica misión, tanto ao resolver recursos interpostos polo Executivo europeo como por outras institucións ou Estados membros como ao responder a cuestións prexudiciais formuladas polos órganos xurisdiccionais para tutela os intereses dos cidadáns, velan por que estas normas non supoñan un incumprimento polos entes subestatais do ordenamento comunitario.

Así, é plausible que, ao non ter en conta o ordenamento xurídico comunitario no ditado das normas fiscais rexionais, ben sexa polo seu descoñecemento, pola súa temeridade ou por manifestas intencións en proveito propio (mesmo chegando ao egoísmo) da autonomía, se cumpra o aseverado por Habermas referente a que existe unha grotesca desproporción entre a influencia profunda que a política europea ten sobre as nosas vidas e a escasa atención que se lle presta en cada país.

Por todo iso, tomando en consideración o analizado neste traballo, con maior ou menor acerto, especialmente no que se refire ás friccións detectadas, só cabe concluír que os nosos poderes públicos deben velar polo correcto cumprimento do ordenamento xurídico da Unión Europea e as obrigas contraídas internacionalmente por España, neste caso con respecto ás friccións e potenciais vulneracións detectadas no imposto compensatorio ambiental mineiro, xa que o esquecemento destas ou os negligentes descoidos no ditado das normas poden provocar a insatisfacción de numerosas pretensións dos cidadáns, tanto no seu detrimento propio como no prexuízo colectivo, dado que un sistema financeiro que funcione en harmonía coa seguridade xurídica que debe proporcionar é o que permitirá destinar os recursos ao bo funcionamento do Estado social e democrático de dereito, a un nivel de vida elevado para a cidadanía e, en última instancia, a unha mellora significativa da paz social.

regap



COMENTARIOS

6 Bibliografía empleada

- ALFARO GIMÉNEZ, J., GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, C. e PINA MASSACHS, M., *Economía de la Empresa*, editorial Mc Graw Hill, Aravaca (Madrid), 2009.
- CRUCELEGUI GÁRATE, J.L., “El control de las ayudas públicas en la Unión Europea”, en *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, núm. 61, 2006.
- DEL BLANCO GARCÍA, A.J., *El Derecho de la Unión Europea como límite al sistema de financiación de las Comunidades Autónomas*, Universidade Nacional de Educación a Distancia, 2014.
- GAGO RODRÍGUEZ, A. e LABANDEIRA VILLOT, X., “La imposición ambiental gallega”, en *Revista Galega de Economía*, volume 11, número 2, 2002.

- GARCÍA NOVOA, C., “La Sentencia del caso Azores y su influencia en el poder normativo de las Comunidades Autónomas en España”, en *Dereito, Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, volume 15, número 1, 2006.
- NIETO MONTERO, J.J., “Límites derivados del reparto de la potestad tributaria entre el Estado central y los entes subcentrales en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en CABALTA NABAIS, J., TAVARES DA SILVA, S. (coords.) e AAVV., *Controlo de estabilidade orçamental e limites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da UE*, Imprensa da Universidade de Coímbra, Coímbra (Portugal), 2017.
- PÉREZ, D., “Hacia un sector agrario sostenible”, en *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, núm. 66, 2007.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte general*, 14.^a edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_xaneiro-xuño 2024 | pp. 143-166
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5211>
© Francisco de Cominges Cáceres
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 03/07//2024 | Aceptado: 03/12/2024
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence

67 Regap

Regap



COMENTARIOS

FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES
Maxistrado (Galicia, España)

f.cominges@poderjudicial.es

1 ADMINISTRACIÓN LOCAL

1.1 Contaminación acústica polas festas do Nadal organizadas por un concello. Afectación aos dereitos fundamentais dos veciños á saúde, intimidade e inviolabilidade de domicilio.

A Sentenza do TSXG do 29 de maio de 2024 (rec. 7144/2023, relator: Braña López) estima a demanda de protección de dereitos fundamentais interposta por varios veciños fronte á inactividade do Concello de Vigo ante as súas queixas pola contaminación

acústica xerada polo parque de atraccións instalado no centro da cidade entre os meses de novembro de 2022 e xaneiro de 2023 no contexto das celebracións do Nadal.

A sala conclúe, en primeiro termo, que o carácter temporal e tradicional das devanditas festas non escusa do obrigado cumprimento dos límites de emisión de ruído en espazos públicos. E, en segundo, que a proba pericial practicada demostrou que a contaminación acústica sufrida polos demandantes era excesiva e intolerable:

<<En definitiva, el ruido padecido por la apelante tuvo carácter persistente ya que su continuidad perduró (en los horarios permitidos) prácticamente dos meses si tenemos en cuenta el programa que para estas fiestas obraba publicado en la web del Ayuntamiento, y fue intenso, porque superó los límites legales permitidos, lo que podría conllevar una afectación potencial a la salud de las personas e implica un menoscabo del desarrollo de la personalidad al imposibilitar el desarrollo de la vida diaria, lo que vulnera los derechos fundamentales denunciados como violados (arts. 18.1 y 2 de la CE). Lo anterior nos lleva a concluir que el Ayuntamiento apelado se mantuvo inactivo al respecto de la contaminación acústica que se estaba produciendo la cual es achacable exclusivamente al Ente Local, Administración que es la que tuvo el control del foco emisor en todo momento, como dador de las correspondientes autorizaciones para celebrar la actividad de ocio y responsable de su supervisión, y es que, no sólo se considera inactividad la total dejación de potestades reconocidas a la Administración Pública en materia de control de la contaminación acústica, sino también hay que considerar inactividad, cuando la actividad administrativa no es lo suficientemente efectiva y contundente como para conseguir el respeto a los límites fijados por la normativa sectorial reguladora, como ha sucedido en este caso, pues existe un deber de los poderes públicos de garantizarnos el disfrute de nuestro descanso y tranquilidad mínima, según las circunstancias, no debiendo caber duda al Ente Local de que el interés jurídico que ha de resultar prevalente, el más digno de protección, es el derecho de los ciudadanos a la no recepción de ruidos molestos, en cuanto expresión de calidad de vida digna. No hay que olvidar que la Administración, como proclaman los arts. 103 y 106 de la CE, debe servir con objetividad y debe actuar con eficacia (la cual no es compatible con la inactividad) y con sometimiento pleno a la ley y al derecho>>.

1.2 Denegación a unha entidade asociativa do uso do auditorio municipal para conferencias polémicas en materia de saúde pública. Potestade discrecional. Motivación suficiente.

A Sentenza do TSXG do 26 de abril de 2024 (rec. 7013/2024, relator: López López) estima que o Concello de Vilagarcía de Arousa non vulnerou o dereito fundamental de igualdade no exercicio da liberdade de expresión e ideolóxica (artigos 14.1, 16 e 20 CE) ao denegarlle á agrupación Soberanía y Salud o uso do auditorio municipal para unha charla-coloquio crítica coas recomendacións da Organización Mundial da

Saúde (OMS) sobre as pandemias víricas. Ratifica a sentenza de instancia apelada, na cal se efectuaron as seguintes consideracións:

<<(…) a las Corporaciones municipales les corresponde también una competencia relevante en la materia sanitaria, reforzada legislativamente a raíz de la reciente pandemia del Covid-19 (artículos 33, 38, 45.2, 45.bis y 80 Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, modificada por Ley 8/2021, de 25 de febrero). Entre dichas competencias sobresalen las de “desarrollo de programas de promoción de la salud, educación sanitaria”, y otras propias de las “autoridades sanitarias”, como la adopción de “medidas preventivas en materia de salud pública” y el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de determinadas medidas preventivas de la propagación de virus y enfermedades.

Conforme a doctrina y jurisprudencia consolidadas las autorizaciones demaniales tienen un cierto contenido discrecional. (...) Para poder discernir si la “discrecionalidad” se ha ejercido o no de manera arbitraria, irracional o desproporcionada resulta fundamental la motivación del acto en cuestión. (...).

La denegación del uso del auditorio municipal (bien de dominio público) para la concreta actividad pretendida por el demandante se motivó en que “se trata dunha charla-coloquio na que o tema a tratar contempla unha revisión das recomendacións das autoridades sanitarias oficiais”.

(…) El Ayuntamiento de Vilagarcía de Arousa, que es una “autoridad sanitaria”, a la que se le han atribuido relevantes competencias en materia preventiva de propagación de enfermedades, en el contexto de la pandemia vírica recientemente padecida, no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados en la demanda, por su negativa a ceder el Auditorio municipal para un acto público dirigido a cuestionar las recomendaciones sanitarias oficiales al respecto. (...). Las excepciones contempladas expresamente en el artículo 6 del referido Reglamento municipal a las actividades autorizables en el Auditorio no conforman una lista cerrada, sino meramente ejemplificativa. A dichas excepciones se le pueden añadir los usos especiales de esos espacios para actividades que contradigan los propios fines de la Administración municipal. Sin duda es incompatible con su función de “autoridad pública sanitaria” destinar sus propios locales al cuestionamiento de las recomendaciones preventivas emitidas por organismos sanitarios oficiales.

