

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

# REGAP

31

XUNTA DE GALICIA





31

MAIO - AGOSTO  
2002

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**REGAP**

REGAP: Revista Galega de Administración Pública.- Nº. 0 (1992) -  
Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 1992-  
v.; 24 cm.  
ISSN:1132-8371  
Depósito legal: C-1.596-91



© 1991, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*Edita:* ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Rúa de Madrid, 2 - 4. Polígono das Fontiñas

15707 Santiago de Compostela

Tel.: 981 54 60 40 / Telefax: 981 54 63 37

E-mail: manuel.brana.gutierrez@xunta.es

*Traducción e supervisión lingüística:* Lidia Fernández Pastoriza  
Raquel Rodríguez Parada

*Deseño gráfico:* uqui lllll cebra

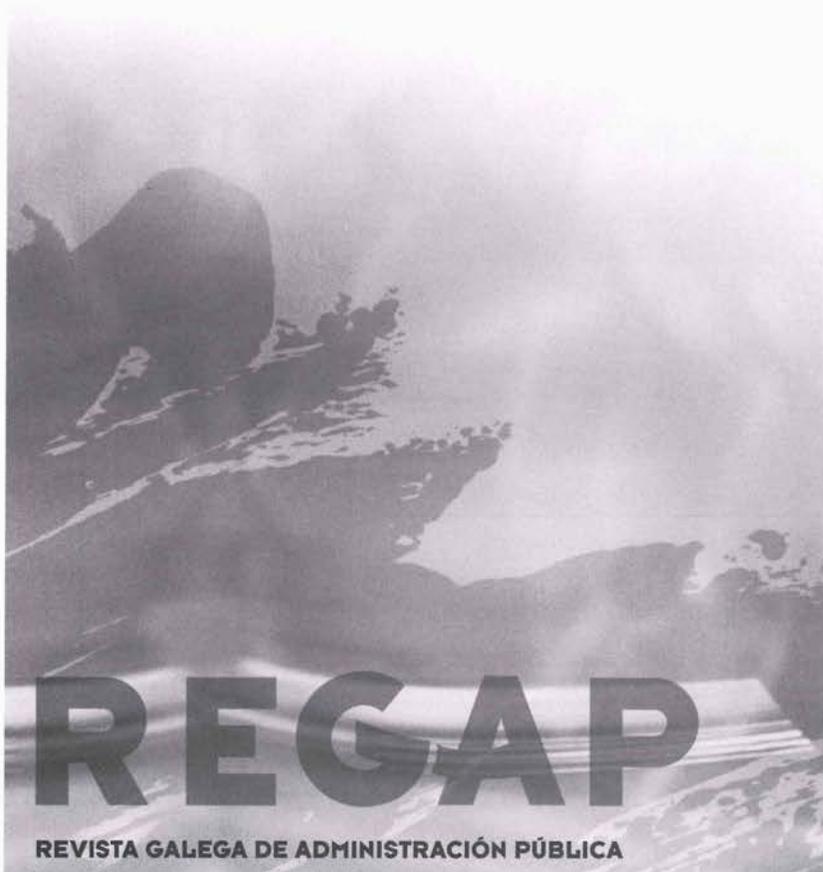
*Imprime:* Gráficas Sementeira, S. A.

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuatrimestral.

Solicitude de subscricións á EDITORIAL GALAXIA.

A Escola Galega de Administración Pública non se identifica  
necesariamente cos xuízos dos autores dos artigos que aparecen nesta revista.



# REGAP

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



## **D**IRECTOR

**Domingo Bello Janeiro**

*Director da EGAP*

## **S**ECRETARÍA TÉCNICA

**José Luis Mínguez Goyanes**

*Corpo Superior de Administración da Xunta de Galicia*

## **C**ONSELLO

**José Antonio Álvarez Vidal**

*Secretario xeral da Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria*

**Francisco Javier Castiñeira Izquierdo**

*Secretario de Administración local*

**José Ramón Cólera Leirado**

*Letrado maior do Parlamento de Galicia*

**María Victoria Dios Vieitez**

*Profesora titular de dereito administrativo da Universidade da Coruña*

**Andrés Faiña Medín**

*Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña*

**Luciano Fariña Busto**

*Conselleiro maior do Consello de Contas de Galicia*

**Manuel Fernández Areal**

*Catedrático emérito de periodismo*

**Alejandro Fernández Barreiro**

*Catedrático de dereito romano da Universidade da Coruña*

**Eduardo Freire Pousa**

*Oficial de Administración de Xustiza de Galicia*

**José Antonio García Caridad**

*Presidente do Consello Consultivo de Galicia*

**Ramón García-Malvar y Mariño**

*Fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia*

**Pablo González Mariñas**

*Profesor titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela*

**Vicente González Radío**

*Profesor titular de socioloxía da Universidade da Coruña*

**José Carlos López Corral**

*Letrado da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia*

**Xosé López García**

*Decano da Facultade de Ciencias da Información da Universidade de Santiago de Compostela*

**Fernando José Lorenzo Merino**

*Catedrático de dereito civil da Universidade de Vigo*

**Jesús Martínez Girón**

*Catedrático de dereito do traballo da Universidade da Coruña*

**Juan Jesús Raposo Arceo**

*Profesor da Universidade Nacional de Educación a Distancia*

**Luís Rodríguez-Ennes**

*Catedrático de dereito romano da Universidade de Vigo*

**Juan Rodríguez Yuste**

*Conselleiro de Industria e Comercio*

**Antonio Romero Lorenzo**

*Maxistrado xuíz decano de Vigo*

**Alfonso Rueda de Valenzuela**

*Director xeral de Administración local*

**Luís Ramón Sotelo López**

*Corpo de Xestión de Administración da Xunta de Galicia*

**Jesús Souto Prieto**

*Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia*

**Javier Suárez García**

*Director xeral da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia*

**Jesús Vázquez San Luís**

*Secretario xeral da Consellería de Industria e Comercio*

**Javier de Vicente Remesal**

*Vicerrector de profesorado da Universidade de Vigo*

**José Vilas Nogueira**

*Catedrático de ciencia política e da administración da Universidade de Santiago de Compostela*

**Perfecto Yebra Martul-Ortega**

*Catedrático de dereito financeiro da Universidade de Santiago de Compostela*

# SUMMARY

## STUDIES

<b>José Manuel Canales Aliende</b>	The new challenges in the management of local public services _____	<b>15</b>
<b>L. Fernando Reglero Campos</b>	The new regime for Spanish nationality acquisition by residence: terms and requirements to stay in Spanish territory. A special reference to the descendants of Spanish emigrants _____	<b>39</b>
<b>Federico A. Rodríguez Morata</b>	The new conditions for recovering Spanish nationality _____	<b>65</b>
<b>Ángel Lobo Rodrigo</b>	Land development and town planning as a way of organising telecommunications networks. Special attention to cellular networks _____	<b>107</b>

## NOTES AND COMMENTS

<b>José María Arrojo Martínez</b>	Urban conventions in the jurisprudence of the Supreme Court and the Galician High Court _____	<b>145</b>
<b>Manuel Guillermo Altava Lavall</b>	Disciplinary penalties in defence of the environment _____	<b>157</b>
<b>M<sup>a</sup> Teresa Carballeira Rivera</b>	Provincial co-operation in providing municipal services. Current situation and future perspectives _____	<b>177</b>
<b>Alejandro González-Varas Ibáñez</b>	The European ombudsman and the conflicts of power with related institutions _____	<b>203</b>

## JURISPRUDENCE

<b>Juán José Pernas García</b>	Doctrine of the European Communities' Court of Justice on the Community concept of waste. Comments on the decision of 18th April, 2002 _____	<b>227</b>
--------------------------------	--	------------

# SUMARIO

## ESTUDIOS

<b>José Manuel Canales Aliende</b>	Los nuevos desafíos de la gestión de los servicios públicos locales _____	<b>15</b>
<b>L. Fernando Reglero Campos</b>	El nuevo régimen de la adquisición de la nacionalidad española por residencia: plazos y requisitos de la permanencia en el territorio español. Una especial referencia a los descendientes de emigrantes españoles _____	<b>39</b>
<b>Federico A. Rodríguez Morata</b>	Emigración y recuperación de la nacionalidad española _____	<b>65</b>
<b>Ángel Lobo Rodrigo</b>	La ordenación del territorio y el urbanismo como medio de organización de redes de telecomunicaciones. Especial atención a las inalámbricas _____	<b>107</b>

## NOTAS E COMENTARIOS

<b>José María Arrojo Martínez</b>	Los convenios urbanísticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia _____	<b>145</b>
<b>Manuel Guillermo Altava Lavall</b>	Las sanciones administrativas en defensa del medio ambiente _____	<b>157</b>
<b>M<sup>a</sup> Teresa Carballeira Rivera</b>	La cooperación provincial en la prestación de servicios de competencia municipal. Situación actual y perspectivas de futuro _____	<b>177</b>
<b>Alejandro González-Varas Ibáñez</b>	El Defensor del Pueblo europeo y los conflictos competenciales con las instituciones afines _____	<b>203</b>

## XURISPRUDENCIA

<b>Juán José Pernas García</b>	Doutrina do Tribunal de Xustiza das comunidades europeas sobre o concepto comunitario de residuo. Comentario á sentenza do 18 de abril de 2002 _____	<b>227</b>
--------------------------------	--	------------

## PARLIAMENTARY CHRONICLE

251 \_\_\_\_\_ The foundation of Galician autonomy **Xosé Antonio Sarmiento Méndez**

## ADMINISTRATIVE CHRONICLE

- Seminar on European public contracting and its  
effect on daily practice  
267 \_\_\_\_\_ EGAP, 13<sup>th</sup> and 14<sup>th</sup> September, 2001 **Juan Manuel González Hiltner**
- Conference on administrative silence and  
notice of administrative actions  
Ourense, 24<sup>th</sup> and 25<sup>th</sup> October, 2001;  
297 \_\_\_\_\_ A Coruña, 13<sup>th</sup> and 14<sup>th</sup> December, 2001 **María del Carmen Silva López**
- Conference on the new law of civil procedure  
329 \_\_\_\_\_ Lugo, 6<sup>th</sup> and 7<sup>th</sup> September, 2001 **Isabel Castiñeiras Bouzas**

## BIBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

- Multiculturality*  
Javier de Lucas Martín  
365 \_\_\_\_\_ Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001 **Juan Manuel González Hiltner**
- Violence against women within the couple:  
Comparative research and the situation in Spain*  
Juan J. Medina  
371 \_\_\_\_\_ Valencia: Tirant lo Blanch, 2002 **Xosé A. Barreiro Pereira**
- The honour, privacy and image of famous people*  
Aurelia M<sup>a</sup> Romero Coloma  
379 \_\_\_\_\_ Madrid: Civitas, 2001 **María del Carmen Silva López**
- Community procedures for controlling state allowances*  
Ernesto García-Trevijano Garnica  
391 \_\_\_\_\_ Madrid: Civitas, 2002 **Isabel Castiñeiras Bouzas**

## CRÓNICA PARLAMENTARIA

251 \_\_\_\_\_ Os fundamentos da autonomía de Galicia **Xosé Antonio Sarmiento Méndez**

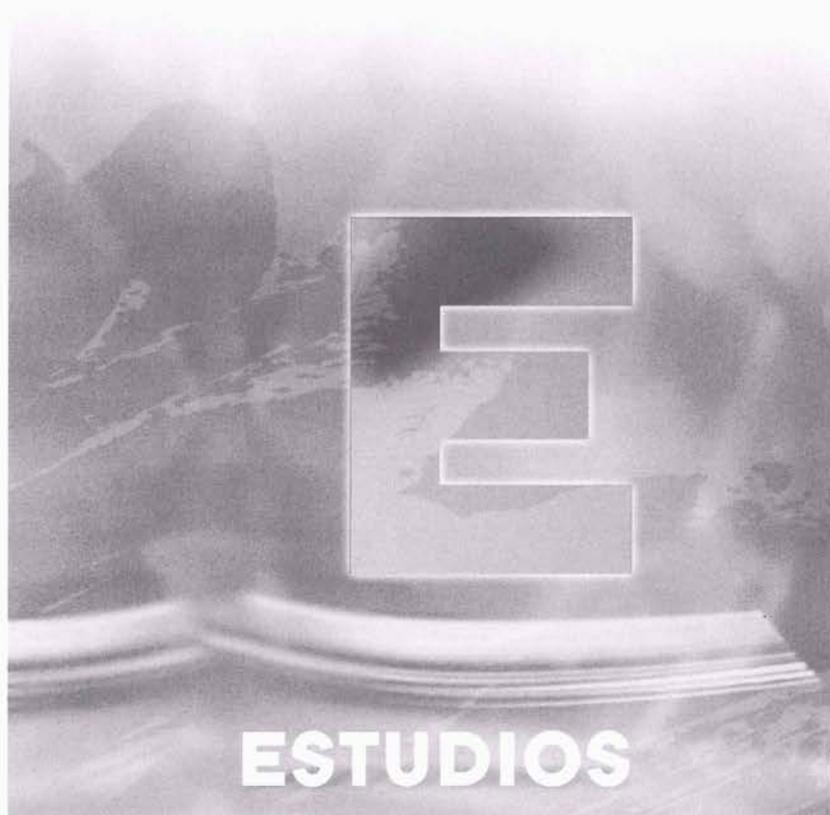
## CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- Seminario sobre a contratación pública europea  
e a súa incidencia na práctica diaria  
267 \_\_\_\_\_ Egap, 13 e 14 de setembro de 2001 **Juan Manuel González Hiltner**
- Xornadas sobre o silencio administrativo e  
a notificación dos actos administrativos  
Ourense, 24 e 25 de outubro de 2001;  
297 \_\_\_\_\_ A Coruña, 13 e 14 de decembro de 2001 **María del Carmen Silva López**
- Xornadas sobre a nova Lei de axuízamento civil  
329 \_\_\_\_\_ Lugo, 6 e 7 de setembro de 2001 **Isabel Castiñeiras Bouzas**

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- La multiculturalidad*  
Javier de Lucas Martín, (Coord.)  
365 \_\_\_\_\_ Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001 **Juan Manuel González Hiltner**
- Violencia contra la mujer en la pareja.*  
*Investigación comparada y situación en España*  
Juan J. Medina  
371 \_\_\_\_\_ Valencia: Tirant lo Blanch, 2002 **Xosé A. Barreiro Pereira**
- Honor, intimidad e imágen de las personas famosas*  
Aurelia M<sup>a</sup> Romero Coloma  
379 \_\_\_\_\_ Madrid: Civitas, 2001 **María del Carmen Silva López**
- Los procedimientos comunitarios de  
control de ayudas de Estado*  
Ernesto García-Trevijano Garnica  
391 \_\_\_\_\_ Madrid: Civitas, 2002 **Isabel Castiñeiras Bouzas**





**ESTUDIOS**



# LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

José Manuel Canales Aliende

Catedrático de Ciencia Política y de la Administración  
Universidad de Alicante

## 1. Breve introducción

Una vez ya iniciado el presente siglo XXI; con unos nuevos entornos y problemas sociopolíticos, tecnológicos y económicos; parece más que adecuado, el poderse plantear también los nuevos retos de la gestión de los servicios públicos locales.

La globalización, la sociedad del conocimiento y las nuevas tecnologías, como es sabido constituyen, entre otros, retos novedosos.

Ahora bien, algunos retos que se plantean en la actualidad a la gestión de los servicios públicos locales, sí tienen ese carácter novedosos; mientras que otros por el contrario, son viejos y conocidos problemas de gestión, que no obstante, se presentan y se formulan de forma diferente hoy, por el distinto contexto y circunstancias.

Por otro lado, la gestión de los servicios públicos locales no puede abordarse de forma simplista y aislada de otros aspectos y fenómenos, con los que se halla fuertemente interdependiente y condicionada. La gestión pública en general, y la gestión de los servicios públicos locales en particular está relacionada, y debe analizarse dentro de un marco más

amplio a saber entre otros: la redefinición y los nuevos papeles del Estado, las relaciones intergubernamentales e interadministrativas<sup>1</sup>; la gobernabilidad local<sup>2</sup>; y los cambios en la democracia y en la participación local; y todo ello en el caso español además complementado, por un proceso complejo dual y abierto de finalización del proceso de definición y articulación de nuestro modelo territorial de Estado y de nuestra plena integración a la Unión Europea.

La oportunidad y la actualidad de reflexionar sobre esta cuestión en estos momentos parece indiscutible, con motivo del reciente debate iniciado sobre la necesidad de un Segundo Pacto Local o segunda descentralización, ya que los servicios públicos prestados a nivel local, por la proximidad, son aquellos que más interesan a los ciudadanos, y porque además hay una estrecha relación entre las Administraciones Locales, las libertades individuales y la capacidad de cambio de una sociedad<sup>3</sup>. Vemos pues que eficacia, innovación, democracia participativa y descentralización en los gobiernos locales, son temas actuales necesarios y a la vez complementarios, a los que hay que dar respuestas adecuadas.

En este artículo, se va a considerar ante todo los retos que se presentan hoy así como las posibles formas de mejorar y modernizar la gestión administrativa y de los servicios públicos locales, sin entrar en la cuestión ya tan conocida y estudiada de la atribución competencial local (genérica, concurrente, e insuficiente)<sup>4</sup> o de los modos jurídicos de la prestación de los servicios públicos locales<sup>5</sup>; y desde otra perspectiva a la tradicional jurídica, pero complementaria, cual es la de la Ciencia de la Administración.

---

<sup>1</sup> Véase para mayor detalle con carácter general, entre una amplia bibliografía: José-Manuel CANALES ALIENDE. *Lecciones de Administración y de Gestión Pública*. Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2002.

<sup>2</sup> Véase entre otros sobre la gobernabilidad local: Gerry STOKER. *Gran Bretaña. Del govern a la governabilitat local*. Institut de Ciències Polítiques i Socials.- Barcelona, 2000.

<sup>3</sup> Véase para mayor detalle sobre este punto, el importante y significativo editorial de la *Revista de Estudios Locales* (CUNAL), núm. 53, febrero de 2002, pp. 5 y 6. Sobre el Pacto Local, véase básicamente entre otros: Manuel ARENILLA SAEZ y José-Manuel CANALES (Coordinadores) *Gobierno y Pacto Local*. B.O.E. y M.A.P. Madrid, 1999.

<sup>4</sup> Entre una amplia bibliografía, puede verse: Luis ORTEGA. *El Régimen Constitucional de las Competencias Locales*. I.N.A.P. Madrid, 1998; Francisco SOSA WAGNER y Pedro DE MIGUEL GARCÍA. *Las competencias de las Corporaciones Locales*. I.E.A.L. Madrid, 1985; Josep MIR ALAs competencias de los Entes Locales en Varios autores. *La posición institucional de la Administración Local ante el siglo XXI*. I.V.A.P. Oñati, 1988, pp. 241 a 266; etc.

<sup>5</sup> Sobre esta cuestión existe una clásica y moderna bibliografía, muy completa, así entre otros: Fernando ALBI CHOLBI. *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*. Editorial Aguilar. Madrid, 1996; y Francisco SOSA WAGNER. *La gestión de los servicios públicos locales*. 4ª edición revisada y puesta al día. Monografías Civitas. Madrid, 1999.

Conviene también en este breve preámbulo, resaltar, que no es posible dar respuestas homogéneas y únicas, frente a una realidad tan rica, plural y compleja como lo es la del sistema político-administrativo local español, como acontece en el criticado modelo vigente del uniformismo jurídico. Como consecuencia de lo señalado, cabe decir que frente a problemas, situaciones, retos y demandas locales diferentes, no cabe pues dar respuestas similares, sino diferenciadas y acordes con ellas. No obstante lo anterior, el escalón municipal dentro de la variedad local, tiene una relevancia cada día más destacable y creciente.

## 2. Algunas reflexiones sobre la situación y las perspectivas del ámbito local

La globalización no va a ser un obstáculo, sino un reto y un complemento de lo local, siendo ambos fenómenos característicos de esta nueva época<sup>6</sup>. La globalización además, implica una importante modificación de las lógicas y de los espacios territoriales y económico-sociales.

En los últimos años del pasado siglo veinte, se han producido además, una serie de cambios estructurales que han afectado sustancialmente, al ámbito local entre otros: a) una transformación de las estructuras sociales, haciéndose más diversas y fragmentadas; b) una revalorización económica del papel del territorio; c) un sistema urbano más complejo; d) unos nuevos problemas sociales, y en particular unos nuevos flujos migratorios; e) unos problemas y demandas medioambientales más intensas y más complejas; f) una desindustrialización progresiva y una revalorización del capital humano; g) unas nuevas formas de producción y de organización del trabajo; h) unos nuevos movimientos y demandas sociales y políticas de la ciudadanía; i) una nueva praxis y dinámica de las relaciones supra e internacionales; j) una nueva sinergia y complementariedad en el territorio, entre el campo y los municipios; k) un envejecimiento progresivo de la población, etc.

Diríamos que en esta nueva etapa, el desafío real de los gobiernos locales es ser tales plenamente, con total autonomía política, local y financiera;<sup>7</sup> y potenciando sus funciones representativas y participativas; en un entorno más progresivo de Europa de los ciudadanos y de las ciuda-

<sup>6</sup> Véase, entre otros: Jordi BORJA y Manuel CASTELLS. *Local y Global. La gestión de las ciudades en la era de la información*. Editorial Taurus. Madrid, 1997.

<sup>7</sup> En ese sentido, la *Carta Europea de la Autonomía Local*, ratificada por España el 20 de enero de 1988; y el principio de subsidiariedad vigente en la Unión Europea, y reafirmado en el artículo 3.b. del Tratado de Maastricht.

des, debiendo potenciar o reafirmar su papel político<sup>8</sup> europeo<sup>9</sup>; y ello, sin abandonar su importante tarea prestacional próxima al ciudadano, que los legitima plenamente ante éste.

Por tanto, en esta nueva etapa en que ahora estamos, lo característico y lo prioritario de los gobiernos locales serán las tareas siguientes: no se trata de construir sino de mantener, no se trata de hacer sino de priorizar, no se trata de gestionar, sino de dirigir, de manera que pasan a ser fundamentales la capacidad de generar ideas y la capacidad de elección<sup>10</sup>.

### 3. La necesaria reforma del Senado en el sistema político español y su incidencia en el ámbito local

#### 3.1. Algunas consideraciones generales previas

Parece que existe un consenso mayoritario entre los partidos políticos españoles, en la doctrina, y en la opinión pública, acerca de la necesidad de una reforma del Senado dentro del sistema político español; si bien existen discrepancias, en cuanto a su alcance y momento.

En mi opinión, la reforma del Senado<sup>11</sup> no sólo es de oportunidad, sino que es además urgente; y con un contenido competencial lo más

---

<sup>8</sup> Véase, entre otros: José-Manuel CANALES ALIENDE. «La reorientación y la revitalización de los gobiernos locales en España» en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*. N.º 10 Septiembre-diciembre de 1997. Madrid, I.N.A.P., p. 67 y ss. Además de lo anterior, véase la ya clásica obra de Desmond KING y Gerry STOCKER. *Rethinking Local Democracy*. McMillan Press Ltd. London, 1996.

<sup>9</sup> Sobre el proceso político cada vez más intensivo de integración en Europa, puede verse entre otros: Carlos CLOSA. *La europeización del sistema político español*. Editorial Istmo, S.A. Madrid, 2001; y Enrique BARÓN CRESPO «La Europa de las ciudades» en el periódico *El País*, de 28 de enero de 2002, p. 14.

<sup>10</sup> Fátima RODRÍGUEZ FIGUERAS y Roberto VIEITES RODRÍGUEZ «Las políticas públicas locales en la España democrática» en la obra colectiva de Miguel BASTOS BOUBETA y otros. *Las Administraciones Públicas y sus nuevas técnicas de gestión. Especial referencia al ámbito local*. E.N.E.G.A. (Escuela de Negocios de Galicia). Segunda edición revisada. Santiago de Compostela, 2001, p. 62.

<sup>11</sup> Sobre la reforma del Senado, existe una variada bibliografía pudiéndose citar entre otra: José Antonio ALONSO DE ANTONIO. «Propuesta de reforma del Senado» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Madrid, 1998, pp. 249 a 260; el mismo autor, con otros *Estudios sobre la Reforma del Senado*. Editorial Senado. Madrid, 1999; Lluís ARMET. *Notes sobre la reforma del Senat*. Fundació Rafael Campolans. Barcelona, 1998, 22 páginas; Juan-José LABORDA, «Planteamiento político sobre la reforma del Senado» en *Tribuna sobre la reforma del Senado*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1996; Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA, «Los obstáculos a la reforma del Senado: falsos y verdaderos» en *Revista de Derecho Político*, núm. 36, Madrid, 1992, pp. 377 a 397; José-Antonio PORTERO MOLINA, «Contribución al debate sobre la reforma del Senado» en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, Madrid, 1995, pp. 81 a 105; etc.

amplio posible, a fin de no sólo coadyuvar a una final y mejor vertebración del modelo territorial del Estado, sino también para lograr una plena y más completa representación territorial en esa segunda cámara parlamentaria, añadiendo a la representación autonómica la local.

Entre las causas de la debilidad y del vaciamiento competencial del Senado en nuestro sistema político, podrían señalarse las siguientes: a) la peculiaridad y la complejidad del proceso político de la transición a la democracia; b) la prioridad de los constituyentes en resolver el problema histórico regional, a través de la creación del llamado Estado de las Autonomías; c) la posición centralista de la mayoría de los partidos políticos; d) el carácter nacionalista de algunas Comunidades Autónomas; e) el neocentralismo progresivo desarrollado por la totalidad de las Comunidades Autónomas; f) la debilidad, y en particular la crisis económico-financiera, de un gran número de gobiernos locales.

No puede olvidarse, el hecho fundamental de que los primeros gobiernos electivos y democráticos, lo fueron los gobiernos locales en las elecciones municipales de abril de 1979, y de que éstos además fueron unos actores institucionales relevantes en las transformaciones operadas antes y después de la democracia y de la aprobación de la Constitución de 1978. Esta última, constitucionaliza (si bien escuetamente) la dimensión política y representativa de éstos, como gobiernos locales, y no como unas meras Administraciones Locales.

El modelo territorial del Estado diseñado por la Constitución de 1978, como es sabido, fue abierto y flexible, a la vez que único sin perjuicio de un contenido complejo y compuesto; señalándose a su vez las instancias básicas de su vertebración territorial: la general, la autonómica y la local. La autonomía se reconocía, simultánea y complementariamente, a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales; junto con una atribución a veces de competencias concurrentes y compartidas a ambos, a desarrollar y clarificar por la legislación sectorial posterior.

La instancia local, es pues una parte o elemento más, no único, y con carácter propio de la organización territorial de nuestro Estado, dotada de autonomía institucional plena, siendo las Administraciones Locales no sólo necesarias, sino también las más cercanas al ciudadano, y las instancias comunes y ordinarias para el desarrollo de las actividades prestacionales públicas. Su falta de suficiencia financiera y de capacidad gerencial, son problemas ya estructurales heredados, y hoy gravísimos.

Por otro lado, no debe olvidarse de que el carácter actual bifronte del régimen jurídico local, no lo es en absoluto del resto de la autonomía local.

### 3.2. Algunas propuesta concretas

a) La reforma del Senado debe implicar pues la plena y la total representación en él, de la plural realidad local española, además de la autonómica, con senadores electos (número y forma a determinar) representativos del ámbito local y autonómico.

b) El Senado debe ser la Cámara Parlamentaria por autonomasia para debatir la problemática local, y en particular para la delimitación y la clarificación de las políticas y competencias locales.

El llamado Segundo Pacto Local o la segunda descentralización local, o como se quiera llamar a la necesaria potenciación del escalón local en nuestro sistema político, debe ser objeto de debate, consenso y aprobación en el marco de esta Cámara.

Pero además de las importantes potestades normativas a desarrollar por el Senado, no serían menos las relativas a la reflexión, lugar de encuentro y de solución de posibles conflictos políticos del ámbito local. Por otro lado el debate, no debe ser sólo sobre la vertebración territorial de nuestro Estado compuesto, sino también sobre su vertebración de infraestructuras, socioeconómica, educativa y cultural.

La experiencia inglesa puede ser orientativa, ya que el gobierno británico ha desarrollado recientemente<sup>12</sup> un pacto para el mundo local, en un marco estatal, con tres objetivos básicos: a) descentralización de poderes y capacidades al nivel local; b) mayor flexibilidad legal en la prestación de los servicios públicos locales; y c) conseguir que los usuarios de los servicios puedan escoger entre diversos Entes Públicos para su prestación.

c) El Senado podría ser además, la institución que eligiese en su día la representación territorial local española, para esa segunda eurocámara de representación territorial europea proyectada en la non nata Constitución europea.

En todo caso, la colaboración y la coordinación de la representación española en el Comité de Regiones y de Poderes Locales con el Senado, parece evidente y necesaria además.

d) La adscripción de algunas de las viejas funciones, o bien la recreación (con otro nombre si se quiere, como el de Centro o Fundación) del desaparecido Instituto de Estudios de Administración Local, hoy adscrito al I.N.A.P.; y para desarrollar básicamente funciones de investigación, estudio y publicaciones de carácter local<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Véase para mayor detalle el documento: *Liderazgo local fuerte: servicios públicos de calidad*.

<sup>13</sup> Ramón MARTÍN MATEO, ha propuesto recientemente desconcentrar algunas funciones del I.N.A.P., en el I.E.A.L., siendo ésta una propuesta ilusionadora, y como lugar de encuentro de otros Centros e Institutos de formación de funcionarios, y como

Las tareas de selección, formación y perfeccionamiento de funcionarios de habilitación nacional, podrían en su caso seguir adscritos al I.N.A.P.

Dentro de ese nuevo organismo a crear y adscrito al Senado, yo señalaría dos importantes tareas novedosas, a saber: 1º) la creación de un Banco de Datos del sistema político-administrativo local, con especial relevancia de todos los datos relativos a la gestión pública local. Conocer junto a los datos electorales, de estructura y organización local, los indicadores de población y sociales, etc. Los indicadores de gestión, nos permitirían conocer la capacidad real de gestión local en España, permitiendo análisis y estudios comparados, previos a la mejora y modernización de la acción pública, y facilitar soluciones alternativas a adoptar; 2º) la creación de un Banco de datos de buenas prácticas locales, que nos permitiría el desarrollo del «*Benchmarking*» a nivel local, y por tanto una economía de escala y una más fácil y barata modernización administrativa<sup>14</sup>.

e) El fortalecimiento de la Comisión de Entes Locales dentro del Senado, sin perjuicio de las competencias del Pleno.

#### 4. Los principales retos y problemas planteados en la actualidad en la gestión de los servicios públicos locales

##### 4.1. Algunas consideraciones generales previas

La década de los sesenta supuso fruto de la crisis económica, y por tanto del modelo Keynesiano de Estado de Bienestar, el cuestionamiento del modelo administrativo tradicional, burocrático, formalista, jerárquico, legalista y garantista en exceso; dada la existencia de un nuevo entorno caracterizado por las notas de: inestabilidad, complejidad, dinamicidad y competitividad.

Todos los países occidentales intentarán dar respuestas a los nuevos problemas de gestión planteados, desarrollando diversas experiencias modernizadoras. Las diferentes corrientes de la llamada Nueva Gestión Pública<sup>15</sup>, supusieron dar respuesta a estos problemas.

---

forma idónea para el intercambio de experiencias internas y externas, en Los Cuerpos Nacionales de Administración Local en *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 285, Enero-Abril de 2001, p. 72.

<sup>14</sup> Véase como síntesis: O.C.D.E. *La transformación de la gestión pública. Las reformas de los países de la O.C.D.E.* Traducción y edición del B.O.E., y del M.A.P. Madrid, 1997. Estudio introductorio y traducción de José Manuel RODRÍGUEZ ÁLVAREZ y José Manuel CANALES ALIENDE.

<sup>15</sup> Véase, entre una amplia bibliografía: José Manuel CANALES ALIENDE. *Lecciones de Administración y de Gestión Pública*. Ob. cit.; Blanca OLÍAS DE LIMA (coordinadora). *La Nueva Gestión Pública*. Prentice Hall. Madrid, 2001.

La modernización administrativa va a ser la respuesta a los retos y demandas planteadas sobre la necesidad de renovación y adaptación del sector público, constituyendo un proceso más complejo y plural que el acontecido en la década de los sesenta (más global, genérico y normativo), utilizando para ello varios instrumentos o técnicas complementarias, y dando una mayor importancia y orientación a los resultados, a la calidad en la prestación de los bienes y servicios públicos, y en la satisfacción de los usuarios de éstos; pero sobre todo y ante todo, haciendo hincapié en el cambio de cultura como factor estratégico de este proceso.

Las experiencias acontecidas en la década de los sesenta y ochenta, han dado origen a una serie de críticas de la llamada Nueva Gestión Pública, que son fundamentalmente las siguientes: a) demasiado economicista; frente a valores como la ética, la igualdad, la equidad, y la eficacia; b) exceso de contratación externa y de difícil control; c) olvido o incumplimiento de la legalidad; d) muy neotaylorista; e) no control democrático; f) desmedidamente localizada; g) y además de lo anterior, una visión muy a corto plazo de la gestión pública, sin estrategia a medio y largo plazo.

De las lecciones o experiencias aprendidas de esos años, destacaríamos las siguientes:

a) La revaloración del papel y el valor de lo público<sup>16</sup>, así como la reafirmación paradigmática de la especificidad o peculiaridad de lo público, respecto de lo privado.

No caben pues fáciles mimetismos, ni la hipervaloración genérica de la primacía de la empresa privada. Cuestión distinta es la necesidad actual de colaboración entre el sector público y el privado<sup>17</sup>, y hoy también del llamado tercer sector<sup>18</sup>; o la incorporación, fruto de una previa, rigurosa y cautelosa adaptación, de técnicas del sector privado al público.

Por otro lado, en concordancia con lo anterior y con carácter previo, la afirmación inequívoca de que el mercado, ni puede ni debe sustituir a los procesos de debate, decisión y participación políticas; y ello como manifestación de la existencia de un régimen político democrático.

b) El convencimiento de la no existencia de un modelo único y de validez universal en materia de gestión pública.

c) La consideración en la gestión pública, de tres aspectos o elementos complementarios entre sí, a saber: la teoría o doctrina, las técnicas y

---

<sup>16</sup> Sobre el valor en el sector público, véase: Mark H. MOORE. *Gestión Estratégica y creación de valor en el sector público*. Ediciones Paidós, S.A. Barcelona, 1998.

<sup>17</sup> Véase para mayor detalle, entre otros: Emilio ALBI. *Público y privado. Un acuerdo necesario*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 2000.

<sup>18</sup> Véase, entre otros: MARISA REVILLA (ed.). *Las O.N.G. y la política*. Ediciones Istmo, S.A. Madrid, 2002.

la cultura. Dentro de ésta y de su composición plural y compleja, se destacan los valores y el comportamiento organizativo y personal, y de ahí la relevancia actual del estudio y praxis de la ética pública.

d) La consideración de las personas perceptores de los servicios públicos como algo más que clientes, sino como ciudadanos con derechos. Las Cartas de Servicios serían una concreción y vía de lo anterior.

e) La importancia progresiva de la transparencia y del control democrático de la gestión pública.

f) El papel estratégico y creciente de las personas, antes llamadas recursos humanos, en las organizaciones públicas. Hoy es un paradigma la necesidad de contar con empleados públicos capaces, para poder obtener éxito en cualquier proceso de cambio administrativo<sup>19</sup>. La motivación y la capacitación del capital humano público resuelta vital en la sociedad actual del conocimiento.

g) El necesario y complementario liderazgo político y administrativo (éste a nivel de directivo público) en los procesos de innovación y de gestión administrativas, con las características de: fortaleza, clara visibilidad, publicidad, continuidad e intensidad.

h) La utilidad de la experimentación y del aprendizaje organizativos, previa una completa, adecuada y participada planificación estratégica y de una posterior evaluación.

i) la privatización y la contratación externa, sólo de aquellos servicios y actividades públicas, que puedan ser mejor prestadas por el sector privado.

Desaparece además el mito de la bondad automática y de principio, de la privatización como única alternativa a la gestión pública. No deja ser ésta, una, entre varias posibilidades.

j) La valoración y la utilización de la filosofía y de las técnicas de la calidad total, más como un medio, que como un fin en sí misma.

k) La separación y la diferenciación entre funciones políticas y administrativas, y por ende de responsabilidades.

La nueva gestión pública descentralizada, flexible, orientada hacia los resultados y al servicio de la sociedad civil y de la ciudadanía, implica a su vez un reforzamiento y búsqueda de las alternativas de exigencia de responsabilidades por los resultados de la gestión, o lo que se viene denominando una mayor intensidad y transparencia en la «*Accountability*».

---

<sup>19</sup> Así, entre otros: David OSBORNE y Peter PLASTRIK, *La reducción de la burocracia. Cinco estrategias para reinventar el gobierno*. Editorial Paidós. Madrid, primera edición, 1998; Libro Blanco del Gobierno Británico. *Modernizar la Administración*, núm. 23 de Documentos del I.N.A.P. Madrid, 2001; Donald F. KETTL. *Reinventar la Administración*. Informe quinquenal, núm 24 de Documentos del I.N.A.P. Madrid, 2001.

l) La modularización, o creación de Agencias, Servicios Comunes, Centros Gestores, etc., como medio para eliminar estructuras organizativas rígidas, formales y complejas; y para hacer éstas así y más ágiles, sencillas y flexibles, y por tanto menos piramidales, rígidas y jerárquicas.

ll) La fijación de objetivos más claros, adecuados, útiles y medibles.

m) La utilización progresiva de indicadores adecuados de gestión, como medios para la información, la medición y la comparación en la gestión pública.

n) La introducción de políticas de selección, formación, carrera, retribución, motivación y evaluación del rendimiento de los empleados públicos; en sustitución de la orientación y técnicas clásicas de mera administración coyuntural de los recursos humanos. La profesionalización al máximo de la función pública es un ideal a lograr.

ñ) La profundización en los procesos internos de descentralización, desconcentración, y delegación administrativas.

o) La búsqueda de alternativas al proceso y gestión presupuestaria tradicional, para desarrollar una presupuestación y gestión presupuestaria por programas y objetivos, dentro de un marco más amplio y a más largo plazo, a través de la planificación estratégica; y ello intensificando y revalorizando el carácter político del proceso de deliberación y acuerdo previo, así como el control posterior de la ejecución presupuestaria. El presupuesto no debe ser sólo una expresión legal y contable, sino un instrumento valiosísimo de gestión y de información.

p) La implantación de la competencia interna y externa.

q) El desarrollo de una mayor cultura y praxis de colaboración y coordinación entre Administraciones Públicas, a fin de lograr una mayor simplificación, agilidad, y economía de escala; evitando así duplicidades innecesarias, patologías, y mayores costes.

r) La potenciación de la mayor y más intensa comunicación e información interna y externa.

s) La gestión multinivel en red es complicada y de difícil control.

t) La viabilidad y la utilidad de la introducción, previa adaptación al sector público, de algunas técnicas del sector privado, así entre otras: el marketing, la dirección por objetivos, el «*benchmarking*», el trabajo en equipo, etc.

u) Y por último, pero no por ello menos importante, la relevancia y el reforzamiento del principio de legalidad vinculante en el actuar administrativo. Legalidad y eficacia son ambos principios constitucionales de obligado cumplimiento a la vez que complementarios, mientras que la eficiencia y el puro gerencialismo no lo son. En este sentido, cabría citar al respecto a García de Enterría, que ya hace años señalaba: «Sin em-

bargo, por debajo de la manifestada superioridad, en términos generales, de los métodos de gestión de la empresa privada sobre los de gestión burocrática, lo que en realidad se pretende de forma deliberada es huir de las reglas constructivas de una gestión pública ordenadas por el Derecho público administrativo y financiero. Se huye de las reglas de la contabilidad pública, de las del procedimiento administrativo, de las de contratación de los funcionarios (especialmente de las que tasan las cuantías de las retribuciones, y establecen reglas de ingreso y de incompatibilidades), incluso se huye también, o al menos se pretende, de la posibilidad de que sus actos puedan ser fiscalizados estrechamente por una jurisdicción especializada. La privatización de un ente gestor no puede implicar por sí misma la privatización de las relaciones con los administrados. El régimen jurídico de los servicios públicos genuinamente tales sigue siendo un régimen jurídico-administrativo y a su legalidad (arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución) deben someterse íntegramente los gestores, se organicen éstos como fuere, pues la legalidad es en la Constitución una técnica de garantizar la libertad de los ciudadanos y no, simplemente, de pautar la organización de los servicios públicos»<sup>20</sup>.

#### 4.2. Análisis de los principales retos y problemas planteados en la actualidad en la gestión de los servicios públicos locales, así como algunas propuestas de respuesta a los mismos

Como se ha puesto de relieve en el epígrafe precedente, las múltiples y variadas experiencias (con notables éxitos, pero a la vez también fracasos) en el sector público en todos los países occidentales durante los últimos treinta años, nos han aportado unas enseñanzas, orientaciones y aportaciones, las principales de las cuales se han enumerado. Por tanto, las mismas en principio las consideramos de utilidad y orientativas, para el sector público local a fin de intentar dar respuestas a los problemas, demandas y retos que tiene planteados hoy. No obstante lo anterior, es evidente en primer lugar, que el sector local, tiene unas propias peculiaridades; y en segundo término, que la realidad del sector público local es, como ya se ha dicho antes, plural y complejo, y requiere por tanto distintas soluciones.

Ante todo hay que señalar, que el punto de partida para proceder a una transformación de la gestión local en España, es el conocimiento de la misma. A este respecto, el diagnóstico de la O.C.D.E.<sup>21</sup> ha sido el siguiente:

<sup>20</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. Prólogo a la primera edición, 1992, de la obra de Francisco Sosa Wagner. *La gestión de los servicios públicos locales*. Civitas Ediciones, Madrid.

<sup>21</sup> O.C.D.E. *La gestión publique a travers les différents niveaux d'administration*. Paris, 1997, p. 165.

1) El contenido de las competencias asignadas a los municipios españoles ha permanecido bastante estable, y ello a pesar de la atribución confusa de las mismas.

2) Existe una diferencia notable entre la posición y la agrupación para la defensa de sus intereses de las grandes ciudades, que han constituido el grupo de las 7 grandes ciudades, frente al resto de los municipios.

3) Cierta autonomía de sus ingresos, de los que más del 30%, tendrían origen estatal o regional, mediante subvenciones de carácter no finalista atribuidas en función de criterios objetivos.

4) Gestión carente de escasa consideración y medición de los resultados.

5) Presupuestos elaborados y aprobados conforme a criterios legalistas y formalistas, que impiden el posterior análisis de resultados.

6) El control posterior que se ha realizado es el tradicional del presupuesto, de carácter contable y de legalidad; aunque a veces nominalmente, pero de facto, se le califique como de presupuesto por programas.

7) Ausencia de un control posterior de la gestión basado en la auditoría operativa o de gestión<sup>22</sup> además de los antedichos de legalidad y de regularidad contable.

8) Las relaciones entre Administraciones Públicas, se han caracterizado a veces por una confrontación, más que por la cooperación y la colaboración sincera mutuas.

9) Aparición y desarrollo de comportamientos y actitudes burocráticas y centralistas en las Comunidades Autónomas, imitando e incluso intensificando el modelo de la Administración General del Estado.

10) Ausencia de medios suficientes financieros, y por tanto déficit financiero crónico, que hace depender a los municipios de los otros gobiernos (central y autonómico), para poder prestar sus servicios, y ello a pesar del cambio legal de la atribución de autonomía a éstos.

11) Despreocupación en muchas ocasiones por la problemática local por parte del resto de los poderes públicos territoriales, y por tanto ausencia de una clarificación y reparto más adecuado de las competencias entre todos los niveles territoriales.

Sin perjuicio de haber señalado precedentemente, las principales tendencias según la O.C.D.E. de la gestión pública local en España, en estos años desde el advenimiento de la democracia, hacer hoy un balance y un

---

<sup>22</sup> Sobre esta materia, véase entre otros: O.C.D.E. *Auditoría de Gestión y modernización de la Administración*. Traducción y edición del B.O.E. y del M.A.P. Estudio introductorio y traducción de José Manuel RODRÍGUEZ ÁLVAREZ y José Manuel CANALES ALLENDE., Madrid, 1999.

diagnóstico, por el contrario, sobre la realidad de la misma, que permitiese obtener la máxima información, hacer comparaciones y poder medir realmente los objetivos cumplidos, y los logros obtenidos, no es posible científicamente.

No es posible tener esa visión necesaria, debido fundamentalmente a dos razones:

a) El gran número, la fragmentación y la diversidad de los gobiernos locales existentes en España.

b) La ausencia de información obtenible; y la escasez y fragmentación de ella disponible.

Pero, a pesar de la ausencia de un banco de datos (necesario, completo, actualizado y fiable) sobre la realidad local española, se han desarrollado en el ámbito local nuevas y diversas experiencias de modernización, algunas más conocidas que otras, y muchas de ellas exitosas.

Los municipios españoles, si bien de forma desigual y descoordinada entre sí, muchas veces con un carácter experimental, quizás debido sobre todo a la presión de la proximidad de las demandas ciudadanas, han sido un lugar de preferente referencia a la hora de hablar de la realidad, y no de la mera apariencia de la modernización del sector público español, en comparación con el ámbito estatal y autonómico.

Como ha señalado la Fundación Encuentro<sup>23</sup>: desde principios de los años ochenta la Administración Local ha sido la más dinámica en cuanto a modernización de estructuras y formas de gestión. Ello es así a pesar de su indefinición competencial y de la precariedad de recursos financieros con que ha contado durante un proceso de descentralización que en ambos aspectos ha descuidado su potencial protagonismo a favor de la creación ex novo de las Comunidades Autónomas.

Podríamos señalar como realidades de los proceso de modernización local, los siguientes:

1) Casi 50 municipios han puesto en marcha un plan estratégico, siendo los ejemplos más conocidos y paradigmáticos, los de Alcobendas, Barcelona, Bilbao, Gijón, Málaga y Valencia.

2) Se ha desarrollado una importante externalización de servicios en los campos de la informática y de las telecomunicaciones con numerosas empresas, para mejorar la gestión y la atención a los ciudadanos.

3) Se ha concedido la prestación de numerosos servicios asistenciales, sociales, culturales y educativos, al llamado tercer sector integrado por O.N.G., asociaciones sin ánimo de lucro y organizaciones religiosas.

<sup>23</sup> Fundación Encuentro. *Informe España 1997. Una interpretación de su realidad social*. Madrid, 1998, p. 489.

Destacaríamos entre otras, las experiencias en ese sentido de Córdoba y Palma de Mallorca.

4) La rehabilitación del centro y entorno urbano ha sido una prioridad de muchos municipios, pudiéndose destacar entre otros los casos de Oviedo, Girona, Vitoria y Barcelona.

5) Las políticas del suelo como elemento dinamizador de la economía y desarrollo urbano, han sido objeto de desarrollo también por varios municipios, así el caso de Zaragoza, Getafe, etc.

6) La modernización del tráfico y los problemas surgidos de éste, ha sido objeto también de atención especial, destacándose el caso de San Sebastián.

7) La rehabilitación de los cascos históricos y las políticas de promoción del turismo han sido también objeto de atención, tanto por los viejos municipios con importante pasado histórico, como por los municipios turísticos.

8) La tendencia a la diferenciación y la separación entre las funciones de provisión y de prestación directa de los servicios públicos, ha sido una nota relevante. La externalización de servicios, que ya tenía tradición por la vía de la concesión administrativa, adquiere nuevas fórmulas y mayor protagonismo.

9) La búsqueda de mayor seguridad ciudadana, para protección de los ciudadanos y de los visitantes, ha sido también otra constante cada vez más extendida en los grandes municipios.

10) Se ha propiciado una mayor segmentación y personalización de los servicios, ya que éstos son individualizables en su provisión y están más directamente relacionados con las demandas mayores de niveles de calidad de vida (por ejemplo servicios de educación, promoción económica, etc.).

11) Por último, y no por ello menos importante, también se han operado procesos de descentralización (caso de Barcelona) y de desconcentración (Madrid, Valencia, entre otros) de los órganos centrales a favor de las Juntas Municipales de Distrito, con la finalidad de mayor eficacia, proximidad y participación ciudadana en la prestación de los servicios.

El nuevo entorno en el ámbito español, europeo y mundial, obliga sin duda a un replanteamiento y a una reorientación (precedente, consensuada, adecuada y necesaria) de la finalidad, del contenido, y de las formas de gestión de los servicios públicos locales; en la búsqueda de los gobiernos locales de una mayor legitimación por los resultados de su gestión, a través de una más y mejor satisfacción de las demandas de los ciudadanos y de la sociedad civil.

Así, entre los principales retos a afrontar en la gestión de los servicios públicos locales, así como las posibles respuestas, serían en mi opinión las siguientes:

1) Los gobiernos locales deben reorientar su acción, Gobernar hoy no es sinónimo de gastar mucho y de prestar muchos servicios públicos; sino sobre todo, de desarrollar al máximo su capacidad de estrategia, orientación, dirección y liderazgo políticos, buscando el consenso de todos las fuerzas políticas, y de la sociedad civil. Se trataría en la expresión ya conocida de «timonear, más que remar»<sup>24</sup>.

2) La complejidad e interdependencia actuales, hacen necesaria una reconsideración del papel del territorio y de sus características, como claves para determinar la acción pública local, y ello en el marco de una planificación territorial más amplia de ámbito regional.

3) La competitividad entre Entes Locales, va a ser una característica y un efecto del nuevo contexto de la globalización, ya que no se van a poder resolver los problemas como antes, por la sola posesión de distintos recursos naturales, sino que van a tener influencia otros nuevos factores de competitividad, así: el funcionamiento adecuado del sistema urbano-regional; la inserción del territorio en los sistemas de comunicaciones; las políticas comerciales y de exportación; la existencia de instituciones políticas representativas; la sociedad civil; la cohesión social; la gobernabilidad eficaz; y la cultura y la capacidad gerencial local.

4) Los gobiernos y las Administraciones Locales en general, y las municipales en particular, al igual que el Estado, deben tener una orientación y actuación más relacional<sup>25</sup>, es decir, desarrollar al máximo sus capacidades de relación, negociación, colaboración y coordinación con otros gobiernos y Administraciones Públicas de distinto nivel: central, autonómico y europeo<sup>26</sup>.

5) El diseño y el desarrollo de unas estructuras de gobierno y de gestión, más ágiles, sencillas y flexibles, en función de las distintas tipologías, contextos, y problemas de los Entes Locales. Es obvio que el uniformismo actual, no satisface por no dar respuesta adecuada a todas las

---

<sup>24</sup> Véase al respecto, entre otros: David OSBORNE y Ted GAEBLER. *La reinención del gobierno*. Editorial Paidós, S.A. Barcelona, 1994.

<sup>25</sup> Sobre el papel actual necesario de carácter relacional de las instituciones públicas, puede verse entre otros: Xavier MENDOZA. «Técnicas gerenciales y modernización de la Administración Pública en España» en *Documentación Administrativa*, núm. 223. Julio-septiembre de 1990. I.N.A.P. Madrid.

<sup>26</sup> Véase, entre otros: Jorge CRESPO GONZÁLEZ. «La Gestión Pública Intergubernamental en la Unión Europea. Particularidades, Dimensiones y Futuro». *Documentos Pi i Sunyer*, núm. 12. Barcelona, 2001.

necesidades; y que hoy se demandan estructuras, más planas, más horizontales y más sencillas.

El problema del diseño y desarrollo de la estructura organizativa presenta a su vez, dos problemas a resolver: el macro y el micro, ambos dos complementarios.

A nivel macro, corresponde principalmente a cada Ente Local la decisión, a ser posible consensuada y participada al máximo, de la colaboración y coordinación con los demás, teniendo en cuenta la economía de escala y su capacidad gerencial, a través de las diversas fórmulas alternativas posibles: asociacionismo vía las Mancomunidades, los Consorcios, o la nueva cooperación sectorial. También se deberá desarrollar la cooperación con otros Entes Territoriales de diverso nivel (central, autonómico, europeo).

En cuanto al nivel interno o micro, es sabido que los Entes Locales, como consecuencia de su autonomía institucional, tienen reconocido por el ordenamiento jurídico, su plena capacidad de autoorganización, y en base a ella deberían proceder como se ha dicho a un diseño de las mismas lo más adecuado para el complemento eficaz de sus fines. La Ley de Régimen de Bases de Régimen Local vigente no presta una especial atención a la organización interna del poder municipal, a pesar de la trascendencia que ésta tiene, tanto en el supuesto de concentración de la población en aglomeraciones urbanas de ciertas dimensiones, como en el de distribución de la población en varios núcleos urbanos a lo largo del término municipal. El ámbito del autoorganización coincide justamente con el núcleo esencial de aquella autonomía, de suerte que la articulación interna del poder administrativo municipal es una cuestión perteneciente a la capacidad-responsabilidad de decisión de la propia colectividad local (con algunos, muy concretos, límites impuestos por el régimen básico). Y el instrumento para el ejercicio de tal capacidad-responsabilidad no es otro que el Reglamento Orgánico Municipal. La práctica habida hasta hoy acredita una muy escasa explotación de las posibilidades ofrecidas por el esquema legal<sup>27</sup>.

Cuestión ligada con la potestad de autoorganización, es la forma de prestar los servicios públicos, existiendo también en ese aspecto la plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia, siendo el único límite legal la obligación de la gestión directa para aquellos servicios que impliquen el ejercicio de autoridad, pudiendo optar para los restantes no sólo por las fórmulas previstas en el

---

<sup>27</sup> Luciano PAREJO ALFONSO. «El régimen jurídico de la Administración Local, Hoy» en VARIOS AUTORES: *La posición institucional de la Administración Local ante el siglo XXI*. I.V.A.P. Oñati, 1998, p. 43.

artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local, sino también por cualquier otra no expresamente contemplada expresamente en el citado precepto<sup>28</sup>.

6) En España, la experiencia en la gestión indirecta de los servicios públicos locales, es compleja y difícil de sintetizar y de evaluar ya que falta información, y ésta no responde a un posicionamiento ideológico claro, utilizándose la concesión administrativa como la fórmula más generalizada; siendo a su vez los servicios de recogida de basuras y la limpieza de calles, y en menor medida el abastecimiento de aguas, la limpieza de calles, de parques y jardines, los que se han privatizado. Además de lo anterior, se ha producido la liberalización/despublicación de algunos servicios públicos municipales, tales como los funerarios<sup>29</sup>.

Las alternativas a la gestión pública de las fórmulas de las cooperativas y de las fundaciones son apenas experimentadas.

7) La clara diferenciación y separación entre la función política o las tareas de gobierno y de representación política<sup>30</sup>; de la función gerencial o de las tareas gerenciales<sup>31</sup>, y ello sin perjuicio de la colaboración y de la complementariedad entre ambas.

El liderazgo del Alcalde en los Municipios en particular, no se opone en absoluto con la función gerencial profesional que debe desarrollar al máximo su capacidad de innovación y de espíritu emprendedor.

8) El desarrollo de la función pública directiva local<sup>32</sup> y de la gerencia

---

<sup>28</sup> FRANCISCO SOSA WAGNER. *La gestión de los servicios públicos locales*. Ob. cit., pp 53 a 55.

<sup>29</sup> Véase para mayor detalle: ROCÍO VALDIVIESO DEL REAL. «La reforma del sector público. Las privatizaciones: el estado de la cuestión y su aplicación al caso español» en Blanca OLIAS DE LIMA (coordinadora). *La Nueva Gestión Pública*. Prentice Hall. Madrid, 2001. Especialmente páginas 80 y 81.

<sup>30</sup> Véase en ese sentido y para mayor detalle, la obra de Ana María NIETO GUERRERO LOZANO. *Los Entes Locales Municipales. Entre la Política y la Administración*. I.N.A.P. Madrid, 2001. Sobre el control entre ambas puede verse: Jordi MATAS: *El control político de la Administración*. Institut de Ciències Polítiques i Socials. Barcelona, 2001.

<sup>31</sup> Sobre el modelo gerencial local, puede verse entre otros: VARIOS AUTORES. *Gobierno local y modelo gerencial. Reflexiones y propuestas para fortalecer la función directiva en los municipios*. Fundació Carles Pi i Sunyer, núm. 4, de la Colección Estudios. Barcelona, 1999.

<sup>32</sup> Sobre la función pública directiva en general puede verse, entre otros: José-Manuel CANALES ALIENDE. «El directivo público» en *Actualidad Administrativa*, núm. 21. Semana del 24 de marzo al 20 de mayo de 1993, pp. 63 a 266. Sobre la función pública directiva en el ámbito local, puede verse entre otros: ANTONIO SERRANO PASCUAL y María Pilar TERUEL MELERO. *Las funciones directivas en los Entes Locales*. Bayer Hermanos, S.A. Barcelona, 200; y VARIOS AUTORES. *La formación de funcionarios en España*. I.N.A.P. Madrid, 2001.

local<sup>33</sup>, como elementos estratégicos del liderazgo eficaz de los procesos de gestión e innovación local.

En mi opinión habría que reforzar el papel directivo de los funcionarios de los Cuerpos de Habilitación Nacional, aprovechando su experiencia y su formación polivalente. Éstos estarían especialmente capacitados para hacer frente a las nuevas demandas en el contexto de la Administración Pública, los cuales son básicamente los siguientes, según Ramón Martín Mateo<sup>34</sup>: liderazgo administrativo, sincretismo, y complejidad. Lo anterior por otro lado no puede improvisarse, sino que presupone, en primer lugar, la aceptación y la preparación de los Habilitados para asumir y resolver las nuevas tareas que las Administraciones Locales realizan actualmente y las que en un futuro inmediato les depara; en segundo término, se deben adaptar a las tareas heterogéneas que la diversidad tipológica de los Entes Locales demanda, y, desde luego, a impedir la actuación extra-jurídica o antijurídica, como mandato principal y desafío más obligado y fundamental de la Administración Local moderna. No son las funciones municipales las que deben adaptarse a las de los Habilitados, sino que el postulado demanda que sean las de éstos las que se integren en los servicios generales, e incluso, si fuera preciso que realicen además otras tareas encomendadas por el respectivo Gobierno local si ellos, por su preparación y disponibilidad temporal, son los funcionarios adecuados o necesarios<sup>35</sup>.

La función pública directiva, dentro de las actuales políticas de recursos humanos, aparece hoy como estratégica para el logro eficaz de la modernización administrativa. Ahora bien dirigir personas, es un proceso complejo y requiere experiencia y formación, para lograr la capacidad directiva necesaria, ya que a través de ésta es cómo hoy se coordinan las personas y las redes interadministrativas y se logran las economías de escala. El nuevo entorno, requiere por tanto, un nuevo modelo y un nuevo perfil, y unos nuevos conocimientos, frente a la figura y perfil del funcionario clásico. Por otro lado, los directivos públicos no nacen, sino que se hacen, por lo que hay que articular un proceso de selección y formación adecuados. La función pública directiva profesional, aparece pues como una segunda carrera o etapa administrativa.

---

<sup>33</sup> Sobre la gerencia local, véase especialmente: VARIOS AUTORES. *Gobierno Local y modelo gerencial. Reflexiones y propuestas para fortalecer la función directiva de los municipios*. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals. Núm. 4, de la Colección de Estudios. Barcelona, 1999.

<sup>34</sup> Ramón MARTÍN MATEO. «Los Cuerpos Nacionales de Administración Local» en *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 285. Enero-abril de 2001. I.N.A.P. Madrid, páginas 70 y 71.

<sup>35</sup> Antonio MARTÍNEZ MARÍN. *Funcionarios locales con habilitación. Pasado, presente y futuro*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1999, p. 216.

9) Como apoyo a la función pública directiva local, debería además, en mi opinión, institucionalizarse y profesionalizarse la gerencia pública local, existiendo para ello un capital humano potencial de gran valor, no suficientemente conocido y resaltado, como lo son los alumnos de las más de veinte Diplomaturas en Administración y en Gestión Pública existentes, los cuales tienen un gran conocimiento de las materias jurídicas, económicas y gerenciales públicas. Quizás hasta podría plantearse, un Grupo funcional B de Habilitación Nacional, sin perjuicio del carácter de Grupo funcional A para los Cuerpos Superiores de Habilitación Nacionales, cuyos miembros están llamados a convertirse como ya se ha dicho antes, en los auténticos «*city-managers*» españoles<sup>36</sup> o funcionarios públicos profesionales directivos del ámbito local. Creo que ésta última posibilidad, a fin de potenciar la función gerencial local, podría reflexionarse como una alternativa posible, con motivo del debate abierto actual sobre la potenciación de lo local, o Segundo Pacto Local o nueva descentralización territorial del Estado.

10) La globalización y la sociedad del conocimiento antedichos, han implicado un cambio revolucionario, y entre sus efectos está la creación de unas redes inter e intra administrativas, a no confundir con las meras Ventanillas únicas, que constituyen lo que se denomina «*e-government*»<sup>37</sup>, o nueva forma de gestionar lo público, en el que la eficacia, las nuevas tecnologías, y la democracia participativa, no sean aspectos opuestos sino complementarios.

11) La generalización de la utilización de las técnicas de la planificación y la dirección estratégicas, que permitirán concretar y desarrollar la estrategia, las metas y objetivos a lograr; tras un análisis (con la mayor representación y participación sociales posibles de la sociedad civil y de la ciudadanía) de las necesidades, problemas, medios disponibles y carencias existentes. Las políticas públicas locales deberían ser básicamente las siguientes, donde fuesen posibles: a) desarrollo económico local<sup>38</sup>; b)

---

<sup>36</sup> En ese sentido también recientemente: Ana-María NIETO-GUERRERO LOZANO. Los Entes Locales Municipales. Entre la Política y la Administración. I.N.A.P. Madrid, 2001, p. 60, quien señala la exigencia de no desperdiciar, antes bien, de utilizar mejor, en el interés del buen funcionamiento de las Instituciones Locales, la competencia, profesionalidad y experiencia de los Secretarios locales.

<sup>37</sup> Véase entre otros: Jordi LÓPEZ CAMPS y Albert GADEA CARRERA. *Una nueva Administración Pública. estrategias y métodos para mejorar la calidad y eficiencia del e-gobierno*. I.V.A.P. Oñati; 2001. Especialmente p. 42 y ss.; Richard HEERKS. *Reinventing government in the Information Age: International Practice in IT.Enable Public Sector Reform*. Routledge. London, 2001; etc.

<sup>38</sup> Véase, entre otros: José-Manuel RODRÍGUEZ ÁLVAREZ. *Experiencias prácticas de desarrollo local*, Bayer Hnos. S.A. Barcelona, 2001.

urbanas y de planificación y ordenación del territorio; c) de salud y bienestar social; d) de carácter educativo<sup>39</sup> y cultural; e) medioambientales; y f) de seguridad ciudadana.

12) La oferta de políticas y servicios públicos locales, es pues diversa, compleja y complementaria, debiéndose priorizar y adecuar al contexto de cada realidad local;<sup>40</sup> y en el marco de unas políticas coherentes territoriales de ámbito regional, teniendo en cuenta además las zonas de alta y baja diversidad poblacional. La lucha contra la exclusión social adquirirá sin duda mayor protagonismo, fruto no sólo de los problemas sociales actualmente existentes, sino también de los flujos y movimientos migratorios<sup>41</sup>, con especial incidencia de la problemática de la inserción de la población extranjera inmigrante, a fin de evitar una sociedad dual.

13) Por otro lado, dentro de la estrategia general, deberían seleccionarse y fijarse entre los objetivos de gestión, áreas claves o prioritarias, así como de resultados.

14) La planificación estratégica<sup>42</sup> aplicada al mundo local es un instrumento útil para que los gobiernos locales sean eso, y no meras Administraciones Locales tuteladas, que les permite relacionarse, coordinarse e integrar a todos los actores sociales y políticos en los procesos de cambio diseñados a medio y largo plazo para la mejora del nivel de vida de sus habitantes al desarrollo económico de ese territorio y de su entorno, anticipándose, y pensando sobre los problemas y demandas futuras, escapando de la mera acción precipitada y coyuntural. La participación vecinal en todos los procesos y en éste en particular, parece ineludible.

15) La comunicación y la información interna y externa al máximo posible, para evitar la opacidad y la endogamia, hacen posible la mejora de la gestión, pero también la participación y el control posterior demo-

---

<sup>39</sup> Véase recientemente: Joan SUBIRATS (COORD.). *Gobierno Local y Educación*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 2002.

<sup>40</sup> Véase una exposición y clasificación sobre las políticas públicas locales, entre otros: José Manuel CANALES ALIENDE «Las Políticas Locales» en *Terceras Jornadas Galegas sobre Economía das Corporaciónes Locais*. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela, 1994, pp. 5 a 49; Quim BRUGUÉ y Ricard GOMÀ. *Gobiernos Locales y políticas públicas*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1998; Fátima RODRÍGUEZ FIGUERAS y Roberto VIEITES RODRÍGUEZ «Las políticas públicas locales en la España democrática» en *Las Administraciones Públicas y sus nuevas técnicas de gestión. Especial referencia al ámbito local*. Obra colectiva de Miguel BASTOS BOUBETA y otros. E.N.E.G.A. (Escuela de Negocios de Galicia). Segunda edición revisada. La Coruña, 2001, pp. 51 a 71, etc.

<sup>41</sup> Véase para mayor detalle, entre otros: William SAFRAN y Ramón MAIZ. *Identidad y autogobierno en sociedades multiculturales*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 2002.

<sup>42</sup> Véase también para más detalle: Andrés Cernadas Ramos. «La planificación estratégica y su aplicación a los gobiernos locales» en *Las Administraciones Públicas y sus nuevas técnicas de gestión. Especial referencia al ámbito local*. ob. cit.

cráticos. El márketing público a nivel local, parece hoy como una técnica muy útil. Se deberán crear o potenciar las oficinas de información, iniciativas y reclamaciones.

16) La introducción de nuevas técnicas gerenciales y una formación en ese ámbito, de los directivos y de los profesionales de la gestión pública es un requisito básico y de partida para el cambio e innovación en la misma. La adecuada selección, motivación, retribución, y participación de los empleados públicos locales, aparecen también como objetivos básicos a lograr<sup>43</sup>.

17) La implantación generalizada de los indicadores de gestión, que permitan tener información objetiva y detallada, a la que a la vez que posibiliten la comparación, para asignar mejor los medios disponibles, y para poder medir los resultados logrados, así como para comprobar el grado y forma de cumplimiento de los objetivos perseguidos. En ese sentido, la experiencia británica de la «*Local Governement Act*» de 1992, que introdujo una serie de indicadores de gestión de los servicios públicos locales, es de gran interés para su posible adaptación a nuestro entorno.

18) La generalización de las cartas de servicios, como fórmulas de garantía y de compromiso en la calidad de la prestación de los servicios públicos.

19) La aplicación de las técnicas de reingeniería de procedimientos, a fin de simplificar y racionalizar éstos, así como todos los impresos y documentos administrativos.

20) La utilización de la informática y de las demás tecnologías de la información y de la comunicación, como un medio y no como un fin en sí mismo, en los procesos de innovación de la gestión y de los procedimientos administrativos.

21) El desarrollo de proyecto de servicios<sup>44</sup> u otro tipo de fórmulas, que permitan introducir e experimentar previamente con cautela, mejoras en la gestión de los órganos y de los servicios públicos; dentro de un marco general de planificación estratégica. Estos planes operativos, de carácter territorial o sectorial, permitirían innovar el conjunto de toda la organización administrativa. Es mejor ir progresando poco a poco, que

---

<sup>43</sup> Una crítica a la situación actual de la función pública local, carente de la adecuada eficacia y de imparcialidad, puede verse entre otros en: Miguel SÁNCHEZ MORON. «Balance de la Función Pública» en VARIOS AUTORES. *La posición institucional de la Administración Local ante el siglo XXI*. I.V.A.P. Oñati; 1998, pp. 311 a 331.

<sup>44</sup> Sobre la experiencia francesa de proyectos de servicios en el nivel local, puede verse entre otros: David HURON y Jacques SPINDLER. *Le management public*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1998.

fórmulas teóricas plagadas de buenos deseos y de contenido programático, pero sin viabilidad ni operatividad inmediata<sup>45</sup>.

22) La introducción de la fórmula participativa de los «presupuestos participados», como vía de consideración de las opiniones de la ciudadanía y de sus asociaciones representativas de ámbito general o sectorial. Hay experiencias europeas y latinoamericanas dignas de consideración, y de posible aplicación<sup>46</sup>.

23) El desarrollo de nuevas vías de participación y de opinión, con el apoyo de las nuevas tecnologías.

## 5. Breve reflexión sintética y final

Como se ha podido deducir, el mundo local español se enfrenta en materia de gestión pública, a nuevos y a variados retos y problemas.

La tarea ciertamente no es imposible, aunque no es nada fácil, y sobre todo, requiere voluntad política, tiempo y esfuerzo de todos los actores, instituciones y ciudadanos implicados. La suma de esfuerzos requeridos producirá sin duda, esperemos, a medio plazo una mejora sustancial, de carácter añadido y general, en todos los Entes Locales.

No existen soluciones generales, mágicas y perfectas aplicables; sino respuestas diferentes y complementarias, a realidades y problemas diferentes. El futuro se debería empezar hoy a construir<sup>47</sup>, con el adecuado pragmatismo<sup>48</sup>.

El giro actual o perspectiva de los gobiernos locales, no es tanto como ya se ha dicho, el de prestar muchos y variados servicios públicos de forma directa, y a veces monopolísticamente, sino el ser auténticos gobiernos en el sentido político del término, decidiendo e impulsando, más que gestionando. Este nuevo enfoque considera adecuada la prestación de aquellos servicios públicos que sean necesarios y posibles, eso sí con eficacia-calidad y eficiencia, a fin de estar más legitimados, no sólo por su origen electoral democrático, sino sobre todo por sus resultados.

---

<sup>45</sup> Véase en ese sentido: José-Manuel CANALES ALIENDE, «Los retos y los problemas de la evaluación del sector público y el nuevo papel de las Entidades Fiscalizadoras Superiores» en *Revista Valenciana d'Estudis Autònomic*. Valencia 2002, núm. 36, pp. 23 a 40.

<sup>46</sup> Véase, entre otros: «El número monográfico sobre El Control de los entes locales» de *Auditoría Pública*. Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo, núm. 25. Pamplona, diciembre de 2001.

<sup>47</sup> En ese sentido: O.C.D.E. *Construire aujorhui l'administration de demain*. París, 2001.

<sup>48</sup> VARIOS AUTORES. *Introducción a los servicios Locales. Tipos de prestación y modalidades de gestión*. M.A.P. Madrid, 1991.

Por otro lado, y además de lo anterior, no podemos olvidarnos de que los gobiernos locales, deben ser pioneros en el proceso de profundización de la democracia, y ello con una mayor capacidad de flexibilidad, y anticipación ante los nuevos cambios y retos económico-sociales, políticos y administrativos<sup>49</sup>.

La lógica y el marco tradicional de abordar la gestión de los servicios públicos locales ha cambiado, superando el marco territorial y competencial clásico, para insertarse dentro de la gobernabilidad local, como expresión de la nueva realidad y problemática del ejercicio del poder y gobierno locales<sup>50</sup>. 

---

<sup>49</sup> Así entre otros: Joan BOTELLA CORRAL (Coordinador). *La ciudad democrática*. Ediciones del Serbal. Barcelona, 1999.

<sup>50</sup> Así entre otras la experiencia inglesa ya citada, la francesa, y alemana. Véase entre otros autores: Elodie GUERIN LAVIGNOTTE. *França. Cap a la descentralizació*. Institut de Ciències Polítiques i Socials. Barcelona, 2001; Hellmut WOLLMANN. *Alemanya. Länder i diversitat local*. Institut de Ciències Polítiques i Socials. Barcelona, 2002.



# EL NUEVO REGIMEN DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA: plazos y requisitos de permanencia en el territorio español. Una especial referencia a los descendientes de emigrantes españoles

L. Fernando Reglero Campos

Catedrático de Derecho Civil  
Facultad de Derecho y CC.SS. de Ciudad Real  
Universidad de Castilla-La Mancha

## 1. Consideraciones generales

El pasado día 9 de octubre se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad. El propósito del presente estudio lo constituye el examen de las modificaciones que afectan a la adquisición de la nacionalidad española por residencia, concretamente en lo relativo a los plazos y a los requisitos de la permanencia en el territorio español, con particular referencia a la situación de los emigrantes españoles

En lo fundamental, la reforma obedece a la necesidad de dar respuesta a los deseos expresados por los colectivos de emigrantes por medio del Consejo General de la Emigración, de que la legislación española proporcione a los hijos de emigrantes españoles mayores facilidades a la hora de adquirir nuestra nacionalidad. Se trata de una problemática que

ha constituido una constante en las reformas sobre esta materia en los últimos veinte años. Se ha querido aprovechar también para introducir plazos más cortos de residencia, y nuevas situaciones en la que los extranjeros pueden adquirir la nacionalidad española por esta vía, si bien no parece que en este punto nuestra legislación vaya a experimentar cambios significativos.

Con carácter general puede afirmarse que la nueva regulación sobre adquisición de la nacionalidad española supone una mejora para quienes se encuentran en la situación señalada, dejando prácticamente intactas el resto de las situaciones contempladas en el art. 22 CC. No obstante, el nuevo texto no peca de generoso, lo que no es necesariamente censurable. Como veremos más adelante, durante la tramitación parlamentaria se perfilaron dos claras tendencias, diferenciadas por la mayor o menor generosidad a la hora de prever la concesión de la nacionalidad española a los descendientes de emigrantes y, con carácter general, a todo extranjero. No obstante, en las Propositiones de Ley y, sobre todo, en las enmiendas de buena parte de los Grupos Parlamentarios (compárense en este sentido las enmiendas presentadas por cada uno de ellos en el Congreso de los Diputados<sup>1</sup> y en el Senado<sup>2</sup>) se advierte un notable «barullo» conceptual.

Pero antes de entrar en el análisis de las novedades, y al objeto de disponer de un adecuado puesto de observación, es conveniente hacer unas observaciones generales.

## 2. La adquisición de la nacionalidad española por residencia.

### Legislación vigente

La nacionalidad española se adquiere por *residencia* en España en las condiciones previstas por el art. 22 CC (art. 21.2 CC), y según los trámites señalados por la legislación del Registro Civil (arts. 63 a 68 LRC, 220 a 237 y 365 a 369 RRC). Esta es, con diferencia, la forma de acceso más frecuente de los extranjeros a nuestra nacionalidad.

Los presupuestos de adquisición de la nacionalidad por esta vía son bastante numerosos y de muy diversa índole. En primer lugar, el interesado deberá solicitar y obtener la *concesión* de la nacionalidad por el M<sup>o</sup> de Justicia. El otorgamiento de la concesión no significa la adquisición automática de la nacionalidad. Para ello el interesado deberá cumplir los trámites previstos en el art. 23 CC.

---

<sup>1</sup> Publicadas en el BOCG (Congreso de los Diputados), de 9 de abril de 2002; núm. 168-8.

<sup>2</sup> Publicadas en el BOCG (Senado), de 18 de junio de 2002; núm. 5.

Para la obtención de la *concesión* deberán concurrir una serie de requisitos; unos de carácter objetivo y otros subjetivos:

a) Requisito objetivo es la residencia en España durante un periodo de tiempo determinado, de forma legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud (art. 22, aptdos. 1 y 2 CC).

b) Requisitos subjetivos son que el interesado haya observado una buena conducta cívica y haya alcanzado un suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4 CC).

La verificación de tales requisitos no supone necesariamente que el M<sup>o</sup> de Justicia haya de otorgar la concesión. Podrá hacerlo, pero también podrá denegarla si considera que existen motivos de orden público o de interés nacional (art. 21.2 CC), circunstancia que deberá justificar o motivar. Es cierto que según el art. 223 últ. párr. RRC, la denegación de la concesión por tales razones «podrán no motivarse»; sin embargo, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, el art. 21.2 CC exige que la denegación por tales motivos sea «razonada».

De acuerdo con esa facultad de denegación, se ha señalado que el extranjero que reúna los requisitos objetivos para adquirir la nacionalidad por residencia no tiene un derecho subjetivo, al estar sometida su efectiva adquisición a la concesión por un órgano administrativo. Sin embargo, el hecho de que la denegación por razones de orden público o interés nacional haya de ser «razonada» reduce de forma considerable la discrecionalidad de la decisión administrativa, de manera que cuando no concurren tales razones, la concesión no podrá ser denegada. Así lo prueba el hecho de que la denegación es revisable por los Tribunales.

La jurisprudencia ha señalado una doble caracterización de los requisitos señalados más arriba:

1. En relación con los objetivos, esto es, los que debe reunir la residencia en España (legalidad, continuidad e inmediatez), se ha señalado que son de *carácter definido* (formulación de solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante el plazo de tiempo aplicable en cada caso [diez, cinco, dos o un año]). Son requisitos que, según se dice, por su propia objetividad no plantean problema para su apreciación.

2. Los segundos se configuran como *conceptos jurídicos indeterminados*, bien de *carácter positivo*, como la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien de *carácter negativo* como es el caso de los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación.

Estos requisitos, por su propia naturaleza de conceptos jurídicos indeterminados, precisan de la concreción adecuada a las circunstancias de cada caso, y su valoración lleva a una decisión administrativa jurisdiccionalmente fiscalizable.

Por último, como queda dicho, una vez obtenida la concesión, el interesado debe emitir una declaración de voluntad de adquisición de la nacionalidad española en los términos del art. 23 CC.

En cuanto a los plazos de residencia en España, el Código civil los establece atendiendo a cierto tipo de situaciones en las que pueda encontrarse el solicitante de la nacionalidad. El plazo general es de *diez años*. Este plazo se reduce a *cinco* para los que hayan obtenido asilo o refugio<sup>3</sup>. Este punto ha sido modificado por el nuevo texto legal, que suprime la referencia a los asilados (*v. infra*, aptdo. 4). A *dos* cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes; y a *uno* para los casos expresados en el núm. 2 del art. 22 CC:

- Quien hubiera nacido en territorio español
- Quien no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar
- Quien haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos
- Quien al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho
- El viudo o viuda de española o español
- El nacido fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles

El último de los citados y, con carácter general, lo relativo a la adquisición de la nacionalidad española por los descendientes de emigrantes, constituye el núcleo sobre el que gira la reforma en su conjunto. Como veremos, en lo relativo a la adquisición de la nacionalidad por el tiempo privilegiado de un año la reforma está pensando sobre todo en los llamados emigrantes de *tercera generación*; es decir, los nietos de los españoles que emigraron a otro país y que no pueden adquirir la nacionalidad española por otro título. Pero antes de entrar en el examen de este nuevo régimen, conviene conocer cuál fue la posición de los distintos Grupos Parlamentarios durante la tramitación de la reforma sobre lo que debía ser el régimen de la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

---

<sup>3</sup> Se trata de una novedad introducida por la reforma de 1990. Para determinar quiénes tienen la condición de *asilado* o *refugiado* ha de acudirse a la Ley 5/1984, de 26-III, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, reformada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

### 3. Las proposiciones de Ley en materia de nacionalidad

En el año 2001 fueron presentadas tres Proposiciones de Ley en materia de nacionalidad. Por orden de presentación, la del GP Socialista<sup>4</sup>, la del GP Popular<sup>5</sup> y la del GP Federal IU<sup>6</sup>. Al día de hoy, las iniciativas presentadas por los dos primeros Grupos quedaron concluidas por haberse subsumido en la iniciativa presentada por el de IU. Las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados lo fueron a esta Proposición<sup>7</sup>. No obstante, el texto que se acompaña en el informe de la Ponencia se corresponde, con leves retoques, con el de la Proposición de Ley presentada por el GP Popular. Las restantes propuestas –se dice en aquel Informe– deben ser consideradas como enmiendas.

Habida cuenta de que, como queda dicho, las enmiendas tuvieron por objeto el texto de la Proposición del GP Federal IU, comenzaremos el examen de las distintas proposiciones por esta última.

#### 3.1. La proposición de Ley de Izquierda Unida

En lo relativo a la adquisición de la nacionalidad por residencia, esta proposición era particularmente generosa. Se proponían las siguientes modificaciones respecto del vigente CC:

■ El mantenimiento de un plazo general de adquisición por residencia de 10 años, pero sin requisito alguno.

■ El establecimiento de un plazo general de residencia por cinco años, si ésta es legal y continuada.

■ Mantenimiento del plazo de dos años de residencia para los nacionales de países iberoamericanos («en virtud de su vinculación histórico-lingüística»), ampliándose «al conjunto de las nacionalidades ibéricas», y asimilando los «moriscos» a los «sefardíes» («se mantiene la separación histórica que supone la preferencia de los sefardíes, a los que se equiparan, por este mismo principio de justicia, los moriscos»).

■ Se incluyen en este apartado de residencia de dos años a los asilados y refugiados («en atención a lo excepcional de su situación»), a quie-

<sup>4</sup> Proposición de Ley sobre Modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (núm. 115), publicada en el BOCG (Congreso de los Diputados) de 9 marzo 2001.

<sup>5</sup> Proposición de Ley sobre Modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (núm. 122), publicada en el BOCG (Congreso de los Diputados) de 16 marzo 2001.

<sup>6</sup> Proposición de Ley sobre Modificación del Código Civil en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad (núm. 168), publicada en el BOCG (Congreso de los Diputados) de 26 octubre 2001.

<sup>7</sup> Pueden verse en el BOCG (Congreso de los Diputados) de 9 abril 2002.

nes, además, se permite acceder a la nacionalidad española sin necesidad de renunciar a la suya en origen.

■ Finalmente, en el apartado de adquisición de la nacionalidad por residencia mínima de un año, se incorpora un nuevo supuesto para aquellos trabajadores inmigrados que hayan sufrido un accidente de trabajo o enfermedad profesional («por elementales exigencias de justicia»).

■ En lo referente a cuestiones procedimentales, para la concesión de la nacionalidad por residencia se suprime el requisito de justificar buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española, «por entender que el segundo queda acreditado con la mera solicitud y el primero puede constarse de oficio por la Administración».

En el artículo 23 se suprime el requisito de renuncia a la nacionalidad anterior de su letra b).

El propio GP Federal de IU presentó las siguientes enmiendas a su Proposición de Ley:

■ Considerar como tiempo de residencia en España, a los efectos del cómputo del plazo general de cinco años, el de residencia habitual en otros Estados miembros de la UE (enmienda núm. 3). Aunque curiosamente no se incluyen a los nacionales de tales Estados como beneficiarios de un plazo de residencia más reducido (dos años).

■ Extender el beneficio del plazo de residencia de dos años a los apátridas, y a los nacionales de origen «de cualquier territorio que haya dependido colonial o administrativamente en el siglo XIX o XX del Estado español (enmienda núm. 4).

■ Suprimir la mención a la separación de hecho en los arts. 22.2.d) y 22.2.e) (enmienda núm. 6).

■ La referencia a los que hubieren obtenido una prestación de invalidez permanente, como consecuencia de enfermedad profesional o accidente de trabajo, contraída o acaecido, respectivamente, en territorio español, se propone que obtendrá la nacionalidad española por residencia «con el mero hecho de probar la misma, sin requisito adicional alguno en lo referente a la duración de la citada residencia» (enmienda núm. 6).

### 3.2. La proposición de Ley del GP Socialista. La enmienda núm. 31 a la proposición de IU

Por su parte, el *GP Socialista* en el Congreso presentó también una enmienda a este artículo (enmienda núm. 31)<sup>8</sup>, con un texto que repro-

<sup>8</sup> Que se reproduce en el Senado (enmienda núm. 48) (BOCG [Senado], de 18 junio 2002).

duce el que figuraba en su Proposición de Ley, en el que se introducían las siguientes modificaciones al vigente art. 22 CC<sup>9</sup>:

- Reducción de 10 a 5 años del plazo general de residencia.
- Reducción de 5 a 2 años el plazo de residencia para los que hayan obtenido asilo, o tengan la condición de refugiados.
- Extensión del plazo reducido de residencia de dos años a los nacionales de origen de países miembros de la Unión Europea.
- El plazo privilegiado de un año se extiende a las situaciones de convivencia de hecho<sup>10</sup>.
- También se extiende al conviviente con español o española cuando a la muerte de éste/a no hubiera finalizado la convivencia.
- Se suprime el requisito de la «buena conducta cívica» del art. 22.4 CC.

La enmienda se justificaba en los siguientes términos:

«La enmienda que reduce los plazos para adquirir la nacionalidad por residencia opta por mantener en idénticos términos los requisitos que debe reunir la residencia y ello en la creencia de que el arraigo en una comunidad puede producirse en períodos más breves y que la mejor integración en una determinada sociedad se consigue con la asunción en plenitud, de derechos y deberes como ciudadano, sin olvidar que esta modificación guarda una relación directa con el artículo 32.2 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración, que reconoce el derecho a obtener la residencia permanente a los extranjeros que hayan residido cinco años en España, pero no creemos que tenga arraigo en España una persona que lleva diez años entre nosotros, pero no ha legalizado su situación.

La propuesta no olvida la necesaria inclusión dentro del catálogo, países que por la especial vinculación histórica de estos con España, a los países de la Unión Europea, a los que nos unen, no sólo vínculos históricos, políticos y económicos, sino un proyecto de futuro común. Las propuestas que realiza el texto de la Proposición respecto de la inclusión de otros países o colectivos, si bien no nos producen rechazo, o bien ya están incluidos o su prueba presenta gran dificultad».

---

<sup>9</sup> Buena parte de las cuales asume el PNV (*vid.* enmiendas núms. 9 y ss. en el Senado del GP de Senadores Nacionalistas Vascos).

<sup>10</sup> A quienes al tiempo de la solicitud «llevare conviviendo en pareja de forma estable, libre, pública y notoria, en una relación de afectividad similar a la conyugal, independientemente de su orientación sexual, sin que ninguno de los convivientes este unido por vínculo matrimonial en vigor, ni relación de parentesco en primer o segundo grado de consanguinidad entre sí, mayores de edad o menores emancipados, siempre que acrediten la convivencia a través de la inscripción en los registros específicos existentes en su lugar de residencia o mediante documento público y que se mantenga dicha convivencia al tiempo de la solicitud».

En la proposición socialista también figuraba la supresión del requisito de renuncia a la nacionalidad anterior que hoy se exige en la letra b) del art. 23 CC. Creo que esto último es correcto, sin perjuicio, naturalmente, del derecho de cada Estado sobre pérdida de su nacionalidad. Y si no quiere suprimirse por completo, sí debería hacerse, al menos, respecto de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, de modo que el régimen de adquisición de la nacionalidad por residencia de estas personas se asimile en su conjunto al de los nacionales de los países expresados en el 24.2.II CC (países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal); es decir, tanto en lo relativo al tiempo de residencia (dos años), como a la inexigibilidad de la renuncia a su nacionalidad. Lo que se ve con sólo considerar el hecho de que los vínculos que hoy existen con aquellos Estados son mucho más estrechos que los que nos unen con países como Filipinas o Guinea Ecuatorial. La tendencia a la integración de los Estados de la Unión Europea debería facilitar el acceso a la doble nacionalidad de sus ciudadanos.

### 3.3. La enmienda núm. 44, del GP Catalán (CiU)

En una línea similar se expresa la enmienda presentada a este artículo por el GP Catalán (CiU) (enmienda núm. 44), que propone un plazo general de cinco años residencia para la adquisición de la nacionalidad por esta vía<sup>11</sup>, y la inclusión de «los que tengan reconocido el estatuto de apátridas» entre los que sólo necesitan la residencia de dos años.

En cuanto a los ciudadanos de los países miembros de la Unión Europea, se proponía el siguiente régimen de residencia:

«Para los países integrantes de la Unión Europea el período requerido para la concesión de la nacionalidad por residencia será el de cinco años, a no ser que en sus respectivos ordenamientos jurídicos o en los Tratados firmados con España, se establezca un plazo más corto, en cuyo caso se estará al principio de reciprocidad».

La enmienda se justifica en los siguientes términos: «En primer lugar, se acortan los plazos previstos para la concesión de la nacionalidad por residencia al considerar que éstos, más cortos, son suficientes para demostrar el arraigo. En segundo lugar, se establece que para los países de la Unión Europea regirá el principio de reciprocidad».

---

<sup>11</sup> En el Senado, el GP Catalán CiU propone aplicar el mismo periodo de residencia de cinco años a los que «hubieren obtenido la condición de desplazado, si transcurridos los tres primeros años desde la entrada en España, no se hubiera modificado la situación que originó la huida de su país de origen». Lo cierto es que no se ven muy bien las razones de esta propuesta, si el de cinco años es el plazo general que propone este Grupo.

Este Grupo Parlamentario proponía también lo siguiente:

■ La supresión de la letra f) del art. 22.1 CC de la Proposición del GP Federal de IU («Se considera necesaria una regulación más exhaustiva para contemplar estas circunstancias»), y el mantenimiento de la vigente letra f) del art. 22.1 CC.

■ Añadir el requisito de la «efectividad» de la residencia (enmienda núm. 47). Pero a diferencia de la propuesta del GP Popular, aquí se explica qué debe entenderse por residencia efectiva: «la que tendrá lugar durante más de la mitad del año». El concepto de «efectiva», dice la justificación a esta enmienda, «es jurídicamente indeterminado; por eso se propone precisar el concepto a los efectos de clarificar su interpretación». Lo que sucede es que esa exigencia de residir en España durante un periodo de tiempo determinado se cumple ya con el requisito de la «continuidad».

■ Mantener el requisito de la acreditación de la «buena conducta cívica» para la adquisición de la nacionalidad por esta vía.

#### *3.4. La proposición de Ley del GP Popular. La enmienda núm. 16 a la proposición de IU*

Como queda dicho más arriba, la proposición de Ley del GP Popular en el Congreso quedó subsumida en la iniciativa del GP Federal de IU. No obstante, y en lo que se refiere a la adquisición de la nacionalidad por residencia, mantiene su texto en las enmiendas presentadas a la Proposición de dicho Grupo. Así, en la enmienda núm. 16 propone el mantenimiento de la actual redacción del art. 22 CC, con las siguientes modificaciones:

■ El plazo de cinco años de residencia para «los que hayan obtenido asilo o refugio», habría de serlo únicamente para «los que hayan obtenido la condición de refugiado».

■ Se añade un nuevo requisito para que la residencia sea presupuesto de la adquisición de la nacionalidad: el de su «efectividad» (art. 22.3, según el texto de la enmienda).

Como se puede apreciar el texto definitivo en poco ha variado del propuesto por el GP Popular. De hecho, el Texto remitido al Senado por el Congreso de los Diputados se corresponde, con leves variantes, con el de la Proposición de Ley presentada por dicho Grupo. En el apartado 6 examinaremos el nuevo régimen de adquisición de la nacionalidad española por residencia de los emigrantes. Veamos ahora la primera modificación propuesta por este GP al art. 22 CC, esto es, la relativa a la adquisición de la nacionalidad por los refugiados, suprimiendo la referencia a los asilados, que queda reflejado en el nuevo texto de este precepto.

#### 4. La adquisición de la nacionalidad por los refugiados (exclusión de los asilados del grupo del plazo de cinco años)

En el nuevo artículo 22 CC se suprime la actual referencia a los que hayan obtenido asilo como circunstancia que permite la adquisición de la nacionalidad por residencia de cinco años, manteniéndose tan sólo la mención de los refugiados.

Esa supresión y la referencia exclusiva a los refugiados obedece a la necesidad de adecuar el Código Civil a la legislación en materia de asilo y refugio. En concreto, a la supresión de la antigua diferencia entre asilo y refugio de la Ley 5/1984, de 26 marzo, sobre Regulación del derecho de asilo y de la condición de refugiado (BOE 27 marzo 1984, núm. 74/1984) llevada a cabo por la Ley 9/1994, de 19 mayo, de reforma de la anterior<sup>12</sup>.

Según la legislación vigente, sólo se dispensará asilo a quien se reconozca la condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951, es decir, a quien debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él<sup>13</sup>.

La concesión de la condición de refugiado y, en consecuencia, de asilo, lleva consigo, entre otras medidas, la autorización de residencia en España y la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles (art. 2.1 Ley 5/1984).

---

<sup>12</sup> «Se suprime la doble figura de asilo y refugio con estatutos diferenciados, dualidad que no se deriva en modo alguno de las exigencias de protección a los extranjeros víctimas de persecución y que se ha revelado como una fuente de confusión y abusos».

<sup>13</sup> Este concepto de refugiado, cuando se trata de perseguidos por opiniones políticas, ha de interpretarse en sentido amplio, como es práctica general de los Estados signatarios de la Convención, comprendiendo actos punibles cometidos por motivos políticos siempre que, a la luz de las circunstancias, pueda establecerse que la persona en cuestión tiene temores de ser perseguida.

## 5. Concepto de residencia y requisitos que debe reunir. Residencia y «residencia legal»

### 5.1. Concepto de residencia a efectos de adquisición de la nacionalidad. La residencia «legal»

No es fácil definir el concepto de «residencia», con mayor motivo si se tiene presente que se trata de un término utilizado con una amplia variedad de significados por un buen número de textos legales. A efectos de adquisición de la nacionalidad, lo relevante no es tanto la residencia en sí, sino el título en cuya virtud un extranjero reside en España. Un extranjero puede residir en España de forma legal o ilegal<sup>14</sup>. En lo que se refiere a las situaciones en las que un extranjero puede encontrarse legalmente en España, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social (Ley de Extranjería [o LExtr] en lo sucesivo) contempla tres títulos o situaciones: la estancia, la residencia temporal y la residencia permanente (arts. 29 y ss.).

1. La *estancia* es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días (art. 31.1 LExtr.). El título legal de estancia en nuestro país dependerá de la nacionalidad del extranjero (documento de identidad, visado, etc.).

2. La *residencia temporal* es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años (art. 31.2).<sup>15</sup>

3. La *residencia permanente* es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles (art. 32.1).

Uno de los principales elementos de discusión en torno a la adquisición de la nacionalidad española por residencia tiene por objeto la delimitación misma del término «residencia». Mientras España fue un país de emigración, los requisitos sobre adquisición de la nacionalidad española fueron particularmente laxos y flexibles. Pero cuando el flujo migratorio se invirtió, tornándose en inmigratorio, tales requisitos han ido endureciéndose de forma progresiva. En concreto, en lo que se refiere al de «legalidad» de la residencia, no apareció en nuestro Código civil, con

---

<sup>14</sup> Sobre la cuestión, v. La Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 9 de mayo (RCL 2002, 1183), sobre retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España.

<sup>15</sup> Las autorizaciones de duración inferior a los cinco años podrán prorrogarse a petición del interesado si concurren circunstancias análogas a las que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones de residencia temporal y de sus prórrogas se establecerá reglamentariamente.

este carácter, sino hasta la reforma llevada de la Ley 51/1982, de 13 de julio, si bien la doctrina lo entendía implícito. La inclusión del requisito de la legalidad implicaba, automáticamente, dotar a la residencia de un marcado carácter fáctico. Residir en España era, desde esta perspectiva y en lo que ahora interesa, permanecer, estar o hallarse en territorio español, con independencia de que fuera legal o no, y de cuál fuera la intención o voluntad del sujeto acerca del tiempo por el que hubiera de prolongarse esa permanencia. Un concepto de «residencia» que, como digo, tiene poco de jurídico y mucho de situación de mero hecho<sup>16</sup>. Pero como quiera que se exige que la residencia sea «legal», la cuestión no dejaba de tener un interés meramente teórico. La discusión se trasladó entonces a lo que debía entenderse por «residencia legal».

A falta de una norma que diga lo que ha de entenderse por «residencia legal», la doctrina ha debatido sobre su alcance y significado. Desde un punto de vista muy restrictivo, y atendiendo a lo dispuesto en el art. 13.4 de la Ley de Extranjería de 1985, a cuyo tenor «Sólo se considerarán extranjeros residentes las personas amparadas por un permiso de residencia», algunos autores han mantenido que sólo es «residencia legal» la del extranjero que ha obtenido la autorización o permiso de residencia a que se refería el Decreto 522/1974, de 14 febrero, y, después, el art. 13.1 de la Ley de Extranjería de 1985. Lo que sucede es que no estaba muy claro si la previsión del art. 13.4 de esta Ley había interpretarse a los efectos exclusivos de las situaciones por ella reguladas, o cabía extenderla a todos los efectos, incluyendo el de la adquisición de la nacionalidad. Es esta última fue interpretación dada por la STS de 19 septiembre 1988 (RJ 6838)<sup>17</sup> y por la RDGRN de 10 febrero 1989 (An. DGRN, p. 655).

En el otro extremo se encuentra quienes consideran que reside legalmente en España quien se encuentra en nuestro país por cualquier título que le legitime para ello<sup>18</sup>.

Curiosamente el texto original de la nueva Ley de Extranjería suprimió aquella mención del art. 13.4 LExtr. 1985. Sin embargo, la reforma de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, introdujo un aptdo. núm. 3 al actual art. 29, con un tenor similar: «Son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia perma-

---

<sup>16</sup> Como tal se contempla en el art. 22.1.a) de la Proposición de modificación del CC en materia de nacionalidad del GP Federal de IU (diez años de residencia, «sin ningún otro requisito»).

<sup>17</sup> CCJC 18, 464. Comentada por M. AMORES.

<sup>18</sup> Así, los funcionarios diplomáticos o consulares, las personas con estatuto de asilado o refugiado, quienes estuvieran en posesión de la tarjeta de estudiante; los militares extranjeros de tropas estacionadas en España; personas al servicio del ejército español, etc.

nente»; un apartado que, como digo, no existía en la redacción originaria, y que, en relación con el art. 13.4 LExtr. 1985, cambia la expresión «Se considerarán», por la de «son». De manera que ahora se dice no ya a quien se considera, sino *quien es* extranjero residente, siéndolo quien haya obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente. Con esto no es que se defina el concepto de «legalidad» de la residencia, pero sí parece que se delimita lo que ha de entenderse por «residencia». *Reside* en nuestro país no ya quien se encuentra físicamente en él en virtud de cualquier título que le legitime para ello, sino quien ha obtenido un permiso de residencia temporal o permanente (art. 31.6 LExtr). De este modo, el concepto «residencia» pierde aquel carácter fáctico, adquiriendo un marcado significado jurídico. La cuestión es si esta previsión es o no extensible a la residencia que exige el Código civil para adquirir la nacionalidad española<sup>19</sup>. La respuesta parece hoy afirmativa. Pero para decidir si un extranjero «reside» legalmente en España, es necesario atender a los diferentes títulos por los que puede encontrarse y/o permanecer en nuestro país.

En este sentido, yo creo que dentro del concepto de residencia debe ser excluida la situación de mera estancia. Por muy legítimo que sea este título para permanecer en nuestro país, el tiempo de estancia no puede computarse a efectos de la adquisición de nacionalidad española por residencia.

Pero hay otras situaciones que merecen un tratamiento diferente:

■ Así sucede con la de los refugiados. El art. 34 LExtr se refiere a la residencia de apátridas<sup>20</sup>, indocumentados y refugiados, dando a cada una de estas situaciones un tratamiento diferente. Por su parte, en tres Resoluciones de 27 octubre 1995 (RJ 9825, 9826 y 9827), la DGRN ha considerado que son residentes legales en España quienes tienen reconocida la condición de refugiado.

---

<sup>19</sup> Todo esto sin perjuicio de lo dispuesto en los Convenios de nacionalidad o de doble nacionalidad suscritos por el Estado español, sometidos a un régimen particular en cuanto al concepto y requisitos de la residencia.

<sup>20</sup> En ejecución de lo previsto en el art. 34 de la Ley de Extranjería (reconocimiento de la condición de apátrida por el Ministro del Interior al extranjero que careciendo de nacionalidad reúna los requisitos previstos en la Convención sobre Estatuto de Apátridas de 1954 y la expedición de la documentación prevista en el artículo 27 de la citada Convención), el art. 1.1 del RD 865/2001, de 20 julio (RCL 2001\1809), sobre reconocimiento del estatuto de apatridia, reconoce este *estatus* «a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación, y manifieste carecer de nacionalidad» (conforme a lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954). Para hacer efectivo este reconocimiento, el interesado deberá cumplir los requisitos y procedimiento previstos en el Reglamento.

■ También es residente el nacional de un Estado miembro de la Unión Europea que esté en posesión de una tarjeta de residencia, sea temporal (permanencia en España por un tiempo superior a tres meses e inferior a un año), o no (para periodos de tiempo superior a un año, y que tendrá cinco años de vigencia, siendo renovable automáticamente), a que se refieren los arts. 4.2 y 4.3 del RD 766/1992, de 26 junio. No por el contrario, quien esté en posesión de la tarjeta de trabajador fronterizo a que se refiere el art. 4.6 del mismo Real Decreto (modificado por el RD 737/1995, de 5 mayo).

Junto a las situaciones anteriores de residencia y estancia, la Ley de Extranjería contempla otras especiales, como la de los estudiantes, para los que se prevé una autorización de «estancia» por un tiempo que se corresponda a la duración del curso en el que esté matriculado (art. 33.1), con carácter prorrogable. En el texto original se prevenía la concesión de autorización de admisión y residencia en España por razones de estudio (cfr. antiguo art. 40.1). La reforma de esta Ley por la LO 8/2000 ha cambiado el régimen de la residencia por el de estancia, por lo que parece que esta situación no es asimilable a la de residencia.

Un caso particular es el de los extranjeros indocumentados presumiblemente menores de edad<sup>21</sup>. En estos casos se procederá a la comprobación de su edad por los medios previstos en el art. 35.1 LExtr y si efectivamente se trata de menores, se pondrán a disposición de los servicios competentes de protección de menores. Se intentará el retorno a su país de origen o a aquel donde se encontraren sus familiares (*vid.* art. 35.5). Sólo cuando esto no sea posible, se decidirá sobre su permanencia en España (art. 35.3). En este caso, el art. 35.4 LExtr dispone que «*Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.*» Ese ínterin que media entre el acogimiento y el otorgamiento del permiso de residencia es acaso el único supuesto en que puede hablarse de situación de residencia del extranjero, sin que ostente el correspondiente permiso.

Otro caso particular es el de la posesión indebida del DNI. En este sentido, la DGRN ha dicho que «la circunstancia de que el interesado continúe indebidamente en *posesión del Documento Nacional de Identidad*

---

<sup>21</sup> Aquí deben diferenciarse estos casos, de los que puedan resultar comprendidos en el art. 17.1.d) CC.

como español puede tener otros efectos, como el de estimar que su residencia en España es legal respecto de su posible adquisición de la nacionalidad española por residencia (cfr. art. 22 CC), pero *no es prueba suficiente que tenga la nacionalidad española ...*» (Resoluciones de la DGRN de 16 febrero 1999 [RJ 10182], 23 marzo 1999 [RJ 10163], entre otras).

La actual jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo sigue la línea restrictiva marcada por la citada STS de 19 septiembre 1988 (RJ 6838) y la RDGRN de 10 febrero 1989 (An. DGRN, p. 655). Se dice así que sólo se cumple con el requisito de «residencia legal» en España cuando el solicitante esté en posesión de un permiso de residencia, atendiendo a la Ley vigente en cada momento:

- Permiso o autorización de residencia, obtenida conforme al Decreto 522/1974, de 14 de febrero, y durante su vigencia;
- Permiso de residencia de la LO 7/1985, de 1 de julio, durante la suya;
- Y ahora el permiso de residencia temporal o permanente contemplado en el art. 29.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativo) de 17 noviembre 2001 (RJ 10274) (que denegó el carácter de «legal» al tiempo de residencia del solicitante en nuestro país en virtud de una «tarjeta de estudiante»), 3 mayo 2001 (RJ 4191), 7 noviembre 1999 (RJ 849), entre otras.

Se trata de una línea marcadamente restrictiva, que no se corresponde con el largo plazo general de residencia en nuestro país, además de los otros requisitos que deben concurrir en la residencia, sobre todo la de su continuidad, además de los que exige para la concesión de la nacionalidad (buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española [art. 22.4 CC]).

De acuerdo con esta doctrina, a efectos de adquisición de la nacionalidad no residirían legalmente en nuestro país los nacionales de países miembros de la Unión Europea que estuvieran en posesión de la tarjeta de residencia a que se refieren los arts. 4.2 y 4.3 del RD 766/1992, de 26 junio, y a la que aludía más arriba, lo cual es absurdo. Estas personas deben considerarse residentes legales en España a todos los efectos, incluyendo el relativo a la adquisición de la nacionalidad.

### 5.2. La residencia continuada

Del mismo modo que ocurre con el requisito de la residencia inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud, el de la continuidad de la residencia ha sido una constante en nuestro sistema de adquisición de la nacionalidad desde la ley de 15 julio 1954 (cfr. las an-

teriores redacciones del art. 20.IV CC). La ley habla de continuidad, si explicitar nada más. Se trata, por tanto, de una cuestión de marcado carácter casuístico en la que es difícil dar una regla general. Quizá por ello la doctrina se ha limitado a ofrecer unas líneas muy generales.

En general, los autores están de acuerdo en que la residencia no es continuada cuando se ha interrumpido por haber dejado el interesado de vivir o morar en España o de tener en nuestro país el centro de su vida social, o siempre que el período de ausencia sea relevante. Tampoco concurriría el requisito de la continuidad en los casos en que las ausencias, aunque de corta duración, fueran especialmente frecuentes. Por el contrario, no interrumpe la residencia el hecho de que se realicen viajes al extranjero incidentales o de corta duración (negocios, vacaciones, congresos, visitas familiares,...), ni tampoco se descuenta del tiempo de presencia física en España el empleado en tales viajes.

¿Qué ocurre con el período de tiempo que se ha residido en España cuando se interrumpe la residencia? Pues que «deviene irrelevante a los efectos del art. 22, por largo que haya sido: no cabe sumar varios períodos de residencia inconexos», «no cabe la acumulación de períodos de residencia legal no continuados».

En este extremo parecía no haber discusiones entre los autores. Sin embargo, la citada sentencia de la Sala Primera del TS, de 19 septiembre 1988, vino a revitalizar el debate. En ella se consideró que faltaba el requisito de la continuidad en la residencia en España de un extranjero, al computarse una ausencia del mismo durante un total de 513 días durante los diez años que fue residente en nuestro país.

Se trata de un fallo desafortunado y extremadamente restrictivo. No parece que el meramente contable sea el criterio más adecuado para dilucidar si ha habido o no continuidad en la residencia. Indudablemente, hay que tenerlo en cuenta, pero no como un elemento decisivo, sino meramente indicativo. Además, este método de la mera computación de períodos o días de ausencia «injustificada» plantea problemas prácticamente irresolubles, ejemplificados en el caso conocido por la citada sentencia: ¿cómo se computa el tiempo de residencia física en España?, ¿se esfumaron los más de ocho años que en tal concepto residió el solicitante en nuestro país? Al objeto de una nueva solicitud, ¿empezará a contarse nuevamente el tiempo desde que el extranjero regresa a nuestro país después de una ausencia injustificada? ¿Tendrá que residir otros diez años en España, cuidándose de ausentarse por causas no justificadas? ¿Es preciso, para que no se desvanezca el requisito de la continuidad, que se justifiquen *todas* las ausencias? Son todas ellas interrogantes de difícil respuesta, que no pueden solucionarse con el criterio empleado por el TS en la sentencia citada, cuya solución fue, con razón, severamente criticada por la doctrina.

El requisito de la continuidad de la residencia debe ser abordado con especiales cautelas. Una exigencia inflexible o mecánica del mismo puede dar lugar a soluciones desafortunadas, como la que adoptó la STS de 19 septiembre 1988. Aquí debe acudir al criterio de la integración del extranjero en la sociedad española como elemento modalizador también de este presupuesto, y que nos sirve igualmente para resolver las interrogantes formuladas más arriba. Se trata de una materia extremadamente casuística, por lo que, como antes apuntaba, no es fácil consignar reglas generales. Es preciso tener en cuenta no sólo el dato del número de viajes hechos al extranjero o el tiempo que se ha empleado en ellos. También hay que considerar el motivo de tales viajes y, sobre todo, *si como consecuencia de ellos el extranjero no ha alcanzado un suficiente grado de integración en la sociedad española o se ha producido un desapego al modo de vida español*. Como se ha señalado, el requisito de continuidad en la residencia debe valorarse de manera que haga referencia más a la efectiva vinculación prolongada y continua con el medio social español, que al hecho puramente físico de una presencia constante en territorio español.

### 5.3. La residencia inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud

Respecto de este requisito, la doctrina parece pacífica. Se ha señalado en este sentido que no basta haber residido en España de manera continuada durante muchísimos años, si inmediatamente antes de la solicitud ya no se residía en España, o si la residencia en España se había interrumpido tiempo antes. A estos efectos es irrelevante, un período de residencia no inmediatamente anterior a la solicitud.

Se trata de una cuestión estrechamente conectada con la que estudiábamos en el anterior apartado, y lo que decía en él *vale, mutatis mutandi*, para éste.

### 5.4. Un pretendido y, afortunadamente suprimido, nuevo requisito de la residencia: la residencia «efectiva»

La Proposición de Ley de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad presentada por el GP Popular en el Congreso (adoptada por el informe de la Ponencia), añadía a los requisitos de la residencia en España el que hubiera de ser «efectiva» (art. 22.3 CC). En la Exposición de motivos de la Proposición se justificaba este nuevo requisito en los siguientes términos (que se reproducen en la justificación de la enmienda núm. 16, del citado Grupo):

«Se ha considerado conveniente hacer en los textos vigentes las mejoras técnicas que la experiencia acumulada en la aplicación de los mismos, la actividad legislativa acaecida desde su aprobación o la jurisprudencia

han hecho aconsejables y que tienen un desigual alcance./ Así, la modificación introducida en el artículo 22.3 tiene por objeto dejar sentado que la residencia, a efectos de servir de base para la adquisición de la nacionalidad española, ha de ser efectiva, resolviendo así las dudas acerca de cómo había de interpretarse la necesidad de que fuera legal y si ello comprendía o no la residencia física. Por otro lado, la reforma es acorde con los planteamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1998, que concibe el requisito de residir como la prueba de que existe, en el ánimo del interesado, la voluntad de integrarse en la comunidad española».

Un texto que, incomprensiblemente, se mantiene en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma. Luego volveremos sobre esto.

Yo no he encontrado la sentencia a la que se alude en el texto transcrito. Seguramente se refiere a la STS de 19 septiembre 1988, antes citada, en la que, efectivamente, se alude al requisito de la continuidad de la residencia como «prueba del ánimo del interesado de integrarse en la comunidad española» (FD 4). En realidad, como vimos, esta sentencia desestimó la pretensión del solicitante no por una cuestión atinente a la legalidad de la residencia, sino por considerar que no concurría el requisito de la continuidad.

Son muchos los problemas que, según parece, estaba llamada a resolver la exigencia de la «efectividad» de la residencia, aunque, en honor a la verdad, este requisito nada nuevo vendría a añadir a lo ya previsto en el art. 22 CC. En la parte transcrita de la «exposición de motivos» se dice que con ello se mejora «técnicamente» el precepto, y que con la exigencia de la «efectividad» de la residencia se resuelven las dudas acerca de cómo ha de interpretarse la necesidad de que fuera legal y si ello comprendía o no la residencia física. Que la residencia ha de ser legal es algo que está meridianamente claro en el texto vigente. Y si por residencia «efectiva» se quiere decir «legal», evidentemente sobra. Me quedo con este último término, ya que, planteado el debate, prefiero que lo sea sobre un término jurídico más o menos determinado, que sobre otro que, al menos en este ámbito, no es ni determinado, ni jurídico. Si de verdad se hubiera querido solucionar los problemas derivados de la interpretación del requisito de la legalidad en la residencia, lo suyo hubiera sido decir qué es lo que se entiende por residencia «legal», puesto que es este un problema que no ha sido resuelto de forma satisfactoria.

Seguramente el propósito que se perseguía con ese requisito era el de subrayar el carácter físico de la residencia en España como presupuesto (como prueba -se dice-) de la voluntad del interesado de integrarse en la comunidad española. En este sentido, residencia efectiva ha de ser residencia no sólo formal (el residente lo es por poseer, pongamos por caso, un permiso de residencia, pero en realidad se encuentra ausente de nuestro país por periodos de tiempo muy prolongados), sino permanencia

física en territorio español. Lo que sucede es que la necesidad de esta permanencia física se encuentra ínsito en el concepto mismo de residencia a efectos de nacionalidad y, sobre todo, en el requisito de la *continuidad* de la residencia.

También el GP Catalán (CiU) abogó por incluir el requisito de la «efectividad» de la residencia, pero sin perder de vista el hecho de que se trata de un término impreciso. Por ello proponía añadir la siguiente frase: «la que tendrá lugar durante más de la mitad del año» (enmienda núm. 47 en el Cong. Diputados). A diferencia de la propuesta del GP Popular, aquí sí se explica qué debe entenderse por residencia «efectiva». El concepto de «efectiva», dice la justificación a esta enmienda, «es jurídicamente indeterminado; por eso se propone precisar el concepto a los efectos de clarificar su interpretación». Lo que sucede es que, como queda dicho, esa exigencia de residir en España durante un periodo de tiempo determinado se cumple ya con el requisito de la «continuidad». Este requisito, junto con los diferentes plazos de residencia, se considera como elemento esencial de la efectiva integración del extranjero en la sociedad española, por lo que tiene un marcado componente material. Residencia continuada es permanencia física continuada del extranjero en territorio español. Es este el sentido de la continuidad que encontramos en la STS de 19 septiembre 1988 (RJ 6838) y en la RDGRN de 21 diciembre 1988 (RJ 9946).