Esta restricción tampoco vulnera los derechos fundamentales a la libertad ideológica y de expresión (artículos 16 y 20 CE). La decisión municipal no impide que el demandante pueda organizar la misma jornada divulgativa en otros locales no pertenecientes al ayuntamiento. Desde luego resultaría paradójico, incoherente y generador de confusión en la ciudadanía, que el ayuntamiento, que es una de las principales autoridades sanitarias públicas, encargadas de llevar a la práctica las recomendaciones para la prevención de epidemias y enfermedades emitidas por entidades sanitarias oficiales, como la Organización Mundial de la Salud, facilite

Regap



COMENTARIOS

la realización en su propia sede (Auditorio municipal) de una actividad destinada a cuestionar los planteamientos de dicho organismo internacional>>.

1.3 Incumplimento por un alcalde do seu deber de abstención en asunto que lle xera un conflito de interese persoal. Irregularidade non invalidante ao non influír na resolución definitiva.

O TSXG, na súa Sentenza do 8 de maio de 2024 (rec. 4107/2023, relator: Díaz Casales), conclúe en primeiro lugar que, cando un alcalde pode incorrer en conflito persoal de intereses nun asunto da súa competencia, non se satisfai o seu deber legal de abstención mediante unha delegación especial en determinado concelleiro. Debe substituílo automaticamente, en todo caso, o primeiro tenente de alcalde. Non obstante, conclúe tamén que, no concreto suposto examinado, a irregularidade formal cometida carece de efecto invalidante ao non ter influído no resultado final do procedemento administrativo:

<<conforme al Art. 23.4 de la Ley 40/2015 y el Art. 76 de la Ley de Bases de Régimen Local –y en el mismo sentido el Art. 230 de la Ley 5/1997 de Administración Local de Galicia y el Art. 185 del Reglamento de organización, funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales– que limitan la invalidez de los actos cuando se incumpliera el deber de abstención por parte de autoridades y funcionarios a aquellos supuestos en los que la intervención del que debió abstenerse fuera determinante de la resolución dictada>>.

1.4 Repercusión dos custos de investimento e mantemento dunha infraestrutura hidráulica supramunicipal nos concellos que se benefician dela. Límite temporal na revisión de oficio de actos firmes.

A Sentenza do TSXG do 19 de abril de 2024 (rec. 7032/2024, relator: Fernández López) analiza a desestimación da solicitude formulada por un concello de revisión de oficio dunha resolución ditada por outro concello no ano 1998 fixando as sumas económicas que debe aboar para compensar os gastos de investimento e mantemento da infraestrutura hidráulica supramunicipal cuxo uso comparten.

A sala desestima o recurso. Considera que a corporación municipal demandante deixou transcorrer demasiado tempo para instar a revisión de oficio do acto firme (artigo 106 Lei 39/2015 LPAC) e que os distintos defectos esgrimidos polo actor fronte ao acto impugnado (falta de competencia, omisión de trámite de audiencia, etc.) poderían cualificarse, de ser o caso, como vicios de anulabilidade, pero non de nulidade de pleno dereito.

2 CONTRATOS E SUBVENCIONES

2.1 Reequilibrio económico de contratos de concesión de servicios polas restricións adoptadas fronte á pandemia da covid-19. Non procede, en principio, aboar unha indemnización por lucro cesante, senón só prorrogar a concesión, revisar as tarifas ou minorar o canon.

O TSXG, na súa Sentenza do 24 de novembro de 2023 (rec. 7147/2023, relator: Fernández López), analiza o mecanismo compensatorio establecido no artigo 34.4 do Real decreto-ley 8/2020, do 17 de marzo, de medidas urxentes extraordinarias para facer fronte ao impacto económico e social da covid-19, respecto dun contrato do Concello de Ferrol de concesión para a explotación da piscina climatizada municipal.

Conclúe, en primeiro lugar, que as medidas de reequilibrio concesional reguladas no dito precepto resultan aplicables a supostos en que o contrato, unha vez finalizado o seu período máximo de vixencia, se continuase executando coa conformidade tácita das partes. Tamén que *<<la remisión que ese precepto hace de la vigente ley contractual del año 2017 tiene tan sólo por finalidad identificar a las entidades contratantes, que son las definidas como sector público en esa ley, pero en modo alguno supone que no se aplique a los contratos celebrados con arreglo a textos legales anteriores, siempre que se encuentren en vigor>>*.

Pero, en segundo lugar, denega a pretensión da concesionaria de recibir unha indemnización en metálico pola perda de beneficios do período de peche obrigatorio da piscina da concesión entre o 14 de marzo e o 21 de xuño de 2020 (primeiro estado de alarma na pandemia da covid-19), coas seguintes consideracións:

<<lo que no procede en modo alguno es reconocerle a la concesionaria el derecho a percibir una indemnización cifrada en 130.062,31 euros, por más que ampare ese importe en un informe pericial, ya que deberá estarse a lo que el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 reconoce, esto es, bien ampliar el contrato, o bien modificar las cláusulas de contenido económico (según proceda), para compensarles por “la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19”, siempre que se acredite de forma fehaciente “la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos”>>.

Regap



COMENTARIOS

2.2 Contrato de xestión dos servizos municipais de abastecemento e saneamento de auga. Incumprimento da obriga de revisión anual das tarifas. Prazo de prescrición da reclamación indemnizadora da concesionaria.

A Sentenza do TS do 21 de maio de 2024 (rec. 2524/2021, relator: Del Riego Valledor) confirma en casación a desestimación polo Concello de Monforte de Lemos da indemnización solicitada pola entidade mercantil concesionaria da xestión integral do servizo municipal de abastecemento de auga e saneamento por non se teren actualizado as tarifas do servizo conforme o previsto nos pregos do contrato. O alto tribunal conclúe sinalando que a estas obrigas contractuais se lles aplica o prazo prescricivo de 4 anos da Lei xeral orzamentaria, e non o xeral do artigo 1964 do Código civil (antes 15 anos, agora 5). Tamén que este prazo de 4 anos inicia o seu cómputo no momento en que se debeu efectuar cada actualización. E que, tras a desestimación presunta da correspondente reclamación, se reinicia o prazo prescricivo:

<<1.- En la contratación administrativa el plazo de prescripción es el determinado en la L.G.P., y no se aplica el Código Civil (...). el indicado contrato administrativo de gestión de servicios públicos se regirá por la citada LCAP y sus disposiciones de desarrollo y supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo, en este caso, el artículo 25.1 de la LGP en cuanto al plazo de prescripción, lo que hace innecesario acudir a las normas de derecho privado.

(...) debemos reiterar el criterio de esta Sala expresado en las sentencias 201/2019, de 22 de mayo y 1079/2019, de 16 de julio y, en consecuencia, confirmar el criterio de la sentencia impugnada sobre la aplicación en el presente caso del plazo de prescripción de 4 años, establecido por el artículo 25.1 de la LG.P. (...)

3 Por lo que se refiere al día inicial del cómputo del plazo de prescripción, (...) La parte recurrente mantiene que, en la hipótesis de que se admitiera que el plazo de prescripción es el de 4 años del artículo 25.1 LGP, entonces el plazo debería comenzar a contarse desde la fecha de liquidación por la Administración en 2018 o, en su defecto, desde la fecha de la resolución del contrato. (...) La tesis de la parte recurrente sería admisible en un contrato de prestación unitaria, como es el caso del contrato de obras, en el que existen pagos a cuenta y una liquidación final, pero no en contratos que tienen por objeto prestaciones continuadas o duraderas o de tracto sucesivo como son los de gestión de servicios público. (...) el plazo de prescripción de las acciones de reclamación relacionadas con las prestaciones ya realizadas comienza a correr desde el momento en el que la Administración debió hacer cada pago parcial (...)

la reclamación de la parte recurrente puede hacerse efectiva cada vez que finalice el ejercicio correspondiente (...) Así resulta del contrato administrativo de concesión del servicio de abastecimiento de agua, que en el artículo 30.2 del pliego

de condiciones establece, con la finalidad de garantizar el equilibrio económico financiero de la concesión, que “el Concello revisará anualmente las tarifas vigentes”, revisión que tomará como referencia, de acuerdo con el artículo 34.1 del pliego de condiciones, “el incremento experimentado por el índice de referencia en el período de julio a julio”.

Estimamos, por tanto, de aplicación la regla del artículo 25.1.a) LGP que establece que el plazo de prescripción de que se trata “...se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación o desde el día en que el derecho pudo ejercitarse”.

(...). 5 (...) plantea ahora la parte recurrente que la falta de respuesta a las anteriores reclamaciones, esto es el silencio administrativo, también interrumpe el plazo de prescripción. (...) El criterio contrario a estimar que la falta de respuesta o silencio administrativo interrumpe el plazo de prescripción de las acciones es el que ha venido manteniendo la Sala y ha sido mantenido últimamente en las sentencias 1394/2021, de 29 de noviembre (recurso 7680/2019) y 464/2022, de 20 de abril (recurso 3905/2020), que consideran que la tesis contraria de atribuir efectos interruptivos al silencio administrativo es incompatible con la finalidad de proporcionar seguridad a las relaciones jurídicas que persigue la prescripción (...)>>.

2.3 Reintegro de subvención por incumplimiento de obligaciones tributarias ou coa Seguridade Social.

O TS, na súa Sentenza do 5 de abril de 2024 (rec. 5279/2022, relator: Córdoba Castroverde), referida a Galicia, clarifica, en materia de subvencións, se o incumplimento polo beneficiario das súas obrigas tributarias ou de seguridade social pode xustificar a súa revogación, con estas conclusións:

<<los artículos 34.5 y 37 de la LGS han de interpretarse con arreglo a los criterios siguientes:

1 El artículo 34.5 LGS exige para el pago de la subvención en todos los casos, bien se trate de un pago anticipado, un pago a cuenta o un pago posterior al cumplimiento de las condiciones, que el beneficiario se halle al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

2 Sin embargo, una vez producido el pago de la subvención, las causas que pueden fundamentar el reintegro de la subvención son las enumeradas en el artículo 37 de la LGS, entre las que no figura la de no hallarse el beneficiario al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

Regap



COMENTARIOS

3 Cuestión distinta es que, una vez producido el pago de la subvención, el hallarse al corriente el beneficiario en las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social forme parte de las condiciones que fundamentaron la concesión de la subvención y a cuyo cumplimiento se obligó el concesionario, como es el caso de las obligaciones de creación y mantenimiento por un tiempo estipulado de un determinado número de puestos de trabajo, que requiere, obviamente, el alta y la cotización a la Seguridad Social por los trabajadores empleados. En tales casos, el incumplimiento por el beneficiario de las obligaciones frente a la Seguridad Social inherentes a la creación y mantenimiento de los puestos de trabajo puede fundamentar una revocación de la ayuda, pero no en virtud del artículo 34.5 de la LGS, pues el pago de la subvención se efectuó cuando concurrían los requisitos exigidos para ello, sino en virtud de la causa de reintegro descrita en el artículo 37.1.b) de la LGS>>.

3 MEDIO AMBIENTE E URBANISMO

3.1 Constitucionalidade da Lei 4/2023, do 6 de xullo, de ordenación e xestión integrada do litoral de Galicia.

O Tribunal Constitucional (TC), na súa sentenza 68/2024, do 23 de abril (suplemento BOE 30/05/2024, relator: Tolosa Tribiño, inclúe voto particular), desestima practicamente todo o recurso interposto polo presidente do Goberno contra a Lei autonómica 4/2023, do 6 de xullo, de ordenación e xestión integrada do litoral de Galicia (LOLGA).

A sentenza descarta que a Comunidade Autónoma de Galicia deba modificar o seu Estatuto de autonomía para poder asumir a competencia autorizatoria do uso e ocupación do dominio público marítimo-terrestre (DPMT). Conclúe que esta potestade, executiva, se insire na competencia exclusiva sobre ordenación do territorio e do litoral, asumida por Galicia no artigo 27.3 do seu Estatuto de Autonomía. Así mesmo, rexeita que a regulación dos instrumentos de ordenación do litoral e dos seus usos concretos contida na LOLGA sexa incompatible coa lexislación estatal dirixida á preservación do DPMT (art. 132 CE). Incide en que a Administración do Estado non perde a súa potestade para reaccionar, en defensa do DPMT, se a autorización ou o plan aprobado pola Xunta de Galicia infrinxise a normativa básica estatal en materia de costas.

Unicamente declara inconstitucional a posibilidade, establecida no artigo 60.3 LOLGA, de implantar estacións depuradoras de augas residuais no DPMT, ao resultar incompatible co disposto no artigo 44.6 da Lei 22/1988, de costas. Tamén censura o trato privilexiado que o artigo 59.2 LOLGA lles outorga ás embarcacións galegas fronte ás do resto do país. E, por último, interpreta que os establecementos da cadea mar-industria alimentaria poderán ocupar terreos de DPMT ou comprendidos na zona de servidume de protección (ZSPC), única e exclusivamente cando requiran a captación e retorno de auga de mar para o desenvolvemento dos seus procesos

produtivos ou comerciais, sempre que ademais se xustifique que pola súa natureza non poidan ter outra localización (se ocupan DPMT), ou que prestan servizos necesarios ou convenientes para o uso deste domini (se se sitúan en ZSPC).

3.2 Inconstitucionalidade da lei galega que estableceu un prazo máximo de reacción fronte ás obras ilegais realizadas en zona de servidume de protección de costas.

No artigo 92 da Lei estatal 22/1988, de costas –LC– (versión orixinaria, vixente entre os anos 1988 e 2013), reguláronse as consecuencias da demora da reacción da Administración fronte ás obras realizadas en zona de dominio público marítimo-terrestre (DPMT), ou en servidume de protección de costas (ZSPC). Desde a perspectiva do procedemento sancionador (que concluiría cunha multa), establecéronse nel determinados prazos de prescrición das infraccións (catro anos para as graves e un ano para as leves). E, respecto da reposición da legalidade (demolición das obras ilícitas), dispúxose no mesmo precepto que se debería ordenar “calquera que sexa o tempo transcorrido”.

A Lei estatal 2/2013, do 29 de maio modificou, entre outros, o referido artigo 92 LC, circunscríbindoo ao procedemento sancionador (multa). Reduciu á metade os prazos de prescrición das infraccións (quedando en dous anos para as graves e seis meses para as leves). E introduciu, *ex novo*, un prazo de prescrición para a execución forzosa das multas (dous anos para as graves e un ano para as leves). Ao mesmo tempo suprimiu a referencia expresa da versión primitiva do precepto sobre a existencia de reposición das cousas ao seu estado anterior “calquera que sexa o tempo transcorrido”.

O relativo á reposición física dos terreos pasou a regularse con carácter exclusivo no artigo 95.1 LC, co seguinte texto definitivo:

<<Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente. Esta obligación prescribirá a los quince años desde que la Administración acuerde su imposición, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.2 de esta Ley>>.

É dicir, tras a modificación operada pola Lei 2/2013, do 29 de maio, os límites temporais para o exercicio da potestade de reposición física dos terreos en dominio público ou en zona de servidume afectados por unha obra ilegal compendiáronse no artigo 95 LC, nestes termos:

- A obriga de restitución “das cousas e reposición ao seu estado anterior” continuou sen someterse a prazo determinado. [De establecerse un prazo máximo concreto para a incoación do procedemento de reposición sería de “caducidade”

Regap



COMENTARIOS

e non de “prescrición”, conforme o asentado criterio doutrinal e xurisprudencial establecido respecto diso na materia urbanística].

- Unha vez concluído o procedemento coa resolución definitiva de reposición da legalidade, o infractor deberá restaurar os terreos, ou indemnizar subsidiariamente, “no prazo que en cada caso se fixe na resolución correspondente”.
- Tras a imposición da orde de demolición ou restauración, a Administración dispoñerá do prazo máximo de quince anos para proceder á súa execución forzosa (prescrición da resolución de reposición).

Este novo prazo de 15 anos inspirouse na xurisprudencia do Tribunal Supremo (S.^a do Contencioso-Administrativo), consolidada para integrar a lagoa existente na normativa sectorial urbanística sobre a prescrición das ordes de demolición firmes. Esta xurisprudencia fixara o criterio de aplicarlles supletoriamente o prazo de prescrición das accións persoais regulado no artigo 1964 do Código civil (CC). Prazo que naquela época, anterior á reforma do CC pola Lei 42/2015, do 5 de outubro, era de 15 anos [SS TS 05/06/1987 –núm. 822–; 17/02/2000 –rec. 5038/1994–; 25/11/2009 –rec. 6237/2007–; e 29/12/2010 –rec. 500/2008–. Pode tamén citarse, no mesmo sentido, a S do TSX Galicia, S.^a do Contencioso-Administrativo, de 20/11/2014 –rec. 4074/2014–].

Na Comunidade Autónoma de Galicia a competencia para reaccionar fronte ás construcións ilegais erixidas en ZSPC correspóndelle á Axencia de Protección da Legalidade Urbanística (APLU), pertencente á Xunta de Galicia [artigo 35 do Decreto da Xunta de Galicia 97/2019, do 18 de xullo, polo que se regulan as competencias da Comunidade Autónoma de Galicia na ZSPC (DOG de 09/08/2019)]. Desde a entrada en vigor da referida reforma da LC pola Lei 2/2013 e ata a aprobación da Lei galega 7/2022 en cuestión, a APLU sostivo de maneira firme e vehemente, tanto na vía administrativa como na xudicial, que aquela non modificou o prazo indefinido ou permanente de reacción fronte ás obras construídas ilegalmente en ZSPC. Concluíu a APLU que o novo prazo de prescrición, de 15 anos, do artigo 95.1 LC modificado, se refire exclusivamente á execución forzosa das ordes de demolición xa ditadas e notificadas, de maneira que non afecta á potestade administrativa de incoación do procedemento de restauración da legalidade fronte á edificación legal.