Debe descartarse, por último, que la efectividad tenga que ver con la «efectiva» integración del interesado en la sociedad española. Esto ya lo exige, de forma suficiente, el aptdo. 4 del art. 22 CC. Por eso no se entiende muy bien la referencia a la (presumo) STS de 19 septiembre 1988, que, según la transcrita Exposición de motivos, «concibe el requisito de residir como la prueba de que existe, en el ánimo del interesado, la voluntad de integrarse en la comunidad española». Lo que esta sentencia presume como tal prueba es la continuidad de la residencia (no la mera residencia), concepto este de la «continuidad» que, como queda dicho, tiene un marcado carácter físico o material. La mención a esta sentencia hace presumir que con el término «efectiva» quiere decirse que la residencia en el tiempo señalado por la ley ha tenido por «efecto» un suficiente grado de integración del interesado en la comunidad española. Pero esto no hacía falta, puesto que, como queda dicho, ese «suficiente grado de integración» ya se exige como requisito para adquirir la nacionalidad española por esta vía (art. 22.4)<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> No obstante, quizá la utilidad del añadido requisito de la «efectividad» de la residencia pudiera residir en el hecho de que viene a decir, de forma expresa, algo que, como queda dicho, se encontraba ya implícito en otros elementos de esta forma de adquisición de la nacionalidad española, esto es, la exigencia de la presencia física

Seguramente por todas estas razones, el GP ha optado, con buen criterio, por suprimir esa referencia a la «efectividad» de la residencia, que no aparecía ya en el núm. 3 del art. 22 del Texto enviado al Senado, y que ha desaparecido también del Texto definitivo. No obstante, y como antes apuntaba, se ha cometido el error de no suprimir la parte de la Exposición de Motivos (transcrita más arriba) del texto definitivo de la Ley que explica las razones de la inclusión de dicho requisito que, como resulta evidente, carece ya de objeto.

## 6. Una particular referencia a la adquisición de la nacionalidad española de los descendientes de inmigrantes: derecho de opción y residencia

### 6.1. Régimen general

El régimen de adquisición de la nacionalidad española por los descendientes de emigrantes ha atravesado por no pocas vicisitudes a lo largo de las numerosas reformas que ha experimentado el Código Civil en materia de nacionalidad. La previsión del hasta ahora vigente art. 22.2.f) CC, por la que sólo necesitan residir un año en España para obtener la concesión de la nacionalidad quien habiendo nacido fuera de España lo fuera de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles<sup>23</sup>, está pensando sobre todo en los descendientes de emigrantes de españoles de segundo y tercer grado (los llamados de *primera y segunda generación*)<sup>24</sup>, aunque se parte de la situación básica del español que emigra con hijos también españoles. Una situación extensible a los hijos de madre originariamente española casada con extranjero, y que hubiera seguido la nacionalidad del marido, pues en estos casos, antes de la entrada en vigor de la Ley de 13 de julio de 1982, los hijos de ese matrimonio no adquirían la nacionalidad española, salvo que no siguieran la del padre<sup>25</sup>. En la redacción originaria del Código Civil sólo hay una referencia en el art. 24<sup>26</sup>.

---

del extranjero en nuestro país por todo (o casi todo) el tiempo requerido por la Ley para ello.

<sup>23</sup> La frase «que originariamente hubieran sido españoles» hace dudar de si se exige el carácter «de origen» de la nacionalidad, o se refiere a quien fue español, de origen o no, y que no lo era en el momento del nacimiento del hijo. Sea como fuere, parece que se trata de una duda más teórica que práctica.

<sup>24</sup> Si hubiera nacido en España se daría, en buena parte de los casos, el supuesto previsto en la letra b) del art. 17.1 CC.

<sup>25</sup> V. las Resoluciones de la DGRN de 5 mayo 2000 (RJ 6152), 19 enero 2000 (RJ 3113), 27 abril 1999 (RJ 10147), entre otras.

<sup>26</sup> Recuperación de la nacionalidad española del nacido en país extranjero de

En 1954, y en virtud de la reforma del Código Civil por la Ley de 15 julio de ese año (art. 18.2º), a estas personas se les concedió el derecho a optar por la nacionalidad española, si bien se limitaba temporalmente este derecho, al someterse su ejercicio a un plazo muy breve: debía de hacerse dentro del año siguiente a la mayor edad o emancipación del interesado.

Este derecho de opción desapareció con la reforma del CC de 1982 (Ley 51/1982, de 13 de julio), exigiéndose a partir de entonces un tiempo de residencia en España de un año a las personas que se encontraran en aquella situación, en condiciones prácticamente idénticas a la de los demás casos de adquisición por residencia.

No obstante, años más tarde, a tales personas se les concedió nuevamente un derecho de optar por la nacionalidad española, pero con carácter transitorio, por la ley 18/1990, de 17 de diciembre (disp. trans. 3ª). Se señalaba un plazo de tres años para su ejercicio, exigiéndose que el interesado residiera legalmente en España en el momento de la opción, si bien se trataba de un requisito dispensable. Este plazo fue sucesivamente prorrogado por las Leyes 15/1993, de 23 de diciembre (hasta el día 7 enero 1996), y por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, cuya disp. trans. 1ª llevó la la prórroga hasta el día 7 de enero de 1997, suprimiendo, además, aquella exigencia de la residencia legal en España en el momento de la opción<sup>27</sup>.

Se quería así extender el beneficio del derecho de opción «a los hijos de emigrantes que, al nacer, ya no eran españoles, estimándose que así quedaban solucionadas las últimas secuelas perjudiciales de un proceso histórico –la emigración masiva de españoles– que –se decía, es hoy difícilmente repetible». Las sucesivas prórrogas se justificaban en el hecho de que los plazos señalados por las leyes anteriores para el ejercicio del beneficio de la opción resultaba insuficiente para los posibles beneficiarios que estuvieran «dispersos por el mundo y más alejados de los núcleos urbanos, a los que es más difícil obtener información». Para ello se estimó suficiente prorrogar el plazo algunos años más, «por no mantener abierta durante demasiado tiempo una situación transitoria y porque correlativamente al deseo del legislador de beneficiar al colectivo a que se dirige, éste debe mostrar su interés en las posibilidades que se le ofrecen».

El supuesto previsto en el apartado f) del art. 22 CC (según la reforma de la Ley 18/1990), ahora modificado, entró, pues, «material-

---

padre o madre españoles, que perdieron la nacionalidad por haberla perdido también sus padres.

<sup>27</sup> Un requisito que en la Ley 18/1990 podía ser dispensado en los términos previstos en el artículo 26.1.a) del Código Civil para la recuperación de la nacionalidad.

mente en vigor» una vez vencidos los plazos para el ejercicio del derecho de opción a que se referían las citadas disposiciones transitorias. Por lo demás, quienes han dispuesto del derecho de opción y no lo han ejercitado, se encuentran tanto en la situación contemplada en ese apartado f) como en el apartado b) del art. 22.2. En definitiva, agotado el plazo para el ejercicio del derecho de opción, los hijos o nietos de emigrantes sólo pueden adquirir la nacionalidad española por residencia, y en las mismas condiciones que los demás casos de adquisición por esta vía [art. 22.2.f)].

A pesar de lo señalado en las justificaciones a las prórrogas del derecho de opción, lo cierto es que los colectivos de emigrantes hicieron llegar al Consejo de la Emigración su deseo de que se suprimiera el sistema de plazos preclusivos de opción establecidos por las leyes anteriormente señaladas. Además, el retorno de los emigrantes (incluyendo a sus descendientes) es algo que, por mandato del art. 42 CE, debe orientar la política del Estado en esta materia; una política que, por extensión, debe estar dirigida a facilitar a los emigrantes la recuperación de la nacionalidad española y su adquisición por sus descendientes (al menos hasta un cierto grado), y que se cumple mucho mejor con la fórmula de la opción que con la de la residencia. En este sentido, cambiar la primera por la segunda supuso un claro retroceso.

### 6.2. El derecho de opción de los emigrantes de *primera generación* (hijos de emigrantes)

Por ello debe aplaudirse la nueva Ley en lo que toca a la vuelta a la fórmula de la opción, aunque llegue algo tarde. La Proposición de Ley de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad presentada por dicho Grupo en el Congreso de los Diputados el 12 de marzo de 2001<sup>28</sup> estaba dirigida, en este punto y entre otros extremos, a recuperar el *derecho de opción* en favor de las personas a las que se refiere la letra f) del art. 22.2 CC, pero no ya con carácter transitorio, sino definitivo, pero siempre que el padre o madre haya nacido en España. Esto es, una norma pensada para facilitar la adquisición de la nacionalidad española a los llamados *emigrantes de primera generación* (hijos de emigrantes españoles que en el momento del nacimiento de aquél habían perdido la nacionalidad española [por adquisición de la del país de acogida]).

Para ello se da una nueva redacción al art. 20 CC, que regula la adquisición de la nacionalidad española por opción, en el que queden incluidas tales personas. En concreto, el texto es el siguiente: «1. Tienen

<sup>28</sup> BOCG (Congreso de los Diputados), de 16 marzo 2001 (núm. 122-1).

derecho a optar por la nacionalidad española: ... b) Aquellas (personas) cuyo padre o madre hubieran sido originariamente españoles y *nacidos en España*».

Por su parte, el aptdo. 3 elimina los límites de edad que para el ejercicio de la opción se establece para los otros dos casos de adquisición por opción (los mismos que están contemplados en el texto vigente del art. 20.1 CC [personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español, y las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los arts. 17 y 19, casos en los que la adquisición de la nacionalidad española es la de origen]). Es decir, quienes se encuentren en el caso del aptdo. b) podrán ejercitar la opción en cualquier momento, sin límite de edad y, naturalmente, sin necesidad de residir en España.

Las razones por las que se han adoptado estas medidas, y otras dirigidas a la conservación y recuperación de la nacionalidad española por los emigrantes e hijos de emigrantes, se encuentran expresadas en la Exposición de motivos de la Ley, en la que se hace referencia al mandato del artículo 42 CE cuando encomienda al Estado la misión de velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, a la que añade la obligación de orientar su política hacia su retorno. «Facilitar la conservación y transmisión de la nacionalidad española es, sin duda, una forma eficaz de cumplir este mandato y *éste es el principal objetivo de la presente Ley*».

Más concretamente, en lo que se refiere a la inclusión de los hijos de emigrantes entre quienes pueden optar a la nacionalidad española, la Exposición de Motivos de la Ley lo justifica en los siguientes términos:

«... se ha introducido en el artículo 20 la posibilidad de que los hijos de españoles nacidos en España puedan optar por la nacionalidad española sin sujeción a límite de edad alguno. De este modo, se da cumplida respuesta, por un lado, a la recomendación contenida en el informe publicado en el BOCG el 27 de febrero de 1998, elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados, creada para el estudio de la situación de los españoles que residen en el extranjero y, por otro, a las reclamaciones que éstos han hecho llegar al Consejo de la Emigración, pidiendo se superara el sistema de plazos preclusivos de opción establecidos sucesivamente por las leyes 18/1990, 15/1993 y 29/1995».

### 6.3. Los «emigrantes de *segunda generación*» (los nietos): adquisición de la nacionalidad por residencia de un año

El hecho de que se exija no sólo que el padre o la madre hubieran sido originariamente españoles, sino también *que hubieran nacido en España*, supone una clara restricción para la adquisición de la nacionalidad española por esta vía para los llamados emigrantes de *segunda generación*, singularmente los hijos extranjeros de españoles nacidos en el extranjero

que habían perdido la nacionalidad española al tiempo del nacimiento de aquéllos<sup>29</sup>. Para éstos *se mantiene* la vía de la adquisición por residencia de un año de la letra f) del art. 22.1 CC. El caso arquetípico del supuesto contemplado en esta letra es el del nieto de emigrante. Concretamente el caso siguiente: Español que nace en España y que emigra a otro país. Tiene un hijo que nace en el país de acogida y que adquiere la nacionalidad española por ser la de su padre (o, en su caso, la de su madre, si bien esto es mucho menos frecuente). El hijo adquiere posteriormente la nacionalidad del país de acogida perdiendo la española. Después de esto tiene un hijo que, evidentemente, no es español. Es en este descendiente de españoles, de segunda generación, en quien está pensando la letra f) del art. 22.2 CC.

La adquisición de la nacionalidad española por opción de estos «emigrantes de segunda generación» ha sido una de las reivindicaciones de los colectivos de emigrantes. Una reivindicación que ha sido desestimada por el PP, por considerar que estos emigrantes deben adquirir un mínimo arraigo con España, por lo que se exige el año de residencia. Además de este plazo privilegiado, para la concesión de los permisos de residencia y de trabajo a los descendientes de españoles no se tiene en cuenta la *situación nacional de empleo* [arts. 38.1 y 40.i) LExtr].

#### **6.4. Los «emigrantes de tercera generación» (los bisnietos): adquisición de la nacionalidad por residencia de un año**

En un principio no se preveían novedades en cuanto a la adquisición por residencia de estas personas. Sin embargo, en virtud de una enmienda transaccional del PP se extiende el régimen visto en el apartado anterior a los «emigrantes de *tercera generación*» (bisnietos de emigrantes españoles). Es decir, a los nietos de abuelo o abuela originariamente español (nacido o no en España). Con tal motivo, la redacción del art. 22.2.f) CC queda como sigue:

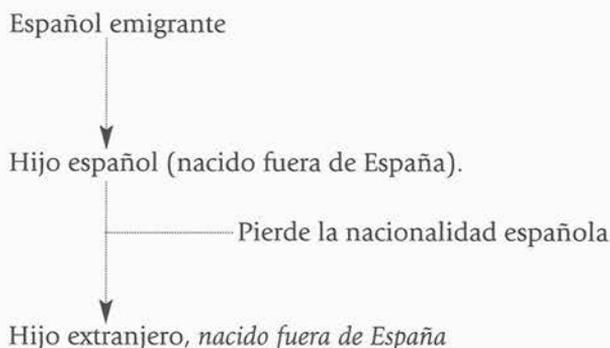
«2. Bastará el tiempo de residencia de un año para:

...

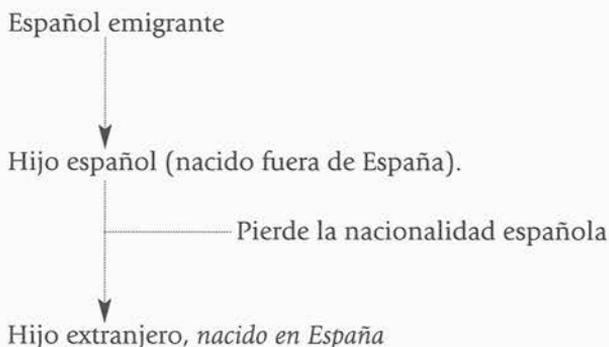
f) *El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles».*

<sup>29</sup> Esta previsión se encuentra de alguna forma compensada con la propuesta de conservación de la nacionalidad española mediante una simple declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil o bien por la representación consular de su domicilio o, en su defecto, por el Encargado del Central (art. 365.I RRC) (v. arts. 230, 231 y 234 RRC y RDGRN de 21 noviembre 1992 [BIM] 1662, de 15 febrero 1993)).

Curiosamente, la delimitación del supuesto del art. 22.2.f) CC da lugar a que queden «literalmente» excluidos de él los nacidos *en* España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubiera sido español española. Es cierto que si alguno de ellos hubiera nacido en España, el hijo sería español de origen en virtud del criterio *ius soli* del art. 17.1.b) CC, pero si no fuera así, el tiempo de residencia para adquirir la nacionalidad habría de venir determinado por una circunstancia diferente a la del proyectado art. 22.2.f). Es decir, este precepto contempla el caso siguiente:



Pero no este otro



Naturalmente, este último caso debe considerarse incluido, con mayor motivo, en la letra f) del art. 22.2 CC. No obstante, la redacción correcta hubiera sido la siguiente:

«2. Bastará el tiempo de residencia de un año para:

f) *El descendiente de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles».*

Este parecía ser el sentido de la enmienda núm. 5 presentada por el GP de Senadores de la Coalición Canaria, en la que se proponía la si-

guiente redacción de ese aptdo. f): «Aquellos cuyo padre o madre, abuelo o abuela, hubieran sido originariamente españoles»<sup>30</sup>. Naturalmente! Sin que tengan que haber nacido necesariamente fuera de España. En buena lógica, esta enmienda debió ser aceptada.

Naturalmente, si el padre o la madre han nacido en España, el hijo será Español de origen [art. 17.1.b) CC], por lo que este texto sería de aplicación en el caso de que el padre o madre no hubieran nacido en España, con independencia de que el hijo hubiera nacido España o fuera de ella.

En otro orden de cosas, la expresión «nacido» del nuevo art. 22.2.f) CC parece referirse a la descendencia natural o consanguínea, de modo que quedarían excluidos los hijos adoptivos. Una interpretación que debe rechazarse, al colisionar, si no formalmente, sí al menos materialmente, con el art. 39.2 CE, aunque no afecte propiamente a españoles. Esta parece ser la razón de que en la norma propuesta no se diga «nacido de ...», sino personas «*cuyo padre o madre* hubieran sido originariamente españoles», lo que incluye a los hijos adoptivos. 

---

<sup>30</sup> Aunque lo desmiente la justificación: «Muchos de los hijos de emigrantes españoles no han nacido en España, pero sus descendientes deben optar a poder ser considerados españoles. Es necesario obviar la condición de ser nacido o no en España, para facilitar realmente la conservación y transmisión de la nacionalidad española. También se pretende permitir la opción de ser español o española a los hijos y nietos de españoles de origen, nacidos en España pero que han tenido que emigrar, y que en el país de destino tuvieron que optar por una segunda nacionalidad antes del nacimiento de sus hijos. De igual forma los hijos de éstos, dado que sus padres no obtuvieron la nacionalidad, tampoco podrían optar a ella.»

# EMIGRACIÓN Y RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Federico A. Rodríguez Morata

Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

## 1. La recuperación de la nacionalidad española: su evolución legislativa

Decía uno de los grandes juristas europeos del siglo XIX, Rudolf F. von Ihering, en una de sus cartas remitida a un colega de la Universidad de Friburgo, lo siguiente: «Los que no han tenido ocasión de medir experimentalmente el dolor causado por la pérdida de la posesión de un bien querido, no saben lo que es el Derecho, por más que tengan en su cabeza todo el Corpus Iuris». Traigo, ahora, a colación esta reflexión jurídica, para constatar que, en materia de nacionalidad, su pérdida es tanto más dolorosa cuanto resulta de un acto involuntario (v.gr., mujer española que perdió la nacionalidad española por razón del matrimonio contraído con extranjero antes de la entrada en vigor de la Ley 14/1975) o impuesto por la precaria coyuntura económica de nuestro país en los dos primeros tercios del siglo XX (v.gr., la emigración) o, incluso, forzado por la comisión de una conducta que en cada momento histórico estuvo tipificada con la pérdida de la nacionalidad española (v.gr., supuestos de privación de la nacionalidad española). Pues bien, todas estas situaciones de pérdida *involuntaria* y/o privación de la nacio-

nalidad española, por un lado, deben distinguirse de los supuestos de pérdida *voluntaria* de la nacionalidad española; y por otro, constituyen el antecedente lógico al mecanismo de la recuperación de la nacionalidad española. En efecto, como ha puesto de relieve el Centro Directivo (Resoluciones DGRN 5 marzo 1999 [RJ 1999, 10116] y 14 enero 2000 [RJ 2000, 3112], entre otras), sólo puede recuperar la nacionalidad española quien previamente haya sido español. De donde se deduce que todo español que perdió –voluntaria o involuntariamente– o fue privado de la nacionalidad española, puede recuperarla conforme a lo dispuesto en el artículo 26 del Código civil.

En el artículo 26 del Código civil, por lo demás, ha terminado por confluir el tratamiento de dos hipótesis que con anterioridad a la Ley 51/1982, de 13 de julio (de reforma del Código civil en materia de nacionalidad) habían merecido preceptos específicos. Desde la Ley de Registro civil de 1870 (arts. 106 y 107) hasta la reforma del Código civil operada por Ley 14/1975, fueron tratadas como situaciones formalmente desiguales o diversas, por un lado, la del antiguo español que perdió *voluntariamente* la nacionalidad; y, por otro lado, la del que hubiera sido *privado* de ella como consecuencia de las conductas que en cada momento estuvieron tipificadas<sup>1</sup>. Además, en ese período legislativo, los españoles que hubieren perdido *involuntariamente* (v.gr., emigrantes o mujer casada con extranjero) la nacionalidad española, no tenían un tratamiento diferenciado de quienes *voluntariamente* la perdieron, a los efectos de cumplir con los requisitos para la recuperación de la nacionalidad española. Habrá que esperar hasta la referida Ley 51/1982 para que, aunque el tratamiento siga siendo sustancialmente diverso, ambas situaciones (pérdida y privación de la nacionalidad) queden reconducidas en el mismo precepto, sometiendo a los primeros al cumplimiento de los requisitos generales en materia de recuperación de la nacionalidad española, pero previendo una situación de favor a quienes perdieron involuntariamente la nacionalidad española; y exigiendo a los segundos una habilitación previa para volver a disfrutar de la nacionalidad española.

En este particular, el artículo 26 del Código civil, en su versión dada por Ley 51/1982 disponía lo siguiente:

«El español que haya perdido esta condición podrá recuperarla cumpliendo con los requisitos siguientes: 1º. Residencia legal y continuada en España durante un año inmediatamente anterior a la petición. 2º. Declaración ante el Encargado del Registro civil de su voluntad de recuperar la nacionalidad española. 3º. Renuncia ante el Encargado del Registro ci-

<sup>1</sup> Vid., GIL RODRIGUEZ, ANGOITIA GOROSTIZA, *Comentarios al Código civil*, II-1º, Barcelona, 2000, p. 175

vil a su nacionalidad extranjera, y 4º. Inscripción de la recuperación en el Registro civil. El requisito de la residencia será dispensado por el Ministro de Justicia a los españoles emigrantes que justifiquen tal condición. También se dispensará a los españoles que hayan adquirido voluntariamente la nacionalidad de su cónyuge. En los demás casos, la dispensa tendrá carácter discrecional. No podrán recuperar la nacionalidad sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno: 1º. Los que la hayan perdido siendo mayores de catorce años sin haber cumplido en España el servicio militar o la prestación social sustitutoria. 2º. Los que hayan sido privados de la nacionalidad conforme a lo establecido en el artículo 24 [cfr., por un lado, españoles de origen que por sentencia firme fueron condenados a su pérdida conforme a lo establecido en las leyes penales o declarados incurso en falsedad, ocultación o fraude en su adquisición; y por otro, españoles de origen que entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo público en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno]».

Por su parte, el artículo 26 del Código civil fue modificado por Ley 18/1990, de 17 de diciembre, en el sentido siguiente:

«1. El español que haya perdido esta condición podrá recuperarla cumpliendo con los requisitos siguientes: a) Ser residente legal en España. Cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, este requisito podrá ser dispensado por el Gobierno. En los demás casos, la dispensa sólo será posible si concurren circunstancias especiales. b) Declarar ante el Encargado del Registro civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española y su renuncia, salvo que se trate de naturales de los países mencionados en el artículo 24 [cfr., países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal], a la nacionalidad anterior, y c) Inscribir la recuperación en el Registro civil. 2. No podrán recuperar la nacionalidad española, sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno: a) Los que se encuentren incurso en cualquiera de los supuestos previstos en el anterior artículo [cfr., españoles que no lo sean de origen que perdieron la nacionalidad, por un lado, cuando por sentencia firme fueron condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales; y por otro, cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno]; b) Los que hayan perdido la nacionalidad sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria. No obstante, la habilitación no será precisa cuando la declaración de recuperación se formule por varón mayor de cincuenta años».

Y por último, el vigente artículo 26 del Código civil ha sido modificado por Ley 29/1995, de 2 de noviembre, en el sentido siguiente:

«1. Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos: a) Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justi-

cia e Interior [rectius: Ministro de Justicia] cuando concurren circunstancias excepcionales. b) Declarar ante el Encargado del Registro civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española y su renuncia, salvo que se trate de naturales de los países mencionados en el artículo 24 [cfr., países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal], a la nacionalidad anterior, y c) Inscribir la recuperación en el Registro civil. 2. No podrán recuperar o adquirir, en su caso, la nacionalidad española, sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno: a) Los que se encuentren incurso en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior [cfr., españoles que no lo sean de origen que perdieron la nacionalidad, por un lado, cuando por sentencia firme fueron condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales; y por otro, cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno]; b) Los que hayan perdido la nacionalidad sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria, estando obligados a ello. No obstante, la habilitación no será precisa cuando la declaración de recuperación se formule por varón mayor de cuarenta años».

El artículo 26 del Código civil, pues, viene exigiendo invariablemente desde su reforma operado por Ley 51/1982, cuatro requisitos generales para la recuperación de la nacionalidad: residencia, declaración, renuncia e inscripción. Únicamente este último ha sido un requisito históricamente exigido para la recuperación de la nacionalidad española, desde que el artículo 96 de la Ley de Registro civil de 1870 dispusiera que «los cambios de nacionalidad producirán efectos legales en España solamente desde el día en que sean inscritos en el Registro civil». En cambio, el requisito de la necesidad de *radicarse en España* para la recuperación de la nacionalidad, aparte de haberse eliminado como tal requisito en la versión de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, resulta que la exigencia tradicional de «volver al reino» (art. 21 CC, en su versión original) fue recuperada y trasmutada con ocasión de la Ley 51/1982, bajo cuya vigencia no basta con el «regreso», sino que el requisito correspondiente precisa la «residencia legal y continuada en España durante un año inmediatamente anterior a la petición» (art. 26.1.1º). Es entonces cuando se inicia el régimen inestable de la «no exigencia o dispensa» del requisito en determinados casos (v.gr., emigración y mujer casada con extranjero). Con todo, este requisito genérico se consolida mediante la Ley 18/1990 con la fórmula de «ser residente legal en España» del art. 26.1.a) CC, que será respetada por la Ley 29/1995. Por último, la exigencia de «renuncia a la nacionalidad anterior» ha sido, en cierto modo, dulcificada por la Ley 18/1990, exigiendo escuetamente la «declaración de renuncia» en los supuestos de nacionalidades incompatibles con la española, a la par que exime de esa declaración a los «naturales de los países mencionados en el artículo 24» (art. 26.1.c, también en la versión actual de la Ley 29/1995).

En todo caso, la evolución legislativa del artículo 26 del Código civil desde su reforma operada por Ley 51/1982, pasando por la dispuesta por Ley 18/1990 y culminando con la Ley 29/1995, tiene una particularidad común: el establecimiento de un régimen específico de nacionalidad de los emigrantes españoles, mediante una diferente configuración –en cada etapa legislativa– de la figura de la dispensa del requisito de la residencia a los emigrantes españoles. Así, mientras la Ley 51/1982 establecía que el requisito de la residencia «se dispensará» por el Ministerio de Justicia a los emigrantes españoles que justifiquen esta condición; la Ley 18/1990 decía que el Gobierno «podrá» dispensar de ese requisito a los emigrantes o «hijos de emigrantes»; culminando la Ley 29/1995 que el requisito de la residencia legal en España «no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes», ni tampoco a la mujer española que hubiera perdido la nacionalidad española por razón de matrimonio, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/1975, pues según la Disposición transitoria segunda de la Ley 29/1995, aquélla podrá recuperarla de conformidad con lo previsto en el artículo 26 del Código civil para el supuesto de emigrantes o hijos de emigrantes.

Por lo demás, la reciente tramitación de la Proposición de Ley 122/216 de modificación del Código civil en materia de nacionalidad, presentada el 9 de mayo de 2002 y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales –Congreso de los Diputados– el 16 de mayo de 2002, parece anunciar una nueva reforma de las condiciones de recuperación de la nacionalidad española, consistente básicamente en la supresión del requisito de la renuncia a la nacionalidad anterior para recuperar la nacionalidad española perdida, y en la desaparición del requisito previo de la habilitación del Gobierno para la recuperación de la nacionalidad española cuando no se ha cumplido el servicio militar o la prestación social sustitutoria. Con ello, como tendremos ocasión de analizar más adelante, parece que se han impuesto las tesis sostenidas por el Grupo Parlamentario del Partido Popular en su Proposición de Ley 122/109 de modificación del Código civil en materia de nacionalidad, presentada el 12 de marzo de 2001, frente a los criterios que en relación a los requisitos sobre la recuperación de la nacionalidad española, por su parte, sostuvieron tanto el Grupo Parlamentario Socialista (Proposición de Ley 122/102 sobre modificación del Código civil en materia de nacionalidad, presentada el 20 de febrero de 2001) como el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida (Proposición de Ley 122/150 de modificación del Código civil en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad, presentada el 17 de octubre de 2001). Por acuerdo de los citados grupos parlamentarios, las tres proposiciones de ley se han unificado en una única Proposición de Ley (122/216), que, como señala el Informe de la Ponencia de 9 de mayo de 2002, parte de la introducción en el Có-

digo civil de las modificaciones que recogía la Proposición de Ley 122/109, incorporando las enmiendas números 33 a 41 del Grupo Parlamentario Popular a dicha iniciativa legislativa.

## 2. Nacionalidad y emigración

### 2.1. Principios de ordenación

En relación con la emigración, las sucesivas reformas legislativas del artículo 26 del Código civil deben examinarse sobre la base de los principios rectores que sobre el particular informan nuestro Ordenamiento jurídico. Aquellas reformas legislativas están inspiradas, básicamente, en los artículos 11 y 42 de la Constitución española; en el Convenio Europeo sobre reducción de los casos de plurinacionalidad y sobre obligaciones militares en caso de pluralidad de nacionalidades, hecho en Estrasburgo el 6 de mayo de 1963; y, por último, aunque residualmente, en los Convenios de doble nacionalidad suscritos por España con los países iberoamericanos.

#### 2.1.1. Nacionalidad y emigración en la Constitución española

El artículo 1º de la Constitución española establece que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho», lo que presupone la actuación de los poderes públicos en la vida económica y social, para realizar los valores de «justicia e igualdad». Pues bien, en el supuesto previsto en el artículo 42 de la Constitución, aquellos valores se concretan en la obligación del Estado de velar por la «salv guarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, orientando su política hacia su retorno».

Como señala Gonzalez Campos<sup>2</sup>, de ello se deducen dos fundamentales consecuencias:

1º. La necesidad de realizar una política de acogida y reinserción social de los nacionales españoles que trabajan en el extranjero y, en particular, de los trabajadores jóvenes, de los que no sin razón se ha dicho que son «extranjeros en su propio país de origen».

2º. Si el Estado debe salvaguardar los derechos económicos y sociales de los trabajadores, está obligado a adoptar una política en materia de nacionalidad.

En este último sentido, los artículos 11 y 42 de la Constitución fijan los siguientes criterios básicos para la elaboración de una política en materia de nacionalidad de los emigrantes españoles:

<sup>2</sup> Vid., «Reflexiones sobre la doble nacionalidad», en *Emigración y Constitución*, IEE, Guadalajara, 1983, p. 91 y ss

1º. El Estado español debe respetar la voluntad de los emigrantes de integrarse mediante su naturalización en el país de acogida, si ello entraña un beneficio en su situación económica y social.

2º. El Estado español no está obligado a positivar los supuestos de doble nacionalidad «anómala o no reconocida». En cambio, sí está «facultado» (cfr., art. 11.3 CE) para desarrollar una política de doble nacionalidad por adquisición de la nacionalidad de un Estado fuertemente vinculando a España por razones históricas (v.gr., países iberoamericanos; Guinea Ecuatorial; Filipinas) o geográficas (v.gr., Portugal y Andorra).

De ambos criterios se deduce que, por una parte, la «emigración» no es una categoría jurídica que por sí sola imponga al legislador español la necesidad de establecer un especial régimen en materia de nacionalidad, pero, en cambio, sí habilita para desarrollar una política que fomente el retorno de los emigrantes españoles: por ejemplo, introduciendo un especial «régimen de favor» en materia de recuperación de la nacionalidad española previamente perdida por razón de emigración; por otra, constituye una opción de política legislativa establecer o no un régimen de «conservación» de la nacionalidad española para los emigrantes que adquieren voluntariamente o no la nacionalidad del país de acogida, si bien el Estado español no puede imponer su nacionalidad a quien, habiendo adquirido una nacionalidad extranjera, haya manifestado su voluntad de renunciar a la española, salvo que concurran situaciones excepcionales (v.gr., que España se halle en guerra); y por último, la Constitución favorece por la vía del párrafo tercero del artículo 11 la posibilidad de un «trato diferenciado» entre los emigrantes españoles cuyo país de acogida sea alguno de los «iberoamericanos o que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España» (criterio amplio), y aquellos otros españoles que emigraron a países distintos. Los primeros, sin duda, podrán naturalizarse en el país de acogida sin perder su nacionalidad de origen española (la llamada «nacionalidad latente»), y ello con independencia de que aquellos países reconozcan o no a sus nacionales un derecho recíproco<sup>3</sup>. Es éste, pues, un supuesto de doble nacionalidad «automática» y reconocida por nuestro sistema jurídico (art. 11.3 CE), que solo quiebra en caso de renuncia «expresa» a cualquiera de las dos nacionalidades reconocidas (principio «voluntarista»). Los segundos, por el contrario, podrán verse sujetos a un régimen distinto y diferenciado del anterior, pero, que, en todo caso, respete los siguientes principios constitucionalmente consagrados:

- el *principio de libertad de emigración*, que, si bien no está expresamente consagrado en el art. 42 CE, sí está garantizado por su art. 19.2º que regula la libertad de movimiento para los españoles.

<sup>3</sup> Vid., BERCOVITZ, R., *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, p. 145

■ El principio de que toda persona tiene derecho a cambiar de nacionalidad (arts. 11 CE y 15 Declaración Universal sobre derechos humanos).

■ El principio de que ningún español de origen podrá ser «privado» de su nacionalidad (art. 11.2 CE), por virtud de una decisión administrativa o por una pena. En todo caso, la nacionalidad española se pierde de acuerdo con lo establecido en la ley (art. 11.1º CE), lo que supone diferir en la voluntad del legislador español la determinación o no de un régimen especial en materia de pérdida de la nacionalidad española por razón de emigración (cfr., Instrucción DGRN 16 mayo 1983 sobre nacionalidad).

■ El principio de efectividad, en virtud del cual el Estado español está obligado a observar una relación auténtica, un vínculo efectivo, con el individuo al que considera español (arts. 11 y 13.2º CE).

■ El principio de que toda persona nacida de padre o madre españoles («al tiempo del nacimiento») tienen derecho a la nacionalidad española (arts. 11 y 14 CE). Y

■ El principio de que ni la celebración del matrimonio entre española y extranjero, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio podrán afectar por sí solos a la nacionalidad de la mujer española de origen (art. 14 CE).

#### *2.1.2. Convenio Europeo sobre reducción de los casos de plurinacionalidad y sobre obligaciones militares en caso de pluralidad de nacionalidades, hecho en Estrasburgo el 6 de mayo de 1963*

Uno de los factores que han incidido en las sucesivas reformas sobre la nacionalidad española ha sido, sin duda, la armonización de nuestro sistema de nacionalidad a la normativa comunitaria, y especialmente al Convenio Europeo sobre reducción de los casos de plurinacionalidad (cfr., Preámbulo de Ley 18/1990 y Exposición de Motivos de Ley 29/1995), ratificado por España en el año 1987, y cuyos objetivos básicos son, por un lado, reducir los supuestos de doble o múltiple nacionalidad; y por otro, eliminar las incertidumbres creadas en los caos en que no se sabe qué legislación debe aplicarse o en que país se debe cumplir el servicio militar.<sup>4</sup> Junto a ello, la regulación de la nacionalidad en España se ha visto

<sup>4</sup> El artículo 1º del Convenio trata de imposibilitar el nacimiento de supuestos de doble o múltiple nacionalidad por virtud de la adquisición de la nacionalidad de otro Estado por parte de los nacionales de los Estados comunitarios. Así, se establece una regulación diferenciada atendiendo a la edad de los destinatarios. Los mayores de edad pierden la nacionalidad siempre que adquieran la nacionalidad de otro Estado contratante mediante una manifestación de voluntad (opción, naturalización o recuperación). En cambio, los menores de edad pierden la nacionalidad «en las mismas condiciones que sus padres, si su ley nacional prevé que, en esas circunstancias,

influida por los Acuerdos adoptados en las Conferencias de Ministros Europeos responsables de las cuestiones de Migración, en la medida que sus decisiones afectan a la integración de la segunda generación de emigrantes españoles en los Estados europeos de acogida.<sup>5</sup>

La normativa europea sobre cuestiones relativas a la nacionalidad de los emigrantes europeos fue tomada en cuenta por el legislador español cuando, en el trámite de presentación de enmiendas en el Senado a la Proposición de Ley sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad –y que dio lugar a la Ley 18/1990–, por un lado, se suprimió la posibilidad (establecida en el art. 24.2 de la Proposición de Ley) de conservación de la nacionalidad española por los emigrantes o por los hijos de emigrantes, salvo el caso de emigrantes españoles en los países de la llamada «Comunidad histórica» (art. 24.2 CC); por otro, se convirtió de obligada en facultativa la dispensa del requisito de residencia legal en España cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, a los efectos de recuperar la nacionalidad española<sup>6</sup>; y por último, se introdujo «con carácter general» el requisito de la renuncia a la nacionalidad anterior para adquirir (art. 23 CC) o recuperar (art. 26 CC) la española, exceptuándose el caso de los naturales de determinados países con particular vinculación con España (art. 24.2 CC).

---

es posible la pérdida de la nacionalidad habiendo sido habilitados o representados debidamente (art. 1º.1); en este supuesto no pueden ser autorizados a conservar la nacionalidad anterior. Consecuentemente, el Convenio parte del principio de que la doble nacionalidad originaria sólo se pierde a través de una declaración «expresa» del interesado; por lo que el europeo con varias nacionalidades no está obligado a renunciar a una de ellas, pero los Estados deben permitir la renuncia a su nacionalidad («no deseada») a aquellos nacionales que tengan además otra.

<sup>5</sup> Durante la celebración de la primera Conferencia, en mayo de 1980, se elaboró un Informe sobre «la integración de los trabajadores emigrantes y de sus familias en el país de acogida», estimándose que el trabajador emigrante no podía verse forzado a renunciar a su nacionalidad de origen por adquirir la nacionalidad del Estado receptor, aconsejando a estos últimos Estados a facilitar el acceso a su nacionalidad a los jóvenes emigrantes que lo deseen, «siempre que hubiesen nacido en dicho país o que hubiesen cumplido la mayor parte de su escolaridad en el mismo» [en el mismo sentido se había pronunciado ya la Recomendación CE (1978) 841 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa]. Por su parte, la segunda Conferencia de Ministros Europeos, celebrada en Roma en octubre de 1983, también acordó que era preciso hacer un esfuerzo por «simplificar, cuando sea necesario, las condiciones para adquirir la nacionalidad del Estado receptor, y examinar los posibles efectos de la doble nacionalidad».

<sup>6</sup> La Ley 29/1995, por el contrario, sustrae del régimen general de dispensa de la residencia legal en España «cuando concurren circunstancias excepcionales», a los emigrantes o hijos de emigrantes, por cuanto la prueba de la residencia legal en España no es exigible a éstos para recuperar la nacionalidad española. Basta que soliciten la recuperación de la nacionalidad española, que declaren su renuncia a la nacionalidad anterior –salvo los naturales de los países ex art. 24 CC (supuesto de doble nacionalidad)–, y que inscriban la recuperación de la nacionalidad española en el Registro civil.

### 2.2.3. Los Convenios de doble nacionalidad suscritos por España con los países iberoamericanos

La Ley de 15 de julio de 1954, de reforma del Código civil en materia de nacionalidad, introdujo expresamente la doble nacionalidad convencional con los países iberoamericanos y Filipinas (cfr., art. 22.4° CC). Por su parte, las Leyes 14/1975 y 51/1982 (cfr., art. 23.4° CC) ampliaron el régimen de la doble nacionalidad convencional también con Andorra, Guinea Ecuatorial y Portugal «o de aquellos con los que se concierte un tratado de doble nacionalidad» (v.gr., sefardíes, Decreto-Ley de 29 diciembre 1948 [BOE n. 9, de 9 enero 1949]). Pues bien, por lo que respecta a los países iberoamericanos, España suscribió con base en esos preceptos once Convenios de doble nacionalidad con países iberoamericanos que forman parte de la llamada «Comunidad hispánica», y cuya finalidad última consistía en reforzar los vínculos con la comunidad de pueblos iberoamericanos.

Ello no obstante, no puede decirse que el art. 22.4° CC –en su versión dada por Ley de 1954– tuviera como finalidad proteger al emigrante en las Repúblicas iberoamericanas a través de la doble nacionalidad convencional. Lo cierto es que en ninguno de estos Convenios se cita expresamente a los emigrantes españoles, pero sí repercutió favorablemente en sus estatutos personales, en un doble sentido: por un lado, el cumplimiento de una serie de requisitos permitió la recuperación del vínculo perdido con anterioridad; y por otro, se admitió la continuidad del vínculo primitivo, aunque la efectividad del mismo quedará condicionada a la residencia en el Estado de origen y a la inscripción de ese hecho en los respectivos Registros civiles.

En concreto, la incidencia de la doble nacionalidad convencional en el estatuto jurídico de los emigrantes españoles residentes en Iberoamérica se manifestó en las siguientes reglas comunes a todos los Convenios:

1°. No todos los nacionales de ambas partes pueden acceder a la doble nacionalidad convencional: se excluye a los naturalizados.

2°. La adquisición de la nacionalidad extranjera no produce la pérdida de la nacionalidad primitiva, pues se mantiene el vínculo originario.

3°. Los binacionales no podrán estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambas partes contratantes.

4°. La nacionalidad activa viene determinada o coincide con la del domicilio<sup>7</sup> o con la última adquirida<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Convenios suscritos con Perú, Chile, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Honduras y Colombia.

<sup>8</sup> Convenios suscritos con Paraguay, Ecuador, Costa Rica, República Dominicana y República Argentina.

5º. La nacionalidad latente precisa de una serie de requisitos para recobrar su eficacia, es decir, se precisa un procedimiento de recuperación (no de la nacionalidad, sino de la eficacia del vínculo originario). En todo caso, se requiere el regreso al territorio español y la inscripción en el Registro civil español.

## 2.2. La emigración como categoría jurídica contemplada por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, que modifica el Código civil en materia de recuperación de la nacionalidad

Desde que la Ley 51/1982, de 13 de julio, introdujo por primera vez en nuestro Código civil un régimen especial de nacionalidad para los emigrantes de origen español, las sucesivas Leyes de reforma del Código civil en materia de nacionalidad (cfr., Leyes 18/1990, de 17 de diciembre, y 29/1995, de 2 de noviembre) se han venido refiriendo inalterablemente a la emigración como una categoría jurídica hábil para especificar un particular régimen favorable de recuperación de la nacionalidad española, lo que, como dispone la Exposición de Motivos de la Ley 29/1995, guarda armonía con el deber del Estado, conforme al artículo 42 de la Constitución, de orientar su política hacia el retorno a España de los trabajadores españoles en el extranjero.

En todo caso, ya desde la reforma del Código civil de 1982 se planteó en la práctica la cuestión de averiguar quiénes podían ser los beneficiarios de ese especial régimen de nacionalidad, sobre todo teniendo en cuenta que el artículo 23.1º, in fine, del Código civil manejaba un concepto indeterminado de «emigración».

Prescindiendo por ahora de las distintas posturas doctrinales que se mantuvieron sobre el concepto de emigrante<sup>9</sup>, cabe subrayar la doctrina

---

<sup>9</sup> Básicamente, tres son las posturas doctrinales que han intentado –bajo la vigencia de la Ley 51/1982– determinar el alcance subjetivo del concepto de «emigrante» en la regulación de la nacionalidad en nuestro Código civil: a) Tesis de DIEZ DEL CORRAL RIVAS: Emigrante, a su juicio, sería el español que traslada su residencia habitual al extranjero y que adquiere voluntariamente la nacionalidad del país donde reside. Se parte, pues, de un concepto literal –no legal: se prescinde del concepto de la Ley de Emigración– y restrictivo por entender que el carácter excepcional del último inciso del artículo 23.1 CC no admitía una interpretación extensiva. En otro caso, afirma, se desnaturalizaría el principio general de que la adquisición voluntaria de otra nacionalidad distinta a la española de origen provoca la pérdida de esta última. Esta postura doctrinal fue asumida por la DGRN (cfr., Instrucción de 16 de mayo de 1983); b) Tesis de VILA COSTA: Considera que, además del «español que, especialmente por motivos laborales o profesionales, traslada su residencia habitual al extranjero, así como a los familiares que le sigan» (concepto de emigración de la Instrucción DGRN de 1983), había que ampliar el concepto a la llamada emigración «histórica», esto es, aquella que tiene su origen en razones políticas o ideológicas (los «exiliados políticos» españoles). Esta tesis fue aceptada por el Centro Directivo en sus

de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) como pauta o guía de una interpretación que, sobre el alcance subjetivo del concepto de emigrante en materia de nacionalidad, ha venido proclamándose hasta la entrada en vigor de la Ley 29/1995.

*2.2.1. La Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983: interpretación restrictiva del concepto de emigrante en la Ley 51/1982, de 13 de julio*

La Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983 prescindió del concepto «legal» de emigrante (cfr. art. 1º.2 de la Ley General de Emigración de 1971) e introdujo un concepto de emigrante que bien puede calificarse de «autónomo», en el siguiente sentido: «Este concepto de emigración ha de entenderse en su sentido propio, es decir, ha de referirse al español que, especialmente por motivos laborales o profesionales, traslada su residencia habitual al extranjero, así como a los familiares que le sigan». Por tanto, se trata de un concepto «vulgar» de emigrante, que impone para su prueba no sólo el hecho físico de la emigración, sino también que la adquisición de la nacionalidad extranjera haya sido una consecuencia de aquélla. De esta forma, el ámbito de posibles beneficiarios del régimen favorable de nacionalidad concedido por la Ley 51/1982 a los emigrantes quedaba restringido frente a los posibles destinatarios de ese régimen de nacionalidad si se hubiera manejado el concepto legal de emigrante, que incluía, por un lado, a los españoles que se trasladan a un país extranjero, por causa de trabajo, profesión o actividad lucrativa, esto es, no sólo a los trabajadores por cuenta ajena, sino también a los que se trasladan a trabajar por cuenta propia al extranjero; por otro, a los familiares que los emigrantes tengan a su cargo o bajo su dependencia (cónyuge, hijos –hayan nacido en el extranjero o en España–, y a los ascendientes –suyos o de su cónyuge– a su cargo o bajo su dependencia económica; y por último, al conjunto o colectividad de españoles, y a cada uno de ellos individualmente considerados, residentes o establecidos, definitiva o temporalmente, en un país extranjero por las causas antes citadas.

Por el contrario, el concepto de emigrante manejado por la Instrucción de 1983 excluía del ámbito de aplicación del régimen especial de nacionalidad previsto en los arts. 23 y 26 CC y en la Disposición transi-

---

Resoluciones de 11 de junio de 1985 (BIMJ nº 1385, 1985, pp. 29-32); 6 junio 1988 (BIMJ nº 1497, 1988, pp. 3261-3265) y 17 mayo 1989 (BIMJ nº 1533, 1989, pp. 3108-3112), entre otras: c) Tesis de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: Aceptando la tesis de Vila Costa, estima que debía ampliarse el alcance subjetivo del concepto de emigrante previsto en el art. 23.1º CC también a los hijos de emigrantes nacidos en el extranjero, y ello para hacerlo coincidir con el concepto «legal» de emigrante manejado por la Ley General sobre Emigración (vid., sobre estas cuestiones, GAYA SICILIA, Comentario a la Resolución DGRN de 12 enero 1987, en CCJC, nº 14, 1987, pp. 4517 y ss).

toria de la Ley 51/1982, a los hijos de emigrantes nacidos en el país de acogida, por no concurrir en ellos el requisito del «traslado» al país extranjero.

*2.2.2. La Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991: interpretación amplia del concepto de emigrante en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre*

En la Ley 18/1990, la emigración no aparece como una categoría jurídica que habilite al emigrante español para ostentar un título atributivo de un excepcional régimen de nacionalidad. Ésta, acaso, fue una de las novedades más relevantes que introdujo la Ley de 1990 en el régimen de la nacionalidad contenido en el Código civil, respecto al establecido por la antigua Ley 51/1982. En cambio, la Ley 18/1990 sí introdujo un «trato diferenciado» entre los emigrantes españoles en materia de nacionalidad: según hayan emigrado o no a los países señalados en el vigente artículo 24.2º del Código civil.

En todo caso, el concepto de emigrante manejado por la Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991 se elabora teniendo en cuenta que la nueva regulación de la nacionalidad en el Código civil (cfr., Ley 18/1990) ha introducido tres hechos novedosos respecto al sistema establecido por la Ley 51/1982, de 13 de julio. En concreto, señala la Instrucción lo siguiente:

1º. Que en el apartado primero del artículo 24 del Código civil se ha cambiado el sistema establecido por la Ley 51/1982, de 13 de julio (cfr., antiguo art. 23.1º, in fine, CC):

■ «De un lado, se ha suprimido la posibilidad de que los españoles, que hubieran adquirido voluntariamente otra nacionalidad después de su emancipación, evitaran la pérdida *en ciertas condiciones* (v.gr., por razón de emigración: antiguo art. 23 CC), lo que se hacía constar en el Registro por medio de una inscripción de conservación de la nacionalidad».

■ «De otro lado, los españoles que tengan otra nacionalidad, además de la española, desde antes de su emancipación (que en la Ley de 1982 sólo perdían la nacionalidad española cuando, una vez emancipados, renunciaran expresamente a ella en cualquier momento), hoy pueden perderla por utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera atribuida antes de la emancipación».

2º. Que «en armonía con el artículo 11.3º de la Constitución española, la adquisición, en cualquier momento, de la nacionalidad de los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal sólo producirá la pérdida de la nacionalidad española si, cumplidos los restantes requisitos, existe un acto de renuncia expresa por el interesado a la nacionalidad española (art. 24.3º CC)».

3º. Que «ha desaparecido el régimen especial establecido por la Disposición transitoria de la Ley 51/1982, de 13 de julio, de modo que todos aquellos que hayan sido alguna vez españoles y hayan perdido esta nacionalidad sólo pueden recuperarla, en principio, cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 26 del Código civil».

A partir de todo ello se entiende que, habiendo desaparecido en el Código civil un régimen especial de nacionalidad para los emigrantes españoles, carece de sentido seguir manteniendo un concepto restrictivo de emigración, y, consecuentemente, se hace preciso ahora –en contra de la doctrina sentada por la Instrucción DGRN de 1983– adoptar un concepto más amplio (v.gr., el legal) de emigrante.

En este último sentido, la Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991 cambia la doctrina oficial sentada bajo la Ley anterior (cfr., Instrucción de 16 de mayo de 1983), prescindiendo del concepto vulgar y restrictivo de «emigrante», para aceptar otro más amplio y técnico. A partir de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, no puede ya cuestionarse que el concepto de emigrante contenido en la reforma de los arts. 17 a 26 del Código civil coincide con el concepto «legal» de emigrante deducido de los arts. 42 de la Constitución española; 2º de la Ley General de Emigración de 21 de julio de 1971, y art. XII del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante hecho en Estrasburgo, el 24 de septiembre de 1977 (BOE de 18 de junio de 1983). Es emigrante, pues, quien traslada su domicilio de España al extranjero y adquiere la nacionalidad del país donde fija su domicilio, sin que importen los móviles subjetivos de dicha adquisición (Resolución DGRN 31 de marzo de 1990 [RJ 1990/3571]). Por ello, merecen la consideración de emigrante todos los nacidos en España, que viven en otro país (Resoluciones DGRN 28 de abril de 1999 [RJ 1999/10150] y 9 de abril de 1994 [RJ 19994/4034]).

### *2.2.3. La Ley 29/1995, de 2 de noviembre: hacia un concepto neutral de emigrante*

La Ley 29/1995, de 2 de noviembre, no viene en principio a alterar el concepto técnico o legal de emigrante introducido por la Ley 18/1990, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad; y ello aun cuando afecte al único precepto del Código civil (art. 26 CC) que se refiere de forma expresa a los emigrantes españoles y sus hijos, al regular el régimen de la recuperación de la nacionalidad española previamente perdida. Más bien, por el contrario, la Ley 29/1995 viene a acentuar aún más si cabe el especial régimen de favor dispensado a los emigrantes españoles para recuperar la nacionalidad española previamente perdida, suprimiendo el trámite de dispensa por el Gobierno del requisito de acreditar la residencia legal en España, por ser excesivo y dilatorio. De tal forma que, a estos efectos, basta con la declaración de voluntad de re-

cuperar la nacionalidad española y, en su caso, su renuncia a la nacionalidad anterior, salvo que se trate de naturales de los países de la llamada Comunidad hispánica, y la sucesiva inscripción de la recuperación en el Registro civil, para que los emigrantes o los hijos de emigrantes recuperen la nacionalidad española, y puedan ser acreedores, por un lado, al régimen de ayudas individuales asistenciales extraordinarias para emigrantes y retornados, reguladas en los programas de actuación contenidos en la Orden de 30 de diciembre de 1997 (RCL 1998/241 y 1440), y complementada mediante Resolución de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, de 10 de marzo de 1999 (RCL 1999/931), o al régimen de pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los emigrantes españoles, establecido en el Real Decreto 728/1993, de 14 de mayo (RCL 1993/2091), desarrollado por Orden de 1 de julio de 1993 (RCL 1993/2092) y Resolución de 10 de enero de 1996 (RCL 1996/378); y por otro lado, a la expedición del Certificado de la nacionalidad española, regulado por la Instrucción DGRN de 14 de abril de 1999, que, aun con valor de simple presunción (art. 340 RRC), satisface las exigencias contenidas en el Convenio del Consejo de Europa de 6 de noviembre de 1997 sobre nacionalidad y sirve para resolver cuestiones de prueba de la nacionalidad española que se plantean frecuentemente, sobre todo, a los españoles en el extranjero.

Como ocurriera con la Ley 18/1990, las previsiones sólo aplicables con anterioridad a los emigrantes españoles se extienden por igual a sus hijos, pero respecto a estos últimos la Ley 29/1995 requiere que hubieran ostentado en algún momento de su vida la nacionalidad española, independientemente del lugar de su nacimiento. No se comprenden, por tanto, en el régimen privilegiado del artículo 26 del Código civil los hijos de emigrantes que, habiendo nacido con posterioridad a la pérdida de la nacionalidad española de sus progenitores, no llegaron a ostentar en ningún momento la nacionalidad española. Se abre, pues, un concepto neutro de emigrante en la Ley 29/1995, que excluye de su concepto a los hijos de emigrantes españoles que nunca ostentaron la nacionalidad española. Para éstos, esto es, para las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España, se les concedía por la Disposición transitoria primera de la Ley 29/1995 un plazo (hasta el día 7 de enero de 1997) para adquirir la nacionalidad española por derecho de opción. Agotado ese plazo, no queda a los hijos de emigrantes que nunca ostentaron la nacionalidad española, por haber nacido con posterioridad a la pérdida de la de sus progenitores, otra vía que la adquisición por residencia en el plazo de un año al amparo del artículo 22.1.f) del Código civil, si bien el precepto restringe la procedencia de ese plazo abreviado a los supuestos en que los progenitores hubieran sido españoles originariamente.

### 2.3. La nueva ordenación de la nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 29/1995, de 2 de noviembre.

#### 2.3.1. *Las fases de la reforma de la nacionalidad de los emigrantes españoles*

La Ley 51/1982, de 13 de julio, que modificó los arts. 17 a 16 del Código civil sobre nacionalidad, introdujo sobre la base de los postulados recogidos en los párrafos 2º y 3º del artículo 11 de la Constitución española un régimen especial para los emigrantes de origen español. En concreto, la Ley 51/1982 protegió los intereses de los emigrantes españoles en materia de nacionalidad, en un doble sentido: por una parte, les permitía mantener o conservar la nacionalidad española a pesar de haber adquirido una nacionalidad distinta (cfr., art. 23.1º CC); y por otro, les facultaba para recuperar la nacionalidad española, sin previa residencia en España durante un año, y ello con la finalidad de «que no fueran considerados extranjeros en su propio país de origen» (art. 26 y Disp. Transitoria de la Ley 51/1982).

Por su parte, a pesar que en el Preámbulo de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, se señala que se respetaban las líneas esenciales de la regulación de 1982, lo cierto es que, en materia de nacionalidad de los emigrantes españoles, la Ley de 1990 vino a suprimir el régimen especial de nacionalidad «por razón de emigración». Así, en concreto, por un lado, se elimina la referencia que contenía el antiguo artículo 23 del Código civil a la conservación de la nacionalidad española por los emigrantes que hubieran adquirido otra nacionalidad; por otro, se introduce un régimen de recuperación de la nacionalidad de los emigrantes o hijos de emigrantes sometido a la dispensa (de carácter facultativo) por el Gobierno del requisito de la residencia legal en España; y por último, se impone y reintroduce en nuestro sistema el requisito de la renuncia previa a la nacionalidad extranjera adquirida por razón de emigración para recuperar la nacionalidad española (cfr., art. 26 CC [versión dada por Ley 18/1990] versus Disp. Transitoria Ley 51/1982).

En principio podría pensarse que, con ello, la Ley 18/1990 conseguiría simplificar y unificar el régimen de la pérdida y recuperación de la nacionalidad española. Sin embargo, lo cierto es que esta Ley de 1990 se vio obligada, por una parte, por imperativo del artículo 11.3º de la Constitución española a introducir un régimen especial de nacionalidad para los españoles que adquirieran voluntariamente la nacionalidad de alguno de los países señalados en el art. 24.2º CC [hipótesis de doble nacionalidad, salvo renuncia expresa a la nacionalidad española (art. 24 CC), y recuperación de la nacionalidad española previamente perdida sin necesidad de renuncia a la nacionalidad extranjera (art. 26 CC)]. Pues bien, ese régimen especial de nacionalidad previsto para todos los

españoles que adquieran la nacionalidad de alguno de los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, beneficia principalmente a los emigrantes españoles que se trasladan a esos países, pero implica *principalmente* una diversificación en el régimen de la nacionalidad entre los españoles en general, y entre los emigrantes españoles en particular.

Por su parte, la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, viene a agilizar el régimen de la recuperación de la nacionalidad española por los emigrantes o hijos de emigrantes, suprimiendo el trámite de la dispensa por el Gobierno del requisito de la residencia legal en España. En efecto, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 29/1995, «uno de los requisitos exigidos por la legalidad vigente (art. 26 CC, según versión dada por Ley 18/1990) para la recuperación de la nacionalidad española es el de que el interesado sea residente legal en España. Si bien ese requisito puede ser dispensado por el Gobierno, la experiencia de estos años viene demostrando que el trámite de la dispensa –que termina, además, favorablemente en la casi totalidad de los casos– es *excesivo y dilatorio*. El propósito de la Ley 29/1995 es, pues, la supresión de dicho requisito cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, lo que guarda armonía con el deber del Estado, conforme al artículo 42 de la Constitución, de orientar su política hacia el retorno a España de los trabajadores españoles en el extranjero. Cuando la pérdida de la nacionalidad española haya tenido lugar con independencia del fenómeno migratorio, se mantiene la necesidad de que el interesado sea residente legal en España, si bien esa exigencia puede ser dispensada, no ya por el Gobierno, sino por el Ministro de Justicia e Interior [rectius, hoy, el Ministro de Justicia]». Por tanto, mientras la Ley 18/1990 prescinde de la emigración como categoría jurídica hábil para otorgar un régimen excepcional de nacionalidad, sin contradecir por ello el artículo 42 de la Constitución, la Ley 29/1995 viene a reintroducir en nuestro sistema de nacionalidad un régimen especial a los emigrantes o hijos de emigrantes que pretenden recuperar la nacionalidad española, eliminando la necesidad de probar la residencia legal en España («volver al Reino» decía el art. 21 del Código civil en su versión originaria; o «radicarse en España» según la versión de la Ley 14/1975), pero manteniendo la diversidad de regímenes de recuperación de la nacionalidad española entre los emigrantes que adquirieron la nacionalidad de alguno de los países de la llamada «Comunidad hispánica» (sistema de recuperación más favorable, por no exigir la declaración de renuncia a la nacionalidad anterior) y los demás emigrantes españoles.

### 2.3.2. Rasgos característicos de la nacionalidad de los emigrantes españoles

En línea de principios, podríamos subrayar cuatro rasgos característicos en el régimen de la nacionalidad de los emigrantes españoles:

■ La Ley 18/1990 ha eliminado el único supuesto de *conservación* de la nacionalidad española que se preveía bajo la legislación anterior: *por razón de emigración* (cfr., antiguo art. 23.1º, in fine, CC). Ello no es más que una consecuencia lógica del principio general según el cual el español emancipado –según la ley española– que reside fuera de España durante tres años y adquiere voluntariamente otra nacionalidad, pierde «voluntariamente» su nacionalidad de origen. Por ello, la referencia que el antiguo art. 23 CC hacía a los emigrantes como categoría que habilita para «conservar» la nacionalidad española ha desaparecido en la vigente regulación de la nacionalidad en el Código civil (cfr., art. 24 CC).

■ La Ley 29/1995 –como ya hiciera la Ley 18/1990–, solo tiene en cuenta a la «emigración» –como categoría jurídica– para reconocer a los emigrantes españoles y a sus hijos un especial régimen «favorable» en materia de recuperación de la nacionalidad española previamente perdida (art. 26.1 CC), suprimiendo la necesidad de instar el trámite de dispensa del requisito de la residencia legal en España previsto en la Ley 18/1990. Por tanto, ha desaparecido el régimen especial de nacionalidad española «por razón de emigración».

■ La Ley 29/1995 –como ya hiciera la Ley 18/1990– ha ampliado el ámbito de posibles beneficiarios de ese régimen favorable de recuperación de la nacionalidad española a los emigrantes y a sus hijos, esto es, no sólo a los hijos de emigrantes españoles que se trasladan al extranjero con sus progenitores (tesis de la Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983), sino también a los hijos de emigrantes españoles nacidos en el extranjero, siempre que en ellos concurra la circunstancia de estar «bajo la custodia» del emigrante español (tesis de la Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991).

■ Los hijos de emigrantes españoles, hayan o no nacido en España, son españoles de origen si «al tiempo de su nacimiento» cualquiera de sus progenitores no hubieran perdido su nacionalidad española de origen (cfr., art. 17.1º.a CC). Por el contrario, si el hijo nació en el extranjero después que el progenitor-emigrante hubiera perdido la nacionalidad española de origen, seguirá la nacionalidad extranjera del progenitor. Ahora bien, si posteriormente, durante la menor edad del hijo, el progenitor-emigrante hubiera recuperado la nacionalidad española de origen, previamente perdida, el artículo 20 del Código civil otorga al hijo de emigrante el derecho de optar por la nacionalidad española –no de origen– en el plazo y condiciones señalados en el precepto. Caducado este derecho, le quedará expedida –como a cualquier hijo de emigrante español que hubiera perdido

esta nacionalidad— la vía de la naturalización por residencia legal en España durante el plazo privilegiado de un año previsto en la letra f) del artículo 22.2.º del Código civil. Esta naturalización exige, en todo caso, que se acredite buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4.º CC), en el oportuno expediente regulado en los artículos 220 a 235 y 365 a 369 del Reglamento de Registro civil, cuya instrucción corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado, si bien la decisión compete al Ministro de Justicia (art. 21.2 CC), y hoy, por delegación (OO. De 15 de octubre y 22 de octubre de 1980 y 9 de diciembre de 1982) al Director General de los Registros y del Notariado.<sup>10</sup> Alternativamente a ello, la Disposición transitoria primera de la Ley 29/1995, concedió a las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España, un derecho de opción a la nacionalidad española, en forma transitoria, esto es, desde la fecha de entrada en vigor de la Ley de 2 de noviembre de 1995 hasta el 7 de enero de 1997<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> En todo caso, como señala la Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991, «en el expediente de concesión de nacionalidad por residencia es preciso, en su caso, que el representante legal del menor de catorce años o del incapacitado obtenga previamente a la solicitud la autorización del Juez o Cónsul Encargado del Registro civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal, que se concederá en atención al interés del menor o incapaz». La solicitud se presentará en el registro civil del domicilio del solicitante (ahora a cargo del Juez de Primera Instancia, art. 85 LOPJ), e irá dirigida al Ministro de Justicia (hoy, Director General de los Registros). En todo caso, dado que la prueba de los hechos señalados en la solicitud corresponde al peticionario, y especialmente la «buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española» (art. 22.4 CC), cobra una especial importancia el trámite establecido en el último inciso del artículo 221 RRC, es decir, la obligación del encargado de oír personalmente al peticionario, «especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles (cfr., Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991). Practicado lo anterior, se pasarán las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitirá informe dentro del tercer día (art. 352.5.º RRC), terminándose esta fase con la propuesta del Encargado instructor y la elevación de lo actuado a la Dirección General de los Registros y del Notariado. El Director General (por delegación del Ministro de Justicia) resolverá, previo informe del Servicio correspondiente (de la nacionalidad y el estado civil, art. 367 RRC). La resolución podrá denegar la concesión no sólo «por motivos de orden público o interés nacional» (art. 22.1 CC), sino, por la ausencia de los requisitos exigidos por el art. 21 CC, o por la falta de cualquiera de los demás que detalla el art. 22 CC. En todo caso, la resolución denegatoria de la concesión de la nacionalidad por residencia habrá de estar motivada suficientemente, a fin de permitir el control jurisdiccional previsto en el párrafo 5.º del artículo 22 del Código civil.

<sup>11</sup> Este mismo derecho de opción a la nacionalidad española había sido concedido, también en forma transitoria —entre el 7 de enero de 1991 y el 7 de enero de 1994—, por la Disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990, a los hijos de emigrantes españoles «que será concedida en todo caso si reside legalmente en España en el momento del ejercicio de la opción y cumple con las condiciones previstas en los artículos 20 y 23 del Código civil» (cfr., Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991).

### 3. Requisitos para la recuperación de la nacionalidad española: artículo 26 del Código civil

En línea de principio, la recuperación de la nacionalidad supone el ejercicio de una facultad que se concede a quien perdió la nacionalidad española para volver a adquirirla, mediante el cumplimiento de unos requisitos que son distintos según cuál sea la causa de la pérdida. Por ello, el ejercicio de ese derecho de recuperación presupone que el interesado ha incurrido previamente en causa de pérdida de la nacionalidad española.<sup>12</sup>

En todo caso, la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, que sigue en líneas generales a las anteriores Leyes 18/1990, de 17 de diciembre, y 51/1982, de 13 de julio, de reforma del Código civil en materia de nacionalidad, distingue dos clases de recuperación que se corresponden con las dos causas de pérdida de la nacionalidad previstas en el artículo 24 del Código civil: recuperación voluntaria y por rehabilitación. En otras palabras, el artículo 26 del Código civil prevé la recuperación de la nacionalidad para aquellos que la hubieran perdido por adquirir voluntariamente otra de conformidad con el artículo 24 del Código civil, y posibilita, asimismo, la recuperación para los españoles no originarios privados de la nacionalidad por las circunstancias previstas en el artículo 25 del mismo Código civil.

Ahora bien, en relación con la legislación inmediatamente anterior, la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, por un lado, ha suprimido la regla establecida en la Ley 18/1990 según la cual «todos aquellos que hayan sido alguna vez españoles y hayan perdido esta nacionalidad sólo podrán recuperarla cumpliendo los requisitos generales establecidos en el artículo 26.1 del Código civil». Por el contrario, la Ley 29/1995 ha establecido un régimen «privilegiado» de recuperación de la nacionalidad española para los emigrantes, sus hijos y para la mujer española que hubiera perdido la nacionalidad española por razón de matrimonio, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/1975. Y por otro lado, consecuentemente, la Ley 29/1995 ha reintroducido en nuestro sistema de nacionalidad un régimen especial de recuperación a favor de los emigrantes y sus hijos –tal y como ya hiciera la Disposición transitoria de la Ley 51/1982–, suprimiendo para ellos el cumplimiento del requisito de la residencia legal en España (cfr., art. 26.1.a CC), y haciendo innecesaria la declaración de renuncia a la nacionalidad anterior cuando se trate

<sup>12</sup> Como señala DE CASTRO, «la institución de la recuperación de la nacionalidad está íntimamente ligada a la pérdida de la nacionalidad toda vez que descansa en dos elementos: el hecho de haber sido español en algún momento y la voluntad de cambiar de estado, haciéndose español» (vid., *Derecho civil de España. Derecho de la persona*, t. II, Madrid, 1952, p. 438).

de naturales de los países mencionados en el artículo 24 del Código civil (cfr., art. 26.1.b CC). En todo caso, ese tratamiento diferenciado trae causa del propósito de traducir el mandato del artículo 42 de la Constitución, así como mantener la coherencia con el párrafo segundo del artículo 24 del Código civil.

Por lo demás, el artículo 26 del Código civil sigue comprendiendo un requisito material o sustantivo, el de la residencia legal en España, y tres requisitos formales que conjuntamente habrán de cumplimentar los interesados en recuperar la nacionalidad española: la renuncia a la nacionalidad extranjera ante el encargado del Registro civil, la declaración ante éste de recuperar la nacionalidad española y la inscripción de esa recuperación en el Registro civil<sup>13</sup>.

### 3.1. *Residencia legal en España: su prueba*

Este requisito material procede de la Ley de 15 de julio de 1954 (cfr., art. 24 CC) y fue reimplantado en el texto del Código civil por Ley de 13 de julio de 1982, pero calificando las notas características que debían concurrir en la residencia. Así, el derogado artículo 26 CC –redactado conforme Ley 51/1982– no sólo exigía que la residencia en España fuera legal, sino además debía ser «continuada durante un año inmediatamente anterior a la petición». Con ello, la Ley 51/1982 imponía que el requisito de la residencia para recuperar la nacionalidad reuniera las mismas notas que exigía el antiguo artículo 22 CC (cfr., vigente art. 22.3º CC) a los efectos de la adquisición sobrevenida de la nacionalidad española por razón de residencia en España.

Ello no obstante, primero la Ley 18/1990 y más tarde la Ley 29/1995, han atenuado el rigor de este requisito sustantivo para recuperar la nacionalidad española previamente perdida: es suficiente que al tiempo de la solicitud de la recuperación de la nacionalidad el interesado resida «legalmente» en España.

Como señala Diez del Corral<sup>14</sup>, «este concepto, desde luego, nada tiene que ver con el domicilio legal del Código civil o con el que señala a efectos procesales la Ley de Enjuiciamiento civil»; lo que se quiere expresar es que no es suficiente la simple residencia de hecho, esto es, el mero asentamiento en España. Las normas básicas a este respecto son hoy, por un lado, los arts. 29 a 35 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre [RCL 2000/2963], de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de

<sup>13</sup> En este sentido, vid., DIEZ DEL CORRAL RIVAS, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coord. por M. Amorós y R. Bercovitz, Madrid, 1986, p. 155.

<sup>14</sup> Vid., DIEZ DEL CORRAL RIVAS, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coord. por M. Amorós y R. Bercovitz, Madrid, 1986, p. 155.

11 de enero [RCL 2000/72], sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y por otro lado, la Directiva CEE de 28 de junio de 1990 (DOCE, 13 de julio) relativa al derecho de residencia, aplicable –entre otros– a los emigrantes españoles que adquirieron la nacionalidad de alguno de los países de la Unión Europea.<sup>15</sup>

En todo caso, los extranjeros pueden encontrarse en España en las situaciones de estancia, residencia temporal y residencia permanente, debiendo ser autorizadas por el Ministerio del Interior estas dos últimas situaciones, así como la prórroga de estancia (art. 29.1 y 2 L.O. 4/2000). Ahora bien, la condición de «extranjero residente» en España únicamente la tienen «los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente» (cfr., art. 29.3 L.O. 4/2000), lo que supone que, a los efectos del artículo 26 del Código civil, el requisito del artículo 26.1.a) («ser residente legal en España») será cumplido por aquellos extranjeros que estén en cualquiera de las situaciones previstas en los artículos 31 y 32 de la Ley Orgánica 4/2000, es decir, en situación de residencia temporal o de residencia permanente.<sup>16</sup> Así, pues, la «lega-

---

<sup>15</sup> Ténganse en cuenta, además, lo dispuesto en el Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero [RCL 2001/438], por el que se establece los requisitos para la regularización prevista en la disposición transitoria 4ª de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; así como el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero [RCL 2000/492] por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y la Resolución de 16 de marzo de 2000 (publicada mediante Resolución de 20 de marzo de 2000 [RCL 2000/778], por la que se aprueban las instrucciones relativas al procedimiento de regularización de extranjeros, previsto en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

<sup>16</sup> El artículo 31 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, redactado conforme a la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, dispone: «1. La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de duración inferior a los cinco años podrán prorrogarse a petición del interesado si concurren circunstancias análogas a las que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones de residencia temporal y de sus prórrogas se establecerá reglamentariamente. 2. La situación de residencia temporal se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 36 de esta Ley, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar. Reglamentariamente se establecerán los criterios a los efectos de determinar la suficiencia de los medios de vida a que se refiere el presente apartado. 3. La Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar, así como a aquellos que acrediten una permanencia en territorio español durante un período

lidad» de la residencia quedará probada cuando, al tiempo de la solicitud de la recuperación de la nacionalidad española, el interesado se haya provisto del «permiso de residencia» autorizado por el Ministerio del Interior, o en su caso, el «permiso de residencia de nacional de un Estado miembro de la Unión Europea» (cfr., art. 2º Directiva CE de 28 de junio de 1990). Si el interesado deja en cualquier momento de estar amparado por el preceptivo permiso de residencia, el período anterior de residencia legal deviene irrelevante; y, en todo caso, puesto que el artículo 31 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que la validez máxima de los permisos de residencia temporal y sus prórrogas será de cinco años, el encargado de la tramitación del expediente de recuperación de la nacionalidad habrá de observar si el permiso de residencia temporal está o no caducado, o si se haya en situación legal de residencia permanente, en cuyo caso hará prueba plena de ser residente legal en España.

---

mínimo de cinco años. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para acceder a la residencia temporal por esta vía, en especial por lo que se refiere a la justificación de medios económicos de subsistencia, y permanencia de forma continuada en el territorio español. 4. Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos legalmente. 5. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar el permiso de residencia a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena. 6. Los extranjeros con permiso de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios de nacionalidad y domicilio. 7. Excepcionalmente, por motivos humanitarios o de colaboración con la Justicia, podrá eximirse por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener el visado a los extranjeros que se encuentren en territorio español y cumplan los requisitos para obtener un permiso de residencia. Cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias de los artículos 17 y 18 y acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año».

Por su parte, el artículo 32 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, redactado conforme a la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, dispone: «1. La residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. 2. Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente. Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España».

### 3.1.1. Exención de la residencia: supuestos

La Ley 29/1995, de 2 de noviembre, ha suprimido definitivamente la contestada exigencia de que los emigrantes y sus hijos hayan de acreditar su residencia legal en España cuando pretendan recuperar la nacionalidad española que perdieron como consecuencia del fenómeno migratorio. Así, expresamente, la Exposición de Motivos de la Ley 29/1995 establece que «el propósito de la presente Ley es, pues, la supresión de dicho requisito cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, lo que guarda armonía con el deber del Estado, conforme al artículo 42 de la Constitución, de orientar su política hacia el retorno a España de los trabajadores españoles en el extranjero». Por tanto, cuando la pérdida de la nacionalidad española haya tenido lugar con independencia del fenómeno migratorio, se mantiene la necesidad de que el interesado sea residente legal en España, si bien esta exigencia puede ser dispensada, no ya por el Gobierno, sino por el Ministro de Justicia. Con ello, pues, la Ley 29/1995 se separa de la orientación legislativa anterior (Ley 18/1990), que, posiblemente por el ánimo de derogar la truculenta figura de la dispensa obligatoria introducida por la Ley 51/1982, dotó a la misma del carácter discrecional que de ella se presume, si bien «la experiencia de estos años viene demostrando que el trámite de la dispensa –que termina, además, favorablemente en la casi totalidad de los casos– es *excesivo y dilatorio*».<sup>17</sup> La supresión de ese trámite de dispensa a la residencia legal en España se extiende también a la mujer española que hubiera seguido la nacionalidad extranjera de su marido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/1975, y que no se incluye expresamente en el texto del artículo 26 del Código civil por considerar el legislador que se trata de una situación transitoria que, coherentemente, debía ser regulada en la disposición transitoria segunda de la Ley 29/1995.

En cuanto a los hijos de emigrantes españoles, únicamente quedan dispensados de residir legalmente en España para recuperar la nacionalidad española aquellos hijos de emigrantes españoles que hubieran ostentado en algún momento de su vida la nacionalidad española, independientemente del lugar de su nacimiento. Así, quienes no nacieron en España por haberse iniciado ya el periplo migratorio de sus padres y habían obtenido la nacionalidad española exclusivamente *iure sanguinis*, les son de aplicación las reglas especiales de recuperación de la nacionalidad española previstas para los hijos de emigrantes. No se comprenden, sin embargo, en el régimen privilegiado del artículo 26 del Código civil los hijos de emigrantes españoles que, habiendo nacido con poste-

<sup>17</sup> Sobre el particular, vid., RODRIGUEZ MORATA, F., «La nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 18/1990, de Reforma del Código civil», en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, 1991, nº 11 y 12, pp. 385 a 426.

rioridad a la pérdida de la nacionalidad española por sus progenitores, no llegaron a ostentar en ningún momento la nacionalidad española. Para estos últimos, la disposición transitoria primera de la Ley 29/1995 previó la posibilidad de un derecho de opción a la nacionalidad española, de carácter transitorio, esto es, si formalizaban su declaración de opción «antes del día 7 de enero de 1997». En otro caso, no queda a los hijos de emigrantes que nunca ostentaron la nacionalidad española, por haber nacido con posterioridad a la pérdida de la de sus progenitores, otra vía que la adquisición por residencia en el plazo de un año al amparo del artículo 22.1.f) del Código civil, si bien éste restringe la procedencia de dicho plazo abreviado a los supuestos en que los progenitores hubieran sido españoles originariamente<sup>18</sup>.

En cuanto a los restantes descendientes (v.gr., nietos) del emigrante español, que hubieran ostentado con anterioridad la nacionalidad española para después perderla, la doctrina<sup>19</sup> se muestra pacífica en considerar que no se ven beneficiados por la exclusión del requisito de la residencia legal en España, pues la supresión de dicho requisito es exclusivamente predicable de los emigrantes y sus hijos, por lo que habrán de acreditar dicha residencia u obtener la dispensa del Ministro de Justicia, que, como ya ocurriera bajo la Ley 18/1990, salvo supuestos excepcionales, la misma habrá de serles concedida por concurrir en ellos las circunstancias excepcionales a que sujeta su procedencia el artículo 26.1.a), in fine, del Código civil.

### 3.1.2. Significado actual de la dispensa de residencia

El artículo 26.1.a), in fine, del Código civil señala que, eximidos del requisito de la residencia legal en España a los emigrantes y a sus hijos –también la mujer española que hubiera perdido la nacionalidad española por razón de matrimonio, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/1975– para recuperar la nacionalidad española, «en los demás casos podrá ser dispensado por el Ministerio de Justicia e Interior [rectius: Ministro de Justicia] cuando concurren circunstancias excepcionales».

En efecto, desaparecido afortunadamente el Ministerio de Justicia e Interior, la dispensa de este requisito corresponde al Ministro de Justicia, instruyéndose el expediente por el encargado del Registro del domicilio del peticionario, o, en su caso, el cónsul de su domicilio, o, en su defecto, el encargado del Registro Central (art. 365 RRC), debiéndose tener presente los criterios hermenéuticos establecidos en la Orden de 11 de

<sup>18</sup> Idénticas consideraciones habrá que mantener con respecto al caso del cónyuge no español de emigrante originariamente español.

<sup>19</sup> Por todos, vid., GIL RODRÍGUEZ-ANGOTIA GOROSTIZA, *Comentarios...*, op.cit., p. 179.

julio de 1991 sobre tramitación de expedientes de dispensa del requisito de residencia en España. A estos efectos, si bien la concurrencia de «circunstancias excepcionales» ex art. 26.1.a), in fine, del Código civil, puede ser apreciada discrecionalmente, «se valorarán, entre otras, además de la ausencia de antecedentes penales, la adaptación a la cultura española y el conocimiento del idioma, las actividades profesionales, sociales, culturales o benéficas a favor de intereses o asociaciones españolas y cualquier otra circunstancia que denote una particular vinculación con España del interesado y de su familia» (Orden de 11 de julio de 1991). Ahora bien, la resolución del Ministro de Justicia sobre la denegación de la dispensa del requisito de la residencia legal en España, no está sometida a control judicial, puesto que, aún concurriendo las circunstancias excepcionales en la persona del peticionario, es de absoluta discrecionalidad del Ministro de Justicia apreciarlas positivamente para la concesión. Se plantea, en cambio, la posibilidad de control judicial en el caso de concesión de la dispensa. Cabe su impugnación judicial cuando, al margen de la apreciación discrecional de las circunstancias excepcionales, existan irregularidades relevantes en su tramitación: falta de petición, de capacidad o de representación del peticionario, total o esencial del expediente. Estarán legitimados, según los casos, el propio beneficiario, algún tercero con interés legítimo o el Ministerio Fiscal. La impugnación deberá tramitarse ante la jurisdicción civil, de acuerdo con el juicio declarativo que corresponda, interviniendo en todo caso el Ministerio Fiscal como demandado y en defensa de la legalidad (art. 22.1 LOPJ, 92 LRC y 3.6 EOMF). Surge la duda sobre la impugnabilidad judicial de la concesión de la dispensa cuando no concurren circunstancias excepcionales en el interesado. Aunque ciertamente cabe el control de la discrecionalidad atribuida al Consejo de Ministros, en este caso a través de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2.a de la Ley 29/1998), el margen para el ejercicio de semejante control judicial no puede ser sino escaso.

### **3.2. Declaración ante el Encargado del Registro civil de la voluntad de recuperar la nacionalidad española**

Se trata de una declaración por la que se manifieste la voluntad de recuperar la nacionalidad española previamente perdida y que, en todo caso, habrá de efectuarse de una forma personal y solemne, pero sencilla, ante el Encargado del Registro civil. En todo caso, esta declaración se rige por las mismas reglas (art. 228.2 RRC) que la declaración de opción del artículo 20 del Código civil.

Los menores de catorce años y los incapacitados podrán recuperar la nacionalidad española mediante declaración de su representante legal. La existencia de incapacidad se apreciará de acuerdo con la Ley española

(art. 12.1 CC), aunque será representante legal el designado o los designados por la ley extranjera del menor o del incapacitado (RDGRN 16 abril 1993 [RJ 1993, 3235]. No obstante, por aplicación del orden público español podrá exigirse, en su caso, que formulen la solicitud conjuntamente los dos progenitores del menor (RDGRN 6 marzo 1999 [RJ 1999, 10117]. Es preciso, en este caso, la autorización del encargado del Registro civil del domicilio de este último, atendiendo únicamente al interés del mismo, previo dictamen del Ministerio Fiscal. En los Registros consulares el dictamen será emitido por las personas designadas en el artículo 54 RRC.

Desde los catorce años hasta la emancipación o los dieciocho años se permite que sea el peticionario quien declare, asistido por su representante legal, de acuerdo con la ley extranjera (régimen de asistencia). Se extiende al incapacitado cuando así lo permita la sentencia de incapacitación: lo que habrá de determinarse de acuerdo con la ley española.

La declaración de voluntad de recuperar la nacionalidad española podrá realizarse mediante comparecencia ante el encargado del Registro correspondiente al lugar del nacimiento o al del domicilio (arts. 46 y 64 LRC y 226 y ss. RRC y declaración 4<sup>a</sup> de la Instrucción DGRN de 20 marzo 1991), aunque la calificación definitiva corresponda al encargado del Registro del lugar del nacimiento (RDGRN 26 febrero 1999 [RJ 1999, 10114]). La declaración complementaria –asistencia– de un representante legal puede formalizarse en escritura pública o en acta registral distinta a la que recoja la declaración. En el caso del artículo 26 del Código civil, la declaración debe hacerse ante el encargado del Registro civil del domicilio del peticionario (aunque sea distinto del correspondiente al representante declarante), puesto que es él quien debe autorizarla.

### 3.3. Renuncia a la nacionalidad española

Se trata de una declaración de voluntad que habrá de efectuarse simultáneamente a la de recuperación y cuya finalidad no es otra que la de renunciar a la nacionalidad que se tuviera en el momento de la recuperación. Basta con la declaración de renuncia a la anterior nacionalidad, cualquiera que sea su eficacia para la ley nacional anterior del interesado. Por ello, cabe pensar que nuestro Ordenamiento jurídico no exige una renuncia «efectiva» a la nacionalidad extranjera, por lo que en ocasiones la renuncia no evitará situaciones de doble nacionalidad. Ello es así porque, como indicara la Resolución DGRN de 24 de septiembre de 1971, entender de otro modo el requisito equivaldría a supeditar la adquisición de la nacionalidad española a las particulares concepciones de los Derechos extranjeros. En todo caso, se exceptúa de la renuncia a

la nacionalidad anterior a los nacionales de origen («naturales») «de países iberoamericanos (incluyen a Puerto Rico [RDGRN 30 septiembre 1996 [RCL 1997, 1396]], Andorra, Guinea Ecuatorial o Portugal» (arts. 24.2 CC y 11.3 CE).

### 3.4. Inscripción de la recuperación en el Registro civil

Esta inscripción, que se incorporará en el Registro civil al margen del asiento de nacimiento del interesado, tiene carácter constitutivo de la adquisición de este estado civil (art. 330 CC), lo que viene corroborado por el carácter imperativo del artículo 26 del Código civil.

En todo caso, el asiento de inscripción de la recuperación de la nacionalidad española no requiere que se inste la tramitación de un verdadero expediente, sino que se basa en una declaración de voluntad que, si se formula ante el Encargado competente es inscribible directamente, previa la calificación oportuna de éste, y si se realiza ante el Encargado del Registro civil del domicilio del interesado, dará lugar a un acta por duplicado, uno de cuyos ejemplares se remitirá al Registro competente (arts. 64 LRC y 228 y 229 RRC).<sup>20</sup> Por lo demás, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 64.3 LRC, habrá que considerar a todos los efectos como fecha de la inscripción la fecha del acta por duplicado, que habrá de constar en el asiento respectivo.

En todo caso, dado que en el Registro civil no juega el principio de tracto sucesivo, podrá inscribirse directamente la recuperación sin necesidad de que exista, o se extienda previamente, el asiento de la pérdida de la nacionalidad española (arts. 67 LRC y 232 RRC).

Habrà que distinguir entonces dos posibilidades: una, que el asiento de recuperación contenga en sí la inscripción de la pérdida con justificación de los requisitos especiales exigidos para la inscripción de este hecho, caso en el que el Registro civil probará tanto la pérdida como la recuperación; otra, que por cualquier causa, por ejemplo, por el tiempo transcurrido, no sea posible acreditar plenamente todos los requisitos de la pérdida, hipótesis en la que el Registro no probará esta última y la recuperación se admitirá, no obstante, para mayor seguridad del estado civil del interesado, el cual, quizá, habrá seguido siendo siempre español (Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983). En efecto, en materia de inscripción de la recuperación de la nacionalidad está vigente el régimen especial del artículo 227 RRC (valor de las inscripciones para ma-

<sup>20</sup> Como señala DIEZ DEL CORRAL RIVAS (vid., Comentarios..., op.cit., p. 158, nota 7), «si el que quiere recuperar se encuentra en país extranjero en que no exista Agente Diplomático o Consular español, seguramente podrá hacerlo mediante documento debidamente autenticado al Ministerio de Asuntos Exteriores (arg. ex art. 230 RRC)».

yor seguridad), en virtud del cual la simple declaración de voluntad de recuperar por sí sola la nacionalidad es inscribible, sin necesidad de haber sobrevenido otros hechos, en las hipótesis de recuperación de la nacionalidad española perdida por naturales de alguno de los países mencionados en el artículo 24 del Código civil, y en los que concurra la condición de emigrantes o hijos de emigrantes españoles (art. 26.1.b CC). Y ello es así puesto que estos últimos pueden recuperar la nacionalidad española cumpliendo exclusivamente con los requisitos de la declaración de voluntad de recuperar la nacionalidad española y su inscripción en el Registro civil.

#### 4. La habilitación discrecional previa del Gobierno: supuestos ex artículo 26.2 del Código civil

El artículo 26 del Código civil prevé dos clases o modos de recuperar la nacionalidad española: voluntaria, prevista en el art. 26.1 CC; y por rehabilitación, referida en el art. 26.2 CC. En este último caso, además del cumplimiento de los requisitos generales para la recuperación de la nacionalidad española, el art. 26.2 CC exige que el interesado obtenga una especial habilitación del Gobierno en dos casos: a) en el caso de aquellas personas que haya sido privados de su nacionalidad española no de origen conforme al artículo 25 del Código civil; y, b) cuando se trate de personas que hayan perdido la nacionalidad española «sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria».

La habilitación contemplada en el artículo 26.2 CC deberá concederse mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Justicia (arts. 223.1 RRC y 25.d Ley 50/1997). El expediente será instruido por la Dirección General, que podrá comisionar al efecto al encargado del Registro civil del domicilio (art. 365.3 RRC) sobre la solicitud, acreditación de circunstancias e informes procedentes (artículos 220 a 222 RRC). Desde luego, no parece posible someter a control judicial su denegación o concesión, puesto que en este caso no existe «elemento reglado» alguno concreto que respetar (art. 2.a LJCA). El expediente no puede acumularse, en su caso, con el correspondiente a la dispensa de residencia del artículo 26.1.a) CC (art. 347 RRC). Una vez obtenida, será el momento de solicitar la recuperación, con esa dispensa de residencia en su caso (Orden de 11 de julio de 1991).<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Desde luego, la habilitación se extiende también a la adquisición para evitar que a través de ella se pueda defraudar la exigencia establecida para la recuperación de la nacionalidad española.

#### 4.1. Privación de la nacionalidad española no originaria: artículo 25 del Código civil

La habilitación comprende a todos los españoles no originarios<sup>22</sup> que fueron privados de la nacionalidad española en base al artículo 25.1.b) y, en principio, en atención al artículo 25.2 del Código civil (art. 26.2.a CC), es decir, cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno español (art. 25.1.b CC), o cuando por sentencia firme se declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española.

Después de la reforma del Código penal, sólo subsiste la posibilidad de privar de nacionalidad a los españoles que no sean de origen, mediante acuerdo del Gobierno (art. 25.1.b CC), esto es, del Consejo de Ministros (art. 25.d Ley 50/1997, del Gobierno), que se inscribirá en el Registro civil, aunque su eficacia no depende de ello (art. 67 LRC). Cabe aceptar que el acuerdo de prohibición se refiera no sólo a una o varias personas concretas, sino a un colectivo. No parece que pueda considerarse vigente el Decreto de 28 de diciembre de 1967, que privaba de nacionalidad a todos los españoles que prestasen «voluntariamente servicio de armas en país extranjero» (RDGRN 19 diciembre 1997). Cabe aceptar también que la prohibición sea «a priori», en vez de «a posteriori». Sin acuerdo no hay privación, aunque tenga lugar alguno de los supuestos que justifique su adopción: entrar voluntariamente al servicio de armas o ejercer cargo político en un Estado extranjero. Desde luego, cargo político comprende los altos cargos públicos, cualquiera que sea el poder constitucional (legislativo, ejecutivo y judicial) en el que se integre.

En cuanto a la sentencia firme a que se refiere el artículo 25.2 CC, deriva de un procedimiento declarativo ante la jurisdicción civil. Sólo así cabe entender la participación prevista para el Ministerio Fiscal. Ahora bien, en determinadas cuestiones de adquisición de nacionalidad por carta de naturaleza o residencia (art. 21 y 22 CC) se atribuyen la competencia del control judicial a la jurisdicción contencioso administrativo. En tales casos, como señala R. Bercovitz<sup>23</sup>, la sentencia firme co-

---

<sup>22</sup> De acuerdo con el artículo 11.2 de la Constitución española no cabe privar de nacionalidad a los españoles de origen, lo que queda recogido expresamente en el artículo 25 del Código civil. Además, en estos momentos el artículo 25.1.a) del Código civil [«los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad: a) cuando por sentencia firme fueren condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales»] carece de eficacia, puesto que la pena de pérdida de la nacionalidad española ha quedado suprimida por el nuevo Código penal [art. 33 L.O. 10/1995].

<sup>23</sup> Vid., *Comentarios al Código civil*, coord. por R. Bercovitz y Rodríguez Cano, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 136 (de próxima publicación).

rrponderá a un procedimiento contencioso administrativo, pero en realidad no se trata de un supuesto de pérdida en sentido propio, sino de una sentencia de nulidad basada en alguna irregularidad grave (falsedad, ocultación, fraude), que afecte esencialmente a los requisitos de la adquisición, revelándose así (sentencia declarativa) que la adquisición no tuvo lugar, con la eficacia retroactiva consiguiente. Ahora bien, si ello es así, ¿cómo entender que puede recuperar la nacionalidad española quien nunca la había adquirido? A mi juicio, la nulidad de la adquisición de la nacionalidad española no originaria (art. 25.2 CC) impide el ejercicio de la recuperación ex artículo 26 del Código civil. De ello, en suma, deriva que el único supuesto de habilitación discrecional previa del Gobierno a la recuperación de la nacionalidad española no originaria, podrá tener lugar en el supuesto contemplado en el artículo 25.1.b) del Código civil, es decir, cuando el español que no lo sea de origen fue privado de la nacionalidad española por entrar voluntariamente al servicio de armas o ejercer cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

#### **4.2. Pérdida voluntaria de la nacionalidad española e incumplimiento del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria**

La habilitación prevista en el artículo 26.2 CC se extiende también a quienes perdieron la nacionalidad española sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria, estando obligado a ello (L.O. 13/1991, del servicio militar, y Ley 6/1996, reguladora del voluntariado social), siempre que el interesado no sea mayor de cuarenta años al solicitar la recuperación. Con ello, se pretende evitar que la pérdida (del art. 24 CC) y la recuperación se utilicen para defraudar el deber que tienen los españoles de defender a España (arts. 30 CE y 1º L.O. 13/1991), pues hay que tener en cuenta que tanto las mujeres como los mayores de treinta años están exentos del servicio militar.

En todo caso, la reciente supresión de la obligatoriedad de la prestación del servicio militar, hace del artículo 26.2.b) del Código civil una previsión legal de carácter simplemente temporal, pues únicamente puede afectar a quienes perdieron la nacionalidad española en una época donde regía en España la obligatoriedad de la prestación del servicio militar o de la prestación social sustitutoria. A tal efecto, la L.O. 13/1991, de 20 de diciembre, estableció como causa de exención del servicio militar tener cumplidos los treinta años de edad, si bien no ha de olvidarse que, con anterioridad, dicho límite se fijaba en los treinta y cuatro años (art. 30 de la derogada Ley 19/1984, de 8 de junio). Desde ese punto de vista, parece digno de elogio la reducción por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, de

la edad de los cincuenta años hasta los cuarenta años establecidos en el art. 26.2, in fine, del Código civil, por más que ello implique un período de diez años en el que el que no está sujeto al cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria, continúe requiriendo la previa habilitación del Gobierno para recuperar la nacionalidad española.

## 5. La futura reforma del Código civil en materia de nacionalidad: las nuevas condiciones de recuperación de la nacionalidad española

### 5.1. Múltiples intentos de reforma

Desde las últimas reformas del Código civil en materia de nacionalidad –Ley 51/1982, Ley 18/1990, Ley 15/1993 y Ley 29/1995–, el Parlamento español ha visto no menos de nueve intentos de reforma de la regulación jurídica de la nacionalidad. Ello aboca a la necesidad de plantearse si existe realmente en el legislador una idea clara de cuál deba ser la forma precisa de configurar el vínculo jurídico y político que liga a las personas físicas con el Estado español, o si, por el contrario, aquellas iniciativas legislativas no son sino el resultado de distintos intentos por dar respuesta a nuevos conflictos jurídicos derivados de una *nueva* realidad socio-económica surgida en España (*¿desde el año 1995?*) que justifica una modificación en el régimen jurídico de la nacionalidad española. Aún a pesar de anticipar conclusiones me inclino por sostener que ni una cosa ni la otra. Sin embargo, conforme dispone la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley 122/216 presentada por la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados el 9 de mayo de 2002 [BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, núm. 241-1, de 16 de mayo de 2002], el hecho legislativo de que, a partir de 1978, la figura de la nacionalidad merezca el *mérito* de ser una de las instituciones jurídicas más mudables o reformadas en el Código civil se explica «por la exigencia de dar cumplimiento a los mandatos de la Constitución Española». Ahora bien, tras cuatro modificaciones legislativas desde la promulgación de la Constitución, ¿aún no se ha logrado desarrollar adecuadamente las previsiones constitucionales establecidas en los artículos 11 y 42 de la Carta Magna? No parece, pues, excesivamente sincero el legislador cuando pretende justificar la *¿última?* reforma de la nacionalidad en el desarrollo de las previsiones constitucionales sobre la materia.

Sea como fuere lo cierto es que desde el año 1995 hasta la actualidad –aparte de la última Proposición de Ley 122/216 que será objeto de un estudio más detenido– se han realizado las siguientes iniciativas legislativas sobre modificación del Código civil en materia de nacionalidad:

1. Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, por la que se modifica el Código civil en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad, presentada el 22 de mayo de 1996 [BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm 30-1, de 31 de mayo de 1996]. Dicha Proposición fue discutida y rechazada en el Pleno del Congreso de los Diputados el día 10 de diciembre de 1996.

2. Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código civil en materia de nacionalidad, presentada el 22 de octubre de 1996 [BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm 63-1, de 8 de noviembre de 1996]. Dicha iniciativa fue discutida y rechazada en el Pleno del Congreso el día 10 de diciembre de 1996.

3. Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, por la que se modifica el Código civil en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad, presentada el 27 de noviembre de 1998 [BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm 261-1, de 7 de diciembre de 1998]. Dicha Propuesta fue discutida y rechazada en el Pleno del Congreso de los Diputados el 14 de diciembre de 1999.

4. Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código civil en materia de nacionalidad, presentada el 10 de febrero de 1999 [BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm 278-1, de 22 de febrero de 1999]. Dicha iniciativa fue discutida y rechazada en el Pleno del Congreso el día 14 de diciembre de 1999.

5. Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular, por la que se modifica el artículo 20 del Código civil en materia de nacionalidad, presentada el día 27 de abril de 1999 [BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm 303-1, de 10 de mayo de 1999].

6. Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código civil en materia de nacionalidad, presentada el 5 de abril de 2000 [BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, núm 7-1, de 24 de abril de 2000]. Dicha iniciativa fue discutida y rechazada en el Pleno del Congreso el día 20 de junio de 2000.

7. Proposición de Ley [122/102] presentada por el Grupo Parlamentaria Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código civil en materia de nacionalidad, presentada el 20 de febrero de 2001 [BOCG, Congreso de los diputados, VII Legislatura, Serie B, núm 115-1, de 9 de

marzo de 2001]. Por acuerdo adoptado el 9 de mayo de 2002, la presente iniciativa legislativa se ha unificado junto a otras [Proposiciones de Ley 122/109 del Grupo Popular y 122/150 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida] dando lugar a un único texto legislativo denominado «Proposición de Ley de modificación del Código civil en materia de nacionalidad (núm expte 122/216).

8. Proposición de Ley [122/109] presentada por el Grupo Parlamentario Popular, por la que se modifica el Código civil en materia de nacionalidad, presentada el 12 de marzo de 2001 [BOCG, Congreso de los diputados, VII Legislatura, Serie B, núm 122-1, de 16 de marzo de 2001]. Por acuerdo adoptado el 9 de mayo de 2002, la presente iniciativa legislativa se ha unificado junto a otras [Proposiciones de Ley 122/102 del Grupo Parlamentario Socialista y 122/150 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida] dando lugar a un único texto legislativo denominado «Proposición de Ley de modificación del Código civil en materia de nacionalidad (núm expte 122/216).

9. Proposición de Ley [122/150] presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, por la que se modifica el Código civil en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad, presentada el 15 de octubre de 2001 [BOCG, Congreso de los diputados, VII Legislatura, Serie B, núm 168-1, de 26 de octubre de 2001]. Por acuerdo adoptado el 9 de mayo de 2002, la presente iniciativa legislativa se ha unificado junto a otras [Proposiciones de Ley 122/109 del Grupo Popular y 122/102 del Grupo Parlamentario Socialista] dando lugar a un único texto legislativo denominado «Proposición de Ley de modificación del Código civil en materia de nacionalidad (núm expte 122/216).

En la actualidad, el texto de la Proposición de Ley 122/216 de modificación del Código civil en materia de nacionalidad ha sido publicado como Anexo al Informe de la Ponencia [BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, núm 241-1, de 16 de mayo de 2002], habiéndose publicado también el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior sobre la citada Proposición de Ley 122/216, así como los escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno del Congreso de los Diputados [BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, núm 241-2, de 23 de mayo de 2002].

## 5.2. Los principios generales de la reforma de la nacionalidad en la Proposición de Ley 122/216: conservación y transmisión de la nacionalidad española

La Exposición de Motivos de la Proposición de Ley 122/216 sobre modificación del Código civil en materia de nacionalidad señala que «desde la promulgación del Código civil en 1889, la regulación jurídica de la nacionalidad, concebida como vínculo político y jurídico que liga a una persona física con su Estado, ha sido objeto de sucesivas reformas, motivadas, unas veces, por la necesidad de adaptar la legislación a nuevas realidades que han ido surgiendo, y otras, a partir de 1978, por la exigencia de dar cumplimiento a los mandatos de la Constitución Española. En concreto, ha de tenerse bien presente el encargo que contiene el artículo 42 de la misma, cuando encomienda al Estado la misión de velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, a la que añade la obligación de orientar su política hacia su retorno. *Facilitar la conservación y transmisión de la nacionalidad española es, sin duda, una forma eficaz de cumplir este mandato y éste es el principal objetivo de la presente Ley*».

En este sentido, la reforma propuesta ha introducido las siguientes novedades en el régimen de la nacionalidad española:

1°. El artículo 20.1.b) del Código civil introduce la posibilidad de que las personas «cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España» puedan optar por la nacionalidad española. Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 20.3 del Código civil, «el ejercicio del derecho de opción previsto en el apartado 1.b) de este artículo *no estará sujeto a límite alguno de edad*». El fundamento de esta previsión legislativa se halla –según la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley 122/216– en la Recomendación contenida en el Informe elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados creada para el estudio de la situación de los españoles que residen en el extranjero (BOCG de 27 de febrero de 1998), así como en la aceptación de las reclamaciones que los españoles residentes en el extranjero han hecho llegar al Consejo de la Emigración pidiendo se superara el sistema de plazos preclusivos de opción establecidos sucesivamente por las Leyes 18/1990, 15/1993 y 29/1995.

2°. El artículo 22.1 del Código civil prevé un plazo de cinco años para la concesión de la nacionalidad por residencia para los que hayan obtenido «*la condición de refugiado*». Con ello, el texto legal no introduce novedad alguna pues el vigente artículo 22.1 del Código civil se refiere a quien haya obtenido asilo o refugio.

3°. El artículo 22.2.f) del Código civil establece que, a los efectos de la concesión de la nacionalidad por residencia, bastará el tiempo de resi-

dencia de un año para el nacido fuera de España de padre o madre, «abuelo o abuela», que originariamente hubieran sido españoles.

4°. El artículo 22.3 del Código civil establece que para todos los casos de concesión de la nacionalidad por residencia, ésta habrá de ser «efectiva», legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. Con ello, pues, el legislador intenta resolver las dudas acerca de cómo había de interpretarse la necesidad de que la residencia fuera «legal» y si ello comprendía o no la residencia física. Resulta curioso que la expresión «efectiva» aparezca en el texto del anexo al Informe de la Ponencia [BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm 241-1, de 16 de mayo de 2002], pero desaparezca en el del Dictamen de la Comisión publicada en el BOCG, Congreso de los Diputados, el 23 de mayo de 2002, si bien sí se haga referencia expresa a esta modificación legislativa en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley. En todo caso, la exigencia de que la residencia sea efectiva se explica como la prueba de que existe, en el ánimo del interesado, la voluntad de integrarse en la comunidad española mediante su presencia física en el territorio del Estado español, conforme a una doctrina jurisprudencial sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1998.

5°. El artículo 24.1 del Código civil establece un sistema de «conservación» de la nacionalidad española que permite a quien se halle en alguno de los supuestos de pérdida de la misma previstos en su apartado 1, y antes de que se cumpla el plazo de tres años establecido en su apartado 2, impedir la pérdida «si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil».

6°. El artículo 24.3 del Código civil prevé un supuesto de pérdida automática de la nacionalidad española para quienes, habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostentan la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, si las Leyes del país donde residan les atribuyen la nacionalidad del mismo, y no declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación. En todo caso, conforme a la Disposición Adicional Segunda de la Proposición de Ley 122/216, esta causa de pérdida de la nacionalidad española «sólo será de aplicación a quienes lleguen a la mayoría de edad o emancipación después de la entrada en vigor de la presente Ley».

7°. El artículo 25.1.a) del Código civil establece que los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad española, «cuando durante un período de tres años utilicen exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española». Con ello, se pretende establecer la regla de que los españoles que

no lo sean de origen únicamente pueden ostentar la nacionalidad española, es decir, queda vetada la posibilidad de la doble nacionalidad de españoles que no lo sean de origen. Sin embargo, esta previsión legal parece quedar en entredicho por la inexigencia de renunciar a la nacionalidad anterior a los efectos de recuperar la nacionalidad española conforme establece el nuevo artículo 26 del Código civil.

Por lo demás, en el artículo 25 del Código civil ha desaparecido el supuesto de pérdida de la nacionalidad como pena [por sentencia firme que así lo declare], al no contemplarse ya la misma en el Código penal.

8°. El artículo 26 del Código civil establece un nuevo régimen de recuperación de la nacionalidad española. Así, en relación con el vigente sistema de recuperación de la nacionalidad española (introducido por Ley 29/1995), se suprimen, por un lado, el requisito general de renunciar a la nacionalidad anterior, «puesto que el mismo suponía en la práctica un obstáculo insuperable para la recuperación de la nacionalidad española» y, además, «de esta forma se atiende a la exigencia contenida en el punto seis de la moción aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 18 de octubre de 2000, sobre medidas para mejorar, jurídica y económicamente, la situación de los emigrantes españoles» [Exposición de Motivos de la Proposición de Ley 122/216]; y de otro lado, también se suprime el requisito previo de la habilitación del Gobierno para la recuperación de la nacionalidad española cuando no se ha cumplido el servicio militar o la prestación social sustitutoria, en coherencia con la desaparición en España de la obligatoriedad de realizar el servicio militar o la prestación social sustitutoria.

9°. La Disposición Adicional Primera de la Proposición de Ley 122/216 ha procedido a adecuar los procedimientos relativos a la nacionalidad española a la normativa de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señalándose un plazo máximo de un año para la resolución de los expedientes sobre solicitudes de adquisición por residencia y de dispensa del requisito de residencia legal para recuperar la nacionalidad española, «habida cuenta de la complejidad que entraña su tramitación» (Exposición de Motivos de la Proposición de Ley 122/216); y resolviéndose el silencio administrativo en sentido negativo «en consideración a los efectos perjudiciales que la solución contraria habría de tener» (Exposición de Motivos de la Proposición de Ley 122/216).

10°. Por último, la Disposición Final de la referida Proposición de Ley 122/216 establece que «la presente ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado».

En consecuencia, pues, los principios inspiradores de la futura reforma del Código civil en materia de nacionalidad [facilitar la conserva-

ción y transmisión de la nacionalidad española, según la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley 122/216] parecen estar dirigidos esencialmente a un colectivo específico: los emigrantes españoles y sus hijos. Así, las previsiones contenidas en el artículo 20 –introduciendo la posibilidad de que los hijos de personas originalmente españolas y nacidos en España, sin ningún límite de edad, puedan ser españoles antes incluso de volver a España–, en el artículo 22 –facilitando la adquisición de la nacionalidad española por residencia de un año a los nietos de españoles de origen, nacidos fuera de España–, en el artículo 24 –introduciendo un sistema de conservación de la nacionalidad española mediante simple declaración de voluntad de conservar ésta en el plazo de tres años desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación–, o en el artículo 26 del Código civil –suavizando el sistema de recuperación de la nacionalidad mediante la supresión del requisito de la renuncia a la nacionalidad anterior–, están dirigidas a dar solución a las injustas situaciones que los emigrantes españoles y sus hijos han tenido que asumir en el pasado. Y ello se hace aún a costa de reintroducir en España el régimen de doble nacionalidad por razón de emigración previsto en la Ley 51/1982 y, más tarde, enterrado con la entrada en vigor de la Ley 18/1990. En este sentido, como señala Álvarez Rodríguez<sup>24</sup>, «a nadie se le oculta que el Ordenamiento español de la nacionalidad ha sido injusto con sus nacionales residentes en el extranjero. El mantenimiento del *ius sanguinis* ha sido una falacia, pues ha sido rara la perpetuación de la nacionalidad española para los nacidos en el extranjero de progenitores españoles; es más incluso se ha negado el pasaporte español a los acogidos a Convenios de doble nacionalidad, por lo que emigrantes con doble nacionalidad convencional son tratados en frontera como extranjeros, debiendo someterse a la legislación general de extranjería para poder viajar tanto de turismo como en caso de pretender instalarse en España».

### 5.3. Las nuevas condiciones de recuperación de la nacionalidad española

El artículo 26 del Código civil, en la redacción dada por la Proposición de Ley 122/216 de modificación del Código civil en materia de nacionalidad, establece lo siguiente:

«1. Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos:

<sup>24</sup> Vid., *Doble nacionalidad y emigración*, Conferencia pronunciada en la EGAP, Vigo, el 28 de junio de 2001.

a) Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurran circunstancias excepcionales.

b) Declarar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española.

c) Inscribir la recuperación en el Registro Civil.

2. No podrán recuperar o adquirir, en su caso, la nacionalidad española, sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno, los que se encuentren incurso en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior».

Por su parte, la Disposición Adicional Primera de la Proposición de Ley 122/216 añade que «las solicitudes (sic) de dispensa del requisito de residencia legal para recuperar la nacionalidad española habrán de ser resueltas en el plazo máximo de un año desde que hubieran tenido entrada en el órgano competente para resolver, transcurrido el cual, sin que hubiera recaído resolución expresa, habrán de entenderse desestimadas, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley del Registro Civil».

En este sentido, pues, el nuevo texto dado al artículo 26 del Código civil, por una parte, mantiene la disparidad de regímenes de recuperación de la nacionalidad española según se trate de emigrantes e hijos de emigrantes españoles, o de quienes hayan perdido la nacionalidad española sin tener la condición de emigrantes o de hijos de emigrantes españoles; por otra parte, reintroduce la doble nacionalidad no ya sólo por razón de emigración, sino con carácter general, mediante el expediente de no requerir la renuncia a la nacionalidad anterior a quienes hayan perdido la nacionalidad española y deseen recuperarla; y por último, suprime la exigencia de previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno a quienes hubieran perdido la nacionalidad española y pretendan recuperarla o adquirirla, en su caso, sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria. Esta última previsión legal en la actualidad constituye una norma irrazonable (cfr., vigente art. 26.2.b CC) en la medida que el servicio militar español ha dejado de ser obligatorio, así como la prestación social sustitutoria.

En consecuencia, los emigrantes y los hijos de emigrantes españoles que hubieran perdido la nacionalidad española podrán recuperarla, con independencia de que residan o no legalmente en España, mediante una simple solicitud ante el encargado del Registro Civil en la que deberá constar, por un lado, la declaración de voluntad de recuperar la nacionalidad española, así como el compromiso de cumplir con las exigencias previstas en el artículo 23.a) del Código civil, es decir, jurar o prometer fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes españolas; y

por otro, la acreditación de su condición de emigrante o hijo de emigrante español. La resolución del encargado del Registro Civil en la que se contenga la recuperación de la nacionalidad será inscribible en el Registro Civil, siempre que previamente se formalice la declaración solemne prevenida en el artículo 23.a) del Código civil. Ello debe ser así por cuanto los efectos de la recuperación de la nacionalidad española no son distintos a los de su adquisición por opción, carta de naturaleza o residencia, esto es, la atribución de la condición de nacional español, por lo que habrán de ser aplicables a aquélla los requisitos comunes para la validez de éstas. Ahora bien, si ello es así, ¿no existe una cierta incongruencia interna en el sistema de la nacionalidad española por cuanto para recuperar la nacionalidad española no se exige la renuncia a la nacionalidad anterior, mientras que para adquirirla por opción, carta de naturaleza o por residencia esta última exigencia sí se contiene en el artículo 23.b) del Código civil? Sin duda, el principio del *favor transmissionis* de la nacionalidad explica ese «trato de favor» a quienes ostenten la condición de emigrantes españoles, si bien no se extiende más allá de los hijos de emigrantes españoles. En este mismo sentido, habrá que tener en cuenta, además, que, mientras el hijo de emigrante español ex art. 26 CC puede recuperar la nacionalidad española sin ser residente legal en España y sin tener que renunciar a su nacionalidad anterior, el nieto de ese mismo emigrante español únicamente podrá adquirir la nacionalidad española por residencia legal o efectiva de un año, continuada e inmediatamente anterior a la petición (art. 22.2.f y 22.3 CC), y previa la declaración de renuncia a su nacionalidad anterior, excepto los naturales de los países con especial vinculación histórica con España mencionados en el artículo 24.1 CC (art. 23 CC).

En todo caso, frente a este *régimen particular* de recuperación de la nacionalidad por los emigrantes e hijos de emigrantes españoles, la Proposición de Ley 122/2016 establece un *régimen general* de recuperación aplicable a todos los que hubieran perdido la nacionalidad española, sin ostentar la condición de emigrante o hijos de emigrantes españoles, y sin que la causa de la pérdida de la nacionalidad española fuese alguna de las previstas en el artículo 25 del Código civil. Consecuentemente, el régimen general de recuperación de la nacionalidad española es aplicable, en todo caso, a los españoles que lo hayan sido de origen y, sin ostentar la condición de emigrante o hijo de emigrante, perdieron su nacionalidad originaria por una causa distinta a las establecidas en el citado artículo 25 CC. En cambio, ese régimen general es aplicable a los españoles que no lo hayan sido de origen si la pérdida de la nacionalidad española no fue causada por: a) la utilización exclusiva durante un período de tres años de la nacionalidad extranjera a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española; o, b) por haber

entrado voluntariamente al servicio de las armas o haber ejercido cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno español.

El *régimen general* de recuperación de la nacionalidad española se caracteriza por exigir la concurrencia de tres circunstancias: Ser residente legal en España; declarar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española, e inscribir la recuperación en el Registro Civil. Por tanto, dado que no se requiere la renuncia a la nacionalidad anterior, el artículo 26 del Código civil consagra un supuesto de doble nacionalidad, que, a su vez, se desdobra en dos situaciones distintas: a) Doble nacionalidad sin arraigo: Este es el supuesto de recuperación de la nacionalidad española por los emigrantes e hijos de emigrantes españoles, pues no se requiere la residencia legal y efectiva en España; y b) Doble nacionalidad con arraigo: Esta es la situación aplicable a quienes pretendan recuperar la nacionalidad española y no ostenten la condición privilegiada de emigrante o hijo de emigrante español. 

## Bibliografía

- ALVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *Nacionalidad y emigración*, Madrid, La Ley, 1990.
- : *Guía de la nacionalidad española*, 2ª ed., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
- AZNAR SÁNCHEZ, J.: *La doble nacionalidad*, Madrid, 1977.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R.: *Comentarios al Código civil*, coordinados por R. Bercovitz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001 (obra en preparación).
- CADARSO PALAU, J.: «Comentarios al art. 26 del CC», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, coordinadas por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- DÍAZ GARCÍA, N.: *La reforma de la nacionalidad*, en *Comentario a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J.: «Comentario al art. 26 del CC», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinados por M. Amorós y R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, 1987.
- GARCIA BUENO, M. P.: «Consolidación de la nacionalidad española», en *ADC*, 1992, pp. 929-1009.
- GIL RODRIGUEZ, J., y ANGOITIA GOROSTIZA, V.: «Comentario al art. 26 del CC», en *Comentarios al Código civil, II*, vol. 1º, coordinados por Rams Albesa, J., y Moreno Flórez, R. M., J. M. Bosch, Barcelona, 2000.
- LETE DEL RIO, J. M.: *La nueva regulación de la nacionalidad*, 2ª ed., Madrid, 1991.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: «Comentario al artículo 11 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución española de 1978, t. II*, dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, Madrid, 1987.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, t. I*, vol. 3º, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1993.
- RODRÍGUEZ MORATA, F.: «La nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 18/1990, de Reforma del Código civil», en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, 1991, nº 11 y 12, -monográfico: Reformas del Código civil 1990/1991-, pp. 385-426.

# LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO COMO MEDIO DE ORGANIZACIÓN DE REDES DE TELECOMUNICACIONES. ESPECIAL ATENCIÓN A LAS INALÁMBRICAS

Ángel Lobo Rodrigo

Profesor titular de Derecho Administrativo  
Universidad de La Laguna

## 1. La Administración electrónica

La utilización cada vez más intensa por las Administraciones Públicas de las tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) está convulsionando los cimientos tradicionales de la Administración y constituyendo un profundo cambio en la forma de actuar de ésta (especialmente en cuanto a la relación con los ciudadanos y los operadores económicos privados) y en su forma de organizarse. Sobre esta última cuestión los analistas entienden que se pasará de una organización interna basada fundamentalmente en políticas sectoriales y territorializadas a un modelo de organización de políticas integrales y transversales, dadas las posibilidades que ofrecen las TICs en cuanto a la interconexión de registros y bases de datos, la tramitación telemática de solicitudes desde cualquier administración, etc.

El esfuerzo y la apuesta de las Administraciones Públicas por la implantación de la administración electrónica ha sido importante, y, sin embargo, las potencialidades de ésta sólo se han revelado de forma incipiente. La utilización de portales en Internet por parte de las Administra-

ciones Públicas o del correo electrónico como medio de comunicación son ejemplos de estas posibilidades. Ya la LRJ-PAC, norma básica sobre la forma de proceder de la Administración, en su redacción original, dispone la necesidad de que los registros tengan un soporte informático<sup>1</sup>, y en la reciente reforma operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, se reconoce la posibilidad de acudir de forma voluntaria al correo electrónico como medio de notificación<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En concreto el art. 38.3 LRJ-PAC establece que «los registros generales, así como todos los registros que las Administraciones públicas establezcan para la recepción de escritos y comunicaciones de los particulares o de órganos administrativos, deberán instalarse en soporte informático.

El sistema garantizará la constancia, en cada asiento que se practique, de un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha de entrada, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede, y persona u órgano administrativo al que se envía, y, en su caso, referencia al contenido del escrito o comunicación que se registra.

Asimismo, el sistema garantizará la integración informática en el registro general de las anotaciones efectuadas en los restantes registros del órgano administrativo». Asimismo, la Disposición Adicional Segunda de la mencionada norma dispone que «la incorporación a soporte informático de los registros a que se refiere el artículo 38 de esta Ley, será efectiva en la forma y plazos que determinen el Gobierno, los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, en función del grado de desarrollo de los medios técnicos de que dispongan».

<sup>2</sup> El nuevo apartado tercero del art. 59 LRJ-PAC señala que «para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir con los requisitos reglamentariamente establecidos. En estos casos, la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso». Como consecuencia de esta nueva posibilidad de medio de notificación, la misma norma creó un nuevo apartado noveno del art. 38 dedicado a los registros, a cuyo tenor «se podrán crear registros telemáticos para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones que se transmitan por medios telemáticos, con sujeción a los requisitos establecidos en el apartado 3 de este artículo. Los registros telemáticos sólo estarán habilitados para la recepción o salida de las solicitudes, escritos y comunicaciones relativas a los procedimientos y trámites de la competencia del órgano o entidad que creó el registro y que se especifiquen en la norma de creación de éste, así como que cumplan con los criterios de disponibilidad, autenticidad, integridad, confidencialidad y conservación de la información que igualmente se señalen en la citada norma. Los registros telemáticos permitirán la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones todos los días del año durante las veinticuatro horas. A efectos de cómputo de plazos, la recepción en un día inhábil para el órgano o entidad se entenderá efectuada en el primer día hábil siguiente».

Sin embargo, como señalábamos anteriormente, las aplicaciones son mucho más extensas, hasta el punto que van a suponer no sólo la necesidad de revisar la organización de la Administración, sino incluso la forma de hacer política. Veamos brevemente las posibilidades en el futuro inmediato de la administración electrónica.

Una de las aplicaciones más interesantes es el desarrollo de la denominada democracia digital. El palpable descontento de los ciudadanos con la clase política y el escaso interés en participar en los cada vez más numerosos comicios electorales puede encontrar en el denominado voto electrónico una interesante alternativa<sup>3</sup>. Entre las ventajas más destacables podemos señalar el facilitar el acceso de todos los ciudadanos al derecho a voto, beneficiando a sectores como los discapacitados y ancianos, aumento de la velocidad del recuento, mejora de la información sobre el desarrollo de los comicios y la reducción de costes. Sin embargo, el voto electrónico también debe afrontar una serie de problemas, como son la falta de seguridad y la denominada brecha digital. En cuanto al primero, se deberá acudir a los protocolos necesarios para asegurar la identidad de los votantes y evitar la manipulación externa del contenido del voto. La brecha digital consiste en la existencia de un déficit de acceso a las nuevas tecnologías y un desconocimiento en cuanto a su utilización de una parte importante de la población. Obviamente, hasta que no se haya rebajado esta circunstancia, el voto electrónico no será el medio primordial para ejercer el derecho al voto, pero ello no resta su importancia como una alternativa viable al método tradicional.

Por otra parte, no debemos concepcionar la democracia digital simplemente como un medio para incrementar la participación de los ciudadanos en los comicios electorales<sup>4</sup>. Las autores resaltan otras posibilidades no menos interesantes como la creación de comunidades virtuales, de corrientes de opinión que ayuden a los dirigentes a tomar las decisiones (en este sentido existen experiencia de participación en la elaboración de proyectos urbanísticos), consultas de la Administración dirigidas a los ciudadanos y, en general, una participación más activa de los ciudadanos en la vida política de su comunidad, a través de un acceso transparente a la información pública, un acceso a la agenda política de los dirigentes

---

<sup>3</sup> En este sentido, las primarias del partido Demócrata del Estado de Arizona (USA) de 2000, se pueden considerar como las primeras elecciones vinculantes en las que se utilizó el voto por correo electrónico. Supuso un incremento de la participación del 676%, y para asegurarse la validez del voto, se solicitaba a los electores pasar por una serie de controles donde se les demandaba el número de registro, de la seguridad social o la fecha de nacimiento.

<sup>4</sup> Es más, la mayor parte de los autores están en contra de utilizar internet simplemente como un medio para realizar referéndums on-line, por no reforzar las relaciones entre representantes y representados.

políticos y la posibilidad de llevar a cabo discusiones sobre los asuntos más candentes<sup>5</sup>.

Otra interesante opción que ofrecen las nuevas tecnologías es el contacto on-line con los funcionarios, no solamente en cuanto a temas burocráticos (rellenar un formulario, por ejemplo), sino la posibilidad de tener acceso a un tratamiento personalizado. Los ciudadanos también pueden lograr un contacto más directo con sus representantes políticos a través de la utilización del e-mail. Obviamente el número de mensajes recibidos puede ser muy elevado, pero ya existen aplicaciones que filtran, clasifican estos mensajes e incluso generan respuestas tipo de forma automática.

Por último, y como subtipo de administración electrónica, está cobrando cada vez mayor importancia la denominada m-administración (administración móvil o m-government). Se trata de la utilización de dispositivos móviles como los teléfonos móviles o los PDA (organizadores electrónicos) como medios para recibir información y realizar gestiones. En España, ciudades como Zamora están habilitando la instalación de 300 puntos de acceso inalámbrico en la ciudad, con un radio de acción de 100 metros, conexión a banda ancha, la posibilidad de conectar entre 10 y doce usuarios a la vez y un precio por el servicio de 9,90 euros en tarifa plana. La Diputación de Vizcaya, por su parte, tiene un servicio de información en tiempo real sobre el tráfico que se puede recibir a través del teléfono móvil.

También los funcionarios pueden aprovechar esta tecnología para facilitar su trabajo. El uso por parte de los funcionarios de Estados como Texas y California de organizadores electrónicos que registran las incidencias de los controles que realizan y mandan y reciben información del ordenador central, la posibilidad de utilizar esta tecnología en las tareas que llevan a cabo los médicos visitantes recabando datos sobre el historial médico del paciente, etc., son sólo algunos ejemplos de las numerosas aplicaciones que tendría el uso de esta tecnología en el trabajo diario de los funcionarios.

---

<sup>5</sup> Un ejemplo muy interesante es la posibilidad que ofrecía la web oficial del Ayuntamiento de Indianápolis, permitiendo que los ciudadanos participaran en la decisión de cómo gastar el presupuesto público. El método era el siguiente: el ciudadano podía asignar un montante determinado a cada partida presupuestaria, reduciéndose tal montante del total. Con ello, el ciudadano tomaba conciencia sobre la dificultad de la asignación del presupuesto consistorial y, por otra parte, el Ayuntamiento recibía una interesante información sobre las preferencias en cuanto al gasto de los ciudadanos. Obviamente, estas propuestas no eran vinculantes.

## 2. Agentes que intervienen en el despliegue de redes de telecomunicaciones

Por una parte tenemos al operador de redes de telecomunicaciones que necesariamente debe ostentar un título que le habilite a realizar esta actividad. Una vez culminado el proceso de liberalización del sector de las telecomunicaciones con la LGTel, deja de tener razón de ser el sistema de autorizaciones mediante concesión administrativa existente con anterioridad, pasándose a otro basado en el otorgamiento de autorizaciones y licencias individuales<sup>6</sup>. Recordemos que el art. 2 LGTel dispone que «las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia».

Las Administraciones autonómica y local también juegan un importante papel en el despliegue de redes de telecomunicaciones. Por una parte pueden desempeñar un papel protagonista, como se desprende del art. 7.3 párrafo segundo de la LGTel, a cuyo tenor «la prestación o explotación en el mercado, de servicios o de redes de telecomunicaciones por las Administraciones Públicas o sus Entes públicos, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, requerirá la obtención del título habilitante que corresponda, de entre los regulados en este Título. Dicha prestación o explotación deberá ser autorizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que establecerá las condiciones para que se garantice la no distorsión de la libre competencia, y se realizará por la Administración o el ente habilitados, con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación». Por tanto, estas administraciones podrían concurrir como un operador más en el sector de las telecomunicaciones mediante el correspondiente título habilitante y situándose, por tanto, en plano de igualdad frente al resto de operadores privados. El problema, como tendremos ocasión de señalar con mayor precisión posteriormente, surge cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), realizando una interpretación flexible de la definición de redes de telecomunicaciones, incluye la obra civil como susceptible de ser sometida a licencia de operador de telecomunicaciones. En esta línea, en el Acuerdo de 15 de febrero de 2001, por el que se aprueba la contestación a la consulta planteada por Mediterránea Norte Sistemas de Cable, S.A. y Mediterránea Sur Sistemas de Cable, S.A., la CMT señala que «si la intervención municipal se produce, directamente o a través de una sociedad participada

---

<sup>6</sup> Sobre los títulos habilitantes necesarios para constituirse en operador de telecomunicaciones, vid. la monografía CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. DE LA, ARIÑO ORTIZ, R. y ZAGO, T.: *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*, Comares, 2001.

por el Ayuntamiento, con la intención de intervenir como un agente económico más en el mercado, compitiendo con otros operadores en la actividad de explotación de infraestructuras y redes de telecomunicaciones –a cuya categoría pertenece la explotación de las canalizaciones subterráneas para cables de comunicaciones–, sus relaciones jurídicas serán las que se deriven de la normativa sectorial de telecomunicaciones y de la salvaguardia de la libre competencia en el mercado». En el mismo sentido, en la Resolución de 12 de julio de 2001 relativa a la consulta planteada por Retecal sociedad operadora de telecomunicaciones de Castilla y León, S. A., en relación con el convenio firmado entre el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo (León) y Jazz Telecom, S.A.U. en materia de ocupación del dominio público municipal, la CMT entiende que la gestión de tres tubos por parte del Ayuntamiento debe estar sometida al correspondiente título habilitante si la actividad no se va a prestar en régimen de autoprestación.

Por lo tanto, los principales protagonistas del sector de las telecomunicaciones van a ser los operadores de telecomunicaciones que, no olvidemos, son empresas privadas. El problema surge cuando se tienen que relacionar con unas administraciones públicas, la local y la autonómica, competentes para la planificación de su territorio y la gestión del demanio local.

### 3. Distintas cuestiones sobre la organización de las redes de telecomunicaciones desde la perspectiva de la ordenación territorial y el urbanismo

La respuesta a cuál debe ser el papel a jugar por las Administraciones Locales en el despliegue de redes es sencilla, aunque su aplicación sea extremadamente compleja. La Administración debe ayudar a remover los obstáculos que impidan un despliegue ordenado de las redes de telecomunicaciones que, obviamente, redundará en beneficio de la comunidad. Los instrumentos de planeamiento territorial y urbanísticos, competencia exclusiva de las Administraciones autonómicas y locales, pueden servir de gran ayuda para lograr una implantación organizada y racional de este tipo de infraestructuras en la ciudad (ordenación urbanística) y en aquellos lugares caracterizados por la ausencia de tejido urbano (ordenación territorial y de los recursos naturales).

### 3.1. La cuestión competencial: competencia estatal sobre telecomunicaciones vs. Competencia autonómica sobre la ordenación territorial y urbanística.

¿Pueden las administraciones que ostentan las competencias de ordenación territorial y urbanística regular incidir sobre el sector de las telecomunicaciones? Entendemos que sí, ya que, como viene sosteniendo la jurisprudencia más reciente (STS de 18 de junio de 2001 (RJ 8744)), «la competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales». Esta jurisprudencia se inspira en resoluciones del TC como la STC 77/1984, de 3 de julio, sobre el puerto de Bilbao, en la que el mencionado Tribunal consideró que el planeamiento urbanístico realizado por el Ayuntamiento de Bilbao que afectaba incidentalmente, en materia viaria, al puerto de Bilbao, no suponía una invasión de las competencias estatales en materia portuaria.

Sin embargo es natural que el entrecruzamiento entre una competencia vertical como es la estatal sobre telecomunicaciones con una horizontal como es la ordenación del territorio y el urbanismo produzca conflictos. Ante un hipotético conflicto entre la implantación de redes y la ordenación del territorio y el urbanismo, el legislador, para el caso del despliegue de redes de electricidad, gaseoductos y oleoductos, que, como las telecomunicaciones, se pueden incluir en el concepto más amplio de redes<sup>7</sup>, establece una solución específica: acudir a la técnica del art. 244.2 TRLS 1992 cuando los planes territoriales o urbanísticos no contemplen la instalación de este tipo de redes o imposibiliten su normal implantación<sup>8</sup>. Sin embargo, la LGTel no contiene ningún precepto que se pronuncie en

---

<sup>7</sup> Sobre el concepto de redes, vid. CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. DE LA: «Sobre las infraestructuras en red», *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, nº 1, 1998, pp. 13 a 46.

<sup>8</sup> En concreto, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, en su artículo 5.2 permite acudir al procedimiento del art. 244.2 del TRLS 1992, vigente en parte tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997. El citado precepto establece, dentro de un artículo más amplio con la rúbrica «coordinación con planes urbanísticos», que «en los casos en los que no se haya tenido en cuenta la planificación eléctrica en instrumentos de ordenación descritos en el apartado anterior, o cuando las razones justificadas de urgencia o excepcional interés para el suministro de energía eléctrica aconsejen el establecimiento de instalaciones de transporte o distribución y siempre que en virtud de lo establecido en otras Leyes, resultase preceptivo un instrumento de ordenación del territorio o urbanístico según la clase de suelo afectado, se estará a lo dispuesto en el art. 244.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, o texto autonómico que corresponda». En parecidos términos, y siguiendo

parecidos términos a los anteriores, por lo que en principio resultaría inaplicable la técnica derivada del art. 244.2 del TRLS 1992<sup>9</sup>. Además, no debemos olvidar que en el caso de las telecomunicaciones no estamos ante actos promovidos por una Administración, sino ante actuaciones de operadores privados de telecomunicaciones. Aún en el caso de que las actuaciones estén impulsadas por una empresa de telecomunicaciones participada por el Estado, las Comunidades Autónomas o las Corporaciones Locales, tampoco se les podría considerar como actos promovidos por una Administración Pública en sentido estricto, ya que en el actual marco liberalizador no pueden existir operadores que ostenten derechos exclusivos que falseen la libre competencia<sup>10</sup>. La solución que propone la LGTel, la obligación de solicitar un informe vinculante sobre las necesidades de redes de telecomunicaciones ante la aprobación o revisión de un instrumento de ordenación territorial o urbanístico, se presenta como un instrumento con una eficacia limitada, como ya tendremos la oportunidad de observar al analizar el art. 44.3 LGTel.

### 3.2. Instrumentos de planeamiento idóneos para regular el despliegue de redes de telecomunicaciones

La elección del instrumento de planeamiento idóneo dependerá, en gran medida, del ámbito a ordenar. Si se trata de un ámbito inframunicipal o municipal se acudirá a los denominados Planes especiales o a las

---

una técnica legislativa similar, el art. 5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, postula que «en los casos en los que no se haya tenido en cuenta la planificación de dichas instalaciones en instrumentos de ordenación o de planificación descritos en el apartado anterior, o cuando razones justificadas de urgencia o excepcional interés para el suministro de productos petrolíferos o gas natural aconsejen el establecimiento de las mismas, y siempre que en virtud de lo establecido en otras Leyes resultase preceptivo un instrumento de ordenación del territorio o urbanístico según la clase del suelo afectado, se estará a lo dispuesto en la legislación sobre régimen del suelo y ordenación del territorio que resulte aplicable».

<sup>9</sup> En igual sentido, vid. CARRASCO PERERA, A. y CORDERO, E.: «Servicios de telecomunicaciones y derecho inmobiliario» en la obra colectiva Arpón de Mendivil Aldama, A. y Carrasco Perera, A. (Directores): *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, 1999, pág. 731, que señala que es presupuesto para la aplicación del art. 244.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 que se trate de actos promovidos por las Administraciones Públicas.

<sup>10</sup> En parecido sentido, vid. DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: «Telecomunicaciones y Comunidades Autónomas en la Ley General de las Telecomunicaciones», *Informe de las Comunidades Autónomas*, Vol. I., Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1999, pág. 622, que subraya que el actual régimen de liberalización no impide que las Administraciones Públicas puedan participar en empresas de telecomunicaciones, siempre que no disfruten de derechos especiales o exclusivos y estén dispuestas a competir en el mercado en pie de igualdad.

ordenanzas municipales. Sobre esta última posibilidad ya se ha pronunciado el TS en la ya citada sentencia de 18 de junio. Ante la pretensión de Telefónica de anular la ordenanza de instalación de antenas de Barcelona fundamentándose (entre otras razones) en que ese tipo de ordenanzas no tiene una naturaleza urbanística y, por lo tanto, no es una materia que pueda ser regulada mediante este instrumento, el TS señaló que «las instalaciones de telecomunicaciones tienen una estrecha relación con la ordenación urbanística, la cuál está reconocida en el ordenamiento estatal y en el comunitario» (...), cuestión, por otra parte, que no sorprende desde el momento en que son consideradas como gastos de urbanización<sup>11</sup>. o supramunicipal, como es el caso de los Planes Territoriales Especiales que contemplaran la implantación de redes de telefonía móvil en suelo rústico y la localización de emplazamientos preferentes.

### 3.3. El informe del artículo 44.3 de la Ley General de Telecomunicaciones

#### a) *Introducción*

Como señalábamos, se trata de uno de los instrumentos incluidos en la LGTel para coordinar las competencias estatales sobre las telecomunicaciones y las autonómicas y locales sobre ordenación del territorio y urbanismo. El art. 44.3 LGTel dispone que «los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar del órgano competente del Ministerio de Fomento el oportuno informe, a efectos de determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones. Los diferentes instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes del Ministerio de Fomento».

Se trata de la referencia más directa que realiza la Ley General de Telecomunicaciones a la ordenación del territorio y al urbanismo.

---

<sup>11</sup> La Ley gallega, aunque no alude expresamente a las telecomunicaciones como gasto de urbanización, establece en su art. 132.2 a) «el derecho de los urbanizadores a «reintegrarse de los gastos de instalación de las redes de suministros con cargo a las entidades, titulares o concesionarias, que prestasen sus servicios, salvo en la parte en que hayan de contribuir los propietarios según la reglamentación de aquéllos». El TRLOT y ENC se inspira en esta regulación al establecer en su art. 99.2 la posibilidad de «repercusión a las entidades o empresas concesionarias o suministradoras, de los gastos de primera instalación y mantenimiento de los servicios de energía eléctrica, telecomunicaciones, abastecimiento de agua y saneamiento, conforme a su reglamentación específica». Obviamente, si estas normas hablan de la posibilidad de repercusión por parte de los urbanizadores es porque previamente fueron sufragadas por estos en concepto de gasto de urbanización.

La primera observación que se puede realizar sobre el citado artículo se refiere a su imprecisión terminológica, ya que utiliza el término «*planificación territorial o urbanística*», más usual en el campo económico, en lugar del más generalizado en entornos especializados «*planeamiento territorial o urbanístico*». Esta imprecisión terminológica a la que aludimos se entiende menos cuando en el artículo 45, referido a la ocupación del dominio público local, y concretamente en su apartado b, la LGT utiliza el más preciso, a nuestro entender, término de «*instrumento de planeamiento urbanístico*».

*b) El carácter preceptivo y vinculante del informe. Consecuencias jurídicas*

Aunque la norma no señala de forma expresa el carácter preceptivo y vinculante del informe, este extremo se puede inferir de los dos incisos que componen el art. 44.3 LGT, que en una primera lectura pueden resultar redundantes. La primera frase del art. 44.3 LGT establece la preceptividad del informe con la inequívoca expresión «los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar del órgano competente del Ministerio de Fomento el oportuno informe, a efectos de determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones». Es en este deber de solicitar el informe donde se fundamenta la obligatoriedad del mismo.

Por otra parte, el carácter vinculante del informe se podría inferir del segundo inciso del art. 44.3 LGT, a cuyo tenor «Los diferentes instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, señaladas en los informes del Ministerio de Fomento». El citado precepto establece la necesidad de que los diferentes instrumentos de planificación recojan las necesidades de establecimiento de redes de telecomunicaciones señaladas en los informes del órgano competente del Ministerio de Ciencia y Tecnología<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> El carácter preceptivo y vinculante del informe del art. 44.3 de la LGT es sostenido, entre otros, en CARRASCO PEREIRA, A. y CORDERO, E.: «Servicios de telecomunicaciones y derecho inmobiliario» en la obra colectiva ARPÓN DE MENDEVIL ALDAMA, A. y CARRASCO PEREIRA, A. (Directores): *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, 1999, pág. 730 a 731; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y DE LA QUADRA SALCEDO, T. (Coordinadores): *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*, Cívitas, 1999, pág. 356; CARLÓN RUIZ, M.: *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el estado de las autonomías*, La Ley-Actualidad, 2000, pág. 294; SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*, Comares, 1999, pág. 210; SÁNCHEZ MARÍN, R.: «Urbanismo y telecomunicaciones» en CHINCHILLA MARÍN, C. (Coordinadora): *Telecomunicaciones: estudios sobre dominio público y propiedad privada*, Marcial Pons, 2000, pág. 287 y MONTERO, J. J. y BROKELMAN, H.: *Telecomunicaciones y televisión. La nueva regulación en España*, Tirant lo blanch, 1999, pág. 389.

No se trata de una regulación novedosa. El informe es una técnica recurrente en otros casos en que la Administración General del Estado ostenta un título sectorial que incide directamente sobre la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio y urbanismo. De esta forma, la Ley 22/1988 de costas, de 22 de julio, establece en su art. 112 la necesidad de que el órgano competente de la Administración General del Estado emita un informe preceptivo y vinculante sobre una serie de materias, como Planes y normas de ordenación territorial y urbanística que puedan incidir sobre lo dispuesto en la mencionada Ley, proyectos de construcción de nuevos puertos, vías de transporte de competencia de las Comunidades Autónomas, etc<sup>13</sup>.

En cuanto a las consecuencias jurídicas de la falta de solicitud del informe, o, en su caso, de no seguir las pautas marcadas por éste, el plan podría devenir nulo de pleno derecho, bien por ir en contra del principio de jerarquía normativa, tal como se establece en el art. 62.2 LRJ-PAC<sup>14</sup>, o bien porque se ha incurrido en una omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, al calificar la jurisprudencia de forma mayoritaria a los informes preceptivos y vinculantes como trámites esenciales del procedimiento<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> La STC 149/1991, de 4 de julio, se pronuncia, entre otras cosas, sobre la constitucionalidad o no del art. 112 de la Ley de Costas de 1988. El Tribunal Constitucional, en base a jurisprudencia ya asentada por las SSTC 77/1984 y la 103/1989, señala en su Fundamento Jurídico 7º que «el legislador pretende que la Administración del Estado conozca los trabajos de elaboración de los planes o proyectos con incidencia en el demanio costero, para que en su caso se incluyan las determinaciones precisas para garantizar su protección, uso y conservación. Se trata de eliminar discordancias o contradicciones que pueden perjudicar los intereses públicos, y obligar a recurrir a medios más enérgicos». Estos medios a los que alude el legislador son los del art. 180.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, actual art. 244.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. «El art. 112», continúa argumentando el Tribunal Constitucional, «es un medio razonable y adecuado para lograr una correcta coordinación en el ejercicio de competencias concurrentes sobre el mismo espacio físico».

<sup>14</sup> El citado precepto dispone que «también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior» (...).

<sup>15</sup> En este sentido, es clarificadora la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 648/1996, de 24 de julio, Sala de lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, cuyo fallo supone la anulación del Plan Especial de Reforma Interior y Plan Parcial de Finca España, Villa Hilaria y Cuesta-4, así como el Plan Especial de Reforma Interior de Taco por «incurrir en nulidad de pleno derecho por omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido». No se trataba exactamente de la omisión de un informe preceptivo, en este caso del Ministerio de Defensa, según establecía el art. 6 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones para la Defensa Nacional, en relación con los arts. 51 y 74 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, que desarrolla la mencionada Ley, puesto que ese extremo ya había sido tratado por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-admini-

Por lo tanto, no basta con que las Administraciones competentes para la redacción y aprobación de instrumentos de planeamiento recaben el informe del órgano competente del Ministerio de Ciencia y Tecnología, pues al tener éste un contenido vinculante, deberán incorporarlo al instrumento de planeamiento que lo motiva.

### *c) El contenido del informe*

Para la elaboración de dicho informe, el órgano competente necesitará cierta información que deberá ser facilitada por la Administración Autonómica y Local<sup>16</sup>. Esta información versará sobre una serie de datos que el órgano competente del Ministerio de Ciencia y Tecnología debe conocer a la hora de emitir el informe, entre los que podemos citar población, tanto fija como flotante, expectativas de crecimiento, infraestructuras existentes, etc., que normalmente se incluyen en el instrumento de planeamiento que se pretende redactar y aprobar.

El contenido del informe del Ministerio de Ciencia y Tecnología se debe limitar a una descripción de las necesidades de redes de telecomu-

---

nistrativo, que mediante sentencia de 24 de noviembre de 1992 había anulado los acuerdos de aprobación definitiva de los mencionados planes urbanísticos fundándose en la omisión de dicho informe preceptivo. En orden a la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo, el Ayuntamiento de La Laguna recabó informe del Ministerio de Defensa, que se emitió el 3 de agosto de 1993, acordándose la aprobación provisional y definitiva, tras el informe favorable de la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de Canarias el 26 de octubre de 1994, pero en los mismos términos en que fueron anulados por el Tribunal Supremo. Por tanto, el Ayuntamiento de La Laguna había entendido que subsanaba los vicios que habían provocado la nulidad de los planes urbanísticos recabando el informe preceptivo del Ministerio de Defensa, y simplemente estimando las previsiones contenidas en el informe emitido por el Ministerio de Defensa. En su Fundamento de Derecho 6º, la sentencia señala que «en nada cambia esta conclusión (se refiere a la nulidad de pleno derecho de los planes) que el Ayuntamiento estime que estos instrumentos de planeamiento subordinan el desarrollo urbano de los terrenos ocupados por instalaciones militares a las determinaciones de estas autoridades. En efecto, dado el carácter normativo (reglamentario) de los planes urbanísticos, su contenido es vinculante para aquellos a los que afecte, de manera que no cabe hablar de estimaciones o presunciones, sino de mandatos obligatorios. Si el desarrollo urbano del suelo militar está subordinado a las actuaciones del Ministerio de Defensa, en otras palabras, la efectiva realización de sus previsiones está condicionada a las decisiones de este Departamento, así debe recogerse e indicarse expresamente en el planeamiento. En caso contrario, si esta subordinación no está ordenada por el plan, como pasa en el caso de autos, de poco sirve que la Corporación Local formule estimaciones sobre su contenido, habida cuenta de su carácter normativo y, por tanto, vinculante».

<sup>16</sup> En este punto sería de aplicación uno de los principios que deben regir las relaciones administrativas, concretamente el recogido en el art. 4 c) LRJ-PAC, que establece la obligación general de «facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus competencias».

nicaciones, dibujando una serie de directrices, de parámetros a seguir. Estas directrices generales no podrán determinar el contenido concreto de la ordenación territorial y urbanística, es decir, las soluciones a las necesidades descritas en el informe del Ministerio de Ciencia y Tecnología serán competencia de los órganos de la Administración autonómica y local. Se trata, por tanto, de un informe con un contenido eminentemente finalista, de objetivos, dejando en manos de los órganos encargados de redactar los instrumentos de planeamiento las soluciones técnicas precisas para atender dichas necesidades de redes públicas de telecomunicaciones<sup>17</sup>.

Por otro lado, la terminología utilizada por la LGT, «*necesidades de redes públicas de telecomunicaciones*», debemos entenderla como un estudio eminentemente técnico sobre las dotaciones de redes de telecomunicaciones que necesita el ámbito territorial al que se refiere el instrumento de planeamiento, señalando carencias, contingencias así como una serie de consejos de carácter técnico. No debemos olvidar que en el Derecho Urbanístico actual, los principales instrumentos de ordenación urbanística son redactados y aprobados inicialmente por la Administración local, que se caracteriza por los escasos medios con los que cuenta para enfrentarse a materias de un alto contenido técnico. Este tipo de informes podría ser muy útil para señalar una serie de pautas a seguir a la Administración Local a la hora de relacionarse con los distintos operadores de telecomunicaciones, así como para conocer las necesidades de redes de telecomunicaciones de su ámbito territorial.

Otro aspecto interesante relacionado con el informe y no suficientemente aclarado es la cuestión de cuál es el grado de discrecionalidad, de libertad de actuación de los órganos competentes en la redacción de los instrumentos de planeamiento a la hora de aplicar las necesidades de redes de telecomunicaciones expuestas en el informe del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

El contenido de estas soluciones se referirá a aspectos tales como el trazado de las redes, el carácter subterráneo o no de las mismas, la posibilidad de aprovechar infraestructuras ya existentes, la obligación de compartir infraestructuras siempre que esté fundamentada en una mejor gestión del subsuelo municipal y siempre que no suponga una limitación insalvable al derecho de los operadores de desplegar redes sobre el territorio, etc.

---

<sup>17</sup> En igual sentido, vid. CARRASCO PEREIRA, A. y CORDERO, E.: «Servicios de telecomunicaciones y derecho inmobiliario» en la obra colectiva ARPÓN DE MENDEVIL ALDAMA, A. Y CARRASCO PEREIRA, A. (Directores): *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, 1999, pp. 730 a 731.

La Comisión del Mercado de las telecomunicaciones va más allá en la interpretación del contenido del informe del art. 44.3, ya que entiende que dicho informe podría «definir el uso de los terrenos, reservar espacio para la ubicación de instalaciones de telecomunicaciones; en definitiva, definir el espacio en el que puede situarse la infraestructura de red de telecomunicaciones»<sup>18</sup>. Entendemos que la definición de usos y reserva de espacios para la implantación de redes de telecomunicaciones escapa del contenido natural del informe del art. 44.3 LGT, ya que se trata de medidas de planeamiento territorial y urbanístico propias de la Administración autonómica y local, y, por otra parte, la propia CMT admite que no existe en materia de telecomunicaciones, a diferencia de lo previsto en otras competencias estatales sectoriales, una competencia de planificación. La Administración estatal se debe limitar, por tanto, a realizar un estudio eminentemente técnico sobre las «necesidades de redes de telecomunicaciones», señalando una serie de pautas a seguir por parte del planificador local y autonómico. A éstos corresponderá dar una solución espacial a dichas necesidades<sup>19</sup>.

Lo cierto es que, en la práctica, el contenido del informe del art. 44.3 no está cubriendo las expectativas creadas por la doctrina, ya que se limita a enumerar un listado de empresas concesionarias para la explotación del servicio de telefonía básica y de los servicios de portadores, empresas concesionarias para la explotación del servicio de telecomunicaciones por cable, licenciatarios tipo B1, licenciatarios tipo C1 y licenciatarios tipo C2, lista que se puede obtener sin problemas en la CMT y que, por otra parte, no supone un estudio pormenorizado y personalizado de las necesidades de redes de telecomunicaciones en el territorio en cuestión. Como en tantas ocasiones, la teórica bondad de lo dispuesto en la Ley se torna ficción a la hora de su puesta en práctica, al carecer en la actualidad la Administración estatal de los recursos suficientes para la realización de este tipo de informes.

---

<sup>18</sup> Vid., en este sentido, el acuerdo de febrero de 2001 adoptado en la sesión nº 22/00 del Consejo del Mercado de las Telecomunicaciones por el que se aprueba el informe al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife relativo al Proyecto de Ordenanza Municipal reguladora de las condiciones para la instalación y construcción de infraestructura de telecomunicación en su término municipal.

<sup>19</sup> En CARLÓN RUIZ, M.: *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el estado de las autonomías*, Marcial Pons, 1999, pág. 294, se critica el mecanismo del informe del art. 44.3 LGT en cuanto puede introducir cierta compulsión de la potestad planificadora de las Administraciones autonómica y local.

### 3.4. Condiciones que puede establecer la Administración titular del dominio público en cuanto a su utilización

#### a) Introducción

En el despliegue de redes públicas de telecomunicaciones en las ciudades, el uso racional del dominio público, y en especial del subsuelo, se está convirtiendo en una de las prioridades de la Administración Local. Por una parte, en la actualidad se está produciendo una intensificación en la utilización de este bien finito motivado, fundamentalmente, por el proceso de liberalización de este sector, que se ha traducido en un incremento en el número de infraestructuras<sup>20</sup>.

Por otra parte, en el subsuelo de las ciudades discurren diferentes servicios, como electricidad, abastecimiento y evacuación de aguas, telecomunicaciones, que hacen necesario una implantación racional de dichos servicios, sobre todo para evitar que unos interfieran sobre los otros, provocando averías. Y, no es menos cierto, que la continua realización de este tipo de obras en el dominio público no sólo provocan una merma de éste, sino que tiene consecuencias negativas en el plano social<sup>21</sup> y económico<sup>22</sup>.

Por tanto, se hace imprescindible una regulación que equilibre, por una parte, el derecho de los operadores a ocupar el dominio público y, por otra, la legítima pretensión de la Administración titular del dominio público de lograr un uso racional del mismo que encaje con sus objetivos urbanísticos y medio ambientales.

Sólo los titulares de licencias para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones a los que les sean exigibles obligaciones de servicio público tienen reconocido «*ex lege*» un derecho a ocupar el dominio público para poder hacer efectivo el tendido. Por tanto, y a «*sensu contrario*», no tienen tal derecho el resto de los operadores de telecomunicaciones, como es el caso de los operadores de redes privadas de telecomunicacio-

---

<sup>20</sup> En este sentido, el estatus jurídico del operador de telecomunicaciones, en cuanto a sus facultades para ocupar el dominio público, se equipara con el resto de operadores de servicios públicos urbanos prestados mediante redes, tales como electricidad, agua y gas.

<sup>21</sup> La realización de este tipo de actuaciones provocan un malestar generalizado en los ciudadanos motivado, fundamentalmente, por mayores retenciones de tráfico, dificultad en los accesos y ruidos.

<sup>22</sup> La proliferación de este tipo de obras puede ocasionar pérdidas en las zonas comerciales, debido a las molestias por ruidos, dificultad en el acceso, etc. De esta forma, el TS, a la hora de legitimar la competencia de los Ayuntamientos para regular la ocupación de su dominio público cita la necesidad de luchar contra la saturación y el desorden que puede producirse en las instalaciones subterráneas, y las consecuencias que las continuas aperturas de zanjas pueden ocasionar en intereses locales como el tráfico y el urbanismo.

nes. Sin embargo, esto no supone un derecho incondicionado a la ocupación del dominio público. La Administración titular del dominio público podrá imponer una serie de condiciones derivadas de competencias como la gestión del demanio de la que es titular, así como la ordenación de los recursos naturales, territoriales y urbanísticos.

*b) Limitaciones al derecho de ocupación del dominio público derivadas de la normativa comunitaria y estatal*

Hemos subrayado que el derecho a la ocupación del dominio público no puede ser absoluto, y la Administración titular del mismo puede establecer condiciones y limitaciones e incluso, en casos extremos, prohibir el despliegue de redes de telecomunicaciones en una zona concreta. Es éste el sentido de la reforma de las exigencias esenciales del art. 1 de la Directiva 90/388/CEE<sup>23</sup> por el art. 1 de la Directiva 96/19/CEE, que añade como nuevas exigencias esenciales, entre otras, «la protección del medio ambiente y de los objetivos de ordenación urbana y rural»<sup>24</sup>, por lo que

---

<sup>23</sup> Las exigencias esenciales, suficientes en un sistema de oferta de red abierta como establecía la Directiva 90/388/CEE eran «los motivos de interés general y de naturaleza no económica que puedan inducir a un Estado miembro a limitar el acceso a la red pública de telecomunicaciones o a los servicios públicos de telecomunicaciones. Dichos motivos son la seguridad del funcionamiento de la red, el mantenimiento de su integridad y, en los casos en que estén justificadas, la interoperabilidad de los servicios y la protección de los datos. La protección de los datos podrá incluir la protección de los datos personales, el carácter confidencial de los datos transmitidos o almacenados, así como la protección del ámbito privado».

<sup>24</sup> En la Directiva 97/13/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, en cuanto a los requisitos esenciales (art. 2.1 d), se utiliza la, a nuestro entender, más correcta expresión de «protección del medio ambiente y de los objetivos de ordenación del territorio». Sin duda el legislador comunitario intenta englobar con esta expresión la menos acertada expresión de *los objetivos de ordenación urbana y rural* de la Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996. También es interesante señalar que en el anexo de definiciones de la LGTel, conceptúa los requisitos esenciales como «los motivos de interés público y de naturaleza no económica que lleven a imponer condiciones al establecimiento o al funcionamiento de las redes públicas de telecomunicaciones o a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público. Dichos motivos son la seguridad en el funcionamiento de la red, el mantenimiento de su integridad y, en los casos en que esté justificado, la interoperabilidad de los servicios, la protección de los datos, la protección del medio ambiente y el cumplimiento de los objetivos urbanísticos, el uso eficaz del espectro de frecuencias y la necesidad de evitar interferencias perjudiciales entre los sistemas de telecomunicaciones de tipo radio y otros sistemas técnicos de tipo espacial o terrestres. La protección de los datos podrá incluir la de los personales y la de los que afecten a la intimidad y la obligación de confidencialidad respecto de la información transmitida o almacenada». La LGTel se limita a reproducir casi literalmente lo establecido en las anteriores Directivas, pero excluyendo la referencia a la ordenación del territorio y limitándose a la protección de los objetivos

se podrán aducir razones de protección urbanística o medio ambiental para limitar el establecimiento de redes de telecomunicaciones, siempre que se trate de condiciones transparentes y no discriminatorias<sup>25</sup>.

El art. 45 b) LGTel dispone la obligación de canalización subterránea siempre que esté prevista «en un instrumento de planeamiento urbanístico debidamente aprobado». El problema resulta de limitar exactamente qué entendió el legislador por instrumento de ordenación urbanística. En este sentido, parte de la doctrina se decanta por excluir a las ordenanzas municipales y por lo tanto interpretar el art. 45 b) LGTel como una apelación a los instrumentos de planeamiento urbanístico en sentido estricto<sup>26</sup>. No podemos estar de acuerdo con esta afirmación. En primer lugar, entendemos que esta remisión a los instrumentos de planeamiento urbanístico que realiza la LGTel se supone a la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma, y más tras el fenómeno de autonomización del derecho urbanístico que supuso la STC 61/1997. Pues bien, en el caso de Canarias, el Texto Refundido 1/2000, que refunde la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias y la de Espacios naturales de Canarias, que dibuja un nuevo sistema de instrumentos de planeamiento para Canarias basado en una concepción integral del territorio, incluye, en el capítulo dedicado a los instrumentos de ordenación urbanística, y en concreto en el art. 28.1 c), a las Ordenanzas Municipales de Edificación y Urbanización.

Más recientemente el TS ha abierto la posibilidad de que Ordenanzas que no tratan estrictamente materias relacionadas con la urbanización o la edificación puedan regular estos aspectos. De esta forma, la STS de 24 de enero de 2000 establece, en su Fundamento Jurídico Segundo, que «los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en

---

urbanísticos. Entendemos que esta apreciación del legislador no concuerda con lo establecido en el Derecho comunitario, mucho más amplio en este sentido. Por otra parte, es importante resaltar que se trata de una lista cerrada de requisitos, por lo que no se podrá aducir otro tipo de restricciones. En igual sentido, vid. GARCÍA CAPDEPÓN, P. M.: «Dominio público y telecomunicaciones. Algunas cuestiones sobre el uso del dominio público terrestre por los operadores» en CHINCHILLA MARÍN, C. (Coordinadora): *Telecomunicaciones: estudios sobre dominio público y propiedad privada*, Marcial Pons, 2000, pp. 86 a 91.

<sup>25</sup> Vid. art. 44.2 LGTel párrafo segundo.

<sup>26</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y QUADRA-SALCEDO, T. DE LA: «Derechos de los operadores a la ocupación del dominio público, a ser beneficiarios en el procedimiento de expropiación forzosa y al establecimiento, a su favor, de servidumbres y de limitaciones a la propiedad» en la obra colectiva GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y QUADRA-SALCEDO, T. de la (Coordinadores): *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*, Cívitas, 1999, pp. 362 a 366 sobre las canalizaciones subterráneas de telecomunicación.

ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de calas y canalizaciones, como la denomina el Ayuntamiento de Las Palmas» (...). También la STS de 18 de junio de 2001 (RJ8744) recoge en su Fundamento Jurídico 13º la posibilidad de que una ordenanza dedicada exclusivamente a la instalación de antenas, dada su estrecha relación con la ordenación urbanística, pueda regular esta materia.

*c) Limitaciones a la ocupación del dominio público derivadas de la normativa autonómica o local*

Las restricciones que la Administración titular del demanio pueda plantear a la ocupación del demanio por los operadores en ningún caso pueden ser absolutas, es decir, suponer en la práctica la imposibilidad de su despliegue<sup>27</sup>. Se trata, por tanto, de fijar los límites a los condiciones que puede establecer la Administración en cuanto al derecho de ocupación del dominio público de los operadores de telecomunicaciones.

Un punto de partida lo encontramos en la propia LGTel, que en su art. 44.2 párrafo 2º dispone que «las condiciones y requisitos que se establezcan por las Administraciones titulares del dominio público, para la ocupación del mismo por los operadores de redes públicas, deberán ser, en todo caso, transparentes y no discriminatorios».

Esta cuestión se reitera en el art. 45 LGTel «*in fine*», que refiriéndose en particular a la ocupación del dominio público local, dispone que «las condiciones que se establezcan para la ocupación del dominio público local, tanto para la canalización subterránea de las redes como para su financiación, deberán someterse a los principios de igualdad de trato y de no discriminación entre los distintos operadores de redes». La Administración local, titular, no olvidemos, del demanio que debe soportar con mayor intensidad el despliegue de redes de telecomunicaciones, puede imponer una serie de condiciones a su ocupación, siempre que no produzcan desigualdad ni discriminación entre los operadores de redes. Partiendo de esta premisa, veamos, desde un punto de vista más concreto y práctico, cuáles son las limitaciones a la ocupación del dominio público por parte de los operadores de redes de telecomunicaciones derivadas de la normativa autonómica y local.

---

<sup>27</sup> Por tanto, la Administración no puede imponer restricciones absolutas a la implantación de la red de telecomunicaciones por parte del operador. Sí podrá incluir condiciones a su despliegue, como pueden ser un cambio en el tipo de instalaciones o de sus ubicaciones, pero en la práctica no podrán suponer la imposibilidad del tendido de la red. Vid., en igual sentido, la Contestación de la CMT a la consulta planteada por Mediterránea Norte Sistemas de Cable, S.A. y Mediterránea Sur Sistemas de Cable, S.A. acerca de la ocupación del dominio público local con el objeto de instalar redes públicas de telecomunicaciones.

Las Ordenanzas Municipales pueden establecer condiciones en cuanto a la ocupación del dominio público de los operadores de redes. En este sentido, destacan las denominadas Ordenanzas Municipales de Obras e Instalaciones en Vía Pública, que también reciben el nombre de Ordenanzas Municipales de Calas y canalizaciones<sup>28</sup>. Estas Ordenanzas establecen, entre otras cuestiones, las condiciones para la ejecución de la obra<sup>29</sup>, la conservación y reparación de instalaciones, la información a suministrar por las empresas, un plan de actuación de las Empresas de Servicios<sup>30</sup>, un

---

<sup>28</sup> Sobre las Ordenanzas Municipales como instrumento para determinar las condiciones de implantación y construcción de redes, vid. GARCÍA-BRAGADO ACÍN, R.: «El establecimiento de infraestructuras. Expropiación, dominio público, urbanismo y medio ambiente», en CREMADES, J. (Coordinador): *El Derecho de las telecomunicaciones (obra colectiva)*, La Ley-Actualidad, 1997, pp. 962 a 964.

<sup>29</sup> Su carácter aéreo o subterráneo, profundidades, materiales a utilizar, repavimentación, señalización, etc. En igual sentido, el informe al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife relativo al Proyecto de Ordenanza Municipal Reguladora de las Condiciones para la Instalación y Construcción de Infraestructuras de Telecomunicación en su Término Municipal, aprobado en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 1 de marzo de 2001 dispone que «el Ayuntamiento podría proteger suficientemente su dominio público mediante el establecimiento del máximo ancho de la zanja, el recorrido por el que discurre la misma, las distancias máximas respecto de las redes de distribución de otros servicios (agua, luz, gas) y asegurando que se emplean materiales adecuados y técnicas de buen hacer constructivo».

<sup>30</sup> El art. 4.1 de la Ordenanza Municipal de Calas y Canalizaciones del Ayuntamiento de Las Palmas, aprobada por acuerdo del Pleno de 20 de marzo de 1991, establece en su art. 4 que «para garantizar la adaptación de las instalaciones de los Servicios Públicos de suministro, en cada momento, a las exigencias del desarrollo urbano y al planeamiento urbanístico, y la consecución de los niveles mínimos de cantidad, calidad y seguridad establecidos en las disposiciones generales, cada entidad explotadora de servicios públicos redactará un plan que contendrá los siguientes extremos:

a) Estimación de las necesidades futuras, habida cuenta el previsible incremento de consumo de los distintos suministros.

b) Ubicación de las fábricas o centros productores o distribuidores de los suministros.

c) Señalamiento de las líneas generales de transporte y distribución, y de las estaciones de transformación.

d) Previsión de las obras a realizar para garantizar los suministros permanentes en un plazo de cuatro años».

El apartado segundo del art. 4 estipula que los planes de actuación de cada compañía «serán sometidos al Ayuntamiento para su examen, coordinación y aprobación, haciendo coincidir esta información con las revisiones del Plan General vigente».

Pues bien, este artículo fue declarado ajustado a derecho por la STS de 24 de enero de 2000, esgrimiendo el Tribunal que la Administración Local sería competente para garantizar «la adaptación de las instalaciones de los servicios públicos de suministro en cada momento a las exigencias del desarrollo urbano y al planeamiento urbanístico, y la consecución de los niveles de cantidad, calidad y seguridad establecidos en las disposiciones generales» (FJ 3º).

programa de canalizaciones o la coordinación de actuaciones de distintas empresas que actúan sobre el dominio público<sup>31</sup>.

Un aspecto interesante de estas Ordenanzas es la posibilidad de proteger el dominio público viario de la realización de nuevas aperturas de zanjas o canalizaciones<sup>32</sup>. El art. 22.1 de la Ordenanza Municipal de Calas y canalizaciones de Las Palmas dispone que «no podrán realizarse canalizaciones ni calas dentro de los dos años siguientes a la recepción provisional de obra nueva de pavimentación de calzadas, y de dos años en cuanto a aceras». De esta forma, el Ayuntamiento, y bajo la cobertura de intereses que le son propios como el urbanismo, la gestión del demanio, el tráfico, etc., puede condicionar la instalación de redes de telecomunicaciones en el dominio público municipal<sup>33</sup>. Pues bien, la STS de 24 de enero de 2000 consideró ajustada a derecho la actuación del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria<sup>34</sup>.

Es aquí donde cobra si cabe más importancia la necesidad de que se potencien las técnicas de coordinación de las actuaciones de los distintos operadores implicados, a través de una planificación realizada por el Ayuntamiento, así como recurrir a figuras como la compartición y coubi-

---

<sup>31</sup> En este sentido, la STS citada en la nota anterior establece, en cuanto a la posibilidad de que la Administración Local apruebe un programa de canalizaciones (art. 5 de la Ordenanza Municipal de Calas y Canalizaciones del Ayuntamiento de Las Palmas) y de coordinar las actuaciones a realizar sobre el demanio (art. 6), que son conforme a derecho en cuanto que están encaminadas a dar coherencia a las actuaciones a realizar sobre el demanio. De esta forma, el TS niega que se trate de una injerencia de la Administración Local en competencias de la Administración General del Estado (FJ 3º).

<sup>32</sup> Es aquí donde se hace más necesaria la coordinación de actuaciones de las distintas empresas de servicios.

<sup>33</sup> En parecido sentido, el art. 37 grupo F de la Ordenanza Municipal Reguladora de las Condiciones para la Instalación y Construcción de Infraestructuras de Telecomunicaciones en el Término Municipal de Santa Cruz de Tenerife dispone que «una vez concluido el procedimiento anterior (se refiere al procedimiento para la compartición de infraestructuras del art. 47 LGTel) y otorgadas, si fuera el caso, la autorización o autorizaciones de ocupación del dominio público municipal y la licencia de obra, se establece un plazo de 3 años en aceras y zonas ajardinadas y 4 años en viales, contados a partir de la fecha prevista de finalización de la obra indicada en la licencia otorgada, durante el cual no se permitirá la realización de nuevas obras con el mismo objeto en la zona o zonas en las que se haya otorgado licencia, excepto que el propio Ayuntamiento lo disponga por razones de interés general».

<sup>34</sup> La sentencia citada estimaba que el Ayuntamiento tenía razones suficientes para preservar el dominio público municipal de descontroladas intervenciones que podían perjudicar a los ciudadanos, como es el caso de la constante apertura de zanjas en la vía pública que dificultan el tráfico o la utilización peatonal de las aceras, según se desprende de los arts. 2, 25.1 y 2b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y 78 y ss. del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

cación de infraestructuras. No se trata de una prohibición absoluta, en el sentido de que se podrá otorgar permiso para la realización de obras puntuales pero siempre que se trate de un caso excepcional<sup>35</sup>. De todas formas, recordemos que los condiciones municipales amparados en los intereses cuya gestión es encomendada a la Administración Local no pueden traducirse en restricciones absolutas al derecho de los operadores a usar y ocupar el dominio público municipal, ni siquiera puede suponer limitaciones que resulten desproporcionadas<sup>36</sup>.

### 3.5. La compartición de infraestructuras y canalizaciones

Una alternativa a la saturación que sufre el subsuelo demanial o a los costes derivados de las expropiaciones es el uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones. La compartición o coubicación de infraestructuras de telecomunicaciones puede erigirse en uno de los instrumentos más idóneos para un uso más racional del dominio público y evitar de esta forma las molestias relacionadas con la continua apertura de zanjas<sup>37</sup>.

La compartición de infraestructuras de telecomunicaciones se encuentra regulada en el art. 47 LGTel, desarrollado por los artículos 48 a 50 del RSU, que transponen el art. 11 de la Directiva 97/33/CE.

La incoación del procedimiento del art. 47 LGTel sobre compartición de infraestructuras es fundamental, ya que supondría, cada vez que exista por parte de un operador la pretensión de desplegar sus redes en dominio público, la preceptiva iniciación de un procedimiento en el que otros operadores interesados en dicha ocupación puedan concurrir, evitándose de esta forma los sucesivos levantamientos de los viales municipales y una gestión más racional del demanio subterráneo. El citado art. 47 LGTel, desarrollado por el art. 49 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, sobre obligaciones de servicio público, estipula que una Orden

---

<sup>35</sup> De esta forma, el art. 22.3 de la Ordenanza Municipal de Calas y Canalizaciones de Las Palmas establece que «no obstante, en casos excepcionales, podrá autorizarse la concesión de licencia sin sujeción a las reglas establecidas en los apartados anteriores, pero en el caso del apartado 1, el peticionario deberá reponer el pavimento del vial en las condiciones y amplitud que fije la inspección municipal de VOSA».

<sup>36</sup> Vid. STS de 24 de enero de 2000, FJ 2º.

<sup>37</sup> Como señala GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: «Dos cuestiones sobre la compartición de las infraestructuras de telecomunicaciones», *Revista de Administración Pública*, nº 153, 2000, pág. 353, «la compartición no es ni más ni menos que el instrumento adecuado para introducir racionalidad en la fiebre que se ha propagado en la actualidad para el establecimiento de infraestructuras de telecomunicaciones, muchas de las cuales están infrautilizadas».

Ministerial del Ministerio de Fomento (ahora de Ciencia y Tecnología) establecerá los supuestos en los que se deberá proceder a la compartición de infraestructuras, incoándose para ello un procedimiento cuya finalidad es la participación en el proyecto de todos aquellos operadores de redes públicas que manifiesten su interés en la utilización compartida. Este procedimiento será en todo caso anterior a la autorización de ocupación del dominio público o de la propiedad privada expedida por la Administración titular del demanio.

Sin embargo, hasta la fecha, no se ha publicado esta Orden Ministerial<sup>38</sup>, por lo que ya han sido varios los municipios que han tomado la iniciativa de solicitar al Ministerio de Ciencia y Tecnología la declaración de su dominio público viario como de uso compartido para el establecimiento de infraestructuras de telecomunicaciones, para de esta forma poder acudir al procedimiento de compartición<sup>39</sup>. En este sentido, citar, por ser la primera, la Orden de 10 de marzo de 2000 del Ministerio de Fomento, por la que se declara la utilización compartida del dominio público viario del municipio de Vitoria-Gasteiz y del dominio público afecto al complejo de La Moncloa. Con estas declaraciones, los Ayuntamientos se aseguran que, ante la pretensión de un operador de redes públicas de telecomunicaciones de ocupar el dominio público local, se tenga que incoar obligatoriamente el procedimiento establecido en el art. 47 LGTel y desarrollado por el art. 49 RSU, por lo que otros operadores podrían interesarse por el proyecto y lograr, de esta forma, un uso más racional del dominio público municipal. También, a nivel de dominio público estatal, y quizás como precursora de las citadas órdenes que afectan a dominio público municipal, debemos hacer alusión a la Orden de 25 de mayo de 1999, por la que se declara la utilización compartida del dominio público viario de las carreteras que integran la red de interés general del Estado, a efectos de la instalación de redes públicas de telecomunicaciones, que estudiaremos al final del presente apartado. Cada Comunidad Autónoma podría solicitar una declaración similar referida a las carreteras intracomunitarias.

---

<sup>38</sup> La propia CMT, en su informe correspondiente al año 2000, cita en la pág. 182 del bloque B dedicada al ámbito regulatorio, la necesidad de culminar el marco jurídico sobre la compartición de infraestructuras mediante la aprobación de una Orden Ministerial que recoja de forma general los supuestos en que resulte necesario acudir al procedimiento de compartición.

<sup>39</sup> Hay que subrayar que la compartición de infraestructuras no es en principio obligatoria para los operadores. Solamente en el caso de que se llegue a una saturación en la ocupación del dominio público o privado se podrá optar por la compartición de infraestructuras, opción que deberá motivarse sobre la base de los requisitos esenciales.

### 3.6. Las nuevas urbanizaciones

#### a) El dimensionamiento de la infraestructura de telecomunicaciones

Una cuestión que preocupa especialmente a los Ayuntamientos es la posibilidad de establecer un dimensionamiento mínimo o estándar de las canalizaciones que van a albergar los cables de telecomunicaciones. La Administración local pretende, de esta forma, contar con una infraestructura civil de telecomunicaciones suficiente para hacer frente a necesidades presentes y futuras y evitar los perjuicios derivados de una utilización irracional del dominio público.

En este sentido, la Ordenanza de S/C de Tenerife, en su Anexo I sobre Características Constructivas y Tipología de las Infraestructuras Básicas Reguladas por esta Ordenanza, dispone, en el apartado B dedicado a las telecomunicaciones por cable, en el punto 6, unos criterios sobre el dimensionado de los prismas de canalizaciones. Asimismo, el punto 7 describe unas dimensiones para cámaras y arquetas. El informe realizado por la CMT sobre la Ordenanza estudiada se muestra muy crítico, al señalar que estos aspectos no deberían ser fruto de regulación por parte del Ayuntamiento, sino que son los propios operadores los que deben concretar estas condiciones<sup>40</sup>. De todas formas, la propia Ordenanza se encarga de subrayar este extremo en el Anexo I apartado B, punto 6, al señalar que «en el caso que llegara a producirse Acuerdo de compartición entre los operadores, los criterios de dimensionado de la infraestructura serán los que allí se determinen». La propia CMT se muestra más conciliadora al disponer que «en última instancia, los diagramas recogidos en la Ordenanza podrán tener carácter orientativo».

Entendemos que toda red suministradora de servicios debe tener un dimensionamiento suficiente como para poder responder a corto plazo a la demanda que la ha generado, así como hacer frente a necesidades futuras. Es lógico que en el despliegue de redes de telecomunicaciones en suelo urbano, donde ya existe una infraestructura mínima de este tipo de redes, la posibilidad de exigir un dimensionamiento de la red se encuentre más limitado, puesto que se trata de una clase de suelo que ya de por sí está dotado de infraestructura urbanística<sup>41</sup>. Es en el suelo ur-

---

<sup>40</sup> En concreto, la CMT dispone que «debe considerarse que las Ordenanzas no deberían regular: La estructura *mínima* de tubos para los prismas de canalización. Serán los operadores los que determinen cuántos tubos, con qué base se apilan y de qué sección serán los tubos que se instalen, siempre dentro de los límites de anchura de la zanja prefijados por el Ayuntamiento, el procedimiento de reparto de los tubos entre los operadores ni las previsiones de exceso de capacidad, ya que son extremos que deben establecer libremente los operadores y las dimensiones máximas o mínimas de las cámaras y arquetas, por idénticas razones que las apuntadas anteriormente».

<sup>41</sup> Entiéndase esta afirmación con el matiz derivado de la problemática específica

banizable, en el caso de nuevas urbanizaciones, donde esta posibilidad cobra mayor interés. Los usos y volumetrías previstos en la correspondiente norma de planeamiento servirán de base para idear el dimensionamiento mínimo y las características que deberá cumplir la red de telecomunicaciones para responder a las necesidades del sector, y que deberá plasmarse en el correspondiente proyecto de urbanización. Si esta posibilidad se predica para las redes eléctricas<sup>42</sup>, no vemos el inconveniente para que la misma técnica sea aplicada para el caso de las redes de telecomunicaciones.

En este sentido, la información derivada del informe del art. 44.3 LGTel sobre las necesidades de redes de telecomunicaciones, una vez existan suficientes medios en el Ministerio de Ciencia y Tecnología para que éste tenga un contenido técnico, será capital para que el Ayuntamiento afronte con conocimiento de causa las necesidades en redes de telecomunicaciones de las nuevas urbanizaciones<sup>43</sup>.

En todo caso, una forma que puede servir de base para la concreción del dimensionamiento de la infraestructura de telecomunicaciones es acudir a lo establecido en el Real Decreto 279/1999, de 22 de febrero, por el que se aprueba el reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones, concretamente a lo dispuesto en el Anexo IV.

*b) La posición del promotor urbanizador y del Ayuntamiento ante las nuevas urbanizaciones.*

Partiendo de la base de que las telecomunicaciones están incluidas en los denominados gastos de urbanización, estudiaremos en este epígrafe el papel del promotor urbanizador y del Ayuntamiento en la realización de este tipo de infraestructuras.

En la más pura teoría, el urbanizador debe ser el encargado de costear y ejecutar la obra civil necesaria para el despliegue de redes de telecomunicaciones. Esta actuación consistirá, fundamentalmente, en la instalación en el subsuelo de canalizaciones por las que discurran las redes. Pues bien, la CMT considera, realizando una interpretación amplia de la definición de redes de telecomunicaciones del anexo de la LGTel<sup>44</sup>

---

de los suelos urbanos no consolidados por la urbanización y consolidados por la edificación.

<sup>42</sup> Vid. CERVERÓN PÉREZ, J.: *Urbanismo e infraestructura eléctrica*, Valencia, 1996.

<sup>43</sup> En este punto nos remitimos a lo señalado en el Capítulo VII del presente estudio sobre el mencionado informe.

<sup>44</sup> La citada definición describe a las redes de telecomunicaciones como «los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación y demás recursos que permitan la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cable, o medios ópticos o de otra índole». Es claro que la infraestructura civil

y de la expresión «*establecimiento*» de redes públicas de telecomunicaciones del art. 15 1º LGTel, que será necesaria la cobertura del correspondiente título habilitante.

La CMT explica la citada postura de la siguiente forma: «considerando en primer lugar la ejecución de obras tendentes a la colocación de tubos, incluida la propia colocación, hay que tener en cuenta que su realización no nos conduce a la existencia de una red de telecomunicaciones, puesto que faltan todavía algunos de los elementos constitutivos de esta. Ahora bien, la LGT exige título habilitante para el *establecimiento* de una red de telecomunicaciones, expresión cuyo significado, «*acción de establecer*», incluye todas y cada una de las actividades necesarias para que aquello a lo que se refiera quede establecido. Este punto es importante porque no se exige el título una vez que la red está establecida sino para su establecimiento, luego el título habilitante es obligatorio para desarrollar cualquiera de las actividades necesarias para establecer dicha red. La instalación de tubos y la previa adquisición de los derechos necesarios para tal instalación, constituye uno de los hitos imprescindibles (probablemente, incluso, el más costoso) para el establecimiento de la red de telecomunicaciones, por lo que su ejecución debe estar amparada por el correspondiente título<sup>45</sup>». Es decir, la CMT fundamenta la necesidad de título habilitante para la implantación de la obra civil soporte de las redes de telecomunicaciones en la importancia de este tipo de instalaciones y en una interpretación de la expresión «*establecimiento*» que engloba cada una de las operaciones tendentes a instalar la red de telecomunicaciones. La razón que subyace es «la necesidad de velar por el correcto funcionamiento del mercado, la salvaguarda de la libre competencia y la igualdad de trato entre los operadores que prestan servicios o explotan redes de telecomunicaciones»<sup>46</sup>.

En la práctica, resultaría impensable que los promotores urbanísticos tuvieran que recabar el correspondiente título habilitante para la realización de este tipo de obras. La CMT propugna que sea el promotor quien, por cuenta de los operadores, instale la infraestructura de telecomunicaciones, no necesitándose de esta forma la expedición de ningún título. Sin embargo es en este punto donde han surgido problemas de discri-

---

no es un sistema de transmisión aunque, obviamente, actúa como soporte de la red de telecomunicaciones.

<sup>45</sup> Vid. el Acuerdo tomado en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de febrero de 2001 sobre la contestación a la consulta planteada por el consorcio de aguas de Tarragona sobre si es necesario o no solicitar licencia para la cesión de infraestructura soporte de una futura red de telecomunicaciones.

<sup>46</sup> Vid. el artículo «la fibra oscura, las canalizaciones y el alojamiento necesitan licencias», en el Boletín de la CMT denominado *Noticias*, nº 1, marzo de 2002.

minación entre operadores, al encargarse la obra solamente a un operador que, de esta forma, obtendría una situación de privilegio frente a los otros. Para solucionar este problema, la CMT aconseja acudir a la figura del convenio entre el Ayuntamiento y los operadores interesados en establecer la infraestructura de red en la fase urbanística de ejecución. En ningún caso se podría admitir un Convenio entre un Ayuntamiento y un único operador, aunque en dicho convenio se establezca la posibilidad de que los otros operadores accedan a las canalizaciones sobrantes pagando un precio por ello, ya que esta práctica atentaría contra los principios de libre competencia, igualdad y no discriminación imperantes en el sector de las telecomunicaciones<sup>47</sup>.

La solución, por tanto, pasaría obligatoriamente por un convenio entre el Ayuntamiento y todos los operadores debidamente habilitados con derecho a ocupar el dominio público. Para ello, será capital publicitar convenientemente los proyectos de urbanización así como las obras a realizar en la vía pública a fin de que los operadores puedan expresar su interés en la utilización compartida del demanio.

### 3.7. La posición de los operadores de agua, gas y electricidad en el despliegue de redes de telecomunicaciones

Otros agentes que operan en el demanio, como es el caso de los suministradores de agua, gas y electricidad, tienden sus propias redes de telecomunicaciones en régimen de autoprestación y explotan sus canalizaciones y galerías, bien arrendando fibra óptica sobrante (la denominada fibra oscura), o bien cediendo a los operadores de telecomunicaciones sus infraestructuras a cambio de una contraprestación económica.

El art. 15 apartado 1º LGTel dispone que se requerirá licencia individual, «para el establecimiento o explotación de redes públicas de teleco-

---

<sup>47</sup> Vid. la Resolución relativa a la consulta planteada por Retecal sociedad operadora de telecomunicaciones de Castilla y León, S. A., en relación con el convenio firmado entre el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo (León) y Jazz Telecom, s.a.u. en materia de ocupación del dominio público municipal acordada en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de julio de 2001 y el informe al Ayuntamiento de Laguna de Duero sobre el borrador de convenio entre Airtel móvil, S.A. y el propio Ayuntamiento relativo al paso de la red interurbana de fibra óptica aquel operador por el correspondiente término municipal acordado en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 19 de julio de 2001. En este último acuerdo la CMT señala en la conclusión V que «no se pueden incluir en un convenio suscrito entre un Ayuntamiento y un único operador de redes públicas de telecomunicaciones cláusulas que le otorguen a éste con carácter exclusivo el derecho a ocupar el dominio público local, limitando la posibilidad de las demás entidades operadoras debidamente habilitadas de construir su propia infraestructura de red ejerciendo sus derechos a ocupar el dominio público local».

municaciones». Pues bien, como veíamos en el apartado anterior, la CMT ha interpretado la expresión «establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones» de una forma muy amplia, incluyendo como elementos esenciales de la red actuaciones que, consideradas de forma aislada, no constituyen una red de telecomunicaciones<sup>48</sup>, como la utilización de la fibra oscura, las canalizaciones y el alquiler de emplazamientos de infraestructuras de telecomunicaciones a terceros<sup>49</sup>. Como consecuencia, en la medida que dichos operadores realicen las actuaciones descritas anteriormente, se les exigirá estar en posesión de una licencia individual, en aras de un funcionamiento más correcto del mercado de las telecomunicaciones, la salvaguarda de la libre competencia y la igualdad de trato que debe presidir las relaciones entre operadores.

### 3.8. La implantación de las redes de telefonía móvil

La cuestión fundamental en suelo urbano, aunque también se da en el suelo urbanizable y no urbanizable, tiene que ver con la implantación de redes de telecomunicaciones en edificios, especialmente en lo relativo a infraestructuras de redes de telecomunicaciones inalámbricas como las antenas. En este sentido, la proliferación de infraestructuras de este tipo llevó a algunos Ayuntamientos a regular, desde un punto de vista urbanístico, el despliegue de redes de telecomunicaciones de este tipo<sup>50</sup>.

Dada la escasa atención prestada por parte de los instrumentos de ordenación urbanística a los problemas derivados de la implantación de

---

<sup>48</sup> Recordemos que la definición de redes de telecomunicaciones del anexo de la LGTel las describe como «los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación y demás recursos que permitan la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cable, o medios ópticos o de otra índole».

<sup>49</sup> Vid. Resoluciones de la CMT de 12 de julio de 2001 relativa a la consulta planteada por Retecal sociedad operadora de telecomunicaciones de Castilla y León, S. A., en relación con el convenio firmado entre el Ayuntamiento de San Andrés del Rabanedo (León) y Jazz Telecom, S.A.U. en materia de ocupación del dominio público municipal y Resolución de 4 de marzo de 1999 por la que se aprueba la contestación a la consulta de cable i televisio de Catalunya sobre compartición de infraestructuras.

<sup>50</sup> Uno de los primeros ejemplos de intervención del Ayuntamiento en el desarrollo de las telecomunicaciones en el término municipal lo encontramos en una Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona sobre antenas, que fue fruto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia nº 720 de 26 de septiembre de 1994. Se trataba de un recurso de Telefónica contra una Ordenanza de 1990 sobre las antenas, cuyo objeto, según se establecía en el art. 1.1 de la mencionada Ordenanza, era «regular las condiciones de ubicación de todo tipo de antenas y sus elementos auxiliares de conexión con el exterior. Se incluyen tanto las antenas de recepción como de emisión de ondas electromagnéticas de radiodifusión, televisión, telecomunicaciones, telecomando, etc. en cualquiera de sus formas, de filamento, de pilar o torre, parabólicas, por elementos o cualquier otra que la tecnología actual o futura haga posible». El Tribunal

redes de telecomunicaciones han sido las Ordenanzas Municipales las que han asumido este papel.

Del estudio de distintas ordenanzas como las de Santa Cruz de Tenerife, Granada, Zaragoza, Las Palmas de Gran Canaria y Elda, entre otras, podemos extraer una serie de notas:

La posibilidad de aprobar un *Programa de desarrollo o Plan de implantación de antenas de telecomunicación*. Se trata de obligar a los distintos operadores que prestan servicio en el área a presentar ante el Ayuntamiento (o la Consejería correspondiente si se realiza a nivel autonómico) los planes futuros de implantación. Sin embargo, esto puede suponer un grave obstáculo para los operadores, que temen que estos datos confidenciales puedan llegar a manos de la competencia y que de esta forma tengan acceso al diseño de la red que intentan implantar.

Estos tipos de planes reciben distintos nombres (Plan de implantación en Granada<sup>51</sup>, Programa de implantación en Zaragoza<sup>52</sup>, Plan técnico de desarrollo en Las Palmas<sup>53</sup>, Programa de desarrollo en Elda<sup>54</sup> o Plan de despliegue de la red en Cartagena<sup>55</sup>), pero, independientemente de sus diferentes denominaciones, vienen a perseguir el mismo objetivo.

Una cuestión común a la mayoría de estos planes es la necesidad de que, antes de solicitar la licencia para la instalación de la antena, se obtenga la aprobación del Plan de implantación por parte del Ayuntamiento. En este sentido, el art. 5.2 de la Ordenanza de Zaragoza dispone que «cuando, de acuerdo con lo determinado en el art. 5.1, sea exigible un Programa de Implantación previo, la licencia para cada instalación individual de la red, sólo podrá otorgarse una vez aprobado el referido Programa, y siempre que éstas se ajusten plenamente a las previsiones de aquel». Entendemos que la no aprobación de este tipo de planes por parte del Ayuntamiento sólo se puede basar en motivos urbanísticos o

---

defendió la competencia municipal para dictar la citada ordenanza, ya que según la sentencia se limitaba a «la regulación de la ubicación de antenas y sus elementos auxiliares de conexión con el exterior desde la óptica de respeto al paisaje urbano y a las competencias atribuidas a las Corporaciones Locales en materia de medio ambiente y urbanismo». Vid. GARCÍA-BRAGADO ACÍN, R.: «El establecimiento de infraestructuras. Expropiación, dominio público, urbanismo y medio ambiente», en la obra colectiva CREMADES, J. (Coordinador): *El Derecho de las telecomunicaciones*, op. cit. Recientemente, el TS tuvo la ocasión de revisar esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, confirmando en todos sus extremos mediante sentencia de 18 de junio (RJ8744).

<sup>51</sup> Vid. art. 3 de la Ordenanza de Granada.

<sup>52</sup> Vid. art. 5 de la Ordenanza de Zaragoza.

<sup>53</sup> Vid. art. 7 de la Ordenanza de Las Palmas.

<sup>54</sup> Vid. art. 3 de la Ordenanza de Elda.

<sup>55</sup> Vid. art. 9 de la Ordenanza.

medio ambientales, y las condiciones que se establezcan deben ser transparentes y no discriminatorias. El TS en la sentencia de 18 de junio de 2001 (RJ 8744), en su Fundamento Jurídico 10º señala la legalidad este tipo de programas, así como la necesidad de su aprobación previa a la expedición de la licencia de obras.

En cuanto a las *autorizaciones necesarias*, las Ordenanzas estudiadas se decantan de forma unánime por la necesidad de licencia de obra para la realización de este tipo de usos del suelo. Los distintos ordenamientos urbanísticos autonómicos, con mayor o menor precisión, incluyen este tipo de actuaciones entre las que necesitan licencias de obras.

Con relación a la *limitación de potencia*, debemos resaltar el hecho de que no todas las Ordenanzas estudiadas contemplan este extremo. Los estudios científicos sobre los perjuicios de las radiaciones no ionizantes realizados hasta la fecha no son concluyentes, aunque sí existe la convicción generalizada de la necesidad de tomar medidas cautelares para evitar posibles efectos negativos. La falta de homogeneidad de las recomendaciones y normas existentes en la actualidad, tanto a nivel nacional como internacional, que se traduce en exigencias dispares en cuanto a las distancias a observar y al grado de exposición admisible<sup>56</sup>, así como la falta de información sobre los posibles perjuicios de las antenas de telecomunicaciones sobre la salud, están motivando un clima de desconfianza entre los ciudadanos, con la consiguiente presión sobre las Administraciones territoriales más próximas para que actúen regulando este fenómeno. A nivel autonómico, algunas CC.AA. han regulado esta cuestión como es el caso del Decreto de la Generalitat de Catalunya 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación<sup>57</sup>, y la Ley 8/2001, de 28 de junio, para la Ordenación de las Instalaciones de Radiocomunicación en Castilla-La Mancha<sup>58</sup>. A nivel local, destacar las Or-

---

<sup>56</sup> Baste citar, a modo de ejemplo, que en el caso de España, los niveles límite que se permiten para exposiciones prolongadas de ciudadanos, son de 450 o 900 microvatios/cm<sup>2</sup> (que son también los de la Recomendación Europea), son muy superiores a los que de forma precautoria permiten otros países y ciudades como Salzburgo (0,1 microvatios/cm<sup>2</sup>), Suiza (4,2 microvatios/cm<sup>2</sup>) o los 10 microvatios/cm<sup>2</sup> en Italia y China, 60 a 100 microvatios/cm<sup>2</sup> en Toronto o los 100 microvatios/cm<sup>2</sup> de Italia. Algunas CC.AA., como Cataluña, y aplicando el principio de protección, establece un factor de seguridad sobre lo previsto en la Recomendación de la Unión Europea (vid. Exposición de Motivos del Decreto 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación).

<sup>57</sup> Vid. Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña núm. 3404 de 7 de junio de 2001.

<sup>58</sup> Vid. BOE núm. 227 de 21 de septiembre de 2001.

denanzas de ciudades como Santa Cruz de Tenerife, Cartagena, el término municipal de Elda o el de Hospitalet de Llobregat. Es de destacar que la regulación de estos aspectos técnicos en las distintas Ordenanzas estudiadas deja mucho que desear, en el sentido de que carecen de la necesaria complejidad técnica que sí aparece en la normativa estatal y autonómica, salvo en el caso de la Ordenanza de S/C de Tenerife. Es constatable la diversidad en el tratamiento de los niveles máximos de emisión electromagnética. De esta forma, y tal como se refleja en el cuadro a pie de página, encontramos casos como el de las Ordenanzas de S/C de Tenerife, que establece medidas entre 2 y 5 veces más restrictivas y protectionistas que las recogidas en la regulación estatal<sup>59</sup>, ejemplos intermedios como la Ordenanza de Zaragoza, que señala potencias 100 veces menores a las del Real Decreto estatal, o ejemplos extremos como el de los Ayuntamientos de Granada y Elda, cuyo nivel máximo permitido es 10.000 veces más limitativos que la regulación estatal<sup>60</sup>. Esta diversidad y falta de rigor técnico del que adolecen la mayoría de las Ordenanzas estudiadas puede producir inseguridad en los operadores a la hora de implantar su red de telecomunicaciones, a la vez que la diversidad en cuanto a sus contenidos puede generar confusión. Entendemos que es necesario que los municipios se ciñan a la normativa estatal o, en su caso, a la autonómica.

La regulación estatal sobre esta materia, fundamentalmente el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, sigue los límites de exposición establecidos en la Recomendación del Consejo, de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público en general a campos electromagnéticos, pero supuso una reacción tardía frente a este fenómeno, ya que, como

<sup>59</sup> Es interesante señalar que tanto la Ley 8/2001 de Castilla-La Mancha como el Decreto 148/2001 de Cataluña coinciden con estas medidas.

<sup>60</sup> En este sentido, el siguiente cuadro comparativo puede ser ilustrativo de esta diversidad en cuanto a la regulación de la limitación de potencia.

NORMA	POTENCIA W/m <sup>2</sup>	POTENCIA μW/cm <sup>2</sup>
REAL DECRETO 1066/2001	10 W/m <sup>2</sup>	1000 μW/cm <sup>2</sup>
ORDENANZA S/C TFE.	2, 4 y 4,5 W/m <sup>2</sup>	200, 400 y 450 μW/cm <sup>2</sup>
LEY 8/2001 CASTILLA-LA MANCHA	2, 4 y 4,5 W/m <sup>2</sup>	200, 400 y 450 μW/cm <sup>2</sup>
DECRETO 148/2001 CATALUÑA	2, 4 y 4,5 W/m <sup>2</sup>	200, 400 y 450 μW/cm <sup>2</sup>
ORDENANZA ZARAGOZA	0,1 W/m <sup>2</sup>	10 μW/cm <sup>2</sup>
ORDENANZA DE GRANADA	0,001 W/m <sup>2</sup>	0,1 μW/cm <sup>2</sup>
ORDENANZA DE ELDA	0,001 W/m <sup>2</sup>	0,1 μW/cm <sup>2</sup>

hemos apuntado, algunas CC.AA. y Ayuntamientos se apresuraron a regular esta materia. De todas formas, es claro que dada la competencia exclusiva del Estado sobre las telecomunicaciones<sup>61</sup>, entendemos que es el Real Decreto estatal la normativa que debe servir de base.

Independientemente de las distancias a respetar y de los niveles de exposición a observar, que, aunque tienen una innegable importancia práctica, no corresponde ser estudiados en el presente trabajo, la preocupación existente entre la ciudadanía<sup>62</sup> y la aplicación del principio de precaución obligan a replantearse el sistema de autorizaciones administrativas que se aplica en la actualidad en la implantación de este tipo de infraestructuras de telecomunicaciones. De esta forma, se está pasando de la simple necesidad de solicitar la correspondiente licencia de obras (que dada la tradicional apatía de la Administración local en el control de las actuaciones sometidas a licencia de obras se tradujo en una implantación descontrolada y sin cobertura autorizatoria alguna en muchos casos) a la exigencia no sólo de una licencia municipal sometida a trámite de información pública, sino incluso de una licencia de actividades clasificadas<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Las CC.AA. y los Ayuntamientos fundamentan su competencia para regular esta materia en títulos que inciden sobre las emisiones radioeléctricas como son el medio ambiente y la salud.

<sup>62</sup> En este sentido, vid. el expediente 1087/00-9 del Justicia de Aragón (el equivalente al Defensor del Pueblo a nivel estatal o el Diputado del Común canario en la Comunidad Autónoma de Aragón), donde se señala la necesidad de que dicha Comunidad Autónoma «proceda a dictar una norma marco que fije unas pautas comunes para nuestra Comunidad, estableciendo una planificación adecuada para el uso racional de las infraestructuras, así como cuáles serían las licencias exigibles, desde la doble perspectiva urbanística y ambiental. Todo ello sin menoscabo de las competencias municipales en la materia». Asimismo, y partiendo de las distancias previstas en la Recomendación de la Unión Europea, se aconseja que en la medida de lo posible la citada norma establezca restricciones y medidas cautelares mínimas, «que incluyan medidas concretas para evitar preventivamente riesgos para la salud, en especial de la población más sensible». De esta forma, y por aplicación del principio de precaución, se recomiendan unas distancias mayores a las actuales que sólo contemplan los riesgos de los efectos térmicos derivados de la exposición a campos electromagnéticos.

<sup>63</sup> El Decreto 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación de la Comunidad Autónoma de Cataluña sujeta a la licencia ambiental descrita en el art. 26 de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental. La solicitud de la licencia ambiental se somete a los trámites siguientes:

- a) Registro y verificación formal de la solicitud y la documentación que la acompaña.
- b) Solicitud de informes y información pública.
- c) Propuesta de resolución.
- d) Audiencia de las personas interesadas.
- e) Resolución.

Entendemos que el procedimiento que se debe seguir para la obtención de la correspondiente licencia urbanística debe incluir el trámite de información pública. Aunque la norma no lo disponga expresamente, siempre se puede acordar la celebración de dicho trámite a tenor de lo establecido en el art. 86.1 LRJ-PAC<sup>64</sup>. Todo ello sin perjuicio de que se pueda acudir a la figura de las actividades clasificadas.

En cuanto a la posibilidad de que se contemple un *régimen sancionador* en las Ordenanzas, debemos subrayar que el art. 25.1 CE dispone que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento», precepto que ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en sentido restrictivo, de forma que con el término «*legalidad vigente*» se está aludiendo a una reserva de ley en materia sancionadora. Sin embargo, ello no obsta para que mediante una norma con rango inferior a la ley se establezca un régimen sancionador, siempre que éste no tipifique nuevas infracciones y que describa sanciones establecidas en una ley. Por tanto, las infracciones y sanciones deben estar previamente definidas en una norma con rango legal, no cabiendo (vid. STC 341/1993, de 18 de noviembre) una

---

El proyecto de Decreto de la Junta de Castilla y León es todavía más explícito, cuando señala en su Exposición de Motivos que «la inquietud suscitada sobre eventuales riesgos para las personas de las ondas electromagnéticas no ionizantes emitidas por los elementos radiantes de las infraestructuras de radiocomunicaciones, requiere la fijación de un marco jurídico para el establecimiento de niveles de emisión radioeléctrica tolerables y de distancias mínimas de seguridad, todo ello en aplicación del principio de precaución, por otra parte consustancial a la política del medio ambiente. La Ley 5/1993, de 21 de octubre, de Actividades Clasificadas, en su artículo primero, párrafo segundo, previene la posibilidad de regulación en su seno de cualquier actividad susceptible de producir riesgo para las personas, regulación que se hará mediante Decreto, conforme dicta el punto segundo del artículo segundo de la citada Ley». De esta forma, el art. 3 del citado Decreto viene a considerar expresamente a las infraestructuras de radiocomunicación como actividades clasificadas al disponer que «al amparo de lo dispuesto en el artículo 2.2. de la Ley 5/1993, de 21 de octubre, de Actividades Clasificadas de Castilla y León, y en aplicación del principio de precaución inspirador de la misma, se declara explícitamente que las infraestructuras de radiocomunicación se consideran como actividad clasificada sometidas a la citada Ley y a su Reglamento de Aplicación aprobado por Decreto 159/1994, de 14 de julio». En consecuencia, la implantación de infraestructuras de radiocomunicación o sus correspondientes modificaciones necesitará de las siguientes autorizaciones o licencias:

- Licencia urbanística y, en suelo rústico, autorización excepcional de uso del suelo, conforme a lo dispuesto en la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.

- Licencias de actividad y apertura, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Actividades Clasificadas.

<sup>64</sup> Recordemos que el citado precepto dispone que «el órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de éste lo requiera, podrá acordar un período de información pública».

interpretación restrictiva que impida que mediante un reglamento se pueda establecer un régimen de infracciones y sanciones, siempre que exista la suficiente cobertura legal. En este caso, la Ordenanza tendría como función desarrollar y concretar los tipos normativos que la Ley previamente ha determinado, con el límite de no poder tipificar infracciones ni sanciones que previamente no estén tipificadas por la Ley.

En definitiva, del estudio de las Ordenanzas sobre instalaciones de telecomunicación de los municipios de Granada, Las Palmas, Cartagena, Elda, Madrid, Zaragoza, Llobregat, Güímar y Santa Cruz de Tenerife se desprenden importantes consecuencias jurídicas, cuyo denominador común es la diversidad en el tratamiento de un mismo fenómeno y la ausencia de un criterio común para abordar el problema de la implantación de redes de telecomunicación en el territorio. Una de las consecuencias más obvias de este fenómeno es la desorientación de los operadores a la hora de implantar sus redes los distintos municipios, ya que tienen que enfrentarse a regulaciones municipales diversas, lo que ralentiza el despliegue de una infraestructura básica para todos los ciudadanos.

Entendemos que la forma más lógica de afrontar este problema es la unificación de criterios a un nivel territorial superior. En este sentido, es fundamental que las Comunidades Autónomas realicen normas sobre este tema, como es el caso de la Ley 8/2001, de 28 de junio, para la Ordenación de las Instalaciones de Radiocomunicación en Castilla-La Mancha o el Decreto 148/2001, de 29 de mayo, de Ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras Instalaciones de Radiocomunicación. Asimismo, y en cuanto a las limitaciones de potencia, es necesario tomar como punto de referencia el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

Por último, debemos destacar las medidas que han adoptado ciertos Ayuntamientos ante la alarma causada entre ciertos sectores de la población como consecuencia del despliegue incontrolado de antenas e infraestructuras de telefonía móvil, basándose en la posibilidad de suspender el otorgamiento de licencias con ocasión de la formulación y tramitación de instrumentos de ordenación territorial, de los recursos naturales o urbanística. De esta forma, algunos Ayuntamientos como el de La Guancha<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Anuncio de 3 de noviembre de 2000, por el que se hace público el acuerdo de 31 de octubre de 2000, relativo a suspensión de otorgamiento de licencias para la instalación de antenas e infraestructuras de telefonía móvil, publicado en el BOCA de 20 de noviembre de 2000.

y La Matanza de Acentejo<sup>66</sup> (ambos en Tenerife), han suspendido temporalmente el otorgamiento de licencias de instalación de antenas e infraestructuras de telefonía móvil dentro de su municipio. Se trata de una decisión municipal que sin duda puede llegar a dificultar la implantación de redes de telecomunicaciones en los mencionados municipios, y que puede ir en contra de los derechos reconocidos a los operadores de telecomunicaciones en la LGTel.

Una primera cuestión a estudiar respecto a este tema es si las licencias municipales necesarias para la instalación de este tipo de infraestructuras pueden ser objeto de suspensión ante la formulación y tramitación de un instrumento de planeamiento. En este sentido, el art. 118.1 RP dispone que «la suspensión de licencias sólo podrá referirse a la que tengan por objeto actividades de parcelación de terrenos y edificación o demolición, pero no a las obras de reforma, salvo que por la trascendencia de ésta sea equiparable a una reedificación del edificio, no justificada en razones de urgencia o suponga un aumento de volumen edificado». En igual sentido se pronuncia el ya citado art. 14.6 TRLOT y ENC, que en su párrafo 2º establece como objeto de la suspensión del otorgamiento de licencias municipales la «parcelación de terrenos, edificación y demolición para áreas o usos determinados». Si se realiza una interpretación restrictiva de este artículo, se llega a la conclusión de que la instalación de antenas e infraestructuras de telefonía móvil no entra dentro de los supuestos contemplados en el citado precepto, y, por lo tanto, la Administración Local no tendría la potestad de suspender el otorgamiento de este tipo de licencias<sup>67</sup>. Sin embargo, una interpretación de lo dispuesto en el art. 166.1 TRLOT y ENC nos llevaría a la conclusión contraria. El mencionado artículo establece que «están sujetos a previa licencia urbanística, sin perjuicio de las demás autorizaciones que sean procedentes con arreglo a la legislación sectorial aplicable, los actos de construcción y edificación y de uso del suelo y, en particular, los siguientes» (a continuación realiza una detallada enunciación de

<sup>66</sup> Anuncio de 3 de octubre de 2000, relativo a la suspensión temporal de las licencias de instalación de estaciones base y antenas de telefonía móvil, en todo el territorio del término municipal, publicado en el BOCA de 15 de noviembre de 2000.

<sup>67</sup> En este sentido, QUIRÓS ROLDÁN, A., ESTELLA LÓPEZ, J. M. y ARENAS SALVATIERRA, S.: *Estudio-comentario jurisprudencial sobre las licencias urbanísticas*, Comares, 1997, pág. 445 sostienen que la suspensión del otorgamiento de licencias se limita a las licencias de parcelación de terrenos, y edificación o demolición, que, obviamente, no incluyen los supuestos de implantación de infraestructuras de telefonía móvil. La jurisprudencia también avala esta interpretación, como la STS de 16 de febrero de 1993, que en su Fundamento Jurídico Primero establece que la finalidad de la suspensión del otorgamiento de licencias es «impedir que se consumen actos de edificación y uso del suelo que, conformes con el planeamiento en vigor pugnen con las previsiones del nuevo planeamiento deseable y puedan desvirtuar la efectividad de ellas» (...).

distintos supuestos) hasta llegar al apartado s), que incluye dentro de los actos sujetos a licencia «la instalación de tendidos eléctricos, telefónicos u otros similares y la colocación de antenas de cualquier clase».

Por tanto, este artículo se puede interpretar en el sentido de que, en el caso particular de la colocación de antenas, éste es un ejemplo más de actos de construcción, edificación y de uso del suelo, y, por tanto, estaría dentro de los supuestos objeto de suspensión del otorgamiento de licencias. 





NOTAS E

COMENTARIOS



## LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

José María Arrojo Martínez

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia  
de Galicia

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es clara en el reconocimiento de la naturaleza contractual y del carácter administrativo de los convenios urbanísticos, fundamentalmente en atención al fin perseguido con los mismos, el cual a su vez viene a configurar el ámbito posible de actuación y los límites de tales convenios. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 1997, se indica lo siguiente:

«El urbanismo constituye una competencia jurídico-pública, siendo cierto que esta naturaleza reduce y condiciona necesariamente la intervención de los administrados en el mismo, pero sin que ello excluya su participación y colaboración (*«ad exemplum»*, artículos 4, 52, ó 119 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976). Existen aspectos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general. Los reparos que oponen los recurrentes pierden relieve a la luz de la doctrina de esta Sala, ya que los convenios urbanísticos son admisibles en la

medida en que no inciden sobre competencias de las que la Administración no puede disponer por vía contractual o de pacto. Se ha venido así precisando, en forma reiterada, que la exigencias de interés público que justifican la potestad de planeamiento urbanístico implican que su ejercicio no pueda encontrar límite en estos convenios que la Administración concierte con los administrados. Las competencias jurídico-públicas son irrenunciables y se ejercen por los órganos que las tienen atribuidas como propias (artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958) por lo que no resulta admisible una «disposición» de la potestad de planeamiento por vía contractual. Cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que el Ayuntamiento llegue con los administrados la potestad de planeamiento ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, ya en otro terreno, pueda desencadenar, en su caso, el apartamiento por parte de la Administración o de los administrados de convenios urbanísticos previos o preparatorios de un cambio de planeamiento (Sentencias de 23 de junio 1994, 18 de marzo y 13 de febrero 1992, y 21 de septiembre 1991)».

Inmediatas consecuencias de la naturaleza contractual y administrativa de los convenios urbanísticos son las relativas al sometimiento a la Jurisdicción contencioso-administrativa, de los litigios que pudieran surgir en la relación con los mismos, así como cierto grado de aplicabilidad de los principios y normativa en materia contractual si bien con las restricciones y limitaciones procedentes en atención a las irrenunciables competencias jurídico-públicas y al necesariamente prevaleciente interés público en el ámbito urbanístico, bien se trate del planeamiento o bien se trate de su ejecución, indicándose por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 1994, lo siguiente:

«Tiende a complementar las determinaciones legales en la materia, posibilitando el acuerdo de las partes afectadas, contribuyendo a facilitar la gestión, eliminando *«ab initio»* los puntos de fricción y los obstáculos que una determinada actuación urbanística puede originar; y sin que sea dable atribuir a los mismos la constitución de un sistema de ejecución del planeamiento, sin que puedan sustituir en ningún caso el sistema en cada caso elegido; de esta forma el convenio viene a ser un instrumento facilitador de la actuación urbanística que en modo alguno puede implicar derogación ni en beneficio de la Administración ni en favor de los particulares, de las reglamentaciones de carácter imperativo, ni puede condicionar el ejercicio de las potestades urbanísticas, por ser el urbanismo una auténtica función pública indisponible e irrenunciable».

En relación con lo expuesto, destaca el relevante aspecto sobre la naturaleza de los convenios urbanísticos como actos susceptibles de impugnación. En las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 1997 y 24 de junio de 2000, se rechaza el criterio de que los convenios urbanísticos sean actos de trámite no susceptibles de revisión jurisdiccional, indicándose en la última sentencia mencionada los siguiente:

«En los supuestos de convenios de planeamiento el convenio o acto convencional es un acto sustantivo que resulta independiente del procedimiento de modificación o revisión del Plan en sentido estricto, pudiendo ser impugnado en forma independiente y separada de éste, aunque se dirigiese a preparar y poner en marcha la alteración del planeamiento. Tampoco puede acogerse, en base a la misma doctrina, la objeción que también formula el motivo de que el convenio sea irrelevante para terceros. La distinción doctrinal entre contrato y convención resulta ilustrativa al respecto, participando el convenio urbanístico de la naturaleza de la segunda figura, en cuanto no contiene sólo un juego de obligaciones recíprocas o entre cruzadas (contraprestaciones) sino también compromisos paralelos de la Administración y de la Entidad mercantil que lo concierta, dirigidos a un fin coincidente y común, que tiende al aseguramiento futuro de la ejecución de la modificación del Plan cuando, en su caso, se llegue a aprobar el mismo. Tales compromisos, paralelos o convencionales, tratan de fijar el régimen de una situación futura que puede tener relieve para terceros, lo que favorece la tesis de impugnabilidad del convenio. El convenio concluido constituye, en fin, el acto de determinación de un procedimiento enjuiciable en este orden contencioso-administrativo (artículo 234 de la Ley del Suelo de 1976), sin perjuicio de que, en los casos de convenios de planeamiento, sea asimismo enjuiciable la modificación o revisión del planeamiento que, en su caso, se adopte, sin que sea oponible en tal momento la excepción de cosa juzgada por el enjuiciamiento del convenio preparatorio anterior».

En la misma línea, la mencionada Sentencia de 15 de marzo de 1997 recuerda que:

«La categoría de los actos de trámite debe ser interpretada con un criterio limitado y restrictivo, en forma favorable a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y a la posibilidad de enjuiciamiento de toda cuestión esencial o de fondo que suscite una actuación administrativa (artículo 106.1 CE). No existe dicho impedimento procesal cuando el acto en cuestión resulta ajeno a la normativa del procedimiento de modificación del Plan, por no estar contemplada la práctica de la conclusión de convenios urbanísticos como el que se enjuicia en la legislación

específica aplicable al caso, y cuando el convenio previo y la modificación posterior del Plan aparecen como realidades autónomas e independientes, con vicios o motivos de impugnación también distintos, por no ser la potestad de planeamiento, de la que es expresión la modificación o revisión del mismo, susceptible de disposición contractual».

En la Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2001 se expresa los siguiente:

«Conviene precisar la naturaleza de los convenios urbanísticos. En la sentencia de 15 de marzo de 1997 diferenciamos los convenios de gestión urbanística, para la gestión o ejecución de un planeamiento ya aprobado, de los convenios de planeamiento, que tienen por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor. Aunque el convenio de planeamiento tenga dicha finalidad no se subsume entre las figuras de las disposiciones de carácter general, de la que participan en cambio las normas de planeamiento que, en su caso, deriven de él. El convenio de planeamiento es, y permanece, en la esfera de los simples convenios, por lo que no cabe su impugnación indirecta por la vía del artículo 39.2 de la LJCA de 1956.

Lo que acontece es que, como también dijimos en la sentencia expresada, la figura de los convenios urbanísticos aconseja tener presente la distinción doctrinal efectuada en la teoría general del Derecho entre el contrato y la convención. La convención no contiene sólo un juego de obligaciones recíprocas o entre cruzadas (contraprestaciones) sino también compromisos paralelos de la Administración y de la Entidad mercantil que lo concierta, dirigidos a un fin coincidente y común, que tiende al aseguramiento futuro de la ejecución de la modificación del Plan cuando, en su caso, se llegue a aprobar el mismo. Tales compromisos, paralelos o convencionales, tratan de fijar el régimen de una situación futura por lo que podrían asemejarse en su estructura a las disposiciones generales. El convenio de planeamiento es un acuerdo preparatorio de la modificación de un Plan, y como tal resulta enjuiciable en este orden contencioso-administrativo (artículo 234 de la Ley del Suelo de 1976), sin perjuicio de que en el futuro lo sea asimismo la modificación o revisión del planeamiento que, en su caso, se adopte, sin que se pueda poner en tal momento la excepción de cosa juzgada por el enjuiciamiento del convenio preparatorio anterior.

La misma suerte desestimatoria corre el motivo primero de la entidad mercantil «E.S.A.». Transcribe en parte de su escrito de contestación a la demanda en la instancia para sostener la falta de legitimación de los demandantes en ella, al no ser aplicable, dice, el régimen de acción pública del art. 235 del TRLS de 1976, insiste en que el convenio impugnado constituía una actuación meramente contractual del Ayuntamiento, a la

que sería de aplicación la legislación de contratos o, como mucho, la de expropiación forzosa. Tal planteamiento no es acogible; no es admisible reproducir en casación los argumentos esgrimidos en instancia sin hacer una crítica adecuada de la sentencia que se recurre. La impugnación formulada contra esta última se limita a negar sus afirmaciones con un razonamiento que no puede prosperar. Es obvio que se impugna un proyecto urbanístico y una actuación municipal que ostenta inequívocamente tal carácter, siendo también evidente el interés legitimador que adorna a titulares de propiedades limítrofes con la actuación de que se trata».

En la mencionada Sentencia de 30 de octubre de 1997 se insiste en que tampoco puede negarse la legitimación a cualquier persona para impugnar un Convenio urbanístico, ya que el artículo 235 del Texto Refundido de 1976 otorga acción pública en materia de urbanismo, que es la materia de la que trata el Convenio, y cualquier persona, en consecuencia, puede impugnar el contrato en los aspectos urbanísticos que contiene.

Ahora bien, si son impugnables tanto el acto de aprobación del Convenio urbanístico como el de aprobación definitiva del planeamiento urbanístico, cabe preguntarse sobre el verdadero alcance del examen a realizar por el Tribunal ante la impugnación en uno y otro supuesto, y ello desde una perspectiva sustancial o material, cuestión a la que se pretende dar respuesta en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 6 de julio de 2000, en la que se significó lo siguiente:

«En el supuesto aquí examinado el Concello de X asumo unos determinados compromisos, pero con expresa mención de que los mismos se refieren al ámbito de sus propias competencias, y con sujeción a la legislación vigente, especificándose en la estipulación Sexta del Convenio que la aprobación de la modificación del P.G.O.U. y de las actuaciones posteriores se alcanzaría «siempre que los informes preceptivos seas favorables», de manera que como no podría ser de otra forma, la ejecución de los compromisos asumidos por el Concello sólo será viable en plena acomodación a la normativa de aplicación, incluida la necesaria intervención de las restantes Administraciones competentes con la tramitación que sea obligada en cada caso. Desde este punto de vista, y desde la perspectiva de orden formal, no se aprecia que el acto impugnado suponga una previsión de inadmisión preterición de las exigencias procedimentales que en su día hayan de ser de aplicación.

Expuesto lo anterior procede ya entrar en el aspecto propiamente sustancial del tema litigioso, en cuanto que opera aquí una legitimación activa fundamentalmente residenciada en las posibles consecuencias urbanísticas derivables del acto impugnado. Se trata en el caso de un

convenio de planeamiento cuya finalidad es la de lograr una modificación futura del P.G.O.U., por lo que obviamente su impugnación no puede apoyarse en la mera circunstancia sobre contradicción con el P.G.O.U., siendo distinta cuestión el debate sobre la inaceptabilidad material de la alteración pretendida y en este punto cabe significar que ciertamente el alcance del estudio a realizar con ocasión del presente recurso no puede identificarse con el que propiamente corresponde en sede de impugnación del Acuerdo de modificación del P.G.O.U., viéndose necesariamente limitado el examen en este proceso a lo comentado en el anterior Fundamento del Derecho sobre previsiones de orden procedimental, y ya en el aspecto sustancial, a una primera aproximación respecto a si la previsión material contenida sobre establecimiento del Centro Comercial constituye una tan manifiesta y evidente violación de la normativa de aplicación que justificara un pronunciamiento anulatorio en evitación de lo que de modo palmario se presentara, ya anticipadamente, como una admisible «disposición» de la potestad de planeamiento por vía contractual en perjuicio del interés general. Centrada así la cuestión, el acto convencional del Concello no se manifiesta en el grado suficiente de evidencia como voluntad de una ilegítima disposición de la potestad de planeamiento, sino como previa toma de postura que abrirá el trámite en el que precisamente todos los interesados, y necesariamente las diversas Administraciones con competencia en el ámbito afectado, intervendrán y manifestarán las posturas, informes y decisiones correspondientes en un tema que para su definitiva decisión en lo que se refiere a los temas urbanísticos, (incluidos los relativos a modificaciones de uso e inclusión de determinados terrenos), demanda la plena participación y aportación propias del desarrollo y decisión de la tramitación propuesta, de lo que deriva por tanto la improsperabilidad del presente recurso en cuanto que exclusivamente dirigido contra el Acuerdo aquí impugnado del que según lo expuesto no cabe anticipadamente derivar en esta fase una inaceptable voluntad municipal de ilegítima e indebida aplicación de sus potestades en materia de planeamiento, siendo en los procesos dirigidos contra los Acuerdos de aprobación de modificación del P.G.O.U. y subsiguientes actuaciones donde se desarrollarán y decidirán las cuestiones procedimentales y sustanciales que puedan surgir en relación con la debida acomodación a la normativa urbanística y correspondientes previsiones de ordenación, todo ello sin perjuicio de recordar por último, que el conocimiento del debate sobre titularidades de terrenos está atribuido al Orden Jurisdiccional Civil».

En aquellos casos en los que el convenio urbanístico haya llegado finalmente a integrarse formalmente en las previsiones de ordenación urbanística mediante la oportuna tramitación siguiendo el procedimiento

establecido, ha de tenerse en cuenta que ya no cabe seguir hablando propiamente de «convenio urbanístico», sino de planeamiento urbanístico con lo que ello supone; así, en sentencia de la Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 15 de febrero de 2001, estimatoria de recurso dirigida contra acuerdo del Pleno del Concello de X, sobre «denuncia del convenio urbanístico suscrito con...», se recoge lo siguiente:

«De lo anteriormente apuntado resulta la inequívoca conclusión de que un caso como el de ahora se trata en el que al Convenio urbanístico en su día suscrito ha seguido la correspondiente modificación del Planeamiento Urbanístico, este último integra ya una realidad autónoma que como tal despliega toda su validez y eficacia, de manera que ya no se presenta como correcta en el acuerdo ahora impugnado la exclusividad en la referencia al Convenio urbanístico, sino más bien habría de atenderse en dicho acuerdo al instrumento urbanístico ya aprobado de modo definitivo, aprobación de la que dicho Convenio vino a ser un acto preparatorio; en todo caso, la incorrección sustancial del acuerdo recurrido radica en la circunstancia de que el mismo viene a constituir la expresión de una clara manifestación de voluntad de incumplimiento, en el ámbito que a este recurso afecta, de la NN. SS. vigentes, voluntad que inequívocamente resulta del contenido de tal acuerdo y de la propia parte dispositiva del mismo en la que el Concello afirma su desvinculación de la obligaciones derivadas del Convenio urbanístico aprobado en fecha 10 de marzo de 1993, y «obligaciones» que en realidad no se derivan de dicho Convenio sino de la ejecutividad de las NN. SS. de aplicación. En este punto y sin mayor dilación es preciso significar que en el Acuerdo impugnado no se hace la menor mención respecto a una supuesta intención de tramitar una nueva modificación del planeamiento, y ni siquiera consta en la fecha de esta sentencia la realidad de tal tramitación, de manera que no existe base para acoger la alegación relativa a la pretendida consideración del Acuerdo recurrido como un mero acto iniciador del expediente de modificación del planeamiento, de lo que necesariamente resulta la inviabilidad de la invocación de inadmisibilidad formulada al respecto, y la anulación del repetido Acuerdo al suponer este último una inaceptable preterición de las NN. SS. vigentes cuya aplicación pretende evitar dicho Acuerdo con absoluta omisión del procesamiento legalmente establecido».

En la potestad del planeamiento existe un margen para la discrecionalidad de la Administración competente, y al mismo tiempo, la naturaleza normativa de los planes y la necesidad de adaptarlos a las exigencias cambiantes del interés público, justifican el «*ius variandi*» de la Administración frente al que no se pueden oponer los derechos de los propietarios, con independencia de las procedentes indemnizaciones, criterio

mantenido en doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo plasmada, entre otras, en sentencias de 20 de enero de 1992, 5 de febrero de 1992, 11 de febrero de 1992 y 8 de julio de 1992.

Como ya se apuntaba anteriormente, la alteración del planeamiento que se considere plenamente acomodada a Derecho, puede generar no obstante un derecho de indemnización a favor del afectado por aquella. Así se recogía en el artículo 87 del T.R.L.S. -1976-, en cuyo número 2 se disponía que la modificación o revisión de la ordenación de los terrenos y construcciones establecidas por los Planes Parciales, por los Planes especiales y por Programas de Actuación urbanística sólo podrá dar lugar a indemnización si se produce antes de transcurrir los plazos previstos para la ejecución de los respectivos Planes o Programas, o transcurridos aquellos, si la ejecución no se hubiera llevado a efecto por causas imputables a la Administración, mientras que en el número 3 del propio artículo 87 se indicaba que las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados conferirán derecho a indemnización. La doctrina jurisprudencial vino interpretando de modo restrictivo el referido artículo 87-2, atribuyendo a este precepto un carácter de excepcionalidad derivado este último, no solo del régimen estatuario de la propiedad inmobiliaria cuyo contenido será, en cada momento, el que surja de la ordenación urbanística aplicable, sino también de la inserción de dicho artículo en el marco general de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, lo que supone que para que proceda este tipo de indemnización será necesario acreditar cumplidamente una lesión patrimonial en los bienes o derechos de quien la reclame, a tenor de lo dispuesto en el artículo 106-2 de la Constitución y artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 -este último derogado por la Ley 30/1992, 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, texto normativo que regula en su Título X la responsabilidad de las Administraciones Públicas-. El Tribunal Supremo -Sentencias de 12 de mayo de 1987, 14 de abril de 1992 y 26 de enero de 1993, exigía además, para que la indemnización fuera procedente, la justificación del cumplimiento de los deberes y actuaciones que impone a los propietarios el ordenamiento urbanístico, de tal manera que solamente cuando el Plan ha llegado a su fase final de realización se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos, salvo incumplimiento por causas imputables a la Administración.