A APLU, e os letrados da Xunta de Galicia que a defenden en xuízo, sostiveron esta interpretación, continuadamente, ante a xurisdición contencioso-administrativa en todos os litixios en que se formulou o conflito. E o TSXG deulles sempre a razón, en innumerables sentenzas (ad. ex. SS TSXG 14 de xaneiro de 2019 (rec. 4251/2018), 31 de maio de 2019 (rec. 4072/2018), 2 de decembro de 2022 (rec. 4299/2022), 23 de setembro de 2022 (rec. 4102/2022), 14 de maio de 2021 (rec. 4025/2021), 9 de abril de 2021 (rec. 4143/2020), 26 de marzo de 2021 (rec. 4283/2020), 1 de decembro de 2020 (rec. 4207/2019), 23 de novembro de 2020 (rec. 4087/2019), 19 de outubro de 2020 (rec. 4052/2020), 18 de setembro de 2020 (rec. 4095/2019), 11 de setembro de 2020 (rec. 4367/2019), 26 de xuño de 2020 (rec. 4270/2019), 19 de xuño de

2020 (rec. 4200/2019), 18 de xuño de 2020 (rec. 4012/2019), 25 de xaneiro de 2019 (rec. 4381/2017), 20 de xuño de 2019 (rec. 4054/2018), 20 de setembro de 2019 (rec. 4151/2018), 21 de novembro de 2019 (rec. 4306/2019). O TS confirmou en casación o criterio do TSXG, nas súas sentenzas do 11 de xullo de 2018 (RC 953/2017) e 2 de decembro de 2020 (RC 7404/2019), fixando a seguinte doutrina xurisprudencial:

<<Que la obligación de imposición de las obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción, como consecuencia de una condena penal o una sanción administrativa, se mantienen en la LC en la misma situación que antes de la reforma de la LMC, sin que de esta se derive novedad alguna>>.

De maneira que a reforma da LC pola Lei 2/2013 non afectou en Galicia ao principio de seguridade “xurídica” no referente aos prazos máximos de reacción fronte a estas obras ilegais. Tanto a Administración competente (APLU-Xunta de Galicia) como os tribunais da xurisdición contencioso-administrativa concluíron desde o primeiro momento, conforme a súa interpretación gramatical e sistemática, que se manteñen abertos indefinidamente.

Nesta tesitura, promulgouse a Lei do Parlamento de Galicia 7/2022, do 27 de decembro, de medidas fiscais e administrativas. No seu artigo 10.1 estableceuse *ex novo* un prazo específico de caducidade ou perención da potestade administrativa para reaccionar fronte ás obras ilícitas realizadas en ZSPC mediante un procedemento de reposición da legalidade. Concretamente, un prazo de quince anos [prazo que xa non coincide co residual ou supletorio de prescrición de accións persoais previsto no artigo 1.964 CC, tras a súa minoración a cinco anos pola Lei 42/2015, do 5 de outubro]. E na súa disposición transitoria primeira ordenouse a aplicación retroactiva deste beneficio a todas as construcións ilícitas preexistentes.

O Xulgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra mediante Auto do 19 de xuño de 2023 formulou fronte aos ditos preceptos a cuestión de inconstitucionalidade núm. 4409/2023 (BOE 18/12/2023), coas seguintes consideracións:

<<(…) la Comunidad Autónoma de Galicia ha sobrepasado el ejercicio legítimo de sus competencias al establecer “ex novo” un plazo límite de reacción frente a las obras realizadas ilícitamente en ZSPC. Esa medida no constituye una “norma adicional de protección” del dominio público marítimo-terrestre (artículo 149.1.23 CE). Por el contrario, prima el interés particular de quien ha incumplido el régimen básico esencial de protección del dominio costero, sobre el general medioambiental y paisajístico respecto de una zona especialmente sensible y vulnerable (la franja litoral), que los poderes públicos deben preservar (artículo 45 de la Constitución). El legislador estatal, en el artículo 95 LC, decidió no someter a límite temporal la potestad administrativa (...). Esa medida protectora (plazo permanente de reacción frente a obras ilegales ejecutadas en suelo de propiedad privada con determinada afección pública) no es anómala en nuestro Derecho administrativo. Así, por ejemplo, la legislación urbanística (en todas las CCAA) también la prevé cuando se edifica ilícitamente en suelo calificado por el planeamiento para futuras zonas verdes, espacios libres y dotaciones o equipamientos

públicos (ad. ex. artículo 155 Ley 2/2016, de 10 de febrero, del Suelo de Galicia; o, indirectamente, artículo 55 del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre). También se encuentra una habilitación semejante en otras legislaciones sectoriales, como la de carreteras: en el artículo 64 de la Ley 8/2013, de 28 de junio, de carreteras de Galicia se dispone, para las obras ilícitamente realizadas en la zona de servidumbre del vial, que: “ La obligación de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior se les exigirá a las personas responsables de la infracción en cualquier momento, independientemente de la eventual prescripción de ésta o de las sanciones que se deriven de ella “.

De lo que no cabe duda es de que las comunidades autónomas carecen de competencia legislativa para innovar a la baja el régimen estatal de protección de la ZSPC, en beneficio de los infractores, bien modificando lo dispuesto al respecto en el artículo 95 LC (como aparentemente ha hecho esta Ley 7/2022); bien -en la última interpretación del Letrado de la Xunta colmando una supuesta “laguna” del legislador estatal. Se produce con ello, además de un menoscabo relevante en la protección del medio ambiente y del paisaje litoral, una desigualdad esencial en las obligaciones y derechos de los ciudadanos sobre dicho espacio en el conjunto del territorio español.

Tal y como se ha indicado, la Ley aquí cuestionada no se dirige en pureza a salvaguardar el “principio de seguridad jurídica” (artículo 9.3 CE), porque en Galicia la reforma de la LC por la Ley 2/2013 no le llegó a generar dudas interpretativas, sobre la continuidad del plazo permanente de reacción, ni a la Administración autonómica que la había de aplicar (la APLU), ni al Tribunal de Justicia que supervisa su actuación.

No es difícil deducir que dicha norma autonómica tiene como única finalidad la de beneficiar a quienes han infringido la Ley de Costas en la zona de servidumbre de protección del litoral gallego, otorgándoles un privilegio singular frente a los que cometen la misma infracción en el resto del litoral español. Y ello invadiendo la competencia estatal en materia de costas, en detrimento de los valores medioambientales y paisajísticos que su legislación básica pretende preservar>>.

Posteriormente, o presidente do Goberno interpuxo o recurso de inconstitucionalidade núm. 6243/2023 contra os mesmos preceptos autonómicos, provocando a súa suspensión cautelar (BOE de 30/10/2023 e 03/04/2024). A Sentenza do TC 76/2024, do 8 de maio (BOE de 10/06/2024, relator: Díez Bueso, contén voto particular), estima este último recurso e declara nulos os artigos 10.1, 10.2, 10.3, así como a disposición transitoria primeira da referida Lei galega 7/2022, do 27 de decembro, de medidas fiscais e administrativas, cos seguintes razoamentos:

<<El precepto autonómico, al regular un plazo cuya expiración impide a las autoridades competentes imponer la reposición de la legalidad en relación con las

obras y actuaciones contrarias a las limitaciones y prohibiciones que rigen en la zona de servidumbre de protección, contraviene la regla de imprescriptibilidad prevista en el art. 21.1 LC, al permitir que, por el transcurso del tiempo, pierdan su eficacia y obligatoriedad las limitaciones que, para el uso y la ocupación de los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, se derivan de la regulación de la servidumbre de continua referencia. De esta manera, producida la prescripción de la potestad administrativa para imponer la obligación de reposición de la legalidad, los titulares de los terrenos colindantes con el dominio público marítimo-terrestre pasarían a poder ejercer su derecho de propiedad sobre los mismos como si estuvieran libres del gravamen que constituye la sujeción al régimen jurídico de la servidumbre de protección, generándose un efecto que en poco o en nada se diferencia del que obtendrían en el caso de ser posible –en ausencia de la regla del art. 21.1 in fine L – la extinción de la servidumbre por prescripción derivada del no uso de la misma durante un determinado período de tiempo.

Frente a ello, no puede aducirse que el precepto impugnado pueda hallar cobertura en la competencia autonómica para dictar normas adicionales sobre protección del medio ambiente (art. 27.Treinta EAG). La regulación de un plazo para el ejercicio de las acciones dirigidas a hacer valer las normas reguladoras de la servidumbre de protección más reducido que el que resulta de las previsiones de la legislación básica estatal, que no sujeta la acción para la reposición de la legalidad a plazo alguno, no otorga una mayor protección a los intereses medioambientales y paisajísticos del dominio público marítimo terrestre, a cuya preservación se ordena precisamente la servidumbre de protección (art. 20 LC). Por el contrario, esta previsión supone una merma del régimen legal de protección de la zona de servidumbre, al introducir ex novo una regla cuya aplicación puede llegar a producir el efecto de impedir la actuación de la Administración frente a obras y actuaciones ilegalmente ejecutadas sobre la referida franja de terreno>>.

regap



COMENTARIOS

3.3 Avaliación ambiental de explotación mineiras.

A Sentenza do 7 de xuño de 2024 do TSXG (rec. 7240/2022, relator: Cambón García) estima o recurso promovido por unha asociación ecoloxista fronte á autorización de explotación da mina de coltán Penouta, en Viana do Bolo, pola insuficiencia da súa avaliación ambiental, ao non ponderar adecuadamente a incidencia da dita actividade nas contornas protexidas inmediatas (Pena Trevinca), nin a súa afectación á saúde dos veciños dos núcleos máis próximos:

<< la insuficiencia del estudio de afectación ambiental aparece cumplidamente acreditada de lo considerado (...), toda vez que la Rede Natura 2000 no ha sido objeto de un estudio de afectación, sin que la promotora hubiese realizado una oportuna y adecuada evaluación sobre el espacio “Peña Trevinca”, limitándose a indicar que el proyecto no afecta a ningún espacio protegido, cuando la ZEC y

la ZEPA Pena Trevinca se encuentran a cero metros del enclave minero, constatándose que las masas de aguas superficiales superan la normativa permitida para arsénico, mercurio, cadmio y plomo y de haberse realizado tal evaluación de afectación es dudoso que se hubiese aprobado, dados los antecedentes de la mina “San Rafael”, T.m. “O Pino-Touro” con DIA negativa por posibles impactos a LICA “Sistema Fluvial Vela-Deza” y “Ría de Arousa”, a más de 40 kms, apareciendo acreditado impacto del polvo resultante de voladuras y movimientos, así como grietas en viviendas y afectadas las aguas destinadas a consumo humano, que motivó denuncias de la empresa municipal de Aguas de Viana do Bolo, con actuaciones de la CHMS, Guardia Civil y Comisaría de Aguas>>.