En la misma línea la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 1994, señala que en el suelo urbano y en el urbanizable se incorporan al derecho de propiedad

contenidos urbanísticos artificiales que no están en la naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística; y que este derecho derivado del destino urbanístico del suelo, previsto en el plan, sólo se patrimonializa cuando el propietario, cumpliendo los deberes que le imponen los artículos 83.3 y 84.3 del precitado Texto Refundido, ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio, y ello mediante la realización de las actuaciones materiales que requiere la ejecución del planeamiento, puesto que solamente cuando el plan ha llegado a su fase final de realización se adquiere el derecho a dichos aprovechamientos urbanísticos previstas en la ordenación; y sólo, por tanto, entonces, la modificación del planeamiento implica lesión de un derecho ya adquiridos, procediendo así la indemnización del segundo párrafo del artículo 87, precepto que viene enmarcado en el marco general de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ahora bien, distinto enfoque cabe efectuar desde la consideración de la responsabilidad contractual estrictamente entendida, significándose en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1989, que no es necesario recurrir al párrafo segundo del artículo 87 de la Ley de Régimen del Suelo, sino que la indemnización a satisfacer, aunque remotamente tiene una motivación urbanística, su razón inmediata se halla, cual se ha señalado, en el incumplimiento de una obligación contractual. Además, a tenor de la misma sentencia citada, se trata de un derecho que existe «siempre», y añadiendo la última sentencia citada que «aunque del contenido del artículo 1124 Cc parece deducirse que para las obligaciones recíprocas, sólo puede optarse entre el cumplimiento total de la obligación contraída o la resolución del contrato del que ella dimana, nada se opone a que tal obligación, en los aspectos en que no sea factible su cumplimiento sea sustituida por a pertinente indemnización de daños y perjuicios, si a ello, cual en el caso de autos sucede, se aviene el acuerdo que cumplió sus obligaciones», mientras que en la Sentencia del Alto Tribunal de 7 de noviembre de 1990 se destacó que declarada la anulación solicitada, procede la devolución de las cosas objeto del contrato o de la indemnización correspondiente en caso de imposibilidad de que tal devolución tenga lugar, por aplicación de los artículo 1303 y 1307 Cc.

En Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 27 de marzo de 2002, se acoge la petición dirigida al cumplimiento de convenio en los términos siguientes:

«En cuanto al fondo del asunto, y aunque la contestación lo niegue, no estamos en presencia de una simple oferta de la titular del terreno, sino de una expresa aceptación por unanimidad de la misma por parte del Pleno del Ayuntamiento en sesión del 4 de enero de 1985; se trataba en principio de un supuesto tendente a una expropiación por razones

urbanísticas conforme a los artículos 55 y 197 del Reglamento de Gestión, lo que conduce a la legislación de expropiación forzosa y al artículo 24 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, por no hablar de reglas generales sobre la obligatoriedad de los contratos válidamente celebrados, que vinculan a las partes a tenor de sus propios términos; en el presente caso se trató de una cesión voluntaria de terreno para la construcción de una carretera que comunicara la viviendas social con la Avenida de Buenos Aires, convenio con varios apartados del que en la presente demanda solo se reclama el cumplimiento del apartado b), redactado en estos términos: «Para el caso de que el desarrollo del Plan Parcial de polígono en que se halla ubicada la deslindada finca (según las Normas Subsidiarias del Planeamiento del Ayuntamiento de X) no se lleve a cabo en el plazo de dos años, el Ayuntamiento le abonará en metálico el importe del valor real del terreno que le fuere ocupado para realizar la obra en cuestión con arreglo a los precios que rijan por aquel entonces en el mercado de solares en X, teniendo en cuenta la situación y emplazamiento de la finca», pacto cuyo cumplimiento procede pues se han dado las condiciones previstas para su aplicación sin que obsten a ellos las protestas del Ayuntamiento demandado apelando a los beneficios que la recurrente ha obtenido al verse exenta de la obligación de urbanizar que le imponía el artículo 40 del Reglamento de Gestión, tema ajeno al convenio, que el Ayuntamiento pudo introducir pero no introdujo en el mismo y que no puede operar como elemento enervante de la obligación de cumplir aquél a su propio tener; de hecho, la razón de la denegación de la solicitud de la actora no estuvo en la inexistencia de convenio, en su falta de vinculación o en su compensación con otros beneficios, sino en una situación meramente coyuntural como era que la reclamante no figuraba como acreedora en el presupuesto de 1996 por el concepto a que hacía mención en su escrito, ya que la consignación presupuestaria a que se refería se destinó a economías propias del presupuesto».

En la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 13 de diciembre de 2000 se indica lo siguiente:

«La cuestión de fondo se limita a determinar si el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Ayuntamiento de Murcia debe considerarse imputable a éste y a señalar las bases de resarcimiento debido a los recurrentes. En cuanto al primer punto, hemos de confirmar las apreciaciones de la sentencia de instancia. Es cierto que la efectividad del convenio exigía una modificación de la sentencia de instancia. Es cierto que la efectividad del convenio exigía una modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Murcia, pero la Corporación demandada no puede considerarse ajena a él puesto que aunque su aprobación definitiva se produjo por Orden Ministerial, en dicho trámite no se alteró la

edificabilidad concedida a la finca de los hoy recurrentes en los acuerdos de aprobación inicial y provisional, actos de competencia exclusivamente municipal, en los que se desconocía lo pactado con anterioridad. El incumplimiento imputable al Ayuntamiento de Murcia excluye la aplicación de la citada cláusula cuarta y somete la determinación del resarcimiento a las reglas generales aplicables al incumplimiento de las obligaciones que, en este caso ha de conducir al reconocimiento a favor de los recurrentes de la situación patrimonial que les había correspondido si el Ayuntamiento hubiera cumplido con lo que se comprometió. Respecto a los servicios urbanísticos no proporcionados procede, conforme ha decidido la sentencia de instancia y no ha sido cuestionado por el Ayuntamiento de Murcia, condenar a éste a la devolución de las cantidades exigidas por contribuciones especiales por las obras para el establecimiento de los servicios de agua, alcantarillado, alumbrado y pavimentación afectantes a la finca de los recurrentes con los intereses legales correspondientes, y en cuanto al volumen de edificabilidad no concedido, ha de declararse el derecho de los actores a obtener una indemnización calculada en función de la diferencia entre el volumen de edificabilidad concedido por el Plan General de Ordenación urbana de 1977 y el reconocido por el convenio de 30 de abril de 1977. En este punto no podemos compartir la tesis de los recurrentes, que entienden que ese volumen de edificabilidad era de  $4 \text{ m}^3$  por  $\text{m}^2$  en la finca matriz, al que había de acumularse  $30.000 \text{ m}^3$  de edificabilidad que sería el aprovechamiento de los  $10.000 \text{ m}^3$  cedidos según el plan vigente en la fecha del convenio, el Ayuntamiento se comprometería a revisar aquél y conceder a la finca matriz una edificabilidad de  $4 \text{ m}^3$  por  $\text{m}^2$ . Así pues, ha de condenarse a la Corporación demandada a satisfacer a los recurrentes el importe actualizado de la diferencia entre el valor del volumen de edificabilidad concedido por el Plan General de Ordenación Urbana del Municipio a los terrenos recurrentes y el valor de una edificabilidad del  $4 \text{ m}^3$  por  $\text{m}^2$ ». 



# LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE

Manuel Guillermo Altava Lavall

Magistrado. Doctor en Derecho

## 1. Introducción

El medio ambiente es, sin duda, uno de los objetos de protección del Derecho Administrativo más relevantes hoy en día. Amenazado su futuro y el nuestro, la sociedad es consciente de que las agresiones que aquél recibe las sufrimos todos. Por ello, la Administración Pública se ha erigido en su principal defensor, como no podía ser de otra manera, dada su obligación de servir con objetividad los intereses generales según establece el art. 103.1 de la Constitución Española (CE).

Siguiendo a Martín Mateo, podemos definir el medio ambiente como el conjunto de «aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra»<sup>1</sup>, donde deben regir los principios de ubicuidad,

---

<sup>1</sup> MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho ambiental*, vol. I, Ed. Trivium, Madrid 1991, pág. 86. Sobre el concepto de medio ambiente existe una gran variedad de opiniones doctrinales, desde las más restrictivas hasta las que incluyen, además de los factores de índole natural (recursos naturales y naturaleza) otros de carácter humano (económico, social, cultural o estético) a través de la introducción de la idea de la calidad de vida. Puede verse una amplia panorámica sobre el tema en MARTÍN MATEO, R., cit., págs. 81 y ss.

sostenibilidad, globalidad, subsidiariedad y solidaridad<sup>2</sup> y se mantengan las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como la fauna y la flora y las condiciones ambientales de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales<sup>3</sup>.

En materia ambiental, todos los expertos coinciden en la necesidad de primar la prevención sobre la represión, puesto que en la mayoría de las ocasiones el daño causado resulta irreparable, al menos a corto y medio plazo, dada la lentitud de los procesos naturales. Ello parece provocar un cierto rechazo de los instrumentos fundamentalmente represivos, como lo son las sanciones ambientales<sup>4</sup>. Sin embargo, no debemos olvidar que este tipo de medidas también puede cumplir una función preventiva de las infracciones contra el medio ambiente, mediante la disuasión que la amenaza de su imposición genera en los sujetos.

Ello no significa, no obstante, que toda política medioambiental deba centrarse en los aspectos represivos, bien al contrario debe hacerse especial hincapié en las campañas de formación e información de los individuos. Pero también resulta decididamente eficaz en esa prevención del daño la existencia de unas sanciones administrativas susceptibles de ser impuestas a los infractores<sup>5</sup>.

Por otra parte, mediante las sanciones ambientales debe procurarse, en la medida de lo posible, la restitución o reparación del daño causados –art. 45.3 *in fine* CE–, de modo que los efectos nocivos de la acción del infractor resulten minimizados, lo cual se convierte en el principal interés para el medio ambiente una vez se ha producido el daño.

La protección del medio ambiente por el Derecho Administrativo ha pasado de garantizar la tranquilidad, seguridad y salubridad a los administrados a conceder al medio ambiente un tratamiento autónomo y no el propio del ordenamiento privado que se efectúa sobre la base de los

---

<sup>2</sup> MARTÍN MATEO, R., *Prospectiva de la tutela del medio ambiente en España*, en «Primeras conferencias sobre el medio ambiente», Comité Económico i Social de la Comunitat Valenciana, Castellón de la Plana 1998, pág. 17. En el mismo sentido STC 107/1995, de 26 de junio.

<sup>3</sup> PERIS RIERA, J. M., *La primera sentencia por delito ecológico: ¿una resolución histórica?*, Poder Judicial, n° 11, Consejo General del Poder Judicial, Septiembre 1988, pág. 96.

<sup>4</sup> En este sentido, ESCOBAR ROCA, G., *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Ed. Dykinson, Madrid 1995, pág. 120 y MARTÍN MATEO, R., cit., pág. 118. Para este último, «las medias represivas, aunque inevitable correlato de otras estrategias, han de suponer una aportación sólo excepcional de una eficaz disciplina ambiental».

<sup>5</sup> En esta línea, LOZANO, B., *La actividad sancionadora de la Administración en defensa del medio ambiente litoral*, Revista de Derecho Administrativo, n° 4, septiembre-diciembre 1989, pág. 14 y VERA JURADO, D. J., *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, Ed. Tecnos, S.A., Madrid 1994, pág. 175.

arts. 590 y 1908 del Código Civil o mediante el ejercicio de la acción negatoria o las acciones interdictales<sup>6</sup>.

Finalmente se ha de señalar que, en el campo de las sanciones ambientales, al igual que en todo el Derecho Administrativo sancionador, se produce un trasvase de los principios rectores del Derecho penal, sobre todo de los constitucionalmente establecidos que se concreta en una serie de principios aplicables a las sanciones administrativas y al procedimiento sancionador común, con las únicas excepciones que en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC) se establecen<sup>7</sup>. Ello viene dado por la similitud conceptual existente entre las infracciones administrativas y los delitos y faltas penales. La frontera que en materia medioambiental separa aquéllas de éstos se determina en función de la gravedad o el daño a la colectividad producido por la infracción<sup>8</sup>. Por ello, las vías de protección del medio ambiente a nivel sancionatorio son, en nuestro país, principalmente administrativas, pasando a un segundo plano las disposiciones del Código Penal<sup>9</sup>. Además, también resulta muy importante evitar el solapamiento entre las normas administrativas y las penales, de modo que la prohibición del *bis in ídem* quede a salvo, aunque no parece ser precisamente éste un principio aplicado con absoluto rigor.

De este y otros principios rectores de la potestad sancionadora de la Administración nos ocupamos a continuación.

---

<sup>6</sup> REQUERO IBAÑEZ, J. L., *El Derecho Administrativo y la responsabilidad por daños medioambientales*, en «Protección administrativa del medio ambiente», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Septiembre 1994, pág. 162.

<sup>7</sup> RODRIGUEZ, M<sup>a</sup> del P., «Sanciones administrativas: nuevas tendencias», *Revista del Poder Judicial*, n<sup>o</sup> 55, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999, pág. 250.

<sup>8</sup> ESCOBAR ROCA, G., *La ordenación constitucional del medio ambiente*, cit., pág. 121.

<sup>9</sup> Este acusado desplazamiento de la actividad represiva resultaba más evidente con la regulación del anterior Código penal, en la que sólo podía encontrarse en un artículo relativo a la protección medio ambiente. Era el art. 347 que, además, constituía verdadera norma penal en blanco, acentuando con ello el enorme peso específico de la normativa reglamentaria en la materia; importancia por otro lado lógica dada la necesidad de especificación técnica que este tipo de regulación exige y que el legislador resulta incapaz de llevar a cabo.

## 2. Los principios constitucionales fundamentales de la potestad sancionadora

Hasta la aparición de la LPC no existía plasmación positiva alguna en el Derecho administrativo respecto a los principios rectores de la potestad sancionadora de la Administración<sup>10</sup>. Ello, sin embargo, no impidió que la labor jurisprudencial extrajera del texto constitucional, y fundamentalmente de su art. 25, unos principios básicos<sup>11</sup> que, posteriormente, han sido asimilados, dado su rango constitucional, por la citada LPC y que a continuación pasamos a exponer<sup>12</sup>.

### 2.1. El principio de legalidad. La reserva de ley

Este principio básico, recogido en el art. 25.1 CE, establece que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»<sup>13</sup>.

La interpretación que de este precepto ha realizado el Tribunal Constitucional (TC), ha venido a configurar una sólida doctrina en relación con la aplicación de este principio a las sanciones administrativas, del cual se deriva la doble garantía que la STC 42/1987, de 7 de abril<sup>14</sup> se encarga

<sup>10</sup> Es, en concreto, el Título IX de la LPC quien recoge ahora tales principios.

<sup>11</sup> Se trata de los que estaban vigentes en materia penal con base al mismo art. 25 CE, con lo que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo optaron por una aplicación esencial de los principios penales constitucionales a la potestad sancionadora de la Administración.

<sup>12</sup> Hemos optado aquí por limitarnos a explicar los tres principios constitucionales que siguen, ya que una exposición minuciosa de todos los principios recogidos en el Título IX LPC escapa a los objetivos y extensión del presente trabajo. Por otra parte, prueba de la máxima importancia de aquéllos es su reflejo constitucional y la dilatada jurisprudencia existente acerca de ellos.

De todas formas, indicaremos que los principios rectores de la potestad sancionadora establecidos en la LPC son los siguientes: principio de legalidad (art.127); irretroactividad (art. 128); tipicidad (art.129); culpabilidad (art.130); proporcionalidad (art.131); prescripción (art.132); y *non bis in eadem*.

Acerca de las sanciones administrativas en general pueden consultarse, entre otros, NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, Madrid 1993; SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1989, quien se centra en la relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador y GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Ed. Civitas, S.A., Madrid 1995, 7ª ed., págs. 161 a 203.

<sup>13</sup> Una amplia visión acerca de la reserva de ley puede verse en GARCÍA MACHO, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ed. Ariel, Barcelona 1988, donde encontramos, asimismo, un repaso histórico de la cuestión desde la perspectiva de los Derechos francés y alemán principalmente.

<sup>14</sup> Publicada en el BOE de 5 mayo 1987.

de señalar en su Fundamento Jurídico (FJ) segundo: «(...) La primera de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término «legislación vigente» contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora»<sup>15</sup>.

Esta es la línea argumental básica en torno al principio de legalidad. Sin embargo, dos son los aspectos en los que queremos centrarnos a continuación: la remisión a normas reglamentarias y las relaciones de sujeción especial.

En cuanto al primero de ellos, se halla claramente aceptada la posibilidad de que las leyes contengan remisiones en el ámbito de las sanciones administrativas a normas reglamentarias a pesar de la exigencia de cobertura legal de la potestad sancionadora. Este requisito se entiende satisfecho siempre y cuando tales reenvíos no supongan una norma independiente y no subordinada a la ley, evitando las remisiones abstractas y vagas. Así lo entiende el TC en la ya mencionada STC 42/1987 (FJ segundo): «La reserva de Ley no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero si que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley», declarando, además, inconstitucional «la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras». También el Tribunal Supremo (TS) se ha manifestado en este mismo sentido en sus SSTs de 10 de noviembre de 1986 (RA 6647) y de 21 de marzo de 1991 (RA 2888), que tolera cierta cuota de flexibilidad en la actividad reglamentaria de desarrollo cuando la Ley de cobertura aborda el núcleo esencial del régimen sancionador.

Por lo que respecta a las relaciones de sujeción especial, éstas han sido tradicionalmente excepcionadas de la inicial aplicación absoluta del principio de reserva de ley por parte de la jurisprudencia. Las sanciones en este ámbito han sido consideradas como una manifestación del

<sup>15</sup> Dentro de la jurisprudencia del TC relativa a la reserva de ley destaca también la STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ tercero; BOE del día 7 noviembre), que establece como requisito «la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan» (FJ tercero).

poder de autoorganización de la Administración, distinto del ius puniendi genérico del Estado, que es el propio de las sanciones administrativas de orden público y de las de carácter penal<sup>16</sup>.

No obstante, muchas han sido las discusiones que a lo largo de los años ha generado este tema, enfrentando a parte de la doctrina científica con la jurisprudencia del TC y del TS. La relajación que provocan las relaciones de sujeción especial se extiende no solo al principio de legalidad, sino también al de tipicidad y, principalmente, a la prohibición del *bis in ídem*. Precisamente por ser su aplicación en este último de mayor calado, nos remitimos para su análisis al correspondiente epígrafe<sup>17</sup>. Asimismo, debemos recordar que el principio de legalidad ha sido recogido por la LPC en su art. 127.

## 2.2. El principio de tipicidad

Este principio es, para algunos autores, una manifestación del de legalidad, para otros, una consecuencia de la seguridad jurídica, mientras que un tercer grupo opta por una postura ecléctica.

De cualquier modo, y siguiendo al TC, nosotros lo extraeremos del art. 25.1 CE, puesto que, como dice aquél, el principio de tipicidad constituye «la garantía material del principio de legalidad» según STC 42/1987. Consiste, pues, en la necesidad de delimitar escrupulosamente las conductas sancionables, describiendo todos los matices de las infracciones administrativas, así como de la correspondiente sanción. En palabras del TC: «Esta exigencia de *lex certa* afecta, por un lado, a la tipificación de las infracciones, por otro, a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles y como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes a las mismas de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que puede hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas», según STC establece la STC 219/1989, de 21 de diciembre (FJ cuarto; BOE de 11 de enero de 1990). En esta misma resolución se hace referencia a la conveniencia de evitar los conceptos jurídicos indeterminados, en la medida de lo posible, salvo que «su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada». En la actualidad, se halla expresamente recogido en el art. 129 LPC.

<sup>16</sup> Vid. VERA JURADO, D. J., *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, cit., pág. 180.

<sup>17</sup> Véase 2.3, y, en especial, la nota a pie de página n° 24.

### 2.3. El principio *non bis in ídem*

No hay en nuestra Constitución ningún precepto que recoja expresamente este principio. A pesar de ello, el TC se encargó desde el primer momento de entenderlo implícitamente incluido en el art. 25.1 de la Norma fundamental.

En síntesis, esta regla establece que nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho, y ya en la temprana STC 2/1981, de 30 de enero (FJ cuarto; BOE de 24 de febrero), quedó clara la posición del Alto Tribunal: «Si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución. (...) no por ello cabe silenciar que (...) va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución»; añadiendo acerca de su contenido concreto que «el principio general del derecho, conocido por *non bis in eadem*, supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.– que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración».

Resulta igualmente clarificadora la posterior STC 77/1983, de 3 de octubre, en la que se profundiza acerca del alcance del citado principio: «La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control «a posteriori» por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso, b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos, c) la necesidad de respetar la cosa juzgada». También la LPC se ha encargado de recogerlo en su art. 133.

En resumen, la idea general de la jurisprudencia española, compartida por la doctrina<sup>18</sup>, parece obvia: existe incompatibilidad de sanciones

<sup>18</sup> Véase, entre otros, SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, cit., págs. 178 y ss.; VERA JURADO, D. J., *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, cit., págs. 183 y ss. y GONZÁLEZ PÉREZ / GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, t. II, Ed. Civitas, S.A., Madrid 1997, págs. 1903 a 1929, donde analizan con detenimiento este principio.

administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, prevaleciendo las segundas sobre las primeras<sup>19</sup>, dándose el principio que tratamos tanto en el Derecho administrativo sancionador como en el Derecho penal exigiendo que determinadas sanciones de análoga eficacia a las penas se tomen en cuenta a la hora de imponer aquéllas o viceversa, o, incluso, que se tenga que prescindir en absoluto de su imposición conjunta<sup>20</sup>.

Sin embargo, un estudio más detenido de la jurisprudencia constitucional y del TS, así como la opinión de la doctrina científica, nos revela una seria fisura en aquella regla general: el supuesto de las relaciones de especial sujeción.

La primera referencia clara la encontramos en la citada STC 2/1981, de 30 de enero (FJ cuarto). En ella se postula la aplicación de la prohibición del *bis in ídem* cuando «se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.– que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración». Esto significa que el *non bis in eadem* sólo podrá ser aplicado a las sanciones de orden público, quedando excluida su utilización respecto de las sanciones dispuestas en virtud de la potestad administrativa de autoorganización, diferente del *ius puniendi* genérico del Estado, es decir, las impuestas dentro de las relaciones de sujeción especial<sup>21</sup>. En dichos supuestos, la eficacia jurídica del *non bis in ídem* no es que no juegue, sino que simplemente se debilita<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> La dualidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos deberá evitarse atendiendo a criterios de especialidad, subsidiariedad, alternatividad, etc. Véase, VERA JURADO, D. J., *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, cit., pág. 184.

<sup>20</sup> BENLLOCH PETIT, G., *El principio de non bis in ídem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario*, Revista del Poder Judicial, nº 51, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1998, pág. 324.

<sup>21</sup> VERA JURADO, D. J., *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, cit., pág. 187.

<sup>22</sup> SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, cit., págs. 180 y 181. También se muestran a favor de esta excepción NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., págs. 379 a 381 y JIMÉNEZ IBÁÑEZ, S., *El Derecho administrativo sancionador*, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, nº 18, agosto 1993, págs. 350 a 366.

En su STC 42/1987, de 7 de abril, el mismo TC aplica la excepcionalidad de las relaciones de sujeción especial en relación con el principio de reserva de ley: «hecha la salvedad de las infracciones que se cometan en el seno de las relaciones de sujeción especial, en las que la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, en cuanto expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que las distingue del *ius puniendi* del Estado».

En términos casi idénticos se expresan también las SSTS de 29 diciembre 1987 (RA 9855) y de 3 abril 1990 (RA 3578), donde se afirma que esta doctrina general puede encontrar salvedad en los supuestos de supremacía especial.

El hincapié que estamos realizando en este aspecto se justifica por el hecho de que un número considerable de las sanciones impuestas frente a las acciones contra el medio ambiente, van a poder incardinarse en alguna de las manifestaciones que presenta la potestad sancionadora de autoprotección, cuales son las cuatro modalidades siguientes: las sanciones-disciplinarias, las sanciones de policía demanial, las sanciones rescisorias de actos administrativos favorables y las sanciones tributarias. Nosotros fijaremos la atención en las dos primeras categorías.

Dentro de la primera se incluyen las sanciones disciplinarias en materia de medio ambiente que son las que se van a imponer a funcionarios, miembros de colegios profesionales y contratistas-concesionarios, entre otros. Por lo que respecta a la segunda, las sanciones de policía demanial en materia de medio ambiente son las que en teoría van a tener un mayor grado de aplicación, ya que cuando la Administración protege, a través de los instrumentos sancionadores sus bienes demaniales (aguas, costas, etc.), está protegiendo, en la mayor parte de los casos, bienes de naturaleza ambiental<sup>23</sup>.

La conclusión de toda la doctrina aplicable es que la imposición de muchas sanciones ambientales por parte de la Administración no va a respetar la prohibición del *bis in idem* en la medida en que deriven del ejercicio de la potestad de autoprotección. Ahora bien, esta construcción doctrinal de origen jurisprudencial parece no encontrar una total aceptación entre buena parte de los autores<sup>24</sup>. Así, la STC 234/1991, de 10 de diciembre<sup>25</sup> (FJ segundo), parece olvidar toda la jurisprudencia constitucional anterior, al afirmar que «las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa». Sin embargo, la

<sup>23</sup> Esta es la argumentación seguida por VERA JURADO, D. J. *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, cit., págs. 187 y ss. No obstante, el mismo autor advierte que no es esta la posición adoptada por la legislación sectorial. En cualquier caso, no parecen existir dudas acerca de la virtualidad del primer grupo, es decir, acerca de las sanciones disciplinarias en materia de medio ambiente.

<sup>24</sup> Entre otros podemos citar a LOZANO, B., *La actividad sancionadora de la Administración en defensa del medio ambiente litoral*, cit., págs. 19 y ss. y JAQUENOD DE ZSÖGÖN, *El Derecho ambiental y sus principios rectores*, Ed. Dykinson, S. A., Madrid 1991, pág. 187. También podemos encontrar ciertas reticencias a estas teorías en GARCÍA DE ENTE-RRÍA / FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., págs. 161 y ss.

<sup>25</sup> Publicada en el BOE de 3 enero 1992 y rectificada en el n.º 38, de 13 febrero 1992. Ha sido comentada por LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Ed. Civitas, S.A., Madrid 1994, págs. 391 a 394. Apoyándose en la citada STC, determina este autor el abandono por parte de aquél de la categoría de las relaciones de sujeción especial como elemento justificativo por sí solo del *bis in idem*.

resolución en su conjunto no se muestra tan radical en cuanto al cambio de doctrina, aceptando la posibilidad del *bis in idem*: «Es evidente que esta segunda sanción no se impone en ejercicio del *ius puniendi* que el Estado ostenta para reprimir las conductas tipificadas como delito o falta dentro del territorio nacional sino en uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre sus dependientes o funcionarios, esto es, en virtud de la relación jurídica estatutaria que vincula al funcionario con la Administración sancionadora».

Así pues, cabría hablar más bien de una concreción en cuanto al ámbito de exclusión del *non bis in idem*, restringiendo el acotado en resoluciones anteriores, sin perder de vista el sentido de las futuras sentencias del TC que con toda seguridad acabarán por dilucidar la cuestión.

Quizás encuentre un importante punto de inflexión el alto Tribunal en el párrafo tercero del art. 127 LPC, que, redactado un año después de la mencionada STC 234/1991, dispone que: «Las disposiciones de este Título IX «De la potestad sancionadora» no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual».

#### 2.4. El artículo 45.3 de la Constitución Española

El art. 45 CE es el único precepto constitucional en el que se realiza una referencia particular sobre el ámbito sancionador<sup>26</sup>, ocupándose, precisamente, de las sanciones ambientales. Según dicho precepto: «1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

De esta forma la protección ambiental recibe un tratamiento privilegiado en el texto constitucional mediante el reconocimiento de la importancia de las medidas represivas en la defensa del medio ambiente. De hecho, este artículo se va a convertir en el eje alrededor del cual van a girar todos los preceptos sancionatorios en materia de medio ambiente que va a permitir la imposición de sanciones derivadas de la comisión

<sup>26</sup> Es esta la única disposición constitucional que se refiere a la necesidad de imponer sanciones administrativas en relación a una materia determinada.

de ilícitos administrativos e, incluso, al señalamiento de la obligación de restitución o de indemnización de los daños y perjuicios que pudieran haberse cometido al dominio público (art. 130 LPC), pero no a la determinación de los daños cometidos en las personas o patrimonio de terceros como consecuencia de la emisión de vertidos contaminantes y la consecuente remisión para su efectiva realización al procedimiento administrativo de apremio<sup>27</sup>.

En síntesis, son tres los argumentos que aquí podemos destacar del art. 45 CE y, en concreto, de su párrafo tercero:

1°. Introduce el principio de legalidad, «en los términos que la ley fije», en las sanciones ambientales,

2°. Plantea el problema de la coordinación entre las sanciones penales y las administrativas. En este punto, parece conveniente atender al carácter del Derecho penal como última *ratio*, de tal forma que sólo aquellos atentados al medio ambiente considerados como muy graves puedan ser objeto de sanciones penales<sup>28</sup>.

Por otra parte, también se vislumbra en este párrafo la problemática referida a la posibilidad de la dualidad de sanciones, penal y administrativa, a una misma infracción, cuestión de la que ya nos hemos ocupado en el epígrafe anterior.

3°. Por último, el art. 45.3 *in fine* se refiere a «la obligación de reparar el daño causado». Este deber enlaza la primacía de los intereses ambientales sobre los económicos, dado el difícil equilibrio en el que se apoya la naturaleza en su conjunto. Además, esta obligación se establece como algo diferenciado de la sanción en sentido estricto –«así como»–, por lo que es perfectamente factible la separación entre el sujeto sancionado y el sujeto obligado a la reparación del daño<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> GIMENO SENDRA, V., y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La protección procesal del medio ambiente*, Poder Judicial, n° 37, Consejo General del Poder Judicial, Marzo 1995, págs. 146 y 147.

<sup>28</sup> Véase, en este sentido, ESCOBAR ROCA, G., *La ordenación constitucional del medio ambiente*, cit., pág. 121 y VERA JURADO, D. J., *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, cit., pág. 190. Ya la Recomendación 3ª del Congreso de Derecho Penal celebrado en Hamburgo en 1979 estableció esta idea: «en la preservación del medio ambiente corresponde el papel esencial a las disciplinas no penales. El Derecho penal debe intervenir, sin embargo, para asegurar la eficacia de la normativa de carácter no penal, principalmente del Derecho administrativo y Derecho civil. En este ámbito, el Derecho penal cumple ante todo una función auxiliar. Es preciso, no obstante, que el Derecho penal intervenga de forma autónoma en supuestos de atentado grave al medio ambiente» (citado por ESCOBAR ROCA, *loc. cit.*).

<sup>29</sup> ESCOBAR ROCA, G., *La ordenación constitucional del medio ambiente*, cit., pág. 122.

### 3. El principio «Quien contamina, paga»

Se trata de una máxima fundamental en la lucha contra la contaminación y degradación del medio ambiente, ampliamente reconocida a nivel internacional<sup>30</sup>. En realidad, este principio se proyecta en la creación y aplicación de diversos instrumentos dirigidos a la protección del medio ambiente, como lo son las sanciones administrativas, las indemnizaciones por daños ambientales y los instrumentos jurídico-financieros (especialmente el canon de vertido).

En virtud de este principio, las personas físicas o jurídicas responsables de la degradación del medio ambiente, deberán pagar los costes de las medidas necesarias para evitarlo o, en su caso, reducirlo<sup>31</sup>. La argumentación de fondo es sencilla. Todo vertido provoca unos costos externos que la Ley debe tratar de internalizar, incorporándolos a las funciones de producción o de consumo del sujeto contaminador<sup>32</sup>. Las empresas contaminantes obtienen mayores beneficios económicos, puesto que la producción mediante procesos no contaminantes suele resultar más cara. Ese beneficio se obtiene en detrimento del estado del medio ambiente, perteneciente a la colectividad, la cual va a soportar en última instancia aquellos costes de producción no asumidos por la empresa. Por lo tanto, la finalidad del principio quien contamina, paga es que dicha empresa soporte efectivamente, de una forma u otra (sanciones administrativas, tributos en materia de medio ambiente, pérdida de ventajas económico-financieras, etc.) esos costes de producción que en un principio trataba de externalizar.

En realidad, con este sistema van a ser también los ciudadanos quienes soporten aquellos costes, puesto que las empresas incluirán como costes de producción en el precio de sus productos aquellas cantidades que vía sanciones u otras medidas se vean obligadas a desembolsar. Sin embargo, parece más justo que sean aquellos ciudadanos que disfrutan de determinados bienes y servicios quienes deban soportar en exclusiva el peso económico de los costes que para el medio ambiente conlleva la producción de aquéllos<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> En su reunión de 26 de mayo de 1972, el consejo de la OCDE aprobó los «principios directores referentes a los aspectos económicos de las políticas ambientales en la perspectiva internacional, entre cuyas reglas directivas destacaba el principio *quien contamina, paga*. Poco después, la CEE recogía el principio consagrado por la OCDE a través de la Recomendación 75/436 CEE, de 3 marzo 1975.

<sup>31</sup> VERA JURADO, D. J., *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, cit., pág. 193.

<sup>32</sup> TOLEDO JÁUDENES, J., *El principio quien contamina, paga y el canon de vertidos*, Revista de la Administración Pública, n° 112, enero-abril, Ed. Civitas, S.A., Madrid 1987, pág. 299.

<sup>33</sup> En el mismo sentido, LOZANO, B., *La actividad sancionadora de la Administración en defensa del medio ambiente litoral*, cit., pág. 31 y VERA JURADO, D. J., *La disciplina am-*

## 4. Los contenidos de las sanciones ambientales

Hasta el momento hemos visto ciertos principios rectores acerca de las sanciones administrativas en general y también algunos aspectos igualmente básicos sobre las sanciones ambientales en el ámbito administrativo.

Nos proponemos ahora analizar con mayor profundidad cuáles son los elementos comunes al contenido concreto que las diferentes sanciones ambientales pueden integrar. De esta forma, las dividiremos en dos grupos. En primer lugar, las de contenido económico, y, en segundo lugar, aquéllas con un contenido sancionador de carácter funcional<sup>34</sup>.

### 4.1. Las sanciones de contenido económico

Son las utilizadas con mayor frecuencia y, por ello, las más conocidas.

Por lo general, las infracciones ambientales se clasifican en leves, graves y muy graves, en función del nivel de contaminación o degradación sufrido por el medio ambiente. Correlativamente, a cada infracción le es asignada una sanción. En otras ocasiones, la Administración goza de un mayor margen de discrecionalidad en la fijación de la sanción, pudiendo determinar el contenido de la sanción concreta, cuya cuantificación exacta se deja en manos de la Administración misma en función de la concurrencia de determinadas circunstancias objetivas y subjetivas<sup>35</sup>. Lo normal, en cualquier caso, es el establecimiento de una cantidad mínima y otra máxima dentro de las cuales la Administración deberá elegir.

---

*biental de las actividades industriales*, cit., pág. 193. Para GALLEGU GREDILLA, J. A., «El sector público en la economía de mercado (ensayos sobre el intervencionismo)», en AAVV, *Medio ambiente y ecología*, Ed. Espasa Calpe, S.A., Madrid 1979, pág. 308, el principio quien contamina, paga, no puede caracterizarse como eficiente en el sentido de que necesariamente conduce al logro de un óptimo económico, sino que lo único que excluye es la reducción deseada de que la contaminación se financie por los ingresos del Estado.

<sup>34</sup> No nos ocupamos aquí de las sanciones administrativas estrictamente disciplinarias, debido al mayor interés que para el tema aquí tratado presentan los aspectos que se abordan. Con todo, cabe mencionar que suelen consistir en privaciones de derechos de carácter no personal o funcional (suspensión temporal del cargo, traslados, pérdida de remuneración, etc.).

<sup>35</sup> Claro ejemplo de ello lo constituye el art. 17 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprobó el Reglamento que desarrolla la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, según el cual «podrán ser calificadas de graves o muy graves, según los casos, las instrucciones consistentes en los actos y omisiones contemplados en el artículo 108, g) de la Ley de Aguas, en función de los perjuicios que de ellos se deriven para el buen orden y aprovechamiento del dominio público, la trascendencia de los mismos para la seguridad de las personas y bienes y el beneficio obtenido por el infractor».

Sobre la discrecionalidad con la que actúa la Administración en materia de sanciones ambientales, puede verse *infra*, apartado 5.

No obstante, el problema que tradicionalmente han venido arrastrando las sanciones pecuniarias en materia ambiental ha sido el de su reducida cuantía. La incongruencia generada es la siguiente: las empresas prefieren pagar las multas que se les imponen por la contaminación producida, pues el incremento de costes que generaría una producción «limpia» –o menos contaminante, de acuerdo con los límites máximos establecidos– resulta mucho mayor que la cuantía de aquellas multas<sup>36</sup>. En consecuencia, las empresas se limitan a computar el monto de dichas sanciones entre sus costes de producción ya que esta les resulta la opción más rentable desde el punto de vista económico.

Para hallar la solución a este problema, debemos tener en cuenta que el principal objetivo de toda política ambiental, en la que se incluyen las sanciones administrativas en la materia, debe ser la reducción o eliminación de la contaminación y degradación del medio ambiente. Por ello, debe lograrse una cuantía tal en las sanciones ambientales que produzca, por parte de las empresas, la opción por la transformación de sus procesos productivos contaminantes. Es decir, que la solución, desde el punto de vista ecológico, pasa por mostrar a los ojos de la industria la producción «limpia» como económicamente más ventajosa que la contaminante, dados los criterios económicos por los que las empresas parecen guiarse de manera exclusiva. Y ello se consigue, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, elevando la cuantía de las multas por encima del incremento de costes inherente a la elección de un proceso de producción no tan contaminante, sin olvidar por ello la eficacia y el rigor en su aplicación.

Por otra parte, además de la elevación de la cuantía de las multas, también debemos destacar una medida complementaria que puede ser de gran ayuda en la consecución del cambio anteriormente mencionado. Se trata de la posibilidad de publicitar las resoluciones condenatorias, lo cual reviste gran eficacia disuasoria cuando nos encontramos ante empresas o industrias de alto potencial económico. Estas empresas son poseedoras de una imagen que, en la mayoría de los casos, les ha costado mucho conseguir, por lo que la publicación en la prensa de las infracciones junto con el nombre del infractor y la empresa comercial, puede llegar a constituir «una sanción efectiva y con consecuencias altamente lesivas para el sujeto responsable»<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> En este sentido, LOZANO, B., *La actividad sancionadora de la Administración en defensa del medio ambiente litoral*, cit., pág. 30. Véase *supra*, apartado 3.

<sup>37</sup> TORNOS MAS, J., *Las sanciones en materia de disciplina de mercado*, Revista Española de Derecho Administrativo, n° 13, abril-junio, Madrid 1977, pág. 241. Coincide este autor en el hecho de que si bien la cuantía de la multa es un daño rápidamente

#### 4.2. Las sanciones de contenido funcional

Junto a las de contenido pecuniario, destacan en materia de sanciones contra las agresiones al medio ambiente las de carácter funcional, que a su vez pueden clasificarse en dos grupos: en primer lugar, la revocación de las autorizaciones que permiten el ejercicio de las actividades empresariales o industriales; y en segundo lugar, la clausura temporal o definitiva de la empresa, establecimiento o industria infractora.

##### A) *La revocación de autorizaciones*

En estos supuestos se produce una verdadera caducidad del acto administrativo de autorización por el incumplimiento de las condiciones, en este caso ambientales, que llevaron a que se dictara aquél<sup>38</sup>.

Esta revocación con carácter de sanción no debe ser confundida con otras dos figuras similares: por una parte, las denominadas reservas de revocación, que posibilitan a la Administración la revocación, mediante indemnización, del acto en cuestión cuando así lo exija el interés público;<sup>39</sup> por otra parte, la revocación por variación de las circunstancias ambientales, que se produce cuando se da una alteración esencial de las circunstancias fácticas de naturaleza ambiental que fueron tenidas en cuenta a la hora de otorgar la correspondiente autorización<sup>40</sup>.

##### B) *La clausura de los establecimientos o industrias*

Se trata de una medida muy gravosa para el sujeto sancionado por lo que su uso debe ser excepcional. De esta manera, es normal que se exija para su aplicación una gravedad extrema o una reiteración en el incumplimiento de la normativa administrativa correspondiente. También contribuye a la excepcionalidad en su uso el especial perjuicio que, ante el cierre de una actividad empresarial, sufren los trabajadores de la misma. Esta dificultad de tipo laboral y social ya fue advertida hace algún tiempo

---

amortizable, el desprestigio que el conocimiento de una actuación fraudulenta lleva consigo puede ser un daño de difícil reparación. Pero, también advierte, la necesidad de que la publicitación se produzca con posterioridad a la firmeza de la resolución condenatoria pues de lo contrario el daño causado a la empresa puede ser inútilmente grave y de muy difícil subsanación.

<sup>38</sup> VERA JURADO, D. J., *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, cit., pág. 198.

<sup>39</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Civitas, S.A., Madrid 1995, 10ª ed., pág. 660.

<sup>40</sup> Claro ejemplo de este tipo de revocación podemos encontrarlo en el art. 16.1 del Decreto de 17 junio 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales según el cual «las licencias (...) deberán ser revocadas cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación».

por la doctrina al manifestar que en la actualidad la Administración no está dispuesta a cerrar establecimientos aumentando con ello el paro y la carga social que le supondría la situación de los despidos<sup>41</sup>.

Por otra parte, no se ha de confundir la clausura de actividades industriales como sanción administrativa y la clausura como intervención directa de la Administración. La finalidad de ambas es la misma, pero mientras en el primer caso el cierre obedece a la ejecución de un acto administrativo resultado de un procedimiento sancionador, en el supuesto de la coacción directa no existe procedimiento administrativo previo alguno, sino que obedece a una situación que, por motivos de urgencia, debe interrumpirse de forma inmediata<sup>42</sup>.

## 5. El principio de proporcionalidad y los criterios de ponderación en las sanciones ambientales

Como ya hemos señalado, la Administración goza de cierto margen de discrecionalidad, a veces mayor a veces menor, en la determinación de las sanciones ambientales concretas.

Así pues, puede observarse que la potestad sancionadora no es de carácter reglado, sino discrecional. No obstante, ello no debe desembocar en arbitrariedad, sino que debe servir para que las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes sean valoradas y tenidas en cuenta en su justa medida por la Administración, para, en fin, obtener la mayor eficacia posible en la protección del medio ambiente.

Esta situación actual indica una decidida superación de las dificultades con las que tiempo atrás tropezaba dicha discrecionalidad, fruto de la creencia de que la Administración Pública debía ser dirigida por el Parlamento con las menos lagunas posibles, lo que provocó un sin fin de leyes supuestamente perfeccionistas que, además de superar la capacidad de producción normativa del propio Parlamento, ralentizaba en exceso la actuación administrativa<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> TORNOS MAS, J., *Las sanciones en materia de disciplina de mercado*, cit., pág. 240. También el legislador ha observado este difícil problema y ha intentado articular medidas de protección de los trabajadores; v. gr. art. 85.4, II y III del Decreto 833/1975, de 6 de febrero, que desarrolla la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico y art. 36 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

<sup>42</sup> Sobre la cuestión de la intervención directa de la Administración puede verse, entre otros, CARRO, J. L., «Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 15, octubre-diciembre, Madrid 1977, págs. 605 a 627 y GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, cit., pág. 785 y ss.

<sup>43</sup> BULLINGER, M., «La discrecionalidad de la Administración Pública», *Revista La Ley*, Madrid 1987, n.º 44, pág. 904.

Así las cosas, la Administración debe poseer la flexibilidad necesaria para, en su quehacer diario, obtener la finalidad perseguida por la Ley. Ciertamente que no todas las actividades administrativas requieren con la misma intensidad ser llevadas a cabo a través de una potestad no reglada, pero es igualmente veraz la eficiencia alcanzada mediante la discrecionalidad en ámbitos como la moderna protección del medio ambiente<sup>44</sup>, en la que suele ser habitual la presencia de multitud de matices y circunstancias inesperadas o cambiantes<sup>45</sup>.

Y, precisamente, con la finalidad de que esa actividad administrativa de graduación derive en la obtención del nivel de justicia deseado, tal operación va a estar informada por el principio de proporcionalidad. Este principio, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>46</sup> y por la actual legislación<sup>47</sup>, exige la adecuación de la sanción a la infracción cometida, la cual será determinada en cada caso concreto por la Administración con la ayuda de los criterios de ponderación previamente especificados por el legislador.

En el caso de las sanciones ambientales, los criterios a tener en cuenta serán los siguientes:

#### A) Criterios y circunstancias de carácter objetivo

Podemos encontrar los siguientes:

1°. La comisión de la infracción en zonas especialmente protegidas por la normativa ambiental. En este sentido, el art. 85.6 del Decreto

<sup>44</sup> *Ibidem*, pág. 904.

<sup>45</sup> A pesar de esta aparente discrecionalidad de la potestad sancionadora de la Administración, SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, cit., págs. 103 a 105, hace notar la ausencia, en estos casos, de un elemento fundamental de aquel tipo de potestad: el interés público, aspecto básico de toda potestad no reglada, esto es, la necesidad de satisfacer un interés público específico, que no puede ser determinado ni cuantificado *a priori*.

Por su parte, el TS ha mantenido la opinión de que la potestad sancionadora de la Administración tiene un carácter reglado, pese a reconocer la presencia en este ámbito de «conceptos jurídicos indeterminados, con el margen de apreciación que demanda su halo de dificultad», según la STS de 23 de enero 1989 (RA 421). En la misma línea se sitúa la STS de 3 de abril de 1990 (RA 3578).

<sup>46</sup> La STS de 11 de junio 1992 de (RA 4625) declara que: «este Tribunal con reiteración viene manteniendo la procedencia de concretar las sanciones administrativas en contemplación de la infracción cometida, graduándolas con el adecuado) criterio de proporcionalidad ínsito en los principios ordenadores del Derecho sancionador, sopesando a tal fin las circunstancias concurrentes en el hecho constitutivo de la infracción sancionada».

<sup>47</sup> Art. 131.3 LPC: «En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada».

833/1975, de 6 de febrero, declara que en «las zonas declaradas de atmósfera contaminada o en situaciones de emergencia, las multas previstas en el presente artículo podrán imponerse hasta el duplo o el triple de su cuantía respectiva». Y,

2°. La naturaleza de los perjuicios causados al medio ambiente. Este criterio, cuya formulación general se contiene en el art. 131.3,B) LPC, implica la valoración de la gravedad del daño ocasionado al medio natural, a fin de determinar con un mayor grado de justicia la sanción a imponer. Ejemplos de ello los encontramos en el art. 100.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y en el art. 19.4 de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos.

#### B) Criterios y circunstancias de carácter subjetivo

Por lo que respecta a los elementos subjetivos concurrentes, su determinación requiere en todo caso la previa identificación del sujeto agresor del medio ambiente (presupuesto lógico de la posterior aplicación individual de la sanción), labor que en la mayor parte de los casos constituye el escollo de más difícil superación<sup>48</sup>.

Con todo, podemos indicar los siguientes criterios subjetivos:

1°. Grado de intencionalidad del infractor. Se trata de un aspecto también recogido por el art. 131.3,A) LPC, mediante el cual la culpabilidad (dolo y culpa) se convierte en elemento relevante a la hora de concretar las sanciones ambientales, de tal forma que incluso es posible aplicar las causas de exención de culpa que deriven del propio Derecho penal<sup>49</sup>.

2°. Reincidencia del infractor. Según el art. 131.3,C) LPC, se entenderá por reincidencia la «comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme».

Como ya vimos, esta circunstancia –también extraída del Derecho penal– podrá ser determinante a la hora de decidir la clausura temporal o definitiva de la empresa, establecimiento o industria contaminante en cuestión<sup>50</sup>. Y,

3°. Capacidad económica de la empresa o industria degradante. A diferencia de las demás, esta circunstancia es de carácter atenuante, es

---

<sup>48</sup> Más concretamente, suelen ser los supuestos de incendio y contaminación atmosférica la que presenta mayores dificultades a la hora de encontrar al sujeto activo de dichas infracciones, dadas las elevadas proporciones y el rápido desplazamiento que aquéllos suelen experimentar.

<sup>49</sup> VERA JURADO, D. J., *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, cit, pág. 209. Por su parte, la STS de 11 de junio de 1992 (RA 4625), hace referencia a la «es-ca-sa malicia» de la infractora.

<sup>50</sup> Véase, *supra*, apartado 4.2,B).

decir, que deberá ser tenida en cuenta cuando el elevado importe de la sanción administrativa pueda poner a la empresa en una situación económica peligrosa –por ejemplo, suspensión de pagos o quiebra– que afecte negativamente a los trabajadores o acreedores de la misma<sup>51</sup>.

En resumen, y en palabras de la STS de 23 de enero de 1989 (RA 421) «los principios propios del Derecho Penal, cuya virtualidad en el campo de las sanciones administrativas es notoria (...) determinan la plena exigibilidad de una individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho –criterio de prevención general– y a la personalidad del autor –criterio de prevención especial–». 

---

<sup>51</sup> VERA JURADO, D. J., *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, cit., págs. 208 y 209. Asimismo, ha de tenerse en cuenta también, el peligro que puede conllevar desvirtuar la justicia respecto la cantidad final a abonar basada en la manipulación fraudulenta realizada por parte de la empresa respecto su situación económica real.



# LA COOPERACIÓN PROVINCIAL EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMPETENCIA MUNICIPAL. SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

M<sup>a</sup> Teresa Carballeira Rivera

Profesora de Derecho Administrativo  
Universidad de Santiago de Compostela

## 1. Introducción

La definición de los cometidos competenciales de la provincia en el actual Estado autonómico sigue siendo una asignatura pendiente del modelo territorial español. Que ello es así lo demuestra la inquietud doctrinal que sigue despertando el tema<sup>1</sup> pero también las numerosas resoluciones jurisprudenciales, no siempre convergentes y unívocas, que periódicamente se vierten sobre el régimen provincial y que han traído como resultado una definición del papel del ente provincial un tanto difuso y desubicado.

Pese al invariable afán que teóricamente preside cualquier pronunciamiento y que no es otro que el de preservar su autonomía al amparo de lo establecido en el art. 137 CE, lo cierto es que poco queda de aquella visión provincial de los años ochenta en la que se postulaba dicho ente como puente entre el nivel municipal y el autonómico. Intentando hacer una síntesis de lo que se va a analizar en el presente trabajo, podemos

<sup>1</sup> Así, DÍAZ REVORIO, J. y BELDA PÉREZ PEDRERO, E., «LA provincia y la diputación. Antecedentes, configuración constitucional y algunos argumentos a favor y en contra de su permanencia», REALA n° 284, 2000, pág. 649 a 679.

decir que únicamente ha quedado de aquel primer diseño la actividad de apoyo a los municipios en cuya ordenación influirá decisivamente el poder de coordinación autonómica. Otra vertiente competencial típica sigue siendo el asesoramiento técnico, jurídico y económico cuyo reconocimiento y garantía están totalmente amparados por la jurisprudencia y la legislación local. Se trata por tanto, de una competencia tradicional de las Diputaciones que nunca ha sido cuestionada ni limitada sino todo lo contrario, por lo que su recto ejercicio debe potenciarse al máximo.

En cuanto a las actuaciones en el ámbito supramunicipal, se está procediendo a un progresivo desplazamiento de la entidad provincial, ora porque se atribuyen a otro ente local no territorial (áreas metropolitanas, comarcas, mancomunidades, consorcios, etc.), ora porque se le da carácter subsidiario a la actuación de la Diputación en este ámbito. A lo dicho ha de sumarse la insustancialidad material y funcional que ha querido verse en materia de fomento de los intereses provinciales con el consiguiente desapoderamiento por subsunción de éstos en el interés autonómico.

Para abordar su estudio empezaremos, pues, por describir, siquiera someramente, los presupuestos de partida legales y jurisprudenciales sobre los que se ha vertebrado la realidad provincial para acto seguido analizar los principales cambios a que se está viendo sometida y, finalmente, dar unas pinceladas sobre su previsible evolución y reajuste en el Estado autonómico.

## 2. Los presupuestos de partida: provincia en la Constitución española y en la LBRL

Como es bien conocido, la provincia se configura en el art. 137 CE como un ente local territorial esencial, base de la organización del Estado, al que se le reconoce, junto con el municipio, «*autonomía suficiente para la gestión de sus respectivos intereses*». Junto a este precepto, el art. 141 CE cierra la normativa constitucional sobre la provincia, configurándola como «*una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado. Cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante Ley orgánica*». Y respecto de su forma de gobierno se afirma que estará encomendado «*a Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo*».

Pese a la parquedad de los contenidos constitucionales, los datos que aportan fueron suficientes para definir los rasgos esenciales de la provincia como ente local en el sistema autonómico que nacía en ese momento. Las primeras conclusiones que se extrajeron de la lectura constitucional

nos daban buena cuenta de una nueva realidad provincial orlada por las notas de la indisponibilidad y la autonomía. La primera de ellas se deducía de la concepción de la provincia como parte del sistema organizativo territorial del Estado y, en esa medida, imprescindible. La segunda, de la expresa atribución de este poder ligado a la gestión de los intereses propios del ente y cuyo contenido se delimitará a través de un proceso hermeneútico posterior. Y respecto de las competencias y gobierno de la provincia, su concreción se difiere a la normativa de desarrollo posterior para lo cual habrá de estarse a las limitaciones constitucionales descritas y a las alternativas supramunicipales que igualmente ampara el texto constitucional vía art. 141.3 y 152.3 CE.

Así pues, con la llegada de la Constitución nos encontramos con el reconocimiento de la provincia como un ente local territorial, decisivo, incuestionable y merecedor de un tratamiento legislativo en armonía con los principios democrático y de autonomía.

Basándose en estas referencias, el Tribunal Constitucional, procederá a la integración de estos conceptos jurídicos y la definición competencial de la entidad provincial. En concreto las conocidas STC 4/1981, de 2 de febrero, 32/1981, de 28 de julio, 227/1988, de 29 de noviembre, y 214/1989, de 21 de diciembre, entre otras muchas, serán las que marquen la pauta en la materia. De ese cuerpo de doctrina cabe extraer las siguientes consideraciones de general conocimiento en lo que al régimen provincial se refiere:

a) La Constitución española reconoce y garantiza la autonomía de las provincias en una doble vertiente: asegurando la «*existencia de la entidad*» en todo el territorio (no su número), y «*estableciendo un núcleo o reducto indisponible para el legislador*», constituyéndose así en límite infranqueable para la normativa de desarrollo. A esta especial preservación, que trata de suplir el silencio de la Constitución en la materia se le denominará garantía institucional de la autonomía local.

b) El régimen local tiene *carácter bifronte*, lo que supone que los entes locales se someterán a los dictados de la legislación estatal dictada ex art. 149.1.18 CE y las Comunidades Autónomas según lo dispongan sus respectivos Estatutos.

c) En cuanto al ámbito competencial, la autonomía supone *el derecho de la comunidad local a intervenir* en cuantos asuntos afecten a sus intereses. Lo que quiere decir que «la autonomía no garantiza un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino *la preservación de la institución e términos reconocibles* para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar». A *contrario sensu*, la autonomía se desconoce cuando la institución se limita de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para *convertirse en un simple nombre*. En definitiva,

se efectúa una lectura de mínimos de la autonomía local<sup>2</sup> en virtud de la cual la Constitución no garantiza un determinado elenco de competencias ni un determinado nivel de participación, aunque sí un mínimo de competencias para el ente local. Su integración se hará siguiendo el criterio del interés, de modo que cuando en una materia esté implicado un interés provincial debe dotarse de competencias a la provincia. La atribución concreta de competencias se realizará por el legislador estatal y autonómico siguiendo dicha regla.

d) Igualmente, hablar de autonomía es hablar de *inexistencia de controles de oportunidad* y de concesión de una serie de *potestades administrativas y medios financieros* básicos para llevar adelante su cometido.

En consonancia con estos principios, la LBRL se encargó de rellenar el contenido competencial de municipio y provincia. Por lo que atañe a ésta última, se establecen dos órdenes de competencias en términos cuantitativos que no cualitativos, con sus respectivos instrumentos de actuación. Por un lado, la legislación básica estatal se encarga de definir el núcleo esencial o *núcleo competencial definido* de las provincias españolas en el art. 36.1 LBRL y los arts. 26.4 y 31.2 LBRL que le sirven de complemento. Y, por otro, en los arts. 2, 7 y 8 LBRL se definen las reglas y principios que han de guiar al legislador sectorial en el proceso posterior de atribución de competencias provinciales, esto es, lo que llamaremos *núcleo competencial definible*.

### 2.1. El núcleo competencial definido

Según el legislador básico estatal, el núcleo competencial definido queda establecido en el art. 36 LBRL. Serán competencias propias de las Diputaciones provinciales:

a) La **coordinación de los servicios municipales entre sí** para la garantía de la prestación integral y adecuada a que se refiere el art. 31.2.a) LBRL (art. 36.1.a) LBRL).

b) La **asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica** a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión (art. 36.1.b) LBRL).

---

<sup>2</sup> Sobre la necesidad de avanzar un paso más en la definición de la autonomía local y dotarla de un contenido positivo, vid. FONT I LLOVET, T. «La renovación del poder local: avances en la configuración jurídica e institucional del gobierno local», en *Anuario del gobierno local 2001*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, pág. 24, donde señala lo inadecuado que resulta el uso de la categoría de la garantía institucional para la autonomía local ya que con ella «nada se avanza en la exigencia de una determinada *calidad* de las competencias tal como demanda la Carta Europea de Autonomía Local, la cual se refiere, como es sabido, a la capacidad *efectiva* para *ordenar*, esto es, regular decisoriamente, y no sólo gestionar una parte importante de los asuntos públicos».

El art. 26.3 LBRL introduce unas especificaciones sobre sendas competencias señalando que «la asistencia de las Diputaciones a los municipios, prevista en el art. 36, se dirigirá preferentemente al establecimiento y adecuada prestación de los **servicios públicos mínimos**, así como la garantía del desempeño en las Corporaciones municipales de las **funciones públicas** a que se refiere el número 3 del artículo 92 de esta Ley» (secretaría, contabilidad, intervención, tesorería y recaudación). A los efectos de cumplir estas dos obligaciones, la Diputación aprobará anualmente un *Plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal* cuyo fin será asegurar el acceso de la población a los *servicios mínimos de competencia municipal*. (art. 36.2 LBRL).

c) La prestación de **servicios públicos de carácter supramunicipal** y, en su caso, supracomarcal (art. 36.1.c) LBRL)

d) En general, el **fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia** (art. 36.1.d) LBRL).

La articulación de estas competencias propias se llevará a cabo conforme a la regla finalista que establece el art. 31.2 LBRL y que exige a las Diputaciones provinciales garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipal en su territorio y, en particular «asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los *servicios de competencia municipal*».

A poco que nos fijemos en los preceptos transcritos nos daremos cuenta de que la determinación del núcleo competencial definido por la legislación básica pivota sobre dos elementos: el funcional y el carácter vicarial de la provincia respecto de los municipios. En otros términos y según parece desprenderse de la LBRL, la naturaleza de las competencias provinciales no responde a un criterio aleatorio sino que viene definida desde su carácter de *agrupación de municipios*. Quiere decirse con ello, tal como señala Jerónimo Arozamena<sup>3</sup>, que la definición de la provincia como agrupación de municipios adquiere un incuestionable protagonismo cuando se aplica a la determinación de las funciones provinciales, «concepción que no supone considerarla como unión de entidades municipales, [...] sino que sí tiene sentido constitucional entenderla desde la perspectiva funcional que debe cumplir en relación a los municipios», esto es, una instancia de apoyo municipal, especialmente de aquellos que por su déficit económico y asistencial en los aspectos técnicos, económicos y jurídicos, están más necesitados de apoyo y que ciertamente son los municipios rurales y los de baja población.

<sup>3</sup> AROZAMENA SIERRA, J. *Los poderes locales en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 54.

Sentado, pues, que la naturaleza y fin primordial de la Diputación provincial es convertirse en ente de proyección municipal y de apoyo logístico, cabe efectuar una nueva relectura del citado art. 36 LBRL para establecer una prelación de funciones provinciales que, con carácter propio e irrenunciable, le son asignadas a las Diputaciones provinciales. A nuestro entender son, por este orden, las siguientes:

- Cooperar y asistir a los municipios en la prestación de los servicios mínimos obligatorios y las funciones públicas primordiales.
- Cooperar y asistir en la prestación de los restantes servicios públicos locales.
- Prestar servicios de carácter supramunicipal.
- Fomentar y administrar los intereses peculiares de la provincia.

## 2.2. El núcleo competencial definible

Evidentemente, el hecho de fijar unos mínimos competenciales de obligada observancia no agota el ámbito competencial de las Diputaciones provinciales que, como se sabe, ha de ir rellenándose paulatinamente por la legislación sectorial que dicte el Estado y las Comunidades autónomas. En aras de concretar al máximo posible las reglas de actuación del legislador, la ley básica local determina los *principios, condicionantes* y *vías* para realizar este proceso de incorporación competencial a la esfera provincial.

Los *principios* que rigen la atribución de competencias provinciales vienen perfectamente señalados en el art. 2 LBRL y no son otros que los de participación, descentralización y servicio al ciudadano. Así, se dice que las provincias tienen «*derecho a intervenir* en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses», por lo que la legislación estatal y autonómica sectoriales deberán atribuirles las competencias que procedan «de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa al ciudadano». Dicho sucintamente, el legislador sectorial es el encargado de definir en cada momento las competencias propias provinciales siguiendo la máxima de la *descentralización, acercamiento al ciudadano y participación*. Participación que se extiende no sólo al ejercicio de actividades materiales sino también a actividades funcionales como las de coordinación de la Administración local con la de la Comunidad Autónoma y la del Estado (art. 31.2 LBRL) y que, como vimos, ha de tener la suficiente entidad como para permitir al ente configurar políticas públicas propias de gobierno.

En cuanto a los *condicionantes*, la LBRL nos recuerda que el instrumento de atribución de competencias propias es la Ley (art. 7 LBRL). Y que la misma se deberá de efectuar teniendo en cuenta las *características de la acti-*

*vidad pública* de que se trate y la *capacidad de gestión* de la entidad local (art. 2 LBRL). Una vez atribuidas, las competencias propias serán ejercidas en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida *coordinación* en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas (art. 7 LBRL). En esta línea, los arts. 10 y 59 LBRL recogen las reglas básicas de la coordinación de la actividad provincial y la hacen girar en torno a las siguientes notas: a) Consiste en la fijación de objetivos y prioridades de la acción pública a las que habrán de someterse las Diputaciones provinciales; b) Recae sobre actividades o servicios provinciales que trasciendan el interés propio o incidan, condicionen o complementen las de otros entes territoriales superiores; c) No ha de suponer merma de la autonomía local; y, d) Puede articularse a través de planes sectoriales o normas reglamentarias.

Por último, respecto de las *vías* de integración del abanico competencial provincial, se establece, siguiendo las fórmulas tradicionales de traslación competencial, las de la transferencia, en los términos vistos, la delegación y la encomienda de gestión (arts. 7 y 8 LBRL).

### 2.3. El ámbito sustantivo de las competencias provinciales

La determinación competencial que opera la LBRL es, no obstante imperfecta en la medida en que la competencia provincial se define a través de la función y no de la materia. Ello obliga a un esfuerzo exegético suplementario de todos los operadores jurídicos para concatenar la acción atribuida a las Diputaciones provinciales con el campo de actuación donde desplegar la misma. Habida cuenta de esa vocación municipalista que caracteriza a las competencias provinciales y de la posición de ente territorial intermedio que ocupa en el entramado organizativo estatal, los resultados de esta labor interpretativa no pueden ser sino los de una absoluta identificación del ámbito sustantivo provincial con el municipal. En concreto, y a nuestro modo de ver, podría concluirse lo siguiente:

a) El ejercicio de las «funciones asistenciales y cooperantes» encomendadas a las Diputaciones provinciales por el art. 36 LBRL recae sobre los *ámbitos sustantivos de la competencia municipal* fijados por los arts. 25 y 26 LBRL, por lo que ninguno de los sectores o servicios allí recogidos le serán ajenos a las Diputaciones en el cumplimiento de tales funciones.

b) Los «intereses peculiares» provinciales a que alude el art. 36.1.d) LBRL se determinarán por el legislador sectorial en atención al criterio del art. 2 LBRL, esto es, «cuando afecten directamente al círculo de sus intereses». Llegamos así a un juego de remisiones tautológicas sin contenido sustantivo en donde el interés provincial se define en función de las

materias que sean de su interés, lo que equivale a cerrar el razonamiento sobre el vacío. ¿Cuáles son las materias de su interés? Si aplicamos por extensión analógica las contempladas en materia de cooperación y asistencia y si mantenemos el criterio de que el ámbito competencial de las Diputaciones provinciales se determina a partir de su configuración como agrupación de municipios, parece que lo correcto será entender que *no existe un interés provincial con sustantividad propia y diferenciada del interés municipal* y, por ende, del ámbito material atribuido a los municipios. Por tanto, la atribución de competencias que se realice a favor de las provincias siguiendo el art. 36.1.d) LBRL deberán versar sobre las materias recogidas en los arts. 25 y 26 LBRL cuando su gestión y prestación sean más aconsejable realizarlas desde el ámbito provincial. Pensemos, por ejemplo, en determinadas actuaciones en materia de protección ambiental, turismo, coordinación de planificación urbanística, gestión tributaria o transporte que, por el necesario grado de coordinación y eficacia a que se deben ver sometidas, aconsejen su gestión en el nivel provincial.

c) Por último, la prestación de «servicios de carácter supramunicipal» a que se refiere el art. 36.1.c) LBRL, sigue la misma línea apuntada, debiendo entenderse por tales aquellas actividades o servicios de competencia municipal ejercidos por éstos y otros entes locales que, por sus características resulte más adecuada su prestación en este nivel, bien porque su planificación o programación deba efectuarse desde este nivel habida cuenta de las entidades implicadas, bien porque se logra una mayor eficacia en su gestión.

### 3. La legislación autonómica de desarrollo del régimen local

A resultas de lo expuesto, parece más que evidente que la intervención del legislador autonómico en la definición del papel competencial de las provincias es fundamental, no ya por el poder de complementariedad que tiene de los preceptos básicos de la LBRL sino por el poder de adaptación de la entidad provincial a la realidad de su territorio –única vía posible, por lo demás, de desuniformizar el régimen español– dentro, claro está, de los márgenes que le confía el legislador y sin perjuicio del núcleo definido.

Aparte del poder configurador que le permiten los Estatutos de Autonomía –donde existe bastante uniformidad en todas las Comunidades Autónomas en lo que atañe a la regulación de la figura provincial– las leyes de desarrollo del régimen local autonómicas son la pieza clave para determinar el ámbito competencial mínimo de las provincias. Una buena muestra de ello son, por la diferente visión que en ellas se vierte,

la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, con una incisiva regulación de la entidad provincial, y la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, más respetuosa y condescendiente con el hecho provincial. Reconduciendo el estudio de los efectos de la normativa autonómica a ésta última, vemos como el legislador gallego optó por pulir el perfil competencial de las Diputaciones provinciales en los siguientes términos<sup>4</sup>:

a) La cooperación provincial se dirige hacia pequeños municipios, preferentemente a los de menos de 20.000 habitantes (art. 109)

b) Se concretan las funciones asistenciales determinando las modalidades de asistencia jurídica (emisión de informes o asesoramiento, art. 113), económica (informes y asesoramiento, cesión de material, concesión de subvenciones a fondo perdido, concesión de créditos, art. 114), técnica (elaboración de estudios en sectores y en materia de organización administrativa, art. 115) y en materia de formación del personal (art. 116).

c) Se establece la subsidiariedad de la entidad provincial en la prestación de servicios supramunicipales, que pasa así a cumplir un papel secundario de modo que serán realizados por éstas cuando no los realice otro ente local. Para ello se firmará el correspondiente convenio y se prestarán directamente o a través de la figura consorcial (art. 117)

d) Se otorga un escaso y leve papel en materia de dispensa de prestación de servicios mínimos obligatorios municipales. Contrariamente a lo dispuesto por los arts. 26.3, 31.2 y 36.2 LBRL que situaban la cooperación a la prestación de los servicios mínimos municipales como función preferente de las Diputaciones provinciales, y en esa medida, de legalidad bastante sospechosa, la Ley gallega se mueve con sobradas cautelas para otorgar el obligado papel que en este terreno deben cumplimentar las Diputaciones provinciales. Así, señala que sólo en aquellos casos en que no se requiera solicitud de dispensa municipal expresa –la mayor parte de las veces– asumirá la competencia la Diputación provincial siempre que se den los siguientes presupuestos: a) que lo proponga la Diputación provincial; b) que no se opongan los municipios interesados; c) que lo apruebe el Consello de la Xunta (art. 84.2). Llegados a este supuesto, la Xunta colaborará con la Administración provincial en el establecimiento de los servicios mínimos deficitarios o en su adecuada prestación. En los restantes casos, será la Comunidad Autónoma la que garantice directamente la prestación de los servicios (art. 85).

<sup>4</sup> Vid. CARBALLEIRA RIVERA, M. T., «Comentarios a la Ley de Administración Local de Galicia», *Revista Xurídica Galega*, n.º, 17, 18 y 19, 1999.

e) Vinculación de la actividad provincial a los regímenes especiales municipales determinadas por la Comunidad Autónoma. Según la Ley gallega, los municipios pueden catalogarse en Municipios turísticos histórico-artísticos, industriales, pesqueros y rurales. El procedimiento se iniciará a petición del mismo o de oficio por Xunta y entre los beneficios que arrastra tal catalogación se halla la preferencia en los Planes provinciales de cooperación a las obras y servicios municipales (POS) y el otorgamiento de asistencia técnica especial y planes especiales de actuación. (arts. 88 a 100). También se vincula la elaboración de los POS a la planificación comarcal de modo que éstos tendrán el carácter de marco de referencia para la elaboración del planeamiento provincial (art. 111.2).

#### 4. El progresivo vaciamiento de las competencias provinciales

Partiendo de este diseño legal apoyado negativamente en la preservación de un mínimo competencial y positivamente en el derecho de participación, podría pensarse que la vitalidad de las Diputaciones provinciales iría *in crescendo*, una vez se redefiniesen los espacios autonómicos y municipales. Sin embargo, la situación en la que se encuentran las provincias en la actualidad se coloca en las antípodas de este diseño legal. Y ello por un doble motivo: el núcleo competencial esencial definido en la LBRL ha ido vaciándose progresivamente; y las técnicas dispuestas para la paulatina integración del ámbito competencial definible prácticamente no se han articulado. Pero analicemos con mayor detenimiento estos puntos.

##### 4.1. Vaciamiento de las competencias propias definibles

En este terreno las argumentaciones sobran a la vista de los hechos legislativos y las reivindicaciones esbozadas por el nivel provincial en el conocido Pacto Local. Prácticamente ninguna Comunidad Autónoma ha realizado transferencias a favor de las Diputaciones provinciales en materias sectoriales sino todo lo contrario<sup>5</sup> y cuando lo han hecho ha sido para justificar la legitimidad constitucional de la norma entregando competencias residuales y simbólicas a las Diputaciones provinciales. De hecho, abundan los ejemplos de transferencias en sentido inverso, de las Diputaciones provinciales a las Comunidades Autónomas, en un intento de recuperación competencial poco respetuoso con los principios que ordenan la distribución de competencias entre los distintos niveles territoriales.

<sup>5</sup> Así lo ha reflejado recientemente QUINTANA LÓPEZ, T., « Las Diputaciones provinciales en Castilla y León. Balance y perspectivas», REAL n° 285, 2001, pág. 97-134.

Por su parte, la delegación y gestión ordinaria de competencias han seguido la misma suerte que las transferencias, propendiéndose a favorecer con la articulación de estas fórmulas de relación competencial los niveles municipales y comarcales en un claro intento de restar fuerza a la entidad provincial.

#### 4.2. Vaciamiento de las competencias propias definidas

Por lo que atañe a las competencias propias definidas en la LBRL, la cuestión no ha mejorado sino que ha ido recortándose el ámbito de actuación de la entidad provincial, en este caso, por la fuerza de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa. El punto de inflexión lo ha marcado la STC 109/1998, de 21 de mayo, que socava ostensiblemente el núcleo mínimo esencial de las competencias provinciales recogidas en la LBRL reduciéndolas a las fijadas en los apartados a) y b) del art. 36 LBRL. Ciertamente que esta decisión jurisprudencial quiere circunscribirse al ámbito autonómico catalán. Sin embargo, habida cuenta de la conformidad de la legislación preconstitucional en la que se basa y su conciliación con el contenido constitucional de la autonomía provincial, así como del carácter general y abstracto de alguno de sus razonamientos jurídicos, no parece que existan serios impedimentos para extrapolar tales decisiones del Tribunal Constitucional a otros ámbitos autonómicos<sup>6</sup>, caso de existir una voluntad política que los anime.

La citada sentencia resuelve, como es bien conocido, seis cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas por el TSJ Cataluña con ocasión de la aplicación de la Ley 5/1987, de régimen local catalana y la Ley 23/1987, por la que se establecen los criterios de financiación del Plan Único de Obras y Servicios. Toda su fundamentación jurídica gira en torno de un elemento estructural: *identificar el núcleo esencial de la autonomía provincial con el apoyo económico a los municipios radicados en su ámbito territorial*. Para ello parte de tres ideas centrales abundantemente citadas en su jurisprudencia: a) de acuerdo con el art. 137 CE, el legislador ha de respetar un «mínimo competencial» que, como competencias propias, ha de reconocerse al ente provincial, b) cabe la posibilidad de que el legislador básico pueda «disminuir o acrecentar las competencias hoy existentes, pero no eliminarlas por entero», dado que la garantía institucional de la autonomía provincial permite realizar afectaciones de la esfera competencial siempre que «no menoscaben o vulneren el núcleo esencial e indisponible de la autonomía provincial», y c) existirá infracción de la garantía

---

<sup>6</sup> En este sentido se pronuncia también CARRO FENÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «Autonomía provincial y Plan Único de Obras y Servicios (STC 109/1998, de 21 de mayo)», RAAP n.º 13, 1998, pág.452.

institucional cuando «tras la injerencia, no subsista una verdadera capacidad decisoria propia del ente local» (FJ 2).

Pues bien, tomando estas clásicas referencias, el Tribunal Constitucional procede a hacer una verdadera *relectura* del art. 36 LBRL a la luz de la CE, concluyendo que lo que realmente cabe considerar como núcleo mínimo competencial y, por tanto, norma básica, no es aquel precepto en su integridad sino única y exclusivamente los apartados a) y b) en los que se recogen las funciones provinciales de cooperación y apoyo a los municipios a los servicios municipales radicados en su ámbito territorial:

*«Cabe considerar como núcleo de su actividad el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial, a cargo de las Diputaciones provinciales u otras Corporaciones de carácter representativo; actividad que se traduce en la cooperación económica a la realización de las obras y servicios municipales, y que es llevada a la práctica a través del ejercicio de su capacidad financiera o de gasto público por parte del ente provincial» (FJ 2).*

Así pues, esta nueva interpretación jurisprudencial de las competencias mínimas de las Diputaciones Provinciales implica un desfallecimiento del carácter básico de los apartados c) y d) del art. 36.1 LBRL ya que únicamente se puede entender que es «esa actividad cooperadora, pues, la que cabe identificar como el núcleo de la autonomía provincial» (FJ 2).

A partir de este razonamiento, se irá debilitando el perfil supramunicipal de la entidad provincial y con él las competencias de las Diputaciones provinciales en dicho ámbito. Y al mismo tiempo, se afectarán algunos aspectos de las competencias que conforman ese núcleo esencial definido. Podemos, por tanto, distinguir tres niveles de injerencia de las competencias provinciales mínimas: en materia de cooperación municipal (1), en materia de fomento de intereses netamente provinciales (2) y en materia de prestación de servicios supramunicipales (3).

*A) En materia de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal*

La tónica dominante de funcionamiento de las Comunidades Autónomas en materia de cooperación municipal ha discurrido en una doble dirección: A) dirigir y restringir el poder de actuación de la entidad provincial en la materia vía coordinación; y B) mantener en su poder una cuota de participación en las actividades de cooperación municipal, que en raras ocasiones ha sido transferida al ámbito provincial. Este último supuesto no ha sufrido apenas alteración ni cuestionamiento en vía judicial pese a que, como se vio, los principios informadores de la distribución de competencias en el nivel local sí aconsejan un replanteamiento de la situación en clave descentralizadora y de acercamiento al

destinatario de la acción. Sin embargo, los intentos del nivel autonómico por redireccionar las facultades de coordinación como medio de modulación de las competencias provinciales han tenido una notable contestación en sede judicial y constitucional con el consiguiente refuerzo de esta técnica en detrimento de la inicial concepción de la autonomía provincial. La citada STC 109/1998, de 21 de mayo, es un buen exponente de lo dicho. De su lectura se puede extraer una nueva batería de mecanismos de coordinación autonómica que, a entender del Tribunal Constitucional, no vulneran las potestades decisorias de las Diputaciones en materia de cooperación a las obras y servicios municipales. Son los siguientes:

a) La competencia básica provincial de cooperación económica municipal no incluye a las actuaciones instrumentales de la misma reconocidas en el art. 36.2 LBRL: El hecho de establecer como núcleo competencial definido de las Diputaciones provinciales la cooperación económica a la realización de las obras y servicios municipales, no conlleva dotar de ese mismo carácter a las técnicas planificadoras utilizadas para la consecución de tal fin, ya que como dice el Tribunal Constitucional en la STC 109/1998, una cosa es la función competencial y otra la técnica:

«Hay que distinguir con nitidez entre lo que son, de un lado, las competencias propias de las Diputaciones provinciales –citadas en el art. 36.1 LBRL– y lo que, de otra parte, no pueden calificarse sino como actividades instrumentales previstas por el legislador básico para el desempeño de algunas de dichas competencias, a los que se dedica el segundo apartado del artículo 36 LBRL» (FJ 7).

En otros términos, el hecho de que se sustituyan los Planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal (en adelante POS) por otro tipo de plan como el Plan Único de obras y servicios (en adelante PUOS) «no anula, ciertamente, el ejercicio de la competencia de cooperación económica (art. 36.1.b) LBRL) hasta el punto de hacerla desaparecer, toda vez que, como se desprende ya de la sola lectura del artículo 36.2.b) LBRL, aquélla no se agota con la aprobación anual de un plan provincial de obras y servicios» (FJ 7). Consiguientemente, *la confección del POS no forma parte del núcleo esencial de la autonomía provincial* por lo que podrá ser sustituida este instrumento de ordenación por otro siempre y cuando se de participación al ente en la confección del plan sustitutivo –aunque no se perfilan los márgenes de esta participación–, las aportaciones provinciales redunden en el ámbito territorial provincial y no se eliminen otras posibilidades de cooperación económica a las Diputaciones:

«En suma, dado que se satisface la inexcusable participación de las Diputaciones en la elaboración del Plan Único, así como que se produce

una adecuada correlación entre las aportaciones a dicho Plan y los municipios de su ámbito territorial en que aquélla repercuten y, en fin, que permanece subsistente la posibilidad de que las Diputaciones catalanas desempeñen su competencia de cooperación económica a los municipios mediante cualquier otra fórmula (art. 89.2 del la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña), no necesariamente encauzada a través de las obligatorias aportaciones al Plan Único, ha de concluirse que los preceptos enjuiciados no vulneran la autonomía provincial» (FJ 7).

b) Las aportaciones provinciales al PUOS podrán verse condicionadas por la decisión autonómica. Al respecto señala el TC que *hay un límite* de obligada observancia y es que tanto el legislador estatal como autonómico tienen vedado, en su vertiente presupuestaria «la unilateral y previa determinación del montante o volumen en que han de consistir dichas aportaciones provinciales presupuestarias, sin dejar a las Diputaciones espacio de maniobra alguno para determinar, en virtud de su libre capacidad de decisión político-administrativa, el concreto quantum de tales aportaciones al Plan Único» (FJ 11).

Respetado este límite, cabe imponer modulaciones al ejercicio de la voluntad financiera de las Diputaciones provinciales, en el sentido de exigir un mínimo presupuestario:

«Sí cabe que, con el fin de garantizar la operatividad de éste, se introduzcan condicionamientos para que las aportaciones provinciales, en el marco de libre decisión que implica la potestad presupuestaria del ente local, se atenga a módulos objetivos, siempre y cuando éstos se orienten a la indicada finalidad y se trata de criterios dotados de proporcionalidad» (FJ 11).

Según el Tribunal Constitucional, una fórmula válida sería, por ejemplo, tomar como referencia las aportaciones provinciales realizadas en años anteriores para este mismo fin aunque en distintos instrumentos planificadores. Nótese, como habrá posibilidad de constatar, que la imposición de este tipo de condicionantes presupuestarios le está vedado a las Diputaciones provinciales respecto de los municipios en la elaboración del POS. La concepción asimétrica del principio coordinador parece correr pareja a los sujetos que lo articulan.

c) Todo lo dicho será sin perjuicio de salvar un ámbito de actuación de las Diputaciones provinciales que le permita ejercer sus competencias de apoyo económico a los municipios por otra vía. «La subsistencia de otras fórmulas y cauces para cumplir la función de cooperación económica a los entes municipales, no absorbidas por el Plan Único de obras y servicios de Cataluña, [es] la que suministra legitimidad constitucional a la delimitación del referido plan como instrumento coordinador»

(FJ 12). Dicho en otros términos, deben reputarse inconstitucionales aquellas medidas de carácter coordinador que impiden a la provincia ejercer sus funciones de cooperación económica a través de otros instrumentos o políticas de apoyo. Por tanto, la visión de un plan único con afán integrador de toda la cooperación económica a las obras y servicios de los municipios no es legítima en tanto que niega un margen de libre decisión a las Diputaciones provinciales:

«Así pues, según el tenor literal del cuestionado artículo 2.3, a través del Plan Único habría de canalizarse no ya la manifestación fundamental en que se proyecta la cooperación económica de las Diputaciones con los municipios, cual es, sin duda, la financiación de inversiones en obras y servicios municipales, sino que dicho instrumento vendría prácticamente a absorber tal función de cooperación económica en su integridad. De este modo, el precepto que nos ocupa lesiona la autonomía provincial» (FJ 13).

En definitiva, la importante novedad que introdujo esta sentencia del Tribunal Constitucional nos adentra no sólo en una redefinición del núcleo competencial de la autonomía provincial sino también en la naturaleza misma de la técnica coordinadora. Contrariamente a lo que pensaba el Tribunal Constitucional en Sentencias como la 13/1988, de 4 de febrero o las del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1989 y 1 de septiembre de 1990, el reducto competencial indisponible de la provincia viene determinado única y exclusivamente por el art. 36.1.a) y b) LBRL, esto es, la asistencia y el apoyo económico a los municipios. Y su coordinación conlleva el respeto de unos escasos mínimos fijados desde la cantidad que no la cualidad, cuales son, abrir algún margen de libre decisión o a favor del ejercicio de esta actividad por su titular y permitir la participación del ente en la elaboración de instrumentos coordinadores. Ni el POS mismo y su elaboración (Art. 36.2 LBRL), ni la libertad presupuestaria entendida como un ejercicio incondicionado, ni la prosecución de intereses supramunicipales o provinciales forman parte de la autonomía provincial. En este mismo sentido se pronunció la STS de 20 de julio de 1999.

#### *B) En materia de fomento y administración de los intereses provinciales*

Esta progresiva reducción del núcleo competencial definido de las provincias y su identificación única y exclusivamente con las tareas de apoyo a los municipios, ha generado las correspondientes consecuencias sobre el resto del art. 36.1 LBRL. Por lo que atañe a las competencias contempladas en el art. 36.1.d) LBRL, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido categórica en su vaciamiento. Baste como muestra de botón las STSs de 21 de febrero de 2001 y de 13 de marzo de 2000 a pro-

pósito de las competencias provinciales en materia de fomento de museos y deportes.

Frente a las alegaciones de las Diputación provincial de Barcelona según las cuales «la competencia general de fomento y administración de los intereses peculiares de la provincia, con el alcance organizativo y servicial, es una competencia que forma parte de la garantía institucional de la autonomía provincial», y que el término «fomento» es un título competencial que se manifiesta como un título de carácter general con contenido propio, no solamente de promoción y ayuda, por lo que no pueden ser afectado por las leyes sectoriales, el Tribunal Supremo se pronuncia desestimatoriamente. En líneas generales y de forma resumida, sientan los siguientes criterios:

■ *La atribución material de competencias a las Diputaciones provinciales no puede entenderse desde la perspectiva constitucional, al margen de las normas del Estado y de las Comunidades Autónomas que se dicten en desarrollo de las competencias respectivamente asumidas, según el alcance de los arts. 149.1 y 148.1 de la Constitución (STS 21 de febrero de 2001, FJ 6).*

■ *Las competencias reconocidas en el art. 36.1.d) LBRL no permiten una lectura al margen de las leyes que puedan dictar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias (Idem, FJ 7).*

■ *Las Comunidades Autónomas podrán dictar disposiciones que incidan en la actividad de las entidades locales en este extremo dado que la atribución constitucional de materias exclusivas es omnicomprendiva de todos sus aspectos, tanto el fomento como su ordenación y regulación (Idem, FJ 7 y STS de 13 de marzo de 2000, FJ 4).*

■ *El único límite a esta disponibilidad lo marca la prohibición de vaciamiento competencial absoluto que convierte a la provincia en un simple nombre sin contenido. Fuera de este supuesto, es legítimo que las Comunidades Autónomas puedan potenciar más o menos sus funciones (STS 21 de febrero de 2001, FJ 7).*

No obstante la anuencia de sendas sentencias en los puntos relacionados existe una pequeña diferencia entre ellas y es que en la STS de 13 de marzo de 2000 se entiende que, pese a no ser el fomento un título competencial que permita ejercer las funciones que considere conveniente el ente provincial en una determinada materia sino las que le permita el ente titular de la competencia total –la Comunidad Autónoma– reconoce que el art. 36.1.d) LBRL ha de rellenarse de alguna manera para no vaciar totalmente dicha atribución. En este sentido dice:

«La Ley de Bases del Régimen local, en su artículo 36, indica, con carácter general, cuáles son las competencias de las Diputaciones provinciales; lo que no impide que sectorialmente le vayan siendo sustraídas [...]. De

acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional antes expuesta, no se les puede, sin embargo, privar de todas esas competencias, pues ha de mantenerseles en la titularidad de aquellas que estimen suficientes para garantizar su existencia como institución. La ley catalana del Deporte 8/1998, conforme al reparto que antes vimos, *deja en manos de las Diputaciones de su territorio las competencias referentes a la cooperación y asistencia económica, jurídica y técnica en materia deportiva a los municipios y comarcas, con lo que queda garantizado su contenido institucional en la materia»* (FJ 4).

En resumen, las resoluciones jurisprudenciales corroboran esa visión expuesta *supra* sobre lo que se ha de entender como interés provincial que no es sino el derecho a participar en asuntos de interés municipal cuyas características hagan adecuada su gestión en aquél nivel. Sin embargo, quiebran en la comprensión de la autonomía provincial. En efecto, el hecho de que todas las materias del ámbito municipal y provincial se puedan reconducir al ámbito autonómico en tanto que titular indiscutible de los sectores, no es causa para vaciar de contenido las competencias de los entes locales, si a éstos se les atribuye algún tipo de participación funcional o si existe algún interés local implícito en dicha materia. Consiguientemente, la provincia en tanto que ostenta competencia en materia de fomento de los intereses municipales, debe gozar de algún tipo de atribución en la ley sectorial autonómica o estatal so pena de su vaciamiento y la consiguiente vulneración de la autonomía local, el principio de descentralización y el de servicio a los ciudadanos. Pero evidentemente, este no parece ser el sentir de la mayoría de los actores jurídicos, más preocupados por defender problemas de titularidades que de distribución competencial.

### C) *En materia de prestación de servicios de carácter supramunicipal*

Tal como se dijo en el apartado anterior, esta forma de entender el interés autonómico como una especie de derecho de sustracción de competencias provinciales sin opción de retorno arrastra una nueva consecuencia que no es sino la plena disponibilidad que tiene la Comunidad Autónoma sobre los intereses que superan el ámbito municipal, tanto desde el punto de vista sustantivo, funcional como organizativo. Sustantivo porque, como se dijo, todas las materias atribuibles a los entes locales parten del reconocimiento de la titularidad del sector por los entes territoriales superiores. De modo que, el ámbito competencial de las Diputaciones provinciales será aquél que voluntariamente estime la Comunidad Autónoma sin que en esta operación se deba atender al efectivo derecho de participación que implica la autonomía provincial. Funcional, porque salvo que se atribuya con carácter expreso, exclusivo y concreto una función determinada al ente provincial sobre una materia –lo que, a tenor de las Sentencias vistas, supone que se le sustrae al titular de

la competencia sustantiva- ha de entenderse que la misma se integra dentro de título atributivo general que se le adjudica a la Administración titular, por lo que no podría llamarse a esa concreta función. Y organizativo, porque las Comunidades Autónomas gozan de la posibilidad de crear nuevas entidades en el ámbito supramunicipal que se arroguen las competencias que deban ser ejercidas a este nivel en detrimento del papel de las entidades provinciales.

Consecuentemente, en la actualidad y a falta de pronunciamientos legales y jurisprudenciales que desautorizen este tipo de prácticas, dependerá de la sólo voluntad política de las Comunidades Autónomas rellenar o vaciar de contenido el título competencial que se reconoce en el art. 36.1.c) LBRL a las Diputaciones provinciales sobre prestación de servicios supramunicipales, amén de los ya examinados. Y lo cierto es que tal dinámica arroja hasta ahora un claro saldo negativo en perjuicio del nivel provincial ya que el grueso de la actividad de prestación de servicios supramunicipales o bien ha sido asignado a otro ente local no territorial o ha sido asumido de forma exclusiva por la propia Comunidad Autónoma. Esto es lo que ha venido sucediendo en aquellas Comunidades Autónomas que han intentado promover las figuras comarcales como alternativa a la provincia, cuyo ámbito de actuación es justamente la prestación de obras y servicios de carácter supramunicipal con un total y absoluto vaciamiento de las competencias provinciales en este área. Una realidad que no sólo ha tenido de maestro de ceremonias al legislador autonómico sino que ha gozado con del beneplácito de la jurisprudencia. Así lo confirma la STSJ Cataluña de 7 de abril de 2000 cuando niega toda competencia a las Diputaciones provinciales catalanas en materia de prestación del servicio de biblioteca móvil por entender que ésta no puede integrarse en los servicios de apoyo a la lectura asignados transitoriamente a aquéllas ni en ninguna de las atribuciones competenciales realizadas por el art. 36.1 LBRL dado que la prestación del mismo es una competencia comarcal:

«No tiene cabida en el mismo el servicio de biblioteca móvil que aparece como un servicio independiente y separado del servicio de apoyo que se encomienda a las Diputaciones; tampoco puede subsumirse en la competencia de las Diputaciones de coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal a que se refiere el artículo 36 de la Ley 7/1985 de 2 de abril [...] ya que no se ponen en relación diversos servicios sino que se trata de uno de los que integran el sistema de lectura pública, que, además, no es de competencia municipal, sino comarcal, y sin que las obligaciones asumidas por la Diputación, en los términos en los que se expresa el convenio suscrito con el Ayuntamiento de Avinyonet, impliquen asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica» (FJ 3).

O lo que viene ocurriendo con las Áreas metropolitanas, sustitutos de la provincia en determinados espacios geográficos que tiene como objeto la prestación de concretos servicios de vocación supramunicipal. A estos efectos conviene recordar las palabras vertidas por el Tribunal Supremo en la STS de 23 de septiembre de 1996:

«No debemos de perder de vista que estamos en presencia del fenómeno metropolitano, y que si bien la provincia es una entidad local con autonomía constitucionalmente garantizada y que el art. 36.1 de la LBRL atribuye a la provincia determinadas competencias propias, tales como la coordinación de los servicios municipales entre sí o la prestación de servicios de carácter supramunicipal, el hecho metropolitano tiene un tratamiento peculiar, cuya responsabilidad compete a la Comunidad Autónoma. La Comunidad Autónoma, a la hora de crear, modificar o suprimir mediante ley un área metropolitana, ha de oír, entre otros, a la Diputación, y ello por imperativo de la antedatada Ley de Bases, pero una vez constituida el área metropolitana, por la propia definición, de lo que ésta representa, son los Municipios integrados los directamente interesados y los que, lógicamente, han de asumir el protagonismo al ser los intereses que representan los que se ven afectados. Queremos con ello poner de relieve el dudoso interés de la Diputación provincial en el entramado metropolitano, salvo la participación que en forma de audiencia les confiere la ley en la fase previa de constitución de las áreas metropolitanas» (FJ 2).

En suma, si alguna conclusión se puede extraer en relación con este ámbito de actuación provincial es que, si bien la determinación de lo que ha de considerarse como servicios de interés supramunicipal no parece una operación de tan difícil resolución toda vez que los mismos se atribuyen con absoluta naturalidad a otros entes locales intermedios no territoriales, la cuestión se torna insalvable cuando se trata de realizar esta misma operación con las Diputaciones provinciales para dotar de contenido el art. 36.1.c) LBRL. Las razones son varias: bien porque las actividades de prestación en este nivel son arrojadas por las propias Comunidades Autónomas, se adjudican a otro nivel intermedio o se dejan en manos de los propios municipios, bien porque se niega toda competencia básica a la provincia en este ámbito, según se ha visto en la STC 109/1988 y las aquí analizadas.

## 5. Sobre el futuro de las provincias

Llegados al punto final del trabajo, no nos queda más remedio que enfrentarnos con el futuro que se cierne sobre la provincia y sus órganos de gobierno, las Diputaciones. Evidentemente, muchas son las rémoras del pasado que acompañan actualmente a la entidad provincial en el vigente sistema autonómico; muchas también las ansias de poder político

y administrativo demostrado por la Comunidad Autónoma; y mucha la desorientación funcional y organizativa que actualmente padecen las Diputaciones, en parte por el varapalo atestado últimamente en sede judicial y la entrada en escena de nuevos actores locales y en parte por el estatismo en el que están ancladas como única vía de subsistencia. Todo ello ha ido fomentando un caldo de cultivo excelente para la adopción de posiciones extremas que van desde arremeter frontalmente contra la institución provincial hasta atrincherarse en el *statu quo* existencial como fórmula de defensa.

A nuestro modo de ver, el futuro de las Diputaciones provinciales no se halla en este tipo de actitudes. No albergamos ninguna duda sobre la necesidad de crear un nivel local intermedio como tampoco lo hacen muchas Comunidades Autónomas que han dedicado parte de sus esfuerzos a montar un nivel intermedio paralelo apelando insistentemente a su necesidad de cara a una buena gestión y organización de las actividades municipales. Su verdadera naturaleza y cometidos hay que buscarlos en la propia evolución de los hechos, intentando corregir los errores cometidos por el sistema y buscando caminos de adaptación a las necesidades y exigencias del contexto territorial. Se trata, por tanto, de una labor de readaptación de los sistemas organizativos territoriales a la nueva realidad lo que exige efectuar un examen a fondo de las estructuras organizativas y sus dinámicas de actuación. En el balance final hay, pues, que imputar cargos en el debe provincial y cargos en el debe autonómico.

Con carácter meramente testimonial, trataremos de apuntar aquellos aspectos que, según nuestro parecer, esconden la llave del futuro de la provincia.

### 5.1. Anotaciones en el debe autonómico

A) *La descentralización de las competencias autonómicas: una misión posible y exigible.* Tras más veinte años de observar el lento e incansable ascenso de las competencias provinciales hacia el nivel autonómico, consecuencia lógica del asentamiento del nuevo modelo de Estado, ha llegado la hora de dar cumplida aplicación a otras partes de la Constitución y del llamado bloque de la constitucionalidad que informan el destino de las competencias atribuidas. Y este no es más que el de la descentralización y servicio al ciudadano. Por tanto, no nos equivocamos si decimos que una de las piezas que más fallan en el reajuste de las provincias en el actual sistema es el propio modelo neocentralista autonómico<sup>7</sup>, que permanentemente está recibiendo una enconada defensa en

---

<sup>7</sup> DÍAZ REVORIO, J. y BELDA PÉREZ PEDRERO, E, cit. pág. 667.

el ámbito jurisprudencial y legislativo a costa del nivel local. Por tanto, exigir en el ámbito del Pacto Local la efectiva transferencia de funciones en sectores tan específicamente locales como bibliotecas, cultura, deporte, servicios sociales, inmigración, medio ambiente, ordenación del territorio o determinadas competencias que actualmente ejercen las Comunidades Autónomas en materia de régimen local (autorizaciones sobre bienes, constitución de agrupaciones de municipios, voluntariado, heráldica, dispensa de prestación de servicios, etc.), sería el camino lógico hacia una racionalización del mapa territorial español.

B) *La delegación y gestión ordinaria de competencias: una posibilidad no probada.* Pese al ingente esfuerzo del legislador postconstitucional de acuñar las figuras de la delegación y la gestión ordinaria como fórmulas de participación en el ejercicio de las tareas autonómicas, reflejado en la mayoría de los Estatutos de Autonomía y las leyes de régimen local estatal y autonómicas, el producto resultante es prácticamente nulo. Baste recordar las palabras de Quintana López cuando señala, a la vista de lo acontecido, que «ni mucho menos pueden fundarse serias esperanzas en que su utilización permita equilibrar un reparto competencial entre las Administraciones autonómicas y provinciales que, con lo que hasta ahora conocemos, está limitando severamente las posibilidades gestoras de las Diputaciones»<sup>8</sup>. A corroborar este extremo vienen la nueva arquitectura local auspiciada por una parte de las Comunidades Autónomas, básicamente en el ámbito comarcal (Galicia, Cataluña, Castilla-León, Aragón, etc.) que se utiliza como contrapoder de la entidad provincial en esta y otras materias. O la consolidada organización periférica autonómica, alternativa insistentemente desalentada en los inicios del Estado autonómico pero ya una realidad incontrovertible. Aún así, no deja de ser una posibilidad abierta y de plena validez para dotar de racionalidad y eficiencia el mapa organizativo español que no estaría demás llevar a la práctica.

C) *La desigual utilización de la coordinación de las competencias en materia de cooperación municipal.* Frente a la coordinación de las competencias provinciales se han forjado posturas diametralmente opuestas. De un lado, aquellos supuestos encabezados por Cataluña y santificados por el Tribunal Constitucional recientemente, en el que la técnica coordinadora se utiliza no sólo para lograr la unicidad de criterios y la eficacia y coherencia de resultados, fin loable de la coordinación, sino para reducir el margen de maniobra de las Diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias en materia de cooperación a las obras y servicios municipales –que, por otro lado, no se olvide, ya se haya cons-

<sup>8</sup> QUINTANA LÓPEZ, T., cit. pág. 124.

treñido por la autonomía municipal y anulado en materia de elaboración de planeamiento pese a los dictados del art. 36.1.a) LBRL- y del instrumento más reglado y objetivo conocido en este ámbito, el POS. Y, de otro, aquellos supuestos en los que se ha hecho dejación absoluta de este ejercicio coordinador permitiendo crear compartimentos estancos en materia de cooperación, que no producen sino una gran incoherencia de objetivos y resultados, duplicidad de gestión y, como no, una gran arbitrariedad en el ejercicio de la cooperación económica. La solución a esta situación pasa por buscar fórmulas pacíficas, menos agresivas y respetuosas con la autonomía, tal como se hace respecto de los municipios, e inspiradas en el principio de lealtad institucional y confianza legítima al que alude el art. 3 LRJ-PAC.

## 5.2. Anotaciones en el debe provincial

A) *La inadecuación del modelo corporativo provincial y el fin de la provincia.* La pregunta que obligadamente nos tenemos que hacer en este punto es a quién representan las provincias. Como sabemos el sistema actual se asienta sobre la elección de los diputados provinciales por y entre los concejales de la provincia consolidando el partido judicial como circunscripción electoral y aplicando la ley d'Hont al número de votos obtenidos por cada formación política en dicho partido. El resultado que arrostra este sistema de selección es sumamente peculiar. Se prima el criterio demográfico al utilizar como referencia el número de votos obtenidos por la formación política en el partido judicial. No asegura la pluralidad política porque hay partidos judiciales que tienen atribuido un solo representante. No se obtiene el efecto representativo de los municipios de la provincia habida cuenta de que en el criterio seguido para su integración prima la población frente a la corporación, favoreciendo la presencia de los grandes municipios y la ausencia de los pequeños. Los límites máximo y mínimo de diputados por partido judicial vuelve a primar a las grandes concentraciones urbanas y la circunscripción elegida está totalmente desconectada con el mundo local, significadamente municipal.

Todo ello trae como consecuencia que se encomienda a los grandes municipios urbanos elaborar políticas de cooperación y asistencia a los municipios rurales de menor tamaño con los consiguientes malogros y desbarajustes. Y el resultado es que, habida cuenta que la pluralidad política manifestada en sede municipal quiebra a favor del partido mayoritario, tenemos que aquellos municipios rurales de menos de veinte mil habitantes gobernados por partidos minoritarios no tienen absolutamente ninguna posibilidad de ver prosperar sus iniciativas en sede provincial. Existe, por tanto, una desconexión clara y profunda entre las

funciones encomendadas a la Diputación provincial y el sistema de elección de sus miembros. Un método para suavizar este perverso efecto sería, por ejemplo, aplicar la ley d'Hont al número de votos obtenidos por cada formación política en la demarcación, conjugar el criterio poblacional con el corporativo o cambiar la circunscripción por otra más acorde a la realidad local, como la comarcal.

B) *La racionalización del ejercicio de la función cooperante provincial.* En cuanto a la elaboración e instrumentación de esta primordial función hay que hacer un llamamiento a los principios que deben inspirar su ejercicio y que no siempre son observados por las Diputaciones provinciales.

Ante todo, hay que poner de manifiesto que la elaboración de la programación y planeamiento provinciales no pueden ser fruto de la arbitrariedad o la veleidad política. Antes al contrario, en su elaboración se han de seguir unas pautas muy definidas que podríamos concretar en las siguientes: 1) garantizar los *principios de solidaridad y equilibrio intermunicipal*, esto es, conseguir que todos los municipios de su demarcación adquieran el mismo nivel dotacional de acuerdo con su realidad y características evitando, en todo caso, las desigualdades. 2) *Asegurar la prestación integral y adecuada de los servicios de competencia municipal y, de modo especial, los servicios mínimos obligatorios.* Lo que evidentemente obliga a las Diputaciones a priorizar sus ámbitos de actuación, colocando las iniciativas que versen sobre este aspecto en el primer orden de actuaciones. 3) Apoyar preferentemente a los *municipios de menor capacidad económica y de gestión y a los de baja población.* Y 4) *Apoyar su actuación en criterios objetivos para lo que habrá de tenerse conocimiento suficiente de la realidad sobre la que actúa.* En este sentido, parece no ya posible sino obligado, que la actividad planificadora descansa sobre un inventario riguroso y objetivo de las infraestructuras y equipamientos locales y la mayor información posible sobre los municipios a los que dirige su actividad cooperante.

En cuanto al plan de cooperación económica por antonomasia, el POS, hay que señalar que en su elaboración y articulación debería de estarse, además de lo ya comentado, a las siguientes determinaciones: 1) el POS es un plan dirigido a garantizar los servicios mínimos obligatorios municipales por lo que su contenido versará sobre dicho fin en tanto no se haya superado la precariedad municipal de su territorio. 2) Es un plan con un contenido cooperante y coordinador, tal como lo sugiere el art. 36.1.a) LBRL al que debe reconocérsele este doble contenido. Tal afirmación no está exenta de controversia toda vez que se ha venido negando sistemáticamente las facultades coordinadoras de las Diputaciones provinciales en la confección de dichos planes. En efecto, la STS de 3 de abril de 1998, establece que el elemento cooperante prima

sobre el coordinado por lo que no cabe la sustitución del criterio de los municipios o de las propuestas que hagan éstos por las de la Diputación en aras de la procura de la unicidad de objetivos o de un supuesto poder de dirección. Con lo que el efecto coordinador del POS ha quedado prácticamente anulado. La consecuencia inmediata es que el principio de inalterabilidad de los títulos competenciales que redundan en el proceso de elaboración de los planes de que se trata, es que «las obras han de ser propuestas por el Ayuntamiento regidor del territorio en que vayan a realizarse, y que ningún otro organismo puede decidir qué obras de esa competencia municipal son las convenientes par ese concreto municipio; otra conclusión supondría la intromisión de otro organismo en facultades y competencias municipales, resultando ello inaceptable en un Estado compuesto como el español» (FJ sexto). Todo lo dicho conlleva igualmente que no puedan imponerse aportaciones económicas obligatorias a los municipios para contribuir a la financiación del POS. 3) Con todo, esta lectura restrictiva del principio coordinador no impide a las Diputaciones ejercer sus facultades de aprobación del POS, lo que quiere decir, so pena de la vulneración de sus competencias, que goza de discrecionalidad para ponderar la viabilidad de las obras propuestas, examinar su adecuación a las necesidades municipales y los intereses intermunicipales en juego así como los recursos disponibles y determinar cuáles han de ser objeto de apoyo y cuáles no. Y, 4) La elaboración de los POS, al igual que el resto de la actividad provincial, puede someterse a los instrumentos coordinadores que establezca la Comunidad Autónoma de acuerdo con el art. 59 LBRL y en los términos vistos, cuando incidan sobre los intereses del coordinante.

C) *La búsqueda de nuevas funciones provinciales.* Muchas y buenas ideas ya se han vertido en este punto y muchos esfuerzos se están llevando a cabo por rellenar de contenido la figura provincial tras ese proceso de despojamiento al que se han visto sometidas nuestras Diputaciones. Es necesario evitar esa cierta dispersión funcional y sustantiva que actualmente preside el gobierno de nuestras provincias así como la heterogeneidad de formas y medios de actuación de nuestras Diputaciones y comenzar a fijar algunos ámbitos, aún ignotos o abandonados por la entidad provincial que es necesario colocar en el frontispicio de su quehacer institucional. En materia de cooperación económica, quedan algunas asignaturas importantes en relación con el *medio rural*, y así no nos lo recuerda Calvo Ruata<sup>9</sup>, como son «la digna dotación de infraestructuras locales básicas»

<sup>9</sup> CALVO RUATA, P., « La EIEL ante las nuevas opciones de planificación y gestión de las Diputaciones provinciales. », Documentos de la FEMP, 2001.

y el «desenclavamiento del mundo rural» que pasa por inversión en comunicaciones y accesos, porque en modo alguno se ha llegado a la solución generalizada de dotación idónea de infraestructuras y servicios básicos. A lo que ha de sumarse la creación de *políticas de desarrollo local* del medio rural encaminadas a redescubrir la vertiente productiva e inversora del campo. No se olvide que el 86% de los municipios españoles no alcanzan más de cinco mil habitantes, por lo que el escenario de la actuación provincial es un territorio fuertemente ruralizado.

A esta lista hay que añadir la labor que pueden cumplir en materia de apoyo a los nacientes entes supramunicipales en lo que a planificación y asesoramiento se refiere. O las *funciones de consultoría* que puede llegar a realizar respecto de todos los entes infraprovinciales en las materias tradicionales de asesoramiento (jurídico, económico, técnico), elaboración de estudios, redacción de programas, creación de bases de datos o formulación de planes estratégicos de desarrollo. Por último, y tal como ya lo viene estudiando la Red Técnica de Diputaciones creada en 1996 en el seno de la FEMP, merecen especial atención las funciones a realizar por las Diputaciones en el campo de la captación y gestión de fondos europeos, implantación de infraestructuras técnicas y personales de apoyo a las funciones municipales que requieren una ardua gestión (planeamiento y ejecución urbanística, gestión tributaria, etc), la puesta en marcha de redes telemáticas para apoyar la actividad municipal o la depuración de los medios, principios y estándares de calidad en materia de cooperación y asistencia técnica a los municipios<sup>10</sup>, con el fin de convertirse en una verdadera red de información, asesoramiento y coordinación municipal. 

<sup>10</sup> Vid. el documento «Servicios de asistencia y cooperación municipal» elaborado por dicha Red técnica, por el que se pretende establecer un catálogo de estándares mínimos de los servicios de asistencia y cooperación municipal que deberían ser implantados en todas las Diputaciones, Cabildos y Consejos insulares.



# EL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO Y LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES CON LAS INSTITUCIONES AFINES

Alejandro González-Varas Ibáñez

Becario de Investigación  
Universidad de Vigo

## 1. Introducción

La aparición del Defensor del Pueblo Europeo en la escena del Derecho Comunitario<sup>1</sup> a raíz del Tratado de Maastricht ha significado adosar

---

<sup>1</sup> La idea de establecer un Defensor del Pueblo en el ámbito de las Comunidades europeas se remonta al año 1979 cuando el Parlamento solicitó su instauración (DOCE C140 de 1979, p. 153). No se retomó la idea hasta que se volvió a proponer su establecimiento en el seno del Comité Adonnino constituido para analizar la manera de acercar la Comunidad a los ciudadanos. Sus conclusiones se estudiaron en el Consejo europeo de Milán de 1985. Sin embargo, el impulso definitivo para la aparición de esta institución en el contexto comunitario se recibió a través de la propuesta del Gobierno español en octubre de 1990 de una manera estrechamente relacionada con el concepto de ciudadanía europea (el texto de la propuesta oficial de España titulada «Hacia una ciudadanía Europea», puede consultarse íntegramente en la *Revista de Instituciones Europeas*, 18 (1991/1), pp. 333-338). España perfiló esta indicación en la «propuesta de texto articulado sobre ciudadanía europea» presentada en la Conferencia Intergubernamental sobre unión política (20 de febrero de 1991). En el artículo 9 sugería que se nombrase un Ombudsman en cada Estado miembro que defendiera los derechos que el Tratado de la Unión Europea –en adelante, TUE– concedía a los ciudadanos frente a los abusos de la Administración comunitaria o nacional. Sin embargo también proponía, como otras posibilidades, la creación de un Defensor del Pueblo para toda la Unión que se encargase de estas tareas o, en otro caso, completar la actuación de los Mediadores nacionales con un Ombudsman que actuaría en el ámbito europeo (nuevamente, se puede consultar el texto de la mencionada propuesta en la *Revista de Ins-*

tituciones Europeas, 18 (1991/1), pp. 405-409). Esta sugerencia fue apoyada por Dinamarca y es así como en el art. 21 –antiguo art. 8D– y en el art. 195 –ex-art. 138E– del Tratado de la Comunidad Europea –en adelante, TCE– aparece reconocido el derecho a presentar una reclamación a todo ciudadano o cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro en los casos en que se haya visto afectado por una mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios a excepción del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Sobre estas cuestiones, entre la abundante bibliografía, cfr.: J. F. CARMONA Y CHOUSSAT: *El Defensor del Pueblo Europeo*. Madrid, 2000, pp. 111 y ss. K. MAGLIVERAS: «Best intentions but empty words: The European Ombudsman», en *European Law Review*, 20 (1995), pp. 401 y s. E. A. MARIAS: «The European Ombudsman and relations with the Other Community Institutions and Bodies», en *Idem: The European Ombudsman*. Maastricht, 1994, pp. 71-76. C. MOREIRO GONZÁLEZ: «El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, D-19, enero 1993, pp. 170-181 y 218. G. FERRANTI: «I Difensori civici nelle esperienze europee e nel Trattato di Maastricht», en *Rivista di Diritto Europeo*, 1995/2, p. 293 y ss., especialmente 299-307. A. RUIZ FRANCÉS: «El Defensor del Pueblo de la Unión Europea», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, 17 (1997), pp. 97-99. El último paso en el desarrollo normativo del Defensor del Pueblo ha sido dado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE C 364/1, de 18 de diciembre de 2000), aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000. Este documento recoge el derecho de acceso al Defensor del Pueblo Europeo en el art. 43 en los siguientes términos: «todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales». Se puede apreciar que esta redacción sigue fielmente el tenor del TUE y del Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo (publicado en el DOCE L 113, de 4 de mayo de 1994, p. 15). No en vano, el art. 52.2 de la Carta establece que este derecho se ejercerá según las condiciones y dentro de los límites determinados por los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea. No obstante, se debe precisar que la citada Carta, a pesar de haber sido solemnemente proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (DOCE C 364, de 18 de diciembre de 2000, p. 5), carece de vinculación jurídica para los Estados miembros y las instituciones comunitarias, si bien es cierto que éstas últimas han aceptado respetar su contenido. El Defensor del Pueblo en concreto ha considerado que los derechos que la Carta consagra son verdaderos principios generales que en caso de no ser respetados por las instituciones y órganos comunitarios, constituirían un caso de mala administración; de ahí que, aunque la Carta carezca de valor jurídico vinculante, el Defensor del Pueblo Europeo (lo mismo que otras instituciones) la está invocando para resolver los asuntos planteados (cfr. el discurso del Defensor del Pueblo Europeo *La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne*, pronunciado en el 2ème Congrès Statutaire de l'Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie (AOMF), Andorra, 14-18 de octubre de 2001, el cual se puede consultar en la dirección . Complétese con el discurso desarrollado por la misma institución en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 8 de octubre de 2001, titulado *El Defensor del Pueblo Europeo y la Defensa de los Derechos Humanos*, disponible en <http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/es/2001-10-08.htm>). En relación con esta Carta, su alcance y valor político y jurídico, cfr.: R. ALONSO GARCÍA: «La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 209 (septiembre-octubre 2000), pp. 3-17. J. A. CARRILLO SALCEDO: «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 9 (enero-junio 2001), pp. 7-26. M. CARTABIA: «Una Carta

un nuevo mecanismo no jurisdiccional para la defensa de los derechos de los europeos junto a los previamente existentes<sup>2</sup>: las comisiones temporales de investigación constituidas por el Parlamento europeo –art. 193<sup>3</sup> (ex-art. 138 C del TCE)– y el derecho a presentar peticiones ante el

---

dei Diritti fondamentali per l'Unione Europea», en *Quaderni Costituzionali*, 2000/2, pp. 459 y ss. L. M. Díez-PICAZO: «¿Una Constitución sin declaración de derechos? (reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32 (mayo-agosto 1991), pp. 135-155. T. EICKE: «The European Charter of Fundamental Rights: unique opportunity or unwelcome distraction?», en *European Human Rights Law Review*, 2000/3, pp. 280 y ss. A. FERNÁNDEZ TOMÁS: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 214 (julio-agosto, 2001), pp. 15-30. L. FERRARI BRAVO, F. M. DI MAJO, A. RIZZO: *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Milano, 2001. A. LÓPEZ CASTILLO: «Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», en *Revista de Estudios Políticos*, 113 (julio-septiembre, 2001), pp. 43-73. A. MANGAS MARTÍN: «¿Qué modelo de integración política para Europa?», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 24 (2001), pp. 89-100. J. SÖDERMAN: «El derecho fundamental a la buena administración», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 214 (julio-agosto, 2001), pp. 8-14, especialmente desde la p. 11. X. DEOP MADINABEITIA: «El Tratado de Niza. Una visión crítica», en *Revista General de Derecho*, n° 676-677 (enero-febrero 2001), pp. 15-35. A. VITORINO: «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», en *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000/3, pp. 499 y ss. Los deseos de que la Carta adquiera valor jurídico han sido expresados por las diferentes instituciones comunitarias, especialmente a través de la incorporación de la Carta a los Tratados. El Parlamento proclamó este anhelo mediante su presidenta N. FONTAINE en el Consejo europeo de Niza (7-10 de diciembre de 2000) cuyo texto puede consultarse en el documento PE 298.362. En relación con la Comisión, cfr. los documentos COM(2000) 559 final, de 13 de septiembre de 2000, y COM(2000) 644 final, de 11 de octubre de 2000.

<sup>2</sup> Se puede hablar también de otros mecanismos no estrictamente jurídicos de que disponen los ciudadanos europeos para la defensa de sus derechos en el ámbito comunitario. Encontramos así la posibilidad de denunciar ante la Comisión el incumplimiento del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro a través del formulario que para estas reclamaciones la Comisión ha puesto a disposición de los ciudadanos (DOCE C 26 de 1989, p. 6). El objeto de estas denuncias es dar a conocer a la Comisión la conducta del Estado para que ésa pueda, llegado el caso, recurrir ante el Tribunal de Justicia contra el Estado (art. 226 –anterior art. 169– TCE). Por último, cabe mencionar la posibilidad de que dispone todo ciudadano de la Unión de dirigirse por escrito no sólo a la Comisión de Peticiones y al Defensor del Pueblo Europeo, sino también a cualquiera de las instituciones u organismos de los contemplados en el art. 7 (ex-art. 4 del TCE) –art. 21 TCE, añadido por el art. 2.11 del Tratado de Ámsterdam–. Este artículo ha sido frecuentemente invocado por los ciudadanos europeos para presentar quejas ante la Comisión por infracciones del Derecho Comunitario (S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: *El Derecho Administrativo Europeo*. Sevilla, 2000, p. 203).

<sup>3</sup> «En cumplimiento de sus cometidos y a petición de la cuarta parte de sus miembros, el Parlamento Europeo podrá constituir una comisión temporal de investigación para examinar, sin perjuicio de las competencias que el presente Tratado confiere a otras instituciones u órganos, alegaciones de infracción o de mala administración en

mismo Parlamento<sup>4</sup> –art. 21 (ex-art. 8D) y art. 194 (ex-art. 138 D) del TCE–. Ello ha dado lugar a conflictos competenciales entre los mismos. Precisamente para evitarlos, no resulta ocioso intentar realizar un deslinde entre las competencias de cada uno de ellos. Quizá fuera oportuno tomar en consideración la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en Niza –diciembre de 2000– que será con probabilidad jurídicamente vinculante a partir del año 2004. Esto podría permitir asociar definitivamente a una de las instituciones, como el Defensor del Pueblo Europeo, a esos derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión y su protección, cuyos posibles efectos merecerán nuestra atención.

## 2. Delimitación competencial entre el Defensor del Pueblo Europeo y órganos afines

### Respecto de la Comisión de Peticiones

Aparece reconocido en el art. 8 D –actual 21– y 138 D –nuevo art. 194– del Tratado CE la facultad de que goza todo ciudadano de la Unión así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su sede en el territorio comunitario, de presentar a la Comisión de Peticiones<sup>5</sup> del Parlamento Europeo una petición sobre un asunto propio de los ám-

---

la aplicación del Derecho Comunitario, salvo que de los hechos alegados esté conociendo un órgano jurisdiccional, hasta tanto concluya el procedimiento jurisdiccional. La existencia de la comisión temporal de investigación terminará con la presentación de su informe. Las modalidades de ejercicio del derecho de investigación se determinarán de común acuerdo entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión». Este artículo fue introducido en el TCE por el TUE, art. G. 41. Cfr. art. 136 del Reglamento Interno del Parlamento Europeo (DOCE L 49, de 19 de febrero de 1997).

<sup>4</sup> «Cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar al Parlamento Europeo, individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Comunidad que le afecte directamente». Artículo introducido en el TCE por el art. G.41 del TUE. Cfr. su desarrollo en los arts. 156-158 del Reglamento Interno del Parlamento Europeo. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge este derecho en el art. 44: «Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento Europeo». Tal como establece el art. 52.2 de la misma Carta, este derecho se ejercerá según las condiciones y dentro de los límites determinados por los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea.

<sup>5</sup> Cfr.: A. CHUECA SANCHO: «El derecho de petición de los ciudadanos de la Unión Europea al Parlamento Europeo», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 18, 1994, pp. 199 y ss. E. A. MARIAS: «The Right to petition the European Parliament after Maastricht», en *European Law Review*, 1994/2, pp. 169 y ss. A.

bitos de actuación de la Comunidad. Los términos y ámbitos concretos en que se pueda llevar a cabo esta posibilidad se expondrá en el desarrollo de este mismo epígrafe<sup>6</sup>.

Este derecho supone, pues, la posibilidad del ciudadano de acceder directamente al Parlamento europeo con el objeto de ver garantizados sus derechos<sup>7</sup>. Hasta el Tratado de Maastricht este derecho a elevar reclamaciones al Parlamento se recogía sólo en el Reglamento Interno de esta institución<sup>8</sup>.

Aparte de la satisfacción propia de los ciudadanos de ver reconocido un derecho, la presentación de reclamaciones a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo siempre fue valorada por éste positivamente en cuanto le permitía conocer qué cuestiones eran las que más les preocupaban a los ciudadanos<sup>9</sup>. Le ofrece, además, la oportunidad de contribuir a un funcionamiento más democrático de la Comunidad<sup>10</sup>.

En cuanto a las peticiones presentadas por personas que no sean ciudadanos de la Unión ni tampoco tengan su domicilio social o residencia en un Estado miembro, el artículo 156.9 del Reglamento del Parlamento Europeo establece que estas peticiones se incluirán en una lista aparte y se clasificarán. Se enviarán mensualmente a la comisión competente, la

---

PLIAKOS: «Les conditions d'exercice du droit de pétition», en *Cahiers de Droit Européen*, 1993/3-4, pp. 317 y ss. H. SURREL: «Le droit de pétition au Parlement Européen», en *Revue du Marché Común*, n° 335 (1990), pp. 229 y ss.

<sup>6</sup> Para una primera aproximación, cfr. la nota al pie n° 1 –en relación con el Defensor del Pueblo Europeo– y la n° 4, referente a la Comisión de Peticiones.

<sup>7</sup> G. FERRANTI: «I Difensori civici...», cit., p. 304.

<sup>8</sup> El Parlamento Europeo introdujo el derecho de petición en 1981, y la Comisión de Peticiones, como comisión de pleno derecho, comenzó a funcionar en 1987 (cfr.: S. BAVIERA: «Essai de division de compétences entre le médiateur européen et la Commission des pétitions du Parlement européen», en E. A. MARIAS [Ed.]: *The European Ombudsman*, cit., p. 108. E. A. MARIAS: «Le droit de pétition devant le Parlement européen», en Idem [Ed.]: *European Citizenship*. Maastricht, 1994, pp. 81 y 82).

<sup>9</sup> Le ha permitido conocer de forma especial la opinión de los ciudadanos sobre temas de política comunitaria, las deficiencias de legislación de la Unión o su incumplimiento, y un conocimiento de las dificultades existentes en las administraciones nacional y europeas (cfr.: *Informe sobre las deliberaciones de la Comisión de Peticiones durante el ejercicio parlamentario 1996-1997* –Doc. PE A4-0190/97, de 28 de mayo de 1997, § A 1, 4 y 5, y B, IV, 17–).

<sup>10</sup> «Las peticiones tienen una gran importancia para el Parlamento Europeo en su conjunto, porque constituyen un estrecho vínculo con los ciudadanos y representan el signo de la existencia de un problema y un medio de contribuir al funcionamiento democrático de la comunidad» (*Informe sobre las deliberaciones de la Comisión de Peticiones durante el año parlamentario 1990-1991*, § I, 1 –Doc. PE A3-0122/91, de 3 de mayo de 1991–). En el mismo sentido, el *Informe sobre los trabajos de la Comisión de Peticiones durante el año parlamentario 1991-1992*, § B, 3 –Doc. PE A3-0229/92, de 19 de junio de 1992–). Cfr.: S. BAVIERA: «Essai de division de compétences...», cit., en E. A. MARIAS (Ed.): *The European Ombudsman*, cit., pp. 108-109.

cual podrá decidir examinarlas o no según le parezca oportuno. La diferencia entre las peticiones presentadas por los ciudadanos, domiciliados o residentes en la Unión, respecto de aquéllos que no se hallan en esta situación, es que los primeros tienen un derecho a formular peticiones a esta Comisión y, correlativamente, el Parlamento tiene la obligación de pronunciarse sobre ellas; sin embargo, a quienes no sean ciudadanos, residentes o domiciliados nada les impide presentar reclamaciones ante la Comisión de Peticiones, pero esto no crea ningún deber al Parlamento Europeo de examinarlas<sup>11</sup>.

Como es fácil de apreciar, los sujetos legitimados para elevar tales peticiones así como los términos para presentarlas, son parecidos a los correspondientes para presentar una queja ante el Defensor del Pueblo Europeo y eso dará lugar a que los ciudadanos con frecuencia confundan las dos instituciones a la hora de presentar una queja o una petición<sup>12</sup>. No en vano la creación del Defensor del Pueblo y la incorporación al Tratado de la Comisión de Peticiones se ha realizado en artículos muy cercanos, y siempre en el contexto del nacimiento de la ciudadanía europea<sup>13</sup>.

La actuación de estas dos instituciones complementarias es muy parecida. Una actividad de investigación e información<sup>14</sup> y emanación de

---

<sup>11</sup> Cfr.: J. J. LAVILLA: «El derecho de petición al Parlamento Europeo», en AA. VV.: *Los derechos del europeo*, citado en P. Mellado Prado, S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, en AA. VV.: *Derecho de la Unión Europea I*, Madrid, 1995, p. 152.

<sup>12</sup> Cfr.: S. BAVIERA: «Essai de division de compétences...», cit., en E. A. MARIAS (Ed.): *The European Ombudsman*, cit., pp. 113-114.

<sup>13</sup> En relación con la ciudadanía europea y, en su caso, su relación con el Ombudsman europeo y la Comisión de Peticiones, cfr.: C. BLUMANN: «L'Europe des citoyens», en *Revue du Marchè Commun et de l'Union Européenne*, 1991, pp. 283-292. C. GAMBERALE: «National Identities and Citizenship in the European Union», en *European Public Law*, 1995, pp. 633-661. L. JIMENA QUESADA: «Los ciudadanos como actores en el proceso de construcción europea», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 24 (2001), pp. 59-88. R. KOVAR, D. SIMON: «La Citoyenneté Européenne», en *Cahiers de Droit Europeen*, 1993/3-4, pp. 285-315. E. A. MARIAS (Ed.): *European Citizenship*, cit. in toto B. NASCIMBENE: «Profili della cittadinanza dell'Unione Europea», en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1995/2, pp. 246-261. G. SÉBASTIEN: «La citoyenneté de l'Union européenne», en *Revue du Droit Public*, septembre-octobre 1993, pp. 1263-1289. P. SOLBES MIRA: «La Citoyenneté Européenne», en *Revue du Marchè Commun et de l'Union Européenne*, 1991, pp. 168-170.

<sup>14</sup> Dependiendo del interés general del tema, la Comisión de Peticiones puede emitir un informe (F. MORATA: *La Unión Europea*. Barcelona, 1998, p. 228). En cuanto al valor de las recomendaciones del Defensor del Pueblo y su carencia de vinculación respecto de las instituciones y órganos comunitarios, cfr.: art. 2.1, 3.6, 3.7 y 3.8 del Estatuto del Defensor del Pueblo. Cfr.: A. PIERUCCI: «Les recours au médiateur européen», en E. A. MARIAS (Ed.): *European Citizenship*, cit., pp. 104, 105, y 111-113. A. PLIAKOS: «Le Médiateur de l'Union Européenne», en *Cahiers de Droit Europeen*, 1994/5-6, p. 570. En un contexto más general, J. SÖDERMAN: «La difesa civica in Europa», en AA. VV.: *Il Difensore Civico*. Padova, 1997, pp. 139 y 141. A. VIVIANI: «La carenza decisionale nei poteri del Difensore Civico», en AA. VV.: *Il Difensore Civico*, cit., pp. 107-110.

decisiones sin ejecutividad alguna. En principio será el ciudadano quien elija a quién dirigirse, aunque no siempre tenga seguridad sobre cómo hacerlo en cada situación. En general, la Comisión de Peticiones deberá encargarse de las materias de contenido político y el Defensor del Pueblo conocerá de las quejas cotidianas que se refieren al funcionamiento puramente administrativo de las instituciones y órganos comunitarios<sup>15</sup>. De este modo, al Defensor del Pueblo se dirigirán las «quejas» o «reclamaciones» sobre actuaciones de la Administración comunitaria que han afectado personalmente al reclamante, frente a las «peticiones» dirigidas a la Comisión del mismo nombre en relación con cuestiones de política general aunque no afecten directamente al peticionario<sup>16</sup>. Las peticiones son «solicitudes de intervención, de cambio político o de dictamen»<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> No en vano, el Defensor del Pueblo europeo ha nacido con el objeto de «ofrecer al ciudadano un medio para defenderse ante el poder excesivo de la administración, sin necesidad de recurrir a una costosa acción judicial o cuando esta última no sea posible». Se reconoce que la presentación de peticiones «tiene en parte la misma función, pero, evidentemente, tiende a ofrecer un tipo diferente de protección de los intereses más claramente políticos de los ciudadanos» (ambos textos entrecomillados en *Informe de la Comisión de Asuntos Institucionales sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo europeo y sobre las condiciones del ejercicio de sus funciones*. Ponente: Sra. Bindi. Doc. PE A-3-0298/92, de 14 de octubre de 1992, § B, 2; cfr.: *Ibid.*, § B, 4). Esta diferenciación se corresponde, además, con el distinto espíritu que anima la actuación de cada uno de estos órganos, aunque no dejemos de tener en cuenta que su creación responde a una necesidad común: reforzar la ciudadanía europea y estrechar la relación entre las instituciones comunitarias y los ciudadanos. Por ello el Defensor del Pueblo examina incorrecciones dentro de las actuaciones de la Administración comunitaria mientras que la Comisión lo que pretende es dar al ciudadano respuestas de carácter político –como se puede apreciar en el art. 157.1 del Reglamento Interno de Parlamento Europeo al referirse a las peticiones que propongan la modificación de disposiciones legales en vigor-. Sobre la necesidad de que el Ombudsman europeo se cña a cuestiones administrativas y la Comisión de Peticiones a las de carácter político, cfr.: I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA: *El Estatuto del Defensor del Pueblo*. Madrid, 1993, p. 172. J. F. CARMONA Y CHOUSSAT: *El Defensor del Pueblo Europeo*, cit., pp. 205 y ss., especialmente desde la 226. E. A. MARIAS: «Le droit de pétition...», cit., en *Idem* (Ed.): *European Citizenship*, cit., p. 97. C. MOREIRO GONZÁLEZ: «El Defensor del Pueblo en el Tratado...», cit., p. 227 *in fine*. G. TESAURO: «Il mediatore europeo», en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1992/3, p. 897. A. RUIZ FRANCÉS: «El Defensor del Pueblo...», cit., pp. 95 y 103. G. FERRANTI: «I Difensori civici...», cit., en *Rivista Italiana di Diritto Europeo*, 1995/2, p. 308. J. SÖDERMAN: «La difesa civica...», cit., en AA. VV.: *Il Difensore Civico*, cit., pp. 140 y 141.

<sup>16</sup> Cfr.: C. Moreiro González: «El Defensor del Pueblo en el Tratado...», cit., pp. 237 y 238

<sup>17</sup> Definición ofrecida por la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, recogida en el doc. PE A4-0190/97, cit., § B, I, 10. El Parlamento Europeo se había pronunciado con anterioridad sobre lo que debía entenderse por petición, estableciendo que son las «quejas, solicitudes de toma de posición o de intervención, y reacciones en relación con las resoluciones del Parlamento o decisiones adoptadas por otras instituciones u órganos comunitarios» remitidas por personas o asociaciones de personas (doc. PE A3-0158/94, § A, 2).

Precisamente la doble naturaleza administrativa y política de las instituciones comunitarias –especialmente de la Comisión– provoca que sus actuaciones presenten en unos casos un carácter más político que administrativo, mientras en otros prevalecerá este segundo aspecto. De este modo, ante la doble condición de las instituciones y sus actuaciones, es oportuno un control adecuado para cada modo de actuar<sup>18</sup>, por lo que el Defensor del Pueblo y la Comisión de Peticiones, lejos de sobreponerse o entorpecerse, se complementan<sup>19</sup>.

En efecto, el ámbito propio del Defensor del Pueblo es verificar el buen funcionamiento de la Administración, su corrección, sin entrar en el campo de la actuación jurisdiccional o legislativa<sup>20</sup>. De ahí que no po-

---

<sup>18</sup> S. BAVIERA: «Essai de division de compétences...», en E. A. MARIAS (Ed.): *The European Ombudsman*, cit., p. 113.

<sup>19</sup> En un primer momento el Parlamento Europeo mostró sus reticencias a la creación de un Ombudsman europeo «ya que esto debilitaría las competencias del Parlamento y de sus comisiones en materia de control de la Comisión de las Comunidades Europeas y de sus servicios y representaría una estructura nueva que vendría a superponerse a estructuras ya existentes, tales como la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, en detrimento de éstas» (*Informe sobre las deliberaciones de la Comisión de Peticiones durante el año parlamentario 1990-1991*, cit., § A, 11). La Comisión de Peticiones expuso en ese mismo informe que una mejor defensa de los derechos de los ciudadanos no era la creación de un Ombudsman europeo, sino el desarrollo de su actividad y el refuerzo de su cooperación con los defensores y comisiones parlamentarias nacionales (*Ibid.*, § B, 14 y ss.). Sin embargo, posteriormente, la Comisión de Asuntos Institucionales consideró que Defensor del Pueblo europeo y Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, en vez de sobreponerse, proporcionarían al ciudadano un sistema más completo de protección no jurisdiccional de sus derechos (*Informe de la Comisión de Asuntos Institucionales sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo europeo y sobre las condiciones del ejercicio de sus funciones*, cit., § B, 2).

<sup>20</sup> G. M. UBERTAZZI: «Considerazioni sull'Ombudsman», en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1992/3, p. 916. No obstante, se ha mostrado como poco pacífica la discusión en torno a si el Defensor del Pueblo Europeo puede en algún caso entrar a conocer los actos legislativos comunitarios a pesar de que, en principio, no puede salirse del ámbito puramente administrativo. A. PLIAKOS: «Le Médiateur...», cit., pp. 591 y ss.). En opinión de A. PIERUCCI, el Ombudsman no podría decidir nada en lo relativo a los actos normativos, aunque eso no quiere decir que no pueda criticarlos o hacer propuestas con independencia de cómo se los considere en la esfera política (A. PIERUCCI: «Le Médiateur Européen», en *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 372 -1993-, p. 820. *Idem.*: «Les recours au médiateur européen», cit., en E. A. MARIAS (Ed.): *European Citizenship*, cit., pp. 107 y 113). En parte, esta problemática proviene de lo difícil que resulta distinguir en el ámbito comunitario entre actos nor-

drá incluirse dentro del ámbito de sus actividades la fiscalización de la toma de decisiones discrecionales adoptadas por los órganos comunitarios, siempre que la Administración comunitaria actúe dentro de los límites de su autoridad legal tal como los ha ido estableciendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>21</sup>.

La propia actuación del Defensor del Pueblo ha confirmado estas pautas de actuación. Ha rechazado todas las reclamaciones que presentaban contenidos políticos en vez de administrativos. Así ha sucedido con las quejas relativas a la labor política del Parlamento Europeo o relacionadas con el contenido político de los actos normativos de las Comunidades<sup>22</sup>.

Por otro lado, se puede tener en cuenta que tanto el art. 195 TCE como el 2.1 del Estatuto del Defensor del Pueblo circunscriben su actuación a los casos de mala administración de las instituciones y órganos comunitarios. Sin embargo, queda establecido que serán objeto de conocimiento de la Comisión de Peticiones los asuntos que incidan en el ámbito de actividades de la Unión<sup>23</sup>, sin especificar más. De estos preceptos

---

mativos y actuaciones administrativas. El propio Defensor del Pueblo lo ha considerado una dificultad para desarrollar su trabajo precisamente porque «in the Community context [...] the same types of measure –Regulations and Decisions– may be based for what are clearly administrative as well as for what are clearly legislative purposes. There is also of course, a large grey area between the two» (J. SÖDERMAN: «A Thousand and One Complaints: The European Ombudsman *en route*», en *European Public Law*, vol. 3, issue 3 (september 1997), p. 353. Sobre el deslinde de ambas funciones, cfr.: S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: *El Derecho Administrativo Europeo*, cit., pp. 181 y ss. Y en relación con la necesidad del establecimiento de una jerarquía de normas comunitarias con el objeto de simplificar los procedimientos legislativos comunitarios, cfr.: M. ARCOS VARGAS: «Algunas reflexiones sobre la necesidad de una reforma en las instituciones políticas de la UE», en *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo*, III. Córdoba, 1995, p. 20.

<sup>21</sup> Es este un límite que ha afirmado el propio Defensor del Pueblo Europeo. *Vid.* al respecto el *Informe anual* de 1997, § 2, bajo el epígrafe «Límites al concepto de mala administración», p. 28. En cuanto a los límites generales dentro de los cuales debe actuar una institución u órgano, los ha ido estableciendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Requiere, por ejemplo, que las autoridades administrativas actúen con coherencia y de buena fe, eviten las discriminaciones, se atengan a los principios de proporcionalidad, equidad y expectativas legítimas y respeten los derechos humanos y las libertades fundamentales. También debemos recordar que la recomendación n° R (80) 2 del Consejo de Europa ha establecido las pautas de actuación de las autoridades administrativas en el ejercicio de una facultad discrecional (*Ibid.*, pp. 28 y s.).

<sup>22</sup> Como fue el caso, en los propios inicios del funcionamiento de la Institución, con las reclamaciones n° 36, 39 y 281 de 1995, rechazadas por referirse a cuestiones políticas y no administrativas.

<sup>23</sup> Art. 194 (ex-art. 138D) del TUE y art. 156.1 del Reglamento Interno del Parlamento Europeo.

se puede deducir que todas aquellas cuestiones relativas al funcionamiento de la Unión pero que no sean justamente casos de mala administración, deberán ser presentadas ante la Comisión de Peticiones<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> En este sentido, S. BAVIERA: «Essai de division de compétences...», cit., en E. A. MARIAS (Ed.): *The European Ombudsman*, cit., p. 116. Ya la Comisión había advertido en el documento COM (93) 702 final § F que se daría una cierta confusión en el reparto de los casos que llegarían a la Comisión de Peticiones y al Ombudsman ya que durante los años en que no existía el Defensor del Pueblo Europeo, aquélla había aceptado quejas de mala administración como peticiones. Por ello se haría necesaria, especialmente en los primeros años de coexistencia, una estrecha colaboración y diálogo entre ambas instituciones. El problema es precisamente definir «mala administración». Es una cuestión importante en cuanto este concepto nos servirá para acotar el ámbito de actuación de la Comisión de Peticiones y el Defensor del Pueblo Europeo. Una interpretación amplia abarcaría todo funcionamiento irregular de la Administración comunitaria. En un sentido más estricto comprendería sólo las actuaciones de la Administración comunitaria que desconocieran los derechos fundamentales de los ciudadanos, de forma que el Defensor del Pueblo tendría como límite de actuación la lesión de los derechos fundamentales (J. F. MATÍA PORTILLA: «Defensor del Pueblo», en AA. VV.: *Diccionario de Términos Comunitarios*. Madrid, 1997, p. 145). El propio Defensor del Pueblo ha ofrecido su concepto de mala administración en varias ocasiones, pero con una especial claridad en el *Informe anual* de 1997, p. 25, previa solicitud de información a los Defensores del Pueblo nacionales, en los siguientes términos: «se produce mala administración cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a que ha de atenerse obligatoriamente». Con anterioridad (*Informe anual* de 1995, p. 18) había expuesto una lista con algunas de las prácticas más típicas que encajaban en este concepto: irregularidades administrativas, omisiones administrativas, abusos de autoridad, negligencias, procedimientos ilícitos, agravios comparativos, casos de mal funcionamiento o incompetencia, discriminaciones, demoras injustificadas, falta de información o negativa a facilitar información. Eran sólo ejemplos que constituían una lista abierta de casos de mala administración, ya que, como el mismo Ombudsman reconocía en el mismo *Informe anual* de 1995 (p. 18), la experiencia de los Defensores del Pueblo nacionales así lo aconsejaba y en cuanto que el carácter abierto de este concepto es «uno de los elementos que distingue la función del Defensor del Pueblo de la del juez». Con todo, esa lista había sido criticada por parte de la doctrina en cuanto que incorporaba algunos casos que aparecen clasificados por la normativa comunitaria no ya como propios, sino como inválidos, correspondiendo el conocimiento de estos últimos no al Defensor del Pueblo sino a los órganos jurisdiccionales (M. P. CHIT: «Il Mediatore Europeo e la buona amministrazione comunitaria», en *Rivista Italiana di Diritto Comunitario*, 2000/2, p. 315). En relación con el concepto de «mala administración», vid. A. PLIAKOS: «Le Médiateur de l'Union Européenne», cit., pp. 584 y ss. J. SÖDERMAN: «La difesa civica...», cit., en AA. VV.: *Il Difensore Civico*, cit., p. 141. La perseverancia del Defensor del Pueblo Europeo a favor de que se reconozca el derecho de los ciudadanos europeos a una buena administración ha dado lugar a la redacción del art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En efecto, JACOB SÖDERMAN se dirigió el 2 de febrero de 2000 a la convención encargada de la elaboración del anteproyecto de la Carta solicitando que en ella se incluyera el derecho a una administración transparente, responsable y con vocación de servicio con el objeto de que los asuntos de los ciudadanos que se están tramitando en la Administración comunitaria recibieran un tratamiento adecuado, justo y rápido. En esa misma intervención afirmó que este derecho debería verse completado con la promulgación

Por lo tanto, la Comisión de Peticiones tiene un campo de actuación más amplio que el del Defensor del Pueblo, el cual ve más restringido su terreno. Mientras que éste se encuentra circunscrito a los casos de mala administración de las instituciones y órganos comunitarios, aquélla examina los casos concernientes a una más dilatada actividad de las Comunidades Europeas, puesto que alcanza a cuestiones políticas o relacionadas con los principios de actuación de la Unión<sup>25</sup>.

En la práctica será el órgano que reciba en primer lugar la queja o petición del ciudadano quien decida si es competente para conocer ese asunto, o si considera que es más conveniente transmitírselo al otro órgano. Se debe observar que la Comisión de Peticiones siempre tendrá una mayor facilidad para retener reclamaciones en cuanto que, por una parte, su ámbito de conocimiento es más amplio que el del Defensor del Pueblo y, por otro lado, el art. 156.9 del Reglamento interno del Parlamento Europeo expone que la Comisión de Peticiones podrá examinar «peticiones o quejas», mientras que el Defensor del Pueblo queda en todo caso circunscrito a quejas<sup>26</sup>.

---

de un código de buena conducta administrativa y un reglamento sobre el acceso a la información y a los documentos (J. Söderman: «El derecho fundamental a la buena administración», cit., pp. 8-14, especialmente la p. 11. *Informe anual del Defensor del Pueblo Europeo*, año 2000, p. 275. El texto del discurso pronunciado por el Defensor del Pueblo en Bruselas el de 2 de noviembre de 2000 –*Audition publique sur le projet d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*– puede consultarse en <http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/fr/charter1.htm>).

<sup>25</sup> Así lo explicó el Defensor del Pueblo europeo en el discurso pronunciado ante la Comisión de Peticiones en Bruselas el 28 de septiembre de 1999, el cual se puede consultar en: <http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches>. Cfr.: D. RINOLDI: «Petizioni e Diffensore civico nell'ordinamento comunitario: sovrapposizione o complementarità?», en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1992/3, p. 940. Otra de las ventajas de acudir a la Comisión de Peticiones es que, si como consecuencia del incumplimiento de un Estado miembro el ciudadano ve lesionado un derecho, acudir a este órgano le supone un acceso inmediato al Parlamento Europeo, el cual puede ejercer un poder político directo sobre la Comisión, y ésta presionar al Estado para que corrija su actitud o, en su caso, denunciarle ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, tal como también declaró el mismo J. SÖDERMAN en su discurso pronunciado en la Universidad de Santiago de Compostela el 22 de marzo de 2000 bajo el título *Las funciones del Defensor del Pueblo Europeo: una experiencia de cuatro años*, localizable en la dirección de internet <http://www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/es/galicia1.htm>, § 2.5.

<sup>26</sup> Aparte de estos motivos, CARMONA Y CHOUSSAT explica la inclinación a optar por la competencia de la Comisión de Peticiones en caso de duda por la propia práctica. El motivo es que, en tanto que la Comisión de Peticiones puede transmitir un asunto, si lo considera oportuno, al Defensor del Pueblo con base en el art. 156.8 del Reglamento Interno del Parlamento Europeo, el Ombudsman ha optado, como se puede deducir especialmente del *Informe Anual* de 1995, por trasladar inmediata y automáticamente a la Comisión de Peticiones todo asunto cuyo contenido considera más apropiado para ella (J. F. CARMONA Y CHOUSSAT: *El Defensor del Pueblo Europeo*, cit., pp. 226 y ss.).

Precisamente con el objeto de evitar la existencia de conflictos de competencias, el Defensor del Pueblo ha sostenido encuentros con miembros del Parlamento Europeo y de la Comisión de Peticiones<sup>27</sup>. La consecuencia de tales encuentros ha sido el compromiso adquirido por el *Ombudsman* de no atender asuntos pendientes ante la Comisión de Peticiones, a no ser que ésta se lo traslade con el consentimiento del ciudadano<sup>28</sup>. Tampoco conocerá de casos ya examinados anteriormente por la Comisión de Peticiones, evitando así convertirse en un órgano de apelación de sus decisiones<sup>29</sup>. Igualmente, se negará a analizar las quejas que se le presenten alegando una mala administración de la Comisión de Peticiones en el examen de peticiones previamente presentadas ante ella debido a que esta comisión es un órgano de carácter político que analiza peticiones de ese mismo carácter en nombre del Parlamento<sup>30</sup>. Por último, el Defensor del Pueblo está facultado para transmitir un asunto directamente al órgano competente, siempre que medie el consentimiento del demandante, debiendo estar siempre en todo caso motivada la resolución<sup>31</sup>.

En último lugar, es oportuno referirse a la función mediadora del Defensor del Pueblo Europeo. Esta es una de las características propias de esta institución<sup>32</sup>. Consiste, como se establece en el artículo 6.1 de las

---

<sup>27</sup> La primera sesión que se sostuvo con estos fines fue la del 30 de enero de 1996 entre el Defensor del Pueblo Europeo, Jacob Söderman, y el Presidente de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, Edward Newman (*Informe anual de 1996*, § 4.1, p. 93). Los acuerdos de cooperación entre el Defensor del Pueblo Europeo y el Parlamento Europeo se renovaron el 5 de mayo de 1999 (*Informe anual de 1999*, § 4.1, p. 284).

<sup>28</sup> El art. 156.8 del Reglamento Interno del Parlamento Europeo permite a la Comisión de Peticiones, cuando ésta lo considere oportuno, trasladar una cuestión al Defensor del Pueblo.

<sup>29</sup> Cfr.: *Informes anuales* de los años 1996, 1997, § 2.2.3, pp. 17, 31 *in fine* y s. *in initio* respectivamente. K. HEEDE: «Enhancing the Accountability of Community Institutions and Bodies: The Role of the European Ombudsman», en *European Public Law Review*, vol. 3, issue 4, december 1997, pp. 591 *in fine* y 592 *in initio*.

<sup>30</sup> J. SÖDERMAN: «A Thousand and One Complaints...», cit., p. 353, donde completa su afirmación refiriéndose a alguna queja concreta que tuvo que ser rechazada por los motivos expuestos.

<sup>31</sup> Cfr.: *Informe anual de 1996*, p. 11. *Informe anual de 2000*, § 2.6, p. 18. Concretamente en este año se aconsejó a 72 demandantes que presentaran una petición al Parlamento Europeo, trasladándose directamente en tres casos la queja a la Comisión de Peticiones. En esta cuestión referente al intercambio recíproco de asuntos entre la Comisión de Peticiones y el Ombudsman cuando esto favorezca un mejor examen de cada caso, ya se había pronunciado E. A. MARIAS: «Le droit de pétition...», cit., en *Idem* (Ed.): *European Citizenship*, cit., p. 97.

<sup>32</sup> Las soluciones amistosas son uno de los objetivos principales a los que ha de apuntar el Defensor del Pueblo. No en vano, es también mediador entre las institu-

Medidas de Aplicación<sup>33</sup>, en que una vez admitida una queja, el Ombudsman europeo intentará buscar una solución amistosa entre el ciudadano agraviado y la institución correspondiente. De llegarse a un acuerdo, el Defensor del Pueblo archivará el asunto –artículo 6. 2 de las Medidas de Aplicación–. Sin embargo, los resultados hasta ahora obtenidos en el ejercicio de esta función no son del todo alentadores<sup>34</sup>.

## 2.2 Defensores del Pueblo nacionales y regionales

La necesidad de cooperación entre el Defensor del Pueblo Europeo y las autoridades correspondientes existentes en los Estados miembros para reforzar la eficacia de sus investigaciones y proteger mejor los derechos y

---

ciones comunitarias y el ciudadano, y uno de los motivos que justifican su existencia es precisamente desahogar de trabajo a los tribunales. En el ejercicio de esta función el Defensor del Pueblo deberá acercar a las partes para que éstas lleguen a una solución amistosa, sin que él pueda imponer ningún tipo de acuerdo. Actualmente se está enfatizando esta función mediadora de los *Ombudsmen* que puede operar como una manera alternativa a los tribunales para resolver conflictos (cfr. R. GREGORY: *El Defensor del Pueblo: ¿Una forma excelente para acuerdo de disputa alternativa?*, ponencia presentada en la VII Conferencia Internacional del Instituto del Defensor del Pueblo. Durban –Sudáfrica–, 30 de octubre-3 de noviembre del 2000, pp. 9, 11 y 21 a 23).

<sup>33</sup> Las *Medidas de aplicación* fueron aprobadas por el Defensor del Pueblo Europeo el 16 de octubre de 1997.

<sup>34</sup> Las primeras soluciones amistosas fueron las tres alcanzadas en 1997, dentro de un conjunto de 101 investigaciones terminadas con una decisión motivada (*Informe Anual*, año 1997, anexo 3.4, p. 332). Le siguió un año 1998 en que de 185 investigaciones terminadas con una decisión motivada, sólo 4 correspondieron a soluciones amistosas (*Informe Anual*, año 1998, anexo 3.4, p. 320). En 1999 sólo se alcanzó un acuerdo amistoso de un conjunto de 203 investigaciones finalizadas con decisión motivada (*Informe Anual*, año 1999, anexo 3.4, p. 314). En cuanto al año 2000, hubo 237 investigaciones concluidas con una decisión, de las cuales tan sólo una se archivó a causa de una solución amistosa (*Informe Anual*, año 2000, anexo 3.4, p. 311). De ellas tres se refieren a contratos celebrados por la Comisión Europea con particulares (reclamaciones 748/22.7.96/LB/NL.PD; 1083/25.11.96/WS/UK/JMA; 485/97/OV) en las que al final se llega a un acuerdo acerca del precio a pagar por la Comisión. Otras dos resuelven quejas acerca de concursos celebrados por instituciones comunitarias: en la queja 16/17.1.95, contra la Comisión Europea, un ciudadano no seleccionado en ese concurso pide que la Comisión le muestre la lista de los concursantes admitidos. El Defensor del Pueblo insiste también en ello, en pro de la transparencia de las actuaciones de la Administración comunitaria. La Comisión acepta mostrar esa lista al reclamante y se compromete a publicar las listas de los admitidos en futuros concursos; el reclamante acepta, por lo que el Defensor del Pueblo archiva el asunto. La última de las soluciones amistosas que analizamos es la conseguida entre un ciudadano que pide a la Comisión el acceso a un documento sobre las políticas contra la pobreza en la Unión Europea, y el consentimiento de aquélla (1045/21.11.96/BH/IRL/JMA). De la misma manera, se llegó a un acuerdo amistoso en la reclamación 760/24.7.96/JC/UK/IJH) sobre gastos de viaje de un parlamentario europeo; y en la queja 955/97/IJH se resuelve de mutuo acuerdo entre la Comisión y el coordinador regional europeo en Palestina el pago del sueldo más intereses.

los intereses de los reclamantes aparece reflejada en el art. 5<sup>35</sup> del Estatuto del Defensor del Pueblo y en el art. 12 de las Medidas de Ejecución<sup>36</sup>.

Ciertamente es necesaria tal cooperación atendiendo a que los ciudadanos carecen todavía de conocimientos suficientes acerca del ámbito competencial de cada comisionado parlamentario. Será frecuente que se equivoquen de institución a la hora de presentar sus quejas. El desconocimiento de la población europea le lleva a creer que cualquier aplicación del Derecho Comunitario cae bajo el ámbito de fiscalización del Defensor del Pueblo Europeo. De hecho, la mayor parte de las reclamaciones rechazadas se referían a casos de mala administración por parte de las instituciones nacionales en aplicación por parte de éstas del Derecho Comunitario<sup>37</sup>. Por eso ya desde los primeros momentos de la existencia del Defensor del Pueblo Europeo se consideró conveniente que existieran canales de comunicación entre esta institución y sus homólogos nacionales para evitar que el ciudadano tuviera que ir de un Defensor a otro<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> «Con vistas a reforzar la eficacia de sus investigaciones y proteger mejor los derechos y los intereses de las personas que le presenten reclamaciones, el Defensor del Pueblo podrá cooperar con las autoridades correspondientes existentes en algunos Estados miembros, respetando las legislaciones nacionales aplicables [...]».

<sup>36</sup> «El Defensor del Pueblo podrá cooperar con los defensores del pueblo o las autoridades del mismo tipo que existan en los Estados miembros para reforzar la eficacia tanto de sus propias investigaciones como de las investigaciones de los citados defensores del pueblo o autoridades del mismo tipo y organizar de forma más eficaz la protección de los derechos de los ciudadanos europeos».

<sup>37</sup> En 1995 el Defensor del Pueblo Europeo recibió un 80% de reclamaciones inadmisibles. La mayor parte de las mismas, tal como expone en el informe anual, se refiere a supuestos casos de mala administración por parte de las autoridades nacionales. De las 842 nuevas reclamaciones presentadas en 1996, en 243 casos tuvo que recomendar dirigirse a otras agencias, de las que 130 eran los Defensores del Pueblos nacionales o regionales. En 1997 se recibieron 1181 nuevas reclamaciones, de las cuales tres fueron remitidas a Defensores del Pueblo nacionales y en 254 casos se recomendó al reclamante acudir a su homólogo nacional o regional o elevar petición al Parlamento nacional. En 1998 se sigue la misma línea: de las 1372 reclamaciones recibidas en ese año, 7 fueron remitidas a Defensores del Pueblo nacionales y en 259 casos se recomendó presentar la queja a los Defensores del Pueblo nacionales o regionales, o realizar una queja ante el Parlamento nacional. Por último, los datos de 1999 indican que de las 1577 reclamaciones recibidas, 8 fueron remitidas a Defensores del Pueblo nacionales y se aconsejó a 708 demandantes que recurrieran al Comisionado parlamentario nacional o regional, o a la Comisión de Peticiones del Parlamento de su Estado (cfr. los anexos con estadísticas de cada *Informe Anual*). De ahí que el Defensor del Pueblo Europeo considere que tiene la obligación moral de colaborar con las instituciones nacionales equivalentes para lograr una adecuada protección de los derechos de los ciudadanos (J. SÖDERMAN: «La difesa civica...», cit., en AA. VV.: *Il Difensore Civico*, cit., p. 143).

<sup>38</sup> Cfr.: F. MOSCONI: «L'Ombudsman comunitario tra perplessità e auspici», en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1992/3, p. 919.

a) *Conexión con los Defensores del Pueblo estatales*

Como fruto de los encuentros mantenidos a efectos de continuar avanzando en el camino de una óptima gestión de las quejas recibidas en cada sede, se ha decidido dar los siguientes pasos:

■ Creación en la secretaría de cada órgano de una red de funcionarios encargados de tareas de coordinación para favorecer el flujo libre de información sobre el Derecho Comunitario y el intercambio de reclamaciones para que las conozca el órgano competente<sup>39</sup>.

■ Se ha adquirido el compromiso de ir redactando boletines de coordinación para ir mejorando constantemente le relación de los Defensores del Pueblo<sup>40</sup>.

■ Debates acerca de cuestiones referidas a los ámbitos de aplicación del Derecho Comunitario, a las normas de buena conducta administrativa y a las facultades de los Defensores del Pueblo de control judicial, así como con relación a la función de estos órganos frente a la integración europea<sup>41</sup>.

■ Asimismo, en el seminario de Estrasburgo en 1996 se aprobó la denominada «red de enlace», consistente en la posibilidad de que los Defensores del Pueblo nacionales puedan elevar cuestiones sobre el Derecho Comunitario a su homólogo europeo y se agilice el intercambio de información relativa a la legislación comunitaria y su aplicación<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Conclusión a la que se llegó tras la celebración del seminario de Estrasburgo (12 y 13 de septiembre de 1996) acerca de las funciones respectivas de las instituciones y órganos comunitarios y nacionales en la supervisión de la aplicación del Derecho de la Comunidad Europea (*Informe anual* del año 1996, pp. 11 y 97).

<sup>40</sup> Este acuerdo se consiguió en el seno del primer seminario con los funcionarios de coordinación que se celebró en Bruselas el 23 y 24 de junio de 1997 sobre la aplicación del Derecho Comunitario a nivel nacional (*Informe anual* de 1997 § 5.1, p. 299). Desde entonces, en efecto, se han publicado periódicamente estos boletines: del de octubre de 1997 al de julio de 1999 pasando por otros dos de otoño de 1998. También consultables estos datos en <http://www.euro-ombudsman.eu.int/liaison/es/default.htm>.

<sup>41</sup> En el ámbito del segundo seminario el cual tuvo por sede Bruselas (23 y 24 de noviembre de 1998 - *Informe anual* de 1998, § 5.1, p. 294-). Por último, otro seminario se ha desarrollado en París los días 9 y 10 de septiembre de 1999 acerca de *Los Defensores del Pueblo, el Tratado de Ámsterdam y la integración europea* (*Informe anual* de 1999, §§ 5.1 y 6.1, pp. 289, 294 y 295).

<sup>42</sup> *Informe anual* de 1996, pp. 11, 97 y 98. Las dos primeras preguntas se efectuaron en 1997 por el Defensor del Pueblo irlandés. El Defensor del Pueblo Europeo puede bien contestar directamente, bien traspasar la pregunta a la institución u órgano comunitarios más capacitados para responder. En estos dos casos concretos se optó por esta segunda vía y se trasladaron las cuestiones a la Comisión. En 1998 se presentaron otras cinco preguntas. Periódicamente se celebran seminarios para funcionarios de enlace en los que todos los *Ombudsmen* nacionales tienen representación. En tales seminarios se debaten cuestiones de la actualidad comunitaria, como el sostenido en Estrasburgo los días 22 y 23 de septiembre de 2000 sobre los derechos

En efecto, estos encuentros y actuaciones encaminadas a coordinar de forma flexible e informal<sup>43</sup> al Ombudsman europeo y sus homólogos nacionales, ha sido preferida por el propio Defensor del Pueblo Europeo a la alternativa de ampliar sus competencias dirigida a que su capacidad de investigación alcanzase el ámbito de cualquier Administración que aplicase el Derecho comunitario<sup>44</sup>.

#### b) Cooperación con los Defensores del Pueblo Regionales

El Defensor del Pueblo Europeo ha mantenido también contactos y reuniones con los Comisionados de los Parlamentos regionales<sup>45</sup>. El ob-

---

humanos y el Tratado de Ámsterdam (Cfr.: *Informe anual del Defensor del Pueblo Europeo*, año 2000, pp. 280, 281 y 283. J. SÖDERMAN: «El derecho fundamental...», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, cit., p. 14. Sobre la red de coordinadores se puede encontrar más información en ). Con anterioridad a la creación de esta red de enlace ya se había considerado una buena manera de relacionar a los Defensores del Pueblo nacionales con el europeo a través de una especie de «recurso prejudicial» siguiendo la línea del establecido en el art. 234 (ex-art. 177) del TCE para los órganos jurisdiccionales comunitarios o de los Estados miembros. De este modo, los Defensores del Pueblo nacionales podrían elevar una consulta al Ombudsman europeo en cuestiones relativas a la interpretación del Derecho comunitario o a la validez de los actos de los Estados en aplicación del Derecho comunitario (propuesta de M. G. HANSEN, Defensor del Pueblo danés, recogida por A. PLIAKOS: «Le Médiateur de l'Union Européenne», cit., pp. 580-581).

<sup>43</sup> En relación con la importancia de la flexibilidad en la cooperación entre los diferentes comisionados parlamentarios, cfr.: J. F. CARMONA Y CHOUSAT: *El Defensor del Pueblo Europeo*, cit., pp. 267-271, especialmente la 269.

<sup>44</sup> J. SÖDERMAN: «El derecho fundamental...», cit., p. 14. Idem.: «La difesa civica...», en AA. VV.: *Il Difensore Civico*, cit., p. 143 *in initio*. Igualmente, en su discurso ante la Comisión de Peticiones (Bruselas, 23 de noviembre de 1998), en <http://www.eurombudsman.eu.int/liaison/es/default.htm>). Cfr. asimismo: K. NEWMAN: «Current Developments: EC Law», en *International and Comparative Law Quarterly*, 46/3 (julio 1997), p. 702. Ante las incomodidades que pueden surgir de esa falta de legitimación del Defensor del Pueblo europeo de fiscalizar la actuación de Administraciones distintas de la comunitaria aun cuando aplican el Derecho comunitario, se han propuesto también otras soluciones, como la creación de una red de *Ombudsmen* en cada Estado miembro para que absorban las competencias de los actuales comisionados parlamentarios o bien, sencillamente, que investiguen casos de mala administración de relieve comunitario, completando así la actividad del Defensor del Pueblo Europeo (cfr.: M. P. ЧИПТ: «Il Mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria», cit., pp. 326 y 327). Por otra parte, ya la propuesta española de los años 90, a la que tuve ocasión de referirme en la nota 1 de este estudio, exponía como la mejor opción crear no un Ombudsman para toda la Unión, sino que existiera un Ombudsman en cada Estado miembro que se ocupara de fiscalizar las actuaciones de la Administración nacional o comunitaria en la aplicación del Derecho comunitario. Sin embargo, como vimos en la citada nota, no se siguió este modelo sino el que conocemos actualmente en vigor cuyo origen se encuentra en la propuesta danesa que siguió a la española.

<sup>45</sup> En primer lugar, la de Barcelona del 28 al 30 de octubre de 1997 (*Informe anual de 1997*, § 5.3, p. 301).

jeto de estas sesiones sigue siendo conseguir una correcta aplicación del Derecho Comunitario. Con el objeto de garantizar este fin, en 1997 se creó un nuevo cuerpo de funcionarios para coordinar las actividades y funciones del Defensor del Pueblo Europeo y los regionales.

Los contrastes de opiniones entre estas instituciones continúan siendo fecundos y contribuyen a clarificar la toma de posiciones de estas figuras ante los nuevos eventos que se van sucediendo, como los desafíos a que se enfrentarán los Comisionados parlamentarios regionales a consecuencia de la integración europea<sup>46</sup>. Igualmente se ha acordado la celebración de las conferencias entre el Defensor del Pueblo Europeo y los regionales con una periodicidad al menos bianual.

No obstante los avances producidos en estas sesiones sería deseable que, con el objeto de garantizar una mejor delimitación de competencias entre todos estos órganos y que la transmisión de información y quejas fuese más segura y rápida, se aprobase un acto normativo de la misma manera que en algunos países existen leyes con este contenido<sup>47</sup>.

### 2.3 Relaciones con los Defensores del Pueblo de países extracomunitarios

Cabe, en efecto, resaltar finalmente los contrastes de puntos de vista existentes entre el Defensor del Pueblo Europeo y sus homólogos extracomunitarios. Esta tarea se ha comenzado a llevar a cabo a través de un seminario organizado por el Defensor del Pueblo Europeo y el Defensor Esloveno de los Derechos Humanos sobre «Los Defensores del Pueblo y el Derecho de la Unión Europea»<sup>48</sup>. Huelga pensar que relaciones de este tipo serán de interés para la acomodación al espíritu democrático de la Unión de los países de la Europa del este que pretenden acceder al marco jurídico-político de la Unión Europea. No en vano, uno de los signos de los avances de la democracia en estos países es el interés que han mostrado por la figura del Ombudsman e incluso la incorporación de esta figura a sus ordenamientos constitucionales<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Tal y como se ha podido observar en la Conferencia de Florencia de los días 11 y 12 de noviembre de 1999 (*Informe anual* de 1999 § 5.3, p. 290).

<sup>47</sup> Es, por ejemplo, el caso de España (*Ley 36/1985* de 6 de noviembre, reguladora de las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las Figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas). Sobre esta norma, cfr. la STC 157/88, de 15 de septiembre.

<sup>48</sup> Ljubliana (Eslovenia), del 6 al 8 de junio de 1999.

<sup>49</sup> V. PICKL: «Le funzioni dell'Ombudsman in Europa», en AA. VV.: *Il Difensore Civico*, cit., p. 31.

### 3. El Defensor del Pueblo Europeo y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea podría hacernos reflexionar si la aparición de este texto conseguiría cambiar algo la actuación del Defensor del Pueblo Europeo o el cuadro de casos que entrarían dentro de su ámbito de conocimiento. Podríamos cuestionarnos si a partir de ahora puede quedar configurado más como una institución al servicio del ciudadano para defender sus derechos que como una institución encargada de controlar el buen funcionamiento de la Administración comunitaria.

En efecto, el *Ombudsman* presenta una dualidad funcional. Por una parte, y este es el objetivo con el que fue creado históricamente en el arquetipo escandinavo, tenía como misión controlar a la Administración, de forma que acabó presentándose como un medio de control del Gobierno por parte del Parlamento. Por otro lado, a medida que el Estado fue cada vez más intervencionista y la actividad administrativa iba creciendo paulatinamente, el Defensor del Pueblo iría profundizando en su carácter de mecanismo no jurisdiccional de defensa de los derechos de los ciudadanos frente a las actuaciones incorrectas de la Administración, y no tanto como un simple control legalista de su funcionamiento<sup>50</sup>.

Esta dualidad se presenta en nuestro propio ordenamiento jurídico español. Por una parte, el art. 54 de la Constitución Española establece que el Defensor del Pueblo es el alto comisionado de las Cortes Generales nombrado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, a cuyo efecto, de modo instrumental, podrá supervisar la actividad de la Administración. Desde esta perspectiva nos alejamos del modelo clásico del *Ombudsman* esencialmente controlador de la Administración<sup>51</sup>. Según el texto constitucional, parece claro que la misión principal del Defensor del Pueblo es defender los derechos de los ciudadanos y, para lograr ese objetivo, podrá fiscalizar la actividad de la Administración.

<sup>50</sup> L. DÍEZ BUESO: «El *Sindic de Greuges* de Cataluña», en *Autonomías*, n.º 19 (diciembre de 1994), pp. 25-28. R. ADAM: «Il Mediatore Europeo: organo di tutela del singolo o strumento di controllo parlamentare?», en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1992/3, pp. 928 y ss. J. RIDEAU: «Le système de l'Ombudsman», en *Revue des Droits de l'homme*, 1969/3, pp. 432-458.

<sup>51</sup> En este sentido, M. AGÚNDEZ BASTERRA: «Tolerancia y Derechos Humanos», en AA. VV.: *Los Defensores del Pueblo en la España del 2000*. Santiago de Compostela, 2000, p. 135 *in fine*. J. CORA RODRÍGUEZ: «La Institución del 'Valedor do Pobo'», en AA. VV.: *Los Defensores del Pueblo en la España del 2000*, cit., pp. 201-203. M. J. CORCHETE MARTÍN: *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*. Salamanca, 2001, pp. 37, 38 *in fine* y 39 *in initio*, 45, 59 y ss. A. EMBID IRUJO: *El control de la Administración pública por los Comisionados Parlamentarios Autonómicos*. Madrid, 1991, pp. 103-105. M. OTERO PARGA: «Los Derechos Humanos y la Institución del Defensor del Pueblo», en AA. VV.: *Los Defensores del Pueblo en la España del 2000*, cit., p. 27. A. PÉREZ CALVO: «Ar-

Sin embargo, la norma que desarrolla el art. 54 de la Constitución, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo<sup>52</sup>, estipula en su artículo 9 que es un órgano que podrá llevar a cabo cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y sus agentes. En esta redacción prima la función fiscalizadora sobre la de tutela de los derechos de los ciudadanos<sup>53</sup>, con lo que se produce un giro hacia el modelo sueco.

Hasta ahora es cierto que al Defensor del Pueblo Europeo resultaba difícil orientarle más hacia el paradigma de protector de los derechos de los ciudadanos, ciñéndole indefectiblemente a una tarea de control de la Administración, dado que no había un elenco de derechos en la Unión equiparable, por ejemplo, al título I de la Constitución Española. Podríamos partir de que, aunque la Carta Europea de Derechos Fundamentales no tiene valor jurídico, su contenido se está aceptando como conjunto de principios inspiradores del quehacer de las instituciones comunitarias y, concretamente, del Defensor del Pueblo Europeo<sup>54</sup>. Afirmada esta premisa, podríamos plantearnos si ahora sería oportuno modificar la regulación del Euro-ombudsman y configurarle como una institución cuya principal finalidad fuera defender los derechos de los ciudadanos europeos y, auxiliariamente, como un medio útil para ello, controlar la actuación de la Administración comunitaria. Un sesgo en este sentido podría implicar, además, abrir la posibilidad de que la capacidad de actuación

---

título 54: el Defensor del Pueblo», en AA. VV.: *Comentarios a las Leyes Políticas*, IV, Madrid, 1984, pp. 515, 519. M. VERA PADIAL: «Notas sobre la adaptación del *Ombudsman* a los ordenamientos de las Comunidades Autónomas», en *Autonomías*, n° 19 (diciembre de 1994), p. 12.

<sup>52</sup> En adelante, LODP, Ley orgánica 3/1981, de 6 de abril, B. O. E. n° 109, de 7 de mayo.

<sup>53</sup> E. ÁLVAREZ CONDE: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, 2ª ed., 1996, p. 495. Esta dicción de la LODP ha sido criticada por cuanto realiza una división un tanto superficial de la actividad garantista y de control propias del Defensor del Pueblo, de forma que el texto legal presenta la actividad de control como la principal, si bien el fundamento de sus competencias y de su ámbito de actuación descansa en su función garantista (M. J. CORCHETE MARTÍN: *El Defensor del Pueblo y la protección...*, cit., p. 48 y cfr. pp. 65 y ss.). Durante el proceso de elaboración de nuestra Constitución de 1978 se presentaron diferentes enmiendas en relación con la facultad del Defensor del Pueblo de disponer del ejercicio de acción pública para defender los derechos fundamentales o limitarse solamente a un control de la Administración Pública. La discusión precisamente dependía de si lo que se quería incorporar al sistema constitucional español era un Ombudsman simplemente controlador de la Administración, o una institución ante todo garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Un detenido análisis de estas cuestiones puede consultarse en M. J. CORCHETE MARTÍN: *El Defensor del Pueblo y la protección...*, cit., pp. 28 y ss. Discusiones parecidas se volvieron a repetir durante la elaboración de la LODP (Idem. *Ibid.*, p. 44 y ss.)

<sup>54</sup> Me remito *supra* nota al pie n° 1.

del Defensor del Pueblo Europeo, orientada hacia estos nuevos horizontes, no se agotase en la supervisión del funcionamiento de la Administración. Se le podrían permitir nuevas oportunidades de defensa de los derechos ciudadanos, como pudiera ser el caso de acciones judiciales ante el Tribunal de Justicia, de forma nuevamente paralela a lo que ocurre en ámbitos nacionales como el español en que goza de la posibilidad de interponer recursos de inconstitucionalidad y de amparo<sup>55</sup>.

El problema sería que si tenemos en cuenta que el Defensor del Pueblo tiene un objeto material de actuación muy restringido –la mala administración provocada por las instituciones y órganos comunitarios–, restricción que precisamente es lo que permite que se puedan deslindar sus competencias de las de la Comisión de Peticiones, se produciría todavía una mayor indefinición entre las competencias de ambas instituciones si favorecemos que la capacidad de actuación de éste no se agote en el mero control de la Administración<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Art. 162.1a) de la Constitución Española, art. 29 de la LODP, y arts. 32.1b) y 46.a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (B. O. E. n.º 239, de 5 de octubre). Cfr.: M. VERA PADIAL: «Notas sobre la adaptación...», cit., p. 14. Precisamente ante la imposibilidad de los ciudadanos de interponer directamente un recurso de inconstitucionalidad, tan sólo a través del Defensor del Pueblo es como las personas singulares podrán llegar a promover un recurso de este tipo. Sobre estas cuestiones, cfr.: B. GONZÁLEZ MORENO: «El Defensor del Pueblo y la defensa constitucional del derecho de libertad ideológica, religiosa y de culto», en J. MARTÍNEZ-TORRÓN (Ed.): *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*. Granada, 1998, pp. 509 y ss. En relación con las posibilidades de permitir al Defensor del Pueblo europeo la interposición de recursos ante los órganos jurisdiccionales comunitarios, cfr.: A. ALONSO DE ANTONIO: «Consideraciones sobre el Defensor del Pueblo Europeo», cit., p. 33, citando a su vez en la nota al pie n.º 28 a A. GIL-ROBLES: «El Defensor del Pueblo, de la utopía a la esperanza», en AA. VV.: *Los derechos del europeo*. Madrid, 1993, p. 131. C. MOREIRO GONZÁLEZ: «El Defensor del Pueblo en el Tratado...», cit., pp. 242-247. A. RUIZ FRANCÉS: «El Defensor del Pueblo de la Unión Europea», cit., pp. 120 y 109 –nota 59, al citar a R. GOSALBO BONO: «Médiateur», en *Répertoire Communautaire Dalloz*. Se puede recordar, por último, que la Comisión de Asuntos Institucionales ya mostró durante la elaboración del Estatuto del Defensor del Pueblo europeo sus reticencias a concederle la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, considerando más oportuno que el titular de esa acción fuera el Parlamento (cfr.: *Informe de la Comisión de Asuntos Institucionales sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo europeo y sobre las condiciones del ejercicio de sus funciones*, cit., § B, 8).

<sup>56</sup> Se puede añadir a título ilustrativo que en su momento se rechazó la vinculación del Defensor del Pueblo Europeo con los derechos fundamentales ya que, si el artículo 6 (ex-artículo F) del TUE ya establecía unos medios de defensa de los mismos, no parecía adecuado interponer entre ellos un nuevo mecanismo que hiciera aumentar las reticencias de las instituciones comunitarias en relación a la adhesión de las Comunidades al Convenio Europeo de Derechos del Hombre (cfr.: C. MOREIRO GONZÁLEZ: «El Defensor del Pueblo en el Tratado...», cit., pp. 228 y s.).

Por otra parte, cabe señalar que la incidencia práctica de estas disquisiciones será débil ya que, en realidad, lo normal es que un ciudadano se queje de aquellas actuaciones incorrectas de la Administración que le han lesionado algún derecho –ya que de lo contrario no se quejará–. Pero, será raro encontrar una actuación administrativa incorrecta que no lesione un derecho de algún ciudadano y, nuevamente, esa lesión es lo que provocará su queja<sup>57</sup>.

Por último, el mismo Defensor del Pueblo Europeo ha considerado que la solución de los problemas del funcionamiento de la Administración comunitaria no reside precisamente en una ampliación de sus funciones, sino que basta con las que tiene y con lograr una buena coordinación con las instituciones que pueden resultarle afines<sup>58</sup>. De ahí que se pueda concluir que, aunque tuviéramos la oportunidad de dar un nuevo valor al Ombudsman europeo, su nueva orientación podría traer como efectos prácticos justamente una mayor confusión en el reparto de los asuntos fiscalizables por él y otras instituciones, en especial la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo.

#### 4. Consideraciones finales

Dado que son varias las figuras que dentro de la Unión Europea y de los Estados miembros tienen como cometido la defensa no jurisdiccional de los derechos de los ciudadanos, se ha pretendido dilucidar en el presente estudio cuáles son las diferencias entre cada una de ellas y su ámbito propio de actuación.

1. En relación con el deslinde de las competencias del Defensor del Pueblo Europeo y los homónimos nacionales, no hay especial dificultad. Bastará con averiguar si la Administración que lesiona un derecho del ciudadano es la comunitaria o, por el contrario, es una de las Administraciones que desarrollan sus funciones dentro de las fronteras de cada Estado miembro.

2. Sin embargo, no puede predicarse lo mismo de la diferenciación de las competencias propias del Defensor del Pueblo europeo y de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo. Las causas de esta mayor confusión, analizadas en el apartado II. 1), se deben especial-

<sup>57</sup> Cfr. M. J. CORCHETE MARTÍN: *El Defensor del Pueblo y la protección...*, cit., p. 67 *in initio*. A. PÉREZ CALVO: «Artículo 54: el Defensor del Pueblo», en AA. VV.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, IV. Madrid, 1996, p. 550 *in fine*.

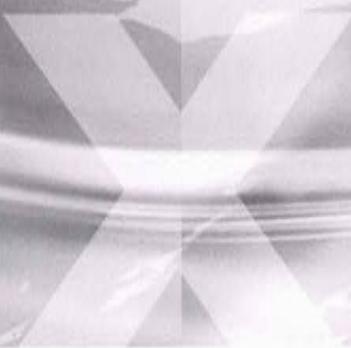
<sup>58</sup> Sobre la ausencia de necesidad de ampliar sus competencias, han sido varios los pronunciamientos. Baste por todos: J. SÖDERMAN: «A Thousand and One Complaints...», cit., p. 358.

mente a que ambas instituciones son receptoras de las reclamaciones relacionadas con lesiones de los derechos de los ciudadanos producidas como consecuencia de una actuación de las instituciones y órganos comunitarios. No obstante, la diferencia fundamental radicará en que las quejas que se refieran a cuestiones más propiamente administrativas habrán de ser conocidas por el Defensor del Pueblo, mientras que las que presente un mayor contenido político, serán objeto de estudio de la Comisión de Peticiones.

3. Precisamente para evitar estos conflictos competenciales, el Defensor del Pueblo ha mantenido encuentros con estas figuras. Dentro de las relaciones entabladas con otras instituciones, se muestran especialmente interesantes las mantenidas con los Ombudsmen de los Estados extracomunitarios. Es esta una vía de conocimiento de las instituciones comunitarias y de adaptación a los principios que rigen la política y el ordenamiento jurídico de la Unión particularmente útil para los países que aspiran a adherirse a ella.

4. La proclamación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales brinda la ocasión para plantearnos una posible ampliación de las competencias del Defensor del Pueblo Europeo. Se podría aprovechar para vincularle directa y expresamente a la defensa de los derechos de los ciudadanos de manera que ésta, y no sólo su finalidad fiscalizadora de la Administración comunitaria, quedase como su principal tarea. Se trataría de configurar un Ombudsman europeo no tan vinculado al modelo escandinavo, sino a los que han aparecido con posterioridad en países como España. De este modo, incluso se le podría permitir ejercitar acciones judiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sin embargo, formular una regulación en este sentido tendría como la más probable consecuencia una mayor dificultad a la hora de deslindar las competencias del Defensor del Pueblo europeo y las de la Comisión de Peticiones. No parece prudente pensar que el camino que dirija a un mejor funcionamiento del Ombudsman europeo y a una más adecuada protección de los derechos de los ciudadanos sea la ampliación de sus competencias, sino más bien una profundización en la coordinación con las instituciones afines. 

**XURISPRUDENCIA**





# DOCTRINA DO TRIBUNAL DE XUSTIZA DAS COMUNIDADES EUROPEAS SOBRE O CONCEPTO COMUNITARIO DE RESIDUO. COMENTARIO Á SENTENCIA DO 18 DE ABRIL DE 2002

Juan José Pernas García

Bolseiro predoutoral da Facultade de Dereito da Coruña

## 1. Obxecto de análise

A sentenza do TXCE, do 18 de abril de 2002<sup>1</sup>, obxecto da nosa análise, resolve unha cuestión prexudicial presentada polo *Korkein Hallinto-Oikeus* (Tribunal Administrativo Supremo (Finlandia) sobre a interpretación do concepto comunitario de residuo. A dita cuestión prexudicial presentouse no marco dun recurso contra unha autorización ambiental concedida pola *mancomunidad de municipios de Vehmassalo*, á empresa *Palin Granit Oy* para a explotación dunha canteira de granito. Da lexislación finlandesa despréndese que a expedición dunha autorización ambiental relativa a un vertedoiro non lles compete ás autoridades municipais, de modo que o resultado do litixio principal depende de se se cualifica ou non de residuo a ganga<sup>2</sup> que resulta da explotación da canteira (alínea 2).

<sup>1</sup> Sentencia do 18 de abril de 2002, *Palin Granit Oy/Vehmassalon Kansanterveysystyön Kuntayhtymän Hallitus*, C-9/00. Toda a xurisprudencia utilizada para a realización do presente comentario foi consultada en Internet na páxina do TXCE: <http://zcuria.eu.int/es/index.htm>.

<sup>2</sup> O *Diccionario da Real Academia Española de la Lengua* (edición 2001) define ganga do seguinte modo: «Materia que acompaña a los minerales y que se separa de ellos como inútil».

No presente comentario de xurisprudencia, coa finalidade de facilitar a comprensión da sentenza, imos estrutura-la análise de acordo co clásico esquema das sentencias do TXCE. En primeiro termo, procederemos á análise dos antecedentes normativos, e destacaremos os aspectos e as disposicións legais que debemos tomar en consideración para o estudo do pronunciamento do Tribunal. Seguidamente, introduciremos os antecedentes fácticos que lle deron orixe á exposición da cuestión prexudicial ante o TXCE. O punto terceiro versará, finalmente, sobre a doutrina sentada polo Tribunal nesta sentenza, comentada á luz da doutrina e do resto de sentencias pronunciadas por este órgano xurisdiccional con relación ó concepto de residuo.

## 2. Antecedentes

### A. Antecedentes normativos

O concepto comunitario de residuos é o recollido no artigo 1, letra a), da Directiva 75/442/CEE relativa ós residuos<sup>3</sup>:

«Calquera substancia ou obxecto pertencente a unha das categorías que se recollen no anexo I e do que o seu posuidor se desprenda ou do que teña a intención ou a obrigación de desprenderse».

Con relación á definición da Directiva 75/442, Alenza sinala que «(...) os dous únicos factores que determinan a condición de residuos son a vontade do posuidor ou produtor e a lei, na medida en que obriga, por motivos de interese público, a desfacerse de determinados productos»<sup>4</sup>.

Para determinar se a ganga é un residuo haberá que atender, polo tanto, ó anexo I da Directiva 75/442 sobre «categorías de residuos» e á Decisión 94/3/CE pola que se establece o «Catálogo Europeo de Residuos» (CER)<sup>5</sup>. En primeiro termo, no epígrafe Q11 do anexo I da Directiva 75/442 figuran «os residuos de extracción e de preparación de mate-

<sup>3</sup> Directiva 75/442/CEE do Consello, do 15 de xullo de 1975, relativa ós residuos (DOCE L 194, p. 39), modificada pola Directiva 91/156/CEE do Consello, do 18 de marzo de 1991 (DOCE L 78, p.32).

<sup>4</sup> Cfr. ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Concurrencia competencial sobre residuos sólidos urbanos*, EGAP, Santiago, 1995, p.165.

<sup>5</sup> Decisión 94/3/CE, do 20 de decembro de 1993, pola que se establece unha listaxe de residuos de conformidade coa letra a) do artigo 1 da Directiva 75/442 (DOCE L 5/1994, p.15). Esta decisión ten sido substituída pola Decisión 2000/532/CE da Comisión, do 3 de maio de 2000 (DOCE L 226, 06.09.2000, p.3).

rias primas», e no epígrafe Q16, a modo de cláusula de peche, faise alusión a «toda substancia, materia ou produto que non estea incluído nas categorías anteriores». En segundo lugar, no CER recóllense os «residuos da prospección, extracción, preparación e outros tratamentos de mine-rais e canteiras».

Doutra parte, e para a análise da sentenza en cuestión, debemos salientar que os artigos 9 e 10 da Directiva 75/442 establecen que calquera establecemento ou empresa que efectúe determinadas operacións de eliminación –incluídas no anexo II A– ou algunhas operacións de valorización dos residuos –as citadas no anexo II B– debe obter unha autorización da autoridade competente. Entre as operacións de eliminación ou valorización recóllese o depósito ou o almacenamento de residuos.

Para a comprensión e análise posterior da sentenza é necesario, igualmente, apuntar que a normativa finlandesa, máis concretamente o Decreto 772/1992 sobre o procedemento de autorización do medio natural, sinala que a autorización do medio natural para os vertedoiros é competencia do centro rexional do medio natural, non competencia municipal (alínea16).

## B. Antecedentes de feito

A empresa mineira Palin Granit solicitoulle á mancomunidade de veciños unha autorización para explota-la canteira de granito. A solicitude incluía un plan de xestión da ganga e prevía o almacenamento da ganga e a súa posible utilización posterior como grava ou material para construír terrapléns. A mancomunidade concedeulle a autorización solicitada.

O *Turun ja Porin lääninoikeus* (gobierno provincial de *Turku y Pori*) presentou un recurso ante o *Turun ja Porin lääninoikeus* (Tribunal Contencioso-Administrativo) da mesma provincia, ó estimar que a competencia para autoriza-los vertedoiros municipais lle correspondía ó centro de medio natural da rexión sueste de Finlandia, e non á mancomunidade. O tribunal anulou, pois, a resolución de concesión da autorización.

Palin Granit e a mancomunidade presentaron un recurso de casación ante o *Korkein Hallinto-Oikeus* (Tribunal Administrativo Supremo) no que impugnaban a cualificación da ganga como residuo, determinante en último termo da competencia rexional para o outorgamento da autorización. Palin Granit subliñaba que a ganga, cunha composición mineral que é idéntica á da roca da que foi extraída, almacenábase por pouco tempo para a súa posterior utilización, sen que fose necesaria ningunha medida de valorización, e non representaba ningún perigo para a saúde das persoas nin para o medio natural. Pola contra, o centro rexional ambiental sinala que a ganga debe ser cualificada como residuo mentres non se facilite a proba da súa reutilización.

Coa finalidade de determina-la cualificación xurídica da ganga e, en consecuencia, a competencia para outorgarlle a autorización ambiental ó vertedoiro, o *Korkein Hallinto-Oikeus* (Tribunal Administrativo Supremo) presentoulle as seguintes cuestións prexudiciais ó TXCE:

«¿A ganga procedente da extracción de pedra debe considerarse como residuo no sentido do artigo 1, letra a), da Directiva 75/442/CEE do Consello, do 15 de xullo de 1975, relativa ós residuos, na súa versión modificada pola Directiva 91/156/CEE do Consello, do 18 de marzo de 1991, ó ter en conta os criterios das letras a) a d) seguintes?

a) ¿Que importancia se lle debe atribuír ó feito de que a ganga se almacene nunha zona adxacente á zona de extracción, en espera da súa posterior utilización? ¿Ten importancia, en xeral, a circunstancia de se a ganga se almacena na propia zona de extracción, nunha zona adxacente ou máis lonxe?

b) ¿Que importancia se lle debe atribuír ó feito de que a ganga sexa na súa composición idéntica á roca da que se ten desprendido e que a dita composición non varíe, independentemente da duración e do modo de almacenamento?

c) ¿Que importancia se lle debe atribuír ó feito de que a ganga non sexa perigosa para a saúde das persoas nin para o medio natural? ¿Por regra xeral ata que punto se deben ter en conta as eventuais repercusións sanitarias ou ecolóxicas para cualifica-la ganga de residuo?

d) ¿Que importancia se lle debe atribuír ó feito de que exista a intención de retirar-la ganga, total ou parcialmente, da zona de almacenamento para o seu aproveitamento, por exemplo, para obras de aterraplenado ou para construír diques, e á circunstancia de que a ganga poida valorizarse tal como se encontra, sen necesidade de sometela a ningún tratamento ou outras medidas parecidas? A este respecto, ¿en que medida hai que atribuírle importancia ó grao de certeza dos proxectos que o posuidor da ganga poida ter para o seu uso e ó tempo necesario para que estes se leven a cabo despois de que a ganga teña sido depositada na zona de almacenamento?» (alínea 21).

### 3. Doutrina e fundamentos xurídicos da sentenza

#### A. Sobre a cuestión principal

A cuestión principal presentada no marco do litixio principal é a de determinar se a ganga derivada das actividades extractivas debe ser considerada xuridicamente como residuo. Como xa sinalamos, a Directiva 75/442 define o dito concepto como «calquera substancia ou obxecto pertencente a unha das categorías que se recollen no anexo I e do que o seu posuidor se desprenda ou do que teña a intención ou a obrigação de desprenderse».

En primeiro termo, o TXCE sinala que o anexo I da Directiva 75/442 e o CER precisan e ilustran a dita definición e propoñen listas de substancias e obxectos que poden ser cualificados como residuos. Entende que son *listas indicativas*<sup>6</sup>, polo que a cualificación de residuo resulta ante todo do comportamento do posuidor en función de se desexa ou non desprenderse das substancias consideradas. A listaxe legal de residuos ten, polo tanto, un carácter meramente indicativo, *non exhaustivo*, coa finalidade de *facilita-la aplicación* da definición de residuo. Disto deduce o Tribunal, que a cualificación dunha substancia como residuo depende, mais ca da súa categorización legal, do significado do termo *desprenderse* (alínea 22)<sup>7</sup>. A este respecto, Fernández Ramos constata, acertadamente, que «(...) a inclusión dunha substancia no CER non implica, por si mesma, que sexa un residuo en calquera circunstancia, senón que será preciso, ademais, que lle sexa de aplicación a definición de residuo que contén a Directiva 75/442»<sup>8</sup>.

O TXCE centra, pois, a análise do concepto de residuo en torno ó significado do termo *desprenderse*. O Tribunal sinala que o dito concepto debe ser interpretado *á luz dos obxectivos da Directiva 75/442 e do dereito ambiental comunitario*<sup>9</sup>. A directiva ten como obxectivo fundamental a protección da saúde do home e do medio contra os efectos prexudiciais causados pola recollida, o transporte, o tratamento, o almacenamento e o depósito dos residuos (considerando terceiro). O Tribunal tamén sinala, desde o Plano Xeral da Política Ambiental Comunitaria, que o artigo 174 CE, alínea 2, dispón que a política da Comunidade no ámbito do medio natural contribúe a alcanzar un nivel de protección elevado e baséase, entre outros, nos principios de prevención e cautela. Todo isto

---

<sup>6</sup> No parágrafo 1 do anexo da Decisión 2000/532, pola que se establece unha listaxe europea de residuos, sinala que a inclusión dun material na listaxe non significa, sen embargo, que o dito material sexa considerado residuo en tódalas circunstancias.

<sup>7</sup> Véxase igualmente, neste sentido, a doutrina do TXCE vertida na sentenza do 18 de decembro de 1997, *Inter.-Environnement Wallonie*, C-129/96, alínea 26; e na sentenza do 15 de xuño de 2000, *ARCO Chemie Nederland*, C-418/97 y C-419/97, alínea 36 e 46.

<sup>8</sup> Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El marco jurídico comunitario en materia de residuos*, Noticias da Unión Europea, núm.153, outubro de 1997, p.45. LÓPEZ RAMÓN sinala con relación á categorización e á listaxe legal dos residuos que «o que atopamos é unha relación de substancias que poden merecelo tratamento de residuos, xunto con calquera outras, sempre que conorra o que denominamos o elemento subxectivo, o abandono» (Vid. *Problemas de régimen general de los residuos*, REDA, núm.108, outubro-dicembro, 2000, p.509). Véxase, tamén, PÓVEDA GÓMEZ, Pedro, *Comentarios a la Ley 10/1998 de 21 de abril de residuos*, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 49.

<sup>9</sup> Véxase tamén a sentenza do 15 de xuño de 2000, *ARCO Chemie Nederland*, C-418/97 e C-419/97, alínea 37; e a sentenza do 28 de marzo de 1990, *Vessoso y Zanetti*, C-206/88 e C-207/88, alínea 12.

leva a que o TXCE conclúa que o concepto de residuo non pode ser obxecto de *interpretación restrictiva* (alínea 23); isto é, debe ser interpretado nun sentido amplo e de modo favorable á consecución dos obxectivos da normativa de residuos e da Política ambiental comunitaria.

O TXCE ratifica así a doutrina xa proclamada en anteriores sentencias. O Tribunal xa apreciaba, na sentenza do 18 de decembro de 1997 –*Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96–, que «(...) a listaxe de categorías de residuos recollida no anexo I da Directiva 75/442, na súa versión modificada, e as operacións de eliminación e recuperación enumeradas nos anexos II A e II B da dita directiva mostran que o *concepto de residuo non exclúe, en principio, ningún tipo de residuos, subproductos industriais ou outras substancias resultantes dun proceso de produción*<sup>10</sup>» (alínea 28)<sup>11</sup>.

Para supli-la ausencia de criterios legais que permitan identificala vontade do posuidor de desprenderse dunha substancia ou obxecto concreto, o TXCE foi achegando determinados indicios que permiten valorar a dita vontade de desprendemento. Así, o Tribunal recorre a tales *indicios interpretativos* para determinar se a ganga pode ser considerada como residuo a efectos da directiva e, en consecuencia, se pertence á categoría dos residuos de extracción de materias primas, recollida no epígrafe Q11 do anexo I da directiva.

Neste proceso de identificación da existencia dunha vontade de desprendemento no posuidor da ganga, o Tribunal reflexiona sobre se realizar *operacións de eliminación e de valorización* pode ser unha manifestación da dita vontade; isto é, se no caso concreto, pode entenderse que as actividades de depósito e almacenamento da ganga permiten afirmar que o seu posuidor se desprende dela e, polo tanto, considérala como residuo. O TXCE non acolle esta interpretación. Considera que *levar a cabo operacións de eliminación ou valorización, previstas legalmente, non permite cualificala dita substancia como residuo* (alínea 27). Esta interpretación evita, sen dúbida, que se leve a cabo unha interpretación excesivamente ampla do concepto de residuo. Así, por exemplo, se se acollera a dita interpretación, podería ser considerado residuo o carbón ou o fuel-oil sometidos a operacións de combustión para a produción de enerxía, xa que unha das operacións de valorización de residuos recollidas no anexo II B da Directiva 75/442 fai alusión á «utilización principal como combustible ou como outro medio de xerar enerxía»<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> A cursiva é nosa.

<sup>11</sup> Véxase tamén a sentenza do 15 de xuño de 2000, *ARCO Chemie Nederland*, C-418/97 e C-410/97, alíneas 40 e 42.

<sup>12</sup> Conclusións do avogado xeral, Sr. Siegbert Alber, do 8 de xuño de 1999, *ARCO Chemie Nederland*, C-418/97 e C-419/97, alínea 16.

O TXCE reitera, neste sentido, a doutrina vertida polo Tribunal en anteriores sentencias: a sentenza do 18 de decembro de 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96 (alínea 27) e a sentenza do 15 de xuño de 2000, *ARCO Chemie Nederland*, C-418/97 e C-410/97 (alínea 47). Así, a sentenza *ARCO Chemie* aprecia que o termo «desprenderse del» inclúe en particular a eliminación e a valorización dunha substancia ou dun obxecto (alínea 47). Sen embargo, considera que o feito de que, no anexo II da Directiva 75/442, se describan métodos de eliminación ou de valorización de residuos non implica necesariamente que calquera substancia tratada segundo un dos citados métodos deba considerarse residuo (alínea 49). Con todo, o TXCE entende que se ben o feito de que o posuidor dunha substancia a someta a unha operación de eliminación ou valorización *non permite inferir automaticamente a súa condición de residuo, si constitúe un indicio* da existencia deste (alínea 69)<sup>13</sup>. Esta circunstancia induce a pensar que o posuidor da substancia adquiriuna coa única finalidade de desprenderse dela, ben porque así o desexa, ben porque ten a obrigaçión de facelo, por exemplo, en virtude dun acordo co produtor da substancia ou con outro posuidor (alínea 86). Seguindo co asunto *ARCO Chemie*, o Tribunal aprecia, así mesmo, que pode considerarse como un *indicio da existencia dun residuo o feito de que a substancia sexa un residuo ó que non se lle pode dar outro uso máis có da eliminación* (alínea 71). O Tribunal conclúe, finalmente, que a existencia real dun residuo no sentido da directiva *debe verificarse á vista do conxunto de circunstancias, e ter en conta o obxectivo da directiva e velar porque non se menoscabe a súa eficacia* (alínea 73).

De regreso á sentenza obxecto do noso comentario, sinalar que o Tribunal analiza, tamén, a cuestión do *valor económico* da substancia susceptible de ser cualificada como residuo. A ganga estaba previsto que fose utilizada para obras de aterraplenado e para a construción de portos e de diques. Sobre esta cuestión, o Tribunal entende que o concepto de residuo *comprende tódolos obxectos e substancias dos que se desprenda o propietario, aínda que teña un valor comercial e se recollan con fins comerciais para efectos de reciclado, recuperación ou reutilización*. A posible reutilización económica da ganga *non é causa suficiente para excluí-la súa cualificación como residuo* (alínea 29)<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Con relación a esta sentenza sinalar que nela o Tribunal aprecia que a *opinión da sociedade* tampouco resulta pertinente para cualificar unha substancia como residuo, se ben considera que pode constituír, igualmente, un indicio da existencia dun residuo (alínea 71).

<sup>14</sup> Desde unha perspectiva diferente á que é obxecto de análise neste comentario, o TXCE considerou incluso o valor comercial dos residuos non é, nin sequera, un criterio válido para outorgarlle o carácter de mercancías, para os efectos da aplicación

Fernández Ramos afirma que a doutrina do Tribunal que inclúe no concepto de residuo as substancias ou obxectos susceptibles de reutilización económica, «(...) é a única que garante o efectivo funcionamento do sistema de control establecido (...), pois se a súa aplicación se supe dita á intención que subxace nunha operación xestión ou, incluso, a unha virtual reincorporación da cousa abandonada ó circuíto económico, o sistema podería ser evitado con absoluta facilidade»<sup>15</sup>. Alenza considera que o valor económico pode ter incidencia na decisión do posuidor dos subproductos sobre o seu abandono, pero é a propia decisión a que converte o obxecto en residuo<sup>16</sup>, así como se a substancia é residuo por determinación legal o seu valor económico tampouco impide que o sexa<sup>17</sup>.

Esta doutrina do Tribunal en torno á importancia do valor económico da substancia na súa cualificación como residuo, despréndese dunha sentenza anterior: a sentenza do 28 de marzo de 1990<sup>18</sup>. Nesta sentenza, o TXCE pronúnciase do seguinte modo: «O concepto de residuo, no sentido dos artigos 1 das Directivas 75/442/CEE e 78/319/CEE do Consello, non debe entenderse como que exclúe as substancias e os obxectos susceptibles de reutilización económica. Este concepto non presupón por parte do posuidor que se desprende dunha substancia ou obxecto a intención de excluír calquera reutilización económica da dita substancia ou obxecto por parte de terceiras persoas»<sup>19</sup>. O Tribunal aprecia, aquí, o perigo dunha

---

do principio e do réxime da libre circulación de mercancías (artigos 28, 29 e 30 CE). Así, na sentenza do 9 de xullo de 1992, *Comisión/Bélgica*, C-2/90, o Tribunal sinala que a ausencia de valor comercial dos residuos non é esencial para a súa consideración como mercancías. Para o TXCE «(...) os obxectos que son trasladados a través dunha fronteira para dar lugar a transaccións comerciais están suxeitos ó artigo 30, sexa cal for a natureza das transaccións». Conclúe, por tanto, afirmando que «(...) os residuos, reciclables ou non, deben considerarse produtos cunha circulación que (...) non debería, en principio impedirse» (alínea 26). Véxase unha análise máis pormenorizada desta sentenza e doutras sobre o conflito entre o principio de libre circulación de mercancías e as restriccións a esta previstas nas normativas nacionais sobre residuos, en PERNAS GARCÍA, Juan José, *Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm.5, 2001, p.617.

<sup>15</sup> Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El marco jurídico comunitario en materia de residuos*, Noticias da Unión Europea, núm.153, outubro de 1997, p.46.

<sup>16</sup> Cfr. ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Manual de Derecho Ambiental*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2001, p.220.

<sup>17</sup> *Idem*, p.221.

<sup>18</sup> Sobre esta sentenza véxase o comentario de LÓPEZ TARACENA, A., *La noción de residuo en el Derecho comunitario: STJ de 28 de marzo de 1990 en los asuntos C-206/88 y C-207/88*, Noticias CEE, núm.74, 1991.

<sup>19</sup> Sentencia do 28 de marzo de 1990, *Procesos penales contra G. Vessoso y G. Zannetti*, C-206/88 e C-207/88, pronunciamento final. O TXCE reitera esta interpretación

delimitación meramente subxectiva dos residuos. Acolle, pois, unha interpretación obxectiva que evita que a intención do posuidor condicione a aplicación práctica do réxime xurídico dos residuos ás substancias sobre as que proxecte a súa intención de reutilización económica. Como sinala Santamaría Arinas, o Tribunal trasládalle «(...) á Administración a apreciación puntual dos elementos e factores en cada caso implicados así como a ponderación dos intereses en conflito para determinar, non só nos casos imperativos legalmente contemplados, qué e cando é ou non é residuo»<sup>20</sup>. Picheral apunta, con relación á sentenza, que «(...) juge et législateur communautaires se rejoignent, en effet, dans la mesure où la directive ne fait pas d'une telle volonté le critère exclusif du déchet et où, d'autre part, la C.J.C.E., tout en n'en faisant pas un élément nécessaire, ne l'a pas exclu»<sup>21</sup>. Fernández Ramos, sen embargo, posiciónase máis claramente a favor dunha delimitación obxectiva, ó afirmar que «(...) o elemento decisivo para a cualificación dunha substancia como residuo non debe se-la característica intrínseca –económica e comercial– do residuo nin a vontade do detentor deste, senón a valoración legal de que o residuo constitúe un atentado ou polo menos un perigo para o interese público –a tutela do medio natural–»<sup>22</sup>. Se ben esta é a solución desexable

---

na sentenza do 28 de marzo de 1990 –*Proceso penal contra E. Zanetti*, C-359/88– na que se sinala o seguinte: «(...) une réglementation nationale qui adopte une définition de la notion de déchet excluant les substances et objets susceptibles de réutilisation économique n'est pas compatible avec les directives 75/442 et 78/319 du Conseil» (alínea 13). A sentenza do 10 de maio de 1995 –*Comisión/República Federal de Alemaña*, C-442/92– condena á República Federal de Alemaña por incumprimento das obrigacións que lle incumben en virtude da Directiva 75/442/CEE do Consello, do 15 de xullo de 1975, relativa ós residuos, e da Directiva 78/319/CEE do Consello, do 20 de marzo de 1978, relativa ós residuos tóxicos e perigosos, ó excluír determinadas categorías de residuos reciclables do ámbito de aplicación da súa lexislación relativa á xestión de residuos. Igualmente, a sentenza do 25 de xuño de 1997 –*Procesos penais contra Euro Tombesi y otros*, C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95– sinala que a normativa comunitaria en materia de residuos «(...) non debe entenderse no sentido de que exclúe as substancias e obxectos susceptibles de reutilización económica, aínda que os materiais de que se trate poidan ser obxecto de transacción ou de cotización en listaxes comerciais públicas ou privadas. (...) O feito de que unha substancia sexa cualificada como desfeito reutilizable, sen que se precisen as súas características ou o seu destino, é irrelevante a este respecto» (pronunciamento final).

<sup>20</sup> Cfr. SANTAMARÍA ARINAS, Rene Javier, *Administración pública y prevención ambiental: el régimen jurídico de la producción de residuos peligrosos*, IVAP, Bilbao, 1996, p.184.

<sup>21</sup> Vid. PICHERAL, Caroline, *L'ambivalence de la notion de déchet dans la jurisprudence de la CJCE*, RJE 1995/4, p.572.

<sup>22</sup> Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El marco jurídico comunitario en materia de residuos*, Noticias da Unión Europea, núm.153, outubro de 1997, p.47. Nesta orde de ideas tamén se pronuncian LÓPEZ-CERÓN HOYOS y MORENO GRAU. Afirman que «(...) o

e que chega maior seguridade xurídica, tal interpretación vese superada pola riqueza de matices e factores que ofrece a realidade práctica, así como pola imposibilidade de delimitar legalmente todas e cada unha das substancias ou obxectos susceptibles de seren considerados como residuos. É necesario encontrar, pois, un equilibrio entre os factores subxectivos e os parámetros obxectivos<sup>23</sup>. Debemos recorrer tamén a criterios que, se por unha parte dotan de maior relativismo á definición de residuo, nos permiten discernir a existencia dunha acción ou dunha intención de desprenderse por parte do posuidor, e identificar, polo tanto, a existencia real dun residuo.

Así pois, ó noso xuízo, a intención de reutilizar economicamente unha substancia pode ser un indicio ou circunstancia válida, que non exclusiva nin suficiente, de que tal substancia deixa de ser unha carga da que o posuidor procura desprenderse, e pasa a ser considerada, non un residuo, senón unha materia prima secundaria. Tal interpretación queda aínda máis aberta, como veremos máis adiante, trala modificación da definición de residuo introducida pola Directiva 91/156, na que se introduce a «intención de desprenderse» como un factor determinante da existencia dun residuo<sup>24</sup>.

A sentenza do 28 de abril de 2002 que estamos analizando, segue proporcionando claves sobre a significación da definición comunitaria de residuo. O TXCE afirma así, nesta sentenza, que un residuo é o que se *desprende* cando se traballa un material ou un obxecto e *non é o resultado directamente perseguido polo proceso de fabricación* (alínea 32). Nesta orde de ideas, o Tribunal entende que a ganga procedente da extracción, que non é a produción principalmente perseguida polo que explota unha canteira de granito, está incluída, en principio, na categoría dos «residuos de extracción e preparación de materias primas» que figura no epí-

---

Tribunal estableceu igualmente o [criterio] da irrelevancia do ánimo ou interior do posuidor. Así, na sentenza do 28 de marzo de 1990 (asuntos C-206/88 e 207/88) (...), o Tribunal non só se pronuncia sobre a irrelevancia da reutilización económica por terceiros, senón que enfatiza a irrelevancia da intención que subxace ó acto de desprenderse atendendo ó carácter marcadamente xeral do art. 1 da Directiva 75/442 e 78/319, que non establece distinción ningunha por razón da intención que preside o acto» (Vid. «Consideraciones sobre el concepto de residuo en el derecho nacional y comunitario (1)», *La Ley*, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, año XX, núm.4928, 16 de novembro de 1999, p.4).

<sup>23</sup> Cfr. SANTAMARÍA ARINAS, Rene Javier, *Administración pública y prevención ambiental: el régimen jurídico de la producción de residuos peligrosos*, IVAP, Bilbao, 1996, p.168.

<sup>24</sup> SANTAMARÍA ARINAS destaca que a inclusión de tal modificación, podería obrigar ós poderes públicos a investigar sobre as manifestacións da vontade do suxeito mediante as cales o posuidor exteriorice a súa «intención» de desprenderse das cousas por calquera título (Cfr. *Administración pública y prevención ambiental: el régimen jurídico de la producción de residuos peligrosos*, IVAP, Bilbao, 1996, p.193).

grafe Q11 do anexo I da Directiva 75/442 (alínea 33). Polo tanto, parece deducirse que o feito de que unha substancia se xere como produto derivado ou residual dun proceso de produción pode ser un indicio da existencia dun residuo. A dita interpretación queda claramente esbozada no asunto *ARCO Chemie*, onde o TXCE afirma que determinadas circunstancias poden constituír indicios da existencia dunha acción, dunha intención ou dunha obrigación de desprenderse da substancia (alínea 83); este será o caso de cando unha substancia sexa un residuo de produción, é dicir, un produto que non foi buscado como tal (alínea 84)<sup>25</sup>. Sen embargo disto non cabe inferir de maneira automática que a substancia teña a condición de residuo, pois cabe a posibilidade, en determinadas circunstancias, de que un produto principal poida constituír un residuo. Pode ser este o caso, por exemplo, dun produto que incumpra a normativa básica sobre seguridade alimentaria.

O feito de que a substancia sexa un residuo de produción é un indicio, máis ca un feito determinante da súa cualificación como residuo, por isto algunhas substancias que non sexan o resultado directamente perseguido polo proceso de fabricación, poden ter, en determinadas circunstancias, a consideración, non do residuo, senón de *materias primas secundarias*. Así nesta orde de ideas, o Tribunal presenta que un ben, un material ou unha materia prima que *resulta dun proceso de fabricación* ou de extracción que non está destinado principalmente a produci-lo pode constituír, incluso, non un residuo, senón un *subproduto* do que a empresa *desexa desprenderse*, pero que ten a intención de explotar ou comercializar en circunstancias que lle sexan vantaxosas, nun proceso ulterior, sen operación de transformación previa (alínea 34). O TXCE apunta, ademais, que esta interpretación non só non é incorrecta, senón que é acorde cos obxectivos da Directiva 75/442. O alto tribunal comunitario considera que non hai nada que xustifique a aplicación das disposicións desta directiva a bens, materiais ou materias primas que ten economicamente o valor de produtos, con independencia de calquera transformación, e que, como tales, están sometidos á lexislación aplicable ós ditos produtos (alínea 35). Con todo, a identificación ou cualificación dunha substancia ou obxecto como subproduto ou materia prima secundaria só poderá realizarse pola súa exclusión da cualificación de residuo, aplicándolle, a cada caso concreto, os criterios xurisprudencias do TXCE<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Véxase sobre esta cuestión a sentenza do 15 de xuño de 2000, *ARCO Chemie Nederland*, C-418/97 e C-410/97.

<sup>26</sup> Cfr. LÓPEZ-CERÓN HOYOS, Cristina e MORENO GRAU, María Dolores, «Consideraciones sobre el concepto de residuo en el derecho nacional y comunitario (1)», *La Ley*, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, año XX, núm.4928, 16 de novembro de 1999, p.6.

Pese a isto, o TXCE considera que, tendo en conta a obriga de interpretar de forma ampla o concepto de residuo, hai que limita-la aplicación deste argumento relativo ós subproductos<sup>27</sup> ás situacións nas que a reutilización dun ben, material ou materia prima, non é só posible, *senón segura, sen transformación previa, e sen solución de continuidade do proceso de produción* (alínea 36). Deste modo, seguindo as conclusións do avogado xeral do asunto *Inter Environement*, el Sr. F. G. Jacobs, podería afirmarse que un subproduto ou produto residual non constituiría un residuo se se destinase a un *uso directo* nun proceso ulterior na súa forma actual, é dicir, se non se destinase a ser eliminado ou sometido a unha operación de valorización antes de que continuara o seu uso (alínea 77)<sup>28</sup>. Dito isto, concluímos que o TXCE utiliza como criterio ou indica-

---

<sup>27</sup> Con relación á interesante cuestión de diferenciar entre subproduto ou materias primas secundarias e residuos, é de especial interese a sentenza do TXCE do 10 de maio de 1995. As imputacións da Comisión á República Federal Alemana referíanse neste caso á exclusión de determinadas materias reciclables do ámbito de aplicación da normativa alemana sobre residuos. A Comisión estimaba que a exclusión de determinadas materias reciclables, consideradas non como residuos senón como «desfeitos», era incompatible coas Directivas 75/442 e 78/319, que dan unha definición ampla dos residuos e non exclúen do seu ámbito de aplicación ós residuos reciclables (alínea 20). O Goberno alemán mantiña que a disparidade que a Comisión alegaba entre o concepto de residuo en Dereito comunitario e en Dereito alemán non existía. Non obstante, estimaba que o concepto de residuo debe distinguirse do de produto usado que pode permanecer no circuíto económico cando o seu posuidor quere desfacerse del con vistas a unha acción social ou unha operación comercial (alínea 21). O TXCE considera, nesta sentenza, que o concepto de residuo non debe entenderse no sentido de que exclúe as substancias e obxectos susceptibles de reutilización económica. Unha normativa nacional que adopte unha definición do concepto de residuo que exclúa as substancias e obxectos susceptibles de reutilización económica non é compatible coas ditas directivas (alínea 22).

<sup>28</sup> O avogado xeral do asunto *Inter Environement*, el Sr. F. G. Jacobs, sinala o seguinte: «Nas miñas conclusións no Asunto *Tombesi* e outros, suxerín que na directiva comunitaria subxacía unha distinción implícita entre substancias non residuais, que continúan utilizándose na súa forma existente, e substancias residuais, que se someten a unha operación de valorización» (alínea 77). Segue dicindo o avogado xeral que «O documento da OCDE [*Discusión paper on guidance for distinguishing waste from non waste (1996)*] suxire que existe un consenso xeral no sentido de que, se unha materia prima secundaria ou residuo pode ser utilizado directamente nun proceso ulterior, posiblemente como sucedáneo dunha materia prima primaria, é improbable que constituía un residuo. Sen embargo, será un residuo se, previamente, debe someterse a un proceso de valorización» (alínea 78). O avogado xeral no asunto *ARCO Chemie*, el Sr. Siegbert Alber –Conclusións do 8 de xuño de 1999, C-418 e C-419/97–, realiza interesantes reflexións sobre a diferenza entre residuos e materias primas secundarias: «(...) Este potencial de risco distingue os residuos das materias primas primarias. Cando unha substancia residual se valoriza ou se prepara de tal modo que se obten unha substancia que xa non presenta o potencial de risco característico dos residuos, de modo que a súa utilización nun proceso de produción normal xa non prexudica ó ambiente, ou en todo caso prexudícao do mesmo modo que unha mate-

dor que permite cualifica-las substancias ou obxectos como residuo, ó grao de probabilidade de reutilización da dita substancia, sen operación de transformación previa<sup>29</sup>.

Se retomamos a cuestión sobre a interpretación de termo «intención de desprenderse», o TXCE entende que nestes casos, a existencia dun *interesse económico* para o posuidor en reutiliza-la substancia, fai desaparecer-la consideración desta como carga da que o posuidor procura desprenderse, e pasa a ser considerada como un auténtico produto (alínea 37). Como vemos, a conceptualización obxectivista do concepto de residuo defendida polo TXCE na sentenza do 28 de marzo de 1990, foi matizada trala modificación introducida na definición de residuo, mediante a aprobación da Directiva 91/156. Polo tanto, entendemos que a existencia dun *interesse económico* do posuidor fai desaparecer esa «intención de desprenderse» da substancia, e con isto a súa cualificación como residuo; sempre e cando sexa previsible que a reutilización se produza con seguridade e sen operación de transformación previa.

---

ria prima primaria, a dita substancia xa non pode considerarse como un residuo, no sentido de que deba ser obxecto de control e de que a súa reutilización deba ser autorizada. A este respecto, correspóndelle ó órgano xurisdiccional nacional ou ós organismos competentes para concede-la autorización examinar se a substancia de que se trata segue presentando o dito potencial de risco característico dos residuos –é dicir, un potencial de risco superior ó que se deriva dunha materia prima primaria comparable–, de modo que deba considerarse necesario seguir exercendo a vixilancia prevista na directiva» (alínea 109).

<sup>29</sup> Sobre a incidencia do sometemento a operacións de transformación previa na cualificación como residuo dunha substancia, é de *interesse* o asunto *ARCO Chemie Nederland*. Nela analiza a cualificación como residuo de labras de madeira utilizadas como combustible, obtidas da reciclaxe de residuos do sector da construción e da demolición. O Tribunal pregúntase se un residuo sometido a unha operación de valorización perde esa condición e pasa a ser considerada como materia prima. O TXCE conclúe que aínda cando un residuo teña sido obxecto dunha operación de valorización completa, a dita substancia pode ser considerada como un residuo se, conforme á definición do artigo 1, letra a), da directiva, o seu posuidor se desprende dela ou ten a intención ou a obrigação de desprenderse dela (alínea 94). O feito de que a substancia sexa o resultado dunha operación de valorización completa constitúe soamente, a xuízo do Tribunal, un dos datos que deben tomarse en consideración para dilucidar se se trata dun residuo, pero non permite, en canto tal, extraer unha conclusión definitiva a este respecto (alínea 95). Neste suposto concreto, conclúe que se ben unha operación de valorización completa non priva necesariamente a un obxecto da cualificación de residuo, con maior razón é así cando se trata dunha mera operación de clasificación ou de tratamento previo de tales obxectos, como a transformación de residuos de madeiras impregnadas de substancias tóxicas en labras ou ben a redución destas en po de madeira, operación esta que ó non apura-la madeira das substancias tóxicas que a impregnan, non transforma os obxectos nun produto análogo a unha materia prima, que posúa as mesmas características que a dita materia prima e que se utilice co mesmo grao de precaución para o medio natural (alínea 95).

Como tiñamos sinalado, no caso presentado a reutilización da ganga en obras de aterraplenado e de construción de portos e diques facía necesario un tratamento previo, mediante operacións de almacenamento, que constitúen, sen dúbida, unha carga para o titular da explotación. Así razoa o Tribunal, e aprecia, en consecuencia, que a reutilización non é segura e só pode preverse a prazo máis ou menos longo, de maneira que a ganga soamente pode ser considerada como residuo de extracción, dos que o titular da explotación ten «a intención ou a obrigaición de desprenderse»(alínea 38)<sup>30</sup>.

Sobre a cuestión principal –a cualificación da ganga como residuo–, o TXCE conclúe que «(...) o posuidor da ganga que resulta da explotación dunha canteira e é almacenada, durante un período indefinido, en espera dunha posible utilización, despréndese ou ten a intención de desprenderse dela e, en consecuencia, a ganga ha de ser cualificada como residuo para os efectos da Directiva 75/442» (alínea 39).

## B. Sobre as cuestións subordinadas

Unha vez resolta a cuestión principal, o TXCE maniféstase sobre as cuestións subordinadas presentadas no marco do litixio principal.

Sobre a cuestión subordinada a) –*¿Que importancia se lle debe atribuír ó feito de que a ganga se almacene nunha zona adxacente á zona de extrac-*

<sup>30</sup> Sobre o feito de se as actividades de almacenamento da ganga poden ser expresión dunha vontade de desprendemento por parte do posuidor, o avogado xeral do presente asunto, Sr.F. G.Jacobs, manifestou o seguinte: «Pode sosterse que non é correcto considerar que o feito de depositar ganga é desprenderse de ela, sobre a base de que nese momento o que produce os residuos non sabe se serán utilizados ou non. Hai que ter presente, sen embargo, que a definición de residuo do artigo 1, letra a), da directiva inclúe substancias ou obxectos dos que o posuidor *ten a intención* de desprenderse. Un posuidor que ten a intención de deixar depositada de forma indefinida na zona aquela ganga que non sexa utilizada debe considerarse incluído na definición, aínda cando no momento considerado non poida identificar qué pedras permanecerán e cáles serán utilizadas. Calquera interpretación distinta sería claramente contraria ó obxectivo da directiva e, por ende, ós obxectivos da política comunitaria ambiental, plasmados no artigo 174 CE, alínea 2, e podería menoscabar seriamente a eficacia da directiva [alínea 34]. (...) En relación cos desfeitos que se almacenan en espera dun ulterior uso, ó meu parecer o obxectivo da directiva impón que tamén sexan considerados unha substancia ou obxecto dos que o posuidor se desprende ou ten a intención de desprenderse. En especial, como alega a Comisión, a falta de garantías de que os mencionados desfeitos sexan utilizados fai que sexa preciso incluílos no ámbito de aplicación da lexislación comunitaria en materia de residuos. Ademais, aínda que sexan utilizados con posterioridade, o seu depósito en espera de ser utilizados pode claramente xerar algún tipo de molestia ambiental, incluído o ruído, a contaminación atmosférica e o resco de «atentar contra as paisaxes» no sentido do artigo 4 da directiva, como se tiveran sido depositados de maneira indefinida [alínea 36]» (Conclusións do avogado xeral, Sr. F. G. Jacobs, *Palin Granit Oy/Vehmassalon Kansanterveysystyön Kuntayhtymän Hallitus*, C-9/OO).

*ción, en espera da súa posterior utilización? ¿Ten importancia, en xeral, a circunstancia de se a ganga se almacene na propia zona de extracción, nunha zona adxacente ou máis lonxe?–*, o alto tribunal entende que o lugar de almacenamento da ganga, tanto se se encontra no lugar da extracción, como nun terreo próximo ou máis lonxe, non incide na súa cualificación como residuo. Tampouco considera que as condicións e a duración de almacenamento dos materiais proporcionen ningunha indicación sobre o valor que a empresa lles outorga nin sobre as vantaxes que poderá obter deles, nin permiten determinar se o posuidor dos materiais desexa desprenderse deles (alínea 42)<sup>31</sup>. Neste sentido, cabe afirmar, na liña do xa apuntado polo avogado xeral<sup>32</sup>, que sería contrario ós obxectivos da Directiva 75/442 e do dereito ambiental comunitario, aceptar interpretacións que lle permitan ó produtor dos desperdicios esquivar-la aplicación da normativa sobre residuos ó almacena-los residuos nun lugar ou noutro.

Con relación á cuestión subordinada b) –*¿Que importancia se lle debe atribuír ó feito de que a ganga sexa na súa composición idéntica á roca da que se desprende e que a dita composición non varíe, independentemente da duración e do modo de almacenamento?–*, o TXCE remítenos á sentenza ARCO Chemie (alínea 43). Nela o Tribunal considerou como un indicio da existencia dunha acción, dunha intención ou dunha obrigación de desprenderse, *o feito de que a dita substancia sexa un residuo cunha composición que non é adecuada para a utilización que se fai dela ou cando deba empregarse con especiais medidas de precaución en razón do perigo que entrañe para o medio natural a súa composición*<sup>33</sup>. A pesar de que a ganga ten a mesma composición e estado físico que os bloques de pedra que se extraen da canteira, o Tribunal considera que este criterio, válido para desbota-la cualificación de residuo dunha substancia, só é aplicable se se *reutilizara toda a ganga*. O valor comercial dos bloques de pedra depende da súa talla, forma, posibilidade de utilización no sector da construción, calidades que non presenta a ganga, a pesar de aproveitarse da mesma compo-

<sup>31</sup> Non só non é importante cómo e dónde se realizan as actividades de eliminación das substancias para os efectos de cualificarlas como residuos, senón que tampouco é importante quen realiza este proceso. Neste último sentido, cabe sinalar que na sentenza do 18 de decembro de 1997 (*Inter-Environnement Wallonie ASBL contra Région Wallonne*, C-129/96) dise que «(...) a Directiva [75/442] non só se aplica á eliminación e á recuperación de residuos por empresas especializadas neste ámbito, senón tamén á eliminación e á recuperación de residuos pola empresa que os produciu, no lugar de produción destes» (alínea 29).

<sup>32</sup> Conclusións do avogado xeral, Sr. F. G. Jacobs, *Palin Granit Oy/Vehmassalon Kansanterveystyön Kuntayhtymän Hallitus*, C-9/OO, alínea 42.

<sup>33</sup> Sentencia do 15 de xuño de 2000, *ARCO Chemie Nederland*, C-418/97 e C-410/97, alínea 87.

ción. Así a ganga non deixa de ser un residuo de produción (alínea 44) polo feito de te-la mesma composición que os produtos extraídos da explotación mineira. Do sinalado polo Tribunal, parece deducirse que para desbota-lo carácter de residuo dunha substancia non só é importante que a súa composición sexa idéntica a dos produtos resultantes dunha instalación ou explotación, senón que tamén debe dispoñer de todas aquelas calidades (forma, tamaño, utilidade) que os dotan de valor comercial.

O TXCE afirma que o risco de prexuízo para o medio causado pola ganga non utilizada non queda atenuado por ser idéntica a composición mineral, xa que esta será sometida a operacións de almacenamento cos conseguíntes efectos sobre o medio natural (alínea 45). Deste modo, aplícalles, claramente, os criterios da sentenza ARCO, xa sinalados, para definir unha substancia como residuo –que a substancia deba empregarse con especiais medidas de precaución en razón do perigo que entraña para o medio natural a súa composición–. O Tribunal considera, incluso, que cando unha substancia é obxecto dunha operación de valorización completa e adquire deste modo as mesmas propiedades que unha materia prima, pode, con todo, ser considerada como residuo se o seu posuidor de desprende ou ten a intención ou a obrigaición de desprenderse dela (alínea 46).

Da análise da cuestión subordinada c) *¿Que importancia se lle debe atribuír ó feito de que a ganga non sexa perigosa para a saúde das persoas nin para o medio natural? ¿Por regra xeral ata que punto se deben ter en conta as eventuais repercusións sanitarias ou ecolóxicas para cualifica-la ganga de residuo?–*, o TXCE deduce que o feito de que a ganga non supoña un perigo para a saúde das persoas nin para o medio natural, non constitúe un elemento que permita descarta-la cualificación de residuo (alínea 47). A cualificación dunha substancia ou obxecto como residuo non se deduce da súa maior ou menor perigosidade (alínea 48), na medida en que a falta de perigosidade da substancia non é un criterio determinante para aprecia-la intención do seu posuidor respecto dela (alínea 50)<sup>34</sup>; que como sina-

---

<sup>34</sup> O TXCE pronúnciase de modo similar na sentenza do 15 de xuño de 2000 –ARCO *Chemie Nederland*, C-418/97 y C-410/97–: «(...) o concepto de residuo non (...) debe entenderse no sentido de que exclúa as substancias e obxectos susceptibles dunha valorización como combustible dunha forma responsable en relación co medio natural e sen un tratamento radical [alínea 65] (...) Efectivamente, o impacto do tratamento da dita substancia sobre o medio carece de incidencia sobre a súa cualificación como residuo. Un combustible ordinario pode ser queimado infrinxindo as normas medioambientais sen converterse, non obstante, nun residuo, en tanto que as substancias das que alguén se desprende poden valorizarse como combustible dunha forma responsable en relación co medio natural e sen un tratamento radical, sen perder a súa cualificación de residuos [alínea 66]».

labamos é o factor fundamental que permite cualificar unha substancia como residuo. Por conseguinte, o feito de que un desfeito de produción sexa «natural» non impide que sexa cualificado como residuo<sup>35</sup>. Mostra disto é que o CER recolle diversos produtos naturais como os residuos agrarios<sup>36</sup>.

A cuestión subordinada d) –*¿Que importancia se lle debe atribuír ó feito de que exista a intención de retirar-la ganga, total ou parcialmente, da zona de almacenamento para o seu aproveitamento, por exemplo, para obras de aterramento ou para construír diques, e á circunstancia de que a ganga poida valorizarse tal como se encontra, sen necesidade de sometela a ningún tratamento ou outras medidas parecidas? A este respecto, ¿en que medida hai que atribuír-lle importancia ó grao de certeza dos proxectos que o posuidor da ganga poida ter para o seu uso ó mesmo tempo necesario para que estes se leven a cabo despois de que a ganga teña sido depositada na zona de almacenamento?*– xa queda aclarada, como apunta o Tribunal, polo xa sinalado con relación á cuestión principal. Afirmo que a *incerteza* que pesa sobre os proxectos de utilización de ganga e a *imposibilidade de reutilizala* na súa totalidade permiten cualificar como residuo a toda a ganga e non só á que non sexa obxecto dun proxecto de reutilización (alínea 40).