3.4 Planeamento urbanístico. É posible promover, por iniciativa particular, a modificación puntual dun plan especial de protección de conxunto histórico.

Así o declara o TS, na súa Sentenza do 12 de marzo de 2024 (rec. 5723/2022, relator: Lesmes Serrano), sobre a modificación do PEPRI do conxunto histórico da cidade de Lugo. A sentenza realiza unha exhaustiva análise da normativa estatal e galega reguladora do patrimonio histórico e cultural, concluíndo finalmente que:

<<el que se trate de Planes de exclusiva iniciativa pública no significa que los particulares no puedan tener ninguna participación o iniciativa en una modificación puntual del planeamiento una vez aprobado el Plan Especial de Protección del Conjunto Histórico. (...) Los particulares interesados tienen el derecho a promover una modificación puntual de un Plan Especial de protección de un área afectada por la declaración de Conjunto Histórico, sin perjuicio de que es a la Administración municipal a quien corresponde la aprobación inicial y definitiva de dicha modificación>>.

3.5 Requisitos urbanísticos das vivendas e apartamentos de uso turístico.

O TSXG, nas súas sentenzas do 7 de febreiro e 20 de marzo de 2024 (recs. 4295/2023, relatores: Parada López e Díaz Casales), en primeiro lugar ratifica o seu criterio de que as vivendas dedicadas a aloxamento turístico desenvolven un uso de especial intensidade equiparable ao de hospedaxe, que no caso de Santiago de Compostela só se pode implantar na planta primeira en edificios residenciais. A segunda sentenza conclúe que as vivendas preexistentes que se pretendan dedicar a uso turístico deben cumprir integramente as prescricións do Código Técnico da Edificación en materia de accesibilidade e supresión de barreiras arquitectónicas vixentes a día de hoxe.

3.6 Disciplina urbanística. A APLU non pode ordenar directamente a demolición de edificacións erixidas conforme a licenza de obras municipal. Previamente debe revisarse e anularse a licenza.

A Sentenza do TS do 19 de xaneiro de 2024 (rec. 3815/2022, relator: Olea Godoy) ratifica o criterio consolidado do TSXG conforme o cal a Administración autonómica carece da posibilidade de exixir a derruba de edificacións que se construíron ao abeiro de licenza municipal. Antes debe impugnarse e anularse a licenza (sentenzas do TSXG do 2 de novembro de 2020 –rec. 4163/2019–; 13 de xullo de 2021 –rec. 4074/2021–; 17 de xaneiro de 2022 –rec. 4284/2021–; e 15 de novembro de 2023 –rec. 4147/2023–).

4 PERSOAL

4.1 Procedemento selectivo para novo ingreso nas administracións locais. Non é preceptivo ofrecerlles previamente as prazas vacantes aos funcionarios de carreira mediante concurso de traslados.

Resolve a diatriba o TSXG na súa Sentenza do 15 de febreiro de 2024 (rec. 452/2023, relator: Seoane Pesqueira) con esta argumentación:

<<(…) Hay que tener en cuenta que en esta materia rige la regulación contenida en el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en la redacción derivada de la modificación operada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (...), que al regular las ofertas de empleo público contiene un precepto específico que habilita la oferta al titular de nuevo ingreso, al establecer que “Las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo entre quienes ya tuvieren la condición de funcionarios”.

Este precepto mantiene su vigencia porque, si bien es cierto que los apartados 1 a 5 de dicho artículo 18 de la Ley 30/1984 fueron derogados por la disposición derogatoria única.b) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en ella se añadía que continuaban vigentes en tanto no se opongán a lo establecido en el mismo hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo, según establece su disposición final 4.2.

Por tanto, tiene respaldo normativo la actuación del Concello de Lugo de haber convocado la plaza litigiosa sin haberla incluido previamente en un concurso entre quienes ya tuvieran la condición de funcionarios. Y esa cobertura es a través de una norma con rango de ley. La demandante pretende que, frente a dicha norma, prevalezca lo recogido en el apartado 6.3 del plan de ordenación

regap



COMENTARIOS

de recursos humanos del Concello de Lugo, para lo que invoca la potestad de autoorganización de las Corporaciones Locales y se apoya en la disposición adicional 21ª de la propia Ley 30/1984, según la cual “ Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, de acuerdo con su capacidad de autoorganización, podrán adoptar, además de Planes de Empleo, otros sistemas de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a sus especificidades, que podrán incluir todas o alguna de las medidas mencionadas en los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la presente Ley, así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada”.

Esta disposición adicional 21ª de la Ley 30/1984 no permite a las Corporaciones Locales alterar cuanto se recoge en el apartado 4 del artículo 18, pues expresamente se refiere a la posibilidad de inclusión de las medidas contenidas en los apartados 2 y 3, pero no a la del apartado 4, la cual no tiene nada que ver con los incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada (...).

La lectura detenida de dicho apartado pone de manifiesto que a su amparo no se permite que la Corporación Local incluya una medida que vaya en contra de lo que establece el apartado 4 del mismo precepto. Tampoco lo permite el apartado 3 del propio artículo 18, con arreglo al cual “ El personal afectado por un Plan de Empleo podrá ser reasignado en otras Administraciones Públicas en los términos que establezcan los convenios que, a tal efecto, puedan suscribirse entre ellas”.

Para fundar su pretensión de anulación de la resolución administrativa impugnada también invoca la apelante el título X de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia, que se refiere a la planificación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que contempla, en su artículo 69 (no lo cita expresamente la recurrente) que los planes de ordenación de recursos humanos pueden incluir, entre otras medidas, el análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos, y medidas de movilidad.

El examen de una y otra regulación evidencia que entre esas medidas de planificación para la ordenación de recursos humanos no cabe incluir la que se recoge en el apartado 6.3 del plan de ordenación de recursos humanos del Concello de Lugo, por lo que ni la normativa que se menciona puede servir de apoyo a la pretensión de fondo que se invoca ni a su amparo puede prevalecer aquel apartado sobre el artículo 18.4 de la Ley 30/1984 que, como hemos visto, continúa vigente>>.

5 PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

5.1 Lexitimación activa da xunta de persoal dunha corporación municipal para impugnar un procedemento selectivo. Vinculación da Administración polos seus actos propios.

A Sentenza do TSXG do 15 de febreiro de 2024 (rec. 452/2023, relator: Seoane Pesqueira) revoga a de instancia apelada, recoñecéndolle lexitimación activa á xunta de persoal do Concello de Lugo para impugnar resolucións ditadas en materia de selección de persoal, con estes enfoques:

<<(…) el artículo 4o.1.e del EBEP establece, como una de las funciones de las Juntas de personal, la de vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social y empleo y ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas ante los organismos competentes, mientras que el apartado 2 del propio artículo 4o dispone que “ Las Juntas de Personal, colegiadamente, por decisión mayoritaria de sus miembros y, en su caso, los Delegados de Personal, mancomunadamente, estarán legitimados para iniciar, como interesados, los correspondientes procedimientos administrativos y ejercitar las acciones en vía administrativa o judicial en todo lo relativo al ámbito de sus funciones”.

Con esa norma se permite que la Junta de personal defienda lo que pueda constituir un interés colectivo de los empleados públicos que afecta a sus condiciones de empleo.

Al ejercitar el recurso promovido en el caso que ahora se analiza la Junta de personal está defendiendo las condiciones de empleo de los empleados públicos del Concello de Lugo (...). En consecuencia, el artículo 4o.1.e del EBEP respalda la legitimación ad causam de la Junta de personal para la promoción del recurso contencioso-administrativo frente a una resolución del Concello de Lugo en la que se decide ofertar dos plazas de auxiliar administrativo, y posteriormente adscribir, al personal de nuevo ingreso sin dar la posibilidad de provisión por quienes ya tienen la condición de funcionarios de carrera del Concello.

Al anterior argumento se añade que en vía administrativa ya se reconoció a la Junta de personal legitimación, pues se dio respuesta al recurso de reposición que planteó sin ponerla en cuestión, por lo que resulta invocable la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la Administración no puede ignorar en vía judicial una legitimación ya reconocida en vía administrativa (sentencias de 8 de noviembre de 1995 y 18 de enero de 1996, 19 de enero y 21 de marzo de 2020). Esa línea jurisprudencial no se ha visto modificada por la más reciente sentencia de 28 de enero de 2019, porque esta se refiere al tema específico de la legitimación

regap



COMENTARIOS

del denunciante en un procedimiento sancionador y para acudir a la vía judicial frente a la resolución final del mismo>>.

6 SANIDADE

6.1 Programa de citación en atención primaria Xide.

No ano 2021 a Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia implantou o programa Xide, de “xestión integral da demanda en equipo na atención primaria”. É un sistema de citas médicas automatizado consistente, basicamente, en que o paciente lle proporciona unha serie de datos a un administrativo, o cal os introduce nun programa que, mediante un algoritmo, determina a prioridade e o tipo de consulta, así como o profesional que debe atendela.

O Consello Galego de Médicos solicitou a súa retirada. Fronte á consecuente desestimación presunta interpuxo ante o TSXG o recurso 7092/2023, que foi desestimado pola Sentenza do 22 de marzo de 2024 (relatora: López Fernández). Concluíu a sala, en primeiro lugar, que a implantación do citado programa se aprobou mediante un acto administrativo, polo que non lle eran exixibles os trámites das disposicións xerais. Sobre o fondo do asunto, realiza as seguintes consideracións de interese:

<<(…) se trata de un instrumento que sustituye al sistema tradicional de citas a los pacientes por su turno de llegada al Centro de Salud, para pasar a otro previamente diseñado por una comisión de expertos que ha elaborado un manual de ayuda y orientación para la adecuada y eficaz gestión de las citas previas de los pacientes, lo que no se agota con su exclusivo examen por el facultativo o sanitario no facultativo para su diagnóstico, pronóstico y tratamiento, sino que requiere de la intervención de todos los profesionales y empleados que integran el Equipo de Salud, entre ellos los estatutarios del área administrativa (personal de servicios generales), que son los que reciben en primer lugar a los pacientes y que se limitan a incorporar al programa los datos sobre los motivos de la consulta que aquéllos les facilitan, sin que en modo alguno realicen una valoración clínica de su estado, ni de sus signos o sintomatología, ni realicen interpretación alguna de lo que solicitan, ya que –previa la formación facilitada al efecto– se limitan a incorporar al programa los síntomas que los pacientes les declaran, para hacerlos concordar con los que los autores de tal programa han preestablecido (en la fecha de la práctica de la prueba unos 800).

En suma, la ejecución de la programación de citas “Xide” por el personal estatutario de servicios generales ni es un triaje, ni un sistema “encubierto” de triaje, como sostiene el letrado de la actora, pues no va encaminado a valorar o diagnosticar al paciente, función que tan sólo se le encomienda al personal sanitario, ya sea no facultativo, pero no al de servicios generales creado por Decreto 160/1996, de 25

de abril, de configuración e introducción en el Estatuto de personal no sanitario de instituciones sanitarias de la Seguridad social de la categoría de personal de servicios generales, cuyo artículo 3 enumera funciones como las administrativas y apoyo a la gestión, recepción, atención e información al paciente y de materialización o consecución del programa de cita previa, que es a lo que se refiere el programa discutido, sin que se le permita a ese personal extralimitarse en tales funciones, y de ahí que la testigo-perito haya declarado que tal personal ha sido instruido para cubrir los datos, así como para recabar de los médicos el auxilio que demanden cuando tengan dudas. (...).

El algoritmo del programa, no es sino un patrón o documento de uso interno que recoge operaciones básicas para la solución de un problema, en este caso mediante la recopilación de datos previamente definidos por un comité de expertos, sobre los motivos de la consulta que interesa el paciente, con la finalidad de hacer más eficaz el sistema de citación para que reciban asistencia a cargo de quien tiene facultad para ello: el personal sanitario. (...).

[Respecto] de la confidencialidad de los datos médicos de los pacientes (...), el paciente siempre puede pedir consulta telefónica, sin que venga obligado a hacerlo de forma presencial, ni a facilitar datos o información de índole sanitaria que no quiera aportar, sino tan sólo el motivo de la consulta para proceder a su debida atención por los profesionales sanitarios, lo que no sólo sucede con la asistencia primaria, sino también con la especializada y la de urgencia; ello no quiere decir que aquellos ciudadanos no tengan derecho a la confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las administraciones públicas (...). Pues bien, como se ha advertido, no ha quedado acreditado en modo alguno que la confidencialidad haya quedado comprometida con la metodología que impuso la ejecución del programa “Xide”; otra cosa sería que en algún caso se pudiera contravenir esa obligación, pero esto no se enjuicia en este caso>>.

Regap



COMENTARIOS

7 TRIBUTOS

7.1 Imposto sobre o incremento de valor dos terreos de natureza urbana (IIVTNU). Inconstitucionalidade da súa regulación. Responsabilidade patrimonial do estado lexislador.

O TS, na súa Sentenza do 5 de abril de 2024 (rec. 302/2023, relator: Huet de Sande), confirma a desestimación polo Consello de Ministros da reclamación indemnizadora formulada por unha mercantil inmobiliaria galega, mediante a canle da “responsabilidade patrimonial do estado lexislador”, motivada na declaración de nulidade da regulación do IIVTNU pola Sentenza do TC 182/2021, do 26 de outubro.

O alto tribunal considera que neste caso en concreto non se cumpre o requisito da “antixuridicidade” do dano, ao non ter acreditado a actora ter padecido un decremento patrimonial entre as dúas transmisións determinantes do tributo:

<<(…) La expulsión del ordenamiento jurídico de determinados preceptos del TRLHL por la STC 182/2021 no conduce necesariamente –como pretende el recurrente– a calificar de antijurídico el abono de determinadas cantidades en concepto del IIVTNU o que esas cantidades, por equivalencia, constituyan un daño efectivo desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial. Para llegar a tal conclusión es preciso que se acredite a través de los medios de prueba establecidos en el ordenamiento tributario que el hecho imponible no se ha producido o que se ha producido en cuantía distinta a la establecida por la Administración con su método de estimación objetiva, o que las reglas de cálculo aplicadas eran incorrectas. Ninguno de estos extremos resultó acreditado en el presente caso pese a la utilización de diferentes medios de prueba por parte del actor.

Aunque de una declaración de inconstitucionalidad puede extraerse la presunción de la antijuricidad de los daños derivados de los actos de aplicación, lo cierto es que tal presunción no es absoluta y puede ser desvirtuada por las circunstancias que concurren en el caso concreto, como aquí acontece. No existe, pues, el automatismo pretendido por la parte actora, que deduce su derecho a la indemnización del simple hecho de haber abonado el tributo, obviando la existencia de unos procesos previos en los que se tuvo en cuenta la doctrina constitucional emanada de las SSTC 59/2017, de 11 de mayo de 2017, y 126/2019, de 31 de octubre de 2019, y que facilitaron una prueba del hecho imponible en línea con lo declarado por la STC 182/2021, sin que se pusiera de manifiesto una realidad patrimonial que sometida a tributación contraviniera el principio de capacidad económica. Esa insuficiencia probatoria se hace ahora extensiva, en este proceso, a la determinación de la efectividad del daño y a su cuantía, circunstancias que tampoco podemos presumir obviando los resultados de los procesos judiciales previos>>.

7.2 O tipo autonómico do imposto sobre hidrocarburos é contrario á Directiva 2003/96/CE sobre imposición dos produtos enerxéticos e da electricidade.

O Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE), na súa Sentenza do 30 de maio de 2024 (C-743/22), en resposta a unha cuestión prexudicial exposta polo TS, conclúe que:

<<La Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, en su versión modificada por la Directiva 2004/74/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, y por la Directiva 2004/75/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, en particular su artículo 5, debe interpretarse en el sentido de

que se opone a una normativa nacional que autoriza a regiones o comunidades autónomas a establecer tipos del impuesto especial diferenciados para un mismo producto y un mismo uso en función del territorio en que se consuma el producto fuera de los casos previstos a tal efecto>>.

Coa seguinte motivación:

<<(…) 50 (…) para aplicar tipos diferenciados en el territorio de un Estado miembro, para un mismo producto y un mismo uso, cuando tal posibilidad no está prevista en las propias disposiciones de la Directiva 2003/96, sigue siendo necesaria una autorización en virtud de esta Directiva, con independencia del respeto de los niveles mínimos de imposición.

51 Por consiguiente, tanto del artículo 5 como del análisis del conjunto de las disposiciones de la Directiva 2003/96 que prevén reducciones o exenciones fiscales se desprende que, aunque es cierto que el ámbito de la imposición de los productos energéticos y de la electricidad solo está parcialmente armonizado y esta Directiva reconoce a los Estados miembros cierto margen de maniobra para que puedan aplicar políticas adaptadas a los contextos nacionales, no lo es menos que este margen de maniobra está delimitado. De ello se deduce que, con independencia del respeto de los niveles mínimos de imposición impuestos por dicha Directiva, las facultades ofrecidas a los Estados miembros para establecer tipos impositivos diferenciados y exenciones o reducciones de los impuestos especiales solo pueden ejercerse en el estricto cumplimiento de los requisitos establecidos por las disposiciones pertinentes de la Directiva 2003/96. (...)

53 En el caso de autos, es preciso señalar que ninguna de las excepciones previstas por la Directiva 2003/96 autoriza expresamente al Reino de España a aplicar, para un mismo producto y un mismo uso, tipos del impuesto especial diferenciados según las comunidades autónomas en las que se consuman dichos productos. Este extremo no ha sido discutido por el Gobierno español, que tampoco niega que no ha obtenido una excepción específica en virtud del artículo 19 de dicha Directiva para permitir a esas comunidades autónomas fijar tipos autonómicos diferenciados del impuesto especial sobre hidrocarburos.