Así, en definitiva, o Tribunal comunitario responde ás catro cuestións subordinadas formuladas do seguinte modo: «Por conseguinte, procede responder ás cuestións subordinadas do órgano xurisdiccional remitente que o lugar de almacenamento da ganga, a súa composición e o feito de que, se supoñemos que quedara probado, non supoña un perigo real para a saúde das persoas nin para o medio natural non son criterios pertinentes para cualificala ou non como residuo» (alínea 51).

<sup>35</sup> O TXCE sinalou na sentenza do 9 de xullo de 1992 (*Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica, 2/90*) que «a súa acumulación, incluso antes de tomarse perigosos para a saúde, constitúe, debido principalmente á escasa capacidade de cada rexión ou localidade para recibirlas, un perigo para o medio natural» (alínea 30). A propia perigosidade innata dos residuos non é, polo tanto, o único criterio que lexítima a posta en marcha do réxime de prevención e control dos residuos. A acumulación de residuos inicialmente inocuos pode resultar perigoso para a saúde humana ó deteriora-lo medio natural, mediante a degradación da paisaxe, as emisións atmosféricas ou o ruído.

<sup>36</sup> Conclusións do avogado xeral, Sr. F. G. Jacobs, *Palin Granit Oy/Vehmassalon Kansanterveystyön Kuntayhtymän Hallitus, C-9/OO*, alínea 50.

## 4. Conclusións

1. A definición comunitaria de residuo ten sido introducida, na súa redacción actual, coa finalidade de achegar unha maior precisión e uniformidade<sup>37</sup> a este concepto xurídico a escala comunitaria. Pretendíase eliminar unha fonte importante de distorsións da competencia e de dificultades de xestión administrativa e técnica que orixinaba a existencia de concepcións nacionais diverxentes<sup>38</sup>.

Pese a isto, a definición comunitaria de residuo é *ambigua e imprecisa*. Con todo, esta afirmación máis que unha crítica ás carencias conceptuais da Directiva 75/442, é unha consecuencia xurídica da inabarcabilidade da problemática dos residuos. A existencia dunha gran variedade de substancias, susceptibles de ser consideradas como residuos, e de actividades productoras, obriga a que a única definición xurídica viable de residuo, sexa aquela o suficientemente *flexible*<sup>39</sup> e *ampla* para aglutinar a todas aquelas substancias sólidas xeradoras de repercusións no medio natural. Alenza fai alusión, igualmente, á relatividade do concepto de residuo e da *imposibilidade de establecer unha definición acabada e definitiva*<sup>40</sup>. Considero

---

<sup>37</sup> KRÄMER apunta que aínda non se acadou unha definición comunitaria uniforme (Cfr. *Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 255).

<sup>38</sup> Véxase a este respecto a exposición de motivos que acompaña a Proposta de directiva do Consello pola que se modifica a Directiva 75/442/CEE relativa ós residuos, COM (88) 391 final, Bruxelas, 19 de outubro de 1988.

<sup>39</sup> MONTORO CHINER apunta que o concepto de residuo é un concepto dinámico que corre paralelo ós avances da sociedade e á tecnoloxía; na actualidade, a tendencia diríxese a sinalar un concepto obxectivo de residuo ó que se lle asigna un réxime xurídico (Cfr. MONTORO CHINER, María Jesús, «Residuos sólidos», *Derecho del medio ambiente y administración local*. Editorial Civitas. Madrid, 1996, p.166).

<sup>40</sup> Cfr. ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Nuevos residuos, nuevos vertederos y viejos problemas: la necesidad de políticas locales de residuos*, Comunicación presentada no IV Congreso de Derecho Ambiental, Santiago de Compostela, 19 a 21 de xuño de 2002, p.9 e *Manual de Derecho Ambiental*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2001, p.218). MARTÍN MATEO e ROSA MORENO sinalan que «(...) a determinación legal dos residuos dista de ser suficientemente precisa, xa que obviamente é imposible realizar unha catalogación exhaustiva, co que a decisión última nos casos controvertidos corresponderalle ás autoridades encargadas da xestión» (Vid. MARTÍN MATEO, Ramón e ROSA MORENO, Juan, *Nuevo ordenamiento de la Basura*, Editorial Trivium, Madrid, 1998, p.26). LÓPEZ RAMÓN destaca, así mesmo, a insatisfacción que produce a definición legal de residuo e apela a intensifica-lo debate doutrinal sobre esta cuestión (Cfr. LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Problemas de régimen general de los residuos*, REDA, núm.108, outubro-dembro, 2000, p.510). SANTAMARÍA ARINAS entende, tamén, que a ambigüedade lingüística e xurídica fai que a noción de residuo sexa unha base pouco sólida para sustenta-la utilidade dun edificio tan voluminoso e ramificado como o deste sector normativo (Cfr. SANTAMARÍA ARINAS, Rene Javier, *Administración pública y prevención ambiental: el régimen jurídico de la producción de residuos peligrosos*, IVAP, Bilbao, 1996, p.165).

oportunas, tamén, as palabras de Betancor ó afirmar, con relación á definición e á categorización dos residuos, que «(...) o dereito ten que recoñece-las súas limitacións para cerrar, definir, categorizar e clasificar agotadamente unha realidade que é potencialmente limitada»<sup>41</sup>.

A relatividade e o carácter inacabado da definición de residuo xera importantes dificultades de alcance práctico, xa que a cualificación dunha substancia como residuo determina a aplicación do réxime xurídico de prevención e control establecido pola normativa sectorial, da que se derivan as conseguíntes facultades de intervención en beneficio da Administración, e un conxunto de obrigacións e deberes para os produtores e posuidores dos residuos.

2. A cualificación dunha substancia ou obxecto como residuo non debe realizarse desde unha interpretación restrictiva de tal concepto, senón desde o espírito e obxectivo da Directiva 75/442, orientada cara á protección da saúde do home e do medio natural contra os efectos prexudiciais causados pola recollida, o transporte, o tratamento, o almacenamento e o depósito dos residuos. A *interpretación ampla* do concepto de residuo restrinxen a posibilidade de utilizar directamente as substancias ou subproductos resultantes do proceso de produción como materias primas de outras producións ou como substitutivos de produtos comerciais<sup>42</sup>. Isto evita, en certa medida, a eventual fuxida do réxime xurídico de prevención e control dos residuos e, por ende, a eliminación ou valorización incontrolada de certos residuos, cos conseguíntes riscos potenciais para a saúde humana ou o medio natural. A definición comunitaria

---

<sup>41</sup> Vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 2001, p.800.

<sup>42</sup> Algúns autores pronúncianse a favor dunha perspectiva máis liberalizadora que a amosada polo TXCE e que incentive ó sector industrial ó aproveitamento dos subproductos resultantes da súa produción. En orden de ideas, MARTÍN MATEO sinala o seguinte: «(...) non ten sentido por exemplo que o transporte de lodos dunha cerámica que carece de dispositivo para o seu tratamento e traslada a súa maquina a outra achegada que conta con instalacións adecuadas, esixa o desprego de tódalas garantías esixidas para a disposición e transporte de residuos perigosos. Tampouco é comprensible que os subproductos de decapado dunha siderurxia deban cumprir cos requisitos máis estritos que os que lle corresponderían ós líquidos que conteñen. O desprazar aceites minerais usados para alimentalo proceso de combustión dunha cementeira ou dunha central térmica non supón riscos excesivos, o que esixe precaucións concretas é controlalo funcionamento de instalacións especiais para a súa osixenación e rexeneración e devolveo ó mercado coas características primixenias» (Vid. *Nuevo ordenamiento de la Basura*, Editorial Trivium, Madrid, 1998, p.34). Desde esta perspectiva filosófica véxase tamén LÓPEZ-CERÓN HOYOS, Cristina e MORENO GRAU, María Dolores, *Consideraciones sobre o concepto de residuo en el derecho nacional y comunitario (y II)*, La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, Año XX, Núm.4929, mércores, 17 de novembro de 1999, p. 3.

de residuo *non exclúe, en principio, ningún tipo de residuos, subproductos industriais ou outras substancias resultantes dun proceso de produción*, aínda que teña un valor comercial e se recollan con fins comerciais a efectos de reciclado, recuperación ou reutilización.

3. A identificación dunha substancia como residuo resulta ante todo do comportamento do posuidor, en función de se se desprende ou ten a intención ou obrigación de *desprenderse* dela. O alcance da definición comunitaria de residuo depende, polo tanto, do significado que se lle atribúa ó termo desprenderse. A normativa non dá pistas nin aporta criterios que faciliten a aplicación práctica desta definición. O Tribunal considera, sen embargo, que non pode darse unha resposta teórica xeral a esta cuestión, polo que ten aportado, a través dunha rica xurisprudencia, unha serie de *indicios que clarifican e facilitan a aplicación da definición de residuo no caso concreto*.

4. Os *indicios* apuntados polo Tribunal son circunstancias que poden ser tomados en consideración como indicativos dunha acción, dunha intención ou dunha obrigación de desprenderse dunha substancia ou obxecto, para os efectos de cualificalo como residuo. Máis que una delimitación negativa do concepto de residuo –como ten sinalado Alenza<sup>43</sup>–, a doutrina do Tribunal ten aportado indicios que apuntan á condición de residuo dunha substancia, pero que non determinan automaticamente a cualificación dunha substancia como tal. *Ningún destes indicios é pois causa suficiente e única para cualificar unha substancia como residuo, se ben o Tribunal considera que poden constituír, igualmente, unha guía para determina-la súa existencia*. A existencia real dun residuo debe verificarse no caso concreto á vista do *conxunto de indicios e circunstancias*, e se temos en conta os *obxectivos da Directiva e velamos porque non se menoscabe a súa eficacia*. Da xurisprudencia do TXCE, deducimos que os indicios, que teñen unha valoración conxunta permite cualificar unha substancia como residuo, son os seguintes:

a) Que a substancia sexa sometida a *operacións de eliminación ou valorización* ou que a substancia sexa un residuo ó que *non se lle poida dar outro uso que a eliminación*.

b) Que a substancia *non teña valor económico*. Se ben o Tribunal ten sinalado claramente que a posible reutilización económica dunha substancia non é causa suficiente para excluír automaticamente a súa cualificación como residuo, non ten rexeitado, e incluso ten deixado ver, que a existencia dun interese económico para o posuidor en reutilizala, pode ser un indicio de que tal substancia deixa de ser unha

---

<sup>43</sup> Cfr. ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Manual de Derecho Ambiental*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2001, p.221.

carga da que o posuidor procura desprenderse, pasando a ser considerada como un auténtico produto. Aínda no caso de que a substancia teña valor económico, a substancia será un residuo se a súa *reutilización total non sexa segura* e se é sometida a unha operación de *transformación previa*. Non se considerará residuo, polo tanto, senón materia prima secundaria, se a substancia se destinase a un uso directo nun proceso ulterior, ou o que é o mesmo, se non se destinase a ser eliminada ou valorizada antes de que continuara o seu uso.

c) Que a substancia *non sexa o resultado directamente perseguido polo proceso de produción*.

d) Que a substancia non dispoña das *mesmas calidades* (composición, talla, forma ou posibilidade de utilización no sector produtor correspondente) que os produtos resultantes dun proceso de produción. Se a substancia ten a mesma composición e estado físico que os produtos principais, este criterio permitirá desbota-la súa cualificación como residuo só no suposto de que aquela se reutilice na súa totalidade.

e) Que a substancia *deba utilizarse con especiais medidas de protección* en razón do perigo que entrañe para o medio natural a súa composición.

f) Que a substancia poida ser considerada como residuo en *opinión da sociedade*.

Pola contra, o Tribunal considera que non inciden na cualificación dunha substancia como residuo, circunstancias como o lugar, as condicións e a duración do seu almacenamento ou como o feito de que sexan xestionadas polo propio produtor ou por unha empresa especializada.

Podemos afirmar, en definitiva, que o TXCE defende unha interpretación preferentemente obxectiva do concepto de residuo, aínda que matizada pola crecente toma en consideración do criterio subxectivo, trala modificación da definición comunitaria introducida pola Directiva 91/156/CEE. 







# OS FUNDAMENTOS DA AUTONOMÍA DE GALICIA

**Xosé Antonio Sarmiento Méndez**

Letrado-director de informática do Parlamento galego  
Profesor de dereito constitucional da  
Universidade de Vigo

## 1. A noción de autogoberno

O Estatuto de Autonomía para Galicia establece no seu artigo 1º que Galicia, nacionalidade histórica, se constitúe en Comunidade Autónoma para acceder ó seu autogoberno. Resulta pois esencial discerni-lo sentido da expresión «autogoberno» para comprende-lo contido e dimensión da natureza política do poder da nosa Comunidade Autónoma. Para iso tentarei, acudindo á xurisprudencia do Tribunal Constitucional español, analiza-los principais puntos de fricción que entre o poder do Estado e da Comunidade Autónoma galega se teñen suscitado, e que poden servir para clarifica-la noción de autogoberno.

### 1.1. A distinción doutros conceptos

A natureza da autonomía que integra o autogoberno galego é obviamente distinta á do poder de decisión do que gozan as entidades locais dotadas do seu ámbito de autonomía de acordo co artigo 137 da Constitución. Como sinala Livio Paladín para o caso italiano, a autonomía coa que contan os entes rexionais é máis «ampla e heteroxénea» da outorgada polo ordenamento constitucional ás entidades locais<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Neste sentido pode consultarse o seu libro *Diritto regionale*. Padova. Cedam. 1997, páxina 38.

Neste sentido resulta paradigmática a proclamación do Tribunal Constitucional español na súa clásica sentenza do 28 de xuño de 1981, na que se recorda que a Constitución prefigura unha distribución vertical do poder público entre entidades de distinto nivel, que son fundamentalmente tres. Por un lado, o Estado titular da soberanía, por outro as comunidades autónomas caracterizadas pola súa autonomía política, e por último, as provincias e municipios dotados de autonomía administrativa de distinto ámbito territorial. Dentro das entidades citadas no artigo 137 da Constitución, o máis alto nivel da autonomía outórgaselles ás comunidades autónomas, posto que a súa creación afecta non só ás competencias dos órganos xerais do Estado, de acordo co disposto nos artigos 148 e 149 da Constitución, senón tamén ás atribuídas ás provincias, na medida en que responden ó interese xeral da comunidade.

### 1.2. A delimitación do autogoberno «ex artigo 2 da Constitución española»

A proclamación constitucional da unidade e indisolubilidade da nación española, conta co antecedente da redacción do artigo 5 da Constitución italiana, da que a doutrina daquel país deduciu importantes consecuencias no tocante ó límite da autonomía das rexións<sup>2</sup>. Deste xeito o Tribunal Constitucional español en relación cos recursos de inconstitucionalidade interpostos, entre outros, pola Xunta de Galicia contra a Lei 29/1985, do 2 de agosto, declarou que é necesario analizar as normas legais dun xeito sistemático e harmónico para concluí-lo seu axuste á constitucionalidade á luz dos principios de unidade, autonomía e solidariedade que se establecen no artigo 2 da Constitución española, de xeito que ningún deles padeza.

### 1.3. O procedemento de acceso ó autogoberno

A noción de autogoberno no noso sistema é froito dun procedemento taxado que se detalla no título VIII da Constitución. Voces actualizadas teñen subliñado o carácter de dereito transitorio de boa parte dos artigos contidos no citado título, que ademais parten dun posicionamento do Estado respecto da Comunidade Autónoma claramente diferenciado. Así, e ó lembrarmos postulados que no caso austríaco<sup>3</sup> son

<sup>2</sup> Así, G. ZAGREBELSKI no seu *Manuale de diritto costituzionale*. Volume primo. Il sistema delle fonti del diritto. UTET. 1994, páxina 116. Tamén Exposito: «Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art 5 della costituzione» en *La Costituzione italiana*. Saggi. Padova 1954, páxina 67 e ss.

<sup>3</sup> Esta equiparación na posición do Estado federal respecto dos estados federados subliñase por Jaume VERNET i LLOBET no seu libro *El federalismo en Austria*. Marcial Pons, Madrid 1997, páxina 54.

presupostos do sistema constitucional, tense afirmado por parte do Tribunal Constitucional español que a situación das comunidades autónomas en relación co Estado varía ó ter en conta a necesidade de respectar a lealdade constitucional, por parte de ámbolos suxeitos.

En concreto, con motivo da resolución dos conflitos positivos da competencia promovidos pola Xunta de Galicia e polo Goberno do Estado contra resolucións do Ministerio de Agricultura, Pesca e Alimentación no primeiro caso, e contra unha resolución do Conselleiro de Agricultura, Pesca e Alimentación no segundo, o Tribunal Constitucional tivo ocasión de manifestarse no sentido de subliñar que a lealdade constitucional obriga a todos, e no eido do procedemento de asunción de autogoberno por parte das comunidades autónomas, especialmente é o Goberno do Estado, como máximo responsable da finalización efectiva do reparto competencial, quen debe extrema-lo celo por chegar a acordos na comisión mixta coa Comunidade Autónoma de Galicia, en virtude dos que se poidan dictar os correspondentes e obrigados reais decretos de transferencias.

#### 1.4. Os límites do autogoberno autonómico

Coralario das afirmacións antes expresadas acerca do carácter non soberano do poder autonómico, é o recoñecemento de certos límites á autonomía da Comunidade Autónoma galega. Ruipérez Alamillo<sup>4</sup> sinala que os estatutos autonómicos só serán válidos na súa aprobación e vixencia cando o seu texto sexa conforme ás disposicións da Constitución, afirmación que entendo pode estenderse á conformidade xeral ou bloque de constitucionalidade.

De xeito máis concreto, os límites da autonomía non só son os xenéricos establecidos no articulado da Constitución (así, os artigos 2, 138, 139, 148 e 149 entre outros), senón que a propia xurisprudencia constitucional perfilou certos deberes xerais de colaboración co Estado que non teñen que xustificarse en preceptos específicos.

En concreto, a Xunta de Galicia foi parte no caso resolto polo Tribunal Constitucional a través da sentenza do 31 de xaneiro de 1991, na que se decidiu a impugnación de determinados preceptos da Lei 16/1985 do 25 de xuño, reguladora do patrimonio histórico. O Tribunal Constitucional lembra que existe un deber xeral de colaboración entre o Estado e as comunidades autónomas que non é preciso xustificar mediante preceptos concretos (e que se ve reforzado polo mandato do artigo 149.2), porque é de esencia o modelo de organización territorial do Estado implantado pola propia Constitución.

<sup>4</sup> No seu traballo «O Estado das autonomías no marco das formas do Estado», no *Manual de Dereito galego*. Xunta de Galicia. Santiago 1996, páxina 35.

## 2. Os obxectivos estatutarios

### 2.1. A identidade de Galicia

Os aspectos identitarios da Comunidade Autónoma están intimamente relacionados co concepto de nación que se adopte para a súa análise. O artigo 1.1.º do noso Estatuto de Autonomía utiliza a expresión «nacionalidade histórica» que como é ben sabido xerou fondos debates no momento da súa incorporación ó texto constitucional dentro do artigo 2. Como sinala Ramón Máiz<sup>5</sup> dous son os sentidos independentes nos que se pode utiliza-la palabra «nación». Por unha banda, unha significación política que evoca determinadas consciencias subxectivas e requisitos obxectivos como a cultura, a historia ou a lingua. Trataríase de designar unha comunidade humana asentada nun territorio específico, cunha historia común, unha lingua compartida (artigo 3.1). Por outra banda, atópase o sentido xurídico-público sobre o que non cabe ningunha dúbida de que tanto a Constitución coma o Estatuto de Autonomía para Galicia identifican a España como o suxeito do cualificativo nacional.

A identidade galega ten importantes conexións como é obvio co concepto de cultura, posto que en boa medida os criterios en torno ós que un pobo se autoidentifica integran a cultura na súa significación máis ampla. Foi así inevitable que ó longo da construción do Estado autonómico xurdisen puntos de fricción entre o Estado e a Comunidade Autónoma na delimitación das competencias culturais. Deste xeito a Xunta de Galicia foi parte no recurso de inconstitucionalidade contra determinados preceptos da Lei 16/1985, do 25 de xuño, reguladora do patrimonio histórico, pois esta lei afectaba a certas materias que poderían entenderse propias das autoridades culturais galegas. O Tribunal Constitucional na súa sentenza do 31 de xaneiro de 1991 tivo ocasión de matizar que a delimitación das competencias exclusivas autonómicas posibilita ó Estado a regular aquelas materias que non fosen estatutariamente asumidas por cada unha delas, pero que non cabe nembargantes estende-la competencia estatal a ámbitos non queridos polo constituínte e polo tanto, na materia cultural que nos ocupa, os títulos estatais poden «só condicionar outros títulos competenciais autonómicos que deberán terse presentes como límites que se van ponderar en cada caso concreto».

Como pode comprobarse polo razoamento do máis alto intérprete da Constitución, a identidade non xera un título competencial inexpug-

---

<sup>5</sup> No seu comentario do artigo 1 dos *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*. Dirixidos por José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR. MAP. Madrid 1991.

nable, e é ademais cuestionable a postura dalgúns autores como Argullol Murgadas que relacionan esta identidade autonómica cun pretendido dereito á heteroxeneidade que é discutido por parte da doutrina española<sup>6</sup>.

## 2.2. Os intereses galegos

A definición do que debemos entender por intereses galegos presenta o problema metodolóxico da súa previsible contraposición ós intereses xerais. É esencial para o futuro do Estado español a súa configuración como Estado plurinacional, na que os equilibrios entre intereses autonómicos e xerais son básicos para non cuestiona-la nosa actual Constitución funcionalmente federal e garante da igualdade entre os españois<sup>7</sup>.

Esta referencia ós intereses autonómicos pivota sobre boa parte da liña xurisprudencial que constrúe o Estado das autonomías. Deste xeito a Comunidade Autónoma de Galicia formulou varios conflitos de competencia sobre certas resolucións estatais polas que se convocan dotacións económicas para a financiamento de programas de acción social. A sentenza do Tribunal Constitucional do 25 de novembro de 1986 reflexiona sobre a contraposición entre o interese galego e o interese xeral e conclúe que esa dialéctica só podería ser aceptable alí onde se dera unha eventual discrepancia de intereses da que podería resultar unha existencia de equilibrio ou sacrificio, en función da solidariedade, de intereses máis concretos en función de intereses máis xerais. Esta argumentación teórica serve para que, no plano estrictamente xurídico, o Tribunal afirme que as competencias exclusivas non poidan entenderse nun sentido estricto de exclusión de actuación por parte de outros entes públicos, como poidan se-los autonómicos ou os locais.

Por último a defensa da identidade dos intereses dos galegos aparece recollida nun ámbito tan específico da normativa autonómica como é a derogada lei do 10 de novembro de 1987 sobre a compilación do Dereito civil de Galicia<sup>8</sup>, posto que o mantemento de tal corpus lexislativo se quixo presentar unido á defensa duns pretendidos intereses galegos incorporados a tal texto legal.

<sup>6</sup> Así ARGULLOL MURGADAS «Las vías para la construcción de la diversidad de modelos autonómicos» en *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*. Institut d'estudis autonòmics, Barcelona 1995, páxs. 107 a 117.

<sup>7</sup> Nestes termos pronúnciase J. Fernando LÓPEZ AGUILAR no seu traballo «El debate sobre el futuro del estado de las autonomías» publicado en *Parlamento y Constitución* núm. 3, ano 1999, páx. 41.

<sup>8</sup> Derrogada pola Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia.

### 2.3. A promoción da solidariedade

A solidariedade ten, no plano constitucional, unha dimensión supra-comunitaria que é facilmente reconducible ós deberes de lealdade constitucional nos que as comunidades autónomas se deben mover en relación ó Estado e ó resto das comunidades autónomas<sup>9</sup>.

Como vén de sinalar Fernández Segado<sup>10</sup>, a Constitución demanda o principio solidario no ámbito fiscal vinculado ó principio da xustiza do artigo 1 do texto da Carta magna, pero a mención da solidariedade entre os obxectivos estatutarios autonómicos parece referir un ámbito máis xeral, máis xenérico, que vincula a realidade e evolución de Galicia como colectividade, como pobo.

## 3. O territorio

### 3.1. A delimitación territorial: o criterio das actuais provincias

O artigo 2 do Estatuto de Autonomía establece na súa alínea primeira que o territorio de Galicia é o abrangido polas actuais provincias da Coruña, Lugo, Ourense e Pontevedra. Esta proclamación estatutaria deriva consecuencias en dous planos nidiamente diferenciados. En primeiro lugar, o marco provincial é o utilizado polo artigo 143.1 da Constitución como base para a iniciativa autonómica, ó establecerse que poderán instala as provincias limítrofes con características históricas, culturais e económicas comúns. Por outra banda, as provincias non son tomadas en conta para a ordenación territorial da Comunidade Autónoma de Galicia, tal e como se desprende dunha lectura da Lei 7/1996 de desenvolvemento comarcal de Galicia. A única previsión onde as provincias son consideradas é para a organización da propia Administración autonómica na que se establece a existencia de delegacións e direccións provinciais, e é totalmente simbólica polo demais a previsión do artigo 15 da citada lei de desenvolvemento comarcal na súa referencia á colaboración que as deputacións poidan prestar a través das unidades técnicas comarcais no proceso de planificación territorial.

---

<sup>9</sup> Tal é a doutrina recollida na sentenza do Tribunal Constitucional do 15 de decembro de 1992 que resolve os recursos de inconstitucionalidade promovidos polo Goberno vasco e pola Xunta de Galicia contra determinados preceptos da Lei 46/1985, do 27 de decembro, de presupostos xerais do Estado, reguladores das subvencións públicas.

<sup>10</sup> É interesante a este respecto o seu traballo «Los principios constitucionales tributarios» incorporado no libro *El constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, dirixido por Miguel Ángel GARCÍA HERRERA. Servicio editorial da Universidade do País Vasco, 1997, páxs. 212 a 240.

O territorio é a base xurídica que depende obviamente dunha decisión política, posto que o ámbito do tradicional dereito galego se estendía tamén a certas zonas occidentais de Asturias e Castela-León, e só por decisións políticas post-constitucionais se veu limitado ese ámbito de actuación<sup>11</sup>. A delimitación territorial do ámbito de vixencia do dereito galego ten importantes consecuencias en relación co propio sistema xurídico de reparto de competencias fixado na Constitución posto que, como sinalou a doutrina, a práctica totalidade das competencias poden ser diseccionadas en función do ámbito territorial no que deben ser aplicadas<sup>12</sup>.

### 3.2. A organización territorial

A potestade autonómica na materia de organización territorial pode verse interferida por certas intervencións estatais, e así a historia da normación nesta materia coñeceu o caso sintomático da regulación xurídica das mancomunidades. De feito, a sentenza do Tribunal Constitucional do 21 de decembro de 1989 que estudia os recursos interpostos polo Parlamento de Galicia e a Xunta en relación con certos preceptos da Lei de bases de réxime local dispón a constitucionalidade da supresión da facultade do control autonómico na creación das mancomunidades, o que é moi significativo respecto dos distintos niveis de intervención política que se lles recoñecen ós entes estatais e autonómicos nesta materia.

Pero non só a institución das mancomunidades deu lugar a conflitos constitucionais entre Galicia e o Estado no ámbito da organización do territorio, posto que tamén o problema da interpretación da expresión «núcleo de poboación territorialmente diferenciado» provocou a queixa galega respecto da súa incorrecta interpretación como «núcleo separado de poboación» por parte do dereito estatal. Parecía claro que a citada equiparación supoñía descoñece-la realidade mesma de Galicia, consistente na existencia de poboación dispersa ou diseminada, que é a realidade da que parte o artigo 2 do Estatuto de Autonomía para Galicia. A decisión do Tribunal Constitucional nembargantes non admitiu que baste a existencia de poboación dispersa alegada por Galicia para que poida procederse á configuración dunha nova entidade municipal.

O enfoque que o poder público autonómico galego lle deu a esta materia deriva da propia remisión que no seu momento a Xunta de Galicia lle fixo ó Parlamento como integrantes dun paquete legislativo

<sup>11</sup> Esta evolución pode consultarse no manual de Luís RODRÍGUEZ ENNES *Historia do Dereito de Galicia*. Servicio de Publicacións da Universidade de Vigo, páxs. 189 e ss.

<sup>12</sup> Así o estudia JIMÉNEZ CAMPO para o problema xeral das competencias compartidas no seu traballo «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico». *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 27, 1989, páx. 91.

único de tres importantes proxectos de lei: o proxecto de lei de ordenación do territorio, o de réxime local e o de desenvolvemento comarcal. A pretendida relación entre eles vén de ser cuestionada polas dificultades prácticas de establecemento dun modelo territorial coherente e funcional, que están poñendo sobre a mesa a necesidade de modificar certas disposicións, por exemplo da Lei de administración local de Galicia<sup>13</sup>.

### 3.2.1. As comarcas

Deixando de lado as consideracións meramente administrativas ou organizacionais, a primeira constatación ineludible acerca das comarcas no dereito galego é a do seu carácter dispositivo consonte o disposto no artigo 2 do Estatuto de Autonomía para Galicia. O Tribunal Constitucional<sup>14</sup> expresou nidiamente que, de acordo co disposto nos artigos 2.1 e 3, 27.2 e 40 do Estatuto galego, a comarca non se configura como unha entidade necesariamente integrante da organización territorial da Comunidade Autónoma. Ademais a constitución da comarca en Galicia tampouco pode considerarse como resultante da potestade de autoorganización, senón só como consecuencia da competencia lexislativa sobre réxime local asumida estatutariamente.

Atopámonos pois ante unha situación na que as comarcas non están dotadas de ningunha garantía estatutaria, pois son entes meramente continxentes en función da decisión que adopte o lexislador autonómico. Este status sería asimilable *mutatis mutandis* á dimensión procesual que López Aguilar<sup>15</sup> dálle ó Estado autonómico, que aquí tamén ten un carácter *in fieri*, isto é, unha construción progresiva e non programada dende un inicio.

A diferente redacción que nesta materia ten o Estatuto galego respecto do Estatuto de Autonomía para Cataluña trae consigo importantes consecuencias prácticas. Deste xeito en Galicia, a diferenza de Cataluña, o Estatuto non dispón *ab initio* dunha organización comarcal de carácter xeral, sen que isto supoña unha discriminación dende o punto de vista do seu tratamento constitucional.

---

<sup>13</sup> Estas e outras reflexións poden consultarse no meu traballo «O territorio como elemento constitutivo da Comunidade Autónoma de Galicia», *Revista Galega de Administración Pública* núm. 12, 1996, páxs. 228 e ss.

<sup>14</sup> Na súa sentenza do 21 de decembro de 1989 pola que estudia os recursos de inconstitucionalidade interpostos entre outros polo Parlamento e a Xunta de Galicia en relación con determinados artigos da Lei 7/1985, do 2 de abril, de bases do réxime local.

<sup>15</sup> Así, Juan Fernando López Aguilar: «Constitución, autonomía y hecho diferencial». *Cuadernos de derecho público* núm. 2, setembro-dicembro 1997, páxs. 41 e ss.

### 3.2.2. As parroquias

Estes entes poden ser facilmente incluíbles dentro do que o Estatuto galego denomina «formas tradicionais de convivencia e asentamento». A competencia autonómica, en relación coa regulación e réxime xurídico das parroquias rurais, debe respecta-las atribucións estatais previstas no artigo 149.1.18 e, polo tanto, non pode negarse en termos xerais a posibilidade de que o Estado fixe certas regras nas que en todo caso se desenvolva o réxime xurídico que a Xunta dispoña, verbo da organización e funcionamento deste tipo de entidades locais.

A intervención estatal limitadora da competencia galega á hora de crear entidades locais menores que leven á práctica o programa estatutario no tocante ó respecto das formas tradicionais de convivencia e asentamento da poboación galega maniféstase en dous aspectos. En primeiro lugar, a iniciativa para a constitución das entidades locais corresponde-lle indistintamente á poboación ou ó concello correspondente. Trátase dunha garantía mínima que non limita indebidamente ás competencias autonómicas, e poderá Galicia concreta-lo procedemento ó que se suxeiten as iniciativas exercitadas.

Por outra banda, e no tocante á organización das entidades locais menores, o Estado non pode asumir, en virtude do artigo 149.1.18, unha intervención que obrigue á existencia dun órgano unipersonal executivo e un órgano colexiado de control, xa que estamos ante unha cuestión estrictamente organizativa que non presenta incidencia en intereses xerais de alcance supraautonómico e, polo tanto, non xustifica a presenza de disposicións estatais cualificables como normas básicas.

### 3.3. A reserva legal respecto da organización territorial

Galicia coñece un proceso de comarcalización que pode ser cualificado como unha comarcalización *de facto* seguida dunha posterior confirmación *de iure* do proceso. Tal vez esta mecánica responda á realidade asumida con carácter xeral da maior capacidade do executivo para a adaptación ás circunstancias cambiantes respecto da realidade estática que sempre presentan o Parlamento e a súa lenta maquinaria lexislativa<sup>16</sup>.

De acordo con este esquema procedemental produciuse a aprobación da Lei 7/1996, do 10 de xullo, de desenvolvemento comarcal. Trátase de introducir unha escala intermedia de planificación, organización e xestión territorial, que supere os reducidos ámbitos de actuación municipal, que imponen restricións ou limitacións derivadas do reducido tamaño e do excesivo número de concellos existentes en Galicia.

<sup>16</sup> Nestes termos, con carácter xeral, maniféstase García Morillo no seu traballo «El Parlamento en la era global» *Cuadernos de derecho público* núm. 1 maio-agosto 1997, INAP, páxs. 78 e ss.

A lei tenta poñer en marcha dous modelos complementarios para evitar que os desequilibrios internos do país galego se acentúen, en concreto: a) o modelo rexional, co obxectivo de crear ou consolidar os eixes dinámicos máis competitivos vinculados tradicionalmente ó sistema de cidades, e b) o modelo comarcal, que ten por obxectivo fixar e manter as capacidades relacionadas cos recursos endóxeos, funcionando como unha peza básica para alcanzar un desenvolvemento territorial equilibrado. Co fin de acadar estas estruturas, a lei ocúpase da creación dunha serie de órganos de distinto carácter, deste xeito podemos distinguir:

- a) órganos de planificación e coordinación, que son o Gabinete de Planificación e Desenvolvemento Territorial, o Consello Comarcal e a Comisión de Comarcalización.
- b) órganos de xestión e promoción, que son as unidades técnicas comarcais, as fundacións para o desenvolvemento das comarcas e a Sociedade anónima para o desenvolvemento comarcal de Galicia.

#### 4. O *status libertatis* dos galegos

##### 4.1. A delimitación subxectiva dos cidadáns de Galicia

Conforme ó Estatuto de Autonomía de Galicia, gozan da condición política de galegos os cidadáns españois que, de acordo coas leis xerais do Estado, teñen veciñanza administrativa en calquera dos municipios de Galicia. Esta previsión estatutaria supón acudir á lexislación reguladora das bases do réxime local que é a que define a veciñanza administrativa poñéndoa en relación coa inclusión nalgún dos padróns municipais dos concellos galegos. Así pois, a inclusión nun padrón municipal dun concello de Galicia é condición suficiente para obter a veciñanza administrativa e, por ende, a condición política de galego.

A problemática que suscita a delimitación da veciñanza administrativa é moi complexa e de feito, en relación con diversa lexislación sectorial de Galicia, os distintos tribunais galegos tiveron ocasión de recoñecer a prevalencia da residencia real sobre a inscrita, aínda que esta fose declarada expresamente polo interesado<sup>17</sup>.

A relevancia da formación do padrón municipal preséntase para estes efectos como decisiva; de tal xeito que a vía máis habitual para demostrar a veciñanza administrativa será a certificación da inclusión persoal no padrón dun municipio galego. Este aspecto documental ten

<sup>17</sup> Deste xeito maniféstase a sentenza da Audiencia Provincial de Pontevedra do 27 de xaneiro de 1998 no tocante a unha comunidade veciñal de montes comunais.

xerado importantes problemas prácticos que foron no seu momento resoltos pola xurisprudencia do Tribunal Supremo<sup>18</sup>.

A delimitación da condición política é totalmente independente do outorgamento da veciñanza civil. Como é ben sabido, esta última determina a suxeición ó dereito civil especial conforme ós criterios que se fixan de xeito uniforme para todo o Estado no título preliminar do Código civil. Neste sentido foi relevante a STC 88/1993 que lle impediu á lexislación autonómica balear o cambio na determinación da veciñanza civil igualándoa coa condición política, intento que polo demais tamén se plasmou nos traballos preparatorios da Lei de dereito civil de Galicia de 1995<sup>19</sup>.

Os dereitos políticos que derivan da condición política de galego atribúenselles tamén ós cidadáns españois residentes no estranxeiro que tivesen a súa última veciñanza administrativa en Galicia, e que acrediten esta condición no correspondente consulado de España. O goce destes dereitos tamén se lles outorga ós seus descendentes inscritos como españois, se así o solicitan na forma en que determine a lei do Estado. Trátase dun xeito de privilexia-lo *status* dos emigrantes que recentemente iniciou unha polémica reforma lexislativa a través da tramitación parlamentaria nas Cortes Xerais da coñecida como «lei de nacionalidade».

## 4.2. O contido do status de galego

### 4.2.1. Criterio xeral

Como norma de principio temos que asumir que os dereitos, liberdades e deberes fundamentais dos galegos son os establecidos para todos os cidadáns españois no título I da Constitución, regulador nos seus artigos 10 a 55 dos dereitos e deberes fundamentais.

Nembargantes o Tribunal Constitucional, na súa Sentencia do 25 de novembro de 1986 que estudia os conflitos de competencia promovidos polo Goberno galego contra o Goberno do Estado respecto de resolucións que convocaron dotacións económicas para o financiamento de programas de acción social, estableceu que as medidas públicas de acción e protección social non poden supoñer colisións de intereses, que sempre deben ser

<sup>18</sup> Estoume a referir á Sentencia da sala terceira do Tribunal Supremo, do 22 de outubro de 1999, verbo da formación do padrón municipal do Concello de Monforte de Lemos e á súa plasmación no Real decreto 1645/1997, por entende-lo citado concello que non se respectou o procedemento establecido para a formación contradictoria co Instituto Nacional de Estatística do citado padrón municipal.

<sup>19</sup> Aspecto que comento no meu traballo: «Notas acerca de la Ley de Derecho civil de Galicia» publicada na revista *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Volume IV, núm. 1, 1995, páxs. 235 e ss.

coincidentes posto que, podendo existir problemas no momento da distribución interrexional dos recursos, estes non poden atentar contra a igualdade dos dereitos dos cidadáns. Así, as competencias exclusivas de Galicia non poden entenderse nun sentido estricto de exclusión de actuación no campo social, de tal xeito que o Estado sempre ten un ámbito máis amplo de actuación, incluso na xestión no ámbito supracomunitario.

#### 4.2.2. A cláusula «Lelio Basso»

Os poderes públicos de Galicia deben promover as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e dos grupos en que se integran sexan redes efectivas, deben tamén remover os atrancos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilitar a participación de tódolos galegos na vida política, económica, cultural e social. Esta redacción é idéntica á contida no artigo 9.2 da Constitución Española que, como coñecemos, traspón a alínea segunda do artigo 3 da Constitución italiana onde se incorporou por primeira vez a iniciativa do deputado socialista constituínte Lelio Basso.

Para os efectos clasificatorios, son distintas as categorías e as consecuencias da cláusula no dereito autonómico galego.

##### 4.2.2.1. A participación social

Neste eido, o ordenamento xurídico galego coñece importantes normas que tentan facilitar a integración social de certos grupos de individuos, baste aquí cita-las leis 5/1996 sobre o acceso ó contorno das persoas con deficiencia visual e a Lei 8/1997 de accesibilidade e supresión de barreiras na Comunidade Autónoma de Galicia<sup>20</sup>. Máis concretamente, o máximo intérprete da Constitución tivo ocasión de pronunciarse en relación a certos límites á participación social dos galegos referidos á representatividade dos sindicatos da Comunidade Autónoma. Neste sentido estableceuse que nos casos en que está en xogo o principio de igualdade o criterio que posibilita a participación social ten que ser sempre de carácter obxectivo ou fundarse en elementos que non ofrezan posibilidades de parcialidade e abuso. Como pode comprobarse, o criterio tuitivo do Tribunal tenta defender ante todo os efectos expansivos da cláusula Lelio Basso no tocante á participación social<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Textos que poden consultarse no DOGA núm. 119 do 18 de xuño de 1996 e no núm. 166 do 29 de agosto de 1997. Ademais resulta de interese o Decreto 35/2000, do 28 de xaneiro, polo que se aproba o Regulamento de desenvolvemento e execución da Lei de accesibilidade e supresión de barreiras na Comunidade Autónoma de Galicia (DOGA núm. 41 do 29 de febreiro de 2000).

<sup>21</sup> Trátase da STC do 10 de novembro de 1982 pola que este desestima o recurso de amparo e se considera que non foi vulnerado o dereito á liberdade sindical do re-

#### 4.2.2.2. A participación económica

Quizais sexa esta a que a lexislación sectorial tenta garantir dun xeito máis perfecto. Sen dúbida, ámbitos coma o do consumo, que son competencia exclusiva da Xunta de Galicia, serven para poñer a proba como as medidas públicas autonómicas tentan equilibra-las situacións de inferioridade nas que, en ocasións, se atopan os cidadáns de Galicia. Estas reflexións aparecen recollidas con motivo do recurso de inconstitucionalidade que o Executivo autonómico interpuxo contra determinados preceptos da Lei 26/1984 do 19 de xullo, xeral para a defensa dos consumidores e usuarios, posto que se trata en definitiva de que as administracións públicas competentes adopten e promovan medidas que suplan ou equilibren situacións de subordinación ou indefensión nas que poidan atoparse, individual ou colectivamente, os consumidores ou usuarios (STC do 26 de xaneiro de 1989).

#### 4.2.2.3. A participación cultural

O eido da cultura tense presentado como unha competencia propia e institucional tanto do Estado coma das comunidades autónomas, por esta razón o contido do artigo 149.2 da Constitución, despois de recoñece-la competencia autonómica, afirma unha competencia estatal, e pon o acento no servizo da cultura como deber e atribución esencial. Estes principios que tentan garanti-lo acceso ós bens culturais para tódolos cidadáns e grupos sociais de galegos recoñecen o carácter concorrente da competencia cultural e evitan a patrimonialización dun aspecto tan esencial para o libre desenvolvemento da personalidade como é a cultura<sup>22</sup>.

O Parlamento de Galicia aprobou a Lei 3/2000, do 23 de decembro, do voluntariado de Galicia que supón un marco xeral a través do que o sector público autonómico promove os ámbitos de participación antes enumerados, e establécense as vías de fomento da iniciativa do «terceiro sector» nas facetas social, económica e cultural<sup>23</sup>.

A derradeira particularidade autonómica no referido ós dereitos dos cidadáns ten que ver coa proclamación como principio rector da política

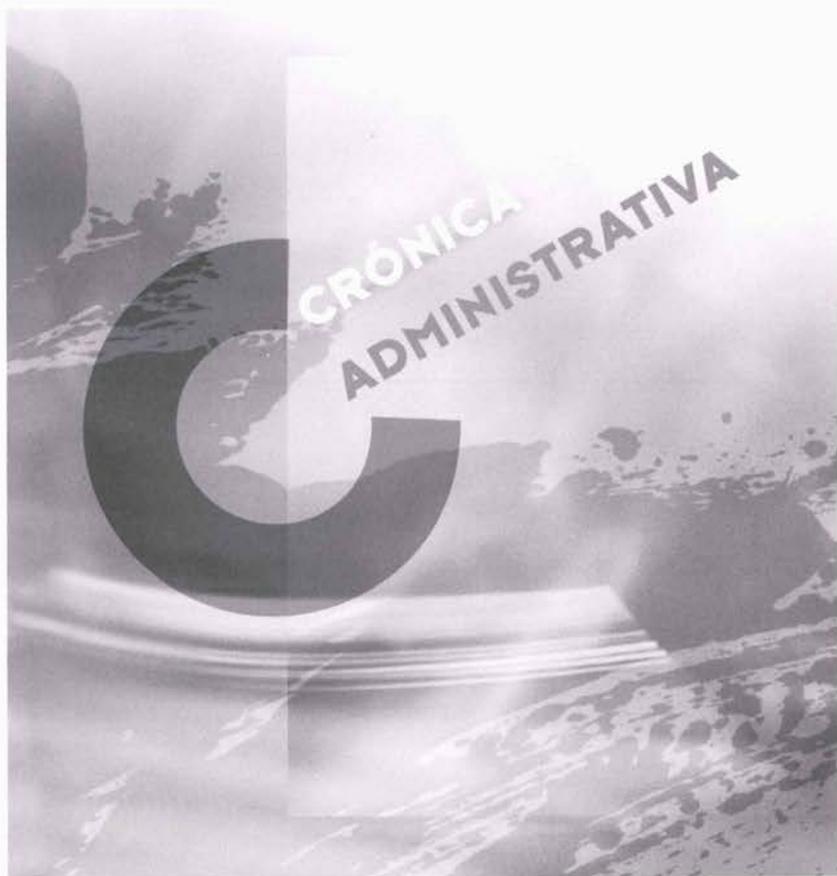
---

corrente, no procedemento de designación de traballadores na Conferencia internacional do traballo.

<sup>22</sup> Argumentacións estas que están na base da STC, do 31 de xaneiro de 1991, pola que se desestima o recurso de inconstitucionalidade promovido entre outros polo Consello da Xunta de Galicia contra determinados preceptos da Lei 16/1985, do 25 de xuño, reguladora do patrimonio histórico.

<sup>23</sup> Esta lei conta co Decreto 405/2000, do 29 de novembro, polo que se regula o rexistro de entidades de acción voluntaria de Galicia. Para un comentario sobre esta lei pode consultarse o meu traballo: «El artículo 9.2 de la Constitución: su desarrollo estatal y autonómico». En *Anuario da Facultade de Dereito de Ourense*, 2002, páxs. 469 a 477.

social e económica, e que polo tanto vincula os poderes públicos autonómicos dos dereitos dos galegos a viviren e traballaren na propia terra. Velaí outra norma programática que lembra unha vez máis a «Galicia da diáspora» e que formula unha dobre obriga para a Administración autonómica: favorece-las condicións económicas que eviten a emigración dos cidadáns e promover unhas políticas de retorno atractivas para aqueles galegos que residen fóra de Galicia e desexan volver ó país. 





## SEMINARIO SOBRE A CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEA E A SÚA INCIDENCIA NA PRÁCTICA DIARIA

(EGAP, Santiago de Compostela, 13 e 14 de setembro de 2001)

Juan Manuel González Hiltner

Bolseiro de investigación da EGAP

**D**urante os días 13 e 14 de setembro tivo lugar na sede da propia EGAP un seminario dedicado a presentar e explica-las directivas europeas sobre contratación pública dun xeito claro e accesible. A iniciativa responde ós fins desta institución que, dende a súa creación, aspira á formación, investigación e difusión da actualidade xurídico-administrativa mediante, entre outras actividades, a realización de cursos e xornadas de especialización. A importancia xurídico-económica, tanto para o sector público como para o sector privado, do novo paquete legislativo da contratación pública previsto para o ano 2002 xustificaba por si soa estas sesións que serviron de foro de encontro e debate para a reflexión doutrinal e a experiencia práctica dos que, ó servizo das administracións públicas ou dende o sector privado, se relacionan habitualmente coa contratación pública.

O novo paquete legislativo previsto para o ano 2002, que apunta cara a unha maior simplificación, flexibilización e modernización dos procedementos debía serlles explicado ós asistentes. Os conferenciantes de-

bían expo-las implicacións prácticas das directivas nas actividades de contratación pública, e os principais casos levados ante o tribunal europeo. O segundo día debía abordarse o tema da organización dos contratos públicos na práctica, e presentarse exemplos sobre as principais problemáticas que deben ser abordadas polos xestores licitadores destes contratos.

O seminario organizado pola Escola Galega Administración Pública, con grande éxito de asistencia e participación, atende, en última instancia, á necesidade evidente de facilitarlles ós asistentes a súa nova participación no novo mercado de contratacións públicas.

A sesión inaugural iniciouse coa cálida acollida do director da EGAP, **Domingo Bello Janeiro**, que expresou a súa satisfacción e a da Escola pola realización deste seminario, do cal dixo que era unha invitación á reflexión sobre as cuestións esenciais para a política presente e futura da contratación pública, así como a incorporación e aplicación efectiva da lexislación europea, e tamén sobre as oportunidades que para os poderes adxudicatarios e os operadores económicos se desprenden da apertura da contratación pública europea. Salientou que a necesidade de intercambio e contraste á que responden estas xornadas séntese con particular intensidade no dereito administrativo e, especialmente, no ámbito dos contratos públicos, sector onde pugnan e entran en conflito de xeito paradigmático os principios de eficacia e de obxectividade no servizo dos intereses xerais pola Administración pública. Efectivamente, en poucos ámbitos coma este se revela con tal crueza o abismo que separa ás veces a normativa e a práctica administrativa, alumeando fenómenos de dereito-ficción.

Compartiu a apertura das xornadas **Gracia Vara Arribas**, sénior lecturer do Instituto Europeo de Administración Pública – Centro Europeo de Rexións (IEAP-CER), que ademais exerceu como moderadora ó longo das dúas xornadas. Resaltou a importancia do carácter práctico do seminario, a necesidade de coñecer as reformas do novo paquete lexislativo, así como o desexo de artellar un diálogo fluído entre as administracións e os particulares.

O primeiro relatorio correu a cargo de **José Bermejo Vera**, presidente da Asociación Española de Contratación Pública e Regulada (AECOPY) e catedrático de dereito administrativo da Universidade de Zaragoza. A súa lúcida intervención sobre os obxectivos e principios da política comunitaria de contratos públicos, serviu para establecer as coordenadas da vixente lexislación comunitaria de contratos.

En primeiro lugar, o profesor Bermejo Vera falou dos obxectivos, e resaltou que a Unión Europea sempre se preocupou con especial interese dos sistemas de contratación pública, ó entender por eles, o conxunto de

fórmulas convencionais entre as administracións e os particulares para obras, servicios e subministracións de carácter público. Consciente da súa importancia de cara á consecución dun mercado interior, elaborou abundantes documentos dende practicamente a súa constitución en 1957. Xa en 1971 se creou un comité consultivo para os contratos públicos. Pero, por riba de todo, procurou levar a cabo unha uniformización do marco xurídico regulador dos contratos públicos nos estados membros, co obxectivo predominante de lograr un auténtico mercado común.

O relator expuxo o papel do dereito comunitario en xeral, e moi especialmente, nestes sectores, onde se configura como un instrumento necesario de cara á efectiva satisfacción dos obxectivos consagrados no TUE: afianzamento do dereito da competencia e loita contra o falseamento da libre concorrencia (a través da transparencia e publicidade) e particularmente, respecto ás «regras do mercado» cando as administracións públicas se comportan como axentes económicos. A Unión Europea hai tempo que se atopa nos procesos de uniformización xurídica. Isto é singularmente notorio no sector da contratación pública.

Por outro lado, o fundamento auténtico desta homoxeneización normativa repousa nunha circunstancia absolutamente aceptable e comprensible: o funcionamento dun proceso económico de «libre mercado» reclama unha certa «uniformidade» do marco xurídico de ordenación da actividade dos seus axentes económicos. O principio básico de «igualdade de mercado» esixe, cando este se proxecta xeograficamente sobre un territorio de distintos estados soberanos, o efectivo aseguramento a aqueles «axentes de mercado» dunha igualdade substancial da súa posición xurídica, é dicir, do amparo equitativo das regras ordenadoras polas que se rexe a súa actuación en réxime de libre mercado. Quere dicir con isto, que hoxe é preciso evitar que a disparidade xurídica nos estados mude nun factor susceptible de distorsionar o bo funcionamento do mercado interior e de falsear, en definitiva, as condicións competitivas. A Unión Europea viuse, pois, compelida a intervir normativamente na ordenación dos sectores económicos, co fin de garanti-lo funcionamento correcto do sistema de «libre mercado». Pero non é só cuestión de igualdade posicional dos axentes económicos no mercado. Hai tamén un evidente compoñente economista que revelou magnificamente o «Informe Cecchini». Segundo este traballo de expertos, os aforros potenciais no gasto público, ó eliminar todo tipo de «métodos proteccionistas» –é dicir, regras estatais de favor cara ós contratistas nacionais–, superarían a cifra (ano 1986) de 530 billóns de euros.<sup>1</sup> O «custo da non

---

<sup>1</sup> P. CECCHINI: *The european challenge. 1992. The Benefits of a Single Market*, W.H. Aldershot, 1988.

Europa», como se identificaba graficamente o mantemento desta situación, era, sen dúbida, moi alto<sup>2</sup>.

A apertura ó mercado da contratación pública tería como principais vantaxes, a xuízo da Comisión Europea, as seguintes:

a) Os provedores e empresarios teñen maiores oportunidades para exercer e desenvolve-las súas actividades, non só a escala comunitaria, senón tamén nacional. A dita expansión fai posible unha redución dos seus custos a través dos efectos do rendemento de economía de escala e un aumento da súa eficacia gracias ó efecto da competencia;

b) Os «poderes adjudicatarios» e os usuarios teñen maiores posibilidades de elección, tanto de bens coma de servicios, o que permitirá aforros importantes nos orzamentos públicos dos estados membros e unha maior satisfacción dos intereses de usuarios e consumidores;

c) As estruturas comerciais e industriais de toda a Comunidade Europea saen beneficiadas.

Un coñecido estudio –«Informe *Atkins*»– de 1984 resaltaba o triple efecto beneficioso que tería a unificación e aplicación da normativa relativa á contratación pública.

1) Un «efecto estático», consistente na redución do gasto público (art. 109 TUE).

2) Un «efecto competitivo», basicamente derivado da redución dos prezos, que, obviamente, contribúe á satisfacción doutro dos fins principais do TUE, isto é, a loita contra a inflación (art 109 E1 TUE).

3) Un «efecto de reestructuración», derivado da aplicación dos principios das «economías de escala».

A importancia económica dos bens e servicios destinados ó sector público e paraestatal e, por conseguinte, o impacto que pode exercer-la liberalización da contratación pública á hora de adjudicalos ponse de relevo, como indica, en primeiro termo, atendendo a que eses bens e servicios representan unha parte nada desdeñable e sempre crecente do consumo global da comunidade; en segundo lugar, constatando que algún dos sectores de produción afectados ocupan unha posición estratéxica de primeira orde para potenciar unha política industrial e tecnolóxica integramente comunitaria. Finalmente, a ruptura do proteccionismo neste sector, ademais dun ingrediente antiinflacionista, comportaría un aumento espectacular de potenciais clientes e consumidores de natureza pública, favorecendo así a creación de economías de escala.

---

<sup>2</sup> Véxase unha excelente explicación en M. CATELA: *European Integration and Public Works Contracts Regulation*, Tese de doutoramento, Instituto Europeo de Florencia, 1995.

O obxectivo do marco xurídico precedente constituíron un aparente fracaso como consecuencia da «evasión» na aplicación da normativa, mediante algunhas «corruptelas políticas». Esta situación, reiteradamente denunciada polas autoridades comunitarias, obrigaba a unha reforma en profundidade.

Por isto, segue Bermejo Vera, a comisión marcou como obxectivo a adopción de varias accións lexislativas, de implantación gradual. Ese obxectivo conseguiuase tamén reforzando os mecanismos de control sobre o grao de cumprimento da normativa comunitaria, para evitar «fugas» inxustificadas, e estendendo o ámbito de aplicación ós contratos de «servicios», así como ós denominados «sectores excluídos ou especiais» (transporte, auga, enerxía e telecomunicacións). O resultado desta actividade normativa foi a aprobación das directivas 88/295/CEE, do 22 de marzo, sobre contratos públicos de subministración, a 89/440/CEE, do 18 de xullo, sobre contratos públicos de obra, a Directiva 89/665/CEE, do 21 de decembro, relativa á coordinación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas referentes á aplicación dos procedementos de recurso en materia de adxudicación dos contratos públicos de subministración e obras, a 90/531 e 92/13 nos «sectores excluídos ou especiais», a 92/50/CEE, do 18 de xuño, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de servicios, a 93/36/CEE, do 14 de xuño de 1993, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación de contratos públicos de subministración, a 93/37/CEE, de 14 de xuño de 1993, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obra, e a 93/38/CEE, do 14 de xuño de 1993, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación de contratos nos sectores da auga, da enerxía, dos transportes e das telecomunicacións.

Estas directivas tiveron como obxectivo crear regras especiais para a apertura deste sector económico, reforzando a competencia e a transparencia, e eliminando aínda máis os obstáculos directos e indirectos que se seguían practicando polos poderes adxudicadores, amparados nas regulacións nacionais e en protección dos seus axentes ou operadores económicos. Este novo marco normativo pretendeu, fundamentalmente, unha maior transparencia, información, accesibilidade, especificación e equidade ós procedementos de adxudicación, por tratarse duns ámbitos excesivamente protexidos polos estados membros.

Entre as principais vantaxes que este marco comporta hai que resaltar, sobre todo, a ampliación do campo de actuación de empresarios e provedores que concorren á obtención de contratos coas administracións ou poderes públicos. Isto deberá traducirse nunha redución de custos, a través dos efectos de rendemento «de escala», e un aumento de eficacia como consecuencia da competencia, unha maior posibilidade

de elección e, en definitiva, a mellor satisfacción dos intereses dos cidadáns europeos.

Por outro lado, a aplicación uniforme dun réxime de contratación pública non só lles afecta ós estados membros da UE, pois o obxectivo da liberalización da contratación pública incluíuse no Acordo sobre creación dun espazo económico europeo (EEE). A firma dos acordos do GATT, tamén afectou a este tema. Mediante o Acordo de Marrakech, do 13 de abril de 1994, estenderon universalmente os principios dunha contratación pública baseada na libre competencia sen discriminación por nacionalidade<sup>3</sup>, ó tratar de establecer un marco multilateral con respecto ós dereitos e obrigacións en materia de contratación pública. Consecuencia destas accións foi a obrigación dos estados membros da UE de «abrir» a adjudicación dos seus contratos públicos á concorrencia internacional.

En suma, di Bermejo Vera que as institucións comunitarias configuran, sobre a base do tratado da Unión Europea (TUE), un novo e interesante marco normativo como instrumento necesario de cara á consecución do fundamental obxectivo do mercado interior europeo.

O profesor Bermejo Vera continuou o seu relatorio coas características dos «principios» nos que se basea a regulación comunitaria da contratación pública, e que gardan relación directa coas liberdades fundamentais, e son as seguintes:

- a) «informar» a normativa comunitaria e constituí-lo seu instrumento básico de interpretación;
- b) actuar como poder integrador ante as lagoas do ordenamento xurídico<sup>4</sup>.

A continuación detallou os principios fundamentais e característicos da contratación pública e da contratación nos «sectores especiais» (auga, transporte, enerxía e telecomunicacións):

- O respecto ás liberdades comunitarias e a consecución do obxectivo dun mercado interior único.
- Aplicación de criterios obxectivos de participación e de adjudicación dos contratos que garantan e aseguren con efectividade a concorrencia.
- A garantía de «transparencia» nos procedementos de adjudicación.

---

<sup>3</sup> Sobre este punto, J. A. MORENO MOLINA: *Contratos públicos: derecho nacional y derecho comunitario*. Ed. Mac Graw Hill, Madrid, 1996, páxs. 36 e ss.

<sup>4</sup> Véxase N. MICHEL: «La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrument essentiel pour ouverture à la concurrence», en *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 3, 1994.

Este derradeiro principio desenvólvese na práctica a través dunha axeitada publicidade dos contratos adxudicables no Diario Oficial das Comunidades Europeas (DOCE) das distintas ofertas de contratos públicos.

Debe terse en conta que a publicidade ofrece distintas vertentes: por un lado, créase un procedemento de información previa que obriga a que, anualmente, os «poderes adxudicadores» publiquen a listaxe das súas previsións de ofertas de contratos; por outra banda, deberán obrigatoriamente publicarse no DOCE os anuncios de licitacións de contratos de obra e subministracións que superen os límites de aplicación das directivas; por último, tamén deberán ser publicadas as decisións finais de adxudicación dos contratos.

Para remata-la súa primeira intervención, o profesor Bermejo Vera, lembrou a publicación do coñecido Libro Verde<sup>5</sup>, integrado por respostas, alegacións e suxestións a partir das que se aprobou unha comunicación sobre «a contratación pública na UE». Neste contexto, e tralas modificacións de axuste das directivas en vigor, presentouse ante a opinión pública un conxunto documental de extraordinaria envergadura, baseado, case exclusivamente, na simplificación do marco xurídico existente, a refundición das directivas e a introducción dunha nova flexibilidade na contratación: o «diálogo competitivo» entre os poderes adxudicadores e candidatos ou concursantes. Pero este foi o contido do relatorio da segunda intervención matinal do profesor Bermejo Vera.

Tralo animado coloquio entrámbalas dúas intervencións, o profesor Bermejo Vera retomou a súa intervención e, sinalou que o propósito, pois, deste novo impulso á acción legislativa da UE, no ámbito da «contratación pública», é suprimi-las contradicións, lagoas e incoherencias do marco xurídico vixente.

A proposta de directiva que agora se presenta en forma de texto único para os contratos de subministracións, obras e servicios permite propor ó mesmo tempo a modificación e simplificación das directivas «clásicas», con 82 artigos. Parece unha diminución sensible, pero non o é, porque a redución do número de artigos é posible debido, fundamentalmente, a que hai disposicións idénticas nas tres directivas.

Sinalou que, como ocorre en España (LCAP, do ano 1995 –Texto de 2000–), foron varios os estados membros que adoptaron o mesmo enfoque, traspoñendo as directivas ó seu ordenamento xurídico nun texto único. Por isto, a fusión das directivas non xera, por si soa, obrigas de nova transposición ou adaptación ós ordenamentos actuais dos estados membros.

Son as modificacións de fondo ou substantivas as que importan e, dende logo, contribúen a este esforzo de simplificación, especialmente a relativa ós *límites* dos respectivos contratos.

<sup>5</sup> «Libro Verde sobre la contratación pública en la UE: reflexiones para el futuro» (COM-96-, 583 final, 27-11-96).

A Comisión Europea abordou na súa proposta varios temas nos que se van formular e producir, no seu caso, modificacións de fondo.

■ A introducción dos mecanismos de compra electrónica e as súas consecuencias en canto ó acurtamento dos prazos dos procedementos de adxudicación. En efecto, o incremento espectacular das novas tecnoloxías da información e as comunicacións (TIC) ofrece oportunidades prometedoras no relativo á eficacia, á transparencia e á apertura das compras públicas. Pénsase tamén que os sistemas de adxudicación electrónicos deberán permitir un aforro de tempo considerable no desenvolvemento do procedemento.

■ A introducción dun novo tipo de procedemento negociado, que, no caso dos contratos especialmente complexos, permite o «diálogo competitivo». Esta é unha fórmula que faculta a aproximación do «poder adxudicador» e os distintos contratistas-aspirantes, garantindo, ó mesmo tempo, a publicidade da convocatoria de licitación e o respecto á igualdade de trato.

A instauración de procedementos máis flexibles como o procedemento do «diálogo competitivo» e os «acordos marco» tratan de darlles resposta ás críticas sobre os procedementos actuais, no sentido de que son excesivamente ríxidos e formalistas e que a súa observancia provoca, en realidade, disfuncións na adxudicación de contratos públicos.

Sen embargo, sen nega-las posibles virtudes deste tipo de procedemento, o profesor Bermejo Vera di que non debe apresurarse a súa regulación e aplicación con carácter xeral. Para concretos supostos taxados, recollidos polas normas, poderá substituí-lo «procedemento negociado con publicidade», e quizais desempeñará un papel máis relevante no campo dos «sectores excluídos ou especiais», onde, polo seu obxecto, é máis normal que as condicións tecnolóxicas aconsellen acudir a esta novidosa fórmula. Isto significa, polo tanto, que o procedemento negociado con publicidade debe ser mantido como procedemento, pois en varios dos supostos en que actualmente se permite a súa utilización non entran en xogo os parámetros do diálogo.

A posibilidade que se lles concede ós compradores públicos de que asinen o que se denomina «acordos marco». Os seus termos están fixados na súa totalidade e serven de base para poder adxudicar contratos sen aplicar a cada un deles tódalas obrigacións da directiva.

Os «acordos marco» utilizaranse en caso de compras repetitivas, para elixir algúns operadores económicos que, cando chegue o momento, poidan satisfacer as necesidades do comprador.

Na actualidade, esta forma de «acordo» entre poder adxudicador e operadores económicos non pode eximir ó poder adxudicador da obriga de seguir os procedementos da directiva en cada contrato que adxudi-

que, se se superan os correspondentes límites. Deste xeito, os poderes adxudicadores non estarán obrigados a aplica-los procedementos normais da directiva para cada contrato baseado nun «acordo marco». Hai, non obstante, unha dobre condición:

1) O acordo marco en si mesmo debe estar adxudicado de conformidade coa directiva.

2) Os contratos baseados no acordo marco deberán adxudicarse de conformidade coas disposicións que teñen como obxecto garanti-lo respecto da igualdade de trato na selección do licitador.

■ A clarificación das disposicións relativas ás especificacións técnicas, para garantir unha competencia efectiva mediante a participación do maior público posible de licitadores e, en particular, de empresas innovadoras.

Parece necesario simplifica-las disposicións das directivas; dunha parte, aclarando o alcance da obrigación de «referencia»; e, doutra, limitando a mención de disposicións específicas a determinados sectores como as telecomunicacións e a construción, por exemplo.

■ Reforzo das disposicións relativas ós criterios de adxudicación e á selección. Prevese que os ditos criterios se deben enumerar no anuncio de licitación ou no prego de condicións «na medida do posible», en orde decrecente segundo a importancia que lles atribúa o respectivo «poder adxudicador». Esta disposición é pouco restrictiva no que se refire á mención dunha orde de «importancia decrecente» e, por isto, é necesario aclara-lo alcance da obrigación.

En canto á selección dos licitadores, a proposta reforza o marco legislativo en dous puntos:

1) Por un lado, refórzanse os instrumentos para combata-la delincuencia organizada, a corrupción e o fraude, ó introducir unha obrigación segundo a cal os poderes adxudicadores estarán obrigados a excluír a todo licitador que fora obxecto dunha sentenza firme por delitos de delincuencia organizada, de corrupción ou de fraude en detrimento dos intereses económicos da comunidade.

2) Por outra parte, nos procedementos restrinxidos e negociados, introdúcese a obriga de restrinxi-lo número de candidatos invitados a licitar unicamente mediante a aplicación de criterios obxectivos enunciados previamente. Deste xeito, corríxese una lagoa do dispositivo actual.

■ A simplificación dos *límites*. Con toda seguridade, os límites actuais dos respectivos tipos de contrato son tremendamente difíciles de aplicar. O profesor Bermejo Vera resaltou a necesidade urxente de simplificar estes límites, eliminando toda referencia ó «equivalente en euros de DEX (dereitos especiais de xiro), e indicando tódolos límites en euros, ata un nivel compatible coas obrigas internacionais da Unión Europea. En

diante, os límites indícaranse sempre en euros. Os límites en euros redondearanse á centena ou á decena de millares de euros inferior ós límites previstos no «Acordo sobre contratación pública» (Ronda Uruguai).

Na proposta elixíronse os seguintes límites:

1) 93/37/CEE: un límite único de 5.300.000 euros, aplicable a tódolos contratos e concesións que entren no seu ámbito de aplicación.

2) 93/36/CEE e 92/50/CEE: dous límites, aplicables a tódolos contratos e ós concursos de proxectos que entren nos respectivos ámbitos das directivas; estes límites son de 130.000 euros ou de 200.000 euros segundo que o «poder adxudicador» teña estatuto ou non.

■ **Introducción dun vocabulario común para a contratación pública.**

O uso do vocabulario común de contratos públicos (*Common Procurement Vocabulary*; CPV) para identifica-lo obxecto dos contratos e para a súa tradución ás once linguas oficiais, converteuse nun criterio de busca indispensable na selección e identificación de oportunidades de contrato. De aí que a utilización exclusiva do CPV facilitará a divulgación e o acceso á información e, deste xeito, contribuirá a que aumente a transparencia e a apertura dos contratos públicos.

A exposición do profesor Bermejo Vera concluíu sinalando as necesarias modificacións das directivas «clásicas» co obxecto de garantir que os poderes públicos estean excluídos do ámbito de aplicación destas directivas no que se refire ás compras relacionadas coas súas actividades, concretamente, no sector das telecomunicacións.

O serán comezou co relatorio a cargo do profesor **José M.<sup>a</sup> Gimeno Feliú** que se dedicou a analiza-la adecuación ou non do ámbito subxectivo e obxectivo que contemplan as directivas sobre contratación pública nos sectores clásicos no marco normativo español, así como o procedemento de adxudicación. Para o profesor Gimeno Feliú esta cuestión é certamente decisiva á hora de concluír se a aplicación do dereito comunitario en España é correcta, pois a consideración de qué suxeitos e qué obxectos contractuais se someten á norma supón, na práctica, o cumprimento ou a fuga da citada normativa e dos seus principios, pois os subterfuxios formais ou nominalistas adoitan se-la escusa para intentar eludi-la aplicación das regras europeas.

No concreto campo que nos ocupa, a contratación pública xoga un papel relevante na medida en que a inaplicación das regras comunitarias impedirá a consecución do obxectivo do mercado interior. A comunidade, a través de varias directivas, abordou unha reforma normativa da contratación pública que permita erradica-las condutas patolóxicas e estableza unhas regras especiais que garantan especialmente a apertura e a transparencia, e eliminen aínda máis, se cabe, os obstáculos directos e in-

directos que seguen sendo practicados polos operadores económicos, de cara á consecución dun mercado único interior<sup>6</sup>.

Para isto, a nova normativa pretendeu dotar dunha maior transparencia, información, accesibilidade, especificación e equidade os procedementos de adxudicación, por tratarse dun campo excesivamente protexido polos estados membros. A súa finalidade é a eliminación das restricións á libre contratación, para que as empresas comunitarias que concorren á obtención dun determinado contrato cunha administración ou «poder público» se atopen en condicións de igualdade práctica. As principais vantaxes que comporta é a ampliación do campo de actuación de empresarios e provedores, o que necesariamente se debe traducir nunha redución de custos a través dos efectos de rendemento de escala, nun aumento de eficacia como consecuencia da competencia; así como nunha maior posibilidade de elección por parte dos poderes adxudicadores, co aforro de cartos públicos e mellores satisfaccións dende o punto de vista do cidadán.

Para estes efectos, as directivas «clásicas» establecen como ámbito subxectivo o seguinte:

Enténdese por «poderes adxudicadores»: o Estado, os entes territoriais, os organismos de dereito público e as asociacións constituídas por un ou máis dos ditos entes ou dos ditos organismos de dereito público.

Enténdese por organismo de dereito público calquera organismo: creado para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, dotado de personalidade xurídica, e que teña unha actividade maioritariamente financiada polo Estado, os entes territoriais ou outros organismos de dereito público, ou ben, cun órgano de administración, de dirección ou de vixilancia estea composto por membros dos case máis da metade sexan nomeados polo Estado, os entes territoriais ou outros organismos de dereito público<sup>7</sup>.

Trátase, en consecuencia, de comprobar a adaptación ou non da lexislación ó disposto polas normas comunitarias. Para isto débese partir da verificación da transposición efectuada en España, executada a través da Lei de contratos das administracións públicas do 18 de maio de 1995, que tras un longo *iter* parlamentario, incorporou a nova normativa comunitaria e internacional. Respecto á incidencia destas directivas no

<sup>6</sup> A aplicación uniforme do réxime da contratación pública non só afecta ós países comunitarios dado que, tra-lo Acordo do GATT de Marrakech do 13 de abril de 1994, se estendeu a aplicación dos principios dunha contratación pública baseada na libre competencia sen discriminación de nacionalidade.

<sup>7</sup> Sobre o ámbito subxectivo das directivas comunitarias sobre contratación pública pode consultarse M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp.223 -225; e MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mac Graw Hill, Madrid, 1996, páxs.148 e ss.

noso ordenamento xurídico, o profesor Gimeno Feliú remitiu ó traballo de Baños León<sup>8</sup>. E no relativo ó ámbito subxectivo da LCAP fixo as seguintes observacións lembrando que un dos temas claves na regulación da contratación pública é o concepto de poder adxudicador, pois del depende o éxito ou o fracaso das súas regras e principios, motivo polo que convén insistir na súa concreta problemática práctica.

A experiencia práctica pon de relevo que a regulación da lexislación española non cumpre axeitadamente coas esixencias de claridade e certeza que neste aspecto, por esixencia do Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea (entre outras, a sentenza do 6 de maio de 1980), require a incorporación das normas comunitarias. O modelo que ofrece a LCAP pode concretarse no seguinte:

1) As administracións territoriais e os organismos autónomos considéranse en todo caso poder adxudicador e deben someterse ó disposto pola LCAP (arts. 1.1 e 2).

2) Deben, así mesmo, axustar a súa actividade contractual ás regras da LCAP, as entidades de dereito público con personalidade xurídica propia, vinculadas ou dependentes de calquera das administracións públicas, sempre que se cumpran os requisitos seguintes:

- que foran creadas para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñen carácter industrial ou mercantil.
- que se trate de entidades cunha actividade maioritariamente financiada polas administracións públicas ou outras entidades de dereito público, ou ben, cunha xestión sometida a un control por parte destas últimas, ou que os seus órganos de administración, de dirección ou de vixilancia estean compostos por membros máis da metade dos cales sexan nomeados polas administracións públicas e outras entidades de dereito público (art. 1.3 LCAP).

3) As entidades de dereito público que non estean incluídas no suposto anterior (art.2.1), deberán aplica-las prescricións relativas á capacidade, publicidade, procedementos de licitación e formas de adxudicación respecto de contratos de obra, consultoría, servizos e traballos específicos e concretos non habituais relacionados cos primeiros, sempre que se supere o límite económico previsto pola norma e que a principal fonte de financiamento dos ditos contratos proceda de transferencias ou achegas de capital procedentes directa ou indirectamente de calquera administración pública. Tamén quedan sometidas ás referidas prescricións as empresas privadas cando as ditas empresas obtiveran unha subvención

---

<sup>8</sup> «La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones públicas», *RAP* 151, 2000, páxs.14 e ss.

administrativa relacionada co obxecto do contrato superior ó cincuenta por cento do importe (art. 2.2 LCAP).

4) Finalmente, as sociedades estatais con forma mercantil deberán axustar a súa actividade contractual ós principios de publicidade e concorrencia, a non ser que a natureza da operación que hai que realizar sexa incompatible con este principio (disposición adicional sexta).

Tendo en conta que o elemento teleolóxico está sempre presente nas directivas comunitarias, é imprescindible realizar interpretacións que garantan a consecución do resultado que se persegue coa directiva, que no caso que nos ocupa concrétese na apertura efectiva da contratación pública. Por isto, é necesario interpreta-lo seu contido en función de tal resultado, co obxecto de evitar que mediante subterfuxios legais se eluda o cumprimento das directivas en cuestión.

Dado que a noción de «poder público» se presenta como o criterio delimitador da aplicación do réxime xurídico-político da contratación pública, debe realizarse un esforzo de interpretación da definición a fin de evita-las restriccións do ámbito de aplicación das directivas para que estas sexan realmente eficaces e cumpran a súa finalidade derradeira. Imponse, en definitiva, unha interpretación subxectivo-funcional e non formal, afirma Gimeno Feliú.

Esta cuestión foi obxecto dunha recente e moi interesante xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (TXCE) que, a xuízo de Gimeno Feliú, despexou de tódalas dúbidas a interpretación que se debe facer do concepto de poder adxudicador, que se obtén de precisa-lo significado dos criterios ou trazos determinantes ós que se refire a LCAP e as directivas comunitarias de cara a entender sometido a un ente público o réxime da contratación pública. Estes criterios ou requisitos son tres:

1) En primeiro lugar, debe atenderse á natureza da actividade: satisfacer necesidades de interese xeral que non teñen exclusivo carácter mercantil, e se é o caso, por tratarse de xestión económica, quedará xustificado o seu sometemento ó réxime xurídico privado. Esta previsión e a súa concreción suscita importantes problemas interpretativos na doutrina, que levou a que incluso certo sector entenda que se pode presumir a existencia de actividade mercantil cando o ente adxudicador reviste a forma de sociedade mercantil. Para tal efecto, convén lembrar como o propio Consello de Estado, no seu dictame do 14 de decembro de 1995, excluíu do ámbito de aplicación da lei ó ICEX<sup>9</sup>, ó considerar que cumpría unha función industrial ou mercantil. É dicir, dálle prioridade a esta nota fronte á de que sexa unha actividade de interese xeral.

<sup>9</sup> Instituto de Comercio Exterior.

Sen embargo, para o profesor Gimeno Feliú esa non é a interpretación que está realizando o TXCE. Para tal efecto, a sentenza do TXCE do 15 de xaneiro de 1998 (Asunto C-44/96 *Mannesmann*), indica que, se hai unha función de interese xeral (indubidable cando o ámbito da actividade se designa habitualmente baixo a expresión de «obrigacións de servizo público»), á marxe de que a actividade teña vertentes mercantís ou industriais, prodúcese unha *bis* atractiva do primeiro elemento, e debe entenderse a ese ente sometido ás regras de contratación pública<sup>10</sup>. En consecuencia, afirma Gimeno Feliú que os entes instrumentais que presten servizo público ou teñan que cumprir con obrigas de servizo público, atópanse sometidos ó réxime da LCAP. A STXCE do 10 de novembro de 1998 (Asunto C-360/96. ARA) insiste nesta idea<sup>10</sup>, ó entender que estamos en presenza dun poder adxudicador cando a función é de interese xeral, aínda que, e este dato é de gran relevancia, a actividade se preste en réxime de competencia. É dicir, prima o dato teleolóxico da actividade que desenvolve ese ente adxudicador<sup>11</sup>. Nesta xurisprudencia distínguese, en definitiva, entre necesidades de interese xeral que teñan carácter industrial ou mercantil coas necesidades que non teñen o dito carácter.

Criterio que non se ve afectado polo feito de que empresas privadas satisfagan ou poidan satisfacer-las mesmas necesidades deste, xa que a inexistencia de competencia non é un requisito necesario para definir un organismo de dereito público.

No caso de autos, é indiscutible que a recollida e o tratamento de lixos domésticos poden considerarse como unha necesidade de interese xeral. Dado que o grao de satisfacción desta necesidade que se estime necesario por razóns de saúde pública e protección do medio natural quizais non se consiga se os operadores económicos privados lles ofrecen, total ou parcialmente, ós particulares servizos de recollida, esta actividade pertence a aquelas respecto das que un estado pode decidir que deben ser realizadas por autoridades públicas ou sobre as que o dito estado quere conservar unha influencia determinante.

Por outra parte, debe lembrarse o que o Tribunal de Xustiza afirmou na alínea 25 da Sentencia *Mannesmann Anlagenbau Austria* e outros, antes citada, que é indiferente que, ademais de cumprila función de satis-

---

<sup>10</sup> A cuestión é se unha empresa pública –ARA– se considera ou non poder adxudicador. En 1993, dous concellos proxectaron fusióna-los servizos municipais de recollida de residuos e encomendar esta tarefa a unha nova persoa xurídica. Os concellos de Arnhem e Rheden decidiron respectivamente constituír a sociedade anónima ARA e encomendarlle unha serie de tarefas, previstas na lei, no ámbito da recollida de basuras e, no caso do concello de Arnhem, da limpeza da vía pública.

<sup>11</sup> Sentencia do TXCE do 17 de decembro de 1998 (Asunto *Irish Forestry Board*).

facer necesidades de interese xeral, unha entidade poida desempeñar outras actividades.

2) En segundo lugar, é certo que o ente, para considerarse poder adxudicador debe ter propia personalidade xurídica, se ben para o dereito comunitario a forma xurídica adoptada non é por si criterio decisivo, pois debe realizarse unha interpretación funcional, da que resulta que a forma xurídica, pública ou privada, énos indiferente para estes efectos. Ó respecto é especialmente relevante a doutrina que mantén a citada STXCE de novembro de 1998: «é preciso lembrar que para darlle plenos efectos ó principio de libre circulación, o concepto de entidade adxudicadora debe recibir unha interpretación funcional<sup>12</sup>. Esta necesidade oponse a que se establezan diferencias en función da forma xurídica das disposicións polas que se crea o organismo e se especifican as necesidades que este debe satisfacer». Este criterio é o que vén aplicando reiteradamente o Tribunal de Xustiza das comunidades europeas a fin de garanti-lo desenvolvemento correcto das normas do tratado, e que no caso que nos ocupa, sinala Gimeno Feliú, non fai senón pór de relevo que a Administración é un «poder público» ó que a Constitución lle impón deberes dos que non pode fuxir «polo simple procedemento de creación de entes convencionais ós que se tente a dotar de réximes xurídicos exentos de tales deberes».

Así pois, as empresas mercantís non poderán acollerse directamente ó disposto na disposición adicional sexta LCAP, ó te-lo dito precepto un carácter residual. Debe determinarse primeiro se pode ser incluída a súa actividade nos parámetros funcionais explicados a fin de ser considerada poder adxudicador. É dicir, que esta disposición, loxicamente, se aplica exclusivamente ás sociedades mercantís que non encaixen, dende unha perspectiva funcional, no artigo 1.3 LCAP.

3) O derradeiro requisito que esixe a LCAP é que o control –por vía financeira ou calquera outro medio– sexa da Administración pública. Debe estarse, polo tanto, ó tanto da «influencia dominante» do poder público sobre o organismo adxudicador.

Para o profesor Gimeno Feliú estes son os requisitos, e con este alcance funcional, os que se deben utilizar para comprender se se está ou non en presenza dun poder adxudicador sometido ás regras contractuais públicas.

Así as cousas, ben pode afirmarse que a problemática do concepto de poder adxudicador en España se resolve utilizando unha interpretación funcional dos suxeitos contratantes que corrixa a aparente indefinición

<sup>12</sup> Neste sentido, véxase a Sentencia do Tribunal de Xustiza do 20 de decembro de 1988, *Beentjes*, 31/87, Rec. P. 4635, alínea 11.

do ámbito subxectivo da LCAP que serviu de escusa tanto para o legislador estatal como autonómico para, a través de normas legais *ad hoc*, excepciónalo réxime da contratación pública.

Tanto os preceptos definidores do que se entende por poder adxudicador, coma os anexos de que constan nestas directivas prevalecen sobre as decisións (incluso legais) dos estados, xa que o referido principio de interpretación uniforme impide que os estados teñan marxe discrecional de actuación dado que a liberdade de acción na transposición que ofrece o art. 189 TCE non afecta á súa obriga de elixir as formas e medios máis apropiados para asegurala efectividade das directivas. E este criterio é o que vén aplicando reiteradamente o Tribunal de Xustiza das comunidades europeas co fin de garanti-lo desenvolvemento correcto das normas do tratado.

Como conclusión, pode dicirse que fronte á actual e preocupante situación caracterizada pola inaplicación dos procedementos e principios da contratación pública, amparada moitas veces en criterios xurídicos de índole formal, debe defenderse a necesidade de realizar unha interpretación subxectivo-funcional que garanta o cumprimento, ó menos, das normas de publicidade e concorrencia dos procesos de selección de contratistas con independencia do tipo de personificación adoptado e do réxime xurídico «aparente» aplicable ós seus contratos. O criterio determinante na busca do réxime xurídico aplicable á contratación destes «entes instrumentais» ha ser o da natureza da actividade obxecto da Administración pois así o esixe o principio de libre competencia consagrado no artigo 3 do Tratado da Unión Europea e o principio de liberdade de empresa á que se refire o art. 38 CE.

Así as cousas, e a modo de corolario, pode rematarse afirmando que, nos distintos e variados supostos de descentralización funcional mediante a creación de entes instrumentais, a natureza do poder adxudicador dependerá, á marxe da súa personificación xurídica ou privada, polas notas de control público e pola satisfacción de interese xeral, sen que teña que existir necesariamente monopolio.

En canto á aplicación concreta da normativa comunitaria para o efectivo cumprimento ou satisfacción das liberdades comunitarias débese realizar conforme a criterios de neutralidade e igualdade que garantan a non discriminación dos usuarios nin en función de nacionalidade, nin en función do seu poder concreto de negociación, de tal xeito que calquera cidadán comunitario debe ser tratado sen ningunha discriminación por razón da súa persoa. Este principio atopa o seu fundamento no art. 6 TCE e outros concordantes e foi garantido satisfactoriamente polo TXCE.

Para cumprir este obxectivo modificáronse os procedementos ordinarios –existe un procedemento de urxencia– de adxudicación que se clasifican como:

a) Procedemento aberto: é o habitual, en virtude do cal calquera empresa interesada pode concursar para a obtención do contrato.

b) Procedemento restrinxido: a través deste procedemento de carácter ordinario poderán presentar proposicións só as empresas que previamente seleccionara o poder público a petición destas e valorarase a súa capacidade. A utilización deste procedemento atópase xustificada tanto pola necesidade de respectar un equilibrio entre o valor do contrato e os custos do procedemento, coma pola especificidade do obxecto do contrato. Gimeno Feliú pensa que debería estar chamado a ter especial protagonismo na práctica española e non está sendo utilizado, pese ás importantes vantaxes que ten de cara a valorar-la capacidade das empresas. Trátase, en definitiva, dun procedemento bifásico no que se valoran tanto os aspectos subxectivos coma os obxectivos da relación contractual. Este sería o modelo tipo ó permitir unha visión global de tódolos elementos do contrato.

c) Procedemento negociado: só procede en situacións taxadas e excepcionais, e pode darse con publicidade ou sen ela. Consiste na libre adxudicación dun contrato, trala consulta e negociación do contrato con outras empresas, e debe, ó menos e sempre que sexa posible, solicitar ofertas a tres empresas contratistas capacitadas para a execución do obxecto do contrato. Este procedemento ten carácter ordinario cando se trata de contratos nos sectores especiais da auga, enerxía, transporte e telecomunicacións.

Os criterios de adxudicación nos procedementos aberto e restrinxido son a poxa e o concurso.

Finalmente, e directamente ligado ó procedemento, as directivas establecen a garantía de transparencia nos procedementos de adxudicación. Esta transparencia ten por finalidade evita-lo «segredismo» na contratación –que favorece ás empresas nacionais–, e contribúe decisivamente a facilita-la competencia efectiva entre os distintos axentes económicos comunitarios, xa que permite a participación de todos estes en condicións de igualdade.

Este principio atopa a súa principal manifestación práctica, en primeiro lugar, a través dunha adecuada publicidade dos contratos adxudicables no Diario Oficial das Comunidades Europeas (DOCE) das distintas ofertas de contratos públicos, e presenta unha dobre faceta:

a) Como mecanismo de fiscalización da Administración, a publicidade constitúe unha magnífica axuda para o xogo limpo na vida administrativa e unha oportunidade de control a disposición dos administradores e dos candidatos contractuais.

b) Como medio de promoción da concorrència entre os axentes económicos implicados.

Publicidade que se converte en esixencia ineludible do principio de liberdade de concorrència.

Como mecanismo de peche, e en segundo lugar, a transparencia gárantese da seguinte forma: a través da obriga de xustificar ante todo contratista-licitador que o solicite o rexeitamento da súa candidatura ou da súa oferta; a obriga de redactar, para cada contrato, unha acta que se poderá poñer a disposición da comisión; a obriga de publica-lo resultado de cada contrato adxudicado; e a posta ó día das normas no ámbito técnico a fin de ter en conta a evolución da política de normalización a escala europea e internacional.

A segunda parte do relatorio do profesor Gimeno Feliú comezou co que se refire á cualificación dos contratistas. Para contratar coa Administración os contratistas deben cumprir unha serie de requisitos previos que fan referencia á capacidade de obrar, á solvencia económica e financeira, e á solvencia técnica e deben estar unicamente ó disposto pola normativa comunitaria, sen que poidan esixirse requisitos ou medios de acreditación distintos.

Debe aclararse que a cualificación é unha obriga nacional e non comunitaria, que non se lle pode esixir, polo tanto, a ningunha empresa comunitaria. Esta obriga refírese exclusivamente ós contratos administrativos típicos de obras e de servizos e esíxese en función da contía do contrato que na actualidade é de vinte millóns de pesetas. A LCAP establece a posibilidade de «suspende-la» cualificación, tralo expediente administrativo con audiencia do interesado. Os efectos desta suspensión son a perda dos seus dereitos derivados en canto subsista a causa, non só para contratos futuros, senón tamén para contratos efectivamente adxudicados.

Sen dúbida o máis rechamante desta técnica recóllese na Lei 48/1998 que prevé un sistema potestativo de cualificación dos contratistas, de duración variable, concibido para facilita-la súa selección: deste xeito, cada entidade contratante pode establece-lo seu sistema propio, remitirse ó Rexistro Oficial de Contratistas do Ministerio de Economía e Fazenda ou optar por calquera outro sistema que as entidades contratantes estimen axeitado.

O réxime de cualificación propio de cada entidade contratante, para potencia-lo libre acceso a este e a libre concorrència de eventuais licitadores, régúlase nos artigos 17 a 22 da Lei 48/1998, baixo o sinal de imparcialidade, publicidade e a interdicción da arbitrariedade. A xestión do sistema, así como os acordos de cualificación inicial, revisión ou delegación de cualificacións deben adoptarse conforme a criterios obxectivos, e incluso permítese a remisión das contratantes ós criterios establecidos na LCAP.

Deste xeito, dispónse que o sistema será público no DOCE conforme a un modelo europeo, e a un sistema de anuncios indicativos publica-

bles en función da duración prevista do réxime. Os criterios de cualificación e as súas actualizacións deben ser obxectivos e facilitarse ós contratistas que o desexen, os que obterán ó cabo de dous meses unha resolución motivada respecto da súa solicitude de ingreso no sistema. A operatividade do sistema non queda aí, senón que se conecta incluso coa previsión dunha modalidade xenuína de convocatoria de licitación. En efecto, é esta a novidade máis interesante e máis controvertida para o profesor Gimeno Feliú. Dispónse no artigo 28 a posibilidade de convocar licitacións mediante a remisión feita por un anuncio publicado no DOCE, co obxecto de seguir un procedemento restrinxido ou negociado. Imponse, pois, a crítica a este sistema, xa que a través dun uso perverso pode chegarse a unha querida restricción da concorrència. O contratista que, por razón dun súbito cambio do sistema perdera a cualificación, atópase no transo de ter que instala de novo, deberá someterse nun prazo de dous meses que establece o artigo 20.2 para a entidade contratante, sen poder concorrer durante este tempo á licitación. Un cambio no sistema autónomo de cualificación pode chegar a te-las consecuencias de prohibir implícita e temporalmente a concorrència de determinados licitadores.

No que se refire á contratación dos denominados sectores «excluídos ou especiais», é dicir, auga, enerxía, transporte e telecomunicacións, o profesor Gimeno Feliú sinalou que na actualidade os diversos sistemas xurídicos nacionais parecen moverse cara a puntos de converxencia comúns, e é un factor decisivo neste proceso a internacionalización (e, por suposto «comunitarización») das actividades económicas (páx.62). Para evitar que as disparidades xurídicas se convertan nun factor susceptible de distorsiona-lo bo funcionamento do mercado interior, ó enturba-los criterios que deben guía-la libre mobilidade dos factores e falsear, en definitiva, as condicións competitivas no seu interior, a Unión Europea debe, por isto, intervir normativamente na ordenación de determinados sectores ou actividades económicas a fin de garanti-lo funcionamento correcto do sistema de mercado.

Esta uniformización debe afectar, por suposto, á contratación pública e á contratación nos sectores denominados «excluídos», co fin de erradicar a ausencia de competencia e eficacia nas ditas materias, tratando de resolver un dos problemas máis serios e anacrónicos para a efectiva realización do mercado interior, xa que a inexistencia de competencia en sectores industriais clave –como as telecomunicacións ou a enerxía eléctrica– e os importantes e innecesarios custos adicionais que supoñen para os poderosos adxudicadores dificultan notablemente a aparición de empresas europeas capaces de competir no agresivo mercado mundial.

En relación coa contratación nos sectores «excluídos», aprobáronse tres directivas que teñen un ámbito de aplicación realmente extenso, e

afectan a miles de empresas e entidades na UE, tanto poderes públicos coma empresas públicas ou privadas.

Estas directivas son<sup>13</sup>: 90/531, do 29 de outubro; 92/13, do 25 de febreiro; e 93/38, do 14 de xuño de 1993.

Para Gimeno Feliú supoñen unha «revolución xurídica» en canto van obrigar ás empresas que operan nestes sectores a modifica-las súas tradicionais prácticas contractuais para adaptarse a un sistema de contratación inspirado nos principios de contratación pública; e cun sometemento a procedementos públicos de contratación queda xustificado para o caso de empresas privadas no feito de que «as autoridades nacionais poidan influír no comportamento destas entidades», ó pretender con isto evitar que estas contraten exclusivamente con empresas nacionais se estas non son competitivas. E debe cualificarse capital a importancia destas directivas, en canto supoñen a aplicación de procedementos públicos non só a administracións públicas, senón tamén a empresas que exercen actividades nalgún dos campos comprendidos nas mesmas baixo a influencia das ditas administracións. En calquera caso, debe terse en conta que a finalidade destas directivas non é a de impoñer regras ríxidas, senón garantir a transparencia das adxudicacións e procedementos. Óptase, polo tanto, por un concepto funcional e non orgánico de contrato público, que estende de forma notoria o seu campo de aplicación.

O réxime dos sistemas de contratación é similar ó dos contratos clásicos, modificando os procedementos ordinarios –existe un procedemento de urxencia– de adxudicación que se clasifican como: a) aberto: todo empresario interesado pode presentar unha proposición; b) restrinxido: unicamente poden presentar propostas os empresarios invitados ou seleccionados pola Administración; c) negociado: ten carácter ordinario e consiste na adxudicación ó empresario libre, pero xustificadamente elixido pola Administración, trala negociación das condicións e do prezo do contrato.

Os criterios de selección (salvo no procedemento negociado) son: ou a oferta de prezo máis baixo; ou a oferta economicamente máis vantaxosa, no seu caso o poder adxudicador debe xustifica-la súa decisión baseándose en criterios obxectivos que obrigatoriamente deberán figurar ou no anuncio da contratación ou no prego de condicións a fin de evitar arbitrariedades.

No tocante ás directivas de «recursos legais», o profesor Gimeno Feliú salientou a importancia de establecer mecanismos que permitan a super-

---

<sup>13</sup> Un sucinto comentario sobre o contido destas directivas pode verse no traballo de LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, «La apertura de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos a las empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea», *RAP* núm. 133, 1993, páxs.311 e ss.

visión e revisión dos procedementos de adxudicación de contratos tanto a nivel nacional coma comunitario. Para corrixi-la debilidade da normativa (páx. 73) anterior, sobre a base do actual art. 95 do TCE, aprobáronse con carácter xeral as directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE relativas á coordinación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas referentes á aplicación dos procedementos de recurso nos campos de contratación pública e regulada, nas que se arbitran unha serie de procedementos de control/impugnación que teñen por fin controlar e corrixir posibles incumprimentos da normativa de contratación pública. O seu obxectivo é, evidentemente, animar á participación das empresas europeas a licitar nos contratos públicos de obras e servicios.

Os posibles mecanismos de control que se contemplan nestas directivas son os catro seguintes: a) vías de recurso no plano nacional; b) intervención da comisión co fin da corrección do procedemento de adxudicación; c) certificación (arts. 3 a 7 directiva 92/13); conciliación ante a comisión (arts. 9 a 11 directiva 92/13).

Como conclusión, o profesor Gimeno Feliú dixo que estas directivas «recursos» supoñen un punto de inflexión importante no papel da Unión Europea no que se refire ó control, corrección e sanción, a través, incluso, das súas propias institucións, daquelas actuacións que sexan contrarias á normativa comunitaria de cara a garantir de forma eficaz os obxectivos consagrados polo tratado. Este novo papel de atención á satisfacción efectiva dos dereitos dos cidadáns comunitarios vén a garanti-la lexitimidade das organizacións comunitarias, dado que estas se mostran capaces de facer efectivos uns principios e obxectivos que, para moitos, ata agora, soamente aparentaban un carácter teórico. Dende esta perspectiva pode cualificarse a estas directivas como auténtica «revolución xurídica».

O profesor Gimeno Feliú clausurou a primeira xornada cunha breve reflexión sobre a adaptación das directivas 89/665 e 92/13. Afirmou que, se ben é certo que para o relativo ós contratos «clásicos», España dispón actualmente, coa reforma operada tanto pola LX 98 coma pola reforma da LAP efectuada pola Lei 4/99, dun sistema de recursos administrativos e xurisdiccionais que, dende un plano teórico, permiten en todo caso a fiscalización da contratación pública, tamén é certo que o feito da executividade e executoriedade dos contratos, unido á lentitude dos procesos xudiciais presentan serias dúbidas sobre a adecuación do noso sistema de garantías ó obxectivo desta directiva pois dificilmente pode afirmarse que o sistema, na práctica, é rápido e eficaz.

Aínda que para certo sector doutrinal español o sistema de recursos establecido nas directivas comunitarias de contratación pública «nace xa trasposto ó dereito español», por considerar que o sistema de recursos administrativos e xurisdiccionais contido na nosa lexislación responden plenamente ás esixencias previstas na mencionada directiva.

Sen embargo, ó parecer do profesor Gimeno Feliú era e é distinto ó considerar na práctica claramente insuficiente, senón deficiente, o dito sistema de control no relativo á contratación pública, con excepción de sistema indemnizatorio polos danos e prexuízos ocasionados pola actuación administrativa nesta materia. Considera, xunto a outros autores<sup>14</sup> que as esixencias da directiva «recursos» nos contratos «clásicos» esixía unha transposición singular do seu contido, ó non conformarse coa remisión ó esquema xenérico das garantías establecidas no marco xeral, e optar pola implantación dun sistema xurisdiccional respectuoso coa dualidade de órganos xurisdiccionais, no que se ofrecen dous tipos de recursos abertos, ben ante o xuíz ordinario, ben ante o xuíz contencioso-administrativo, ó dotar a ambos de poderes idénticos<sup>15</sup> (caso do dereito francés).

Á vista da situación, a modo de proposta de *lege ferenda*, podería substituí-lo recurso de reposición pola creación dun recurso administrativo previo, específico para este sector, ante un órgano independente e especializado de composición mixta (similar ós tribunais ingleses) que de forma sumaria e rápida resolva as controversias xurídicas e técnicas que se presenten, dotando de executoriedade as súas decisións que, en calquera caso, por mandato expreso do art. 24 CE, deberían ser obxecto de fiscalización polos tribunais. Deste xeito conseguiríanse satisfacer dous obxectivos: descarga-la xurisdicción contencioso-administrativa, e resolver de forma rápida e eficaz por un órgano que ó estar dotado de certa «auctoritas» xere a confianza dos cidadáns nas súas decisións. E, a modo de suxestión, podería establecerse a competencia de resolución destes recursos na Xunta Consultiva de Contratación, e deben modificarse, por lei, o nivel de competencias deste órgano –agora meramente consultivo– para dotarla da prerrogativa de resolución de conflitos en materia de contratación pública.

A verdadeira finalidade desta proposta é ofrecerlles unha maior garantía ós particulares que faciliten a satisfacción –se é o caso– das súas pretensións fronte á Administración.

---

<sup>14</sup> M. M. RAZQUIN, *Contratos públicos...*, ob. cit., páxs. 277-279.

M.A. FLAMME e P. FLAMME, consideran que o sistema de control español está desprovisto de toda eficacia real, o que xustifica a necesidade dunha transposición *ad hoc* da directiva «recursos». *Vers des marchés publics?*, ob. cit., pág.473.

<sup>15</sup> A gran orixinalidade destes recursos é, en primeiro lugar, a súa natureza precontractual, que esixe a súa resolución antes da firma do contrato obxecto de litixio. En segundo lugar, que se trata dun procedemento rápido e sumario a fin de corrixi-las posibles violacións relativas á publicidade e á concorrencia esixidas polo dereito comunitario antes da adxudicación. Vid. C. MAUGÛE, *Bilan de l'actualité communautaire des marchés publics. La mise en oeuvre des directives «recours, Europe, xaneiro 1994*, páxs.1-5.

Polo que se refire ós sectores da auga, enerxía, transporte e telecomunicacións a resposta, aínda que tardía di Gimeno Feliú, foi ben distinta, e optouse pola súa incorporación á lei que realiza a transposición da directiva 93/38. Trátase da Lei 48/1998, do 30 de decembro, que incorpora as previsións da Directiva 92/13 ó optar pola implantación dun sistema previo de recurso administrativo, con medidas preventivas rápidas, independentemente da natureza pública ou privada do ente contratante, posibilitando despois o acceso á xurisdicción contencioso-administrativa<sup>16</sup>.

O concreto sistema de garantías que implanta esta norma ten unha destacada característica que merece ser remarcada: os suxeitos ós que se lles aplica. Aplícaselle a toda persoa pública ou privada titular de dereitos exclusivos ou especiais.

Gimeno Feliú rematou a súa intervención achegando como solución máis acertada, na súa opinión, a fin de evita-la dualidade de control xurisdiccional, a escollida pola Lei 48/1998, de residenciar tódolos conflitos en sede contencioso-administrativa e aplica-la coñecida teoría dos «actos separables» no suposto de empresas privadas que contratan no campo destes específicos sectores. En todo caso, sobre a base do artigo 51 desta lei, a Administración competente debe decidir en que órgano residencia a resolución do recurso administrativo, que non responde a criterios xerárquicos. Entende que, con maior motivo, se se ten en conta a complexidade da contratación nestes sectores, deberíase residenciar nun órgano especializado, único na Administración, para garantir uniformidade. E sen dúbida, esta responsabilidade debería recaer nas xuntas de contratación, estatal ou autonómicas, pois son as idóneas para darlles unha efectiva resposta a estes eventuais recursos.

A segunda xornada iniciouse coa intervención sobre a organización de contratos públicos na práctica a cargo do avogado do Estado **Fernando Hidalgo Abia**, o cal centrou o seu relatorio nos aspectos relativos á preparación e adxudicación dos contratos públicos, que é o obxecto específico das directivas sobre contratación pública, e sempre dende unha perspectiva xurídica.

O artigo 1.3 da LCAP, que reproduce no esencial, o que para o efecto establecen as directivas 92/50, 93/36 e 93/37, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación de contratos públicos de servizos, sub-

<sup>16</sup> Esta solución parece correcta, se ben fora máis conveniente, dende unha óptica de eficacia procesual, facer descansar a fiscalización mediante o recurso administrativo nun órgano administrativo de natureza imparcial. Vid. GIMENO FELIÚ, *La Directiva recursos...*, ob. cit., páxs. 291-302.

ministracións e obras, suxeita á lei a actividade contractual do que denomina «entidades de dereito público», sempre que concorran conxuntamente os requisitos que o precepto establece.

Non obstante o anterior, coñecido é de todos, reitera Hidalgo Abia, que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXCE) sentou doutrina no sentido de que o concepto «organismo de dereito público» tense que interpretar nun sentido funcional, con independencia da forma das disposicións ou actos en virtude das que se crea a entidade e se sinalan os seus fins (sentencias 20 set. 1988-Asunto C-31/87 *-Beentjes-*; 10 novembro 1998-Asunto C 3660/96 *BF I Holding BV*; e sentenza 17 decembro 1998-Asunto C-306/97 *Connemara*).

*Ad extra*, en conclusión, as sociedades públicas nas que concorran os requisitos do artigo 1.3 da LCAP son poderes adxudicadores suxeitos ás directivas sobre contratación pública e á LCAP. Polo contrario, as que non reúnan os ditos requisitos están suxeitas ó disposto na disposición adicional sexta da dita lei.

No ámbito dos contratos de servizos, no da Directiva 92/50, o TXCE recoñeceu implicitamente a inexistencia dunha relación contractual con fundamento no artigo 6 da Directiva 92/50 (Sentencia 18 novembro 1999-Asunto 107-98 *Teckal*). O máis importante da Sentencia *Teckal* é que, se ben declara aplicable a Directiva 93/36 ós contratos de subministración cun provedor aínda que sexa un poder adxudicador, require que sexa unha persoa distinta do provedor e que este goce de autonomía respecto do poder adxudicador dende o punto de vista decisorio.

Analizou tamén a contradición existente entre o disposto no artigo 3.1 letra k, e os artigos 5.3 e 9.2, todos eles da LCAP. O primeiro dos preceptos citados, o art. 3.1.k), exclúe do ámbito subxectivo da lei, entre outros, os contratos relacionados coa instrumentación de operacións financeiras, mentres que os outros preceptos as someten a determinadas normas da propia lei.

Tratou a cuestión da natureza privada dos contratos previstos nas categorías 6 e 26 do artigo 206 da LCAP. Respecto a isto, concluíu que cada país membro da Unión Europea queda en liberdade de establecelo réxime xurídico, público ou privado, que estime conveniente, sempre que respecte o disposto nas directivas sobre contratación pública en materia de preparación e adxudicación dos contratos que regulan aquelas.

Dentro dos contratos mixtos analizou os diferentes criterios normativos sobre o seu réxime xurídico, a posición do Consello de Estado sobre o réxime da LCAP nos contratos mixtos, e en particular, nas concesións de obras públicas, os supostos de contrato mixtos, e as causas da restricción á contratación conxunta de proxecto e obras na Lei 53/1999, de reforma da LCAP.

En canto ó obxecto dos contratos, analizou a diferenciación entre contrato de obras e contrato de concesión de obra pública, error legal inicial na Lei 13/1995, corrixido despois pola Lei 53/1999, de modificación daquela; a diferenciación entre concesión de obras e concesión de servizos públicos; a diferenciación entre contrato de xestión de servizos públicos e contrato de servizos; a crítica do sistema legal de diferenciación entre consultoría e asistencia e servizos, os supostos dubidosos e as consecuencias dunha incorrecta cualificación.

O relator, Hidalgo Abia, sinalou as prácticas administrativas erróneas en materia de capacidade de empresas (capacidade de obrar, solvencia e ausencia de prohibicións), e examinou especialmente a cuestión relativa a se é necesaria ou non a firmeza de sentenza para aplica-la prohibición de contratar, prevista no art. 20.a) da LCAP.

Outra das cuestións tratadas polo relator foron as relativas á participación de unións temporais de empresas (UTES) nos procedementos de contratación: réxime legal, concepto legal, mecanismo de constitución, poder dos representantes, réxime de cualificación, exclusión ou exclusividade, así como, entre outras, o réxime de responsabilidade dos membros da UTE.

Seguidamente, e no relativo á utilización dos procedementos e as formas de adxudicación, comentou a escasa utilización do procedemento restrinxido como procedemento de adxudicación, as vantaxes que implica nalgúns casos e os inconvenientes que en xeral derivan do dito procedemento. Continuou cunha crítica sobre o sistema legal de utilización indistinta da poxa e o concurso como formas de adxudicación, a conveniencia de xeneraliza-la poxa na adxudicación de contratos de obras e algunha razón sobre a xeneralización do uso do concurso na adxudicación de contratos de obras.

Así mesmo, examinou o novo sistema de notificación de defectos, as súas causas, así como os defectos do citado proxecto de regulamento, art. 87.1 e 2.

Analizou o sistema de contratación centralizada, así como o que a LCAP denomina contratos marco. Rematou a súa intervención cun breve exame da cuestión da supervisión de proxectos e a súa extensión no proxecto de regulamento da LCAP, así como o réxime da recepción tácita no proxecto do mesmo regulamento.

\* \* \*

O segundo relatorio da xornada, a cargo de **Isidre Virgili Pons**, dedicouse á organización dos contratos públicos na práctica dende a experiencia da Asociación Española de Responsables de Compras e Existencias (AERCE) e a Comisión Central de Subministracións da Generalitat de Catalunya.

Inicialmente abordou (1) a «contratación conxunta da enerxía eléctrica no libre mercado» enumerando as fases ideais do proceso. En primeiro lugar, son necesarias unhas *actuacións previas* que van dende a constitución de grupos de traballo de expertos en electricidade, xestores de mantemento e administrativistas, ata a segmentación por áreas: edificios administrativos, sanitarios, universidades, etc.

Durante a *fase de licitación* é necesario: orienta-las ofertas a unha mellora dos prezos de consumo vixentes que se constitúen como presuposto de licitación; e adxudicar, ben por lotes ou pola súa totalidade, admitindo variantes nas ofertas en función do criterio de adxudicación.

En terceiro lugar, dentro das *actuacións complementarias para puntos de consumo cualificados*, é necesario completa-las actuacións de concorrencia con propostas de mellora da xestión. Como *valor engadido* nesta fase é importante reunir expertos, segmenta-lo mercado, unha adecuación dos pregos de bases, as economías de escala, así como actuacións paralelas e complementarias.

Seguidamente, e dentro dos (2) «aspectos formais e informais do procedemento negociado», Virgili Pons enumerou os *principios da negociación*: igualdade e non discriminación entre os licitadores, transparencia nas actuacións de concorrencia, formalización documental na tramitación administrativa, e respecto á confidencialidade empresarial. En canto á *negociación no prego de bases*, sinalou que é necesario defini-los elementos susceptibles de negociación en tres alíneas: (i) obxecto contractual: compra de bens obsoletos, opción de compra, ampliación de unidades, configuracións básicas; (ii) prezo: desconto segundo volume de compra, por sistema de entrega, volume de pedido, pago a curto prazo...; (iii) servizos complementarios: medios, asistencia, formación adicional, loxística de distribución,... Tamén é necesario establece-los trámites de audiencia na presentación das proposicións, así como establecer que a información dos criterios de avaliación das ofertas se realizará baixo os principios de igualdade e non discriminación. Por último, tamén é necesario definir e concreta-las modalidades posibles de alternativas e variantes coa finalidade de orienta-la proposición de licitación ás necesidades da Administración.

Dentro do *proceso de negociación*, o relator Virgili Pons sinalou, dunha forma sinxela e moi práctica, a necesidade de adopta-la seguinte metodoloxía: escoitar primeiro, a información que teña que da-lo vendedor, facer un diagnóstico da situación do mercado, unha valoración do poder negociador, os obxectivos posibles, un deseño estratéxico e, por último, unha análise dos puntos débiles do vendedor. Despois imponse actuar: desenvolvemento de obxectivos a máximo nivel, reconsideración a segundo nivel (se é necesario), avalia-los aspectos tácticos de achegamento e acordo previo, establecer unha zona de entendemento e realizar concesións recíprocas, para rematar cun acordo final.

(3) «Acordo marco como tipoloxía contractual»: poden establecerse como tipoloxías de contratación: contrato de prezo pechado, contrato de prezos unitarios, adopción de tipos (homologación), acordo marco e clasificación de provedores.

As notas definitorias do acordo marco son:

a) Artigos con prezos unitarios, sen número de unidades, pero con límite estimado de peticións, que un ou diversos provedores lles entregarán ós centros destinatarios a través dos correspondentes contratos.

b) A contratación ten dúas fases:

■ A primeira correspóndelle ó acordo marco coa selección dos subministradores, a relación dos artigos, prezos unitarios de referencia e o valor máximo estimado dos futuros contratos.

■ A segunda correspóndelle ó contrato co número de unidades e prezo final.

c) No acordo marco pode que non haxa garantías, pero nos contratos sucesivos constituiranse co 4% do prezo de adjudicación.

No que se refire ós *aspectos relacionados co sector privado*:

■ Pode constituír un contrato coas características propias dos chamados contratos *open* ou *de cobertura*.

■ Pode facilita-la colaboración entre as partes contratantes, modalidade de partenariado, en períodos estables (entre 3 e 5 anos).

■ Pode permitir unha maior flexibilidade na definición do obxecto do contrato coa incorporación inicial dos chamados prezos asociados ou a futura das extensións complementarias.

■ Pode admitir unha xestión manexable e racional na fase de negociación competitiva cun número óptimo de provedores (entre 3 e 5 anos).

(4) «A utilización de internet na contratación do sector público»:

A) *Na fase de licitación do contrato*:

■ Publicidade do proceso de licitación e, de xeito especial, do prego de bases.

■ Medio para notificarlles ós licitadores os requirimentos de emenda de deficiencias da documentación administrativa, aclaracións e precisións da documentación técnica...

Publicidade do resultado da apertura de ofertas económicas e dos acordos de adjudicación.

B) *Na fase de execución do contrato*:

■ Medio para a relación-comunicación entre o órgano de contratación e o subministrador nos pedidos, audiencias nas prórrogas, mo-

dificación e ampliación do obxecto do contrato, revisa-los encargos e pedidos, prefacturación, propostas de liquidación...

■ Sistema para información-notificación e relación-comunicación nas plataformas de compras como instrumento de consultas ós provedores e execución dos acordos de compra nos procedementos de concorrencia mediante contrato menor e procedemento negociado por cantidade.

C) *Expectativas, retos e interrogantes:*

Virgili Pons rematou o seu relatorio sinalando os retos e interrogantes que a utilización das novas tecnoloxías supón para a contratación pública.

■ Posibilidade de presenta-las ofertas económicas por medios electrónicos (artigo 42, de proposta directiva sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de subministracións de servizos e de obras).

*¿As innovacións tecnolóxicas son compatibles cos actuais procesos administrativos de licitación?*

■ A elección da plataforma tecnolóxica e a configuración do sistema de contratación impresionarán no modelo organizativo e as tarefas do persoal asignado ás funcións de compras.

*¿O proceso de cambio comporta unha reforma ou unha ruptura dos modelos tradicionais de contratación?*

■ Un sistema de compras por Internet, no marco da globalización, permite máis e mellores oportunidades de compras?

*¿Que posicionamento deberán te-los xestores de compras para manter unha competencia leal dende a igualdade? Ou ¿queda espazo libre para as PEMES fronte ás multinacionais?*

\* \* \*

A derradeira intervención da segunda e derradeira xornada, correu a cargo de Javier Suárez García, avogado do Estado e director da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia, quen sinalou que a reforma da Lei de contratos das administracións públicas non tivo un especial impacto en Galicia, xa que ó tratarse dunha lei estatal de xeral aplicación a tódalas administracións públicas comprendidas no seu ámbito de aplicación, e son a maioría dos seus preceptos de carácter básico. Polo demais, deu unha perspectiva xeral da evolución sufrida pola normativa de contratos, que revela, segundo Javier Suárez, unha mellora das técnicas e a depuración dos procedementos, así como, xa no campo dos contratos administrativos, un fortalecemento da posición do contratista ó longo da execución.

Finalmente, o conselleiro da Presidencia, D. **Jaime Pita Varela**, procedeu á clausura oficial do seminario, reiteróulle-lo seu agradecemento ós participantes e asistentes e felicitou á EGAP pola excelente iniciativa, destacando a importancia destes fructíferos encontros que achegan o mundo académico e o profesional. 



## XORNADAS SOBRE O SILENCIO ADMINISTRATIVO E A NOTIFICACIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

(Ourense, 24 e 25 de outubro de 2001)

(A Coruña, 13 e 14 de decembro de 2001)

María del Carmen Silva López

Avogada

A relación que ó abeiro do acto administrativo se establece entre a Administración pública e o administrado vén a constituír un dos aspectos de maior relevancia no quefacer cotián dunha sociedade. Para a Administración pública o acto administrativo configúrase como o instrumento mediante o que expresa a súa vontade e lle permite cumprilas diversas funcións que ten atribuídas. Para o administrado, representa o fundamental vehículo da súa relación coa Administración, a través do cal vai experimentar beneficios ou inconvenientes na súa situación xurídica, nos seus dereitos e intereses.

Dentro do espacio xurídico e administrativo do acto administrativo, as xornadas convocadas dedicarán unha especial atención, desde un tratamento práctico, ó relevante tema da notificación e publicación destes actos, ó significado, alcance, tipoloxía e posición xurisprudencial máis recente sobre o instituto do silencio administrativo, e complétase este panorama cun detido estudio sobre algunhas cuestións de tan singular importancia coma de inesgotable interese como supoñen a revisión de oficio de actos e normas e as medidas preventivas no eido administrativo e contencioso administrativo, e todo isto na procura de mellora-la aptitude formativa dos destinatarios desta actividade.

A Escola Galega de Administración Pública xunto coa Consellería da Presidencia e Administración Pública e a *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* organizaron conxuntamente estas xornadas que tiveron lugar no salón de actos da Delegación Provincial da Consellería da Presidencia e Administración Pública de Ourense, que permitiu o seu desenvolvemento de maneira descentralizada, fóra da sede central da EGAP, en Santiago de Compostela, os días 24 e 25 de outubro de 2001. As xornadas contaron cunha nutrida asistencia, e moitos solicitantes tiveron que ser rexeitados debido ó aforo do salón de actos, polo que estas mesmas xornadas se volveron realizar na Coruña os días 13 e 14 de decembro, e contaron outra vez cun importante número de asistentes. Neste encontro, destacados relatores galegos e españois, expresaron as súas posturas sobre esta importante materia, cunha gran transcendencia na actualidade.

Estas xornadas foron inauguradas polo director da EGAP, **Domingo Bello Janeiro**, quen despois de dálle-la benvida e agradece-la presenza do público asistente e a colaboración dos recoñecidos expertos, resaltou que para a Administración, o acto administrativo reviste unha especial relevancia. O acto administrativo é para o administrado o principal vehículo co que se comunica a Administración, é o principal vehículo de relación da Administración coa cidadanía. Somos plenamente conscientes de que a xustificación social dunha Administración sustentada sobre fondos públicos, precisamente radica na satisfacción do cidadán, por iso, parece absolutamente imprescindible nestes momentos levar a cabo entre todos un esforzo nestas materias de notificación e silencio, para axiliza-los trámites dos cidadáns coa Administración, para axiliza-los procedementos administrativos. O importante é que o cidadán non se vexa indefenso, non se pospoña indefinidamente a súa situación.

A conferencia inaugural destas xornadas correu a cargo do avogado e profesor de dereito administrativo da Universidade Complutense de Madrid, **José Antonio García Trevijano**, quen falou sobre «a notificación dos actos administrativos. A súa publicación. Cómputo de prazos».

### 1. A notificación:

Empezou dicindo o relator que pola vía das notificacións é por onde fai auga a actividade da Administración. Debemos recordar que a notificación é un requisito de eficacia do acto. Se o acto non se notifica correctamente, ou non se notifica, non é que o acto sexa inválido, o acto existe e pode ser perfectamente válido, pero non é eficaz, e non se pode extraer ningunha consecuencia del. Polo tanto, non se pode executar, e menos forzosamente para acada-lo cumprimento do que supón a deci-

sión. O Tribunal Supremo dixo en reiteradas ocasións que os actos de execución de actos ineficaces, son nulos de pleno dereito.

A segunda cuestión que deixou clara é a seguinte: a notificación ¿é un acto administrativo ou unha actuación material da Administración? A xuízo do autor, a notificación é unha actuación material, non é parte integrante do acto que se notifica. O órgano que toma esa decisión que se vai notificar, non ten porque subscribi-lo pé de recurso, nin ten porque levar a cabo unha actuación material, iso correspóndelles a outros órganos inferiores dentro da propia Administración, e incluso doutras administracións. A notificación é unha materialización dun traslado, que ademais ten que cumprir un requisito, xa que nese traslado deben indicárselle ó interesado os recursos que pode interpoñer. Sen embargo, a lei non establece nada ó respecto.

¿Pódese recorrer contra unha notificación? Segundo o relator, a actuación material da notificación pode ser incorrecta e o administrado ten dereito a protestar, agora ben, que esa protesta se teña que canalizar pola vía do recurso non é o adecuado, xa que o propio ordenamento xurídico arbitra outras formas de protesta contra as notificacións incorrectas, diferentes da do recurso.

## 2. Actos que se deben notificar:

De seguido pasou a falar dos actos que se deben notificar. As notificacións teñen que cumprir unha serie de requisitos, entre eles, deben de conte-lo pé de recursos. ¿Toda notificación que se lle traslada ó interesado debe cumpri-los requisitos de notificación regulados na Lei 30/1992 nos artigos 58 e seguintes? ¿Cada traslado require pé de recurso ou só os actos finais do procedemento son os que deben cumpri-los requisitos deses actos? Os actos finais téñense que notificar co correspondente pé de recurso, xa que é o acto que contén a decisión. Agora, cando ó administrado se lle dá traslado por dez días para que presente un escrito de alegacións, ou cando se cita para que conorra á práctica dunha proba, ou para que realice calquera actuación, cada un destes actos ¿ten que conte-lo correspondente pé de recurso? ¿Podería o administrado non dar por recibido un documento no que se lle emprace por 10 días para presentar un escrito de alegacións con base en que ese traslado non vai seguido dun pé de recurso? En principio parece que non, xa que se dificultaría o desenvolvemento do procedemento se en cada un dos actos que se lle van trasladar ó interesado tiveramos que engadi-lo pé de recursos, ó pensarmos que os actos de trámite en principio non son recorribles (artigo 107, lei 30/1992). En consecuencia, o emprazamento ó interesado para que presente alegacións non é en si mesmo un acto recorrible. Dificilmente se lle podería esixir á Administración que incluía o pé de recursos. Mais hai

certos actos administrativos, que aínda que sexan de trámite, si son recorribles. O artigo 197 permite a impugnación dos actos de trámite cando a non impugnación deses actos lle puidera provocar ó interesado unha situación de difícil defensa ou de imposible defensa posterior, cando en si mesmo o acto produce indefensión, e cando o acto poña fin ó procedemento. A pregunta é ¿a Administración debería dicirllo ó interesado? A resposta é que si, polo menos naqueles casos nos que o acto de trámite sexa claramente recorrible e se poida localizar dentro dalgunha das previsións do artigo 107. A Lei 30/1992 non di nada ó respecto, só establece no artigo 58.1 que «se lles notificarán ós interesados as resolucións e actos administrativos que afecten ós seus dereitos e intereses, nos termos previstos no artigo seguinte».

O parágrafo segundo do artigo 58 sinala que «toda notificación deberá ser cursada dentro do prazo de dez días a partir da data na que o acto se dictase». Polo tanto, a Administración ten a obriga de cursala notificación nes 10 días, outra cousa é que chegue ó seu destino despois dos dez días. Mais, ¿que ocorre se se cursa unha notificación despois dos dez días? Esa notificación pode valer ou non. A doutrina e maila xurisprudencia son unánimes ó dicir que o requisito dos dez días é o que se chama en dereito *un vicio ou unha irregularidade non invalidante*. Unha notificación cursada fóra deses dez días non é inválida. Se a notificación é un requisito de eficacia do acto, canto máis tempo tarde a Administración en notificala, durante máis tempo estará demorada a eficacia do acto. Así, o administrado non estará obrigado a cumprir con ese acto, acto que non será inválido, senón que non será eficaz.

En canto á duración dos procedementos: na Lei 30/1992 introduciuse unha innovación relativa á caducidade dos procedementos, cando estes son desfavorables para o interesado. A razón desta novidade era evita-la incoación de expedientes contra os administrados, que despois non se tramitaban, mais xa produciran a interrupción da prescrición da infracción. Así créase a figura da caducidade. Caduca o expediente, pero non prescribe a infracción. Pódese incoar outro polo mesmo obxecto, sempre e cando non prescriba a infracción.

Se unha notificación non se produce en prazo, ¿que consecuencias ten sobre a caducidade? A caducidade corre desde a data de iniciación ata a data de notificación. En seis meses a Administración non só ten que ter tramitado e resolto o expediente, senón que ten que telo notificado. É aquí onde ten importancia o problema da demora da notificación, xa que esta non provoca a invalidez da notificación, mais se esa notificación se demora máis alá do prazo de caducidade, a decisión será froito dun expediente caducado. O lexislador preocupado polas consecuencias que pode ter que o administrado dificulte a recepción da notificación, arbitrou un mecanismo para atenuar esta consecuencia que se

atopa previsto no artigo 58.4: «Sen prexuízo do establecido na alínea anterior, e ós sós efectos de entender cumprida a obriga de notificar dentro do prazo máximo de duración dos procedementos, será suficiente a notificación que conteña cando menos o texto íntegro da resolución, así como o intento de notificación debidamente acreditado». Por iso, chega con que se acredite que se intentou notificar, aínda que non se conseguira, para que non opere a caducidade. Non se pode confundir a previsión deste artigo, que non ten por obxecto supli-la notificación.

### 3. Contido da notificación:

Ó interesado ténselle que traslada-lo texto íntegro do acto e o pé de notificación. O artigo 58.2 di que: «Toda notificación deberá (...) conte-lo texto íntegro da resolución...». Tamén o di o artigo 89.3 cando se refire a que a resolución ten que ser completa, resolver tódalas cuestións presentadas e trasladarse ó propio interesado: «As resolucións conterán a decisión...».

¿A que nos referimos cando falamos do texto íntegro do acto? Ó contido da resolución. Mais hai resolucións que reenvían a outro texto, a outras decisións. Por exemplo, a Administración ordena a demolición dunha casa con base nun informe técnico obrante no expediente. ¿Hai que trasladarlle ó interesado ese informe ou só o texto da resolución? A lei di que cando a resolución se basea en informes ou dictames, estes serven de motivación á resolución cando se incorporan ó seu texto –artigo 89.5<sup>1</sup>–. Para un actuar correcto, o que debería face-la Administración era dicir: *de acordo co informe técnico obrante no expediente ordénase a demolición da casa. O antedito informe técnico di literalmente o seguinte: «...», é dicir, integra-lo na resolución.* Entón é evidente que a resolución, cando traslada o texto íntegro, está dando traslado dela mesma e do informe ou dictame previo que lle serviu de amparo. Hai veces que isto non é así, o texto é moito máis curto e simplemente reenvía.

Debemos considerar que ó interesado hai que darlle traslado do texto e dos informes que integrados ou reenviados na resolución, serven para darlle contido e coñecemento. Cando non se lle dá traslado do texto íntegro, a notificación é incorrecta.

¿En que consiste o pé de recursos<sup>2</sup>? Este debe conte-los seguintes pronunciamentos:

1. Indicación de se ese acto é ou non definitivo na vía administrativa.

<sup>1</sup> «A aceptación de informes ou dictames servirá de motivación á resolución cando se incorporen ó seu texto».

<sup>2</sup> Vid artigos 89.3 e 58.2 da Lei do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

2. A expresión dos recursos que procedan.
3. O órgano ante o que haberán de presentarse.
4. O prazo para interpoñe-los recursos que procedan.

Formalmente bastaría a falta de calquera deles para que o pé de recursos non fose correcto. Mais os tribunais flexionaron estes requisitos, sobre todo o que se refire á indicación de se o acto é ou non definitivo na vía administrativa. En cambio, séguese sendo máis rigoroso no cumprimento dos outros tres requisitos. Mais establécese no artigo 110<sup>3</sup> que dirixi-lo recurso ante un órgano incorrecto non é determinante de que ese recurso se inadmita, senón que lle debe ser remitido ó órgano competente de oficio. ¿Que recursos hai que ofrecer? A doutrina xurisprudencial vai na liña de entender que chega con ofrece-lo recurso ordinario.

O autor fixo referencia a que existen dous defectos en canto ó contido da notificación:

- Que a notificación sexa incompleta.
- Que a notificación sexa incorrecta.

Notificación incompleta: ou ben falta o texto íntegro do acto ou falta o pé de recurso ou parte del. Ante esta notificación incompleta no pé de recursos, o administrado pode:

1. Pedir que se lle notifique ben. Así non haberá notificación ata que non se lle notifique ben.

2. Interpoñer recurso: entón queda emendado o recurso<sup>4</sup>. No caso de que o interesado interpoña un recurso improcedente, non quedaría emendado o defecto da notificación. A lei carga sobre a Administración a consecuencia da mala notificación. Se o recurso é procedente, emendase o defecto a partir da data da interposición.

3. Non facer nada. O acto non é eficaz e non se pode levar a cabo.

4. Realizar actuacións que supoñan o coñecemento do contido e alcance da resolución ou acto obxecto da notificación ou resolución<sup>5</sup>. A notificación queda resolta desde este momento.

---

<sup>3</sup> Artigo 110 da Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992: «O erro na cualificación do recurso por parte do recorrente non será obstáculo para a súa tramitación, sempre que se deduza o seu verdadeiro carácter».

<sup>4</sup> Vid artigo 58.3 da Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992: «As notificación que conteñan o texto íntegro do acto e omitisen algún dos demais requisitos previstos na alínea anterior surtirán efecto a partir da data na que o interesado... interpoña calquera recurso que proceda».

<sup>5</sup> Vid artigo 58.3 da Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992.

Notificacións incorrectas: é o suposto de cando existe texto íntegro, pé de recurso, pero ofrecen un recurso que non é o que procede, ou non existe, sexa xudicial ou administrativo, ou ofrécelle ir a unha xurisdicción que non é a competente. A xurisprudencia é unánime no sentido de que o interesado non pode ser prexudicado polo defecto de notificación.

#### 4. Materialización da notificación:

Atópase regulada no artigo 59 da Lei 30/1992 que se desenvolve na Lei 24/1988, do 13 de xullo, reguladora do servizo postal universal e o seu regulamento aprobado polo Real decreto 1829/1999, do 3 de decembro.

¿A quen lle corresponde a proba da notificación? Segundo o artigo 59<sup>6</sup> correspóndelle á Administración. A negativa do administrado a recibir-la notificación presúmese correcta, e é a Administración a que debe probar que notificou. A Administración debe probar tres cousas: que se notificou un acto concreto e determinado, cun contido exacto; que se trasladou o texto íntegro do acto e o pé de recurso; que se fixo nunha data concreta, xa que a partir dela xogan os prazos para recorrer-la polo administrado ou para executa-los actos pola Administración. Ademais, en todo expediente debe quedar constancia da notificación.

En canto ós medios que pode utiliza-la Administración para ter constancia da notificación por parte do administrado:

1. Firma da copia da resolución. Deixa constancia da data en que se recibe.

2. Servizo de correos. Está sometido ó réxime de liberalización pola Lei 24/1998. Debemos dicir que as actuacións dos servizos de correos non se presumen veraces, xa que os seus empregados non teñen a condición de autoridade para os efectos de que as súas manifestacións se presuman válidas. Non deixan de ser decisións de parte interesada.

3. Servizo de mensaxería. Trátase tamén de manifestacións dun particular que non teñen presunción de veracidade, por non tratarse de autoridade.

4. Sistemas telemáticos, informáticos, electrónicos de notificación. O problema que teñen estas notificacións é demostra-lo feito da notificación, o receptor e a data, o contido e o receptor da notificación. A lexislación vai na liña de darlle valor ó envío, mais non á apertura do correo.

---

<sup>6</sup> Vid artigo 59.1 da Lei 4/1999, do 13 de xaneiro, de modificación da Lei 30/1992: «As notificacións practícanse por calquera medio que permita ter constancia da recepción polo interesado ou o seu representante, así como da súa data, a identidade e o contido do acto notificado. A acreditación da notificación efectuada incorporárase ó expediente».

O artigo 81 da Lei 66/1997, do 30 de decembro, reguladora da Fábrica Nacional de Moeda e Timbre-Real Casa da Moeda, xa contiña unha regulación detallada asignándolle á Fábrica Nacional de Moeda e Timbre a función de garante de tódalas circunstancias que debe acreditarlo envío ou a recepción polo correo electrónico. Este artigo estaba previsto para notificacións de Administración –administrado, logo foi ampliado pola Lei 55/1999, do 29 de decembro, para notificacións no ámbito xurisdiccional. Esta Lei 66/1997 foi desenvolvida polo Real decreto 1290/1999, do 23 de xullo, contra a que se interpuxo un recurso que foi desestimado mediante unha sentenza do Tribunal Supremo do 13 de xullo de 2000<sup>7</sup>.

O real decreto desenvolve a función da Fábrica Nacional de Moeda e Timbre, e contén toda unha parte técnica, electrónica, para a acreditación da veracidade. A finalidade estriba en que as persoas que van ter relación coas administracións e cos órganos xudiciais, que van presentar escritos e recibilos, necesitan unha acreditación persoal ante a Fábrica Nacional de Moeda e Timbre, a cal lles vai asignar un número que lles vai servir de garantía. Os envíos e recepcións vanse canalizar a través do servizo técnico desta entidade, que é a que vai demostrar a través destas garantías quen manda, quen recibe, o contido dos envíos e o segredo. O que non pode garantir é a efectiva apertura do correo por parte do destinatario. Mais isto é como se o administrado non quere abri-lo sobre.

O Decreto lei 14/1999, do 17 de abril, de firma electrónica, permite que outras persoas privadas poidan ser recoñecidas como unha especie de notarios electrónicos, exactamente coas mesmas funcións que a Fábrica Nacional de Moeda e Timbre. O Consello Xeral do Notariado ten recoñecida esa condición para os efectos dos documentos notariais e para os dos rexistradores.

¿Pode o administrado escolle-lo medio de notificación? O artigo 70 da Lei 30/1992 establece que: «As solicitudes que se formulen deberán conter: o nome e apelidos do interesado e, se é o caso, da persoa que o represente, así como a identificación do *medio preferente* ou do *lugar* que se sinale *para os efectos de notificacións*». Así, todo solicitante de algo á Administración debe indicar non só o seu domicilio para efectos de notificacións, senón o medio preferente para realizar esas notificacións. E, a Administración deberá intenta-la notificación por esa vía pedida polo administrado, mais isto non significa que a Administración non poida empregar outros medios de notificación.

A comunicación dun medio de notificación non é vinculante para a Administración, pero para o interesado si.

---

<sup>7</sup> Vid STS do 13 de xullo de 2000 (RJ 2000/5872).

¿A quen se debe notificar? A lei di que hai que notificar ó interesado ou ó seu representante (art.59.1). No caso de que existan varios interesados nun mesmo expediente ¿hai que notificalos a todos? Segundo o artigo 33 «cando nunha solicitude, escrito ou comunicación, figuren varios interesados, as actuacións a que dean lugar efectuaranse co representante ou o interesado que expresamente sinalaran, e, no seu defecto, co que figure en primeiro termo».

Unha cousa é que nun expediente haxa tres interesados, hai que notificalos a todos, e outra cousa é a solicitude de tres interesados, que forman unha única parte, e a actuación da Administración enténdese co representante que designen, e no caso de que non digan nada, co primeiro deles. Polo tanto, a Administración cumpre con notificarlo ó primeiro. ¿Que pasa se non se pode notificar ó interesado?:

- porque non está no seu domicilio
- porque cambiou de domicilio
- porque dificulta ou refusa.

¿Que alternativas prevé a lei para estas situacións? Segundo o artigo 59.2 «cando a notificación se practique no domicilio do interesado, de non atoparse presente este no momento de entregárselle a notificación, poderá facerse cargo dela calquera persoa que se atope no domicilio e faga consta-la súa identidade. No caso de que ninguén puidera facerse cargo da notificación, farase constar esta circunstancia no expediente, xunto co día e a hora no que se intentou a notificación, intento que se repetirá por unha soa vez e nunha hora distinta dentro dos tres días seguintes. Cando o interesado ou o seu representante rexeiten a notificación dunha actuación administrativa, farase constar no expediente, especificanse as circunstancias do intento de notificación, terase por efectuado o trámite e seguirase co procedemento».

Se o interesado está no seu domicilio e refusa a notificación, iso equivale a notificación realizada e non hai que intentala por segunda vez. Outra cousa é a proba de que se intentou. Se o interesado non está, iso non é un refusa, xa que se pode facer cargo da notificación calquera outra persoa. Se esa outra persoa non quere recibila notificación ou non pode recibila, xa que é menor, a lei esixe un segundo intento de notificación dentro dos tres días seguintes. De non conseguirse nese segundo intento, a lei arbitra o mecanismo da publicación substitutiva.

Cando a lei di «que poderá facerse cargo da notificación calquera persoa», non está obrigando a que esa persoa se faga cargo dela. Cando fala de «persoa» ¿a quen se refire, á persoa que está na casa ou no inmovible, ou ó porteiro? A portería non é o domicilio do interesado, polo tanto, a recepción polo porteiro non é unha notificación. ¿E se a persoa que recibe a notificación non lla fai chegar ó destinatario? Desde o momento en que

a lei permite que se faga cargo da notificación unha persoa distinta é porque lle dá valor a esa notificación non recibida polo destinatario, xa que os problemas internos que haxa entre eles, son alleos á Administración.

A lei esixe que cando a notificación a recibe unha persoa distinta ó destinatario, debe facerse constar a súa identidade. Isto orixina que en moitos avisos de recibo apareza un garabato e non se poida identifica-la persoa que a recibiu. Desde o punto de vista formal, iso non equivale a unha notificación, xa que non basta con entrega-la notificación, senón que hai que identificala.

Polo tanto existen dúas situacións:

1. Refuse, que equivale a notificación, e non hai que face-la publicación substitutiva.
2. Non posibilidade de notificar porque o interesado non está no seu domicilio, entón farase a outra persoa, e o refuse desa persoa non é o do interesado, polo que se obriga a facer unha segunda notificación ou ir a unha publicación substitutiva.

Falou despois do caso do cambio do domicilio do interesado, que debe facerllo saber á Administración, xa que no caso de non o facer, as consecuencias son desfavorables para o interesado. Mais no caso de que se ignore o lugar de notificación, cabe a *publicación substitutiva*. Di o artigo 59.4 que «cando os interesados nun procedemento sexan descoñecidos, se ignore o lugar da notificación ou o medio ó que se refire o punto 1 deste artigo, ou ben, despois de intenta-la a notificación, non se puidera practicar, a notificación farase por medio de anuncios no taboleiro de edictos do concello no seu último domicilio, no *Boletín Oficial do Estado*, da comunidade autónoma ou da provincia, segundo cal sexa a Administración da que se proceda o acto que se vai notificar, e o ámbito territorial do órgano que a dictou. No caso de que o último domicilio coñecido radicara nun país estranxeiro, a notificación efectuarase mediante a súa publicación no taboleiro de anuncios do consulado ou sección consular da embaixada correspondente».

No momento en que se produce esta publicación substitutiva, no caso de que sexa válida porque foi precedida dos intentos previos de notificación, a data de notificación é a da publicación. Se existen varias datas diferentes, haberá que atender sempre á última para os efectos do cómputo de recurso. Para efectos da eficacia do acto, este é eficaz a partir da primeira publicación.

##### 5. Publicacións. Contido:

Non se debe confundi-la publicación substitutiva con outra publicación. Os actos notificanse e, no caso de non poder ser notificados, publícanse. Pero hai decisións que non se notifican e directamente se

publican. Regúlase no artigo 59.5: «A publicación substituirá a notificación e terá os seus mesmos efectos nos seguintes casos:

a) Cando o acto teña por destinatario unha pluralidade indeterminada de persoas ou cando a Administración estime que a notificación efectuada a un só interesado é insuficiente para garanti-la notificación a todos, e é, neste último caso, adicional á notificación efectuada; por exemplo as normas xurídicas.

b) Cando se trata de actos integrantes dun procedemento selectivo ou de concorrencia competitiva de calquera tipo. Neste caso, a convocatoria ó procedemento deberá indicalo taboleiro de anuncios ou medios de comunicación onde se efectuarán as sucesivas publicacións, e carecerán de validez as que se leven a cabo en lugares distintos»; por exemplo unha convocatoria de oposicións.

¿Que contido debe ter esta publicación? Segundo o artigo 60.2 a publicación dun acto deberá conter os mesmos elementos que a notificación dun acto.

A lei permite tamén publicacións complementarias, que son voluntarias e que non substitúen ás notificacións nin son publicacións directas<sup>8</sup>.

Finalmente, o artigo 61 establece que «no caso de que o órgano competente aprecie que a notificación por medio de anuncios ou a publicación dun acto lesiona dereitos ou intereses lexítimos, limitarase a publicar no diario oficial que corresponda unha mera indicación do contido do acto e do lugar onde os interesados poidan comparecer, no prazo que se estableza, para o coñecemento do contido íntegro do mencionado acto e a constancia de tal coñecemento». A eficacia do acto producirase o día que se vaia coñecer o seu contido.

Despois do relatorio mantívose aberta unha quenda de preguntas na que participaron un bo número de asistentes que tentaron resolver as dúbidas que a diario se lle presentan, tanto no seu traballo coma na súa vida persoal.

O seguinte relator foi **Ernesto García Trevijano**, co relatorio «Estudio xeral do silencio administrativo. Os actos presuntos positivos e negativos. Sistema de recursos».

Empezou o relator facendo unha breve referencia histórica para dar a coñecer a configuración actual do silencio administrativo trala Lei 4/1999, de modificación da Lei 30/1992. Tradicionalmente, o silencio negativo non daba lugar a un verdadeiro acto administrativo, era unha

---

<sup>8</sup> Vid artigo 59.4 *in fine*: «As administracións públicas poderán establecer outras formas de notificación complementarias a través dos restantes medios de difusión, que non excluirán a obriga de notificar conforme ós dous parágrafos anteriores».

mera ficción, que permitía acceder ós recursos. O silencio positivo daba lugar a un verdadeiro acto con tódalas garantías.

A Lei 30/1992 contén un tratamento homoxéneo do silencio positivo e negativo, xa que tanto un coma o outro, dan lugar a un verdadeiro acto administrativo. ¿Pódese consenti-lo silencio negativo? Se se pide algo e non contestan, prodúcese o silencio negativo e non se recorre. ¿Pódese opoñer por parte da Administración a teoría do acto consentido? O feito de cambia-la situación, é dicir, que o silencio negativo dea lugar a un verdadeiro acto administrativo, ten a finalidade de aplica-lo silencio negativo á teoría do acto consentido. Argumentábase, por razóns de seguridade xurídica, que se non se recorre o acto presunto por silencio negativo, considérase consentido, e polo tanto é irrecorrible. A razón era que ó converte-lo silencio negativo en produtor de verdadeiros actos, conséguese que non permanezan ilimitadamente abertos os prazos no tempo para recorrer, xa que se non aplicámo-la teoría do acto consentido, os prazos para recorrer contra o acto por silencio negativo están abertos, e como estes non poden estar abertos ilimitadamente, porque quebra a seguridade xurídica, o que se fai é transforma-la configuración do silencio negativo dándolle o mesmo tratamento có positivo.

A Lei 30/1992, trala Lei 4/1999, volve á configuración tradicional. O silencio positivo dá lugar a un verdadeiro acto, pero o silencio negativo non, é unha mera ficción<sup>9</sup>. Polo tanto, da mera lectura do artigo 43.3 vese que o lexislador quixo distinguir nitidamente entre as consecuencias derivadas do silencio positivo e as do negativo.

O silencio positivo dá lugar a un acto favorable, pero ¿para quen?, para o solicitante, mais pode ser desfavorable para os terceiros e para a propia Administración. E, ademais non pode ser revogado pola Administración.

O artigo 43.4.a) di que «Nos casos de estimación por silencio administrativo, a resolución expresa posterior á produción do acto só poderá dictarse de ser confirmatoria deste». Polo tanto, se unha licenza urbanística foi aprobada por silencio positivo, a Administración segue tendo a obriga de resolver, mais a obriga de resolver circunscríbese a dicir que a licenza foi outorgada.

O silencio positivo agora é a regra xeral, incluso trala Lei 4/1999 potenciouse a súa utilización.

---

<sup>9</sup> Vid artigo 43.3: «A estimación por silencio administrativo ten a tódolos efectos a consideración de acto administrativo finalizador do procedemento. A desestimación por silencio administrativo tan só ten os efectos de permitirles ós interesados a interposición do recurso administrativo ou contencioso-administrativo que resulte procedente».

Moitas veces o particular ten que decidir se se produciu ou non o silencio positivo, xa que non hai ningún mecanismo no ordenamento xurídico que nos permita asegurarnos que temos un acto por silencio positivo. En definitiva, esa xeralización do silencio positivo está dando lugar na práctica ós seguintes problemas: farmacias, colexios que se que- ren abrir por silencio positivo.

En canto ó silencio negativo trala Lei 4/1999 ¿élle aplicable a teoría do acto consentido? Segundo o autor, existen razóns para argumentar que non lle é aplicable a teoría do acto consentido:

1. Despois de producido o silencio negativo a Administración segue tendo a obriga de resolver<sup>10</sup>. Non podemos pensar que o silencio administrativo é unha opción para a Administración, como unha forma de terminación do procedemento. O silencio é un instrumento establecido para resolver unha irregularidade previa como é a de non ter dictado a resolución e notificado dentro do prazo.

2. A Administración pode dicta-lo acto expreso tardío en calquera senti do cando se trata do silencio negativo<sup>11</sup>.

Esa resolución expresa tardía debe serlle notificada ó interesado, que a pode recorrer. Polo tanto ó ser recorrible é porque non houbo consentimento e por iso non se lle pode aplicar a teoría do acto consentido ó acto producido por silencio negativo producido antes.

3. A lei configura a técnica do silencio negativo como unha opción para o interesado que pode esperar unha resolución expresa posterior ou ben entender que se produciu o silencio no caso de que queira acudir ós tribunais sen ter que esperar esa resolución expresa.

A pregunta seguinte é qué pasa se espera e a Administración non dicta a resolución. Unha resposta sería presentar un escrito instando a que dicten a resolución expresa, xa que están incumprindo un deber legal. ¿Que pasa se o silencio se produce en vía de recurso? Ó seu xuízo, tamén se podería solicitar da Administración que resolva o recurso expresamente. E no caso de que non conteste en prazo, pódese entender que se produciu un novo acto por silencio negativo. Poderíase argumentar fronte a esta tese que iso dá lugar a inseguridades importantes porque

<sup>10</sup> Vid Artigo 43.1: «Nos procedementos iniciados a solicitude do interesado, o vencemento do prazo máximo sen se lle ter notificado resolución expresa lexitima ó interesado ou interesados que deduciran a solicitude para entendela estimada ou desestimada por silencio administrativo, segundo proceda, sen prexuízo da resolución que a Administración debe dictar na forma prevista na alínea 4 deste artigo.

<sup>11</sup> Vid artigo 43.4.b): «A obriga de dictar resolución expresa á que se refire a alínea primeira do artigo 42 suxeitarase ó seguinte réxime: nos casos de desestimación por silencio administrativo, a resolución expresa posterior ó vencemento do prazo adoptarase pola Administración sen ningunha vinculación ó sentido do silencio».

dalgunha maneira estanse reabrindo prazos. É certo, mais a Administración ten na súa man poñer fin a esta situación, ó dictar unha resolución expresa, e desde ese momento acabaría a inseguridade.

Podería sosterse para apoiar a teoría do acto consentido a dicción do artigo 115.1.3 da Lei de procedemento: «transcorridos os ditos prazos sen interpoñerse recurso, a resolución será firme a tódolos efectos». Este artigo debe ser interpretado no sentido de que ese acto concreto non será recorrible, pero nada impide a utilización desas vías alternativas, xa que unha ficción como é o silencio administrativo non se consente. O particular poderá utilizar todas esas vías para reabrir prazos.

Os artigos 42 e seguintes da lei regulan a obriga de resolver por parte da Administración<sup>12</sup> e a produción dos efectos do silencio administrativo. Só exclúe dous casos: «Exceptúanse da obriga os supostos de terminación do procedemento por pacto ou convenio, así como os procedementos relativos ó exercicio de dereito sometidos unicamente ó deber de comunicación previa á Administración».

Para que se produza o silencio administrativo, segundo a Lei 4/1999, fai falla que transcorra o prazo para tramita-lo procedemento sen que se dictara resolución e sen que se notificara. Isto é unha novidade. Antes desta lei expuxéronse tres solucións posibles:

1. Entender que a Administración só ten que dicta-la resolución dentro do prazo. Aínda que non a notifique dentro do prazo para tramita-lo procedemento, non se produce o silencio administrativo, xa que xa se dicou un acto expreso, aínda que o interesado non teña coñecemento deste. Esta postura dá lugar a unha importante inseguridade xurídica ante as eventuais manipulacións das que podían ser obxecto as resolucións.

2. Entender que debe dictarse a resolución expresa dentro do prazo, pero a súa notificación podería producirse dentro dos dez días seguintes ó vencemento do prazo para tramita-lo procedemento. Esta tese foi mantida polo relator .

3. Sen embargo, a Lei 4/1999 optou por unha terceira solución: dentro do prazo para tramitar hai que resolver e notificar. O lexislador introduciu un matiz no artigo 58.4: «...e para os sós efectos de entender cumprida a obriga de notificar dentro do prazo máximo de duración dos procedementos, será suficiente a notificación que conteña, cando menos, o texto íntegro da resolución, así como o *intento de notificación* debidamente acreditado».

O intento de notificación impide a produción dos efectos do silencio, pero non provoca que comecen a computarse os prazos para recorrer contra ese acto.

---

<sup>12</sup> Vid artigo 42.1: «A Administración está obrigada a dictar resolución expresa en tódolos procedementos e a notificala, calquera que sexa a súa forma de iniciación».

¿Cal é o prazo con que conta a Administración para resolver e notificar? Establécese no artigo 42.2: «O prazo máximo no que se debe notificar a resolución expresa será o fixado pola norma reguladora do correspondente procedemento. Este prazo non poderá exceder de seis meses salvo que unha norma de rango de lei estableza un maior ou así veña previsto na normativa comunitaria europea.

3. Cando as normas reguladoras dos procedementos non fixen o prazo máximo para recibila notificación, este será de tres meses».

¿Como se computa o prazo? Nos procedementos iniciados de oficio, desde a data do acordo de iniciación. Nos iniciados a solicitude do interesado, desde a data na que a solicitude tivo entrada no rexistro do órgano competente para a súa tramitación (non cando presentou a solicitude en correos, esta data serve para acreditar que se presentou ese día, pero non para saber se se produciu ou non o silencio administrativo). ¿Que se entende por rexistro do órgano competente? Atópase definido na disposición adicional 15<sup>a</sup>: «No ámbito da Administración Xeral do Estado enténdese por rexistro do órgano competente para a tramitación dunha solicitude, calquera dos rexistros do Ministerio competente para inicia-la súa tramitación». Resólvese só no ámbito da Administración Xeral do Estado, pero ó non existir previsión en contra debe ser trasladable á Administración autonómica e incluso á local.

O prazo máximo para resolver un procedemento e notifica-la resolución poderase suspender polos seguintes motivos<sup>13</sup>:

1. Cando deba requirírselle a calquera interesado para a resolución de deficiencias e a achega de documentos e outros elementos de xuízo necesarios, polo tempo que medie entre a notificación do requirimento e o seu efectivo cumprimento polo destinatario, ou, no seu defecto, o transcurso do prazo concedido.

2. Cando deba obterse un pronunciamento previo e preceptivo dun órgano das comunidades europeas, polo tempo que medie entre a petición, que haberá de comunicárselles ós interesados, e a notificación do pronunciamento á Administración instructora, que tamén lles deberá ser comunicada.

3. Cando deban solicitarse informes que sexan preceptivos e determinantes do contido da resolución a órgano desta ou distinta Administración, polo tempo que medie a petición, que se lles deberá comunicar ós interesados, e a recepción do informe, que igualmente lles deberá ser comunicada. Este prazo de suspensión non poderá exceder en ningún caso de tres meses.

<sup>13</sup> Vid artigo 42.5.

4. Cando deban realizarse probas técnicas ou análises contradictorias ou dirimentes propostas polos interesados, durante o tempo necesario para a incorporación dos resultados ó expediente.

5. Cando se inicien negociacións con vistas á conclusión dun pacto ou convenio nos termos previstos no artigo 88 desta lei, desde a declaración formal ó respecto e ata a conclusión sen efecto, no seu caso, das referidas negociacións, que se constatará mediante unha declaración formulada pola Administración ós interesados.

Excepcionalmente, poderá acordarse a ampliación do prazo máximo de resolución e notificación mediante motivación clara das circunstancias concorrentes e só unha vez esgotados tódolos medios a disposición posibles. Esta ampliación non poderá ser superior ó establecido para a tramitación do procedemento e deberalles ser notificado ós interesados.

¿Como opera o silencio administrativo en relación ós procedementos iniciados a instancia do interesado e os procedementos iniciados de oficio?

Nos procedementos iniciados a solicitude do interesado –artigo 43– a lei establece como regra xeral o silencio positivo. Establécense unhas excepcións á regra xeral nas que se producirá silencio negativo:

1. Cando unha norma con rango de lei ou norma de dereito comunitario europeo estableza o contrario. É posible que se estableza nun regulamento comunitario que ten aplicación directa en España. O problema prodúcese coas directivas comunitarias xa que se formula a pregunta de se son verdadeiras normas xurídicas e, por outro lado, non son de aplicación directa en España. Poden chegar a ter efecto directo pero necesitan dunha transposición por parte dunha norma interna. Esa norma regulamentaria interna que aplica o silencio negativo porque así llo impón unha directiva é válida.

2. Dereito de petición do artigo 29 da Constitución, que sempre dá lugar ó silencio negativo.

3. Aqueles nos que, no caso de que fosen estimados, tiveran como consecuencia que se transferiran ó solicitante ou a terceiros facultades relativas ó dominio público ou ó servizo público.

4. Nos procedementos de impugnación de actos e disposicións. É dicir, sempre que se interpoña un recurso contra un acto ou unha disposición, aplícase o silencio negativo. Isto significa que se no recurso de reposición, de alzada, de revisión, non contestan en prazo, prodúcese sempre o silencio negativo. Cunha excepción<sup>14</sup>: se o que se impugna a

---

<sup>14</sup> Vid artigo 42.2 *in fine*: «Non obstante, cando o recurso de alzada se interpuxera contra a desestimación por silencio administrativo dunha solicitude polo trans-

través do recurso de alzada é un acto por silencio negativo, e o recurso non é contestado, prodúcese o silencio positivo. Esta técnica do silencio positivo sobre o silencio negativo importouse do Estatuto dos traballadores e estaba prevista para as regulacións de emprego onde era lóxico que nin traballadores nin empresarios estiveran a expensas de que a Administración tivera a ben autorizar unha regulación de emprego.

Nestes procedementos iniciados a solicitude do interesado mantense a certificación que pode ser solicitada polo interesado ou por un terceiro interesado en calquera momento. A Administración ten o deber de expedila no prazo de 15 días. Esta certificación é un acto de comprobación.

Nos procedementos iniciados de oficio –artigo 44– o vencemento do prazo máximo establecido sen que se dictara e notificara resolución expresa non exime á Administración do cumprimento da obriga legal de resolver, e prodúcense os seguintes efectos:

1. No caso de procedementos dos que puidera derivarse o recoñecemento ou, no seu caso, a constitución de dereitos ou outras situacións xurídicas individualizadas, os interesados que compareceran poderán entender desestimadas as súas pretensións por silencio administrativo.

2. Nos procedementos en que a Administración exercite potestades sancionadoras ou, en xeral, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables ou de gravame, producirase a caducidade. Nestes casos, a resolución que declare a caducidade ordenará o arquivo das actuacións, cos efectos previstos no artigo 92.

Fixo despois o relator un inciso sobre os recursos contra os actos presuntos por silencio negativo.

Despois do relatorio mantívose aberto un coloquio no que participaron un bo número de asistentes que tentaron resolve-las dúbidas.

O seguinte día comezaron as xornadas co relatorio de **Pablo Menéndez García** sobre «A revisión de oficio de actos e normas. Vía de lesividade e revogación de actos. Rectificación de erros. Experiencia trala Lei 4/1999». Comezou o relatorio coa evolución da institución da revisión de oficio. Enténdese por revogación dun acto o feito de que a Administración deixa sen efecto un acto seu mediante outro de signo contrario. Existen dous tipos de revogación: a revogación por motivos de legalidade (cando se deixa sen efecto ou se retira un acto viciado) e a revogación por motivos de oportunidade (cando se deixa sen efecto ou se retira un acto perfectamente regular, non viciado, pero que non convén nun momento dado).

---

curso do prazo, entenderase estimado se, chegado o prazo de resolución, o órgano administrativo competente non dictase resolución expresa sobre este».

## 1. Órgano competente dentro de cada Administración pública para declara-la nulidade:

O artigo 102 da Lei 4/1999 mantivo o texto anterior que se refería xenericamente ás «administracións públicas», sen determina-lo órgano administrativo que, dentro de cada unha delas, ten competencia específica para declara-la nulidade. O artigo 103 do texto da Lei 30/1992, sen embargo, contiña unha norma, nos seus números 3 e 4, sobre a competencia para declara-la lesividade, á que se podía acudir por analogía para resolve-la cuestión da competencia, pero esta norma foi eliminada pola Lei 4/1999 practicamente na súa integridade, polo que é necesario acudir ás normas reguladoras das respectivas administracións públicas.

Respecto da Administración do Estado, o artigo 2 da LOFAXE, ó delimita-la competencia dos ministros, non incluía a revisión de oficio. Esta omisión foi emendada pola Lei 50/1998, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e do orde social que lles atribúe ós ministros a competencia de «revisar de oficio os actos administrativos»<sup>15</sup>.

Nas comunidades autónomas, aplicando a normativa xeral, corresponderalle a declaración de nulidade ó conselleiro competente ou, no seu caso, ó Consello de Goberno, segundo os criterios sinalados para a Administración do Estado. Así se establece nalgunha lexislación autonómica, máis outras apártanse deste réxime.

Nas administracións locais, correspóndelle ó Pleno. Así o establece o artigo 110 da Lei de bases de réxime local ó regula-la declaración de nulidade de pleno dereito e a revisión dos actos dictados en vía de xestión tributaria.

Hai certas dúbidas acerca da posibilidade de que fagan a revisión de oficio as administracións corporativas.

Pódese afirmar que o réxime xurídico da revisión de oficio que hoxe regulan os artigos 102 e seguintes da Lei 4/1999 ten alcance xeral, polo que é aplicable tanto á Administración do Estado, como á Administración das comunidades autónomas e ás entidades que integran a Administración local, así como ás entidades de dereito público con personalidade xurídica propia vinculadas a ou dependentes daquelas.

## 2. A revisión de oficio dos actos nulos de pleno dereito:

O artigo 102.1 da lei dispón que: «As administracións públicas, en calquera momento, por iniciativa propia ou a solicitude do interesado, e tralo dictame do Consello do Estado ou órgano consultivo equivalente da Comunidade Autónoma, se o houbese, declarararán de oficio a nulidade dos

<sup>15</sup> Vid DA 16ª da LOFAXE.

actos administrativos que puxeran fin á vía administrativa ou que non foran recorridos en prazo, nos supostos previstos no artigo 62.1».

Este precepto refírese ós actos nulos de pleno dereito, isto é, a aqueles que non poden ser obxecto de validación, xa que esta está exclusivamente referida pola lei ós actos anulables, tanto se son declarativos ou non de dereitos.

Por outro lado, este precepto consagra o carácter imprescritible da acción de nulidade, que o interesado pode exercitar en calquera momento, isto é, con posterioridade á terminación dos prazos normais de recurso. Mais a imprescritibilidade do prazo para instar a revisión ten un límite no artigo 106 da lei, que lle dá prevalencia ó principio de seguridade xurídica sobre o de legalidade ó impedir de forma tallante que se exerciten as facultades de anulación y revogación cando por prescripción de accións, polo tempo transcorrido ou outras circunstancias, este exercicio pugne coa equidade, o dereito dos particulares ou as leis.

O procedente non é que a xurisdicción entre directamente a examinalo fondo e se pronuncie sobre a validez ou invalidez do acto ou da norma, senón que lle ordene á Administración que inicie o trámite e o conclúa dictando a pertinente resolución expresa verbo da que se se produciu a nulidade radical pretendida, acción de nulidade exercitable sen limitación de prazo polo interesado e o exercicio do cal obriga á Administración a dictar un pronunciamento expreso sobre esta.

A nulidade de pleno dereito pode ser declarada, incluso, de oficio, isto é, sen necesidade de petición da parte interesada. A nulidade de pleno dereito é un vicio de orde pública, o que explica que poida ser declarada de oficio pola propia Administración e incluso polos tribunais, aínda que ninguén solicitara esa declaración. Debe resaltarse que para que poida acordarse validamente a revisión do acto nulo é necesario que o Consello de Estado ou o órgano consultivo equivalente da Comunidade Autónoma aprecie a existencia dunha causa determinante da nulidade de pleno dereito. O dictame do Consello de Estado é non só preceptivo, senón tamén vinculante.

O artigo 102.3 da Lei 4/1999 recoñécelle ó órgano competente para resolve-la posibilidade de acordar motivadamente a inadmisión a trámite das solicitudes de declaración de nulidade, sen máis trámites, isto é, sen necesidade de conseguilo dictame do Consello de Estado ou órgano consultivo da Comunidade Autónoma. Contéplase a posibilidade de facerlles fronte ás solicitudes de revisión puramente temerarias. Inadmítense a trámite en tres supostos: cando non se baseen en ningunha causa de nulidade; cando carezan manifestamente de fundamento; ou cando se desestimaran en canto ó fondo outras solicitudes substancialmente iguais. A inadmisión deberá facerse mediante resolución motivada. Este acordo ou resolución de inadmisión, ó impedi-la

continuación do procedemento, será recorrible en vía administrativa ou contencioso-administrativa. Esta innovación da Lei 4/1999 é importante porque evitará seguir unha tramitación inútil cando sexa manifesta a falta de fundamento da petición.

O procedemento terminará por resolución, que poderá establece-las indemnizacións que procedan. No suposto de que transcorreran tres meses desde a iniciación do procedemento de revisión sen que se dictase resolución, no caso de que se incoase de oficio, producirase a caducidade do procedemento; no caso de incoarse a solicitude de interesado, poderá entenderse desestimada a súa petición por silencio administrativo.

### 3. Revisión de oficio dos regulamentos:

A Lei 4/1999 establece expresamente a posibilidade de seguir este procedemento de revisión para a declaración de nulidade das disposicións xerais, mais o artigo 102.2 unicamente contempla, neste suposto, a incoación de oficio.

Advertido o vicio de nulidade absoluta dun regulamento inconstitucional ou ilegal, haberá de recoñecerse, sen necesidade de texto legal expreso que o ratifícase, a obriga da Administración de eliminar este regulamento. A supresión da indicada potestade de revisión dos regulamentos non pode construírse desde o silencio.

Tamén se mediase denuncia desa inconstitucionalidade ou ilexalidade formulada por calquera persoa, esa solicitude constitúe a Administración no deber inescusable de pronunciarse, pois tal solicitude non se pode considerar como petición meramente graciable. Do contrario, podería suceder que a Constitución ou as leis foran desprazadas por un simple regulamento, desprazamento que podería consolidarse pola falta de impugnación deste por un interesado dentro dos prazos de recurso que habilita a lei. De acordo coa nova regulación parece que é agora a Administración a única competente para poñer en marcha ou non o procedemento revisorio das disposicións administrativas nos supostos previstos no artigo 62.2, xa que o artigo 102.2, a diferenza do artigo 102.1, permite incoalo de oficio e non contempla que se solicite ou se inste por calquera interesado, como no caso dos actos.

Débase advertir que unha das diferencias significativas entre regulamento e acto é que os actos non poden ser deixados sen efecto se non é a través dun procedemento de revogación, mentres que os regulamentos poden ser deixados sen efecto coa simple aprobación dunha norma posterior que derroga a anterior. A Administración ten plena liberdade para derrogar un regulamento dictado por ela, aínda que sexa perfectamente válido. Os efectos que se derivan nun caso e outro son ben distintos: se un regulamento se derroga, os actos ata entón dictados na súa

aplicación son plenamente válidos (efectos *ex nunc*), mentres que se se declara nulo, enténdese que tal regulamento non foi dictado, iso incide sobre os actos ata entonces emitidos.

A pregunta é se a Administración, na presenza dun regulamento viciado de nulidade, vén obrigada a declara-la nulidade de pleno dereito a través dun procedemento de revogación, ou se chega coa derogación. Se o vicio concorre, a Administración atopábase no deber de declara-la nulidade do regulamento. Debía procede-la revisión de oficio ou revogación do regulamento, e non recorrer ó expediente da súa derogación.

Pero ademais, a favor da revisión de oficio e en contra da derogación álzanse situacións xurídicas nacidas ó amparo do regulamento supostamente ilegal. Procedemento que garante as posicións xurídicas dos que, coa eliminación do regulamento, van resultar ou poden resultar prexudicados. Nisto radica a necesidade de que se siga o procedemento de revisión de oficio.

#### **4. Declaración de lesividade dos actos anulables. A anulación dos actos favorables ós interesados:**

A única vía para poder privar de efectos a un acto administrativo declarativo de dereitos subxectivos era a procesual: o «recurso contencioso-administrativo» interposto por unha administración pública para anula-los seus actos denominado recurso de lesividade.

A Lei 4/1999 eliminou a posibilidade de revisar de oficio os actos anulables declarativos de dereitos que recoñecía a Lei de 1958 no seu artigo 110 para os casos en que os ditos actos infrinxiran manifestamente a lei e que a versión inicial do artigo 103 da Lei 30/1992 ampliou os supostos de infracción grave de normas regulamentarias, admitindo que a revisión dos ditos actos puidera acordarse a solicitude dun interesado.

Tratándose de actos anulables, a lei reformada só admite a revisión de oficio dos actos de gravame ou desfavorables, remitindo á Administración cando queira apartarse dos seus propios actos declarativos de dereito á declaración da súa lesividade e a súa ulterior impugnación na vía contencioso-administrativa. É necesario precisa-la distinción entre actos declarativos e non declarativos de dereitos, favorables ou de gravame.

En consecuencia, en atención ó recurso de lesividade e a revogación dos actos favorables, o actual artigo 103.1 establece que «as administracións públicas poderán declarar lesivos para o interese público os actos favorables para os interesados que sexan anulables conforme ó disposto no artigo 63 desta lei, a fin de procede-la súa ulterior impugnación ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativa».

A lei négalle así á Administración que queira apartarse dun acto seu a posta en xogo das súas facultades de autotutela e obrígaa a adopta-lo pa-

pel de postulante da tutela xudicial, interpoñendo ante o Tribunal Contencioso-Administrativo competente o recurso de lesividade, previa á correspondente declaración formal de que o acto administrativo é lesivo para o interese público.

Esta declaración non se poderá adoptar unha vez transcorridos catro anos desde que se dictou o acto administrativo e esixirá a previa audiencia de cantos aparezan interesados nel. Máis alá dese prazo o acto anulable, calquera que sexan os vicios de que adoeza, non poderá ser atacado.

Segundo a nova Lei 4/1999 a única vía para privar de efectos ós actos anulables para os interesados é a contencioso-administrativa, trala declaración de lesividade. Elimínase a potestade revisora da Administración con relación ós actos anulables. Deste modo, se a Administración quere revisar un acto anulable, deberá acudir ós tribunais, mediante a pertinente e trala declaración de lesividade para o interese público e a súa posterior impugnación ante a xurisdicción contencioso-administrativa. Tamén se elimina a posibilidade de que os cidadáns utilicen esta vía, colocando á Administración e ós cidadáns nunha posición equiparable.

Así, o procedemento da declaración de lesividade e posterior impugnación só se poderá iniciar de oficio polas administracións públicas e non a instancia dos interesados. Non é admisible unha pretensión de lesividade exercida por particulares ou por unha Administración que non sexa autora do acto. Na Administración que declara a lesividade deben concorrer dous requisitos: a autoría do acto e o interese na súa anulación.

Ademais deberán ser anulables non só aqueles que sexan declarativos de dereitos, senón todos aqueles que non sexan actos de gravame ou desfavorables para os cidadáns.

O prazo para a declaración de lesividade é de catro anos desde que se dictou o acto obxecto de revisión; ó trancorre-lo dito prazo, non caberá revisión ningunha deste.

A declaración de lesividade esixirá a previa audiencia de cantos aparezan como interesados nel. Polo tanto, instruído o procedemento de declaración de lesividade, e inmediatamente antes de redacta-la proposta de resolución, poñeranse de manifesto as actuacións ós interesados ou, no seu caso, ós seus representantes. Posteriormente, os interesados, nun prazo non inferior a dez días nin superior a quince, poderán alegar e presentalos documentos e xustificacións que estimen pertinentes. Se antes do vencemento do prazo os interesados manifestan a súa decisión de non efectuar alegacións nin achegar novos documentos ou xustificacións, terase por feito o trámite. Poderase prescindir do trámite de audiencia cando non figuren no procedemento nin sexan tidos en conta na resolución outros feitos nin outras alegacións e probas que as aducidas polo interesado.

Prevese tamén a resolución do procedemento por silencio administrativo, de forma que transcorrido o prazo de tres meses desde o inicio

do procedemento sen que se declarara a lesividade, producirase a súa caducidade. A previsión deste prazo de caducidade e a ausencia de toda prescrición sobre a desestimación por silencio confirma que a declaración de lesividade só se pode producir a instancia da Administración e non a iniciativa do interesado.

#### 4.1. *A declaración de lesividade:*

O presuposto do proceso administrativo incoado por unha Administración pública para anular un dos seus actos favorables é a chamada «declaración de lesividade» que é un acto administrativo dictado coa finalidade de abri-la vía procesual. Neste sentido, o artigo 43 da Lei da xurisdicción dispón que cando a propia Administración autora dalgún acto pretenda demanda-la súa anulación ante a Xurisdicción contencioso-administrativa deberá, previamente, declaralo lesivo para o interese público.

Os requisitos da declaración de lesividade son os seguintes: polo que se refire ós requisitos subxectivos, o competente para declara-la lesividade é a Administración que dictou o acto en relación co cal se vai formula-la pretensión de anulación. Ningunha administración poderá declarar lesivo o acto doutra administración.

Se o acto proviñera da Administración Xeral do Estado ou das comunidades autónomas, a declaración de lesividade adoptarase polo órgano de cada administración competente na materia e se proviñera das entidades que integran a Administración local polo pleno da corporación ou, no seu defecto, polo órgano colexiado superior da entidade.

Unha vez declarados lesivos para o interese público deberá procederse á súa impugnación ante a xurisdicción contencioso-administrativa.

Dado que a declaración de lesividade non ten outra finalidade que cumprir un requisito previo para incoar un proceso administrativo, só ten sentido respecto dos actos impugnables, xa que a declaración de lesividade só se contempla para os actos, non para as disposicións.

O contido do acto administrativo polo que se declara a lesividade consistirá na declaración de que o acto fronte ó que se vai deduci-la pretensión procesual é lesivo para o interese público.

#### 4.2. *Procedemento de declaración de lesividade:*

O procedemento iniciarase de oficio<sup>16</sup>. Calquera que sexa a administración pública normalmente esixirase o dictame previo dos seus asesores xurídicos. Esíxese a audiencia de cantos aparezan como interesados no acto. O procedemento termina coa declaración que adoptará a forma en

<sup>16</sup> Vid artigo 69.

cada caso esixida. Transcorridos tres meses desde a iniciación do procedemento sen que se declarara a lesividade, producirase a súa caducidade.

Declarada a lesividade, quedará aberta a posibilidade de incoa-lo proceso administrativo, nun prazo xeral de dous meses a contar desde o seguinte á data da declaración de lesividade.

Parece evidente que no suposto de caducidade do procedemento é posible incoar de novo o procedemento no caso de que non transcorra o prazo de catro anos.

### **5. A revisión de oficio ou revogación dos actos de gravame e rectificación de erros:**

Cando se trate de actos favorables, a revisión cabe unicamente nos supostos e polos procedementos que regulan os artigos 102 e 103 da Lei 4/1999.

Se os actos son de gravame ou desfavorables, pode volverse sobre eles, para privarlles de efectos –revogación por razóns de legalidade ou de oportunidade–, sen suxeición a aqueles procedementos formais. Salvo cando tales actos adoezan dun vicio de nulidade de pleno dereito que deben someterse á revisión de oficio do artigo 102 e ó cúmulo das garantías procedementais.

O artigo 105.1 establece a posibilidade de revogar de oficio os actos anulables de gravame en calquera momento, pero sempre que tal revogación non constitúa dispensa ou exención non permitida polas leis, ou sexa contraria ó principio de igualdade, ó interese público ou ó ordenamento xurídico. Estes límites son de aplicación exclusiva á revogación dos actos, mentres que para a revisión de oficio se regulan os límites no artigo 106.

Polo que se refire ós requisitos subxectivos, o artigo 105.1 limítase a recoñece-la potestade de revogár-lle-los actos ás administracións públicas, xenericamente, sen determina-lo órgano en cada caso competente. En tanto non exista norma especial en contrario, haberá de entenderse que ten competencia o mesmo órgano que dictou o acto.

Serán aplicables as regras xerais sobre lexitimación para incoa-lo procedemento e comparecer como interesado.

Polo que se refire ós requisitos obxectivos, se non é difícil delimitar actos de gravame, si resulta difícil a delimitación dos actos desfavorables.

O órgano administrativo non pode exercer esta potestade arbitrariamente. De aí a esixencia de motivación, como elemento principal para o adecuado exercicio da discrecionalidade.

Polo que se refire ó prazo, establécese que as administracións públicas poderán exercer-la potestade de revogación en calquera momento.

Non estamos ante un procedemento formalizado, polo que o órgano administrativo deberá realizar de oficio os actos de instrución necesarios para a determinación, coñecemento e comprobación dos datos en virtude dos cales se deba pronunciar a resolución.

Se dos datos achegados ó tramitarse puidera supoñerse que do acto derivan efectos favorables para persoa distinta do interesado que incoou o procedemento, sería improcedente a revogación, debendo darse oportunidade de audiencia a aqueles que se supoñen favorecidos polo acto. Aínda que non se advirta a existencia de persoas titulares de intereses lexítimos e directos deberá notificárselles a existencia do procedemento. En relación cos actos de dobre efecto debe aplicárselle o réxime dos actos declarativos de dereitos. Omítese no artigo 105 a referencia ós actos expresos ou presuntos. A supresión da referencia ós actos presuntos obedece a que só existe o acto presunto no suposto de estimación por silencio, xa que a desestimación ten só os efectos de deixarlles ós interesados aberta a vía do recurso en cada caso procedente. Polo que os actos presuntos, ó ser só os estimativos, nunca serán desfavorables ó interesado.

Polo que se refire á rectificación dos erros materiais, de feito ou aritméticos, regúlase no artigo 105.2: «As administracións públicas poderán, asemade, rectificar en calquera momento, de oficio ou a instancia dos interesados, os erros materiais, de feito ou aritméticos existentes nos seus actos».

A pura rectificación material de erros de feito ou aritméticos non supón en ningún caso a revogación do acto, de modo que, despois de rectificado, o contido do acto segue sendo o mesmo. Unicamente haberá unha alteración ou cambio dos erros materiais (de feito ou aritméticos) ou, noutras palabras, unha eliminación dos erros de transcripción ou de simple conta co fin de evitar calquera posible equivocación.

Este carácter material e en absoluto xurídico da rectificación xustifica que para levala a cabo non requira suxeitarse a solemnidade nin límite temporal ningún. A rectificación de erros materiais correspóndelle realizala ás administracións públicas e pode iniciarse de oficio ou a instancia de interesado.

O prazo para levala a cabo é ilimitado, de forma que poderá realizarse en calquera momento, salvo cando se trate de materia tributaria que se limita esta rectificación ó prazo de catro anos.

Non caberá acudir á rectificación cando existan dúbidas ou cando a comprobación do erro esixa acudir a datos dos que non hai constancia no expediente.

O derradeiro relator destas xornadas foi o director xeral-xefe da Aseoría Xurídica da Xunta de Galicia, **Javier Suárez García**, co relatorio sobre «medidas preventivas no ámbito administrativo e contencioso administrativo. Especial referencia á suspensión de actos e normas».

En canto ás medidas preventivas con carácter xeral, dixo que o Tribunal Constitucional en diferentes sentencias considera que son un elemento consubstancial á tutela xudicial efectiva. Pasou logo a facer unha análise da regulación substantiva que se contén na Lei da xurisdicción contencioso administrativa<sup>17</sup>, xa que os dous artigos fundamentais que regulan a materia das medidas preventivas son os artigos 129 e 130<sup>18</sup>.

Despois fixo unha breve referencia respecto á regulación anterior (Lei do 1956). A regra xeral na Lei da xurisdicción contencioso administrativa era que en principio a única medida preventiva á que se acudía era á suspensión do acto administrativo. Agora, o interesado, non só o actor, pode solicitar calquera medida preventiva, sempre que teña por finalidade garanti-la efectividade da sentenza que no seu momento se dicte.

Outro aspecto importante respecto á Lei do 1956 é que naquela regulación parecía que o elemento fundamental era que a execución do acto lle puidese ocasionar prexuízos de imposible ou difícil reparación ó administrado. Na regulación actual xa non se fai unha referencia a esta imposibilidade ou dificultade extraordinaria en que sexan reparados os prexuízos do administrado, senón que hai unha ponderación de tódolos intereses en xogo, e a finalidade da medida preventiva sempre vai ordenada ó que é consubstancial a tódalas medidas preventivas: garanti-la efectividade da sentenza que no seu momento se dicte.

O pioneiro foi o Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco que dicou dous autos do 21 de marzo de 1991 e do 23 de marzo de 1993 nos que por medio dunha medida preventiva obriga á Administración, xa non a suspende-la efectividade dun acto, senón a dictar unha resolución nun prazo que se fixa.

Hoxe en día a doutrina e a xurisprudencia é pacífica no sentido de que se poden adoptar, con carácter preventivo, tódalas medidas que sexan necesarias para garanti-la efectividade da resolución que se dicte e sempre que sexan compatibles con algún dos principios que informan a actuación administrativa, como pode se-la inalienabilidade, inembargabilidade dos bens, especialmente os de dominio público.

---

<sup>17</sup> Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>18</sup> Artigo 129: «Os interesados poderán solicitar en calquera estado do procedemento a adopción de cantas medidas aseguren a efectividade da sentenza».

Artigo 130: 1 «Trala valoración circunstanciada de tódolos intereses en conflito, a medida preventiva poderá acomodarse unicamente cando a execución do acto ou a aplicación da disposición puidieran facerlle perde-la súa finalidade lexítima ó recurso».

2 «A medida preventiva poderá denegarse cando desta se puidera seguir unha perturbación grave dos intereses xerais ou de terceiro que o xuíz ou tribunal ponderará en forma circunstanciada».

Cabe calquera medida preventiva de carácter positivo, diferente da suspensión, e calquera das previstas na Lei de axuízamento civil que regula esta materia no artigo 727 ó establecérense ata once medidas preventivas que se poden adoptar, ademais de calquera outra que o xuíz considere oportuno sempre que garanta a efectividade da sentenza. Logo haberá que ver cada medida para ver se é ou non conciliable cos principios que informan a actuación administrativa.

Pasando xa ó estudio das medidas preventivas, do primeiro que debe falarse é de cando se pode concede-la medida preventiva. Como xa se dixo, agora o criterio xa non é só que se lle ocasionen prexuízos de difícil ou imposible reparación ó interesado, senón que se impida a efectividade da sentenza ou que se lle faga perder ó recurso a súa finalidade. O xuíz ten unha ampla discrecionalidade para valorar tódolos intereses en xogo, para ponderalos adecuadamente, se ben, ó ter en conta o que dispón o artigo 130.3, a grave afectación do interese xeral sempre será un límite que o xuíz deberá ponderar, especialmente para denega-la medida, cando se vexa que o interese que poida te-lo particular na adopción da medida preventiva choque cun interese xeral que podería verse gravemente afectado como consecuencia dela.

Tamén sinalou a xurisprudencia que as medidas preventivas que se adopten teñen que ser neutrais no sentido que decidan de forma irreversible o fondo do asunto.

Á hora de ponderar estes intereses, existe algunha resolución do Tribunal Supremo, que di que hai que ter en conta cal é a valoración dos intereses que se conteñen na lexislación sectorial. Aquí é moi típica a xurisprudencia en relación coa posibilidade de suspende-lo acto tributario que lle impón unha obriga pecuniaria ó contribuínte. Como se sabe, nas reclamacións económico-administrativas, a Lei de dereitos e garantías do contribuínte establece unha regra xeral en virtude da cal o cidadán pode evita-la execución do acto tributario que lle impón unha obriga pecuniaria, mediante o establecemento dun aval. Isto rexe en vía administrativa. Existe unha tendencia clara de admitilo aval como medio que impida a execución da Administración. O razoamento é obvio, a propia lexislación sectorial tributaria está considerando que non hai unha grave afectación do interese xeral polo feito de que se aprace o cumprimento dunha obriga tributaria que está debidamente garantida. Por iso, á Administración non lle pasa nada.

Outra cuestión importante que se suscita en relación coas medidas preventivas é a aparencia do bo dereito *-fumus boni iuris-*. O tribunal á hora de decretar unha medida preventiva, de acordar ou non a suspensión do acto administrativo, unha das cousas que debe facer é analizar provisionalmente cal é o contido desa previsión, de tal modo que se nesta apreciación inicial se ve claramente que o acto administrativo pode

incorrer nunha patente causa de nulidade de pleno dereito ou de anulabilidade, ese pode ser un elemento que incite ó tribunal a adopta-la medida preventiva.

Hai quen cuestiona na actualidade que a teoría do *fumus boni iuris* fora recollida pola nova Lei da xurisdicción e iso é debido a:

- a) A que non se recolla expresamente.
- b) Á dicción do artigo 132.2 «...e tampouco en razón da modificación dos criterios de valoración que o xuíz ou o tribunal lles aplicou ós feitos ó decidi-lo incidente preventivo».

Algúns autores dixeron que se só podemos atender a circunstancias de feito e non a apreciacións valorativas, parece que a lei o que está é dicíndolle ós tribunais que non deben adoptar eses criterios valorativos sobre o fondo do asunto para conceder ou denega-la medida preventiva. Esta é unha opinión doutrinal. Aínda que o relator cree que isto está superado.

Os tribunais soen facer uso desta teoría con suma prudencia. Non é normal que o tribunal nesta peza separada de medidas preventivas entre nunha análise substantiva do dereito. Mais si existen unha serie de supostos típicos nos cales se tende a invocar esta teoría para concedelas medidas preventivas. É naqueles casos nos que o cidadán obtivo unha sentenza favorable e pide ante o tribunal nun momento posterior que a medida preventiva sexa concedida; tamén cando a Administración dicta un acto no que se aplica un regulamento que foi declarado ilegal por un tribunal, xa sexa con carácter firme ou incluso en ocasións, por medio de sentencias que non sexan firmes, no que hai un indicio claro de que isto non sexa legal ou que o regulamento no que se basea o acto administrativo xa foi obxecto dunha anulación ou dun reproche xurisdiccional despois dun procedemento con todo o seu desenvolvemento, aínda que pode ser nunha soa instancia. Tamén os típicos supostos de reclamacións de tipo reiterativo, pois o tribunal xa se pronunciou sobre pretensións de contido idéntico e cando se lle pide a suspensión sobre outra cuestión que xa foi resolta, tende a concedela suspensión, co cal vai anunciando que o seu criterio vai a se-lo sostido noutras sentencias.

Fóra destes supostos é moi difícil presentar criterios xerais en materia de suspensión porque a xurisprudencia é moi casuística.

O artigo 131 establece que o incidente preventivo se tramitará en peza separada, con audiencia da parte contraria. Existe unha excepción no artigo 136 que en ocasións permite que se adopte a medida preventiva sen audiencia á outra parte.

Se a Administración demandada non comparecera aínda, a audiencia entenderase co órgano autor da actuación impugnada. Isto é interesante para os que traballan na Administración, saber cando se ten por comparecida a Administración.

A Administración de acordo coa Lei da xurisdicción contencioso-administrativa preséntase e comparece no procedemento pola remisión do expediente administrativo. Moitas veces a medida preventiva preséntase no escrito de interposición do recurso, é dicir, antes de que ese expediente administrativo fora enviado, entón é moi probable que a audiencia da medida preventiva ou da medida de suspensión, se entenda co órgano administrativo que dictou o acto, e non co letrado da Administración, posto que aínda non está constituído en parte nos autos. Desde a Asesoría Xurídica tratamos de coordinar un pouco as actuacións de maneira que sexan os letrados os que interveñan sempre nesos incidentes, de forma que aínda que non estea presentada a Administración e se lle dea traslado ó órgano administrativo para contestar, que este inmediatamente dea traslado ó letrado para que este poida presentarse e contestar ó incidente de suspensión ou da medida preventiva, e se iso non fora posible, sempre se pode acudir ó asesor xurídico do órgano do centro directivo para que faga un asesoramento acerca destas cuestións.

¿Quen pode pedi-la medida preventiva? A Lei da xurisdicción contencioso-administrativa cando regulou a suspensión do acto administrativo, dixo que a medida preventiva podía pedila o actor. Agora a lei di que a pode pedir o interesado. ¿Que se entende por interesado? Só pode pedi-la medida preventiva quen sexa parte no procedemento. Coa única excepción do artigo 136.2 que permite que se solicite unha medida preventiva cando concorran circunstancias de urxencia, antes de que se iniciara o procedemento. Posteriormente debe pedirse a súa ratificación presentándoa no correspondente recurso contencioso administrativo nos dez días seguintes. Non é moi usual que a Administración demandada solicite unha medida preventiva, mais si a pode pedir. Tamén o co-demandado.

¿Cando se pode pedi-la medida preventiva? En calquera estado do procedemento. En principio, na primeira instancia e tamén cando o recurso está en casación ou en apelación, coa posibilidade de execución provisional da sentenza.

O artigo 132 establece que «as medidas preventivas estarán en vigor ata que recaia sentenza firme que poña fin ó procedemento no que se acordaran». Co cal parece que despois de dictada a sentenza firme non se poderá instar, así nese caso, o que hai que obter do tribunal é a execución definitiva da sentenza firme. Mais hai unha excepción importante en relación coa disposición de carácter xeral recollida no artigo 129.2: «Se se impugnase unha disposición xeral, e se solicitase a suspensión da vixencia dos preceptos impugnados, a petición deberá efectuarse no escrito de interposición ou na demanda».

A lei suscita un problema de competencia cando a medida preventiva se presenta e está o asunto en casación, xa que, ¿ante quen hai que

pedi-la medida? Ante o xuíz que estea en coñecemento da casación ou apelación. A regra xeral que se establece para a apelación era a do artigo 83.2 da Lei da xurisdicción contencioso-administrativa que se pedía ante o xuíz de instancia.

O artigo 132 regula dous aspectos importantes:

■ Ata cando duran as medidas preventivas: estarán en vigor ata que recaia a sentenza firme que poña fin ó procedemento no que se acordaran, ou ata que este finalice por calquera das causas previstas nesta lei. Tamén di que, non obstante, poderán ser modificadas ou revogadas durante o curso do procedemento no caso de que cambiaran as circunstancias en virtude das cales se tiñan adoptado.

■ A continuación di que non se poderán modificar ou revogarse as medidas preventivas en razón dos distintos avances que se vaia facendo durante o proceso respecto o análise das cuestións formais ou de fondo que configuran o debate, e, tampouco en razón da modificación dos criterios de valoración que o xuíz ou o tribunal lles aplicaron ós feitos ó decidi-lo incidente preventivo.

■ Ata cando permanece a medida preventiva: di a lei ata que se dicte a sentenza firme. Aquí preséntase o problema da dobre instancia. Unha sentenza que sexa susceptible de recurso de apelación ou de casación. Xa dixemos que a medida preventiva ou a suspensión se podía pedir cando o asunto estaba en casación, pero aquí a dicción literal da lei choca cunha xurisprudencia reiterada do Tribunal Supremo na que se dicía que despois da recepción da figura da execución provisional nas sentencias que se incorporan á reforma da Lei de 1992, ó regularse o recurso de casación, unha vez que xa se dictou sentenza na instancia, o que procede non é obter a medida preventiva, ou solicitarlle ó tribunal a suspensión do acto administrativo, senón a aplicación da figura da execución provisional. O sector doutrinal maioritario sostén que hai que revisar esa doutrina xurisprudencial á vista do que di a lei.

O artigo 133 regula as contracautelas, a posibilidade de que naqueles casos nos que se adopte unha medida preventiva ou a suspensión do acto administrativo, poidan adoptarse calquera tipo de medidas adecuadas para paliar os prexuízos que produzan, ben á Administración ou a calquera terceiro. Igualmente poderá esixirse a presentación de caución ou garantía suficiente para responder daqueles.

En canto á contía do aval rexe o principio de proporcionalidade. Ten declarado algunha xurisprudencia que o feito de ser titular do beneficio de xustiza gratuíta ou a persoa teña serias dificultades económicas para constituí-lo aval, non é un razoamento suficientemente sólido para que o tribunal exima ó cidadán deste.

O artigo 134 establece que o auto que acorde a medida se lle comunicará ó órgano administrativo, o cal disporá o seu inmediato cumprimento, e será de aplicación todo o que dispón a Lei da xurisdicción respecto á execución de sentencias, salvo o previsto no artigo 104.2, que é o prazo de gracia de dous meses que ten a Administración para executar as resolucións xudiciais.

O artigo 135 regula a posibilidade de que a medida preventiva ou a suspensión poida ser acordada en circunstancias de especial urxencia e sen dar audiencia á outra parte. Son as chamadas medidas provisionalísimas. Posteriormente, nos tres días seguintes, citarase a tódalas partes a unha comparecencia onde se vai debate-la cuestión de se se mantén a medida provisionalísima ou se é obxecto dalgún tipo de modificación.

O artigo 136 establece unha serie de regras especiais naqueles casos nos que a medida preventiva se adopta en procedementos nos cales se exercitan pretensións do artigo 29 e 30 da Lei da xurisdicción, é dicir, pretensións nas cales se reclama contra a inactividade da Administración ou contra as vías de feito da Administración. Así, a alínea un deste artigo di que a medida se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que non se dan as situacións previstas neses artigos, ou que a medida ocasiona unha perturbación grave dos intereses xerais. Pola súa parte, a alínea segunda prevé a posibilidade de que se solicite a medida preventiva antes da interposición do recurso contencioso-administrativo, se ben é necesario que se ratifique ó interpoñe-lo recurso.

Fixo despois unha breve referencia ó réxime da suspensión dos actos administrativos en vía administrativa.

Na Lei de procedemento administrativo regúlanse dous tipos de medidas provisionais:

1. As que acorda a Administración unha vez indicado o procedemento para garanti-la efectividade da resolución que se dicte.

2. A posibilidade de suspensión da execución dun acto administrativo como consecuencia da interposición dun recurso. Aquí a regra xeral é, que salvo que se estableza o contrario, a interposición dun recurso en vía administrativa non suspende a efectividade do acto, é dicir, a lei di que o órgano administrativo, ó ponderar debidamente os intereses, pode acorda-la suspensión do acto administrativo, aínda que se limitan as circunstancias:

- Que a execución poida causar prexuízos de difícil ou imposible reparación.
- Que a impugnación se fundamente nalgunha das causas do artigo 62.1.

Existe unha especialidade importante: no caso de que se pida a suspensión do acto administrativo en vía de recurso e transcorridos trinta

días non se resolvera sobre o tema, a suspensión prodúcese por silencio administrativo.

Tamén se prevé en vía administrativa a posibilidade de que ó adoptar unha medida de suspensión se poidan establecer determinadas garantías, cautelas e tamén a prestación de caucións e fianzas. Igualmente establece a lei a posibilidade de que a medida adoptada en vía administrativa se prolongue unha vez que se dictou resolución firme.

Estas xornadas foron clausuradas polo director da EGAP quen agradeceu a presenza de tódolos asistentes, e reiterou que proximamente terán lugar outras xornadas sobre o mesmo tema debido á súa importancia e ó número de solicitudes achegadas. 

## XORNADAS SOBRE A NOVA LEI DE AXUIZAMENTO CIVIL (LEI 1/2000, DO 7 DE XANEIRO)

(Lugo, 6 e 7 de setembro de 2001)

Isabel Castiñeiras Bouzas

Avogada

Nos últimos anos xestouse na sociedade española unha crecente e xeneralizada desconfianza cara á xustiza e cara á capacidade de xuíces e tribunais, en gran medida provocada pola lentitude dos procesos legais e o conseguinte atraso para dictar sentenza e dilucidar cál das partes ten razón.

A nova lei procesual civil busca, esencialmente, como se deduce do seu mesmo inicio, unha tutela xudicial que sexa realmente efectiva como esixe o artigo 24 da Constitución.

A Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, constitúe o texto legal máis extenso que se aprobou, ata o de agora, durante o período democrático instaurado trala aprobación da Constitución española de 1978. O dito texto consta de 827 artigos, 4 disposicións adicionais, 7 disposicións transitorias, 1 disposición derogatoria e 21 disposicións finais, e supón unha notable transformación da xustiza civil con fin de lograr unha efectividade na tutela xudicial atribuída exclusiva e excluientemente a xuíces e maxistrados, integrantes do poder xudicial no marco dun proceso con plenitude de garantías procesuais.

Estas xornadas pretenderon ofrecer unha panorámica xeral, tanto desde o punto de vista dogmático coma práctico, das máis notables novidades legislativas que supón a Lei 1/2000.

As xornadas sobre a nova Lei de axuizamento civil (Lei 1/2000, do 7 de xaneiro) foron organizadas pola Escola Galega de Administración Pública e tiveron lugar os días 6 e 7 de setembro de 2001, no salón de actos da delegación da Presidencia de Lugo, cunha nutrida asistencia.

Foron inauguradas polo director da Escola Galega de Administración Pública, quen, logo de agradecerlle a súa presenza ó público asistente, sinalou que esta Lei 1/2000 vén cambiar substancialmente o panorama legal español e substitúe a anterior lei que data de 1881. Deste xeito, reduce de catro a dous os procedementos, ámbolos dous orais e con presenza do xuíz.

Así mesmo, Domingo Bello destacou que unha das novidades máis salientables da nova lei e que beneficia ó sector empresarial é o proceso monitorio. Mediante este procedemento, poderanse reclamar de maneira rápida e eficaz cantidades inferiores a cinco millóns de pesetas e está especialmente indicado para o ámbito mercantil e as comunidades de propietarios.

O primeiro relatorio das xornadas sobre *as actuacións xudiciais*, correu a cargo de M<sup>a</sup> del Carmen Calvo Sánchez, catedrática de dereito procesual e decana da Facultade de Dereito da Universidade de Salamanca; Agustín Pérez-Cruz Martín, catedrático de dereito procesual da Universidade da Coruña e letrado do Consello Xeral do Poder Xudicial, e de Piedad González Granda, catedrática de dereito procesual da Universidade de León.

En primeiro lugar, M<sup>a</sup> del Carmen Calvo Sánchez centrou a súa intervención na *imparcialidade: abstención e recusación na nova Lei de axuizamento civil 1/2000, do 7 de xaneiro*. Esta relatora salientou que tanto a abstención como a recusación deben ir dirixidas á obtención da imparcialidade. A abstención é o deber que teñen os xuíces, maxistrados, ministerio fiscal, secretarios, oficiais, auxiliares, axentes xudiciais e peritos, segundo a lei, de non entrar a coñecer dun asunto cando entendan que neles concorre algunha das causas tipificadas legalmente que poidan afecta-la súa imparcialidade. A recusación, pola contra, é o dereito concedido ás partes que se se exercita permite afastar dun proceso ós antes mencionados, coa excepción do ministerio fiscal, que, de non absterse, poidan estar incursos na situación antes mencionada.

A regulación de ámbalas dúas institucións, segundo esta relatora, deixa mal sabor; a súa situación sistemática segue sendo incorrecta e agora máis caótica ó separarse a regulación das causas e do procedemento en dous corpos legais: Lei orgánica do poder xudicial<sup>1</sup> e Lei de axuiza-

<sup>1</sup> En diante LOPX.

mento civil<sup>2</sup>; a extensión dos artigos é esaxerada, a sistemática dentro da regulación defectuosa; o fundamental tema das causas queda pendente ó non se aprobar no Pleno do Congreso o Proxecto 121/147 de reforma da LOPX; o lexislador non conseguiu garantir plenamente a imparcialidade, porque porfiou nun sistema pechado de causas notablemente insuficiente, e non evitou a utilización espuria de ámbalas dúas institucións, sobre todo da recusación, ante o sistema totalmente inadecuado de sancións que establece; o diferente tratamento da recusación nos xuízos ordinarios e verbais non se xustifica desde criterios xurídicos.

Pola súa banda, Agustín Pérez-Cruz Martín falou sobre o *régime de ineficacia das actuacións xudiciais na LAC*, e destacou que a nulidade non é un modo de ser do acto, senón unha valoración da discordancia do acto coa norma. Este novo xeito de entende-la nulidade traslada o punto de partida desde o acto á norma, que é en definitiva a que establece as condicións de valoración da nulidade e as consecuencias que tal valoración debe levar consigo.

A problemática da nulidade está abordada na LAC desde a perspectiva práctica, sen especial empeño sistemático, e todo intento de atopar un sistema está destinado moi probablemente ó fracaso. Abonda con examina-los preceptos para convencerse de que o lexislador non quixo formular se determinado suposto constitúe nulidade ou anulabilidade, nin tentou buscar ningunha diferenciación de categorías.

Por iso, a comprensión desta regulación só se pode facer correctamente desde a perspectiva da nulidade como técnica procesual dirixida á privación dos efectos producidos, por actos nos que ó realizarse se cometeran infraccións que o ordenamento considere dignas de tal protección.

Finalmente, Piedad González Granda referiuse á *pluralidade de partes*. Esta relatora sinalou que baixo o rótulo «Pluralidade de partes» co que reza o capítulo II do título I do libro I da LAC, os artigos 12-15 refírense ós fenómenos coñecidos do litisconsorcio e a intervención procesual.

En canto ó litisconsorcio voluntario, esta relatora afirmou que o artigo 12.1 da LAC non ofrece, propiamente, unha definición da figura, senón máis ben o presuposto material de aplicación<sup>3</sup>.

A configuración do litisconsorcio voluntario a través da acumulación subxectiva de accións constitúe unha posibilidade legal concedida ó de-

<sup>2</sup> En diante LAC

<sup>3</sup> Artigo 12.1 LAC: «Poderán comparecer en xuízo varias persoas, como demandantes ou demandados, cando as accións que se exerciten proveñan dun mesmo título ou causa de pedir».

mandante. Non hai carga, senón só unha ocasión ou posibilidade que a LAC lle concede ó actor na que a nota de voluntariedade é imprescindible, e queda descartada calquera posibilidade de acumulación de oficio.

Para que sexa admisible a acumulación subxectiva en que consiste o litisconsorcio voluntario será preciso que concorran tódolos requisitos establecidos no artigo 73.1.1º, 2º e 3º<sup>4</sup>. Ademais, para que esta acumulación subxectiva sexa posible o determinante é a conexión obxectiva, ou como di o artigo 72, que entre as accións exista un nexo por razón do título ou causa de pedir. Enténdese que o título ou causa de pedir é idéntico ou conexo cando as accións se funden nos mesmos feitos. O cumprimento dos requisitos que permiten a acumulación pode ser controlado de oficio ou a instancia de parte.

O efecto principal que produce a acumulación establécese no artigo 71.1: procedemento único (as accións discutiránse nun mesmo procedemento) e sentenza única (tódalas accións se resolverán formalmente nunha soa sentenza, que terá tantos pronunciamentos como pretensións).

Polo que se refire ó litisconsorcio necesario, esta relatora, sinalou que aparece regulado no artigo 12.2 da LAC nestes termos: «Cando por razón do que sexa obxecto do xuízo a tutela xurisdiccional solicitada só poida facerse efectiva fronte a varios suxeitos conxuntamente considerados, todos eles haberán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que a lei dispoña expresamente outra cousa».

Este artigo non ofrece propiamente unha definición do litisconsorcio necesario, senón máis ben o presuposto material de aplicación, o mesmo que ocorría co litisconsorcio voluntario.

Existen supostos de litisconsorcio necesario nos que a doutrina do Tribunal Supremo é bastante homoxénea e, en consecuencia pacífica:

1º. Nos supostos de comunidade de bens.

2º. En materia de comunidade hereditaria.

3º. En materia de obrigacións e contratos, non existe litisconsorcio necesario nas obrigacións solidarias; si existe, pola contra, no caso de obrigacións indivisibles e mancomunadas (para os debedores); etc.

4º. Existe litisconsorcio pasivo necesario naqueles casos nos que, en materia de nulidade matrimonial, esta é instada polo Ministerio Fiscal, caso no que haberá que interpoñe-la demanda contra ámbolos dous cónxuxes.

---

<sup>4</sup> Estes requisitos son: que o tribunal teña xurisdicción e competencia por razón da materia ou por razón da contía; que as accións acumuladas non se deban ventilar en procedementos de diferente tipo; e que non estea prohibida a acumulación por razón da materia ou por razón do tipo de procedemento que haxa que seguir.

5º. Tamén existe litisconsorcio necesario nos supostos de nulidade de actos ou negocios xurídicos nos que estean concernidas distintas persoas.

6º. Tamén constitúe un caso de litisconsorcio necesario o regulado no artigo 600 LAC referente ás tercerías de dominio.

Despois de facer unha breve referencia ó litisconsorcio cuasinecesario, pasou a falar da intervención procesual de terceiros, que se recolle nos artigos 13-15 da LAC e da sucesión procesual regulada nos artigos 16 e seguintes da LAC.

O segundo relatorio da mañá, baixo o título o *xuízo ordinario e o xuízo verbal*, correu a cargo de **José Martín Ostos**, catedrático de dereito procesual da Universidade de Sevilla; tamén interveu **José Luis Seoane Spigelberg**, presidente da Sección 4ª da Audiencia Provincial da Coruña, maxistrado e profesor asociado de dereito procesual da Universidade da Coruña; e **José María Pena López**, decano da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña.

**José Martín Ostos** referiuse no seu relatorio á *teoría xeral sobre a proba*, e salientou que a proba é unha actividade procesual, tendente a acadar a convicción do xulgador sobre os feitos que constitúen a pretensión das partes. Sucesión de actos, pois, que acaece en vía procesual, co obxectivo de obter un pronunciamento definitivo do tribunal en relación co pedido polos litigantes.

O principal obxecto da proba, sen dúbida, constitúeno os feitos que garden relación coa tutela xudicial que se pretenda obter no proceso, conforme dispón o artigo 281 da nova LAC. Feitos entendidos como actos que modifican a realidade, e que son aportados polas partes (non de oficio, dada a vixencia dos principios dispositivos e, sobre todo, de achega de parte, no proceso civil); tamén, se inclúen os novos ou de nova noticia, admitidos polo texto mencionado.

Pola súa banda, quedan exentos de proba os feitos admitidos polas partes (se o obxecto procesual é dispoñible, é dicir, na maioría dos supostos) e os feitos que gocen de notoriedade absoluta e xeral (e son, polo tanto, comunmente coñecidos).

Tamén serán obxecto de proba o costume e o dereito estranxeiro. A proba da primeira non será necesaria se as partes están conformes con ela e esta non afecta á orde pública (o conxunto de principios constitucionais que informan o noso ordenamento xurídico, hoxe en día). En canto á norma estranxeira, loxicamente, haberá que probalo seu contido e vixencia, que previamente deberán ser alegados polos litigantes. Sería iluso pretender que o xulgador patrio coñecera tódolos conxuntos normativos doutros países. Para a dita proba, a lei prescribe que o tribunal poderá valer-se de cantos medios de indagación estime necesarios para a súa aplicación.

A proba debe ser pertinente, útil e legal<sup>5</sup>, rexeitándose as que non reúnan estes requisitos. Enténdese por impertinente a que non garda relación co obxecto procesual. Non tería sentido propoñe-la práctica dunha proba allea por completo ó que se debate.

Por outra banda, será inútil aquela que racionalmente, en ningún caso sirva para esclarece-los feitos controvertidos. Finalmente, debe excluirse calquera actividade prohibida pola lei (por exemplo, a tortura, expresamente vetada no noso ordenamento xurídico).

A razón de ser destas prohibicións atópase no carácter instrumental respecto ó fin principal de administrar xustiza (que debe axustarse ó establecido na Constitución e na lei: principio de legalidade e proceso con tódalas garantías).

As distintas probas propoñeranse por separado e o tribunal resolverá, igualmente, sobre a admisión de cada unha delas<sup>6</sup>. Contra a resolución xudicial (auto), admitindo ou non a proba proposta, só cabe recurso de reposición. Este recurso de reposición debe formularse e resolverse no acto, o cal implica unha manifesta carga oral, documentada en acta polo feudatario xudicial.

No novo proceso civil, a cuestión da ilexitimidade da proba pode ser formulada por calquera dos litigantes e, incluso, de oficio<sup>7</sup>. A resolución do tribunal mantendo ou rexeitando, no seu caso, a proba pola ilexitimidade denunciada, só será recorrible en reposición. O dito recurso interpoñerase, substanciarase e resolverase no mesmo acto do xuízo ou vista, coa posibilidade de que as partes reproduzan a impugnación da proba ilícita na apelación contra a sentenza definitiva<sup>8</sup>.

No xuízo ordinario, admitidas as probas pertinentes e útiles, o tribunal sinalará a data do xuízo, que deberá celebrarse no prazo dun mes desde a conclusión da audiencia. Pola súa parte, no xuízo verbal, unha vez propostas e admitidas as probas, practicaranse de seguido.

A anterior LAC non establecía nada respecto á orde da práctica da proba. Pola contra, o texto de xaneiro de 2000 dispón que, salvo que o tribunal, de oficio, ou a instancia de parte, acorde outro distinto, as probas practicaranse no xuízo ou vista conforme á orde que se recolle no seu artigo 300. Ademais, engade que, cando algunha das probas admitidas non se poida practicar na audiencia, esta continuará para a práctica das restantes, pola orde que proceda.

No que atinxe á valoración da proba, a nova LAC, como principio xeral, pronúnciase polo criterio das regras da sa crítica para valora-la proba

<sup>5</sup> Vid. artigo 283 da LAC.

<sup>6</sup> Vid. artigos 284 e 285 da LAC.

<sup>7</sup> Vid. artigo 287 da LAC.

<sup>8</sup> Vid. artigos 459 e 460 da LAC.

practicada. Así, no interrogatorio das partes preceptúase que, se non o contradí o resultado das demais probas, na sentenza consideraranse certos os feitos que unha parte recoñecera como tales se neles interveu persoalmente e a súa fixación como certos lle é enteiramente prexudicial. En todo o demais, os tribunais valorarán as declaracións das partes segundo as regras da sa crítica<sup>9</sup>. Tamén hai que ter presente que, se a parte citada para o interrogatorio non comparecera ó xuízo, ou comparecendo se negara a declarar, ou as respostas que dera fosen evasivas ou inconcluíntes, o tribunal considerará recoñecidos os feitos nos que a dita parte interviñera persoalmente e que a súa fixación como certos lle sexa enteiramente prexudicial en todo ou en parte<sup>10</sup>.

Polo que respecta á proba documental, os documentos públicos farán proba plena do feito, acto ou estado de cousas que documenten, da data en que se produce esa documentación e da identidade dos feudatarios e demais persoas que, no seu caso, interveñan nela. En canto á forza probatoria dos documentos privados, estes farán proba plena no proceso, cando a súa autenticidade non sexa impugnada pola parte á que prexudiquen. Cando non se puidera deducir a súa autenticidade ou non se propuxera ningunha proba, o tribunal valorarao conforme ás regras da sa crítica<sup>11</sup>. Por último, tamén cabe a aplicación das regras da sa crítica para a valoración probatoria das copias reprográficas<sup>12</sup>.

En segundo lugar, José Luis Seoane Spiegelberg, *referiuse ó xuízo ordinario e ó xuízo verbal*, e salientou que a LAC regula, no seu libro segundo, os procesos declarativos e establece, con carácter xeral, que toda contenda xudicial entre as partes, que non teña sinalada na lei outra tramitación, será ventilada e decidida no proceso declarativo<sup>13</sup>.

A nova LAC clasifica os procesos en declarativos, como son o ordinario e o verbal<sup>14</sup>, e en especiais, que son: os xuízos sobre capacidade, filiación, matrimonio e menores; o proceso de división xudicial de patrimonios con dúas variantes: a división da herdade e a liquidación do réxime económico matrimonial; e o proceso monitorio e o xuízo cambiario<sup>15</sup>.

Pertencen, pois, á clase de procesos declarativos, segundo a nova LAC: 1º) o xuízo ordinario. 2º) o xuízo verbal. Suprímense, pois, os xuízos de maior, menor contía e cognición. Mantense o xuízo verbal, e regúlase

<sup>9</sup> Vid. artigo 316 da LAC.

<sup>10</sup> Vid. artigos 304 e 307 da LAC.

<sup>11</sup> Vid. artigo 326 da LAC.

<sup>12</sup> Vid. artigo 334 da LAC.

<sup>13</sup> Vid. artigo 248.1 da LAC.

<sup>14</sup> Vid. artigo 248 da LAC.

<sup>15</sup> Libro IV, artigos 748 e seguintes da LAC.

un denominado procedemento ordinario, semellante ó declarativo de menor contía, cunha aposta por establecer un procedemento ordinario plenario rápido, fuxindo dos formalismos excesivos e lentitude do *solemnis ordo iudiciarius* que asumiran *As Partidas*, e que tiña a súa última manifestación lexislativa no xuízo declarativo de maior contía.

Os artigos 249 e 250 da LAC sinalan o ámbito de ámbalas dúas clases de xuízos, ó estableceren como criterios distintivos da procedencia dun ou outro a materia da pretensión exercitada en xuízo (criterio que operará preferentemente), así como a súa contía. Con respecto a esta última, tramitaranse polo xuízo ordinario as demandas cun valor que exceda de 500.000 pesetas e aquelas cun interese económico que resulte imposible de calcular, nin sequera de xeito relativo<sup>16</sup>. Pola contra, decidiranse polo xuízo verbal as demandas cunha contía que non exceda de 500.000 pesetas e non se refiran a ningunha das materias previstas na alínea primeira do artigo 249 da LAC<sup>17</sup>.

A exposición de motivos da LAC sinala que, en síntese, se «reserva para o xuízo verbal, que se inicia mediante unha demanda sucinta con inmediata citación para a vista, aqueles litixios caracterizados, en primeiro lugar, pola singular simplicidade do controvertido e, en segundo termo, polo seu pequeno interese económico».

Logo de analizar detalladamente o xuízo verbal e cada unha das súas particularidades, Seoane Spigelberg, centrouse no xuízo ordinario, destacando nel catro fases:

- a) Fase de alegacións iniciais: demanda, contestación, reconvencción.
- b) Audiencia previa ó xuízo, que ten como finalidade esencial, aínda que non única, a emenda de defectos procesuais e a resolución das excepcións de tal carácter, posto que nela tamén se poden efectuar alegacións adicionais, e propoñeranse as probas das que pretendan valerse os litigantes. É dicir, que tal audiencia previa cumprirá catro importantes funcións: de evitación do proceso, saneadora de defectos procesuais, delimitadora dos termos do debate, e de proposición e admisión das probas pertinentes.
- c) Fase de xuízo, na que se practicarán as probas, baixo os principios de publicidade, contradicción e inmediación, e as conclusións dos litigantes.
- d) Sentencia, que deberá ser motivada e susceptible de recurso de apelación, igualmente extraordinario por infracción procesual, e, en determinados supostos, de recurso de casación.

<sup>16</sup> Vid. artigo 249.2 da LAC.

<sup>17</sup> Vid. artigo 250 da LAC.

O terceiro relatorio referido ó tema do *xuízo ordinario e ó xuízo verbal*, correu a cargo de José M<sup>a</sup> Pena López, quen centrou o seu relatorio no *costume* e salientou que ó ser este unha norma xurídica non tería que ser probada por quen a alegase, para que puidese ser aplicada polo órgano xudicial correspondente. A LAC gardaba silencio sobre o costume, sen embargo, o Código civil prescribe no seu artigo 1.3 que o costume rererá sempre que resulte probado.

Na nosa doutrina, tanto procesualista como civilista, discutíase o alcance desta esixencia de proba contida no Código civil. En xeral, entendíase tanto pola doutrina como pola xurisprudencia, que a prescrición do número 3 do artigo 1 do Código civil era unha mera traducción do principio dispositivo ó eido do costume, de xeito que o órgano xudicial correspondente non podería tela en conta se o costume non fose probado polas partes ás que lles interesase a súa aplicación.

Igual que na LAC, na normativa dalgúns dereitos civís especiais territoriais, así ocorre coa Lei de dereito civil de Galicia, coa Compilación de Aragón, coa Compilación de Navarra, e tamén coa Lei de dereito civil do País Vasco, non se esixe a carga da proba cando se trate de usos notorios. A lei de Galicia prescribe que son usos notorios os usos e costumes compilados, os aplicados polo Tribunal Supremo e pola Audiencia Territorial de Galicia. Séguese así, tamén, a traxectoria trazada pola nosa xurisprudencia para os feitos.

¿Cando estamos ante un uso notorio? Cando se trate dun costume notorio nun sentido obxectivo, segundo o diccionario da Real Academia, público e coñecido por todos, ou cando se trate dun costume notorio en sentido subxectivo, é dicir, coñecida polo xuíz ou polas partes litigantes e en particular para Galicia tan só serán notorios os usos mencionados nese artigo 2 da Lei de dereito civil de Galicia? Como contestación a este último interrogante, a xuízo deste relator, os costumes notorios non se poden limitar ós mencionados no artigo 2 da Lei do dereito civil de Galicia porque o decisivo destes costumes é que resulten probados. Pero tampouco a mención ten a solitaria transcendencia de outorgarlles a eses costumes a calidade *iuris et de iure* de notorios. Significa algo máis, significa que esa notoriedade, en consonancia co seu significado literal primario, ten que ser de carácter obxectivo tal e como ocorre cos usos mencionados, expresaríase por outra parte a preocupación bastante xeneralizada con respecto a un ilimitado poder dos xuíces na apreciación do costume; deste xeito, o xuíz só podería e debería apreciar, sen necesidade de proba, o costume cando este fora notorio en sentido obxectivo, porque neste caso non se precisaría esa proba. Fóra deste suposto sería preciso proceder á práctica da proba, sería preciso probala ben de oficio, ben a instancia de parte.

Unha vez examinadas tódalas prescricións existentes no noso ordenamento xurídico respecto á proba do costume, o relator analizou a in-

cidencia da nova LAC no tratamento desta cuestión. Por primeira vez abórdase este tema na LAC prescribíndose no artigo 282 intitulado *obxecto e necesidade de proba*, no seu número 2, despois de preceptuar no número 1 que a proba terá como obxecto os feitos que gardan relación coa tutela xudicial, que tamén será obxecto de proba ou costume. E enládese que a proba do costume non será necesaria se as partes estiveran conformes coa súa existencia e contido e as súas normas non afectasen á orde pública.

Esta normativa non queda modificada senón complementada. No que se refire ó Código civil, este estableceu un requisito material do costume, a súa proba, que agora se somete a un determinado réxime xurídico procedemental, de feito, nas disposicións derogatorias, non se contempla a derogación da prescrición referida á proba do Código civil, mentres que se contemplan como derogadas outras moitas normas do Código civil.

No que atinxe ós dereitos civís especiais que relevan da necesidade de proba no caso de costumes notorios, agora, por se houbera algunha dúbida sobre o límite da competencia das comunidades autónomas en materia de dereito procesual, ó establece-lo número cuarto deste artigo 282 que non será necesario proba-los feitos de notoriedade absoluta e xeral, xeneraliza a exoneración de proba para os costumes notorios e precisa, acertadamente, ó seu xuízo, que a notoriedade exonerará de proba só cando sexa de natureza absoluta e xeral, é dicir, cando sexa de natureza obxectiva, por ser de coñecemento indubidado por parte da xeneralidade de persoas pertencentes ó núcleo social onde rexe o costume.

O réxime xurídico procedemental arbitrado para o costume é o réxime xurídico aplicable ós feitos, así resulta da súa necesidade de proba, da súa situación sistemática e da aplicación ata as súas últimas consecuencias do principio procesual aplicable a estes, o principio dispositivo, con total esquecemento de que o costume tamén participa pola súa natureza bifronte dos atributos propios dunha norma xurídica.

Mentres que para o dereito estranxeiro se establece a potestade da súa investigación, non ocorre o mesmo co costume, o cal non se pode atribuír a un lapsus.

En conclusión, polo que se refire ás posicións existentes con respecto á proba do costume, a lei se partimos de que o costume é un feito, aplícalle tódalas consecuencias do principio dispositivo. En primeiro lugar, instancia de parte de acordo co artigo 283, salvo nos casos en que a lei lle atribúa ó tribunal a facultade de actuar de oficio ou se trate de costume dotado de notoriedade absoluta ou xeral. En segundo lugar, exoneración da proba cando houbese acordo das partes sobre a existencia e contido do costume sempre que este non afectase ó orde público de acordo co artigo 282 número 2.

Reina, pois, con respecto a esta materia da proba do costume o principio de autonomía privada, que no ámbito procesual é o relativo ós feitos como o revela o artigo 282.3 desta lei que prescribe que están exentos de proba os feitos sobre os que exista plena conformidade das partes, salvo nos casos en que a materia obxecto do proceso estea fóra do poder de disposición dos litigantes.

Pola tarde, o primeiro relatorio versou sobre os recursos no proceso civil, no que interviñeron como relatores **Manuel Serra Domínguez**, catedrático de dereito procesual da Universidade de Barcelona e avogado; **Pablo Saavedra Gallo**, catedrático de dereito procesual e director do Departamento de Ciencias Xurídicas Básicas da Universidade das Palmas de Gran Canaria e maxistrado suplente da Audiencia Provincial das Palmas de Gran Canaria; **Joan Verger Grau**, catedrático de dereito procesual da Universidade de Santiago de Compostela e avogado; e **Santiago Nogueira Romero**, avogado.

**Manuel Serra Domínguez**, centrou o seu relatorio no *recurso de casación*, e salientou que aínda cando a nova LAC dedique á casación os artigos 477 a 493, en realidade, os ditos preceptos deben completarse cos anteriores 468 a 476 que baixo a inadecuada denominación de «recurso extraordinario por infracción procesual» regulan o antigo recurso de casación por quebrantamento de forma, de xeito particularmente desacerchado, así como pola mal chamada disposición final décimo sexta.

Segundo este relator, os aspectos máis destacados da reforma son os seguintes:

a) Creación de seis novos recursos en substitución do actual recurso de casación:

1º. Recurso extraordinario por infracción procesual, competencia dos tribunais superiores de Xustiza, que coñecerían non só dos actuais motivos de casación incluídos nos números 1º, 2º e 3º do artigo 1962 LAC de 1881, senón tamén da infracción do artigo 24 da Constitución<sup>18</sup>.

2º. Recurso de casación por infracción de calquera dereito fundamental distinto do recoñecido polo artigo 24 da Constitución, do que coñecería exclusivamente o Tribunal Supremo, sen prexuízo dun ulterior recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional<sup>19</sup>.

3º. Recurso de casación por existencia de xurisprudencia contradictoria encamiñado a garanti-la uniformidade da xurisprudencia, do cal

<sup>18</sup> Vid. artigo 469 da LAC.

<sup>19</sup> Vid. artigo 477.1º da LAC.

coñecería tanto o Tribunal Supremo, coma os tribunais superiores de Xustiza das comunidades autónomas, segundo a índole común ou foral, das leis interpretadas nas ditas sentencias<sup>20</sup>.

4º. Recurso de casación por infracción de lei, ante o Tribunal Supremo ou os tribunais superiores de Xustiza, coa particularidade de que a lei infrinxida non leve máis de cinco anos en vigor e non conte con xurisprudencia que a interprete<sup>21</sup>. O dito prazo de cinco anos non se esixe respecto das sentencias dictadas en materia foral polos tribunais superiores de Xustiza.

5º. O actual e tradicional recurso de casación, pero con elevación da *suma gravaminis* á cantidade de vinte e cinco millóns de pesetas, introducido no proxecto de lei remitido ás Cortes, en clara demostración do fracaso dos anteriores anteprojectos, que unicamente permitían a casación nos supostos de sentencias contradictorias<sup>22</sup>.

6º. Recurso de casación en interese da lei, que unicamente procedería contra as sentencias dictadas polos tribunais superiores de Xustiza ó resolver recursos extraordinarios por infracción procesal, sempre que non foran recorridas en amparo ante o Tribunal Constitucional<sup>23</sup>.

b) Supresión da esixencia do previo depósito e elevación da *suma gravaminis* á cantidade de vinte e cinco millóns de pesetas. Isto implica que para os asuntos de contía inferior ou indeterminada, unicamente se poida acceder á casación de existir xurisprudencia contradictoria ou te-la norma unha antigüidade inferior a cinco anos.

c) Limitación do recurso á infracción dunha norma xurídica, restrinxíndose extraordinariamente á revisión dos feitos en casación.

d) Exacerbación do formalismo do recurso, que se estende incluso ó escrito de preparación, sen prever as posibilidades de emenda.

e) Preparación e interposición escrita do recurso ante a propia Audiencia Provincial, limitándose a vista oral ante o Tribunal Supremo ós únicos supostos de que o solicitaran tódalas partes ou o Tribunal o considerara conveniente.

f) Mantemento da fase de admisión, con dúas importantes novidades: supresión da intervención do Ministerio Fiscal e establecemento dunha audiencia previa no caso de formularse a inadmisión do recurso.

Segundo a opinión deste relator, o noso xuízo debe ser crítico ante a dita reforma porque implica unha total desnaturalización da casación civil

<sup>20</sup> Vid. artigo 477.3 da LAC.

<sup>21</sup> Vid. artigo 477.3 da LAC.

<sup>22</sup> Vid. artigo 477.2 da LAC.

<sup>23</sup> Vid. artigo 490 da LAC.

española, ós poucos meses da aprobación da Lei 29/1998, do 13 de xullo, sobre a xurisdicción contencioso-administrativa que partía da regulación da casación na Lei de 1992 de reforma urxente da de axuízamento civil, que os redactores da nova lei descoñeceron. A descualificación destes redactores queda patente ante a superior calidade da regulación da casación na orde xurisdiccional contencioso-administrativa respecto da proposta no ámbito civil, dándose, ademais, o paradoxo de que en cada unha das catro ordes xurisdiccionais a casación terá, sen a menor xustificación, unha regulación distinta, o cal constitúe unha clara demostración da anarquía lexislativa actual que acada o cumio dos despropósitos na LAC 1/2000.

A reforma parece inspirada en reducir, mediante a formal alegación dunha sentenza anterior, o número de recursos pendentes ante o Tribunal Supremo. Sen embargo, ó erro dogmático úneselle un descoñecemento da realidade práctica da casación. O escaso número de recursos de casación estimados pon de relevo que a finalidade buscada polo litigante non é só a de revocala sentenza recorrida, senón principalmente manter, durante a pendencia do recurso, a situación de feito privilexiada declarada antixurídica pola sentenza recorrida. Isto explica que canto maior sexa a duración do recurso de casación, maior sexa o número de recursos formulados ante o Tribunal Supremo.

Resulta inxenuo pensar que coa mera alegación dunha xurisprudencia anterior contradictoria poida reducirse o número de recursos pendentes ante o Tribunal Supremo. Pola contra, se temos en conta o gran número de audiencias provinciais existentes en España, e que cada audiencia pode contar con varias salas, unido á facilidade de coñecemento que brindan os actuais sistemas informáticos, raro será o caso en que non se atope unha xurisprudencia contradictoria coa impugnada, o que na práctica permitirá o acceso á casación de calquera sentenza.

**Pablo Saavedra Gallo** foi o segundo relator en intervir sobre o tema *dos recursos no proceso civil* e salientou que o lexislador do ano 2000 destina un capítulo completo a regula-lo recurso de apelación: o capítulo III («Do recurso de apelación e a segunda instancia») do título IV («Dos recursos») pertencente ó libro II («Dos procesos declarativos»), integrado por trece artigos (455-467). Capítulo que ten o mérito de ser un dos sectores da LAC-2000 mellor considerados. Deu lugar a un escaso debate no *iter* lexislativo, seguido por comentarios doutriniais positivos.

O novo deseño lexislativo do recurso de apelación presenta notables avances en relación coa LAC-1881. Hai que empezar por recoñecer previamente o acerto do lexislador ó seguir incluíndoo no sistema de recursos. Aínda que moitos fundamentos que xustificaron o seu nacemento están desfasados na actualidade, o sistema de control no dobre grao segue a ser beneficioso para impedi-los erros e un excesivo voluntarismo

xudicial, especialmente coa sobrecarga de traballo padecida polos órganos xurisdiccionais nestes momentos. Na súa opinión, estes avances poden sintetizarse en catro trazos:

1. Concentración-simplificación normativa. Fronte á dispersión de preceptos contemplada na LAC-1881 (atrs. 381-400 e 840-901) agora regúlanse nun só capítulo, coas necesarias mencións específicas noutras normas para os supostos excepcionais nos que cabe apelación. Fronte ós sesenta artigos previstos naquel texto normativo a nova lei ordena a totalidade do recurso de apelación en trece artigos.
2. Uniformidade procedemental. Da caótica pluralidade procedemental ofrecida polas leis procesuais aínda vixentes (cinco procedementos distintos: maior contía, menor contía, cognición-verbal, incidentes e procedementos da Lei 10/68) pasa a substanciarse a apelación nun único procedemento sen especialidades de ningunha clase.
3. Modelo de apelación limitada. Non hai cambios substanciais nos caracteres e ámbito que tradicionalmente integraran a apelación en España.
4. Impugnabilidade de tódalas sentencias/inimpugnabilidade das resolucións interlocutorias. Rompendo coa política lexislativa seguida nos anos noventa, no marco da LAC-2000 son impugnables tódalas sentencias de primeira instancia, sen exclusión ningunha. En sentido contrario, o lexislador afonda na inimpugnabilidade das resolucións interlocutorias, timidamente iniciada nas reformas da Lei 34/84 e 10/92, elevándoa a regra xeral.

É innegable que os novos perfís da apelación implican un cambio positivo, pero iso non obsta para observar aspectos que, a xuízo deste relator, non se resolveron de xeito correcto. Un deles é o mantemento dos tradicionais límites da apelación. Non se debeu renunciar a amplialo ámbito obxectivo do recurso en liña coas propostas ofrecidas polo dereito comparado, o cal permitiría romper coa actual dinámica «revisionista» dos tribunais de apelación. Outros refírense á duplicación inxustificada de actos procesuais e a certas imprecisións.