(…) el hecho de reconocer a cada Estado miembro la posibilidad de aplicar tipos diferenciados en sus regiones para un mismo producto y un mismo uso, sin ninguna delimitación o mecanismo de control, podría perjudicar el buen funcionamiento del mercado interior, fragmentándolo en mayor medida, y, de este modo, comprometer la libre circulación de mercancías>>.

regap



COMENTARIOS

7.3 Nulidade de ordenanza fiscal municipal por defecto grave de tramitación ao non terse publicado no taboleiro de anuncios do concello o contido íntegro da versión aprobada provisionalmente, durante a fase de exposición pública.

As sentenzas do TXSG do 1 e 8 de febreiro de 2024 (recs. 15267/2023 e 15225/2023, relatores: Fernández Leiceaga e Pérez Pliego) declararon a nulidade, por este defecto formal, de senllas ordenanzas fiscais aprobadas en 2022 por, respectivamente, os concellos de Guitiriz e Baleira (Lugo) polo defecto formal consistente en que, na fase de exposición pública da ordenanza aprobada provisionalmente, non se publicou o seu texto íntegro no taboleiro de anuncios municipal. Considera a sala que a posterior publicación no BOP do texto aprobado definitivamente non emenda este vicio de forma.

7.4 Sancións tributarias. Ausencia de culpabilidade por erros razoables labores na autoliquidación do IRPF.

O TSXG, en Sentenza do 28 de novembro de 2023 (rec. 15081/2023, relator: Rivera Frade), anula as sancións impostas pola Axencia Tributaria tras a regularización dunha autoliquidación de IRPF errónea, ao considerar ausente o elemento de “culpabilidade” no suposto infractor. Recoñece así o “dereito ao erro”, con estas consideracións:

<<(…) el abogado del Estado admite la complejidad de las operaciones en las que ha participado el actor, pero resta importancia a este dato en base a que el obligado tributario ha contado con asistencia de representantes y colaboradores, según dice desprenderse de la autoliquidación del IRPF del ejercicio 2014. Con estos argumentos pretende responder a las alegaciones que hace la parte actora en su escrito de demanda, alegando que sus conocimientos tributarios son limitados. Ello entronca con lo que se conoce como “derecho al error” (el droit à l’erreur del derecho francés), que no ha pasado desapercibido para el Consejo para la Defensa del Contribuyente en la “Propuesta 3/2022, sobre la incorporación del derecho al error al Ordenamiento tributario español”, sobre todo teniendo en cuenta la generalización del régimen de autoliquidaciones como expresión del traspaso de la responsabilidad de aplicación de los tributos de la Administración, según señala el Consejo. Y aunque esa propuesta todavía no ha tenido reflejo en la LGT, quizá se haya iniciado un camino que conduzca a evitar sanciones por incumplimientos involuntarios de las normas fiscales.

Con lo que se acaba de decir, se quiere llamar la atención de que la complejidad de las normas y de los procedimientos, al que quedaría vinculada la regulación de aquel derecho, opera como factor a tener en cuenta a la hora de valorar la culpabilidad del obligado tributario; y al mismo tiempo llamar la atención de que el necesario análisis del elemento de culpabilidad no desaparece, sino que

se mantene en toda su extensión, cuando el obligado tributario cuenta con la asistencia de asesores en las gestiones de naturaleza fiscal>>.

8 UNIVERSIDADES

8.1 Dereito do profesorado asociado a tempo parcial á avaliación da súa actividade docente (quinquenios).

A Sentenza do TSXG do 2 de maio de 2024 (rec. 87/2024, relator: Seoane Pesqueira) confirma en apelación a revogación dunha resolución dunha universidade galega que inadmitira a solicitude de avaliación dos méritos docentes do ano 2020 (quinquenios) presentada por un profesor asociado con dedicación parcial. Declara o dereito á avaliación docente do profesorado non permanente contratado, a tempo completo ou parcial, conforme o disposto no artigo 4 do Acordo marco da CES, a UNICE e o CEEP sobre traballo de duración determinada, do 18 de marzo de 1999 (Directiva 1999/70/CE, do 28 de xuño), así como na Directiva 97/81/CE, do 15 de decembro de 1997, que incorpora o Acordo Marco sobre o traballo a tempo parcial:

<<En definitiva, no se aprecia ningunha justificación obxectiva e razoable para o trato desigual, por lo que el profesorado asociado, como el demandante, por mucho que su contrato sea con dedicación a tiempo parcial, tiene derecho igualmente a ser admitido para la evaluación de sus méritos docentes. Frente a ello no cabe argumentar en base al artículo 5.2 del RD 1086/1989, ya que estamos en presencia de una condición de empleo y no puede tratarse al trabajador a tiempo parcial de manera menos favorable que al trabajador a tiempo completo en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario>>.

8.2 Sanción disciplinaria a profesor universitario por vexar unha das súas alumnas con comentarios machistas durante as clases.

A Sentenza do TSXG do 18 de outubro de 2023 (rec. 470/2022, relator: Bolaño Piñeiro) confirma as sancións principais de suspensión de funcións impostas pola Universidade de Santiago de Compostela a un dos seus profesores por ter insultado unha alumna na clase con comentarios sexistas. Incide a sala en que:

<<(…) No se trata en absoluto de cuestionar la labor académica del recurrente durante 30 años en la Universidad, que, de hecho, no se cuestiona en la resolución administrativa recurrida. Tampoco se trata de abordar cuestiones personales del recurrente con otros compañeros de profesión. De lo que se trata es de analizar la conducta del recurrente, profesor universitario con años de experiencia, un día concreto.

regap



COMENTARIOS

En el presente caso nos encontramos con una sanción impuesta al recurrente por unos hechos concretos, que tuvieron lugar el 22 de octubre de 2.019 mientras el recurrente impartía a varios alumnos una de sus clases. Ni la libertad de cátedra ni la libertad de expresión amparan que el recurrente se dirija a sus alumnos haciendo comentarios respecto a su aspecto físico. En este caso se ha sancionado la conducta del recurrente que se concretó en unas expresiones, cuyo contenido es claro, no siendo relevantes esos matices que pretende realizar la parte apelante, y que fueron dirigidas expresa y específicamente a una de sus alumnas. En esas expresiones, totalmente inadecuadas, el recurrente menciona los pechos de la alumna, manifestando su desagrado por la vestimenta y el escote que llevaba en ese momento dicha alumna. Efectivamente esa conducta es constitutiva de la infracción por la que fue sancionado el recurrente, pues realizó comentarios totalmente impropios referidos al aspecto físico de una mujer, conducta del recurrente que constituye la discriminación que sanciona el precepto legal.

No se sabe si el recurrente le hubiese dicho lo mismo a un alumno varón, o no, dado que lo que compete a esta Sala es analizar los hechos por los que se sancionó al recurrente, no cualquier otra situación hipotética.

Por supuesto que un docente puede exigir respeto en su clase, pero proferir expresiones inadecuadas y referidas al aspecto físico de una alumna, no es una conducta aceptable>>.

Regap

Recensiones

3



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_xaneiro-xuño 2024 | pp. 169-170
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5246>

© Sophie Anton

ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371

Recibido: 01/07/2024 | Aceptado: 03/12/2024

Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

67 Regap

Martín Fernández, Carmen, El régimen sancionador de la seguridad ciudadana, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2023.

Regap



RECENSION

SOPHIE ANTOUN
Doutoranda en Dereito.
Universidade de Santiago de Compostela

O libro obxecto de recensión leva por título *El régimen sancionador de la seguridad ciudadana*. Trátase dunha obra da profesora Carmen Martín Fernández, quen é profesora de Dereito Administrativo na Universidade de Córdoba.

O estudo comeza cun prólogo do profesor Manuel Rebollo Puig, catedrático de Dereito Administrativo da Universidade de Córdoba, o cal fai unha perfecta introdución ao obxecto e pretensións da monografía.

A obra en si supón a publicación dun arduo traballo de investigación en que se perseguiu como obxectivo abordar ese réxime sancionador relativo á seguridade cidadá, réxime que se circunscribe á Lei orgánica 4/2015, do 30 de marzo, de protección da seguridade cidadá, que tivo, desde a súa aprobación, un especial interese xurídico.

Ao longo das súas páxinas atopámonos cunha estrutura perfectamente diferenciada do traballo, sendo esta unha parte xeral, constituída por cinco capítulos, e unha parte especial que consta de seis capítulos.

Na parte xeral abórdanse aspectos esenciais da seguridade cidadá. Concretamente trátanse, tal como se pode ver na nomenclatura dos capítulos, os límites que existen entre a rama do dereito penal e o administrativo sancionador no tema, o que se pretende protexer e quen posúe a competencia na materia, garantías xerais existentes, así como certos aspectos relacionados coa Lei orgánica 4/2015, do 30 de marzo, de protección da seguridade cidadá.

A parte especial céntrase en abordar as infraccións propiamente ditas en distintos temas que se circunscriben á lei orgánica.

A obra é un excelente estudo que a autora nos presenta en relación co réxime sancionador que se pode atopar na lei orgánica. Ao longo das súas páxinas, procede a facer unha análise completa e profunda do réxime, así como intentar achegar solucións e resolver incógnitas a problemas que se deron en relación co tema.

Atopámonos, en definitiva, cun traballo de importancia nunha materia tan relevante nos nosos días que se converte en bibliografía obrigada para quen desexe coñecer aspectos concernentes á seguridade cidadá.

Regap

PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS NORMAS DE PUBLICACIÓN

PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES NORMAS DE PUBLICACIÓN

SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS PUBLICATION REQUIREMENTS

PROCESO DE SELECCIÓN E AVALIACIÓN DOS ORIXINAIS

A selección dos textos responderá a criterios de orixinalidade, novidade, relevancia e rigor. Os orixinais que non se atean estritamente ás normas de publicación que se indican a continuación serán devoltos aos autores para a súa corrección antes do seu envío aos avaliadores. Unha vez que a Secretaría comprobe o cumprimento das normas de publicación, os autores recibirán aviso do recibo dos orixinais remitidos coa indicación da duración aproximada do proceso de avaliación. Os textos serán sometidos á revisión de dous expertos alleos ao equipo editorial (doutores ou outras persoas de recoñecido prestixio) seguindo o sistema para o anonimato de dobre cego. O resultado da avaliación poderá ser positiva, positiva con modificacións ou negativa. En caso de que os avaliadores propoñan modificacións de forma motivada na redacción do orixinal, será responsabilidade do equipo editorial –unha vez informado o autor– o seguimento do proceso de reelaboración do traballo. No suposto de non ser aceptado para a súa edición, o orixinal será devolto ao seu autor xunto cos ditames emitidos polos avaliadores. Antes da súa publicación, os autores recibirán por correo electrónico a versión definitiva do artigo para facer as correccións oportunas das probas de imprenta no prazo de quince días.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. As propostas de colaboración coa *Revista Galega de Administración Pública* remitiranse a través da plataforma electrónica dispoñible na seguinte ligazón: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os dous números ordinarios. As datas de remisión e aceptación figurarán nun lugar visible da revista.
3. Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
 - a) Ser inéditos e non estaren incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
 - b) Estar redactados en galego, español, portugués, francés, italiano, inglés e alemán.
 - c) Conter un número de entre 30.000 e 40.000 caracteres (40 páxinas como máximo) para os traballos redactados como “estudos”; e dun máximo de 15.000 (non máis de 30 páxinas) para os editados como “comentarios e crónicas”.
4. Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
 - a) Un título descritivo do contido. Xunto co nome, apelidos, profesión ou cargo do/a/s autor/a/es/as, o nome da institución de adscrición, o país da institución e o enderezo electrónico do/a/s autor/a/es/as.
 - b) Un resumo (dun máximo de 120 palabras) no idioma en que se presenta o texto principal e a súa tradución ao inglés, de non ser esta a lingua utilizada na súa redacción.
 - c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión ao idioma inglés, de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.



- d) Sumario seguindo a estrutura da CDU.
(Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).
 - e) O corpo principal do texto.
 - f) A bibliografía.
5. Os traballos deberán ser coidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
- a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo e medio, con formato de fonte *Times New Roman*, tamaño 12.
 - b) As notas figurarán a pé de páxina, gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo e axustaranse ao seguinte modelo:
 - LIBRO: AUTOR, *Título da publicación*, núm. edición, lugar da publicación, editor, ano, páxina.
 - AUTOR, "Título do artigo", *título da fonte* (revista ou outra colectiva), número, ano, páxinas.
- c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, serán indicados o título e o número do volume ou a parte correspondente).
- d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo, sinalando a data de consulta. Por exemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de setembro de 2013)
6. Dereitos de autoría. Unha vez que o Consello Editorial acepte publicar calquera material (artigo ou recensión) recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma e país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).

PROCESO DE SELECCIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS ORIGINALES

La selección de los textos responderá a criterios de originalidad, novedad, relevancia y rigor. Los originales que no se atengan estrictamente a las normas de publicación que se indican a continuación serán devueltos a los autores para su corrección antes de su envío a los evaluadores. Una vez que la Secretaría compruebe el cumplimiento de las normas de publicación, los autores recibirán aviso del recibo de los originales remitidos con la indicación de la duración aproximada del proceso de evaluación. Los textos serán sometidos a la revisión de dos expertos ajenos al equipo editorial (doctores u otras personas de reconocido prestigio) siguiendo el sistema para el anonimato de doble ciego. El resultado de la evaluación podrá ser positiva, positiva con modificaciones o negativa. En caso de que los evaluadores propongan modificaciones de forma motivada en la redacción del original, será responsabilidad del equipo editorial –una vez informado el autor– el seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. En el supuesto de no ser aceptado para su edición, el original será devuelto a su autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. Antes de su publicación, los autores recibirán por correo electrónico la versión definitiva del artículo para hacer las correcciones oportunas de las pruebas de imprenta en el plazo de quince días.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Las propuestas de colaboración con la *Revista Galega de Administración Pública* se remitirán a través de la plataforma electrónica disponible en el siguiente enlace: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los dos números ordinarios. Las fechas de remisión y aceptación figurarán en un lugar visible de la revista.
3. Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
 - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
 - b) Estar redactados en gallego, español, portugués, francés, italiano, inglés y alemán.
 - c) Contener un número de entre 30.000 y 40.000 caracteres (40 páginas como máximo) para los trabajos redactados como "estudios"; y de un máximo de 15.000 (no más de 30 páginas) para los editados como "comentarios y crónicas".
4. Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
 - a) Un título descriptivo del contenido. Junto con el nombre, apellidos, profesión o cargo del/de la/s autor/a/es/as, el nombre de la institución de adscripción, el país de la institución y la dirección electrónica del/de la/s autor/a/es/as.
 - b) Un resumen (de un máximo de 120 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción al inglés, si no es ésta la lengua utilizada en su redacción.
 - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, y su versión al idioma



inglés, si no es ésta la lengua usada en su redacción.

d) Sumario siguiendo la estructura de la CDU. (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

e) El cuerpo principal del texto.

f) La bibliografía.

5. Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo tocante al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos:

a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio y medio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 12.

b) Las notas figurarán a pie de página, guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo, y se ajustarán al siguiente modelo:

- LIBRO: AUTOR, *Título de la publicación*, núm. edición, lugar de la publicación, editor, año, página.

- AUTOR, "título del artículo", *Título de la fuente* (revista u otra colectiva), número, año, páginas.

c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; si se trata de una serie, serán indicados el título y el número del volumen o la parte correspondiente).

d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar el URL respectivo, indicando la fecha de consulta. Por ejemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26 de septiembre de 2013)

6. Derechos de autoría. Una vez que el Consejo Editorial acepte publicar cualquier material (artículo o reseña) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la *Escola Galega de Administración Pública* (EGAP).

SELECTION AND EVALUATION PROCESS OF ORIGINALS

The selection of texts that will be included in the *Galician Magazine of Public Administration* is based on the following criteria; originality, novelty, relevance and accuracy. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous to ensure the independence in the selection. The texts will be evaluated as accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the publishing team will be in charge of following up the resubmission of the text (author will be informed). In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next fifteen days.

PUBLICATION REQUIREMENTS

1. Proposals of collaboration with the *Galician Magazine of Public Administration* will be through the electronic platform available at the following link: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP>
2. The original texts will be received before 15th of May and of May and before 15th of November for the two annual issues. Dates of reception and acceptance will appear in a visible place of the magazine.
3. The texts should meet the following requirements:
 - a) Be original and not being included in any other evaluation process.
 - b) Be written in Galician, Spanish, English, German, Portuguese, Italian or French.
 - c) Constraining a number between 30.000 and 40.000 characters (40 pages at the most) for the works written out as "Studies"; and of a maximum of 15.000 (in the more than 30 pages) for the ones edited as "Comments and Chronicles".
4. The works proposed as articles will include in the following order:
 - a) A title describing contents together with name, surnames, profession, position, name and country of the institution, and email address of the author(s).
 - b) A summary (maximum of 120 words) in the language in which the main text is submitted and translation to English language if this wasn't the language of choice.
 - c) A minimum of five key words, and a maximum of ten, stressing the contents of the main text. They will be translated to the English language if this wasn't the language of choice.
 - d) Index would follow a CDU structure. (Example: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).



- e) Text's main body.
 - f) Bibliography.
5. The works should be checked carefully by the author(s) in regards with style. In addition, the originals should comply with the following requirements:
- a) All the works will have to be presented to a space and to a half, with format of source *Times New Roman*, size 12.
 - b) Notes will appear as footnotes and keeping a correlative numeration in all the work. Notes should be adjusted to the next model:
 - BOOK: AUTHOR, *Title of the publication*, number. Publish, place of publication, editor, year, page.
 - AUTHOR, "Title of the article", *Title of the source* (magazine or review), number, year, pages.
 - c) Bibliography must include all information sources consulted and mentioned in the work (authorship, completed title, editor, city and year of publication; should the source belong to a serie, the number of the volume will be also included).
 - d) Documents, online sources and/or databases will contain its URL and date of last. For example: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26th September 2013)
6. Author's copyright. Once the Editorial Team decides to publish any text (article or review), the exclusive and unlimited rights to reproduce and distribute these pieces works in any form of reproduction, language and country will be transferred to the Galician School of Public Administration (EGAP).