Non é tecnicamente correcto, aínda que na práctica se convertera en habitual, equiparalos termos apelación e segunda instancia. Conclusión na que coinciden a maioría dos autores, desde diversas perspectivas.

Para un sector, só se pode falar de segunda instancia cando concorren os caracteres do chamado sistema de apelación plena (*novum iudicium*, ausencia de límites no ámbito material instructorio e novo pronunciamento sobre o obxecto do proceso). Peculiaridades que, desde logo, non reúne a apelación limitada española, configurada tradicionalmente como un recurso centrado exclusivamente en revisar a legalidade da sentenza de pri-

meira instancia, sen que sexa posible realizar alegacións distintas ás xa formuladas ou achegar novos materiais instructorios, agás en circunstancias excepcionais.

Outros estudiosos estiman que a cuestión non está no ámbito pleno ou limitado da apelación formulada contra sentenza de primeira instancia, senón nas resolucións interlocutorias ou de dirección, onde é imposible pensar na apertura dunha segunda instancia; polo que a utilización do termo é improcedente.

En calquera caso, este relator opina que a incorrección dos termos empregados para enuncia-lo capítulo está clara. Non teñen o mesmo contido as denominacións apelación e segunda instancia. A primeira, en sentido estricto, fai referencia ó recurso polo que se somete a un órgano xurisdiccional, xeralmente superior, ó xa resolto por outro. Mentres que a segunda instancia constitúe unha fase eventual do proceso, amparada na existencia dun dobre grao de axuizamento dos litixios. Incorrección que adquire o seu máximo nivel ó utiliza-lo lexislador a conxunción «e» para separar ámbalas dúas voces, dando a entender que nos imos atopar no capítulo con preceptos referidos á segunda instancia; o cal é incerto, posto que só se regulan os requisitos e trámites do recurso de apelación. Esta confusión puido evitarse titulándoo conforme ó seu exacto contido: recurso de apelación.

Pola súa banda, **Joan Verger Grau**, falou da rebeldía, a rescisión da sentenza firme e nova audiencia ó rebelde, e afirmou que a rebeldía é aquela situación procesual do demandado que se inicia coa súa incomparecencia, transcorrido o termo do emprazamento, e remata coa súa eventual comparecencia no proceso.

Existen unha serie de supostos de rebeldía:

1º. Segundo o carácter con que sexan emprazados ou citados.

1. O demandado.

2. Os sucesores do demandado.

3. O comparecido con defectos de capacidade ou representación.

2º. Segundo a voluntariedade da ausencia.

Agora ben, para declara-la rebeldía do demandado é preciso que o emprazamento ou citación se efectuaran conforme á lei, porque doutro xeito son nulos<sup>24</sup>.

A situación de rebeldía produce inmediatamente determinados efectos procesuais e pode tamén implicar indirectamente efectos materiais sobre a pretensión deducida, a pesar de que o principio xeral é o de que

<sup>24</sup> Vid. artigos 238.3º e 240.2 da LOPX e 1661 da LAC.

a declaración de rebeldía non será considerada como aplanamento nin como admisión de feitos da demanda<sup>25</sup>.

O primeiro efecto que produce a falta de comparecencia en forma do demandado é a declaración de rebeldía que fai o tribunal cando o demandado non comparece en forma na data e prazo sinalado na citación ou emprazamento.

A declaración de rebeldía non comporta necesariamente a adopción de medidas preventivas para asegura-la pretensión ou a solvencia, sen prexuízo de que se poidan solicitar e conceder se se dan os presupostos xerais do artigo 728 coa posibilidade, ademais, de que a rebeldía «voluntaria» sexa en determinados casos un argumento que poida facer vale-lo demandante das medidas para que o tribunal forme un xuízo provisional e indiciario favorable ó fundamento da pretensión nos termos do número 2 do indicado precepto.

Unha primeira novidade é a notificación mediante edictos da resolución na que se declara a rebeldía do demandado cando o seu domicilio non fora coñecido. O artigo 281.II da LAC de 1881 só ordena a notificación en estrados das providencias que se dicten a partir da constitución do demandado en rebeldía.

En canto ás posibilidades defensivas do rebelde involuntario na LAC de 2000 antes de dictarse sentenza, este relator sinalou que ó igual que o artigo 766 da LAC de 1881, o artigo 499 da LEC de 2000, di que *calquera que sexa o estado do proceso no que o demandado rebelde compareza, entenderase con el a substanciación, sen que esta poida retroceder en ningún caso*. Sen embargo, ó lado desta mera repetición dun precepto que se derroga, introdúcese outro que debe ofrece-lo medio de lle dar cumprimento á necesidade da restitución dos prazos; das actividades procesuais perdidas por causa de forza maior, unha das hipóteses da cal é, precisamente, a do ausente (rebelde) involuntario do proceso<sup>26</sup>.

Este artigo 134 vén a enche-los supostos nos que, sen producirse estrictamente unha nulidade de actuacións (para o cal segue vixente o incidente do artigo 240.2 da LOPX), a inactividade da parte (un dos seus supostos é a ausencia inimputable do demandado) ten por orixe unha causa de forza maior ou feito non imputable ó litigante, demandante ou demandado.

<sup>25</sup> Vid. artigo 496.2 da LAC.

<sup>26</sup> Artigo 134 da LAC: Improrrogabilidade dos prazos. 1. Os prazos establecidos nesta lei son improrrogables. 2. Poderán, non obstante, interromperse os prazos e demorarse os termos no caso de forza maior que impida cumprilos, reanudándose o seu cómputo no momento no que cesara a causa determinante da interrupción ou demora. A concorrencia da forza maior deberá ser apreciada polo tribunal, de oficio ou a instancia da parte que a sufriu, con audiencia das demais.

En canto ás posibilidades defensivas do rebelde involuntario na LAC de 2000 despois da sentenza, o demandado rebelde, se se decata do proceso ó serlle notificada a sentenza definitiva dictada en calquera instancia, ten dereito a utiliza-los recursos que procedan na súa contra<sup>27</sup>. A chamada audiencia do rebelde, denomínase na lei actual *rescisión de sentenza firme*, se ben, ó igual que antes, ademais da rescisión da sentenza dictada en rebeldía, en lugar de restituírse toda a primeira instancia, incorpóraselle a ela un xuízo rescisorio e consérvase, non só a demanda presentada, que sería o correcto para unha cabal restitución, senón tamén tódalas demais actuacións posteriores, agás a sentenza. O xuízo rescisorio consiste en entregárlle-los autos (é dicir, tódalas actuacións anteriores) ó demandado para que expoña o que ó seu dereito conveña na forma prevista para a contestación á demanda; conferir traslado ó demandante e, a partir deste momento, seguir (restituír, reproducíndoos) os trámites do xuízo rescindido, pero conservando a súa validez (aínda que non o mesmo valor) as actuacións antes practicadas na ausencia involuntaria do demandado.

Pola súa banda, **Santiago Nogueira Romero**, falou do *recurso de casación no dereito civil especial de Galicia e na nova Lei de axuízamento civil*. Este relator, facendo unha análise da lei galega sobre o recurso de casación, afirmou que a lei de casación de Galicia está composta por catro artigos, unha disposición adicional, unha transitoria e unha final.

O artigo 1 refírese ás resolucións recorribles, o 2 ós motivos do recurso, o 3 afirma a posibilidade de fundarse nos motivos 1, 2 e 3 do artigo 1.692 e o 4 á imposición de costas polo criterio subxectivo e non polo obxectivo do vencemento.

O artigo 3 queda xa sen contido porque se remite ós tres primeiros motivos da Lei de axuízamento civil entón vixente, que hoxe está derogada e sen precepto que o substitúa.

No artigo 4, relativo ás costas, adoptouse o criterio subxectivo, non só pola novidade do recurso autonómico, senón polas situacións, con frecuencia dubitativas que todo dereito consuetudinario comporta. Isto non pode escandalizar a ninguén. O tema das costas polo seu simple mecanismo do vencemento, aínda que sexa admisible, si é, cando menos, discutible.

---

<sup>27</sup> Artigo 500 da LAC: O demandado rebelde ó que se notificara persoalmente a sentenza, só poderá utilizar contra ela o recurso de apelación, e o extraordinario por infracción procesual ou o de casación cando procedan, se os interpón dentro de prazo legal. Os mesmos recursos poderá utiliza-lo demandado rebelde ó que non se lle notificara persoalmente a sentenza, pero neste caso, o prazo para interpoñelos contárase desde o día seguinte ó da publicación do edicto de notificación da sentenza nos boletíns oficiais do Estado, da Comunidade Autónoma ou da provincia.

O artigo 1 do texto casacional de Galicia, refírese ás resolucións susceptibles de recurso ante a Sala do civil e do penal do Tribunal de Xustiza de Galicia, e son estas:

- a) As sentencias definitivas pronunciadas polas audiencias provinciais de Galicia, así como, no seu caso, as dictadas polos xulgados de Primeira Instancia e demais resolucións a que se refire a Lei de axuizamento civil, sempre que produza excepción de cousa xulgada e calquera que sexa a contía litixiosa.
- b) As resolucións que impidan a prosecución da instancia ou, en execución, resolvan definitivamente cuestións non controvertidas no preito, non decididas na sentenza ou que contradigan o executoriado.
- c) As resolucións para as que expresamente se admita, nas circunstancias e conforme ós requisitos que veñan establecidos. Quedan excluídas as sentencias dictadas nos xuízos de desafuzamento pola falta de pagamento da renda.

Este precepto non parece demasiado afortunado, pois a idea matriz era moi clara en canto que do que se trataba era de fixar como razón decisiva para o acceso casacional galego a da materia e non a da contía. O que ocorreu, pensa este relator, é que as opinións dos políticos non sempre coinciden coas dos técnicos ou expertos, xa que estes só teñen a «*autoritas*» en tanto que a «*potestas*» é daqueles.

Non tódalas sentencias definitivas das audiencias provinciais e xulgados de Galicia son susceptibles de casación por producir excepción de cousa xulgada e calquera que sexa a contía litixiosa. A contía si, pero en infracción do dereito civil especial de Galicia.

Máis lamentable é o contido do apartado b), en canto esixe que sempre a sentenza produza excepción de cousa xulgada, problema hoxe quizais desaparecido.

Seguramente, o lexislador casacional galego estaba pensando nos xuízos sumarios e nos xuízos plenarios da vella e entóns vixente Lei de axuizamento civil, e deixouse levar pola opinión de que as sentencias deses xuízos sumarios non producían excepción de cousa xulgada, o que, como se sabe, no é exacto, pois si a producían nos termos que circunscriben a súa propia «*cognitio*». A alusión é desafortunada e pode ocasionar un certo grao de confusión que, disipadas gracias á sensibilidade do Tribunal Superior, admitiu os recursos en xuízos mal chamados sumarios.

Quizais sobre a referencia que se fai ás resolucións de execución, suponse que sexan autos, que resolvan definitivamente cuestións non decididas na sentenza ou que contradigan o executoriado.

E isto non só polo xiro copernicano que a nova Lei de axuizamento civil lle dá ó recurso de casación, senón porque este precepto é copia do artigo 1.687-2º da anterior. E se é realmente un recurso de casación, o concíbilo como tal, aínda dentro do réxime da antiga lei, ten serios re-

paros xurisprudenciais, que exceden do que, neste momento, é obxecto da nosa atención.

Os motivos do recurso regúlanse no artigo 2, e son:

«1º Infraccións de normas do ordenamento xurídico civil de Galicia ou conxuntamente con infracción deste e de normas de dereito civil común ou doutrina xurisprudencial que estableza o Tribunal Superior de Xustiza ou a anterior do Tribunal Supremo.

2º. Error na apreciación da proba que demostre descoñecemento por parte do xulgador de feitos notorios que supoñan infracción do uso ou costume.

Os usos ou costumes notorios non requirirán proba. Para os efectos deste recurso son notorios, ademais dos usos e costumes compilados, os aplicados polo Tribunal Supremo, polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ou pola antiga Audiencia Territorial de Galicia.»

É claro que non se quería apartar da Lei de axuizamento civil, segundo a reforma de 1992, aceptando o recurso de casación puro, impedindo toda censura de feitos no recurso. A experiencia desa reforma aconsellaba prudencia, aínda que de acordo co Estatuto de Autonomía se puidese facer.

O nº 2º do artigo 2 da Lei galega non comporta unha posibilidade da censura dos feitos en casación, senón todo o contrario.

O uso ou costume é unha norma xurídica. Pero só acada esta categoría cando hai unha repetición dos feitos de contido xurídico, e isto hai que probalo, pero se o Tribunal «*a quo*» aprecia erroneamente eses feitos repetidos e de sentido xurídico, o que está a facer é infrinxir unha norma, consuetudinaria si, pero norma.

O precepto que nos ocupa non se conforma co uso ou costume, senón que sexa un feito notorio ese uso ou costume. E o uso ou costume notorio non requiren proba, pero só son notorios, para os efectos do recurso:

En primeiro lugar, os usos e costumes compilados nunha norma, están xa nunha norma escrita. Sen dúbida estase pensando na Compilación de 1.963, que non pasou dunha raquíta e paupérrima asunción dalgunhas costumes, pero responde á incorporación de normas non escritas ó texto positivo, idea que máis tarde informou a Lei do dereito civil de Galicia, Lei 4/1995 do 24 de maio.

En segundo lugar, a lei galega, neste precepto, facilita a súa concepción do recurso como de casación pura.

Non só require que o uso ou costume sexan notorios, senón que son notorios, ademais dos compilados, os aplicados polo Tribunal Supremo, polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ou pola antiga Audiencia Territorial de Galicia.

Por esa razón, eses usos e costumes notorios non requiren proba, sen dúbida porque a garantía dos órganos xurisdiccionais que os recollen son a mellor garantía da súa existencia.

Algunhas opinións suxerían que tamén se considerasen como notorios os usos e costumes recollidos nos congresos de dereito civil especial de Galicia, que non prosperou e, posiblemente con bo acordo, e non recolleu na lei.

Polo que se refire ás conexións e interferencias da lei galega de casación e a nova Lei de axuízamento civil, a Lei casacional de Galicia ten unha soa disposición adicional, que é do teor seguinte:

«En todo o non previsto na presente lei, e mentres non se opoñan a ela, rexerán como supletorias as normas sobre o recurso de casación previstas na Lei de axuízamento civil».

Estase pensando, sen dúbida, na Lei de axuízamento civil de 1881, vixente naquel momento.

Pero esta disposición adicional haberá de entenderse adherida á nova Lei de axuízamento civil do 7 de xaneiro de 2001.

A propia nova Lei procesual civil na súa disposición adicional primeira, ó explica-lo seu título competencial, dinos que:

«A presente lei dítase ó abeiro da competencia que lle corresponde ó Estado conforme ó artigo 149.1.6º da Constitución, sen prexuízo das necesarias especialidades que nesta orde se deriven das particularidades do dereito substantivo das comunidades autónomas».

Polo dito anteriormente, insistimos en que o lexislador da Reforma do 30 de abril de 1992, ó dictar en concreto normas sobre o recurso de casación ante os tribunais superiores de Xustiza das comunidades autónomas, invadiu competencias lexislativas da Comunidade Autónoma galega, xa que a competencia desta se estende ás normas procesuais.

Non parece ser este o criterio da nova lei. É moi clara a disposición adicional primeira. Afirmar, como se fai, que se dicta ó abeiro do artigo 149.1.6º da Constitución, sen prexuízo das necesarias especialidades que nesta orde se deriven das particularidades do dereito substantivo das comunidades, e afirmalos nunha lei procesual, é recoñecer que esas normas substantivas autonómicas haberán de necesitar unha lexislación procesual propia.

Como conclusións, este relator, subliñou as seguintes:

1º. Que a nova Lei de axuízamento civil recoñece e admite a posibilidade, xa recollida na Constitución, de que as comunidades autonómicas poidan dictar normas procesuais necesarias para a aplicación do seu propio dereito substantivo.

2º. Que a Lei 11/1993, do 15 de xullo, sobre o recurso de casación en materia de dereito civil especial de Galicia, dictada polo Parlamento

Galego, está dentro das competencias legislativas da Comunidade Autónoma galega.

3º. Que a Lei de casación dictada polo Parlamento Galego é a aplicable no recurso de casación en materia do dereito substantivo especial galego, completada e complementada, no non regulado nela, polas normas da nova Lei de axuízamento civil para o recurso de casación.

4º. Que a remisión que fai a disposición adicional da lei galega, en canto á aplicación supletoria das normas sobre o recurso de casación á Lei de axuízamento civil, debe entenderse agora como remisión á nova Lei do 7 de xaneiro de 2000.

O segundo tema sobre o que se disertou esa mesma tarde nas xornadas foi o tema da execución, no que interviñeron **Manuel Cachón Cadenas**, catedrático de dereito procesual da Universidade Autónoma de Barcelona, así como **Just Franco Arias**, catedrático de dereito procesual da Universidade Autónoma de Barcelona e avogado.

**Manuel Cachón Cadenas**, centrou a súa intervención no tema da *execución: disposicións xerais, embargo e tercerías*, e afirmou que esta é unha das materias que contén máis modificacións na LAC. Segundo este relator, a primeira nota sobre a que debemos centra-la nosa atención é que a nova LAC traza unha regulación unitaria de toda a execución forzosa. Xa non se regulan por un lado a execución de sentencias, por outro o xuízo executivo, por outro os procedementos executivos hipotecarios, e así sucesivamente. Pola contra, inténtase regular todo o relativo á execución procesual civil no libro III da LAC. Ademais, establécese formalmente un só proceso de execución mediante a seguinte técnica legislativa:

- a) Por unha banda, a nova LAC prevé un amplo conxunto de normas xerais ou comúns, que resultan aplicables con independencia do título executivo que se esgrima para promover a execución;
- b) Por outra banda, a LAC fixa diversas especialidades procesuais, aplicables en función da clase de título executivo no que se basee a execución.

Pero ámbolos dous grupos de normas aparecen na lei de xeito entrelazado, e non por separado.

Aparentemente, esta técnica legislativa viría a facilita-las cousas, porque tódolos preceptos legais concernentes á execución figuran xa agrupados e sistematizados nun só texto legal (a LAC) e, dentro del, nunha soa pasaxe (o libro III). Pero á hora da aplicación práctica da lei, a opción seguida pola nova LAC non parece a máis axeitada.

Desaparece o xuízo executivo actual como procedemento autónomo, aínda que si continua diluído, disolto no conxunto de normas sobre a execución forzosa que establece a nova LAC. Pero non xa como xuízo independente. Aínda así, o xuízo executivo é, en realidade, o procedemento

que serviu de modelo principal para a regulación do proceso de execución na nova LAC. Outro tanto acontece cos procedementos xudiciais executivos hipotecarios, isto é, o regulado no artigo 131 da lei hipotecaria e os previstos na Lei de hipoteca mobiliaria. Tamén desaparecen como procedementos autónomos, quedando englobados na regulación do libro III da LAC, aínda que se prevén diversas especialidades para estas modalidades de execución nos artigos 681 e seguintes da lei.

O primeiro artigo da LAC que se refire á execución, o 517, comeza por enumerar os diversos títulos executivos, e inclúe nesa relación tanto os títulos propiamente xudiciais (sentencias firmes de condena e o auto de indemnización derivado dos procesos penais incoados por feitos relativos ó uso e circulación de vehículos de motor), paraxudiciais (laudos arbitrais, resolucións que homologuen transaccións xudiciais) e extraxudiciais (case tódolos do artigo 1429 da LAC de 1881: escrituras públicas, pólizas de contratos mercantís, etc.). E inclúese unha cláusula aberta: «as demais resolucións xudiciais e documentos que, por disposición desta ou doutra lei, leven aparelhada execución».

Case tódolos títulos executivos do artigo 1429 da LAC de 1881, están incluídos no artigo 517 da nova LAC. Case todos, pero non todos, porque os títulos cambiarios (letra de cambio, cheque e obriga de pagamento) deixan de ser títulos executivos, é dicir, perden a forza executiva que, ata o de agora, lles atribuíra a lei. Deste xeito, o pagamento das débedas documentadas neses títulos xa non se poderá esixir directamente pola vía executiva, senón que se deberá acudir a unha das seguintes vías:

- a) o proceso declarativo ordinario que corresponda á súa contía;
- b) o xuízo especial cambiario regulado no libro IV da nova LAC<sup>28</sup>;
- c) ou o proceso monitorio, se a débeda reclamada non excede de 5 millóns de pesetas.

Polo demais, para os títulos executivos extraxudiciais, séguese mantendo o requisito de que acrediten unha débeda superior a 50.000 pesetas para que se poida despachala execución.

En canto ó embargo, este relator sinalou que, unha vez dictado o auto de despacho da execución, levarase a cabo o correspondente embargo, precedido ou non, segundo os casos, do requirimento de pagamento ó executado. O executado pode consigna-la cantidade pola que se despachara a execución, ben para evita-lo embargo, ben coa finalidade de acada-lo lanzamento do embargo xa practicado.

O xuíz pode ordena-la manifestación de bens do executado no auto de despacho da execución, se os bens designados polo executante na demanda executiva son insuficientes para cubri-la contía da execución.

<sup>28</sup> Artigos 819 e seguintes da LAC.

Se non hai pacto entre as partes sobre os bens que deben ser embargados, o xulgado conta con amplas facultades discrecionais, dirixidas a que a traba recaia sobre os bens máis facilmente realizables e que ocasionen menos prexuízo para o executado. A nova LAC contempla expresamente a posibilidade de decreta-lo embargo de empresas (art. 592).

Polo que se refire á tercería de dominio, as novidades máis destacables da LAC 2000 son as seguintes:

a) O artigo 593 prevé unha especie de incidente para o caso de que existan dúbidas sobre se os bens pertencen ó executado ou a un terceiro.

b) A admisión a trámite da tercería de dominio suspende a execución sobre os bens ós que se refira, pero o xulgado poderá condicionar esa suspensión á prestación de caución polo terceiro (art. 598).

c) A tercería de dominio deberá dirixirse contra o executante, e o executado só terá que ser demandado cando os bens embargados foran designados por el a efectos do embargo (art. 600).

d) A tercería tramitárase pola canle do xuízo ordinario, calquera que sexa a súa contía (art. 600), pero será resolta por un simple auto, que, ademais, non producirá efectos de cousa xulgada sobre a cuestión relativa á pertenza dos bens (art. 603). É dicir, o auto limitarase a decreta-lo alzamento ou o mantemento do embargo, pero a titularidade dos bens embargados poderá ser discutida no correspondente proceso declarativo ordinario.

e) Na demanda de tercería de dominio, o terceiro só poderá pedi-lo alzamento do embargo (art. 601), é dicir, non poderá acumular outras accións a esa pretensión.

f) Os demandados na tercería só poderán pretende-lo mantemento do embargo. Pero, a xuízo deste relator, isto non impide que o executante poida opoñerse á tercería alegando a nulidade do acto dispositivo en virtude do cal o ben embargado foi adquirido polo terceiro, ou aducindo que ese acto dispositivo foi outorgado en fraude dos dereitos do executante.

Polo que se refire á tercería de mellor dereito, as novidades máis significativas son:

a) Se o crédito invocado polo terceiro consta en título executivo, a tercería só debe ir dirixida contra o executante, pero o executado terá dereito a actuar no proceso en calidade de parte (art. 617).

b) Nese mesmo caso, é dicir, se o crédito do terceiro consta en título executivo, o dito terceiro pode intervir na execución (art. 616), o cal significa que poderá impulsar ou activa-la execución se o executante non o fai.

c) Se a demanda de tercería é acollida, non se pode entregar cantidade algunha ó terceiroista mentres este non satisfaga ó executante tres quintas partes das costas causadas na execución ata o momento da sentenza de tercería (art. 620). É unha novidade acertada, porque intenta evitar que o executante «sufrague» o custo da execución en proveito do terceiroista.

Pola súa banda, **Just Franco Arias**, destacou respecto da demanda executiva que debe conte-los elementos imprescindibles enumerados no artigo 549 da LAC, así como reuni-los requisitos de postulación esixidos polo artigo 539.1 LAC, se ben, de presentarse de xeito incompleto, deberáse conceder un prazo de emenda ó executante. Ademais, resulta de aplicación o artigo 726, referente ó traslado de copias de escritos e documentos cando tódalas partes interveñan con procurador, ás demandas executivas fundadas en resolucións xudiciais firmes; e pode computarse nela a cantidade para costas da fase declarativa se xa existe unha taxación de costas firme; e deben incluírse como parte do principal da execución, como crédito líquido.

Polo que se refire ó auto despachando execución, unicamente cabe despachar execución fronte a quen, sen aparecer como debedor no título executivo, responda persoalmente da débeda por disposición legal cando a dita responsabilidade veña establecida na lei dun xeito directo, sen necesidade dun previo pronunciamento sobre unha conducta, activa ou omisiva, da que se derive a responsabilidade.

Sempre se debe dictar auto para o despacho da execución, xa sexa de prestación diñeiral, de dar, facer e non facer. O dito auto despachando execución de títulos xudiciais pódesele notificar ó procurador, aínda que lle inclúa requirimentos ó representado. No propio auto despachando execución poden acordarse as medidas de aseguramento de embargo, sempre que non sexa necesario requirir de pagamento ó executado. Polo tanto, se a parte executante designou bens a embargar e solicita que se libren oficios, mandamentos, etc., para garanti-la traba, poderanse libralos despachos solicitados. Estas medidas de garantía non se poderán acordar no auto despachando execución cando sexa preceptivo o requirimento de pagamento, por estar supeditado o embargo ó resultado infructuoso do dito requirimento.

O segundo día destas xornadas comezou co relatorio de **Ernesto Pedraz Penalva**, catedrático de dereito procesual da Universidade de Valladolid; e **Francisco Ramos Méndez**, catedrático de dereito procesual da Universidade Pompeu Fabra e avogado, sobre *o proceso preventivo*.

**Ernesto Pedraz Penalva**, centrou o seu relatorio no *proceso preventivo na nova Lei de axuízamento civil*, e sinalou que o novo lexislador procesual civil, se ben non acepta a configuración autónoma dun proceso pre-

ventivo, leva a cabo un tratamento xeral da materia no libro terceiro rubricado: *da execución forzosa e das medidas preventivas*, título VI (*das medidas preventivas*), arts. 721 e seguintes. Así, dedica o capítulo I (arts. 721 a 730) ás disposicións xerais, o segundo (arts. 730 a 739) ó procedemento para a súa adopción, un terceiro capítulo (arts. 739 a 743) á oposición ás medidas cautelares adoptadas sen audiencia do demandado, un cuarto capítulo (arts. 743 a 746) á modificación e alzamento das medidas cautelares, e o capítulo V (arts. 746 e 747) á caución substitutoria das medidas cautelares.

Ó seu loable propósito de sistematizar, uniformar e centra-la actividade preventiva no título VI do libro terceiro non obstan referencias e desenvolvementos noutras partes do corpo normativo, segundo é comprobable nas súas remisións ó embargo executivo, á administración xudicial e á anotación preventiva (no artigo 738.2 da LAC), sen esquecer mencións expresas no artigo 700 ó embargo de bens e caución substitutoria –na execución non diñeiraria–, nos procesos especiais sobre capacidade das persoas (arts. 762 e 763), en materia de filiación, paternidade e maternidade (art. 768) ou no xuízo cambiario (arts. 821.2 e 3 e 823).

As medidas preventivas aparecen definidas en varios preceptos<sup>29</sup> e pódese dicir que son consideradas como tales calquera actuación directa ou indirecta (sempre que reúna as características normativas do propio artigo 726) instada necesariamente polo actor principal ou reconvenicional, respecto dos bens ou dereitos do demandado (art. 726.1), que tenda a *asegura-la efectividade da tutela xudicial que puidera outorgarse na eventual sentenza estimatoria que se dictara* (art. 721.1 e 727.11<sup>a</sup>), *de xeito que non poida verse impedida ou dificultada por situacións producidas durante a pendencia do proceso correspondente* (art. 726.1.1<sup>a</sup>).

Cómpre disecciona-la noción exposta nos diversos elementos que a compoñen: a súa xurisdiccionalidade, logo a súa adopción compételles en exclusiva ós órganos xurisdiccionais e exclúese o seu posible acordo, por exemplo, por árbitros, mediadores ou outros resolutores ou intervinientes na solución xurídica de controversias; non hai *numerus clausus* de medidas senón que é admisible calquera que se axeite ás características e finalidade legalmente concretadas; son de carácter dispositivo; de natureza basicamente patrimonial en canto lles afecta ós bens e dereitos do demandado; teñen unha finalidade asegurativa da efectividade dunha eventual sentenza estimatoria; son instrumentais respecto da resolución a recaer nun proceso principal; son acordables polo xuíz baixo a responsabilidade do solicitante, o cal deberá presta-la caución que se lle fixe antes de calquera acto de cumprimento da medida.

<sup>29</sup> Arts. 721.1, 726.1<sup>a</sup> e 728.1 da LAC

Convén advertir que para a nova LAC gozan de natureza preventiva as actuacións de contido patrimonial respecto dos bens e dereitos do demandado, sen prexuízo de que con tal carácter se poidan acordar outras polo xuíz, consistentes en ordes e prohibicións de contido similar ó que se pretenda no proceso; pero tamén parece predicable a natureza preventiva de medidas non patrimoniais como acontece coa de internamento do presunto incapaz.

Este relator referiuse, tamén, a que os presupostos das medidas preventivas son: o *fumus boni iuris*, o *periculum in mora*, a proporcionalidade e, eventualmente, a caución. Así mesmo, sinalou as súas características que son: xurisdiccionalidade, dispositividade (art. 721), instrumentalidade (arts. 721.1, 726.1.1<sup>a</sup>), provisionalidade (art. 726.2), temporalidade (art. 726.2), xeralmente con audiencia de parte contraria (733.1), solicitables antes ou durante o proceso de declaración (730.1,2 e 4) e, finalmente no inciso último do número 2 do artigo 726, permite que o xuíz poida decretar como medidas preventivas ordes e prohibicións de contido similar ó obxecto litixioso que se pretenda no proceso, sen prexulga-la sentenza que en definitiva se dicte, co cal se alude á homoxeneidade e non identidade co dereito substancial deducido. Ademais, tamén deben concorrer para o outorgamento do amparo preventivo dúas notas como son a urxencia e a necesidade, que unicamente están previstas polo lexislador da LAC no artigo 730.2, parágrafo primeiro, con referencia ó solicitable antes do proceso principal, e no artigo 733.2 para acordalo *inaudita altera parte*.

Pola súa banda, **Francisco Ramos Méndez**, destacou que a nova LAC consolidou a doutrina común ata o de agora pero que ó mesmo tempo abre algúns puntos que esixirían un cambio, sobre todo, de mentalidade na aplicación de avogados, pero tamén do persoal xurisdiccional que é o que ten, en definitiva, a chave do éxito de calquera medida preventiva.

A decisión de se se adopta ou non unha medida preventiva ten que ser hoxe en día unha etapa normal de calquera proceso. A medida preventiva debería incorporarse como algo típico non máis lonxe da audiencia previa. Debemos insistir en que as medidas preventivas non se poden limitar a ser meramente conservativas da situación, é dicir, as medidas que supoñen anticipación da execución pura e dura son admisibles en vía preventiva. Por esta vía preventiva deberíamos chegar a establecer unha especie de regulación provisional da situación que se discute ata que se decida definitivamente. Medida preventiva debe ser, pois, calquera anticipación da execución. Dito isto, calquera medida executiva se pode anticipar á vía preventiva.

O artigo 728.3 senta o criterio de que a medida preventiva non procede en tódolos casos. A medida preventiva será sempre procedente se se cum-

preen tódolos presupostos. Segundo este relator, os presupostos externos cúmprense sempre, o problema redúcese ó *fumus* e ó *periculum in mora*.

O procedemento está regulado dun xeito tan superabundante que pode resultar mastodóntico de xeito que haxa un proceso paralelo co principal sobre a medida preventiva e iso é absolutamente desbordante sobre todo cando unha medida preventiva se solicite, por exemplo, coa demanda que é a fórmula que prima a lei. Aínda así, a medida preventiva pódese solicitar antes ou despois da demanda, sempre e en calquera momento.

Outro problema é o da audiencia do demandado. A regra debería se-la medida sen audiencia do demandado porque é importante o factor sorpresa, pero a regra é xustamente a contraria porque a lei tivo medo de que se solicitaran medidas abusivamente.

A medida preventiva debe aspirar a regular provisionalmente, mentres se tramita o proceso, a situación litixiosa. Desde este punto de vista, todo o catálogo de medidas preventivas das que fala a lei e que aparece recollido no artigo 727, sobran tódolos números menos o 11 que é unha cláusula xeral: as medidas que se estimen necesarias para asegurar a efectividade da tutela xudicial que puidera outorgarse na sentenza que recaera no xuízo. Logo a intelixencia ancestral dos nosos xuristas sempre acerta coa medida concreta, co que a el lle vai ben e lle interesa.

O derradeiro relatorio das xornadas correu a cargo de **Fernando Gómez de Liaño González**, catedrático de dereito procesual da Universidade de Oviedo, avogado e maxistrado en excedencia, e de **Arturo Álvarez Alarcón**, catedrático de dereito procesual da Universidade de Cádiz, e tratou sobre os *procesos especiais*.

**Fernando Gómez de Liaño González** tratou do xuízo monitorio e cambiario e que segundo el ten que ver cun aspecto superior que é a protección do crédito. Unha porcentaxe moi elevada das causas dos preitos que se formulan están en relación coas chamadas reclamacións de cantidade.

Na exposición de motivos da nova LAC xa se ve que unha das preocupacións que o lexislador percibiu da sociedade é esa preocupación polo crédito. Efectivamente, tratou de abrir posibilidades e así dáno-la posibilidade dun xuízo executivo, ó que a lei se refire como *execución de títulos extraxurisdicionais*.

Tamén dispoñemos do xuízo monitorio e do xuízo cambiario. O xuízo monitorio serve para créditos máis debilmente documentados. A mellor protección do crédito está no que se deu en chama-la *cultura da pacificación*. Hai moitos preitos que non deberían formularse, deberíase practicar unha cultura pacificadora.

O xuízo cambiario non é un xuízo executivo, o xuíz non despacha a execución ata que se aquieta o demandado ou a súa oposición non pros-

pera. O xuízo cambiario non é máis ca un xuízo monitorio especial que vai dirixido precisamente a crea-lo título executivo, nel créase o título executivo e por iso ten perfecto entendemento o artigo 66 (lexislación cambiaria) cando di que levará aparelada execución a través do xuízo cambiario. A demanda debe ser sucinta, debemos referirnos simplemente ós requisitos do efecto cambiario. Trátase dun simple documento cun *suplico* no que se pide que se admita a trámite, que se acorde o requirimento de pagamento e o embargo preventivo, e en defecto de oposición se despache a execución.

Hai un problema de interpretación do artigo 821 LAC que di: *ordénase o embargo preventivo de bens do debedor pola cantidade que figura no título por se non se atendera ó requirimento de pagamento*. A redacción do precepto non é moi feliz porque hai algúns autores que din que hai que face-lo requirimento de pagamento, esperar 10 días e despois proceder ó embargo. Non, porque o artigo seguinte permítenos solicitar levanta-lo embargo dentro de cinco días co tema da tacha de falsidade; de feito se podemos levanta-lo embargo dentro de cinco días, dentro deses 10, é porque o embargo xa se tivo que realizar. A única interpretación posible é entender que o embargo preventivo que se decreta inicialmente, faise inmediatamente despois do requirimento de pagamento.

Se o debedor atende ó requirimento de pagamento, remítesenos ó artigo 583 que é un artigo previsto para a execución. Moitos din por isto que estamos ante un proceso de execución aínda que este relator considera que esta remisión ó artigo 583 é para unha actuación concreta e que, polo tanto, non ten ese significado.

O gran problema que presenta o xuízo cambiario é o da oposición cambiaria. É de agardar que con esta reforma se avance no tema da seguridade xurídica, porque un dos temas que máis inseguridade xera para o xusticiable é a dispersión de doutrina, que é o que pasaba co cambiario anterior. Esperamos que agora haxa a posibilidade de unificar criterios.

O cambiario ten o problema de que non produce efectos de *cosa xulgada* nos termos que nos di respecto das cuestións que puideron tratarse ou que se puideron formular, polo tanto, teríamos que ter moi en conta, sobre todo para os efectos de formular un posible declarativo posterior, o ámbito limitado que sempre tiveron estes procedementos sumarios e que o seguen tendo.

O xuízo monitorio copiou-se de Europa. Adoptamos un monitorio documental, porque require un apoio documental mínimo, e en Europa coñécese un monitorio puro. Vai dirixido a proporcionar unha percepción rápida daqueles créditos que teñen unha mínima documentación e que realmente non son discutidos. O profesor Serra di que en realidade non é un proceso xurisdiccional, tende a eliminar un proceso cando non hai conflito. O relator di non ter moi claro que sexa unha xurisdicción

voluntaria pero si a idea de que é algo que só serve cando o conflito é mínimo ou non subxace, hai unha morosidade exclusiva. O mecanismo ó que responde non se afasta moito daquelas dilixencias preparatorias de execución que había na lei anterior. O mecanismo está derivado dun propio recoñecemento e por iso se vai a esa natureza de xurisdicción voluntaria que desaparece en canto hai oposición. Neste sentido o monitorio é unha cousa tan sinxela como a petición e o requirimento de pagamento, aí remataría o monitorio.

Os documentos que podemos utilizar para acudir ó monitorio, son calquera documento que teña un recoñecemento, marca ou pegada, incluso, outros que aínda unilateralmente creados, sen ningún recoñecemento polo debedor, sexan dos que habitualmente documentan créditos e débedas, en relación ó da clase que apareza existente entre aquel debedor (ex. peche de contas).

Polo demais, prodúcese unha transformación do procedemento e tamén o efecto de cousa xulgada, este efecto prodúcese incluso cando xa se despachou a execución porque non hai oposición, e aquí pareceu un pouco duro. Esta é a vantaxe que pode presentar porque se nese prazo non manifestamos a oposición, despois non podemos acudir a ningún declarativo posterior para desface-lo entorto.

Pola súa banda, **Arturo Álvarez Alarcón**, falou dos procesos sobre filiación, paternidade e maternidade, sinalando que a nova LAC regula este proceso no seu libro IV, integrando o título I, que comparte cos procesos sobre capacidade, matrimonio e menores. Este relator salientou que a nota común a todos estes procesos é que en todos eles o principio dispositivo se atopa diminuído, é dicir, que o interese público presente é notable. A tramitación procesual das pretensións de filiación, maternidade e paternidade pódese englobar baixo a común expresión de reclamación ou impugnación da filiación.

A filiación enténdese como toda relación *existente entre xerantes e xerados, pais e fillo, co conxunto de dereitos, deberes, funcións e, en xeral, de relacións que os vencella nunha das máis ricas e complexas institucións xurídicas e humanas que o dereito contempla*. O ordenamento constrúe unha relación xurídica entre *xerantes e xerados*, e esa construción faise considerando aspectos sociais e volitivos, pero a raíz é de orixe biolóxico: a xeración do fillo. É dicir, o ordenamento xurídico parte da filiación biolóxica para conseguir unha filiación xurídica. Sen embargo, filiación biolóxica e filiación xurídica non teñen por qué coincidir.

A regulación substantiva da filiación que se levou a cabo ten as seguintes características:

1) A filiación é unha calidade persoalísima da persoa que serve á súa identificación. De aquí, dedúcese que as facultades que se conceden á

persoa para a defensa da súa filiación teñen igual consideración persoalísima. A defensa da filiación supón a protección da propia persoa.

2) É materia que queda fóra do comercio dos homes, e por iso é irrenunciabile, indispoñible e imprescritible. Non obstante, en canto á indispoñibilidade, recoñéceselles ós interesados o libre exercicio das accións xudiciais; e, en canto á imprescritibilidade, establécense prazos de caducidade.

3) A presenza do interese público apréciase en que a vontade dos interesados só se desenvolve dentro das marxes que expresamente recoñece a lei, e non se admite transacción nin arbitraje, esixíndose o seu reflexo nun axeitado rexistro público e outorgándosele ó Ministerio Fiscal notables intervencións.

Consecuencia de todo isto é a declaración que contén o parágrafo primeiro do artigo 764 da LAC: *Poderá pedirse ós tribunais a determinación legal da filiación, así como impugnarse ante eles a filiación legalmente determinada, nos casos previstos na lexislación civil.*

As pretensións nas que a LAC permite que o cidadán poida exercitar verbo da filiación son dúas. En primeiro lugar, a *pretensión de recoñecemento da filiación*, cando esta aínda non se determinara por ningunha das vías dos artigos 115 (para a matrimonial) e 120 (para a non matrimonial) do Código civil: a inscrición do nacemento xunto coa do matrimonio dos pais, recoñecemento ante o encargado do Rexistro civil, en testamento ou noutro documento público, resolución recaída con arranxo á lexislación do Rexistro civil e, respecto da nai, cando se faga constar a filiación materna na inscrición de nacemento practicada dentro de prazo, de acordo co disposto na lei do Rexistro civil.

Segundo, a *pretensión de impugnación da filiación*, para o caso de que esta xa fora determinada como se sinalou antes. Téñase presente que mentres que o recoñecemento da filiación se pode facer por varias vías (as expresadas nos artigos 115 e 120 do Código civil), a impugnación unicamente se pode obter por medio da vía xurisdiccional.

Hai unha ocasión na que necesariamente ámbalas dúas pretensións, de reclamación e impugnación, deben promoverse conxuntamente, e non pode admitir-se a primeira se non se exercita a segunda, coas consecuencias que iso implica en materia de litisconsorcio pasivo, cando menos. Isto acontece cando a reclamación pretendida é contradictoria con outra xa legalmente determinada, posto que *non será eficaz a determinación dunha filiación en tanto resulte acreditada outra contradictoria* (art. 113.II do Código civil).

A pretensión da reclamación de filiación non pode admitirse cando esta xa se establecera por sentenza, nin tampouco cando precisamente a que se reclama se tivera impugnado, igualmente por sentenza. Así

mesmo, inadmitirase a pretensión de impugnación dunha filiación que xa se establecera por sentenza (art. 746.2).

En canto ás partes deste proceso, debemos destacar que o lexislador estimou necesario declarar expresamente a esixencia da defensa por avogado e a representación por procurador, salvo, naturalmente, que sexa o Ministerio Fiscal quen exercite a pretensión atribuída a unha das partes, caso no que non se precisa dos referidos profesionais.

Polo que se refire á lexitimación activa, resulta dos artigos 131 a 141 do Código civil, nos que se establece expresamente quen son os únicos ós que se lles recoñece dereito ou interese na reclamación ou na impugnación da filiación. Na LAC, contéñense dúas disposicións relativas ó actor, ámbalas dúas no artigo 765. A primeira delas refírese ó exercicio da pretensión polo fillo menor ou incapacitado, herdando a norma do artigo 129 do Código civil, e a segunda á sucesión procesual do actor, que é unha copia literal do artigo 130 do mesmo corpo legal.

A integración da capacidade procesual dos menores e incapacitados lévase a efecto mediante a presenza no proceso do seu representante legal ou coa asistencia, autorización, habilitación ou o defensor esixidos pola lei. A isto refírese o Código civil para quen os fillos non emancipados están baixo a potestade do pai e da nai, a cal se exercerá sempre en beneficio dos fillos, e inclúense entre os seus deberes e facultades o de representalos; a falta daqueles, a representación atribúeselle ó titor.

Se a lexitimación activa non se regula na LAC senón no Código civil, non ocorre o mesmo coa lexitimación pasiva, á cal se refire o artigo 766, que establece que serán demandadas tódalas persoas que non tiveran interposto demanda e que se atopen nalgunha das condicións que se expresan:

1. Cando se pida a determinación da filiación: que se atribúa a condición de proxenitores ou de fillo na demanda.
2. Cando se impugne a filiación legalmente determinada: os que aparezan como proxenitores e como fillo en virtude dela.

Se calquera deles falecera, serán parte demandada os seus herdeiros.

Nesta clase de procesos, ó igual que ocorre cos que tratan sobre a incapacitación ou nulidade matrimonial, é preceptiva a intervención do Ministerio Fiscal.

Ó Ministerio Fiscal unhas veces atribúeselle lexitimación para intervir directamente no proceso, vixiando polo interese público, sempre presente en todos estes procesos, actuando como demandado; pero noutras ocasións intervirá facendo vale-los intereses do fillo menor ou incapacitado (art. 765.1 LAC) como demandante.

A presenza do interese público nesta clase de procesos tradúcese, no que ó obxecto do mesmo se refire, na indispoñibilidade do mesmo así

como na atribución ó xuíz dunhas amplas facultades relativas ó achegamento dos feitos e á súa proba.

A indispoñibilidade da pretensión procesual regúlase no artigo 751. Nos procesos de filiación non surtirá efecto en ningún caso a renuncia, o aplanamento nin a transacción. O desestimento si é posible pero require a conformidade do Ministerio Fiscal, só no caso de que existan menores, incapacitados ou ausentes interesados no procedemento. O desestimento diferénciase da renuncia, do aplanamento e da transacción, entre outras cousas, porque non implica unha dispoñibilidade do fondo do asunto, e por iso é admisible. Por último, cómpre destacar que neste tipo de procesos de filiación, a conformidade das partes sobre os feitos non vencellará ó tribunal, o non poder este decidi-la cuestión litixiosa baseándose exclusivamente na dita conformidade ou no silencio ou respostas evasivas sobre os feitos alegados pola parte contraria. Así mesmo, o tribunal tampouco estará vencellado, nos procesos a que se refire este título, ás disposicións desta lei en materia de forza probatoria do interrogatorio das partes, dos documentos públicos e dos documentos privados recoñecidos (art. 752).

O procedemento que se seguirá é o do xuízo verbal, coa particularidade de que se introduce un período de vinte días para contesta-la demanda, nos termos do artigo 405 da lei.

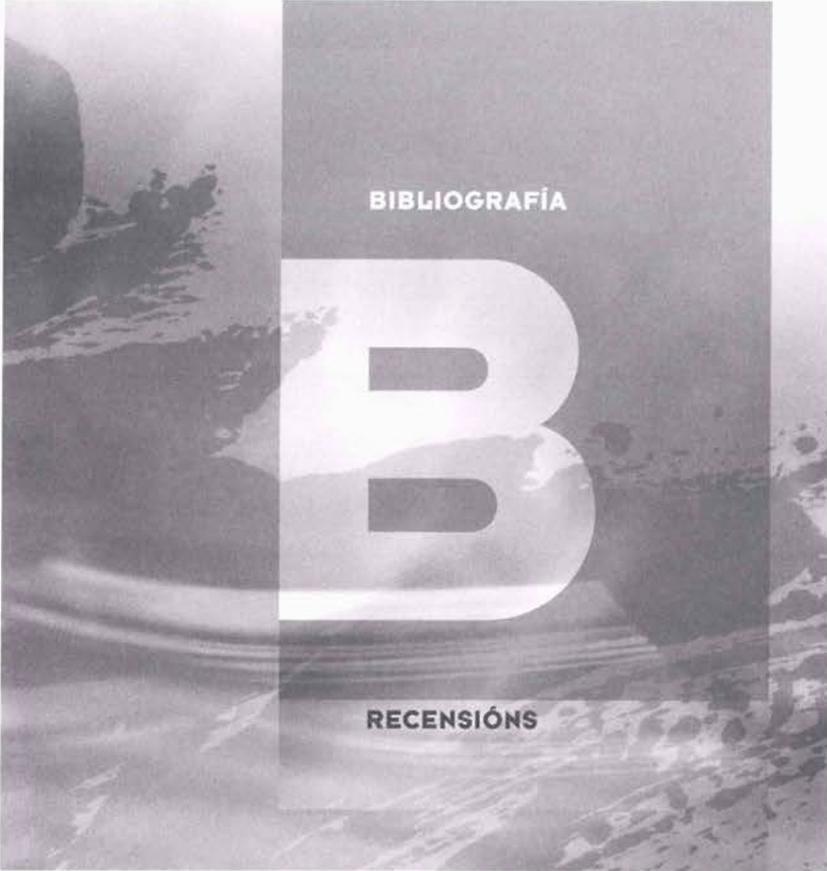
Logo de referirse á proba, este relator sinalou que as sentencias e demais resolucións que se dicten nestes procesos comunicaránselles de oficio ós rexistros civís para a práctica dos asentos que correspondan. A petición de parte, tamén se comunicarán a calquera outro rexistro público para os efectos que en cada caso procedan.

Estas xornadas foron clausuradas polo director da EGAP, **Domingo Bello Janeiro** que agradeceu a presenza do público asistente e ós relatores que interviñeron nelas, e destacou que a eficacia, rapidez e sinxeleza que se buscan a través da LAC, só se poderán artellar eses procedementos sinxelos e rápidos que se prevén na LAC, se se acompañan dunha auténtica dotación de recursos, de medios económicos, humanos e materiais e sobre todo se entre tódolos intervenientes non tráfico xurídico se produce unha pronta e leal disposición dos profesionais do dereito que teñen que ter esa receptividade ó enorme esforzo en transformación da cultura forense que a reforma supón. Realmente a LAC constitúe un importante e eficaz instrumento de transformación e de modernización da xustiza civil.

Pola súa banda, **Joan Verger Grau** tamén agradeceu a presenza dos asistentes e resaltou a importancia dunhas xornadas sobre este tema. Por último, **M<sup>a</sup> Josefa Ruíz Tovar**, presidenta da audiencia provincial de

Lugo, destacou a magnífica organización por parte da EGAP destas xornadas, así mesmo, salientou a calidade dos relatorios e aconselloulles a tódolos asistentes a lectura das comunicacións achegadas polos relatores porque serven para clarexar moitos dos aspectos da nova LAC. 





**BIBLIOGRAFÍA**

**B**

**RECENSIONES**



## La multiculturalidad

Javier de Lucas Martín, (Coord.)

Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001

A multiculturalidade non é un fenómeno social novo. Éo si como preocupación, debido á impregnación de que o prové o renacemento do racismo en Europa, as reivindicacións culturais das minorías étnicas e o recoñecemento de carácter integral a que apelan os pobos indíxenas. A multiculturalidade xa se encontraba presente na colorida polietnicidade que se apreciaba nas cidades da antigüidade, onde confluían mercadores e grupos humanos de orixes xeográficas e pobos diferentes. Por outra parte, nas relixións antigas e medievais, di C. Kluckhohn, a idea de raza ocupaba pouco lugar ou ningún, e a case totalidade delas incluían o concepto de irmandade universal.<sup>1</sup>

A plácida relación social entre dúas razas no cadro *O xardín das delicias* de Jerónimo Bosch, de comezos do século XVI, non plasma a discriminación que se imporá co sistema colonial. Jean-Paul Sartre, no prólogo do libro de F. Fanon *Os condenados da terra*, describe así o carácter perverso do dito sistema: «A violencia colonial non se propón só como finalidade manter en actitude respectuosa ós homes sometidos, trata de deshumanizalos. Nada será aforrado para líquida-las súas tradicións, para substituí-las súas linguas polas nosas, destruí-la súa cultura sen dálle-la nosa; embruteceráselles ata o cansazo (...)».<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Véxase en Clyde Kluckhohn *Antropoloxía*. Editorial del Fondo de Cultura Económica. México, 1972.

<sup>2</sup> Véxase o prólogo de Jean-Paul Sartre ó libro «*Os condenados da terra*» de Franz Fanon. Editorial del Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

É o «modo de ver» ó Outro de pel distinta que se herdou do colonialismo, o que nas últimas décadas se tentou estirpar da conciencia con diferentes resultados. Aínda que xa non hai colonizados nin escravos en América –a distinción hai que facela por mor do recente brote escravista con nenos en África ecuatorial atlántica–, hai pobos indíxenas herdeiros dos anteriores, con recoñecementos atrasados, parciais e que se resenten da existencia dunha diferenca creada como desigualdade marxadora e excluín-te. A preocupación por instaurar unha educación que respecte a cultura dos pobos indíxenas e que, ó mesmo tempo, sexa un vehículo para un desenvolvemento social e económico equitativo na sociedade, é dalgún xeito unha forma de facerse cargo dos danos que se lles ocasionaron co sistema colonial, unha historia que lles supuxo atropelos e espoliacións xa desde o comezo do proceso.

O libro, plasmación escrita dun curso co mesmo nome, aborda a multiculturalidade desde a propia base conceptual, isto é, o concepto de cultura, como tamén os seus alcances conceptuais fronteirizos como son as ideas de interculturalidade e de transculturalidade. Igualmente, trata acerca das vinculacións socioantropolóxicas da multiculturalidade, como é o caso especial da educación e o proceso de aculturación que se inicia a partir do contacto cultural que o fenómeno multicultural provoca.

Ofrece en primeiro lugar dúas reflexións que tentan chama-la atención sobre a complexidade diso que segue denominándose «sociedade multicultural». Na primeira, que desenvolve o profesor Gianni, advírtese sobre a prioridade de adoptar un punto de vista non esencialista, senón práctico, o da filosofía práctica, para reivindicar-la necesidade de debater sobre os *multiculturalismos* en clave política. A segunda, asinada polo propio Javier de Lucas Martín, coordinador do libro, tenta contribuír á superación dalgunhas confusións conceptuais en torno ás sociedades multiculturais, confusións acrecentadas, pola irrupción do perturbador libro do profesor Sartori<sup>3</sup>, e pola óptica etnicista que, no noso contexto, parece unha esixencia de certo discurso sobre os «perigos da inmigración».

No segundo bloque abórdanse en clave de problemas algúns «escenarios» da nosa sociedade multicultural. Máis concretamente tres, aínda que sen dúbida poderían ter sido outros. O primeiro é o máis importante porque nos sitúa ante a ameaza fundamental, a do incremento do racismo e da xenofobia como un custo aparentemente inevitable da nosa transformación en sociedades multiculturais. Para falar de racismo e xenofobia en relación coa aceleración e cos cambios cualitativos dos fluxos migratorios que teñen por destino España, cóntase coa participación do profesor Martínez Veiga, probablemente o antropólogo que mellor coñece desde hai anos a situación, os trazos, os procesos sociais, relacionados coa emigración como axente de multiculturalidade no sur da Península Ibérica.

<sup>3</sup> SARTORI, Giovanni , *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*. Ed. Rizzoli, Milano, 2000.

A segunda colaboración, desenvolvida pola profesora Souad El Hadri, da Universidade de Oujda, é o argumento da incompatibilidade cultural co que algúns (Hungrington, Sartori) denominan o «inimigo cultural», o Islam. Se hai algún punto no que a presenza do Islam como factor de multiculturalidade parece presentar problemas é o estatuto da muller, que, sen embargo, dista de ser homoxéneo. A profesora El Hadri presenta alternativas á disxuntiva laicidade-fundamentalismo, desde o estudio da experiencia xurídica de Túnez, Alxeria e Marrocos.

O terceiro caso de conflito na nosa sociedade multicultural vén de recibir un tratamento mediático inusitado: é o caso dalgunhas prácticas rituais femininas que de modo simplista e en termos de fobotipo se identifican só coa ablación para xustificar a tese da incompatibilidade dunha parte dos axentes do multiculturalismo coa nosa convicción de defensa da universalidade dos dereitos humanos. A profesora A. Kaplan, que dirixe desde hai anos un proxecto de investigación sobre ese tema, ten ó seu cargo a representación.

E finalmente o terceiro bloque está dedicado a algunhas propostas de xestión das sociedades multiculturais que arrancan da valoración da interculturalidade como modelo, pero tentan concretala para que non se quede nunha fórmula retórica, abstracta, como sucede coas respostas que se dictan a miúdo criticamente, como a da tolerancia ou a neutralidade. En primeiro lugar, a profesora M<sup>a</sup>. J. Añón examina a alternativa de transformación da noción de cidadanía como vía para xestionar a multiculturalidade e dedica a súa intervención á denominada «cidadanía diferenciada», sobre a que publicou xa diversos traballos que foron obxecto de debate. Xunto a ela, a profesora N. Torbisco, desenvolve a súa análise da proposta que insiste no recoñecemento de dereitos colectivos como solución. Finalmente, o profesor M. Delgado, que, desde a antropoloxía, fixo algunhas das contribucións máis interesantes a propósito da multiculturalidade e inmigración, ten ó seu cargo examinalo que se formula como a clave: a integración, desde a afirmación provocadora de que a cohesión non significa coherencia, pero ó mesmo tempo desde unha posición que reivindicaba o modelo republicano tal e como foi teorizado por Habermas, dun xeito polémico respecto a outras contribucións, o que permite unha presentación, tal e como corresponde ó que debe ser este debate.

Nos últimos anos asistimos a un xusto e saudable recoñecemento do reto que para as sociedades democráticas supón a convivencia de xentes de talentos e tradicións culturais ben diversas. Dun xeito ou doutro parece que estamos condenados a admitir a diversidade como unha constante do escenario cívico. Para as sociedades democráticas isto tiña unha dobre e ambigua consecuencia. Por unha parte, a parte positiva, por así dicilo, ese recoñecemento fortalecía unha razoable idea de cidadanía, desprendida de toda pretensión de «raza» ou «identidade» común, unha idea de cidadanía como un conxunto de individuos que se outorgan mutuamente dereitos e liberdades, sen importar procedencias, cor da pel ou esencia histórica: desde a perspectiva radicalmente cidadá ninguén é

máis que ninguén, non importa se chegou onte ou antonte. Sen embargo, por outro lado, o lado negativo, o reto multicultural, presentaba unha complicada relación co ideal democrático, polo menos nalgúns dos intentos de dota-la «perspectiva multicultural» dunha articulación intelectual medianamente recoñecible, cando se traducía, para dicilo sinteticamente e pola vía do exemplo, en principios de tipo: «a democracia é só un modo de vida entre outros», «tódalas culturas son iguais», etc.

Nese caso a tensión coa herdade ilustrada e democrática é inmediata. Desde o principio, desde o que ten tradición emancipadora: non se sabe moi ben de qué modo se pode condena-la inxustiza ou loitar por unha sociedade máis libre se non se está disposto a condenar uns modos de vida, unhas organizacións sociais que se xulgan inxustas, isto é, peores, desde un punto de vista moral, ca aqueles que se queren defender. Con algún detalle, e polo que atinxe á idea de democracia, o multiculturalismo, polo menos nas súas versións máis bastas, presenta tres nós de fricción: a) a *regra da maioría* que aparece como un perpetuo perigo para «a diversidade», para as culturas minoritarias; b) *os dereitos* que, aínda que nacen para evita-los posibles excesos da regra da maioría, limitaríanse, segundo a perspectiva multicultural, a unha mirada «occidental», a certos valores ós que se lles conceden pretensións de validez transcendental, para tódalas culturas; c) a *igualdade de poder* recollida, por exemplo, na fórmula «un home, un voto», que establece unha prioridade dos individuos sobre as comunidades (culturais) e que casaría mal coa tese de que as culturas son valiosas moralmente en tanto que tales.

O exame dalgunhas das esixencias propias da profundización no pluralismo esixiría abordar un amplo abano de cuestións que non están ó alcance dun só libro. Baste pensar, por exemplo, nas alternativas ás solucións liberais (que son, basicamente, a garantía das liberdades individuais e, en todo caso, a tolerancia<sup>4</sup>), na necesidade de revisa-lo principio de igualdade, no debate sobre políticas interculturais como esixencia dunha xestión da sociedade multicultural acorde coas regras do Estado de dereito e da democracia, ou sobre o novo modelo de cidadanía propio desa democracia multicultural que tome en serio o pluralismo.

Este libro limitase a sinalar por onde cre que non deben i-las cousas. Desde logo, unha cousa é recoñecer que pola ruta emprendida non se vai a ningures e outra avanzar no camiño. Por suposto que non é suficiente, pero algo axuda. Sempre é mellor recoñecer que non se ten solución que buscala onde non está, polo menos afórranse enerxías. Despois de todo, boa parte dos progresos da humanidade consistiron en mostrar que do que se trataba non era de contesta-las preguntas, senón de cambialas, de adoptar unha mirada nova. A pregunta é por

---

<sup>4</sup> Os social-liberais engadirían a «política de acción afirmativa» ou as medidas de «discriminación positiva».

suposto ¿cara a onde miramos? Os vellos e nunca realizados ideais de cidadanía, dun conxunto de xentes que se aseguran mutuamente dereitos e liberdades, é unha boa dirección. Moi ben pode suceder que para encarar da mellor maneira o problema multicultural haxa que empezar por esquecerse do multiculturalismo.

**Juan M. González Hiltner**

*Bolseiro investigación EGAP*



## *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*

**Juan J. Medina**

Valencia: Tirant lo Blanch, 2002

A violencia doméstica constitúe un dos problemas máis urxentes da sociedade actual e afecta con similar intensidade a tódolos países, con independencia do seu grao de desenvolvemento.

Entre os grupos de vítimas que máis están representadas nas actuais enquisas de victimización e que foron obxecto de especiais estudos e investigacións atópanse as mulleres maltratadas no ámbito familiar pola súa parella ou cónxuxe. Probablemente, ningunha relación de convivencia humana é tan conflictiva e productora de violencia como a familia, e dentro dela a conxugal ou de parella. As diferencias de xénero e roles nunha función, polo demais tan indispensables para a supervivencia da especie, como é a reprodución, é xa de por si unha fonte de conflitos que se manifestan e se exteriorizan en moitos ámbitos.

Isto non é, sen embargo, un problema novo. Durante séculos a violencia doméstica exerceuse no seo da familia, sen que isto provocara ningún tipo de reacción estatal, por entenderse xeralmente que calquera problema que acontecera no ámbito doméstico debía gozar da privacidade propia do eido familiar.

Afortunadamente, aínda que moi lentamente, este panorama foi cambiando. Nestes momentos, a sociedade tomou conciencia da magnitude do problema e apréciase un imparable proceso de mentalización xeral acerca da importancia de defende-los dereitos fundamentais de tódalas persoas, con independencia do seu sexo, idade ou condición, e calquera que fose o ámbito no que se pretenda o exercicio daqueles.

A culminación con éxito deste proceso non será posible, sen embargo, só con respostas illadas. Polo contrario, é preciso levar a cabo unha acción coordinada, dende os diversos aspectos nos que incide esta problemática –que afecta principalmente, aínda que non en exclusiva, ás mulleres, pois con frecuencia tamén son vítimas destes delictos os fillos menores, que adoitan se-los membros máis indefensos da unidade familiar– pois só deste xeito se conseguirán eliminar definitivamente as distintas causas que contribúen ó nacemento da violencia doméstica.

Para tal fin resulta imprescindible atallar algúns males herdados durante xeracións (como a escasa consideración social da muller fronte ó varón, o deficiente recoñecemento da súa valía profesional, ou a retribución tradicionalmente discriminatoria padecida pola muller traballadora), así como supera-lo trasnoitado modelo de diferentes roles asignados durante décadas ó marido e á muller, e adoptar un completo elenco de medidas favorecedoras da axeitada integración na sociedade de vítimas e agresores.

Por isto, esta actuación global ha de estar encamiñada fundamentalmente cara á prevención, a ataca-la raíz do problema, co fin de evitar que adquiran carta de natureza as causas que logo xeran conductas violentas no seo familiar.

Agora ben, en tanto non se consiga eliminar completamente este tipo de actitudes, é necesario que o Estado estableza mecanismos axeitados para resolve-las consecuencias derivadas deste grave problema social que –segundo estimacións da Fiscalía Xeral do Estado– provocou que se dictaran máis de tres mil sentencias en procedementos penais durante o ano 2000, cifra que debe analizarse con cautela, tendo en conta que os expertos apuntan a que só entre un 5% e un 10% das agresións producidas no ámbito familiar son denunciadas.

En efecto, as cifras indicadas teñen tan só un valor relativo, pois a violencia doméstica é, pola súa propia natureza, un fenómeno de difícil cuantificación, dado que se trata dun fenómeno que adoita acontecer no ámbito físico do domicilio, no eido do núcleo familiar e, en moitas ocasións, no reducido círculo das relacións de parella.

Estas circunstancias, unidas á concepción arraigada en case tódalas sociedades durante séculos de tratarse dun «asunto privado» que só lles concernira ós integrantes do grupo familiar, ó temor e á dependencia económica, psicolóxica ou afectiva da vítima respecto do agresor, determinan que o número de denuncias estea moi lonxe da cifra de agresións realmente producidas, que só existan estimacións aproximativas acerca do verdadeiro alcance deste fenómeno e que se careza na actualidade dunha estatística que reflecta fielmente a magnitude real deste problema.

Para isto, non obstante e aínda coas prevencións expostas, basta efectuar unha análise rápida dos resultados dos estudos publicados ó respecto para poder albisca-la gravidade da situación.

Así a macroenquisa sobre a violencia contra as mulleres, referida na memoria de actuacións contra a violencia doméstica realizadas pola Administración

Xeral do Estado e as comunidades autónomas do ano 2001 destaca o dato de que o 4,2% das mulleres maiores de idade declararon ter sido vítimas de malos tratos durante o derradeiro ano (2000-2001) o que representa un total de 640.000 mulleres, aproximadamente.

Así mesmo, resulta significativo que o 12,4% das mulleres españolas maiores de idade foran consideradas vítimas dalgún tipo de maltrato doméstico, aínda que elas non se recoñeceran explicitamente como tales. Esta porcentaxe indica que 1.865.000 mulleres, aproximadamente, se atopan na dita situación, ó que hai que engadir que en máis do 70% dos casos, as mulleres que son vítimas de actos violentos veñen padecéndoos durante máis de cinco anos.

Este datos permiten afirmar, sen dúbida, que estamos ante un problema social de primeira magnitude, que esixe unha profunda investigación das súas causas xeradoras, das carencias do ordenamento xurídico para combatelo e da insuficiencia da resposta ofrecida polos operadores xurídicos.

Estamos polo tanto, ante un fenómeno social e xurídico de relevantes proporcións, que require un tratamento axeitado e específico para a súa solución, por iso me parece que este libro de don Juan J. Medina forma parte desa literatura socio-xurídica, por outra banda escasa, de apoio ás mulleres que sofren violencia no seo da parella, un libro orientado a educadores, psicólogos, avogados, xuíces, e estudiosos en xeral desta materia.

Entre os grupos de vítimas que máis están representadas nas actuais enquisas de victimización e que foron obxectos de especiais estudos e investigacións atópanse as mulleres maltratadas no ámbito familiar pola súa parella ou cónxuxe. Probablemente, ningunha relación de convivencia humana é tan conflictiva e productora de violencia como a familia, e dentro dela a conxugal ou de parella. As diferencias de xénero e roles nunha función, polo demais tan indispensable para a supervivencia da especie, como é a reprodución, son xa de por si unha fonte de conflitos que se manifestan e exteriorizan en moitos ámbitos.

A violencia contra a muller non é un fenómeno novo, aínda que foi hai pouco cando a sociedade e a Administración pública española en particular lle comezaron a prestar unha maior atención a este problema. O movemento das mulleres maltratadas está vinculado ó máis amplo movemento das vítimas, aínda que presenta unha conexión máis estreita co pensamento e acción feminista. A morte de Ana Orantes a finais do 1997 foi o desencadeante dun conxunto de reaccións por parte da sociedade e as autoridades españolas ó problema dos malos tratos. Aínda que ben intencionadas, na súa maior parte, estas reaccións non sempre estiveron informadas polo coñecemento científico que se acumulou durante as dúas últimas décadas, sobre o problema dos malos tratos no ámbito comparado. En parte isto débese á debilidade académica da criminoloxía no noso país, á relativa falta de interese por parte doutras ciencias sociais cunha maior presenza académica no noso país por este problema, á falta de relacións fructíferas de comunicación entre a universidade e a Administración e pola máis que centenaria falta de interese da Administración pública e a clase política española

neste tipo de información para guía-lo desenvolvemento de políticas e iniciativas públicas.

Posiblemente estas dúas ideas fan que de por si o libro feito por don Juan J. Medina teña unha importancia considerable non só para os criminólogos e sociólogos senón tamén para aquelas persoas que traten de afondar nos temas da mal chamada, dende o meu punto de vista, violencia de xénero. O dito libro consta de trece capítulos divididos da seguinte maneira:

- I. Introducción: o descubrimento dos malos tratos.
- II. O concepto dos malos tratos.
- III. Cifras sobre a violencia na parella.
- IV. Perspectivas teóricas e investigación sobre a violencia na parella.
- V. A violencia na parella como evento.
- VI. Criminoloxía evolutiva e violencia na parella.
- VII. Factores individuais de risco e grupos de especial risco.
- VIII. A ecoloxía e a xeografía social da violencia doméstica.
- IX. Características da familia e violencia doméstica.
- X. Consecuencias e custos da violencia doméstica.
- XI. O sistema de xustiza penal e a violencia doméstica I: a policía.
- XII. O sistema de xustiza penal e a violencia doméstica II.
- XIII. Atención ás vítimas: a resposta doutras institucións sociais.

Como xa podemos comprobar, un libro de tantos capítulos e tan só seiscentas trinta e unha páxina non pode tratar profundamente este tema dos malos tratos dunha maneira completa, posiblemente tampouco desexara iso o autor, aínda así entre as luces do texto gustárame destaca-las seguintes conclusións:

1ª. O problema dos malos tratos en realidade pode ser designado de moitas maneiras e a elección do nome para designar este problema constitúe un acto político, dadas as diferentes asuncións e implicacións ideolóxicas que cada designación supón. Os malos tratos, ademais, non son un problema tan sinxelo ou homoxéneo como se presentou no discurso público, senón que entraña diversas realidades que resultan máis ou menos difíciles de aceptar polo dito discurso. É imperativo que se recoñeza a heteroxeneidade e riqueza de situacións que se engloban, ou deixan de englobarse pero poderían selo, baixo a etiqueta dos malos tratos.

Os malos tratos, ademais, non poden entenderse como un fenómeno illado ou un problema absolutamente novo, senón que teñen que entenderse ou interpretarse no seu debido contexto como unha forma máis da violencia e o comportamento delictuoso en xeral. Un fenómeno que, ademais, se sitúa no contexto máis amplo das transformacións sociais e familiares deste final e comezo dun milenio.

2ª. As mulleres maltratadas requiren dunha ampla gama de solucións á súa disposición nun estado social, isto inclúe a existencia de medios que lle axuden a sobrevivir ou a reintegrarse socialmente cando se atopen no proceso de rompe-

la súa relación co agresor. As casas de acollida constitúen o modelo clásico de resposta social ás necesidades destas mulleres. Nembargantes, por valiosa que sexa a contribución que se realiza dende os refuxios, é importante considerar que as mulleres maltratadas requiren moito máis ca unha vivenda temporal. O establecemento de salarios sociais, os servicios de asesoría legal e psicolóxica, a formación laboral, o acceso prioritario a vivendas de financiamento público son algunhas das medidas que se suxiren como necesarias. Igualmente é importante que os asesores destas mulleres comprendan a relevancia de elaborar plans de seguridade con elas e coas axencias que lles prestan apoio a estas mulleres e que dende diversas plataformas integren a súa resposta e traballen verdadeiramente xuntas, máis alá do establecemento de esporádicas colaboracións, para tratar de previr este fenómeno.

Nun momento no que aumenta a desigualdade e se recortan programas sociais nas sociedades occidentais, e ante a retirada do Estado denunciada por Pierre Bourdieu, é fundamental que non nos deixemos seducir polo canto de sereas que dalgunha forma representan os discursos sobre o encarceramento dos maltratadores. Aínda que a criminalización da violencia doméstica é, e debe ser, imparable; non podemos esquecer que é fundamental a existencia dun marco asistencial adecuado que cubra as necesidades sociais das mulleres maltratadas.

Posiblemente por defecto profesional, penso que o libro de don Juan J. Medina quedou un pouco no aire nos temas da participación dos avogados neste problema dos malos tratos e a tipificación penal.

Con respecto ó primeiro, teño que apuntar que os avogados no seu labor profesional se atopan cunha serie de problemas para un bo asesoramento a estas mulleres, que son dende o meu punto de vista:

i) A formación dos avogados é deficiente nestes temas, eu son en «teoría» avogado especialista en violencia doméstica, formo parte da quenda especial de mulleres maltratadas do Ilustre Colexio de Avogados de Santiago de Compostela, e o único requisito que tiven que cumprimentar foi o de facer un curso de vinte horas, o que está claro é que a formación dun avogado ten que ser autodidacta con tódolos inconvenientes que ten iso. Posiblemente hai que esixir unha maior rigorosidade á hora de seleccionalos candidatos-avogados para atender a estas persoas.

ii) Por último, con respecto á tipificación legal, gustárame apuntar, a modo ilustrativo, que a figura delictuosa contida no artigo 153 do Código penal se configura como un delicto especial na medida na que o tipo penal esixe que entre o suxeito activo e o pasivo existan, ou alomenos existiran, determinadas relacións. Na discusión relativa a se estamos en presenza dun delicto especial propio ou impropio e debemos decantarnos pola primeira das posibilidades.

O precepto esixe que a conducta se exerza, en primeiro lugar sobre *quen sexa ou fôra o seu cónxuxe*. Isto significa que é indiferente que o agresor e a vítima

estean aínda formalmente casados ou que entre eles medie xa un proceso de nulidade ou divorcio que vaia extinguir ou extinguiña xa a relación conxugal. Resulta así mesmo irrelevante que os conxuxes se atopen separados legalmente ou de feito, posto que aínda existe entre eles un vínculo matrimonial esixido polo tipo. En consecuencia, aínda que polo común concorran, tampouco será esencial a convivencia actual dos cónxuxes. En segundo lugar, o artigo 153 do Código penal actual estende a súa aplicación ós casos nos que a violencia se produce sobre a *persoa que estea ou teña estado ligada ó agresor de forma estable por análoga relación de afectividade*. Aquí, de modo similar ó suposto anterior, o lexislador presupón que existe ou existiu unha relación sentimental na que a parella conviva ou convivira cunha permanencia mínima que permita asimilala á relación xurídico-matrimonial. O principal problema interpretativo preséntase neste punto en referencia a se a *análoga relación de afectividade* inclúe tamén ás parellas homosexuais. Neste tema existen diversas opinións a favor ou en contra, aínda que o Tribunal Supremo deixou claro que «por relación persoal análoga ó matrimonio terá que entenderse unicamente a existente entre as persoas de distinto sexo que, sen ter contraído matrimonio, convivan de feito (*more uxorio*), o que usualmente se coñecen como parellas ou unións de feito» (sentencia do Tribunal Supremo do 11-5-1995).

Por último, só me resta dicir que a violencia contra as mulleres é un obstáculo para a igualdade, o desenvolvemento e a paz, impide que as mulleres gocen dos seus dereitos e liberdades fundamentais, tal e como se recoñece nos foros de participación internacionais, e é ademais un importante problema social e político que constitúe a expresión máis directa da relación da desigualdade entre homes e mulleres. É unha violencia baseada na afirmación da superioridade dun sexo sobre outro que afecta a toda a organización da sociedade.

Este traballo presenta trinta anos de investigación criminolóxica sobre a violencia contra a muller na parella, á que España chega con considerable atraso en 2001. O libro revisa de forma exhaustiva a literatura sobre a magnitude do problema, as súas diversas causas e o que sabemos sobre a efectividade das súas diversas respostas, ó prestarlles especial atención ós desenvolvementos levados a cabo en España. O fío desta exposición, introdúcense unha serie de conceptos e debates criminolóxicos máis xerais que son pouco coñecidos en España.

O manual de don Juan Medina Ariza constituíu a súa tese doutoral, iso nótase no seu rigor científico e precisión terminolóxica, así como tamén a súa enorme sensibilidade coa situación das mulleres vítimas da violencia en parella. Dende o meu punto de vista é imprescindible a súa lectura para unha mellor comprensión do problema dos malos tratos, e espero que con traballos como este cheguemos todos a tomar conciencia da realidade tan grave do problema, que pode estar no piso do lado dos nosos veciños, da camareira que nos serve o café, da compañeira de traballo,... e espero que nun tempo non moi afastado casos coma o de Ana Orantes, que foi golpeada e atada a unha cadeira, regada con gasolina e queimada polo seu marido ata a morte, e o de «Tani» que, farta

xa dos malos tratos do seu compañeiro, do que tiña seis fillos menores de idade, disparoulle cunha pistola un tiro que lle entrou pola rexión temporal dereita e lle saíu pola parietal esquerda matándoo; pasen ó Museo da historia do absurdo humano.

**Xosé Antón Barreiro Pereira**

*Avogado*



## *Honor, intimidad e imagen de las personas famosas*

**Aurelia María Romero Coloma**

Madrid: Civitas, 2001

**N**a sociedade actual, son moitos os que se preguntan se, coa enorme divulgación da chamada «prensa do corazón» no noso país, existe ou é defendible un dereito á intimidade, á honra e á imaxe das persoas famosas, tal como o predicamos doutras persoas non coñecidas e sen pública notoriedade.

Esta obra presenta esta problemática, en conexión coas liberdades de expresión e información que o noso ordenamento xurídico-constitucional protexe e garante. O contraste e a continua oposición duns e doutros dereitos –intimidade, honra e imaxe, dun lado, e liberdades de expresión e información, doutro– é constante e deberá se-lo xurista o que intente buscar unha solución harmónica e práctica para todos aqueles conflitos que poden e adoitan presentarse.

Chégase á conclusión, por parte da autora, de que existe e é defendible un dereito á intimidade, á honra e á imaxe desas persoas de relevante ou coñecida proxección social e pública. Pero tamén desde esta obra se ten en conta que nunca será defendible o que a autora chama «a protección hipócrita da intimidade, a honra ou a imaxe» desas persoas.

Esta obra pon de manifesto que as liberdades de expresión e información son un elemento esencial na nosa moderna sociedade, un dos valores máis preciosos do ser humano, ademais de ser un dereito recoñecido e garantido pola Cons-

titución. Mais, ¿a costa de que se conseguiu elevar á información a esta categoría? ¿Onde queda o dereito á intimidade das persoas famosas?

¿Que é o dereito á intimidade? Debemos partir da idea de que é un dereito da persoa, elevado á categoría de fundamental pola Constitución. Analiza esta obra unha serie de definicións dadas pola doutrina e pola xurisprudencia sobre este dereito, e pódese dicir que teñen en común a nota de reserva e en ocasións, do secreto. Formulouse a autora un interrogante: ¿é a intimidade un dereito de propiedade ou un dereito da personalidade? Desde o seu punto de vista, ó se-la intimidade un dereito esencial da persoa, é un dereito da personalidade e non forma parte da esencia física da persoa, senón que é unha calidade moral. A intimidade é unha condición indispensable da liberdade da persoa, tanto no plano individual coma no social.

Fixo referencia ó dereito á intimidade das persoas famosas fronte ó dereito á información. Hoxe en día ninguén discute o dereito á información a nivel teórico. En relación co contido do dereito á información, o suxeito pode asumir unha actitude activa, investigando ou difundindo feitos, ou ben pasiva, consistente en recibir. O dereito do cidadán á información, no sentido do dereito á noticia, tanto para buscala como para recibila ou difundila, esixe unhas condicións coas que se pode evita-la corrupción, a deshonestidade. En primeiro lugar, a noticia ten que ser verdadeira, é dicir, o profesional ten que informar sobre feitos certos, contrastados coa realidade, e nunca falsea-la noticia ou deformala de modo que o seu contido apareza desvirtuado.

Unha noticia, sexa cal sexa, e relacionada coas persoas famosas, debe referirse a feitos relevantes e que teñan unha certa transcendencia ou importancia no ámbito social. Pregúntase a autora se difundir feitos íntimos dos famosos ten esta transcendencia. Evidentemente á sociedade, ou ó menos a certo sector dela, interésanlle esas noticias da prensa do corazón. ¿Por que? Hai moitas teorías ó respecto, pero, sen dúbida, a que cobra maior importancia é a que sostén que cando a unha persoa lle interesa a intimidade doutra é porque a súa propia vida é pobre en emocións, sentimentos e sensacións e necesita coñecer detalles da vida dos demais para colmar ou paliar, no posible, ese baleiro interior.

Os feitos e datos sobre a vida privada allea non deben constituír materia de información, debido a que só atinxen ó suxeito afectado e o seu coñecemento non é preciso para o ben colectivo.

Ante todo e como principio, débese respecta-la reputación de cada persoa e non se deben publicar informacións nin comentarios sobre a vida privada dos famosos que poidan ser prexudiciais para a súa reputación. Unha forma de atentar contra o dereito á tranquilidade individual constitúena os asedios que, especialmente a persoas famosas ou de vida pública destacada, realizan aqueles profesionais ansiosos de satisfacer a curiosidade que espertan en determinados ámbitos da nosa sociedade as intimidades daquelas, a súa vida privada, os seus trapos sucios.

O dereito á información inclúe o de recibir informacións e opinións e tamén a posibilidade de negarse a recibilas. A persoa humana ten dereito a recibir informacións e a seleccionar, positiva e negativamente, aquela información ou grupo de informacións, aquela opinión ou aquel grupo de opinións que lle satisfagan máis ou menos plenamente. A liberdade de informar esixe a liberdade dos medios de expresión.

Existe un conflito entre dous intereses contrarios: a liberdade de información ou expresión, entendidas no seu sentido máis amplo, e o interese que toda persoa ten en salvagarda-la súa intimidade. Non obstante, hai persoas famosas que non parecen ter ese interese por protexe-la súa intimidade, a súa vida privada. Mais a opinión da autora é que a persoa famosa non deixa nunca de ser persoa, recuperando todo o seu dereito á intimidade cando se reclúe na súa vida privada e invoca, de maneira expresa e implicitamente o seu dereito á soidade. Recalcou que resulta inadmisíbel a divulgación da vida privada dunha persoa, famosa ou non, cando incida no meramente murmurador ou na manipulación interesada da persoa afectada.

Polo tanto, o periodista poderá recoller noticias de carácter privado, pero que teñan un interese social. O que non deberá, en ningún caso, é ofertarlle á sociedade noticias que danen a esfera da reserva privada, aínda que se trate de persoas famosas.

O conflito dereito á intimidade –dereito á información e viceversa é un dos máis fundamentais dos presentados na nosa sociedade. Un problema é o que se presenta entre a prensa e a liberdade de informar fronte ó dereito á intimidade das persoas famosas. A cuestión primordial é harmonizar ambos tipos de intereses: o público, á información; o privado, á intimidade.

O dereito á información deixa de existir no momento en que se viola a esfera da intimidade das persoas. Pero, en calquera caso, hai que rexeita-lo dereito a unha protección hipócrita da intimidade. Isto pasa con aquelas persoas que teñen a necesidade profesional de notoriedade e búscana de tal maneira que elas mesmas procuran e fomentan a aparición de feitos no ámbito da súa intimidade. Trátase desas persoas que de firme, queren ser famosas, sen importár-lle-lo cómo.

Hoxe en día é evidente que o dereito á difusión ou comunicación de noticias é tan forte que explica que a liberdade de expresión se confundira co dereito mesmo á información e que sexa a única facultade que proclaman algunhas declaracións nacionais de dereitos.

Ademais o dereito á investigación debe entenderse como a facultade atribuída ós profesionais da información, ós medios informativos en xeral e ó público, de acceder directamente ás fontes das informacións e das opinións, e obter unhas e outras sen ningún límite xeral.

¿Ten límites o dereito á información? A intimidade privada é o grande límite do dereito á información e á liberdade de informar. A información lesiona o dereito á intimidade privada en todos aqueles casos en que se poñen no coñece-

mento público feitos ou circunstancias da vida dunha persoa ou do seu ambiente privado que quixo manter reservado. Se pensamos nos personaxes famosos, nas persoas públicas, comprendemos que calquera político ou artista ou actor son vítimas apetecidas e, con frecuencia, sacrificadas á curiosidade e mal gusto públicos, polos que utilizan os medios de comunicación social como medios de deformación social. Aquí atopámonos na polémica cuestión de se estas persoas que gozan de notoriedade pública poden ou non esixi-lo respecto á súa vida privada en canto dereito que o propio ordenamento xurídico lles recoñece e ampara. A persoa famosa non deixa de ser unha persoa, e non pode negárselle o seu dereito á intimidade.

A veracidade da noticia, que é un límite á liberdade de información, debe poñerse en relación harmónica co xeito en que se obtivo esa noticia. Se expresamente hai un desexo por parte do personaxe famoso de que os terceiros non se metan nas súas intimidades, o xornalista non debe exceder ese límite, baseando esta postura en que interesa ó público, á sociedade, aquel determinado feito concernente a esa persoa.

A colisión sitúase entre a divulgación dun feito da vida privada de alguén, dun lado, e a liberdade de informar sobre ese feito, doutro. O conflito adoita darse na publicación de noticias que afectan á vida privada dun personaxe famoso cun afán sensacionalista ou meramente murmurador e con afán manipulador da personalidade humana. A doutrina máis xeralizada estimou que no caso de conflito entre o dereito á vida privada e os dereitos de informar e ser informado, debe recoñecerse a superioridade destes últimos. Sen embargo, estima a autora que para que esa superioridade poida ser efectiva, será necesario que o dereito de información se exercite conforme ós seus fins e dentro das esixencias que lle impón a súa propia natureza.

Un límite esencial é a veracidade. Toda noticia que falte á verdade é deshonesta, non cumprindo coa finalidade primordial de informar ó público, senón inducendo a erros por un mal coñecemento das cousas, dos feitos. Tamén o interese social é un límite importante. Así, temos dous límites á liberdade de información: por un lado, a veracidade; por outro, conxuntamente coa esixencia da verdade, o interese social, o interese da colectividade, o interese público, en definitiva.

Por outra banda, un dos aspectos que gardaron sempre máis relación co dereito á intimidade é a imaxe ou o dereito á imaxe da persoa. Toda persoa ten dereito a que a súa imaxe non se reproduza de tal forma que a súa intimidade poida quedar prexudicada. Discutiuse moito sobre se este dereito é autónomo ou se é máis ben unha manifestación do dereito á intimidade. Se ben son dereitos autónomos, hai que recoñecer que se atopan en estreita relación e interdependencia. Toda persoa, incluso a famosa, ten dereito a que a súa imaxe non se reproduza de tal maneira que o seu ámbito de intimidade poida quedar prexudicado. Ademais o titular ten un dereito exclusivo de utilización e difusión do seu propio retrato. Mais, polo contrario, non é necesario o consentimento

cando a imaxe dunha persoa se reproduce nun lugar público. Xeralmente a toma de imaxes dunha persoa soe levar aparelhada a súa exhibición, ben a outra persoa ou a un número reducido destas ou a un círculo moito máis amplo. Cando estas imaxes se obteñen indebidamente, aínda que non se exhiban ou difundan, o ataque á intimidade consumouse, posto que se está interferindo arbitrariamente na esfera privada.

Enlazou a autora co artigo 1.3 da Lei do 5 de maio de 1985, sobre protección civil do dereito á honra, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe, que establece que o dereito a honra, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe é irrenunciable, inalienable e imprescritible. Ademais non se apreciará a existencia de intromisión ilexítima no ámbito protexido cando estea expresamente autorizado por lei ou cando o titular do dereito outorgue para o efecto o seu consentimento expreso, que será revogable en calquera momento, pero haberán de indemnizarse os danos e perdas causados, incluíndo as expectativas xustificadas.

Outro problema en relación co consentimento é o relacionado cos menores de idade e incapacitados. A Lei do 82, en principio, permite que sexan os menores e incapaces os que presten, por eles mesmos, o consentimento, pero de acordo coas súas condicións de madurez e coa lexislación civil.

Dado o consentimento para a utilización da imaxe dun menor, mediante onerosidade, que será o máis frecuente, as ganancias derivadas da prestación da imaxe son propiedade do neno e non dos seus proxenitores, se ben estes consideraranse os donos. Ós pais tocaralles soamente a administración das ganancias, e poden destinar parte delas ó levantamento das cargas familiares. E, isto co conseguinte abuso, se é o caso, polo que, será o órgano xudicial o encargado de dicta-las oportunas disposicións para a seguridade, control e bo recadación do que pertence ó menor, evitándolle, en todo o posible, prexuízos. Esta solución, ó xuízo da autora, parécelle máis xusta que outorgarlles ós pais amplos poderes en torno ós dereitos derivados da comercialización da imaxe do menor ou incapaz e, en todo caso, é máis acorde cos postulados constitucionais.

Cabe preguntarse se as persoas famosas, coñecidas, teñen o dereito á súa imaxe –coma o dereito á súa intimidade privada– diminuído, dalgunha forma, ou reducido ou restrinxido, en base á súa proxección pública ou social. Neste sentido o artigo 8.2 da Lei do 82 dispón que o dereito á propia imaxe non impedirá a súa captación, reprodución ou publicación por calquera medio, cando se trate de persoas que exerzan un cargo público ou unha profesión de notoriedade ou proxección pública e a imaxe se capte durante un acto público ou en lugares abertos ó público. Neste suposto, estas persoas carecen da facultade de excluír a súa propia imaxe, en razón, ó lugar onde se atopan. Hai que entender esta exclusión sempre e cando as imaxes captadas non se refiran á vida privada da persoa retratada.

Outra excepción á intromisión ilexítima vén determinada pola caricatura das persoas populares, famosas ou notorias. A lei exceptúaa dicindo que de acordo

cos usos sociais, a utilización da caricatura non se considerará intromisión ilexítima. Esta excepción xustifícase polo sacrificio ou tributo que deben pagar estas persoas pola súa popularidade.

Con respecto á imaxe dunha persoa falecida, contamos cunha importante sentenza do Tribunal Constitucional do 2 de decembro de 1988, en relación co caso «Paquirri», que declarou que non pode ser obxecto de tutela en vía de amparo, xa que unha vez falecido o titular do ben desa personalidade, non existe xa un ámbito vital que protexer en canto verdadeiro obxecto do dereito fundamental, aínda cando puideran manterse os seus efectos patrimoniais.

Pasou despois a falar da honra e da intimidade. Hai que partir da base de que a honra é un dereito da personalidade independente do da vida privada. Todo ser humano ten dereito a ser tratado de maneira compatible coa súa dignidade, o cal ten unha manifestación directa e clara na estimación que sente por si mesmo e que espera dos demais.

En canto ás persoas famosas, notorias ou que gozan de proxección pública, hai que ter en conta que o seu dereito á honra ten que quedar tamén salvagardado. A liberdade de expresión e a liberdade de información, que tamén son dereitos fundamentais no noso país, non poden xustificar a atribución a unha persoa, identificada co seu nome e apelidos, ou dalgunha forma coa que a súa identificación non deixe lugar a dúbidas, de feitos que a fagan desmerecer do público aprecio e respecto, e esta conduta é reprobable, con independencia de cales sexan os usos sociais do momento, así como do ambiente en que esta persoa se desenvolva.

A autora procedeu despois a analizar algúns aspectos de interese para este estudo en relación co denominado segredo periodístico e a liberdade de información. A necesidade de salvagarda-la intimidade persoal fronte ás intromisións dunha información malévola, indiscreta ou meramente indesexada, é inherente á condición humana, calquera que sexa o medio co que tal introducción se fixese.

O tema do segredo periodístico é un dos que maior interese suscitou na polémica entre intimidade e liberdade de información. O segredo profesional é o deber do periodista de non revelar publicamente as fontes das informacións recibidas en confianza, e o dereito do periodista a negarse a revela-la identidade do autor da información o seu empresario, a terceiros ou ás autoridades públicas ou xudiciais. Mentres non se garanta o dereito ó segredo profesional, a esixencia de revelalo só pode partir do xuíz, en casos moi graves e cando do silencio se poida seguir danos a terceiros.

Polo que respecta ás personaxes públicas, o conflito seguirá existindo entre dous intereses contrarios ou opostos: a liberdade de información, entendida no seu máis amplo sentido, dun lado, e doutro o interese que ten toda persoa de salvagarda-la súa intimidade, o segredo da súa vida privada. O dereito á intimidade non é base para prohibi-la publicación dunha materia que fora de interese público en xeral. As materias que non deben ser publicadas son as que se refíren á vida privada, costumes, actos e relacións íntimas das persoas.

Hoxe en día, é frecuente observar como un tipo de periodismo agresivo está moi de moda, amparado pola coartada enganosa do dereito a informar, carece de mecanismos de inhibición ética e, facendo gala da insensibilidade, lesiona gravemente a intimidade dos famosos.

Na actualidade, a nosa Constitución recoñece e protexe, no artigo 20, unha serie de dereitos: expresar e difundir libremente os pensamentos, ideas e opinións mediante a palabra, o escrito ou calquera outro medio de reprodución..., así como comunicar ou recibir libremente información veraz por calquera medio de difusión. Como todo dereito ten que te-las súas limitacións ou restricións, xa que non é posible concibir un dereito que non respecte os dereitos e liberdades dos cidadáns. De aí que o dereito a expresar e difundir libremente os pensamentos, ideas e opinións a través de calquera medio teña, entre outros límites, o dereito á honra, á intimidade, á propia imaxe e á protección da xuventude e da infancia.

Debe puntualizarse que a liberdade de expresión non pode servir de pretexto, escusa ou causa de xustificación para atentarse contra os dereitos fundamentais das persoas, como o son o dereito á intimidade, o dereito á honra e á propia imaxe, porque, de facerse así, xa non estaríamos ante o exercicio da liberdade de expresión, senón ante un abuso dese exercicio, o cal é inadmisíbel. De aí que a lexitimidade das intromisións á honra e á intimidade persoal requiran que, non só a información, senón tamén o seu contido, se desenvolvan no marco do interese xeral do asunto a que se refire ou ó que, directamente, vai referido.

Neste momento a autora dixo que hai que distinguir con claridade os conceptos de información, expresión e opinión, e tentounos definir no libro.

¿Que significa que a información ten que ser veraz? A nosa Constitución recoñece e protexe a mensaxe ou a noticia verdadeira, ó facer referencia ó recoñecemento e tutela do dereito a comunicar e recibir libremente, por calquera medio, información veraz. Unha mensaxe informativa que non sexa verdadeira, que non sexa veraz, mal poderá merece-la calidade de información. Ó informador pódesele e débesele esixir que tenda a reflectir os feitos, a narra-los acontecementos, tal como eses feitos sexan, intentando transmitir ó público a realidade que captou. Parece que tódolos autores están de acordo no que é o estilo persuasivo, á hora de dar unha noticia ou, noutras palabras, unha liberdade de información que se escude na persuasión, no intento, desmesurado ás veces, de convence-lo público, non cumpre o requisito esixido pola nosa Constitución, consistente en que a información, para estar protexida, ten que ser veraz. Unha información que só pretenda, por parte do profesional da comunicación social, ser persuasiva non pode afirmarse que sexa veraz.

Pensa a autora, e así o reflectiu no seu libro, que todos aspiramos ó coñecemento da verdade. O problema principal radica en qué é ese valor, en qué consiste, cómo se acada. Non se lle pode esixir a ningún periodista un axioma que non é factíbel sequera esixilo a ningún dos membros que compoñen a nosa sociedade. Non se trata de esixirlle ó periodista a estrícta e absoluta adecuación

á verdade, cando narra unha noticia, describe un suceso ou relata un feito. Tampouco se trata de eliminar, de forma radical e completa, a súa liberdade de expresión non permitiéndolle introducir, no propio relato, as súas matizacións persoais, as súas impresións, a súa reacción ante o que está contando. Trátase, en definitiva, de que o periodista se apoie en feitos que sexan verdadeiros, non inventados, non recreados ó seu antollo, matizándoos coas súas ideas, opinións, pensamentos e xuízos de valor. Nin os pensamentos, nin as ideas, nin as opinións, nin os xuízos de valor teñen que ser veraces. Téñense ou non se teñen. Tanto as opinións, coma as ideas, os pensamentos e os xuízos de valor son libres e non precisan, para o seu recoñecemento, de ningún requisito ou esixencia ulterior ou coetánea, xa que só deben apoiarse na liberdade daquel que as exerce. Con razón o artigo 1 da Constitución consagra como un dos principios do noso ordenamento xurídico, a liberdade e, xunto a esta, o pluralismo. Non obstante, os feitos nos que se apoiem as opinións, ideas, pensamentos e/ou xuízos de valor deben ser certos, non falsos. Por iso, non se pode afirmar que as liberdades sexan absolutas, senón que sempre haberá algún límite ou limitación para o seu exercicio.

É obvio que ó profesional da información se lle vai esixir unha deontoloxía, un código de valores, aínda que hoxe en día asistimos ó triste espectáculo de periodistas enzañados en relatar feitos que non transcenden en ningún sentido á esfera do interese da sociedade e que non constitúen máis que materia de faladurías, co conseguinte ataque, descarado, en ocasións, ós dereitos á intimidade, á honra e á propia imaxe dos afectados.

Desde o punto de vista da autora, toda información debe ser, ante todo, obxectiva, pero dándolle a este termo o alcance relativo que lle confire o feito de que toda noticia é sempre o produto, o resultado, a consecuencia, dun xuízo. Non é unha verdade absoluta. Nin o informador é unha testemuña imparcial, nin o público quere recibila noticia como un feito frío ou incoherente, desprovisto de impresións persoais. O periodista conta cun público disposto a aceptalo que se lle dá, sen preocuparse por saber se é imparcial, tendencioso, incompleto ou inexacto.

A verdade periodística non ten que ser considerada unha quimera, nin tampouco un dogma, senón que é o resultado dun esforzo colectivo, no que participan, desde os seus postos respectivos, os que proporcionan, os que presentan e os que reciben as noticias. Sempre existirá o risco do erro nunha noticia. De aí que a obxectividade que se lle esixe ó periodista non consista na total adecuación ó feito que narra ou relata, senón na súa honestidade á hora de difundila mensaxe informativa.

Hai que esixirlle ó profesional da información que narre os acontecementos, que difunda a noticia e que capte a realidade tal como é, sen o fácil e tentador recurso ó sensacionalismo ou á esaxeración, chegando, en ocasións, á manipulación arbitraria e interesada das persoas. Naturalmente, en materia informativa, hai que admitir un certo grado de subxectivismo. Constitúe, por tanto, a

veracidade o límite interno á liberdade de información, pois as informacións só se van ver lexitimadas, é dicir, recoñecidas e protexidas, se son veraces.

Doutro lado, sabemos que a verdade absoluta é, en ocasións, imposible de probar e incluso de atopar. Por iso, para paliar estes inconvenientes e dar vía libre á información, intentáronse buscar solucións. Entre estas atopouse unha particularmente interesante: trátase de esixirlle ó profesional da información unha actitude positiva cara á verdade, de maneira que poida probar que intentou atopala mesma, referida ós feitos que narra ou dos cales informan, de forma dilixente e razoable, esgotando as fontes dispoñibles.

O que se está a protexer no texto constitucional é a honestidade e a honra á hora de busca-la noticia, de divulgala e expresala, todo iso dentro do marco da liberdade de expresión que temos os cidadáns e que a propia Constitución garante e protexe, sen acudir ó lareta, escabroso e morboso ou á manipulación interesada e deformadora da personalidade de terceiros. A Constitución protexe ó periodista «limpo» nas súas manifestacións, no libre desenvolvemento da información.

O límite interno da liberdade de información, referido ás opinións, debe concretarse no respecto ós dereitos, á honra, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe, así como todo o conglomerado que supón a dignidade da persoa humana e a protección da xuventude e da infancia.

Pódese afirmar que o requisito da veracidade é esixible unicamente cando o que se exercita é a liberdade de información, pero non para a liberdade de expresión, xa que esta versa sobre ideas, opinións, pensamentos e/ou xuízos de valor, dos que, nunha sociedade como a nosa, plural e democrática, non pode predicarse a súa veracidade ou falsidade, se é o caso. A veracidade ten eficacia lexitimadora da liberdade de información cando a intromisión ou o ataque se produce no dereito á honra, pero non cando está referido ó dereito á intimidade, respecto do cal o único criterio lexitimador constitúe a relevancia pública da información.

A importancia que adquiriron hoxe en día os medios de comunicación social e a gran utilización de que son obxecto polo seu poder de difusión das noticias é evidente. Pero estes instrumentos poden chegar a converterse en perigosos segundo a causa á que sirvan. Toda noticia que falte á verdade minimamente esixible é deshonesto, ó non cumprir coa finalidade primordial de informar ó público, senón que induce a erros por un mal coñecemento dos feitos, ben sexa de maneira tendenciosa, a sabendas, ou de modo inconsciente, sen propósito de mendicidade.

Nesta obra atopamos tamén unha referencia importante á liberdade de información e á publicidade dos xuízos e ás súas colisións cos dereitos á intimidade, honra e propia imaxe. Todo iso acompañado cun bo repertorio de xurisprudencia sobre o tema.

O artigo 24 da Constitución garante o denominado dereito a un proceso público. Noutras palabras, trátase da publicidade dos xuízos. Na actualidade, con-

sidérase que sen publicidade non hai xustiza posible. A recta administración de xustiza esixe e require necesariamente a publicidade. Non obstante, a publicidade dos xuízos en España trouxo consigo unha boa dose de polémica porque os conflitos puxéronse de manifesto a través de dúas posturas antagónicas: a publicidade dos xuízos, dun lado, cos conseguíntes dereitos ás liberdades de expresión e información e, doutro, os dereitos á honra, á intimidade e á propia imaxe das persoas afectadas, especialmente con ocasión dos chamados «xuízos paralelos».

A cuestión céntrase en compatibiliza-la publicidade do proceso co dereito a un xuízo xusto. O dereito á publicidade dos procesos presenta, no noso país, a polémica en canto á prensa e á liberdade dos profesionais da información de difundir noticias referidas a feitos que teñan a súa orixe nun proceso en curso, cando eses feitos veñan referidos a procesos nos que interveñen personaxes famosos ou que gozan de proxección pública ou social. Neste sentido, a liberdade de prensa non pode ser absoluta, ten que respectar uns límites; de aí que tanto o público coma os periodistas poidan ser excluídos da totalidade ou de parte dos xuízos por consideracións de moralidade, de orde público ou de seguridade nacional na nosa sociedade democrática, ou cando así o esixa o interese da vida privada das partes afectadas, a súa honra e/ou a súa imaxe, ou na medida estritamente necesaria en opinión do tribunal ou cando, por circunstancias especiais do asunto, a publicidade puidera prexudica-los intereses da xustiza.

Ábrese paso á tese de limita-la publicidade en tanto esta prexudique a imparcialidade do órgano xudicial e a limpeza do proceso.

Desde o punto de vista da autora, hai que defende-la presenza dos profesionais da información nos xuízos, aínda que sempre esixíndolles rigor e seriedade nas súas informacións, evitando prexuizos para as partes implicadas nos procesos, en especial para as vítimas de delitos, para os seus familiares e incluso para os terceiros. É importante que o cidadán saiba cómo se investiga, pero a busca da noticia polo periodista debe facerse sempre baixo o crisol da veracidade e nunca do sensacionalismo. Deste modo, a sociedade poderá tomar coñecemento de cómo se administra a xustiza.

A relación dos feitos delictuosos, cando se trata de procesos penais, realizada polo periodista só se xustifica para afirma-los valores sociais ofendidos e advertir á opinión pública dos perigos que derivan á comunidade do comportamento de determinados individuos ou grupos. Unha vez aberto o procedemento penal, o dereito á información implica a facultade de comentar e critica-los resultados das indagacións policiais e xudiciais, pero cunha crítica constructiva e sen interferir na administración de xustiza, nin viola-la intimidade, a honra ou a imaxe das persoas afectadas ou das súas familias. A cuestión fundamental radica en harmonizar ambos tipos de intereses: o dereito do público, da sociedade á información, dun lado e, os dereitos á honra, á intimidade e á imaxe das persoas.

No noso país, na actualidade, si estarían xustificadas informacións referidas á vida privada das persoas famosas, a causa dese esvaeceamento do seu dereito

á intimidade. Débese incidir en que a prensa do corazón lexitima intromisións na vida das persoas, e especialmente na daquelas que pasan unha gran parte da súa existencia publicando e sacando á luz datos sobre elas e sobre as súas intimidades. Máis tarde, reaccionan demandando indemnizacións –en moitos casos abusivas– porque estiman que o seu dereito á intimidade foi violado. É o momento de preguntarse ¿que dereito á intimidade teñen estas persoas que gustan de contarlle á prensa as súas intimidades, se elas mesmas, coa súa actitude, fan abandono deste fundamental dereito? ¿Que sentido ten reclamar indemnizacións nestes casos xa que supón ir contra os seus propios actos?

Existe unha área na que o dereito á intimidade se vai ver afectado, e é na narración dos feitos relativos ó ámbito doméstico ou familiar das persoas famosas, propiciando tal fenómeno o elevado número de lectores, curiosos por coñecer-los detalles íntimos. As persoas públicas gozan do dereito á intimidade. A divulgación dos feitos privados dunha persoa, aínda que sexa pública, non ten xustificación posible, salvo nos casos nos que ela mesma consentira que os ditos feitos sexan publicados, sacados á luz. Sen esta escusa, non se pode invocar nin o interese xeral, nin debemos tampouco escusa-la indiscreción con base nun pretendido amor á verdade.

Rematou a autora facendo unha breve referencia a aquelas persoas que acadan notoriedade pública por feitos fortuítos e sen que a súa vontade se orientara previamente neste sentido. É o caso dos que, de maneira accidental, se vén envoltos en acontecementos que atraen a atención pública. Non se pode admitir para estas persoas o concepto de «persoas que fan noticia» e que se utiliza para xustificar invasións indebidas na vida privada. Hai que incidir aquí na postura de que a notoriedade accidental non ten efectos senón no referente ó feito mesmo que a orixinou e nunca en aspectos da vida privada do suxeito, a cal debe continuar amparada polas mesmas regras que protexen ás demais persoas.

M<sup>o</sup> del Carmen Silva López

*Avogada*



## *Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado*

**Ernesto García-Trevijano Garnica**

Madrid: Madrid, 2002

A preservación do mercado único implica unha serie de limitacións para os estados membros, que se manifestan, entre outros ámbitos, no feito de outorgar axudas económicas. Co obxectivo de preservar-lo mercado común, a Comisión está a levar a cabo unha intensa labor tendente a evita-lo falseamento da competencia. Isto supuxo que, ante a ausencia dunha regulamentación xeral de aplicación dos artigos 92 e 93 do Tratado CE (actuais arts. 88 e 89), se fora consolidando unha práctica impulsada pola Comisión sobre o control das axudas do Estado.

O Regulamento 659/1999 puxo fin á ausencia de regulamentación xeral neste ámbito. Este libro analiza o contido do dito regulamento e, ó mesmo tempo, examina o problema das denominadas *axudas ilegais*, incluído o réxime de recuperación, provisional e definitiva, de axudas.

Malia a inexistencia dunha regulamentación xeral, que fora reiteradamente criticada pola doutrina, esta situación mantívose ata tempo moi recente. O Regulamento 659/1999 constitúe o eixe procedemental sobre o cal vai gravita-la aplicación dos artigos 87 e seguintes do Tratado CE, ó regula-los procedementos administrativos en relación co control das axudas públicas. Sen embargo, a regulación destes procedementos non exclúe a aplicación preferente das normas de procedemento sectoriais<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> O propio Regulamento 659/1999 deixa a salvo *as normas de procedemento especiais establecidas nalgúns regulamentos para determinados sectores*.

O citado Regulamento 659/1999 constitúe unha norma estrictamente procedementa, non regula un procedemento administrativo único, senón varios, aplicable cada un en función do tipo de axuda da que se trate, e aténdese para iso ás definicións que se conteñen no seu artigo 1. Regúlanse concretamente os procedementos aplicables ás *axudas notificadas*, ás *axudas ilegais*, ás *abusivas* e ás *axudas existentes*.

O procedemento previsto para as axudas notificadas pode cualificarse como procedemento base, xa que ademais de aplicarse a este tipo de axudas, tamén opera en relación cos outros procedementos contidos no propio Regulamento 659/1999, en virtude de numerosas remisións.

O procedemento aplicable a estas *axudas notificadas* (novas axudas) é un procedemento complexo que se descompón en dúas fases sucesivas: unha fase preliminar denominada de *exame previo* e outra posterior de *investigación formal*.

Trátase de dúas fases sucesivas que se insiren nun procedemento administrativo único, sen embargo isto non obsta para que sexa posible que a terminación da fase preliminar ou de exame previo poida comporta-la conclusión definitiva do procedemento considerado na súa globalidade, sen pasar á fase de investigación formal. Isto ocorre cando do exame previo se conclúa que a medida notificada polo Estado non constitúe unha axuda ou non presenta dúbidas en canto á súa compatibilidade co mercado común.

O autor examina neste libro ámbalas dúas fases separadamente; referírese previamente ós termos nos que se produce a iniciación do procedemento, aspecto este especialmente relevante se se atende a que o prazo para tramita-la fase de *exame previo* (dous meses) se computa desde a recepción pola Comisión da *notificación completa*.

Polo que se refire ós procedementos aplicables ás *axudas ilegais*, di o autor que neste tipo de axudas se engloban dous supostos:

1º. *Novas axudas* non notificadas á Comisión nos termos esixidos no artigo 2 do Regulamento 659/1999.

2º. *Novas axudas* que, aínda que lle foran notificadas á Comisión, son postas en práctica antes de adoptarse a oportuna decisión de autorización pola Comisión. A cualificación como *axuda ilegal* neste caso vén xustificada por constituír unha infracción da denominada cláusula *standstill* recollida explicitamente no propio artigo 88.3 do Tratado CE e no artigo 3 do Regulamento 659/1999.

A infracción da cláusula de suspensión –antes de producirse a decisión final favorable á posta en práctica da medida proxectada polo Estado– implicará a conversión da *nova axuda* en *axuda ilegal*, coa conseguinte conversión tamén do procedemento aplicable, calquera que sexa o estado de tramitación no que se atope.

O artigo 1.g) do Regulamento 659/1999 define a axuda aplicada de xeito abusivo como aquela *utilizada polos beneficiarios contravindo unha decisión adop-*

tada en virtude da alínea 3 do artigo 4 ou das alíneas 3 ou 4 do artigo 7 do presente regulamento.

Trátase, polo tanto, dunha axuda autorizada (na fase tralo *examen previo* ou na de *investigación formal*) por ser compatible co mercado común, ou ben dunha axuda autorizada de xeito condicional en virtude do disposto no artigo 7.4 do propio regulamento (decisión positiva acompañada de condicións).

A cualificación como abusiva da axuda está, non na súa orixe, senón na aplicación que desta fai o beneficiario. Por exemplo, este distorsiona a súa finalidade aplicándoa a outros fins diversos, mutación que podería levar a unha decisión negativa se se coñecera no seu momento a finalidade real á que o beneficiario ía destina-la axuda.

Para rematar, o autor, refírese ó procedemento aplicable ós réximes de axudas existentes. Trátase dun procedemento que se lles aplica *ós réximes de axudas existentes*, e non simplemente ás axudas individuais. O artigo 1.d) do regulamento define os *réximes de axuda* como o dispositivo con arranxo ó cal se lles poden conceder axudas individuais ás empresas definidas nel de forma xenérica e abstracta, sen necesidade de medidas de aplicación, así como todo dispositivo con arranxo ó cal se poida conceder axuda, non vinculada a un proxecto específico, a unha ou varias empresas por un período indefinido ou por un importe ilimitado. Pola súa banda, defínese a *axuda individual* como a axuda que non se concede en virtude dun réxime de axudas e a axuda concedida de acordo cun réxime de axudas pero que debe notificarse.

*Axuda existente*, segundo o artigo 1.b) do Regulamento 659/1999 (arts. 17 a 19), é a que existía antes da entrada en vigor do Tratado CE no estado membro respectivo, a axuda autorizada, a que deba considerarse autorizada en virtude do silencio administrativo, a que deba considerarse como tal en virtude do transcurso do prazo de prescrición previsto no artigo 15 e, finalmente, aquela respecto á que poida acreditarse que no momento no que se levou a efecto non constituía unha axuda, e que posteriormente pasou a ser unha axuda debido á evolución do mercado común e sen que fora modificada polo estado membro.

Estamos, sen dúbida, ante unha obra de especial actualidade e interese para as distintas persoas, instancias ou organizacións afectadas polas axudas, desde a Comisión ata os estados membros, incluídos os beneficiarios ou prexudicados por elas.

**Isabel Castiñeiras Bouzas**  
Avogada



## NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

1. Os traballos serán orixinais, non publicados nin total nin parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecanografiadas a dobre espacio nunha soa cara e numeradas, e incluírán, de se-lo caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folla á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Inclúiranse co título do artigo catro ou cinco descritores a través dos que se poida clasificarlo artigo.
6. Baixo o título colocarase o nome do autor ou autores, e incluírase ó pé da páxina a profesión ou cargo principal co que desexan ser presentados.
7. O traballo irá precedido obrigatoriamente dun sumario ou resumo inferior a 150 palabras, sobre o contido e conclusións, sen notas ó pé. Acompañarase a versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ó final do manuscrito en folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situaranse ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

### **Libros:**

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

### **Artigos:**

AUTOR (ano): Título do artigo, título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.

Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remitiranse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismos, revistas, etcétera), incluírase o seu listado detrás da bibliografía.
13. Achegaranse o enderezo postal e o teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, e enténdese que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:

**Revista Galega de Administración Pública**

EGAP

Pol. das Fontiñas, rúa Madrid, 2-4  
15707 Santiago de Compostela.  
Galicia. España.







CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA,  
RELACIÓNS INSTITUCIONAIS  
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESCOLA GALEGA  
DE ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA